

Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge im internationalen Mehrebenensystem

Bernhard Kempen*/Björn Schiffbauer**

Abstract	95
I. Einleitung	96
II. Völkerrecht: Das Instrument der vorläufigen Anwendung	99
1. Sinn und Zweck der vorläufigen Anwendung	99
2. Aktivierung und Wirkung der vorläufigen Anwendung	100
3. Abgrenzung zum Inkrafttreten	103
4. Schlussfolgerung: Rechtsnatur der vorläufigen Anwendung	104
III. Deutsches Verfassungsrecht: Parlamentarische Zustimmung zu vorläufig angewendeten Verträgen?	106
1. Die Vorgaben des Art. 59 Abs. 2 GG und ihr <i>telos</i>	106
2. Die Problematik der vorläufigen Anwendung	108
3. Argumente für und gegen eine Zustimmungspflichtigkeit	109
4. Schlussfolgerung: Akzessorische Zustimmungspflichtigkeit	112
IV. EU-Recht: Unionsabkommen als Sonderfall?	113
1. Das Völkervertragsrecht der EU: Reine Unionsabkommen und gemischte Abkommen	113
2. Vorläufige Anwendung nur bestimmter Teile von gemischten Abkommen?	116
3. Die Position des Bundesverfassungsgerichts	119
4. Schlussfolgerung: Kein Sonderrecht für gemischte Abkommen	120
V. Ergebnis und Ausblick	121

Abstract

Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge ist ein in Einzelheiten umstrittenes völkerrechtliches Institut, das auch auf den Ebenen des nationalen Rechts und des europäischen Unionsrechts praktisch relevante Rechtsfragen aufwirft. Erhöhte Aufmerksamkeit hat die vorläufige Anwendung jüngst im Zusammenhang mit gemischten Freihandelsabkommen unter dem Dach der Europäischen Union (EU) gewonnen. Das *Comprehensive Economic and Trade Agreement* (CETA) ist dafür ein aktuelles, jedoch bei weitem kein singuläres Beispiel. Dieser Beitrag erörtert die auf internationaler, nationaler und unionaler Ebene bestehenden Problemlagen und

* Prof. Dr., Direktor des Instituts für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln.

** Akad. Rat, Dr., Habilitand am Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht der Universität zu Köln.

formuliert die im Mehrebenensystem gebotenen Anforderungen, um einerseits der Handlungsfähigkeit völkerrechtlicher Akteure und andererseits den Vorgaben des grundgesetzlich verbürgten Demokratieprinzips gerecht zu werden.

I. Einleitung

Wenn ein völkerrechtlicher Vertrag schon rechtswirksam angewendet wird, ohne dass er bereits förmlich in Kraft getreten ist, nennt man dies “vorläufige Anwendung”.¹ Dieses Mittel hat sich ungeachtet mancher offener Rechtsfragen² in den zwischenstaatlichen Beziehungen lange bewährt.³ Nicht erst seit Inkrafttreten der Wiener Konvention über das Recht der Verträge (WVK),⁴ deren Art. 25 das Instrument der vorläufigen Anwendung verbindlich regelt und überdies völkergewohnheitsrechtliche Geltung beansprucht,⁵ war es in Völkerrechtswissenschaft und -praxis unbestritten, dass Verträge schon vor ihrer endgültigen Verbindlichkeit aufgrund entsprechender Erklärungen Bindungswirkung entfalten können, bis die Ratifikationsprozesse aller Vertragsparteien abgeschlossen sind.⁶ Doch diese

¹ *H. Krieger*, Article 25, in: O. Dörr/K. Schmalenbach, Vienna Convention on the Law of Treaties – A Commentary, 2012, Rn. 1.

² Seit 2011 beschäftigt sich die International Law Commission (ILC) mit einzelnen Rechtsfragen zur vorläufigen Anwendung (vgl. das Mandat in UN Doc. A/66/10, Annex C); bislang sind dazu vier Berichte des Sonderberichterstatters *J. M. Gómez-Robledo* erschienen: First Report, UN Doc. A/CN.4/664 v. 3.6.2013; Second Report A/CN.4/675 v. 9.6.2014; Third Report A/CN.4/687 v. 5.6.2015; Fourth Report A/CN.4/699 v. 23.6.2016 nebst Addendum. Die ILC hat zudem einen Richtlinienentwurf (“Draft Guidelines”) zur vorläufigen Anwendung veröffentlicht (UN Doc. A/CN.4/L.877 v. 28.7.2016) und ist mit diesem Thema weiterhin befasst.

³ Dazu schon *H. G. Krenzler*, Die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge, 1963, 16 ff.; später *F. Montag*, Völkerrechtliche Verträge mit vorläufigen Wirkungen, 1986, 23 ff.; zuletzt *A. Quast Mertsch*, Provisionally Applied Treaties: Their Binding Force and Legal Nature, 2012, 7 ff. – Zwischen den Jahren 1949 und 2015 wurden bei den Vereinten Nationen insgesamt 1.349 vorläufig angewendete Verträge aktenkundig: *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Fourth Report, Rn. 110.

⁴ BGBl. 1985 II, 927 ff.

⁵ *H. Krieger* (Anm. 1), Rn. 2; *D. Mathy*, Article 25, in: O. Corten/P. Klein, The Vienna Conventions on the Law of Treaties, 2011, Rn. 2; *A. Quast Mertsch* (Anm. 3), 21 ff.; *M. E. Villiger*, Commentary on the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties, 2009, Art. 25, Rn. 12, jeweils m. w. N.

⁶ Zunächst wurden vor allem Friedensverträge vorläufig angewendet; im Zeitalter der Vereinten Nationen (UN) war wohl prominentestes Beispiel das General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1947 (BGBl. 1951 II, 174 ff.), das bis 1994 vorläufig angewendet wurde. Vgl. zu alledem nur m. w. N. *M. H. Arsanjani/W. M. Reisman*, Provisional Application of

vermeintlich eindeutige Völkerrechtslage sagt noch nichts über die Vereinbarkeit der vorläufigen Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages mit dem nationalen Recht der Vertragspartner aus. Jedenfalls in nicht streng monistischen Staaten⁷ – und damit auch in der Bundesrepublik Deutschland – sind völkerrechtlich opportune Vorgänge verfassungsrechtlich längst nicht immer gestattet.⁸

Ein durch vorläufige Anwendung womöglich hervorgerufener Antagonismus zwischen internationalem und nationalem Recht droht sich gerade in jüngerer Zeit zu verschärfen, da sich neben Staaten weitere völkerrechtliche Akteure auf der internationalen Bühne etabliert haben und das Recht maßgeblich mitgestalten. Zunächst traten die Internationalen Organisationen immer mehr in den Vordergrund.⁹ Das auf diese anwendbare Vertragsrechtsregime, wie es in der (noch nicht in Kraft getretenen, aber völkergewohnheitsrechtlich in weiten Teilen anerkannten) Wiener Konvention über das Recht der Verträge zwischen Staaten und Internationalen Organisationen oder zwischen Internationalen Organisationen (WVKIO) wiedergegeben wird,¹⁰ läuft zu jenem der WVK größtenteils parallel.¹¹ Zudem nahm auch die seit 2009 zweifelsfrei mit eigener Rechtspersönlichkeit ausgestattete Europäische Union ihren festen Platz unter den völkerrechtlichen Akteuren ein.¹² Sie ist nach ihrem eigenen Recht gem. Art. 216 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV) befugt, umfassende völkerrechtliche Verpflichtungen einzugehen; völkerrechtlich ist sie dies ohnehin.¹³ Das so entstandene Mehrebenensystem (jedenfalls) zwischen den Rechtsordnungen ihrer Mitgliedstaaten, der Union selbst sowie der Völker-

Treaties in International Law: The Energy Charter Treaty Awards, in: E. Cannizzaro, *The Law of Treaties Beyond the Vienna Convention*, 2011, 86 ff. (87).

⁷ Doch selbst in monistischen Staaten sind Konflikte denkbar, siehe dazu *R. Lefeber*, *Treaties, Provisional Application*, in: MPEPIL, <<http://opil.ouplaw.com>>, zuletzt abgerufen am 15.12.2016), Rn. 15.

⁸ Dazu statt vieler *B. Kempen/C. Hillgruber*, *Völkerrecht*, 2. Aufl. 2012, 1. Kap., Rn. 28 ff., sowie schon ausführlich *Verdross/Sinma*, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl. 1984, §§ 71 ff.; siehe zur vorläufigen Anwendung auch *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 18.

⁹ *K. Ipsen*, § 6 Internationale Organisationen, in: *K. Ipsen* (Hrsg.), *Völkerrecht*, 6. Aufl. 2014, Rn. 1 ff.; *B. Kempen/C. Hillgruber* (Anm. 8), 2. Kap., Rn. 45 ff.

¹⁰ Dass die Regeln der WVKIO (BGBl. 1990 II, 1415) größtenteils völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sind, ist heute unbestritten, siehe nur *W. Heintschel v. Heinegg*, Vor § 10, in: *K. Ipsen* (Anm. 9), Rn. 5.

¹¹ Dies gilt jedenfalls für die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge, denn hierzu sind die jeweiligen Art. 25 WVK und WVKIO nahezu gleichlautend; ebenso *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Third Report, Rn. 71 ff.

¹² *K. Ipsen* (Anm. 9), § 6, Rn. 12 ff.; *B. Kempen/C. Hillgruber* (Anm. 8), 2. Kap., Rn. 56 ff.

¹³ Vgl. nur *S. Vöneky/B. Beylage-Haarmann*, in: *E. Grabitz/M. Hilf/M. Nettesheim*, Art. 216 AEUV, 45. EL 2011, Rn. 6 ff.

ZaöRV 77 (2017)

rechtsordnung stellt das Institut der vorläufigen Anwendung vor neue Herausforderungen. Nicht zuletzt die Verhandlungen zu rechtlich komplexen multilateralen Verträgen wie das CETA¹⁴ oder das *Transatlantic Trade and Investment Partnership* (TTIP) als dessen Äquivalent mit den USA haben dies offenbart. Die von Unionsseite beabsichtigte und bereits praktizierte¹⁵ vorläufige Anwendung solcher Abkommen¹⁶ stellt sich als besonders problematisch dar, wenn und soweit die Mitgliedstaaten als beteiligte Akteure (entweder durch das Unionsrecht oder aber durch eigenmächtiges Handeln von Unionsorganen) von einer Mitbestimmung hierüber ferngehalten werden. Die Aktualität dieser Problematik spiegelt sich in einem ersten (nämlich im einstweiligen Rechtsschutz) zum CETA ergangenen Urteil des Bundesverfassungsgerichts¹⁷ wider: Demnach muss zumindest der unilaterale Widerruf der vorläufigen Anwendung des CETA durch einen Mitgliedstaat möglich sein, wenn dessen vorläufige Anwendung zuvor lediglich von Unionsseite erklärt wurde.¹⁸

Die in Karlsruhe angesichts des noch ausstehenden Hauptsacheverfahrens vertieft zu beantwortenden Fragen zur vorläufigen Anwendung und weitere damit verbundene Probleme sind jedoch nicht singulär und schon gar nicht CETA-spezifisch, sondern werden sich mit der zunehmenden Zahl geplanter Unionsabkommen¹⁹ stetig verdichten. Dies soll zum Anlass genommen werden, das Instrument der vorläufigen Anwendung zunächst völkerrechtlich näher zu fokussieren (II.), daraufhin den verfassungsrechtli-

¹⁴ Der Vertragstext ist jeweils als Annex beigefügt zu den amtlichen Unionsdokumenten COM(2016) 443 final, COM(2016) 444 final und COM(2016) 470 final.

¹⁵ Siehe unten IV. 2.

¹⁶ Siehe den Kommissionsvorschlag zur vorläufigen Anwendung des CETA vom 5.7.2016, COM(2016) 470 final.

