Recht der Internationalen Wirtschaft

RIW Heft 12 · Dezember 2008 · 54. Jahrgang

Professor Dr. Peter Hilpold, Innsbruck

WTO-Recht und EU-Recht – neueste Entwicklungen in einem komplexen Rechtsverhältnis*

Das EuGH-Urteil in den verbundenen Rechtssachen FIAMM und Fedon vom 9. 9. 2008

Insbesondere seit den Streitigkeiten um die sog. Bananenmarktordnung der EG in den 1990er-Jahren ist die Frage nach dem Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und dem GATT- bzw. WTO-Recht auch in einer breiteren Öffentlichkeit auf Interesse gestoßen. Die Position des EuGH ist eigentlich seit den 1970er-Jahren unverändert: Verneinung einer unmittelbaren Wirkung des Welthandelsrechts im Rahmen des Gemeinschaftsrechts. Mit einem neuen Urteil in den verbundenen Rechtssachen FIAMM und Fedon hat der EuGH diese Rechtsprechungslinie im Ergebnis bestätigt. Der folgende Beitrag nimmt diese Entscheidung zum Anlass, die konträren Standpunkte in der Rechtsdiskussion zusammenzufassen und die EuGH-Rechtsprechung zu analysieren.

I. Ausgangslage

Mit den Urteil vom 9. 9. 2008 in den verbundenen Rechtssachen FIAMM und Fedon[1] wurde der letzte Akt in einer äußerst komplexen Auseinandersetzung zwischen Weltwirtschaftsordnung und Gemeinschaftsrecht gesetzt, die über Jahrzehnte Politik, Wirtschaft und Wissenschaft intensiv beschäftigt hat. Von zentraler Bedeutung ist dabei die Frage, welche Wirkung dem WTO-Recht im Gemeinschaftsraum zukommt. Bekanntlich wurde schon im Urteil International Fruit eine unmittelbare Wirkung des GATT-Rechts im Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen. Im Urteil Portugal gegen Rat wurde dieses Ergebnis für das WTO-Recht bestätigt.

Unablässig waren die Versuche in Wissenschaft und Praxis, dieses Ergebnis zu revidieren. Ständig neue Unterscheidungen wurden getroffen und unter Bezugnahme auf veränderte rechtliche Rahmenbedingungen eine Umkehr in der Rechtsprechung verlangt. Der EuGH zeigte sich jedoch unbeirrbar. Musste für das GATT-Recht noch die Flexibilität dieses Systems als Grund für den Ausschluss der unmittelbaren Wirkung herhalten, so ließ sich der EuGH auch durch die Verrechtlichung der Welthandelsregeln im WTO-System nicht zu einer Abkehr von seiner Haltung bewegen. Die Argumentation des EuGH wurde kontinuierlich angepasst und verfeinert; die Grundhaltung dagegen blieb dieselbe.

Die diesbezügliche Diskussion füllt Bände. Das Urteil FIAMM und Fedon scheint nun einen Schlussstrich darunter zu setzen. Diese Auseinandersetzung ist weit über die konkrete Sachproblematik hinaus von größter Bedeutung für die Einschätzung der WTO-Ordnung und für die Funktionsbestimmung des auswärtigen Handelns der Gemeinschaft. Der Streitfall selbst wirft ein neues Licht auf die Frage, ob die Gemeinschaft eine außervertragliche Haftung für rechtmäßiges Handeln kennt. Gerade der vehemente Einsatz der deutschen Rechtswissenschaft für eine unmittelbare Wirkung des WTO-Rechts im Gemeinschaftsrecht hat sich nicht zufällig ergeben, sondern ist Ausdruck einer wirtschaftspolitischen Positionierung, die offenkundig auf keinen multilateralen Konsens gestoßen ist. Gerade um nicht den Eindruck von Bevormundung und Willkür durch die Rechtsprechung aufkommen zu lassen, ist eine nähere Auseinandersetzung mit diesen Ergebnissen auch in rechtspolitischer Hinsicht angezeigt.