¹⁷ BVerfG, CETA, Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., zur vorläufigen Anwendung, Rn. 43 ff.; siehe ferner auch die bislang (Stand: 15.12.2016) erschienenen Besprechungen des Urteils: *B. Grzeszick*, Völkervertragsrecht in der parlamentarischen Demokratie – CETA als Präzedenzfall für die demokratischen Anforderungen an völkerrechtliche Verträge, NVwZ 35 (2016), 1753; *T. P. Holterbus*, Eilanträge in Sachen CETA – Europäische Außenhandelspolitik im Mehrebenengeflecht von Verfassungs-, Unions- und Völkerrecht, EuZW 27 (2016), 896; *M. Krajewski*, Verfassungsblog v. 13.10.2016, <<http://verfassungsblog.de>> (zuletzt abgerufen am 15.12.2016); *M. Nettesheim*, Das CETA-Urteil des BVerfG: eine verpasste Chance?, NJW 69 (2016), 3567; *M. Ruffert*, Völkerrecht, Europarecht und Verfassungsrecht: Zustimmung zur vorläufigen Anwendung von CETA, JuS 56 (2016), 1141; *B. Schiffbauer*, JuWiss-Blog v. 18.10.2016, <<http://www.juwiss.de/>> (zuletzt abgerufen am 15.12.2016).

¹⁸ BVerfG (Anm. 17), Rn. 72; dazu näher unten unter IV. 3. Schon allein deshalb ist *B. Grzeszick* (Anm. 17), 1753 (1754), darin zuzustimmen, dass das CETA “zum Präzedenzfall für demokratische Anforderungen an völkerrechtliche Verträge geworden” ist.

¹⁹ Dazu nur *B. Grzeszick/J. Hettche*, Zur Beteiligung des Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen. Internationale Freihandelsabkommen als Herausforderung des deutschen Europa- und Außenverfassungsrechts, AöR 141 (2016), 225 (228).

chen Status Quo zur Wirksamkeit vorläufig angewendeter Verträge im deutschen Recht zu ermitteln (III.) und schließlich zu untersuchen, ob abweichende Befunde für die Abkommen der EU zu verzeichnen sind (IV.).

II. Völkerrecht: Das Instrument der vorläufigen Anwendung

1. Sinn und Zweck der vorläufigen Anwendung

Völkerrechtliche Verträge werden aus unterschiedlichen Motivlagen heraus für vorläufig anwendbar erklärt. Waren dies früher schlicht der Mangel an modernen Transport- und Kommunikationsmitteln und die damit verbundene unerwünscht lange Dauer von Ratifikationsprozessen über weite Entfernungen,²⁰ dominieren heute andere Zwecke. Grundsätzlich anerkannt sind etwa die Vertrauensbildung zwischen den Vertragspartnern,²¹ die Anreizschaffung zur Ratifikation,²² die Verhinderung von Rechtslücken bei Anschlussverträgen zu ausgelaufenen Abkommen²³ sowie die Ermöglichung von Vorbereitungshandlungen zur Gründung Internationaler Organisationen.²⁴ Häufig genug dominieren aber auch schlicht wirtschaftliche Interessen.²⁵ Grundsätzlich unterscheiden sich die Motive aus verschiedenen Völkerrechtsepochen jedoch in einem Aspekt nicht: Vorläufige Anwendung wird nicht als Regelfall,²⁶ sondern als Ausnahme verstanden, auf die (nur) dann zurückgegriffen werden soll, wenn ein verzögertes Inkrafttreten

²⁰ H. G. Krenzler (Anm. 3), 19 f.; A. Quast Mertsch (Anm. 3), 8.

²¹ J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), First Report, Rn. 31; H. Krieger (Anm. 1), Rn. 4; R. Lefeber (Anm. 7), Rn. 2.

²² J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), First Report, Rn. 34; H. Krieger (Anm. 1), Rn. 5; allerdings ist fraglich, wie ein solcher Anreiz geschaffen werden soll, wenn der Vertrag bereits angewendet wird, da dann weitere Schritte (wie eine Ratifikation) gerade nicht eilbedürftig erscheinen.

²³ M. H. Arsanjani/W. M. Reisman (Anm. 6), 89; J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), First Report, Rn. 33; H. Krieger (Anm. 1), Rn. 6; R. Lefeber (Anm. 7), Rn. 2; R. Lefeber, The Provisional Application of Treaties, in: J. Klabbers/R. Lefeber (Hrsg.), Essays on the Law of Treaties, Festschrift Bert Vierdag, 1988, 83.

²⁴ So schon geschehen bei Gründung der Vereinten Nationen, M. H. Arsanjani/W. M. Reisman (Anm. 6), 88; siehe auch H. Krieger (Anm. 1), Rn. 8.

²⁵ Dazu schon F. Montag (Anm. 3), 31.

²⁶ Statistisch gesehen wird weltweit – laut J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), Fourth Report, Rn. 117 – zu nur 3 % aller völkerrechtlichen Verträge auch die vorläufige Anwendung vereinbart.

des Vertrages dessen Zweckerfüllung ernsthaft gefährden würde.²⁷ Es ist also letztlich (dem einstweiligen gerichtlichen Rechtsschutz nicht unähnlich) eine Folgenabwägung zwischen Dringlichkeit und innerstaatlicher Legitimation zu treffen. Als Beispiele für die Notwendigkeit einer vorläufigen Anwendung gelten in diesem Sinne Waffenstillstandsverträge, Sicherheitsabkommen (insbesondere Waffenkontrolle²⁸), Umweltabkommen als Reaktion auf eine ökologische Krise oder Wirtschaftsabkommen als Reaktion auf eine ökonomische Krise.²⁹ Als prominentes jüngeres Beispiel kann etwa der Vertrag über den Waffenhandel (*Arms Trade Treaty*)³⁰ vom 2.4.2013 dienen.

Nicht zuletzt dient die vorläufige Anwendung aber zunehmend auch *de facto* der Umgehung innenpolitisch brisanter Lagen, weil sich Staaten immer wieder scheuen, für ihr völkerrechtliches Handeln dem nationalen Parlament gegenüber Rechenschaft abzuliefern.³¹ Ungewisse innerstaatliche Ratifikationsprozesse sollen so umgangen werden, bis sich das politische Klima günstiger darstellt.³² Auch wenn ein derartiges Ausweichen vor den Vorgaben internen Rechts völkerrechtlich unbeachtlich ist,³³ ist damit noch nicht gesagt, dass dies auch verfassungsrechtlichen Anforderungen Stand hält.³⁴

2. Aktivierung und Wirkung der vorläufigen Anwendung

Die vorläufige Anwendung eines Vertrages kann gem. Art. 25 Abs. 1 VVK auf zwei Arten aktiviert werden: entweder durch den Vertrag selbst (lit. a) oder durch separate Vereinbarung (lit. b).³⁵ Wenn sich die vorläufige Anwendung i. S. v. lit. a aus dem Vertragstext selbst ergibt, sie also keines weiteren Völkerrechtsakts bedarf, kann der Beginn ihrer Wirkung variieren. Zumeist wird man aber als völkerrechtlich relevantes Referenzereignis auf

²⁷ J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), First Report, Rn. 27, 29; H. Krieger (Anm. 1), Rn. 3; R. Lefeber (Anm. 7), Rn. 2; R. Lefeber (Anm. 23), 82 f.; A. Quast Mertsch (Anm. 3), 9 f.

²⁸ Dazu ausführlich A. Michie, The Provisional Application of Arms Control Treaties, *Journal of Conflict & Security Law* 10 (2005), 345 ff.

²⁹ M. H. Arsanjani/W. M. Reisman (Anm. 6), 88; R. Lefeber (Anm. 7), Rn. 2; R. Lefeber (Anm. 23), 82; siehe auch die weiteren Beispiele bei H. Krieger (Anm. 1), Rn. 3.

³⁰ UN Doc. A/RES/67/234B; BGBl. 2013 II, 1427 ff.

³¹ J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), First Report, Rn. 35.

³² H. Krieger (Anm. 1), Rn. 7; dies erkannte auch bereits H. G. Krenzler (Anm. 3), 21 f.

³³ J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), Fourth Report, Rn. 179; vgl. auch näher J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), Second Report, Rn. 17 ff.

³⁴ Siehe unten III.; vgl. zu den unterschiedlichen verfassungsrechtlichen Ansätzen verschiedener Staaten A. Quast Mertsch (Anm. 3), 62 ff.

³⁵ Dazu ausführlich A. Quast Mertsch (Anm. 3), 23 ff.; 197 ff.

den Zeitpunkt abstellen können, zu welchem die Vertragsparteien den Vertragstext gem. Art. 9 WVK – also typischerweise durch Unterzeichnung³⁶ – angenommen haben.³⁷ Möglich ist aber auch, dass ein Vertrag den Beginn seiner vorläufigen Anwendung selbst festlegt.³⁸ Da in diesen Fällen die vorläufige Anwendung unmittelbar eintritt, besteht für Vertragsparteien die Möglichkeit eines *opt out*.³⁹

Von größerer praktischer Relevanz ist Art. 25 Abs. 1 lit. b WVK, also eine Vereinbarung “auf andere Weise”. Von dieser Möglichkeit macht auch das CETA in Art. 30.7 Abs. 3 Gebrauch. Die vorläufige Anwendung dieses Abkommens (ggf. unter Ausschluss einzelner Vertragsbestimmungen, Art. 30.7 Abs. 3 lit. b CETA) soll einsetzen nach entsprechender gegenseitiger Notifizierung der Vertragsparteien. Es werden also über die Vertragsunterzeichnung hinaus weitere Rechtshandlungen der Vertragsparteien verlangt, die ihrerseits das CETA zur Anwendung bringen sollen.

Geschieht dies, setzen, wie bei allen anderen Verträgen, die Wirkungen der vorläufigen Anwendung für die Vertragsparteien⁴⁰ unmittelbar⁴¹ und – bis zum Inkrafttreten des Vertrages – unbefristet,⁴² ein. Diese sind nach allgemeiner Auffassung völkerrechtlich bindend, sodass für die Reichweite der vorläufigen Anwendung schon das Prinzip *pacta sunt servanda* (vgl. Art. 26 WVK) gilt⁴³ und für den Fall vertragswidriger Handlungen völkerrechtliche Verantwortlichkeit⁴⁴ besteht. Dass eine solche Bindungswirkung in der Völkerrechtspraxis erwünscht und beabsichtigt ist, zeigt sich nicht zuletzt in den Verhandlungen um das CETA. Dieses Abkommen ist wie andere vergleichbare Verträge darauf angelegt, zumindest in Teilen vorläufig angewendet zu werden – und zwar ganz bewusst zur möglichst frühen Entfaltung

³⁶ Vgl. nur *H. Krieger* (Anm. 1), Rn. 14, sowie schon *H. G. Krenzler* (Anm. 3), 41; speziell zur Unterzeichnung *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 5; *R. Lefeber* (Anm. 23), 86.

³⁷ So geschehen etwa beim Energiecharta-Vertrag (BGBl. 1997 II, 5 ff.) gem. dessen Art. 45 Abs. 1.

³⁸ So geschehen etwa beim Durchführungsübereinkommen zu Teil XI des Seerechts-Übereinkommens (BGBl. 1994 II, 2566 ff.) gem. dessen Art. 7 Abs. 1; siehe auch *H. Krieger* (Anm. 1), Rn. 16.

³⁹ *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 6.

⁴⁰ Vgl. *H. Krieger* (Anm. 1), Rn. 17 ff.

⁴¹ Sogar Rückwirkung ist nicht auszuschließen, vgl. *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Third Report, Rn. 127.

⁴² *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 11 f.

⁴³ *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Second Report, Rn. 65, 86 ff.; *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Third Report, Rn. 56 ff.; *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 16; *D. Matby* (Anm. 5), Rn. 25 f.; *A. Quast Mertsch* (Anm. 3), 236; *M. E. Villiger* (Anm. 5), Rn. 4; vgl. auch ILC Draft Guideline Nr. 7 (Anm. 2).

⁴⁴ So ausdrücklich ILC Draft Guideline Nr. 8 (Anm. 2).

völkerrechtlicher Verbindlichkeit.⁴⁵ Die vorläufig anwendbar erklärten Vertragsteile sind somit ebenso völkerrechtlich bindend wie sie es nach dem endgültigen Inkrafttreten des Vertrages sein werden.

Diese völkerrechtliche Gleichwertigkeit führt jedoch nicht zu einer völkerrechtlichen Pflicht, die vorläufige Anwendung durch einen innerstaatlichen Rechtsakt – einer Ratifikation gleich – zu bekräftigen;⁴⁶ ein solches Erfordernis kann sich nur aus dem nationalen Recht ergeben.⁴⁷ Stattdessen wird der Vorläufigkeit einer Anwendung durch Art. 25 Abs. 2 WVK Rechnung getragen, indem sie jederzeit völkerrechtlich wirksam durch einen *actus contrarius* – nämlich (vorbehaltlich einer abweichenden Vertragsbestimmung⁴⁸) die Notifizierung⁴⁹ durch und mit Wirkung für die sich erklärende Partei – außer Kraft gesetzt werden kann. Diese Klarstellung ist insbesondere deshalb vonnöten, weil ansonsten die weitaus strengeren Regeln zur Beendigung von Verträgen (Art. 54 ff. WVK) herangezogen werden müssten. Überdies ist zu beachten, dass eine Notifizierung gem. Art. 25 Abs. 2 WVK nur *ex nunc*⁵⁰ wirken kann, sodass die bis dahin bestehende Rechtsverbindlichkeit nicht gefährdet wird.⁵¹ Schließlich kommt in dem in wechselseitiger Abhängigkeit ausgestalteten System der Art. 25 Abs. 1 und Abs. 2 WVK der Souveränitätsgrundsatz hinreichend deutlich zum Ausdruck: Nur für solche Parteien, die sich entsprechend erklärt haben, tritt Bindungswirkung ein; doch auch nur solche Parteien, die eine entsprechende Erklärung abgegeben haben, können diese auch auf gleiche Weise wieder rückgängig machen.

Eines der bekanntesten Beispiele für diese Wirkungsweise der vorläufigen Anwendung ist der Energiecharta-Vertrag, der von 1994 bis 1998 ausschließlich vorläufig galt.⁵² Erst danach ist er in Kraft getreten und war dann

⁴⁵ So etwa bereits geschehen im Freihandelsabkommen zwischen der EU sowie Peru und Kolumbien, vgl. die unionsseitigen Mitteilungen zu Peru in Abl. L 56 vom 28.2.2013, 1, und zu Kolumbien in Abl. L 201 vom 26.7.2013, 7.

⁴⁶ *F. Montag* (Anm. 3), 365 ff.; allerdings sind besondere binnenrechtliche Verfahren weltweit nicht unüblich, vgl. *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Fourth Report, Rn. 10.

⁴⁷ Siehe unten III.

⁴⁸ Siehe zur Spezialbestimmung des Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA unten IV. 2.

⁴⁹ Genau genommen meint Art. 25 Abs. 2 WVK die Notifizierung darüber, dem gesamten Vertrag nicht beitreten zu wollen. Häufig muss mit einer solchen Notifizierung aber nicht das endgültige Scheitern des Vertrages einhergehen, weil völkerrechtlich eine Rückkehr zum Vertrag jederzeit möglich ist und der Widerruf der vorläufigen Anwendung nicht zwingend eine Ablehnung des Vertrages selbst zum Ausdruck bringt; siehe dazu überzeugend *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Second Report, Rn. 78 ff.

⁵⁰ *M. E. Villiger* (Anm. 5), Rn. 8.

⁵¹ Auch eine zeitlich begrenzte Fortwirkung in die Zukunft ist möglich, wie etwa der Energiecharta-Vertrag zeigt, siehe *M. H. Arsanjani/W. M. Reisman* (Anm. 6), 99 f.; auch das CETA sieht eine derartige Verlängerung in Art. 30.7 Abs. 3 lit. c vor.

⁵² Dazu ausführlich *M. H. Arsanjani/W. M. Reisman* (Anm. 6), 90 ff.

im Verhältnis zu den Staaten, die ihn ratifiziert hatten, endgültig bindend. Doch wirkte für einige Parteien (wie etwa die Russische Föderation) in Ermangelung insoweit erfolgter Ratifikation die vorläufige Anwendung des Abkommens fort⁵³ mit der Folge, dass eine einfache Notifizierung gem. Art. 25 Abs. 2 WVK zur Aufhebung der vorläufigen Anwendung (nur) für die Russische Föderation führte.⁵⁴

3. Abgrenzung zum Inkrafttreten

Das soeben genannte Beispiel skizziert bereits die Unterschiede zwischen vorläufiger Anwendung und (endgültigem) Inkrafttreten eines Vertrages. Unter Inkrafttreten eines Vertrages (Art. 24 WVK) versteht man dessen volle Rechtskraftentfaltung zwischen seinen Parteien.⁵⁵ Der Vertrag ist dann fester Bestandteil des Völkerrechts und unterliegt dabei insbesondere selbst⁵⁶ dem Grundsatz *pacta sunt servanda* (Art. 26 WVK) sowie dem strengen Beendigungsregime der Art. 54 ff. WVK. Ein Vertrag tritt grundsätzlich erst dann in Kraft, wenn alle Voraussetzungen erfüllt sind, die im Vertrag selbst für dessen Inkrafttreten geregelt sind (Art. 24 Abs. 1 WVK).⁵⁷ Falls sich im Vertragstext keine Regelung hierzu findet, kann der Vertrag erst in Kraft treten, wenn alle Parteien ihre Zustimmung erklärt haben (Art. 24 Abs. 2 WVK), also die internen Ratifizierungsprozesse erfolgreich abgeschlossen wurden.⁵⁸

Vergleicht man diese Merkmale mit denjenigen der vorläufigen Anwendung, lassen sich einige Unterschiede erkennen, die sich auf die zeitliche Dimension des Vertrages auswirken: Zwar gilt auch die vorläufige Anwendung unbefristet, sie soll aber gleichwohl nur bis zum Inkrafttreten des sie betreffenden Vertrages – oder auf Widerruf – wirken. Sie ist daher auf Vor-

⁵³ Dazu generell *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 10. Die berühmten *Yukos*-Verfahren (dazu *M. H. Arsanjani/W. M. Reisman* [Anm. 6], 92 ff.) gegen die Russische Föderation (u. a. *UNCITRAL*, PCA Case No. AA 227) erfolgte auf Grundlage des insoweit lediglich vorläufig anwendbaren Energiecharta-Vertrages.

⁵⁴ Am 20.8.2009 gab die Russische Föderation eine entsprechende Notifikation ab, siehe <<http://www.energycharter.org>> (zuletzt abgerufen am 15.12.2016).

⁵⁵ *H. Krieger*, Article 24, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Anm. 1), Rn. 1; dazu insgesamt näher *J. Klabbers*, *Treaties, Conclusion and Entry into Force*, in: MPEPIL (Anm. 7).

⁵⁶ Das Vorgesagte zu *pacta sunt servanda* in Ansehung der vorläufigen Anwendung bezieht sich in Abgrenzung dessen gerade nicht auf den Vertrag selbst, sondern bloß sachlich auf dessen vorläufig angewendete Elemente und zeitlich auf den Zeitraum der vorläufigen Anwendung.

⁵⁷ Dazu ausführlich statt vieler *H. Krieger* (Anm. 55), Rn. 9 ff.

⁵⁸ *H. Krieger* (Anm. 55), Rn. 24; siehe auch *J. Klabbers* (Anm. 55), Rn. 9.

läufigkeit angelegt, während das Inkrafttreten auf Dauer gerichtet ist. Damit korrespondieren auch die unterschiedlich hohen Anforderungen an die Aufhebung des jeweiligen Zustands, nämlich bloße Notifizierung einerseits (Art. 25 Abs. 2 WVK) und Beendigung nur in Ausnahmefällen andererseits (Art. 54 ff. WVK). Dies spiegelt überdies ein Blick auf die unterschiedliche Zweckrichtung⁵⁹ wider. Während das Inkrafttreten völkerrechtlich vollendete Tatsachen schafft, dient die vorläufige Anwendung der möglichst schnellen Umsetzung eines als besonders dringend regelungsbedürftig empfundenen Zustands.

Dabei lassen sich allerdings auch signifikante Gemeinsamkeiten ausmachen: Sowohl vorläufige Anwendung als auch Inkrafttreten wirken rechtsverbindlich. Vorläufig anwendbare Verträge entfalten dieselben Rechte und Pflichten wie endgültig in Kraft getretene.⁶⁰ Zudem sind für beide Varianten übereinstimmende völkerrechtliche Erklärungen vonnöten. Art. 25 WVK spricht dazu jedenfalls insoweit eine deutliche Sprache, als sein Abs. 1 lit. b eine separate Vereinbarung fordert.⁶¹ Gleiches gilt aber auch für Art. 25 Abs. 1 lit. a WVK.⁶² Zum einen impliziert der sich auf lit. a beziehende Wortlaut von lit. b (“in some other manner so agreed”), dass auch lit. a von einer Vereinbarung (eben nur auf andere Weise als in lit. b formuliert) ausgeht. Zum anderen lässt sich die Unterzeichnung eines Vertrages, der zugleich die vorläufige Anwendung anordnet, in Ansehung der entsprechenden Klausel als Abschluss einer separaten Vereinbarung zum selben Zeitpunkt deuten. Wäre eine solche Klausel nämlich andernfalls unselbständig zu verstehen, stünde sie unter dem Vorbehalt des Inkrafttretens des gesamten Vertrages und liefe damit leer.

4. Schlussfolgerung: Rechtsnatur der vorläufigen Anwendung

Nach dem soeben Festgestellten spricht bereits vieles dafür, dass es sich jeweils der Sache nach um zwei unterschiedliche völkerrechtliche Verträge handelt – der eine regelt einen Zustand vorläufig (Vertrag zur vorläufigen Anwendung⁶³) und der andere endgültig (der dazu akzessorische Hauptver-

⁵⁹ Siehe oben II. 1.

⁶⁰ Siehe oben II. 2.

⁶¹ *F. Montag* (Anm. 3), 61 f.

⁶² Für *R. Lefeber* (Anm. 7), Rn. 9, scheint dies selbstverständlich zu sein.

⁶³ So auch *B. Kempen*, Artikel 59, in: H. v. Mangoldt/F. Klein/C. Stark, GG, 6. Aufl. 2010, Rn. 81; *M. Nettesheim*, in: T. Maunz/G. Dürig, GG, Art. 59, 54. EL 2009, Rn. 95; jedenfalls

trag). Schon früh⁶⁴ hat sich die Erkenntnis durchgesetzt, dass die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages ihrerseits auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht.⁶⁵ Dies lässt sich kaum leugnen, wenn man sich die Wirkungsweise – Rechtsverbindlichkeit aufgrund schriftlich abgegebener Willenserklärungen – vor Augen führt. Denn eigenständige völkerrechtliche Verträge i. S. v. Art. 2 Abs. 1 lit. a WVK⁶⁶ sind gerade auch durch den urkundlich manifestierten eigenen Rechtsbindungswillen der Parteien gekennzeichnet.⁶⁷

Die oben skizzierten Unterschiede zwischen vorläufiger Anwendung und Inkrafttreten widersprechen diesem Befund nicht. Zeitliche Dimensionen und besondere Regelungsinhalte wirken sich schon wegen der völkerrechtlichen Vertragsfreiheit nicht auf die Rechtsnatur als völkerrechtlicher Vertrag aus – sie bekräftigen sie sogar. Die Unterschiede betreffen nur die Konditionen des Vertrages zur vorläufigen Anwendung und beruhen daher auf der allgemeinen Vertragsgestaltungsfreiheit; sie unterliegen also dem Kern des Vertragsrechts: Der Vertrag zur vorläufigen Anwendung ist absolut befristet bis zum Inkrafttreten des von ihm abhängenden – und damit streng akzessorischen – Hauptvertrages und relativ befristet vorbehaltlich einer Widerrufserklärung. Damit sind bei Lichte betrachtet Vereinbarungen zur vorläufigen Anwendung nichts Anderes als völkerrechtliche Verträge mit erleichterter (nämlich von Art. 54 ff. WVK abweichender) Kündigungsmöglichkeit mit Wirkung *ex nunc*.

Genau dies ist auch mit Blick auf die vorläufige Anwendung des CETA festzustellen. Da die Art. 30.7 Abs. 3 lit. a und b CETA entsprechenden Notifizierungen den voneinander abhängigen Rechtsbindungswillen der Vertragsparteien zum Ausdruck bringen, das CETA bereits (ggf. in Teilen) völkerrechtlich verbindlich anzuerkennen, handelt es sich nicht nur um undefinierte Vereinbarungen “auf andere Weise” (“in some other manner”, Art. 25 Abs. 1 lit. b WVK), sondern um den förmlichen Abschluss eines (anderen, aber in Abhängigkeit zum CETA stehenden) völkerrechtlichen Vertrages. Dieser ist jedoch befristet bis zum Inkrafttreten des (zu diesem

andeutend schon G. Ress, in: K. Hailbronner/G. Ress/T. Stein (Hrsg.), Staat und Völkerrechtsordnung, Festschrift für Karl Doering, 1989, 819.