II. Die Frage der unmittelbaren Wirkung des GATT/WTO-Rechts im Gemeinschaftsrecht

Schon lange vor dem Inkrafttreten des WTO-Rechts sind immer wieder fundamentale Konflikte zwischen der Freihandelsordnung des GATT und dem Außenwirtschaftsrecht der Gemeinschaft augenscheinlich geworden. Die Gemeinschaft ist dem GATT zwar formell nie beigetreten. Mit dem Übergang der Außenhandelshandelkompetenz von den Mitgliedstaaten auf die Gemeinschaft ist es aber zu einer faktischen Funktionsnachfolge gekommen mit all den daraus resultierenden Rechten und Pflichten. „Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?“[2] lautete daraufhin die plakative Frage, als die Gemeinschaft GATT-Regeln in evidenter Form missachtete. Diese Frage schien in wenigen Worten das gesamte Dilemma zu umschreiben; sie transponierte gleichzeitig aber auch eine Wertung, von welcher sich der EuGH immer wieder – und immer deutlicher – distanzierte. Dass die Gemeinschaft – insbesondere im berühmt-berüchtigten Bananenstreitfall – grob im Unrecht war, daran konnte es kaum Zweifel zu geben. Die Leidtragenden waren unmittelbar die Konsumenten und bestimmte Wirtschaftssektoren in der Gemeinschaft. Die wohlfahrtsfördernde und individualrechtsstärkende Funktion des Frei-

* Für eine umfassende Darstellung der rechtlichen Fragestellungen im Beziehungsgeflecht zwischen WTO und EU vgl. *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System, 3. Aufl. 2009 (im Erscheinen).

1 Vgl. das Urteil des EuGH in den verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P v. 9. 9. 2008.

2 So *Petersmann*, Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?, EuZW 1997, 325.

handels steht – innerhalb der Spannbreite des wissenschaftlichen Mainstreams – außer Diskussion.[3] Damit musste für die Betroffenen der Gedanke nahe liegen, sich unmittelbar auf das Völkerrecht zu berufen. Dies ist dem Bürger im Normalfall zwar verwehrt. Die Europäische Gemeinschaft hat sich aber schon sehr früh als Experimentierfeld für neue Ansätze im Zusammenwirken unterschiedlicher Rechtskreise erwiesen. In ihrem Verhältnis zum Völkerrecht hat sie sich auf jeden Fall traditionell als „offene", „völkerrechtsfreundliche" Ordnung gezeigt.

Der EuGH hatte zwar schon im Jahr 1972 im Fall International Fruit kategorisch eine unmittelbare Wirkung des GATT-Rechts im Gemeinschaftsrecht ausgeschlossen. War dieses Urteil aber möglicherweise fehlerhaft? War inzwischen im EuGH ein Umdenken erfolgt, nachdem ein besseres Verständnis für die Zusammenhänge zwischen multilateralem und regionalem Handelssystem herangereift war?

Eine Serie von EuGH-Urteilen, die den Bürgern eine Berufung auf einzelne Bestimmungen von Assoziierungsabkommen ermöglichten, boten sich zumindest *prima facie* als Präjudizien an, um eine unmittelbare Berufung auf das GATT-Recht durch Einzelne in ebensolcher Form zu rechtfertigen.[4] Im Fall International Fruit hatte der EuGH den Ausschluss der unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT-Rechts mit der „großen Geschmeidigkeit" dieser Rechtsordnung, mit dem diplomatischen Charakter des Streitbeilegungsmechanismus sowie mit der Existenz einer Schutzklauselbestimmung gerechtfertigt und damit die Dominanz des politischen Elements gegenüber dem rechtlichen betont. In den daran anschließenden Verfahren wurde im Besonderen auch der Reziprozitätsgrundsatz hervorgehoben: Die einseitige Erklärung der unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT-Rechts würde die Wettbewerbsposition der Gemeinschaft gegenüber jenen Vertragsparteien schwächen, die eine solche ausschließen (also praktisch allen).[5]