⁶⁴ So bereits H. G. Krenzler (Anm. 3), 57 ff., dort jedoch unter Annahme einer durch Ratifikation bedingten auflösenden Bedingung; dazu in Zeiten der WVK zu Recht kritisch F. Montag (Anm. 3), 46 f.

⁶⁵ J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), First Report, Rn. 37; J. M. Gómez-Robledo (Anm. 2), Fourth Report, Rn. 32; R. Lefeber (Anm. 23), 88 f., dort mit starken Argumenten gegen eine heute so nicht mehr vertretene andere Ansicht; D. Mathy (Anm. 5), Rn. 21; vgl. differenzierend zum sog. “(Collateral) Agreement Approach” A. Quast Mertsch (Anm. 3), 139 ff.

⁶⁶ W. Heintschel v. Heinegg (Anm. 10), § 11, Rn. 30; siehe auch F. Montag (Anm. 3), 59.

⁶⁷ K. Schmalenbach, Article 2, in: O. Dörr/K. Schmalenbach (Anm. 1), Rn. 32 ff.

ZaöRV 77 (2017)

Vertrag akzessorischen) CETA. Außerdem ermöglicht es Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA (als *lex specialis* zu Art. 25 Abs. 2 WVK) jeder Partei,⁶⁸ die die vorläufige Anwendung erklärt hat, diese jederzeit durch schriftliche Notifikation zu widerrufen.

III. Deutsches Verfassungsrecht: Parlamentarische Zustimmung zu vorläufig angewendeten Verträgen?

1. Die Vorgaben des Art. 59 Abs. 2 GG und ihr *telos*

Bestimmte, nämlich politische und gesetzesinhaltliche völkerrechtliche Verträge “bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Gesetzgebungskörperschaften in der Form eines Bundesgesetzes”, Art. 59 Abs. 2 Satz 1 Grundgesetz (GG). Hinzutreten kann zudem ein Gesetz nach Maßgabe von Art. 23 Abs. 1 GG, soweit Angelegenheiten der EU betroffen sind;⁶⁹ darauf soll hier jedoch nicht gesondert eingegangen werden. Die Reichweite der für die Ausübung der auswärtigen Gewalt zentralen Bestimmung des Art. 59 Abs. 2 GG erschließt sich vor dem Hintergrund ihres Sinns und Zwecks. Die Zustimmungspflichtigkeit bestimmter völkerrechtlicher Verträge gehört zum Konzept der demokratisch-legitimierten, parlamentarischen Kontrolle der Regierung (Kontrollfunktion) und zur erkennbar intendierten Einordnung der Bundesrepublik Deutschland als vertragstreuer Akteur im internationalen Kontext (Vollzugssicherungsfunktion).⁷⁰

Beide Funktionen, auf die sogleich näher einzugehen sein wird, beziehen sich nach dem Wortlaut des Art. 59 Abs. 2 GG auf völkerrechtliche “Verträge”. Der verfassungsrechtliche Vertragsbegriff unterscheidet sich insoweit nicht von dem Vertragsbegriff der völkerrechtlichen Rechtsquellenlehre. Das Bundesverfassungsgericht definiert völkerrechtliche Verträge als

⁶⁸ Zum Begriff der Vertragspartei im CETA siehe unten IV. 1.

⁶⁹ Dazu jüngst ausführlich *B. Grzeszick/J. Hettche*, (Anm. 19), 225 (241 ff.) sowie *B. Schiffbauer*, Über Hoheitsrechte und deren “Übertragbarkeit”, AöR 141 (2016), 552.

⁷⁰ *W. Heun*, in: H. Dreier (Hrsg.), GG, 3. Aufl. 2015, Art. 59, Rn. 46 ff.; *H. D. Jarass*, in: H. D. Jarass/B. Pieroth, GG, 16. Aufl. 2016, Rn. 16 f.; *B. Kempen* (Anm. 63), Rn. 37 f.; *H. G. Krenzler* (Anm. 3), 104 f.; *D. Rauschnig*, in: R. Dolzer/K. Vogel/K. Graßhof (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 59, 143. EL 2009, Rn. 144 ff.; *O. Rojahn*, in: I. v. Münch/P. Kunig, GG, 6. Aufl. 2012, Rn. 30 ff.; *R. Streinz*, in: M. Sachs, GG, 7. Aufl. 2014, Art. 59, Rn. 21 f.; *A. Weber*, in: D. C. Umbach/T. Clemens, GG Mitarbeiterkommentar, 2002, Art. 59, Rn. 73.

“Übereinkünfte zwischen zwei oder mehr Völkerrechtssubjekten [...], durch welche die zwischen ihnen bestehende Rechtslage verändert werden soll. [...] Entscheidend ist die durch übereinstimmende Willenserklärung erzielte Einigung zwischen Völkerrechtssubjekten über bestimmte völkerrechtliche Rechtsfolgen”.⁷¹

Die Nicht-Erwähnung von allen einseitigen völkerrechtlichen Rechtsakten in Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG ist dabei kein Zufall. Das Wesen völkerrechtlicher Verträge ist die bipolare oder multipolare rechtliche Bindung, die zumeist auf längere, oft sogar auf unbestimmte Zeit, angelegt ist. Diese Vertragsbindung unterscheidet sich qualitativ und kategorial von den Rechtswirkungen einseitiger völkerrechtlicher Rechtsakte. Letztere sind keineswegs bedeutungs- oder belanglos. Die einseitige Anerkennung eines Staates, der Abbruch diplomatischer Beziehungen oder Erklärungen zur Reichweite des Festlandsockels weisen ein erhebliches völkerrechtliches Bindungs- und Gestaltungspotential auf. Aber sie unterscheiden sich doch von der Art und Qualität der durch Vertrag eingegangenen Bindungen.⁷² Deren Merkmal ist typischerweise, dass die Bundesrepublik Deutschland im Vertrag in die Doppelrolle als Gläubiger und Schuldner gerät, während einseitige Rechtsakte typischerweise nur eine einseitige und meist auch revozierbare Selbstbindung bewirken.

Eine weitere Eingrenzung liegt in der Konzentration auf “Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen”. Die verfassungsrechtlichen Interpretationsfragen, die mit diesen Begriffen verbunden sind, dürfen heute als weitgehend geklärt gelten.⁷³ Politische Verträge sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, die insoweit allgemeine Zustimmung gefunden hat, die Verträge, die “die Existenz des Staates, seine territoriale Integrität, seine Unabhängigkeit, seine Stellung oder sein maßgebliches Gewicht in der Staatengemeinschaft” berühren, und zwar “wesentlich und unmittelbar”.⁷⁴ Gesetzesinhaltliche Verträge sind erstens alle diejenigen, die nach ihrem Inhalt in bestehende gesetzliche Regelungen eingreifen, und

⁷¹ BVerfGE 90, 286 (359).

⁷² Dazu etwa *W. Heun* (Anm. 70), Rn. 37.

⁷³ Dazu jüngst *B. Grzeszick/J. Hettche* (Anm. 19), 225 (249 ff.); *A. v. Arnould*, Beteiligung des Deutschen Bundestages an gemischten völkerrechtlichen Abkommen, AöR 141 (2016), 268 (274 ff.), jeweils m. w. N.

⁷⁴ *W. Heun* (Anm. 70), Rn. 28 f.; *H. D. Jarass* (Anm. 70), Rn. 12; *B. Kempen* (Anm. 63), Rn. 63; *M. Nettesheim* (Anm. 63), Rn. 98 ff.; *D. Rauschnig* (Anm. 70), Rn. 65 ff.; *O. Rojahn* (Anm. 70), Rn. 23; *R. Streinz* (Anm. 70), Rn. 29; *G. Warg*, Terrorismusbekämpfung in der Europäischen Union, Jura 24 (2002), 806 (809); *A. Weber* (Anm. 70), Rn. 38 ff. Siehe für ein “aktualisierte[s] Verständnis” zudem *B. Grzeszick/J. Hettche* (Anm. 19), 225 (252 ff.).

zweitens alle diejenigen, deren Inhalt nach der Lehre vom Vorbehalt des Gesetzes nur durch ein Gesetz vollzogen werden kann. Insoweit kommt es entscheidend darauf an, ob der Erlass eines förmlichen Bundesgesetzes nach den Grundsätzen der Gewaltenteilung und des Vorbehalts des Gesetzes erforderlich ist.⁷⁵

Die schon erwähnte Kontrollfunktion und die Vollzugssicherungsfunktion schließen sich nicht gegenseitig aus. Zwar ist die Kontrollfunktion grundsätzlich mehr auf die politischen Verträge bezogen, während die Vollzugssicherungsfunktion eher auf gesetzesinhaltliche Verträge ausgerichtet ist. Aber die beiden Funktionen können auch durch ein und denselben Vertrag aktiviert werden, sofern der Vertrag als politischer und zugleich als gesetzesinhaltlicher Vertrag zu qualifizieren ist.⁷⁶

In seiner binären Struktur, entweder dem Vertrag zuzustimmen oder den Vertrag abzulehnen, weist das Zustimmungs- und Mitwirkungsrecht dem Bundestag und dem Bundesrat zwar kein eigenes, aktives Gestaltungsrecht zu. Die beiden Zustimmungsfunktionen haben aber für die Statik des Grundgesetzes eine fundamentale Bedeutung. Hinweggedacht offenbart sich ihr tieferer Sinn: Ohne Zustimmung bzw. Mitwirkung der Gesetzgebungsorgane wäre der Bundesregierung im Bereich des Auswärtigen eine Gestaltungsmacht übertragen, die demokratisch nur unvollständig und zu spät kontrollierbar wäre.⁷⁷ Außerdem wäre nicht sichergestellt, dass die Bundesrepublik als völkerrechtlicher Vertragsschuldner ihre Verpflichtungen gegenüber ihren Partnern erfüllen kann, und schließlich würde die gesetzgeberische Gestaltungsfreiheit in systemwidriger Weise verkürzt oder aufgegeben.

2. Die Problematik der vorläufigen Anwendung

Die vorläufige Anwendung ist nur bei den Verträgen problematisch, die für sich genommen zustimmungspflichtig sind, deren vorläufige Anwen-

⁷⁵ U. Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986, 219 f.; W. Heun (Anm. 70), Rn. 30 ff.; H. D. Jarass (Anm. 70), Rn. 13; B. Kempen (Anm. 63), Rn. 67; M. Nettesheim (Anm. 63), Rn. 103 ff.; D. Rauschnig (Anm. 70), Rn. 70 ff.; O. Rojahn (Anm. 70), Rn. 24 ff.; R. Streinz (Anm. 70), Rn. 32; A. Weber (Anm. 70), Rn. 42 ff.

⁷⁶ Dazu am Beispiel von Freihandelsverträgen B. Grzeszick/J. Hettche (Anm. 19), 225 (254 ff.).

⁷⁷ Vgl. etwa O. Rojahn (Anm. 70), Rn. 22; siehe aus der Perspektive einer späteren "Vertragsüberschreitung" auch A. Funke, Keine Abwägung im Auswärtigen – Zugleich Bemerkungen zur "Treaty Override"-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, DÖV 69 (2016), 833 (838).

derung mit Wirkung für die Bundesrepublik Deutschland aber ohne Beteiligung des Bundestages erklärt wird. Denn wenn schon Verwaltungsabkommen nicht zustimmungspflichtig sind, kann dies erst recht nicht eine, wenn auch völkerrechtlich bindende, Erklärung ihrer vorläufigen Anwendung sein.⁷⁸ Gleiches gilt für völkerrechtliche Abkommen, die den innerstaatlichen Zustimmungsprozess gem. Art. 59 Abs. 2 GG erfolgreich durchlaufen haben, aber völkerrechtlich noch nicht endgültig ratifiziert und wirksam geworden sind. In diesen Fällen wurde eine ordnungsgemäße Mitwirkung des Bundestages bereits sichergestellt.⁷⁹ Mit Blick auf Handelsverträge wie das CETA ist zu konstatieren, dass sich solche Abkommen aus deutscher Perspektive typischerweise als zustimmungspflichtig erweisen⁸⁰ und speziell das CETA noch nicht ratifiziert wurde. Daher trifft dessen vorläufige Anwendung ohne Bundestagsbeteiligung den Kern des hier aufgeworfenen Problems.

Mit der Frage, ob Verträge zur vorläufigen Anwendung zustimmungspflichtiger völkerrechtlicher Verträge ihrerseits zustimmungspflichtig sind, hatte sich das Bundesverfassungsgericht bislang nicht zu befassen.⁸¹ In der Literatur findet eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Frage bislang nicht statt.

3. Argumente für und gegen eine Zustimmungspflichtigkeit

Stimmen gegen eine Zustimmungspflichtigkeit stellen zumeist auf wenig harte Kriterien ab wie etwa eine kritiklos hingenommene Praxis der Bundesregierung,⁸² die resignierende Behauptung, parlamentarische Zustimmung habe ohnehin ihre Funktion verloren,⁸³ oder aber die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes.⁸⁴ Während eine vermeintliche Praxis der

⁷⁸ Dazu ausführlich *F. Montag* (Anm. 3), 180 ff.; ebenso *G. Ress* (Anm. 63), 820.

⁷⁹ So etwa geschehen zum Vertrag über den Waffenhandel (Anm. 30), dessen vorläufige Anwendung die Bundesrepublik Deutschland am 2.4.2014 (BGBl. 2014 II, 353) und damit nach Ratifikation am 19.10.2013 (BGBl. 2013 II, 1426) erklärte.

⁸⁰ Siehe näher *B. Grzeszick/J. Hettche* (Anm. 19), 225 (252); *A. v. Arnould* (Anm. 73), 268 (278).

⁸¹ Auch das jüngste Urteil des BVerfG über Anträge auf einstweilige Anordnung u. a. gegen die deutsche Zustimmung im Rat der EU zur vorläufigen Anwendung des CETA – Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a. – musste diese Frage wegen der Natur des einstweiligen Rechtsschutzverfahrens nicht beantworten.

⁸² *F. Montag* (Anm. 3), 207.

⁸³ *F. Montag* (Anm. 3), 212 ff.

⁸⁴ *F. Montag* (Anm. 3), 210 f.

Bundesregierung keine Präjudizwirkung hat und ein (vermeintlich) realpolitisch gespeister Sarkasmus keine geeignete juristische Argumentationsgrundlage bietet, ist die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ein nicht zu vernachlässigender Einwand. Denn die Bundesregierung muss unbestritten international handlungsfähig sein. So richtig dies ist, kann es aber nur innerhalb der Grenzen des Grundgesetzes gelten. Es ist schwer vorstellbar, dass die Einbeziehung des Bundestages in eine Erklärung der vorläufigen Anwendung ungebührlich hemmend wirkt, wenn politischer Wille hierzu existiert. Dann nämlich lässt sich die Zustimmung schnell in der nächsten Bundestagssitzung einholen, worauf lediglich die völkerrechtliche Notifikation folgte. Wenn aber ein entsprechender politischer Wille der Volksvertretung fraglich ist, diene eine unterlassene Zustimmungseinholung offenkundig der Umgehung unangenehmer Konfrontationen. In einem solchen Fall des Rechtsmissbrauchs verlangen aber auch Vertreter einer grundsätzlichen Zustimmungsfreiheit ausnahmsweise eine Beteiligung des Bundestags.⁸⁵ Zudem sind kontroverse Auseinandersetzungen im Bundestag, die sich von einem bloßen Abnicken von Entscheidungsvorlagen unterscheiden, als notwendiger Bestandteil staatlicher Willensbildungsprozesse gerade dem (parlamentarischen) Demokratieprinzip inhärent.⁸⁶ So führte das Bundesverfassungsgericht jüngst in seinem *OMT*-Urteil zutreffend aus: “Öffentliches Verhandeln von Argument und Gegenargument, öffentliche Debatte und öffentliche Diskussion sind wesentliche Elemente des demokratischen Parlamentarismus.”⁸⁷ Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes kann aber, wie auch das Bundesverfassungsgericht in seiner Entscheidung zur Frage des “Treaty Override” unmissverständlich klargestellt hat,⁸⁸ niemals dem Demokratieprinzip vorgehen.

Kein Argument gegen die Zustimmungspflichtigkeit liegt in dem unzutreffenden Hinweis auf die angeblich einseitige Form des Zustandekommens der vorläufigen Vertragsanwendung. Die vorläufige Anwendung setzt völkerrechtlich immer eine vertragliche Vereinbarung voraus, sei es, dass sie im Vertrag selbst vorgesehen ist, sei es, dass die Verhandlungspartner sie auf andere Weise “vereinbaren”, Art. 25 Abs. 1 WVK.⁸⁹ Und so ist auch im CETA eine vertragliche Vereinbarung vorgesehen. Deren Grundlage findet sich in Art. 30.7 Abs. 3 lit. a CETA. Die in der genannten Vertragsbestimmung vorgesehene Notifikation ist auf Gegenseitigkeit angelegt (vorläufige

⁸⁵ Vgl. etwa *F. Montag* (Anm. 3), 204.

⁸⁶ Dazu nur *P. Badura*, in: J. Isensee/P. Kirchhof, HStR II, 3. Aufl. 2014, § 25, Die parlamentarische Demokratie, Rn. 34 ff., insb. 44.

⁸⁷ BVerfG, Urteil v. 21.6.2016, 2 BvE 13/13 u. a., Rn. 173.

⁸⁸ BVerfGE 140, 317; dazu näher *A. Funke* (Anm. 77), 833.

⁸⁹ Siehe oben II. 4.

Anwendung ab dem Tag, “an dem die Vertragsparteien *einander* notifiziert haben, dass ihren jeweiligen internen Anforderungen [...] genüge getan ist”). Die vorläufige Anwendung wird also gerade nicht durch einseitigen Rechtsakt, sondern durch völkerrechtlichen Vertrag herbeigeführt, sodass grundsätzlich der Anwendungsbereich des Art. 59 Abs. 2 GG eröffnet ist. Insofern lässt sich auch eine Parallele zum Vertragsbeitritt ziehen, der zwar auf einseitiger Erklärung beruht, aber *de facto* Vertragsschluss und somit zustimmungspflichtig ist.⁹⁰

Der Vertrag über die vorläufige Anwendung ist freilich ein Vertrag mit erleichteter Kündigungsmöglichkeit. Das stärkste Argument gegen die Zustimmungspflichtigkeit von völkerrechtlichen Vereinbarungen über die vorläufige Anwendung liegt daher in dem Hinweis, dass die vorläufig eintretenden vertraglichen Bindungen jederzeit gekappt werden können.⁹¹ Die Kündigungsoption könnte sich in dieser Perspektive gewissermaßen als Kompensation für die fehlende parlamentarische Zustimmung darstellen. Bei Lichte besehen hält dieses Argument kritischer Überprüfung aber nicht stand, und zwar aus mehreren Gründen:

Zunächst einmal wird auf diese Weise verkannt, dass unabhängig von einer möglichen Widerrufserklärung, die nur *ex nunc* wirkt, für den zurückliegenden Zeitraum der vorläufigen Anwendung verbindliche Rechtsfolgen eintreten, die jenen des Hauptvertrages entsprechen.⁹² Es hilft also wenig, dass nach Eintritt einer unangenehmen und parlamentarisch nicht legitimierten Rechtsfolge die vorläufige Anwendung aufgehoben wird. Ein völkerrechtlich mitunter immenses Haftungsrisiko bleibt bestehen. Dies musste auch die Russische Föderation in den *Yukos*-Verfahren leidvoll lernen.⁹³

Noch schwerer wiegen die Gegenargumente, die ihre Überzeugungskraft aus der Struktur und dem *telos* des Art. 59 Abs. 2 GG beziehen. Wenn es zutreffend wäre, dass die vorläufige Anwendung eines Vertrages wegen der erleichterten Kündigungsmöglichkeit keiner parlamentarischen Zustimmung bedürfe, dann hätte Art. 59 Abs. 2 GG generell Verträge mit kurzer oder fehlender Kündigungsfrist von der Zustimmungspflicht ausnehmen können, was aber ersichtlich nicht geschehen ist. Hinzu kommt: Die Kontrollfunktion des Art. 59 Abs. 2 GG findet in der erleichterten Kündigungsmöglichkeit gerade keine adäquate Kompensation. Der Bundestag kann zwar mit den ihm zu Gebote stehenden Mitteln (kleine und große Anfragen, schlichte Parlamentsbeschlüsse) einen gewissen politischen Druck

⁹⁰ W. Heun (Anm. 70), Rn. 38.

⁹¹ So etwa F. Montag (Anm. 3), 217.

⁹² Siehe oben II. 2.

⁹³ Siehe Anm. 53 und 54.

auf die Bundesregierung ausüben, dass sie die vorläufige Anwendung beende. Aber rechtlich verpflichtende Instrumente stehen dem Bundestag nicht zur Verfügung.

Die Vollzugssicherungsfunktion schließlich läuft vollends ins Leere. Wird ein gesetzesinhaltlicher Vertrag vorläufig angewendet, schuldet die Bundesrepublik Deutschland im Außenverhältnis ein gesetzgeberisches Tätigwerden, das vom Bundestag und vom Bundesrat nicht mitverantwortet ist. Es lässt sich leicht ausmalen, welche Verwerfungen auf diese Weise entstehen können. Der gesetzgeberische Gestaltungsfreiraum des unmittelbar demokratisch legitimierten Bundestages wäre empfindlich eingeengt. Er findet sich möglicherweise in der Rolle wieder, entweder aus Gründen außenpolitischer Staatsräson Gesetzesbeschlüsse fassen zu müssen, die der freien parlamentarischen Willensbildung nicht entsprechen, oder aber den Vollzug des Vertrages trotz bestehender völkerrechtlicher Bindung zu blockieren und auf diese Weise der Glaubwürdigkeit deutscher Außenpolitik Schaden zuzufügen. Dieses Dilemma lässt sich nur vermeiden, wenn auch die Vereinbarung über die vorläufige Anwendung eines Vertrages – sofern er denn gesetzesinhaltlicher oder politischer Natur ist – einer vorherigen Zustimmung der Gesetzgebungsorgane unterworfen ist.⁹⁴

4. Schlussfolgerung: Akzessorische Zustimmungspflichtigkeit

Die hier dargestellten verfassungsrechtlichen Überlegungen unter Berücksichtigung der völkerrechtlichen Merkmale der vorläufigen Anwendung führen für die Frage der Zustimmungspflichtigkeit der für die Bundesrepublik Deutschland vorläufig anwendbaren Verträge zu einem eindeutigen Befund. Denn wenn sich die Rechtsnatur von Verträgen, die einerseits zur vorläufigen Anwendung führen und andererseits endgültig in Kraft getreten sind, nicht unterscheidet und die Wirkungen dieser beiden Vertragstypen lediglich im Hinblick auf Geltungszeit und Kündigungsmöglichkeit differieren, führt dies nicht zu einer unterschiedlichen Auslegung von Art. 59 Abs. 2 GG. In beiden Fällen liegen völkerrechtliche Verträge mit materi-

⁹⁴ Ebenso *U. Fastenrath/T. Grob*, in: K.-H. Friauf/W. Höfling, Berliner Kommentar zum GG, Art. 59, 22. EL 2007, Rn. 83; *B. Kempen* (Anm. 63), Rn. 81; *M. Nettesheim* (Anm. 63), Rn. 146; *H. G. Krenzler* (Anm. 3), 106; *G. Ress* (Anm. 63), 820; *O. Rojahn* (Anm. 70), Rn. 34; *M. Schweitzer/A. Weber/S. Ahlers*, Handbuch der Völkerrechtspraxis der Bundesrepublik Deutschland, 2004, Rn. 38.

ell identischem (oder jedenfalls teilweise komplementärem⁹⁵) Regelungsinhalt vor: ein Hauptvertrag und ein zu ihm akzessorischer Vertrag zum Befehl der vorläufigen Anwendung des Hauptvertrages. Es wäre ein Wertungswiderspruch, in ersterem Fall eine Zustimmungspflicht anzunehmen und in letzterem Fall nicht, weil die von beiden Verträgen ausgehenden Rechtsbindungen und Rechtswirkungen für die Bundesrepublik Deutschland identisch sind. Daher determiniert die Zustimmungspflichtigkeit des Hauptvertrages stets die Zustimmungspflichtigkeit des vorläufigen Anwendungsbefehls, mit anderen Worten: Die Zustimmungspflichtigkeit der Erklärung der vorläufigen Anwendung ist akzessorisch zur Zustimmungspflichtigkeit des Hauptvertrages.