Die genannten Assoziierungsabkommen wiesen nun genau dieselben „Schwächen" auf – allein, hier stellten sie kein Hindernis dar, einzelnen Bestimmungen dieser Abkommen unmittelbare Wirkung zuzuerkennen. So als seien die Argumente beliebig einsetzbar und austauschbar, kam der EuGH im Urteil Kupferberg sogar zu dem Schluss, dass auch die fehlende Reziprozität kein Hinderungsgrund für die Zuerkennung einer unmittelbaren Wirkung darstellen könne, da jede Partei eines Vertrages diesen zwar nach Treu und Glauben erfüllen müsse, doch die dafür erforderlichen Maßnahmen – in Ermangelung einer expliziten Regelung – selbst bestimmen könne. Diese auf den ersten Blick wenig kohärente Argumentation musste provozieren – die Wissenschaft, die in der Aufdeckung dieser Inkonsistenzen ein dankbares Betätigungsfeld fand, und die Praxis, die immer noch auf einen Rechtsprechungswandel hoffte. Schon im Jahr 1984 arbeitete aber *Ulrich Everling* den eigentlichen Grund für diese unterschiedlichen Ansätze frei: Bei der Beurteilung der Fähigkeit eines Abkommens, Direktwirkung zu entfalten, ist seine Nähe zur Gemeinschaft und ihren Zielen zu berücksichtigen.[6] Je enger ein Abkommen mit dem Grundkonzept und den Zielen der Gemeinschaftsrechtsordnung verwoben ist, desto eher sind seine Bestimmungen geeignet, in der Gemeinschaftsrechtsordnung unmittelbar Anwendung zu finden. Dieser Gedanke wurde weiter präzisiert von *Lee/Kennedy*: Es ist kein Zufall, dass gerade die Bestimmungen von jenen völkerrechtlichen Abkommen als unmittelbar anwendbar erklärt worden sind, die ein engeres Integrationsverhältnis zur EWG begründet haben – sei es im Zuge der Vorbereitung eines Beitritts, sei es im Wege der Entwicklungskooperation.[7] Aus dieser Perspektive betrachtet zeigt sich doch ein erheblicher Unterschied zwischen dem GATT/WTO-Recht und den genannten Assoziierungsverhältnissen, auch wenn beide – rein formal betrachtet – einen „integrierenden Bestandteil des Gemeinschaftsrechts"[8] bilden.

Es ist ein großes Verdienst der Rechtswissenschaft, hier jene Erklärungsleistung erbracht zu haben, die der EuGH schuldig geblieben ist und die maßgeblich dazu beigetragen hat, die Situation zu entspannen.[9] Hält der EuGH beharrlich an einer Rechtsprechung fest, ohne dafür überzeugende Argumente zu liefern, so untergräbt dies die Legitimität des Gemeinschaftsrechts – eine gefährliche Entwicklung für eine Rechtsordnung, die für die Sicherung ihrer Bestandskraft einer weit größeren Wandlungsfähigkeit – und damit eines kontinuierlichen konstitutionellen Prozesses – bedarf als die mitgliedstaatlichen Rechtsordnungen.[10] Rückblickend betrachtet war die lange Zeit geübte allzu knappe Argumentationspraxis auch deshalb bedauerlich, da sich die Rechtsprechung selbst in der Substanz als völlig richtig erwiesen hat.

Gerade in Deutschland wurde dies aber lange nicht anerkannt und auch gegenwärtig gibt es eine starke Strömung in der Literatur, die diese Rechtsprechung ablehnt.[11] Zwar ist eine nationale Festmachung von dogmatischen Positionen im Völker- und Europarecht nicht unproblematisch, in Einzelfällen aber, wenn sich entsprechende Gegebenheiten markant abzeichnen, durchaus gerechtfertigt.[12] Weshalb nun diese klare Positionierung der deutschen Rechtswissenschaft in dieser Frage?