IV. EU-Recht: Unionsabkommen als Sonderfall?

1. Das Völkervertragsrecht der EU: Reine Unionsabkommen und gemischte Abkommen

Nicht erst seit dem Vertrag von Lissabon (Art. 216 ff. AEUV) hat die EU eine Kompetenz zum Abschluss völkerrechtlicher Verträge. Vielmehr ist seit dem *AETR*-Urteil des EuGH aus dem Jahr 1971⁹⁶ eine Vertragsschlusskompetenz schon der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (EWG) innerhalb der ihr übertragenen Zuständigkeiten anerkannt.⁹⁷ Das Völkervertragsrecht der Union ist – aus binnenrechtlicher Perspektive – integrierender Bestandteil des Unionsrechts auf der Ebene des Sekundärrechts.⁹⁸ Das Unionsrecht wiederum genießt wegen seiner Durchgriffswirkung in die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen zugleich unmittelbare Anwendung auch innerhalb der deutschen Rechtsordnung.⁹⁹ Damit eröffnet sich weiteres¹⁰⁰ Konfliktpotential im rechtlichen Mehrebenensystem: Eine

⁹⁵ D. h. bei vorläufiger Anwendung nur einiger Teile des Hauptvertrages.

⁹⁶ EuGH, Urteil v. 31.3.1971, Rs. 22/70 (*AETR*), Slg. 1971, 264.

⁹⁷ Statt vieler *K. Schmalenbach*, in: C. Calliess/M. Ruffert, EUV/AEUV, 5. Aufl. 2016, Art. 216 AEUV, Rn. 1 ff.

⁹⁸ Seit EuGH, Urteil v. 20.4.1974, Rs. 181/73 (*Haegemann*), Slg. 1974, 449; siehe auch *K. Lachmayer/S. v. Förster*, in: H. v. d. Groeben/J. Schwarze/A. Hatje, Europäisches Unionsrecht, 7. Aufl. 2015, Art. 216 AEUV, Rn. 1 ff.

⁹⁹ Statt vieler *M. Herdegen*, Europarecht, 18. Aufl. 2016, § 10.

¹⁰⁰ Die für Verträge mit internationalen Organisationen fehlende Einschlägigkeit der WVK ist dagegen kein völkerrechtliches Problem, weil insoweit der völkergewohnheitsrechtlich anerkannte Großteil der WVKIO gleichlautende Regeln aufstellt (siehe bereits Anm. 10

von der EU eingegangene völkerrechtliche Verpflichtung bindet auch die nationalen Hoheitsträger, kann aber im Konflikt mit innerstaatlichem Recht stehen. Dies löst üblicherweise die Lehre vom Anwendungsvorrang des Unionsrechts¹⁰¹ – jedoch nur wenn und soweit die Union in ihrem völkerrechtlichen Wirken nicht außerhalb ihrer Kompetenzen – also *ultra vires* – gehandelt hat.¹⁰² Dies gilt gleichermaßen für völkerrechtliche Pflichten, die aus bloß vorläufig angewendeten Unionsabkommen herrühren, denn die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge gilt für das Unionsrecht gem. Art. 218 Abs. 5 AEUV sowohl materiell als auch im Vertragsschlussverfahren ohne Abweichung zum tatsächlichen Abschluss völkerrechtlicher Verträge.¹⁰³

Daraus ergeben sich für die beiden verschiedenen Vertragstypen unterschiedliche Konsequenzen. Zu differenzieren ist zwischen reinen Unionsabkommen (“EU-only”) und gemischten Abkommen.¹⁰⁴ Erstere haben lediglich solche Bereiche zum Gegenstand, die bereits durch wirksame Übertragung durch die Mitgliedstaaten in ausschließlicher Unionszuständigkeit liegen.¹⁰⁵ Vertragspartei wird von vornherein nur die EU, nicht aber jeder einzelne Mitgliedstaat.¹⁰⁶ Aus diesen Gründen bedarf es zum Abschluss reiner Unionsabkommen auch keiner Ratifikationsverfahren in den Mitgliedstaaten,¹⁰⁷ was dann erst recht für deren vorläufige Anwendung gilt. Dagegen haben gemischte Abkommen eine Doppelnatur;¹⁰⁸ sie werden geschlossen, wenn die Regelungsinhalte des jeweiligen Vertrages nicht in den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der EU fallen, sondern auch die mitgliedstaatlichen Kompetenzen betreffen. Zwar unterscheidet das Primär-

und 11). Für das CETA scheint zudem über Art. 8.31 die WVK (anstelle der WVKIO) für anwendbar erklärt zu werden.

¹⁰¹ M. Herdegen (Anm. 99), § 10, Rn. 3.

¹⁰² Zur Ultra-vires-Kontrolle des BVerfG jüngst das *OMT-Urteil* (Anm. 87), Rn. 143 ff.; siehe allgemein H.-G. Dederer, Die Grenzen des Vorrangs des Unionsrechts – Zur Vereinheitlichung von Grundrechts-, Ultra-vires- und Identitätskontrolle, JZ 69 (2014), 313; K. Schneider, Der Ultra-vires-Maßstab im Außenverfassungsrecht, AöR 139 (2014), 196; A. Schwerdtfeger, Europäisches Unionsrecht in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – Grundrechts-, ultra-vires- und Identitätskontrolle im gewaltenteiligen Mehrebenensystem, EuR 50 (2015), 290; B. Schiffbauer (Anm. 69), 552 (559 ff.).

¹⁰³ Vgl. K. Schmalenbach (Anm. 97), Art. 218, Rn. 7.

¹⁰⁴ Näher zu gemischten Abkommen S. Sattler, Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der Europäischen Gemeinschaft (EG) und ihrer Mitgliedstaaten, 2007, 32 ff.; C. Vedder, EuR 2007, Beiheft 3, 57.

¹⁰⁵ T. Jaag, Demokratische Legitimation der EU-Außenpolitik nach Lissabon, EuR 47 (2012), 309 (317).

¹⁰⁶ T. Jaag (Anm. 105), 319 f.

¹⁰⁷ T. Jaag (Anm. 105), 320 f.

¹⁰⁸ A. v. Arnould (Anm. 73), 268 (269).

recht nicht ausdrücklich zwischen EU-only- und gemischten Abkommen. Hierzu besteht jedoch eine gefestigte unionsrechtliche und völkerrechtliche Praxis.¹⁰⁹

Vertragsparteien gemischter Abkommen sind grundsätzlich die EU sowie jeder einzelne Mitgliedstaat;¹¹⁰ so ist dies auch im CETA ausweislich dessen Präambel vorgesehen. Überdies nennt die (umständliche) Legaldefinition von Art. 1.1 CETA als Vertragsparteien

“die Europäische Union oder ihre Mitgliedstaaten oder die Europäische Union und ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer sich aus dem Vertrag über die Europäische Union und dem Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union ergebenden Zuständigkeiten (im Folgenden ‘EU-Vertragspartei’) einerseits und Kanada andererseits”.

Daher muss das CETA neben den unionsinternen Vertragsschlussverfahren der Art. 216 ff. AEUV zusätzlich auch in jedem Mitgliedstaat einen Ratifikationsprozess durchlaufen, bevor es in Kraft treten kann. Dieser Ratifikationsprozess muss sich auf das gemischte Abkommen in seiner Gesamtheit beziehen und nicht etwa nur auf die unter die mitgliedstaatlichen Kompetenzen fallenden Vertragsteile.¹¹¹ Da dies bei (noch) 28 Mitgliedstaaten eine gewisse Zeit in Anspruch nehmen und zudem aufgrund politischer Unwägbarkeiten womöglich auch in einzelnen Staaten verweigert werden kann, sollen wesentliche Teile des CETA vorläufig angewendet werden. Die entsprechende Beschlussvorlage des Rates sieht vor, dass wesentliche Teile von Kapitel 8, einige Regelungen von Kapitel 13 sowie die Art. 20.12, 27.3, 27.4 und 28.7 Abs. 7 CETA von der vorläufigen Anwendung ausgenommen werden.¹¹² Dies ist bedeutsam, weil somit gerade nicht der gesamte Vertrag vorläufig angewendet werden soll. Wäre dies der Fall, müsste nach dem oben Festgestellten eine Zustimmung jedenfalls des Bundestages auch zur vorläufigen Anwendung des CETA eingeholt werden. Insoweit ist nämlich lediglich die Tatsache, dass auch die EU an einem völkerrechtlichen Vertrag der Bundesrepublik Deutschland beteiligt ist, gerade kein Grund, von dem grundsätzlichen Zustimmungserfordernis abzuweichen. Anders könnte dies jedoch sein, wenn nur einzelne Teile gemischter Abkommen vorläufig an-

¹⁰⁹ K. Lachmayer / S. v. Förster (Anm. 98), Art. 216 AEUV, Rn. 14 f.; S. Sattler (Anm. 104), 60 ff.

¹¹⁰ K. Schmalenbach (Anm. 97), Art. 216, Rn. 5; differenzierend zu einer “gemischten Mitgliedschaft” S. Sattler (Anm. 104), 75 ff.

¹¹¹ Dazu ausführlich und m. w. N. W. Weiß, Informations- und Beteiligungsrechte des Deutschen Bundestags bei gemischten Abkommen wie TTIP, DÖV 69 (2016), 661 (661 f.).

¹¹² Interinstitutional File 2016/0220 (NLE) 10974/16 vom 5.10.2016 und Ratsdokument 13463/1/16 REV 1 vom 27.10.2016.

gewendet werden sollen, die für sich genommen in eine ausschließliche Unionszuständigkeit fallen (was hier für den Fall des CETA nach den maßgeblichen Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts¹¹³ unterstellt werden soll).

2. Vorläufige Anwendung nur bestimmter Teile von gemischten Abkommen?

Die vorläufige Anwendung bestimmter Teile von gemischten Abkommen ohne Zustimmung der mitgliedstaatlichen Parlamente kann auf eine einschlägige Praxis zurückblicken.¹¹⁴ Zuletzt wurden etwa die (gemischten) Freihandelsabkommen mit der Republik Korea¹¹⁵ sowie mit Peru und Kolumbien¹¹⁶ in Teilen für vorläufig anwendbar erklärt, ohne dass der Bundestag (oder ein anderes mitgliedstaatliches Parlament) dem zugestimmt hätte. Dies bedeutet jedoch nicht, dass dies auch rechtmäßig am Maßstab des Grundgesetzes wäre. Für die Verfassungsmäßigkeit dieser Unionspraxis könnte allerdings sprechen, dass die für vorläufig anwendbar erklärten Vertragsteile, wären sie alleiniger Bestandteil des Hauptvertrages, als EU-only-Abkommen ohnehin nicht zustimmungspflichtig gewesen wären. Auf dieser Logik scheint jedenfalls die erwähnte Praxis zu beruhen, die offenbar von einer Trennbarkeit gemischter Abkommen in einen Unionsteil und einen mitgliedstaatlichen Teil ausgeht. Es wäre demnach möglich, zu einem Hauptvertrag, der die Natur eines gemischten Abkommens hat, einen Vertrag über dessen vorläufige Anwendung als EU-only-Abkommen zu schließen.

Schon diese Illustration legt nahe, dass mit jener vermeintlichen Logik der Rechtsnatur der vorläufigen Anwendung kaum Rechnung getragen wird.¹¹⁷ Denn geht man, wie oben dargestellt, davon aus, dass die vorläufige

¹¹³ BVerfG, Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 69 f.

¹¹⁴ Dazu bereits mit Blick auf die EG *F. Montag* (Anm. 3), 198 f.; siehe auch die Auflistung jüngerer vorläufig angewendeter Abkommen der EU bei *J. M. Gómez-Robledo* (Anm. 2), Fourth Report Addendum; siehe ferner auch *J. Bäuml*, Vom Vertragstext zum Inkrafttreten: Das Vertragsschlussverfahren im Mehrebenensystem am Beispiel CETA, EuR 51 (2016), 607 (625 f.).

¹¹⁵ Seitens der EU erklärt durch Art. 3 des Beschlusses des Rates 2011/265/EU vom 14.5.2011.

¹¹⁶ Seitens der EU erklärt durch Art. 3 des Beschlusses des Rates 2012/735/EU vom 31.5.2012.

¹¹⁷ Dies deutet auch *J. Bäuml* (Anm. 114), 626, mit ihrer Einschätzung als "systemwidrig" an.

Anwendung auf einem selbständigen völkerrechtlichen Vertrag beruht, der akzessorisch zum Hauptvertrag ist, kann ein reines Unionsabkommen aus systematischen Gründen nicht zur vorläufigen Anwendung eines gemischten Abkommens führen. Von Akzessorietät kann dann nämlich keine Rede mehr sein. Vielmehr wäre die Erklärung der vorläufigen Anwendung ein vom Hauptvertrag unabhängiges reines Unionsabkommen. Dies wäre dann jedoch unionsrechtswidrig zustande gekommen, weil für die betroffene Regelungsmaterie, die nur einen Teilbereich des ausgehandelten (aber eben noch nicht abgeschlossenen) Abkommens betrifft, schon kein Verhandlungsmandat durch den Rat (Art. 218 Abs. 2, 3 AEUV) erteilt worden wäre.

Andererseits könnte man eine Akzessorietät zwischen dem Unionsvertrag zur vorläufigen Anwendung und dem Hauptvertrag als existent unterstellen. Dann müssen konsequenterweise auch deren Merkmale Beachtung finden. Konkret bedeutet dies, dass die Parteien sowohl des Hauptvertrages als auch des Vertrages zur vorläufigen Anwendung identisch sein müssen. Dann aber kann der Vertrag zur vorläufigen Anwendung schon deshalb kein reines Unionsabkommen sein, da EU-only-Abkommen gerade nicht die Mitgliedstaaten zur Partei haben.

Beide Blickwinkel führen zwar zu einem unterschiedlichen Ergebnis, keiner führt aber zu einer Legalität der bisherigen EU-Praxis zur vorläufigen Anwendung gemischter Abkommen: Entweder betrachtet man den Vertrag zur vorläufigen Anwendung als nicht akzessorisch zum Hauptvertrag. Dann fehlt es insoweit an einem Hauptvertrag und der Vertrag zur vorläufigen Anwendung wäre in Wahrheit ein eigenständiges EU-only-Abkommen. Dafür fehlt es jedoch an einem entsprechenden Mandat (Art. 218 Abs. 2, 3 AEUV), sodass ein solches Abkommen *ultra vires* geschlossen würde. In diesem Fall wäre zwar auch keine Zustimmung des Bundestages notwendig, wohl aber wären deutsche Hoheitsträger nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts dazu verpflichtet, einen solchen Vertrag nicht im Geltungsbereich des Grundgesetzes anzuwenden,¹¹⁸ wenn schon der deutsche Vertreter im Rat den Eintritt dieses unionrechtswidrigen Zustandes nicht verhindert¹¹⁹ hat. Oder man bejaht die Akzessorietät beider Verträge. In diesem Fall läge ein entsprechendes Mandat vor, jedoch blieben auch alle Mitgliedstaaten Vertragsparteien, sodass auch der Vertrag zur vorläufigen Anwendung nur als gemischtes Abkommen geschlossen werden

¹¹⁸ Vgl. jüngst BVerfG, Urteil v. 21.6.2016, 2 BvE 13/13 u. a., insb. Rn. 170.

¹¹⁹ Dies wäre ihm unter den für Freihandelsabkommen herrschenden Mehrheitsverhältnissen in den meisten Fällen durch negatives Stimmverhalten möglich, vgl. B. Schiffbauer, Mehrheitserfordernisse für Abstimmungen im Rat über TTIP, CETA & Co., EuZW 27 (2016), 252.

kann. Für diesen Blickwinkel sprechen letztlich auch Systematik und Wortlaut von Art. 218 Abs. 5 AEUV, der ohne Unterschied vom Abschluss und der vorläufigen Anwendung des mandatierten Abkommens spricht und daher schon selbst ein Auseinanderfallen in einen EU-only- und einen gemischten Teil nicht vorsieht.

Damit sprechen die besseren Gründe für eine Zustimmungspflichtigkeit des Vertrages zur vorläufigen Anwendung durch den Bundestag, wie sie auch in Ansehung des Hauptvertrages besteht.¹²⁰ Alternativ kommt nur ein *ultra vires* geschlossenes eigenständiges reines Unionsabkommen in Betracht. Es ist daher nicht nur juristisch überzeugend, sondern auch praxisgerecht, den Vertrag zur vorläufigen Anwendung des CETA als unionsrechtskonform einzustufen; dies geschieht jedoch zu dem Preis und unter der Bedingung mitgliedstaatlicher Zustimmung vor dessen Gültigkeit. Dafür spricht schließlich auch das Verhältnis zwischen Erklärung der vorläufigen Anwendung und deren Widerrufsmöglichkeit (Art. 25 Abs. 1 und 2 WVK).¹²¹ Denn ebenso wie eine Notifikation nach Art. 25 Abs. 2 WVK den *actus contrarius* zur Erklärung nach Abs. 1 bildet, gilt diese Systematik auch für den insoweit spezielleren Art. 30.7 Abs. 3 CETA.¹²² Denn Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA bezieht sich auf dessen lit. b und berechtigt daher nur diejenigen Vertragsparteien zur Beendigung der vorläufigen Anwendung, die diese zuvor auch erklärt haben. Für den Fall der Erklärung der vorläufigen Anwendung lediglich durch die EU, jedoch mit Wirkung für die Mitgliedstaaten, bedeutet dies: Selbst wenn das CETA als Hauptvertrag später nicht in Kraft treten sollte, könnte nach der bisherigen Unionspraxis die zu ihm akzessorische Vereinbarung der vorläufigen Anwendung nur durch die EU selbst als erklärende Partei widerrufen werden.¹²³ Dies widerspricht offenkundig dem Wesen gemischter Abkommen und lässt auch daher für eine

¹²⁰ Im Ergebnis ebenso W. Weiß, Verfassungsanforderungen und Integrationsverantwortung bei beschließenden Vertragsorganen in Freihandelsabkommen, EuZW 27 (2016), 286 (290 f.).

¹²¹ Siehe oben II. 4.

¹²² Vgl. dazu auch die kurze Erwähnung der *actus-contrarius*-Theorie in Bezug auf Art. 30.7 Abs. 3 CETA in Verbindung mit dem Unionrecht von J. Bäumler (Anm. 114), 626.

¹²³ In der Völkerrechtspraxis der EU gab es (soweit ersichtlich) erst einen Fall, in welchem die vorläufige Anwendung eines gemischten Abkommens von einem Widerruf (Art. 25 Abs. 2 WVK) eines Mitgliedstaates (hier: Italien) bedroht war, nämlich das Handels- und Kooperationsabkommen mit Südafrika (Beschluss des Rates 1999/753/EG v. 29.7.1999), siehe dazu S. Sattler (Anm. 104), 139 f. (insb. dort in Anm. 61). Dieses Abkommen sollte aber gerade nicht in bloßen "EU-only"-Teilen, sondern als gemischtes Abkommen insgesamt vorläufig angewendet werden, weshalb eine entsprechende Notifizierung durch Italien möglich erschien. Im Umkehrschluss ist ein solches Vorgehen bei reinen Unionsabkommen zur vorläufigen Anwendung gerade völkerrechtlich nicht statthaft. A. A. (jedoch nur in völkerrechtlicher und nicht in unionsrechtlicher Hinsicht) aber T. P. Holterbus (Anm. 17), 896 (899).

einseitige Unionserklärung zur vorläufigen Anwendung keinen Raum. Unionsrechtlich wird dieses Argument unmittelbar durch Art. 218 Abs. 5 AEUV gestützt. Diese Norm sieht vor, dass unionsintern der Rat über die vorläufige Anwendung eines Abkommens nur gemeinsam mit der Unterzeichnung unter diesen (Haupt-)Vertrag beschließen kann; damit ist die völkerrechtlich implizierte Akzessorietät zwischen der Vereinbarung zur vorläufigen Anwendung und dem Hauptvertrag auch unionsrechtlich statuiert.

3. Die Position des Bundesverfassungsgerichts

Mit der hier aufgeworfenen Problematik hatte sich das Bundesverfassungsgericht erstmals im Rahmen mehrerer Verfassungsbeschwerden und einem Organstreitverfahren u. a. gegen die Zustimmung des deutschen Vertreters im Rat gegen die vorläufige Anwendung des CETA zu befassen. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung am 12.10.2016 über eine einstweilige Anordnung gegen die Zustimmung zur vorläufigen Anwendung des CETA ging es zur Bewertung der gem. § 32 Abs. 1 BVerfGG zu tätigen Folgenabwägung¹²⁴ im Wesentlichen um die Frage, ob die Erklärung der vorläufigen Anwendung des CETA einseitig durch die Bundesrepublik Deutschland gem. Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA widerrufen werden kann. In seinem Urteil vom 13.10.2016¹²⁵ stieg der Senat nicht in die oben dargestellte dogmatische Auseinandersetzung zur vorläufigen Anwendung nur bestimmter Teile von gemischten Abkommen und deren Zustimmungspflichtigkeit ein. Stattdessen begnügte er sich – nach Maßgabe der im einstweiligen Rechtsschutz entscheidenden Folgenabwägung zu Recht – mit der Verhängung von Auflagen, um u. a. sicherzustellen, dass nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens die vorläufige Anwendung einseitig von Deutschland widerrufen werden kann.¹²⁶ Denn bei unterstellter Verfassungswidrigkeit (auch) der bloß unionsseitig erklärten vorläufigen Anwendung wäre nach unterstellt erfolgreichem Hauptsacheverfahren eine Beseitigung des dann verfassungswidrigen Zustands problemlos möglich.¹²⁷

Der Senat zeigte sich in der näheren mündlichen Erörterung zu diesem Themenkomplex skeptisch im Hinblick auf die von der Bundesregierung

¹²⁴ Dazu *K. Graßhof*, in: T. Maunz/B. Schmidt-Bleibtreu/F. Klein/H. Bethge, BVerfGG, § 32, 21. EL 2002, Rn. 108 ff.

¹²⁵ BVerfG, Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a.

¹²⁶ BVerfG, Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 72.

¹²⁷ Vgl. auch *K. Graßhof* (Anm. 124), insb. Rn. 117.

vorgetragenen Auslegung des Art. 30.7 Abs. 3 lit. c CETA, wonach ein unilateraler Widerruf ohne weiteres Zutun völkerrechtlich möglich sei. Daher erteilte er die Auflage, die Möglichkeit eines solchen Widerrufs nicht nur zu erklären, sondern völkerrechtlich verbindlich abzusichern.¹²⁸ Dies lässt sich jedenfalls als Signal werten, dass die Erklärung der vorläufigen Anwendung nur mancher Teile eines gemischten Abkommens eigentlich auch durch die Bundesregierung selbst erfolgen müsste; denn (nur) dann wäre ein Widerruf als *actus contrarius* unzweifelhaft auch ohne zusätzliche völkerrechtliche Absicherung möglich. Wäre das Bundesverfassungsgericht anderer Ansicht, hätte es der Erteilung dieser Auflage nicht bedurft. Hinzu kommt, dass die genannte Auflage einen möglichen Erfolg der Beschwerdeführer und der Antragstellerin im noch ausstehenden Hauptsacheverfahren absichern soll,¹²⁹ indem sie die völkerrechtliche Revozierbarkeit einer durch die EU abgegebenen Erklärung durch die Bundesregierung auf mögliches Geheiß des Bundesverfassungsgerichts als *lex specialis* gewährleistet. Damit kommt gerade keine Billigung der bisherigen Unionspraxis zum Ausdruck, weil darüber erst in der Hauptsache zu entscheiden ist. Es ist jedenfalls nicht fernliegend, dass auch das Bundesverfassungsgericht die Zustimmung zum Vertrag der vorläufigen Anwendung auch durch den Bundestag für verfassungsrechtlich geboten hält.

4. Schlussfolgerung: Kein Sonderrecht für gemischte Abkommen

Die besondere Gemengelage im Mehrebenensystem zwischen der EU, ihren Mitgliedstaaten und Drittstaaten wie etwa Kanada oder den USA bietet zuweilen politischen Zündstoff und bewegt sich mitunter auf völkerrechtlich kaum befriedetem Terrain. Dies verzerrt aber aus der Perspektive des Grundgesetzes dennoch nicht den Blick auf das Wesentliche: ein Sonderrecht für die vorläufige Anwendung gemischter Abkommen existiert nicht. Da das Unionsrecht hierzu schweigt, der EU also keine besonderen Kompetenzen eingeräumt worden sind, gelten nach dem Prinzip der begrenzten

¹²⁸ Siehe Anm. 126. Die völkerrechtliche Absicherung hat die Bundesregierung dadurch zu bewirken versucht, dass der Botschafter der Bundesrepublik Deutschland bei der Europäischen Union am 28.10.2016 im Wesentlichen gleichlautend an das Generalsekretariat des Rates und an den Ständigen Vertreter Kanadas bei der Europäischen Union folgendes notifizizierte: “[...] Die Bundesrepublik Deutschland erklärt, dass sie als Vertragspartei des [...] CETA ihre Rechte aus dessen Artikel 30.7 Absatz 3 Buchstabe c ausüben kann. Die erforderlichen Schritte werden im Einklang mit EU-Verfahren unternommen.”