Ein Grund dafür liegt – in einer pragmatisch-ökonomischen Sichtweise – sicherlich in den Entwicklungen im Bananenkonflikt, in dessen Rahmen deutsche Bananenim-

3 Für eine intelligente Streitschrift zugunsten eines freihandelsorientierten marktwirtschaftlichen Systems vgl. *Wolf*, Why Globalization Works – The Case for the Global Market Economy, New Haven/London 2004.

4 Vgl. dazu bspw. die Rs. 87/78, Bresciani, Slg. 1976, 129; 17/81, Papst, Slg. 1982, 1331; und 104/81, Kupferberg, Slg. 1982, 3641.

5 So Generalanwalt *Reischl* in den Fällen Schlüter (Rs. 9/73, Slg. 1973, 4135) und SIOT (Rs. 266/81, Slg. 1983, 731).

6 Vgl. *Everling*, Das Recht in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen, in: Hilf/Petersmann, GATT und Europäische Gemeinschaft, 1986, S. 175 ff., 190.

7 Vgl. *Lee/Kennedy*, The Potential Direct Effect of GATT in European Community Law, Journal of World Trade 1/1996, 67.

8 Diese Wendung wurde vom EuGH geprägt, beginnend mit der Rs. 181/73, Haegeman, Slg. 1974, 449. Die von der Gemeinschaft abgeschlossenen Verträge sind mit ihrem völkerrechtlichen Inkrafttreten als integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung zu bezeichnen.

9 Unter den jüngeren Beiträgen in diesem Kontext sei insbesondere jener von *Kuijper/Bronckers*, WTO Law in the European Court of Justice, 42 CMLR 2005, 1313 hervorgehoben. Vgl. auch die zahlreichen Beiträge von *Cottier*, zuletzt: The Judge in International Economic Relations, in: Monti et al. (Hrsg.), Economic Law and Justice in Time of Globalisation, FS Carl Baudenbacher, 2007, S. 99 ff.

10 Zu den konstitutionellen Problemen, die sich durch eine rechtsschöpfende und rechtsgestaltende EuGH-Rechtsprechung auftut, vgl. *Roth/Hilpold*, Der EuGH und die Souveränität der Mitgliedstaaten, 2008.

11 Dies lässt sich insbesondere in der in diesem Bereich äußerst reichhaltigen Dissertationsliteratur feststellen, die naturgemäß (wenngleich natürlich nicht immer) die dogmatische Position der jeweiligen Betreuer widerspiegelt.

12 Auf dieser Prämisse beruhen gerade die letzthin gängigen Bemühungen in der deutschen Literatur, „typisch deutsche" Positionen im Völkerrecht und im Europarecht zu identifizieren. Vgl. dazu das Heft 3/2007 der Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (Bd. 67), „Zur Zukunft der Völkerrechtswissenschaft in Deutschland", sowie Bd. 50 (2007) des German Yearbook of International Law mit dem Schwerpunkt „Typisch deutsch ...".

porteure und -vermarkter (und nicht zuletzt auch deutsche Konsumenten) eine schwere Übervorteilung erfahren haben, als über eine Mehrheitsabstimmung im EG-Rat im Jahr 1993 eine Marktordnung geschaffen wurde, die offen GATT-rechtswidrig war. In der Substanz führte diese Ordnung zu einer erheblichen Umschichtung von Bananenimportlizenzen von deutschen Vermarktern, insbesondere zu britischen und französischen Unternehmen, und zu einer erheblichen Verteuerung der Bananen in Deutschland. In dieser Situation schien das GATT-Recht eine Garantie für eine liberale Wirtschaftsordnung und für individuelle Rechte im marktwirtschaftlichen System zu sein, die es nun zu verteidigen galt.

Der zweite Grund für die Herausbildung dieser Position in der deutschen Rechtswissenschaft ist wissenschaftspraktischer Natur: Europarecht und Völkerrecht sind in Deutschland im Wesentlichen eine Domäne der Öffentlichrechtler, also von profund und oft auch überwiegend im nationalen Recht vorgebildeten Wissenschaftlern. Aus dieser Symbiose ergeben sich oft wertvolle Bereicherungen. Zuweilen wird die Argumentation aber stark dogmatisierend geführt und damit nicht mehr dem internationalen Kontext der zu interpretierenden Norm gerecht. Im Bananenstreit fällte die deutsche Rechtswissenschaft z. T. vernichtende Urteile über die einschlägige Rechtsprechung des EuGH. Dies war insbesondere nach dem Bananenurteil des Jahres 1994 der Fall, in dem das Klagebegehren der Bundesrepublik Deutschland auf Nichtigerklärung der einschlägigen Bestimmungen der Bananenmarktordnung zurückgewiesen wurde.

Weshalb war dieser neuerliche Versuch überhaupt gestartet worden, nachdem der EuGH im Urteil International Fruit in dieser Frage eigentlich bereits ein klares Wort gesprochen hatte und die GATT-Ordnung immer noch dieselbe war? Weil zum ersten Mal ein Mitgliedstaat der Gemeinschaft aktiv geworden war und nicht mehr – wie in der Vergangenheit – das Verfahren über die nationalen Gerichte, d. h. im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens, an den EuGH herangetragen worden ist. So war die Auffassung vertreten worden, dass die Mitgliedstaaten – anders als in den über nationale Gerichte initiierten Vorlageverfahren – über Art. 230 EGV die Nichtigkeit von gemeinschaftlichem Sekundärrecht auch dann rügen könnten, wenn die entgegenstehende Bestimmung nicht unmittelbar anwendbar sei.[13]

Der EuGH war aber nicht bereit, eine solche Unterscheidung zu akzeptieren. Für die Beurteilung der unmittelbaren Anwendungsfähigkeit einer Norm ist nicht nur ihr abstrakter Wortlaut in isolierter Betrachtung heranzuziehen, sondern auch ihr Kontext. In den Worten des EuGH ist eine Bestimmung eines Abkommen dann als unmittelbar anwendungsfähig anzusehen, „wenn sie unter Berücksichtigung ihres Wortlautes und im Hinblick auf Ziel und Zweck des Abkommens eine klare und eindeutige Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkung nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen".[14]

Auch die nachfolgenden Bemühungen, dem GATT/WTO-Recht unmittelbare Wirkung im Gemeinschaftsrecht zuzuerkennen, waren argumentativ vom Versuch begleitet, neue Entwicklungen tatbestandsmäßig von denjenigen Situationen zu differenzieren, die der früheren Rechtsprechung zugrunde gelegen haben. Erst sehr spät hat sich schließlich die Erkenntnis durchgesetzt, dass das GATT/WTO-Recht grundsätzlich nicht unmittelbar anwendungsfähig ist.

III. Das Rückzugsgefecht der Befürworter einer unmittelbaren Anwendungsfähigkeit des GATT/WTO-Rechts

Sieht man sich die EuGH-Rechtsprechung zur – regelmäßig abgelehnten – unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT/WTO-Rechts an, so mutet diese wie eine lange Serie von Niederlagen der Befürworter einer solchen Wirkung an, bei gleichzeitiger vehementer Kritik der Literatur. War diese Kritik allein dafür verantwortlich, dass die Befürworter ständig neuen Antrieb für weitere Klagen erhielten? Es war wohl der EuGH selbst, der in verklausulierten Wendungen solchen Hoffnungen immer wieder neue Nahrung gab.