¹²⁹ BVerfG, Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., Rn. 50.

Einzelermächtigung (Art. 5 Abs. 1 Satz 1 EUV) weiterhin die Vorgaben des Grundgesetzes.

Dies bedeutet: Wenn die Bundesrepublik Deutschland Partei eines politischen oder gesetzesinhaltlichen völkerrechtlichen Vertrages werden soll, bedarf es für dessen Ratifikation (mindestens¹³⁰) der Zustimmung des Bundestages gem. Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG. Dies gilt jedenfalls für Freihandelsabkommen, die i. d. R. politischer Natur sind und/oder deren Vollzug nur durch Bundesgesetz ermöglicht werden kann. Ob die EU (auch) Vertragspartei eines solchen Abkommens ist, ist dem Grundgesetz gleichgültig, solange Kompetenzen betroffen sind, die nicht zuvor auf die EU übertragen worden sind. Nichts Anderes kann dann für zu solchen Abkommen akzessorische Vereinbarungen über die vorläufige Anwendung gelten. Sie büßen gegenüber dem Hauptvertrag – auch wenn von diesem nur einige Teile vorläufig angewendet werden sollen – nichts an ihrem politischen oder gesetzesinhaltlichen Charakter ein. Daneben kann eine Vollziehung der vorläufigen Anwendung nur gelingen, wenn die mit dem jeweiligen Abkommen verbundenen Rechtswirkungen in die deutsche Rechtsordnung durch Gesetz überführt werden. Denn eine mittelbare Bindung deutscher Hoheitsträger über das Unionsrecht versagt dann, wenn sie auf einen *Ultra-vires*-Akt zurückzuführen ist – und dies wäre stets der Fall, wenn ein Vertrag zur vorläufigen Anwendung als EU-only-Abkommen geschlossen würde, obwohl der zugrundeliegende Hauptvertrag als gemischtes Abkommen einzugehen ist.

V. Ergebnis und Ausblick

Für den Abschluss und die Rechtswirksamkeit internationaler Abkommen zwischen den Akteuren im Völkerrecht, im EU-Recht und im (deutschen) Verfassungsrecht gilt ganz allgemein: Das Völkervertragsrecht setzt auf der internationalen Ebene die Parameter, die es auf nationaler Ebene über das Grundgesetz (nämlich Art. 59 Abs. 2 GG) für die deutsche Rechtsordnung zu übersetzen und in sie zu integrieren gilt. Etwas Anderes kann für den Bereich der EU selbst und die Ausstrahlung des Unionsrechts auf ihre Mitgliedstaaten nur gelten, soweit die Mitgliedstaaten einzelne Kompetenzen (in Deutschland über Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG) auf die Union übertragen haben. Dieses Grundkonzept der Rechtspermeabilität im in-

¹³⁰ Zu möglichen Beteiligungsrechten auch des Bundesrates etwa A. Pautsch, Der Abschluss des Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) als "gemischtes Abkommen" – ein Anwendungsfall des Art. 23 I GG?, NVwZ-Extra 18/2016.

ternationalen Mehrebenensystem lässt sich auch für das Konzept der vorläufigen Anwendung völkerrechtlicher Verträge nutzbar machen. Auf völkerrechtlicher Ebene gilt es zunächst zu verstehen, dass die vorläufige Anwendung eines völkerrechtlichen Vertrages selbst auf einem separaten und zugleich dazu akzessorischen völkerrechtlichen Vertrag beruht. Somit werden bereits auf dieser Ebene zwei verschiedene, wenn auch einander bedingende Regime ins Leben gerufen: der völkerrechtliche Hauptvertrag und der zu ihm akzessorische Vertrag zur vorläufigen Anwendung einzelner oder aller Bestandteile dieses Hauptvertrages. Wegen der völkerrechtlichen Akzessorietät dieser beiden Verträge sind sie auf der Ebene des nationalen Rechts gleich zu behandeln, wobei die Natur des Hauptvertrages die verfassungsrechtlichen Vorgaben determiniert. Handelt es sich um einen politischen und/oder gesetzesinhaltlichen Vertrag, ist für dessen erfolgreiche Umsetzung in der deutschen Rechtsordnung ein vom Bundestag verabschiedetes Zustimmungsgesetz erforderlich. Da die Natur des Vertrages zur vorläufigen Anwendung gleich ist, gilt Entsprechendes auch für diesen. Wenn (auch) die EU Partei des entsprechenden Hauptvertrages ist, kann sich dieser Befund ändern, soweit Unionskompetenzen betroffen sind. Steht der Union deshalb eine alleinige Vertragsschlusskompetenz zu, entfällt eine Zustimmungspflichtigkeit durch den Bundestag zu solchen Abkommen, weil solche Verträge bereits zuvor durch die Übertragung von Hoheitsrechten auf die EU gem. Art. 23 Abs. 1 Satz 2 GG hinreichend legitimiert worden sind und als Bestandteil des Unionsrechts unmittelbar anwendbar werden. Dies bedeutet aber umgekehrt, dass Verträge, die mitgliedstaatliche Kompetenzen betreffen, einem derart modifizierten Vorgehen nicht zugänglich sind. Es bleibt dann bei den Vorgaben des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG. Dies gilt namentlich für alle gemischten Abkommen der EU. Deren vorläufige Anwendung kann daher nicht auf eine Zustimmung des Bundestages verzichten.

Dieser Befund widerspricht der (jedenfalls) jüngeren Unionspraxis, umfassende Freihandelsabkommen, die als gemischte Abkommen zu qualifizieren sind, ohne Parlamentsbeteiligung der Mitgliedstaaten ganz oder in Teilen vorläufig anzuwenden. Tatsächlich schließt die EU mit Drittstaaten jeweils eigene völkerrechtliche Verträge mit Wirkung auch für ihre Mitgliedstaaten, obwohl diese in den Mitgliedstaaten nicht ratifiziert wurden und obwohl der ihnen zugrundeliegende Hauptvertrag (zumindest auch) mitgliedstaatliche Kompetenzen betrifft. Erst die breite zivilgesellschaftlich befeuerte (politische wie rechtliche) Kritik am CETA hat die Erörterung einst ausgeblendeter oder schlicht hingennommener Rechtsprobleme – wie eben

die Praxis zur vorläufigen Anwendung – ventiliert.¹³¹ Wenn hochpolitische und rechtlich sensible Bereiche aufeinandertreffen, kann dies nicht nur im öffentlichen, sondern auch im interdisziplinären wissenschaftlichen Diskurs zu abweichenden Resultaten führen, die von dem jeweiligen Lager für sich selbst als wahr beansprucht werden. Gerade beim Abschluss (vermeintlich) bedeutender völkerrechtlicher Verträge über eine verstärkte internationale Wirtschaftszusammenarbeit wird aus den Reihen der Politik häufig das Dogma der Handlungsfähigkeit der Union bemüht.¹³² Nur eine auf dem internationalen Parkett agile EU sei in der Lage, die globalen Herausforderungen gerade in Krisenzeiten zu meistern. Dieser Ansatz ist allerdings nur dann legitim und – vor allem – legal, wenn der politische Handlungsspielraum von Rechts wegen eröffnet ist. Es gehört zu den großen Errungenschaften eines modernen Europas, dass es sich bei der EU um eine verfasste Rechtsgemeinschaft souverän gebliebener Staaten handelt.¹³³ Die Herrschaft des Rechts domestiziert dabei politisch motivierte Wünsche in einem Gehege, dessen Eckpfeiler nicht nur vom Unionsrecht, sondern auch vom mitgliedstaatlichen Recht und vom Völkerrecht getragen werden. Verschiebungen dieser Pfeiler sind möglich, doch muss dann die Politik zunächst das Recht neu abstecken und in den dafür vorgesehenen demokratischen Verfahren zur Geltung bringen. Eine deutliche Abgrenzung der mitgliedstaatlichen und unionalen Kompetenzen¹³⁴ – womöglich sogar eine behutsame Erweiterung von Unionszuständigkeiten – wäre nicht nur angesichts der hier aufgeworfenen Probleme zu diskutieren. Solange aber eine Rechtsänderung nicht vollzogen wird, kann allenfalls in notstandsähnlichen Lagen realpolitischer Opportunismus ausnahmsweise einmal für eine gewisse Zeit obsiegen. Doch selbst solche Maßnahmen müssen im Rahmen des geltenden Rechts veranlasst werden. erinnert man sich an den Sinn und Zweck der vorläufigen Anwendung zurück, ist genau dieses völkerrechtliche Institut eine der Einbruchstellen für rechtlich gestatteten realpolitischen Opportunismus. Denn die vorläufige Anwendung völkerrechtlicher Verträge ver-

¹³¹ Zur zivilgesellschaftlichen Debatte siehe etwa den “Kampagnenblog zu TTIP & CETA” von Mehr Demokratie e.V., <<https://www.mehr-demokratie.de>> (zuletzt abgerufen am 15.12.2016).

¹³² So auch seitens der Bundesregierung in der mündlichen Verhandlung zu BVerfG, Urteil v. 13.10.2016, 2 BvR 1368/16 u. a., siehe auch Rn. 31; siehe allgemein etwa auch C. Rüger, Wie handlungsfähig ist die EU als außenpolitischer Akteur in Zeiten der Polykrise?, ZPol 26 (2016), 469.

¹³³ Von unveränderter Aktualität dazu das *Lissabon*-Urteil des BVerfG, 2 BvE 2/08 u. a. = BVerfGE 123, 267, dort bereits der erste Leitsatz.

¹³⁴ Zu einer solchen schien, jedenfalls nach Einschätzung von M. Nettesheim (Anm. 17), 3567, nicht einmal das BVerfG in seinem Urteil v. 13.10.2016 in der Lage gewesen zu sein; dies spricht für eine Reformbedürftigkeit des Primärrechts.

setzt Entscheidungsträger in die Lage, rechtsförmliche Verfahren zur Erzielung eines besonderen eilbedürftigen Zwecks zeitweise zu umgehen. Das so ermöglichte Wechselspiel zwischen einem Recht der Herrschenden und der Herrschaft des Rechts ist und bleibt jedoch der Ausnahmefall. Grundsätzlich haben nämlich die durch politische Prozesse legitimierten Regeln des geltenden Rechts den Vorrang – auch wenn es um die vorläufige Anwendung des CETA geht.

Zudem gelten die aus dem Diskurs über die bisherige Unionspraxis zu ziehenden Lehren weit über das CETA hinaus. Denn das geltende Recht gibt, wie gezeigt wurde, Folgendes vor: Wann immer in Zukunft politische oder gesetzesinhaltliche Verträge als gemischte Abkommen geschlossen werden (wie es etwa für das TTIP der Fall sein dürfte), dürfen diese nur nach separater mitgliedstaatlicher Ratifikation vorläufig angewendet werden. Diese Rechtslage mag die politische Praxis wenig begeistern, weil sie innerstaatlichen Widerstand beflügeln kann. Dies muss in einer demokratischen Union aber auszuhalten sein und befördert womöglich sogar den in der Demokratie unerlässlichen politischen Meinungs austausch.¹³⁵ Die Politik kann daraus auch ihre Lehren ziehen: Denn einerseits könnte sich die EU auf ihre Kernkompetenzen zurückbesinnen und völkerrechtliche Verträge nur innerhalb ihres eigenen Zuständigkeitsbereichs abschließen. Andererseits sollte außerdem die Frage nach dem Sinn und Zweck der vorläufigen Anwendung im Völkerrecht mit der notwendigen Ernsthaftigkeit gestellt werden: Es behagt diesem völkerrechtlich sinnvollen Institut kaum, wenn es inflationär für langfristig angelegte Wirtschaftsverträge nahe an der Missbrauchsgrenze bemüht wird, obwohl es doch eigentlich nur besonders dringlich regelungsbedürftigen Sachverhalten vorbehalten ist. Oder ist die möglichst schnelle Rechtswirksamkeit des CETA ebenso dringend erforderlich wie die Regelung von Friedens- und Rüstungskontrollabkommen?

¹³⁵ In Wahrheit dürfte der nicht zu leugnende Vertrauensverlust der EU zu großen Teilen darauf basieren, dass der Eindruck vermittelt wird, Union und Mitgliedstaaten hätten sich von den Wählern entfernt.