Diesbezüglich ist einmal die Fediol- und die Nakajima-Rechtsprechung zu erwähnen. Nach der Fediol-Rechtsprechung werden GATT-Bestimmungen unmittelbar anwendbar, wenn sie ausdrücklich auf das GATT-Recht Bezug nehmen, wenn GATT-Recht also vom Gemeinschaftsrecht gleichsam rezipiert wird.[15] Die Verweise des Gemeinschaftsrechts auf das GATT-Recht sind allerdings vielfältig. Kommt hier stets das GATT-Recht unmittelbar zur Anwendung? Der EuGH hat hierauf eine sehr restriktive Antwort gegeben. Die Handelsschranken-Verordnung stellt gegenwärtig den einzigen Anwendungsfall der Fediol-Rechtsprechung dar.[16]

Ebenfalls restriktiv angewendet worden ist die sog. Nakajima-Rechtsprechung.[17] Danach wird der EuGH seiner Entscheidung zwar immer dann GATT-Recht unmittelbar zugrunde legen, wenn die angefochtene gemeinschaftsrechtliche Regelung dazu bestimmt ist, eine GATT-rechtliche Verpflichtung umzusetzen. Eine entsprechende explizite Intention lässt sich aber nur schwer nachweisen, und der EuGH hat de facto den Anwendungsbereich dieses Prinzips restriktiv ausgelegt sowie auf das Antidumping-Recht eingegrenzt.[18]

Die nächste Hoffnung auf einen grundlegenden Rechtsprechungswandel ergab sich auf der Grundlage von wesentlichen Änderungen auf der rechtstatsächlichen Ebene. Mit dem Inkrafttreten der WTO-Ordnung am 1. 1. 1995 war nach genereller Auffassung ein fundamentaler Paradigmenwechsel verbunden: An die Stelle einer diplomatischen, auf Verhandlungen beruhenden Ordnung war ein stärker regelorientiertes, „verrechtlichtes" System getreten, in dem genau jene Schwachstellen behoben bzw. stark gemildert worden sind, die in der Vergangenheit den EuGH maßgeblich dazu bewogen haben, eine unmittelbare Wirkung auszuschließen. Dies war zumindest eine auf sehr breiter Ebene vertretene Überzeugung, die aber im Verfahren Portugal gegen Rat[19] widerlegt worden ist. Der EuGH nimmt darin die Verrechtlichung des Systems zur Kenntnis; einen wirklichen qualitativen Unterschied im Vergleich zur Vorgängerordnung kann er darin aber nicht erkennen. Zwei Elemente ragen in dieser Argumentation hervor, die sich zum einen auf

13 Vgl. Rs. C-280/93, Deutschland gegen Rat, Slg. 1994, I-4973, Rdnr. 105.
14 So Rs. 12/86, Demirel, Slg. 1987, 3719, Rdnr. 14.
15 Siehe dazu Rs. 70/87, Fediol III, Slg. 1989, 1781.
16 Vgl. *Berrisch/Kamann*, WTO-Recht im Gemeinschaftsrecht, EWS 2000, 89, 96.
17 Vgl. Rs. C-69/89, Nakajima, Slg. 1991, I-2069, Rdnr. 31.
18 Die wesentlichen diesbezüglichen Klarlegungen erfolgten in den Rs. Deutschland gegen Rat (Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973), Petrotub (Rs. C-76/00, Slg. 2003, I-79) sowie Chiquita (Rs. C-280/93, Slg. 1994, I-4973).
19 Vgl. Rs. 149/96, Slg. 1999, I-8395.

das WTO-Streitbeilegungssystem beziehen, zum anderen auf das Reziprozitätsprinzip.

In Bezug auf das Streitbeilegungssystem ist die Auffassung vertreten worden, dieses sei nun einem Gerichtssystem vergleichbar: Einmal werden Entscheidungen – spätestens nach dem Berufungsverfahren – quasi automatisch angenommen (während in der Vergangenheit die verlierende Partei eine Annahme des für sie ungünstigen Panel-Berichts auch längerfristig verhindern konnte). Zum anderen schaffe die Feststellung eines Verstoßes gegen das WTO-Recht grundsätzlich die Verpflichtung zur Rücknahme der beanstandeten Maßnahmen, während die alternativen Umsetzungsformen (Einigung auf Ausgleichsmaßnahmen bzw. Genehmigung der Aussetzung von Zugeständnissen) nur subsidiär und auf jeden Fall auch nur temporär zur Anwendung kämen. Diese Ansicht wird aber der Natur des WTO-Streitbeilegungsverfahrens nicht wirklich gerecht. Gerade der Bananenstreit, aber auch der sog. Hormonstreit um hormonbehandelte Rindfleischimporte aus den USA und Kanada belegen, dass selbst die Entscheidung der Berufungsinstanz den Verhandlungsprozess nicht beendet.[20] Das WTO-System bringt zwar eine Präferenz für die Herstellung von Regelkonformität zum Ausdruck. Es gibt aber keine rechtlichen Mittel, die Einhaltung der beschriebenen Rechtsfolgenhierarchie wirksam einzumahnen. Die als Provisorien gedachten Ersatzmaßnahmen lassen sich in ihrer zeitlichen Anwendung nicht einschränken.

Das Reziprozitätsprinzip wird schließlich zum Hauptargument für die Verweigerung der unmittelbaren Anwendbarkeit des WTO-Rechts: Den Legislativ- und Exekutivorganen der Gemeinschaft einen Handlungsspielraum zu nehmen, der den Handelspartnern verbleibe, müsse zu einem Ungleichgewicht führen.[21]

Dieses Urteil stieß wiederum auf massive Kritik.[22] Obwohl der Wortlaut dieses Urteils auf absehbare Zeit kaum mehr Hoffnung auf eine Wende in der diesbezüglichen Rechtsprechung offen zu lassen schien, wurde weiter nach neuen Wegen gesucht, um zumindest in spezifischen Konstellationen eine solche Wirkung zu erzielen.

Erneut nährte der EuGH selbst diese Hoffnungen – durch mehrdeutige Wendungen bzw. eine nicht immer konsequente Argumentationslinie – insbesondere in den Verfahren Niederlande gegen Parlament und Rat[23] sowie Biret[24]. Gerade die Ausführungen im zweitgenannten Verfahren verdienen eine nähere Betrachtung, da sie als unmittelbar wegbereitend für das letzte Kapitel, das mit dem hier zentralen FIAMM-Verfahren eingeleitet wurde, anzusehen sind.

Ausgangspunkt des Biret-Verfahrens war der Hormonstreit. Nachdem es der EG nicht gelungen ist, einen wissenschaftlichen Nachweis zu erbringen, dass hormonbehandeltes Rindfleisch gesundheitsgefährdend ist, hätte das diesbezügliche Importverbot der Gemeinschaft aufgehoben werden müssen. Die Gemeinschaft setzte entsprechende Entscheidungen der WTO-Streitbeilegungsinstanzen jedoch nicht um. Ein auf den Import von Rindfleisch aus den USA bzw. Kanada spezialisiertes Unternehmen, *Biret*, das dadurch in den Konkurs getrieben worden ist, versuchte daraufhin eine außervertragliche Haftung der Gemeinschaft nach Maßgabe von Art. 288 Abs. 2 EGV geltend zu machen. Die Tatsache, dass eine definitive Entscheidung des WTO-Berufungsgremiums vorlag und dass die darin enthaltene Feststellung eines Verstoßes gegen das WTO-Recht Anlass für eine außervertragliche Haftung der Gemeinschaft darstellen sollte, war ein Novum. Für das EuG war – trotz der Besonderheiten dieses Falls – kein Anlass für eine Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung gegeben. Im Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH setzte sich Generalanwalt *Alber* vehement für das Klagebegehren von *Biret* ein. Der EuGH wies dieses zwar erneut zurück, deutete aber an, dass das EuG die innergemeinschaftlichen Wirkungen der DSB-Entscheidung hätte näher prüfen sollen. Diese Wendung wurde von vielen als Hinweis gesehen, WTO-Streitbeilegungsentscheidungen könnte in Hinkunft unmittelbare Wirkung zuerkannt werden. Im Verfahren Van Parys[25] wurden diese Hoffnungen aber erneut zunichte gemacht. Die Ausführungen im Verfahren Biret wurden präzisiert, damit keinerlei Zweifel mehr übrig bleiben sollten, dass Feststellungen von WTO-Streitbeilegungsinstanzen auf keinen Fall unmittelbare Wirkung im Gemeinschaftsrecht entfalten können:

„Der Ablauf [der Umsetzungsfrist] impliziert nämlich nicht, dass die Gemeinschaft die Möglichkeiten ausgeschöpft hätte, die die Streitbeilegungsvereinbarung zur Lösung der zwischen ihr und anderen Parteien bestehenden Streitigkeit vorsieht. Unter diesen Umständen könnte es daher zu einer Schwächung der Position der Gemeinschaft bei der Suche nach einer beiderseits akzeptablen, mit den WTO-Regeln im Einklang stehenden Lösung der Streitigkeit führen, wenn der Gemeinschaftsrichter nur deshalb als zur Nachprüfung der Rechtmäßigkeit der betreffenden Gemeinschaftsmaßnahmen im Hinblick auf die WTO-Regeln verpflichtet angesehen würde, weil diese Frist abgelaufen ist."[26]

Den Gemeinschaftsorganen bleibt es somit unbenommen, ihre Verhandlungsspielräume auch nach Ablauf der Umsetzungsfrist von Streitbeilegungsentscheidungen (freilich mit den damit verbundenen WTO-rechtlichen Konsequenzen) zu nutzen.

Diese Feststellung sollte an der Natur der WTO-Entscheidungen und am Verhältnis des WTO-Rechts zum EU-Recht keinen Zweifel mehr lassen.

Im Verfahren in der Rechtssache FIAMM wird diese Problematik nochmals umfassend diskutiert und im Ergebnis dann nach Maßgabe der bisherigen Rechtsprechung beurteilt. Dieses Verfahren verdient aber dennoch eine eingehende Betrachtung, und zwar aus folgenden Gründen:

(1) Die Begründung ist nunmehr viel ausführlicher als in der Vergangenheit. Die damit verbundenen Klarstellungen dürften in Zukunft keinen Zweifel mehr an der diesbezüglichen Orientierung des EuGH offen lassen.

(2) Zum ersten Mal wird im Kontext der Nichtbeachtung von WTO-Verpflichtungen durch die Gemeinschaft eine außervertragliche Haftung wegen rechtmäßigen Handelns geltend gemacht. Die Abweisung dieses Begehrens erfolgt in einer Form, die den Stellenwert dieses Instituts im Gemeinschaftsrecht in einem völlig neuen Licht erscheinen lässt.

IV. Das FIAMM-Verfahren vor dem EuG

Hintergrund des FIAMM-Verfahrens war wiederum der Bananenstreit. Nachdem der Verstoß der EG-Bananenmarkt-

20 EuGH (Fn. 19), Rdnr. 39 f.
21 EuGH (Fn. 19), Rdnr. 42 ff.
22 Vgl. *Griller*, Judicial enforceability of WTO law in the European Union. Annotation to Case C-149/96, Portugal v. Council, 3 JIEL 3/2000, 441; sowie *Hilf/Schorkopf*, WTO and EG: Rechtskonflikte vor den EuGH?, EuR 2000, 74.
23 Vgl. Rs. C-377/98, Slg. 2001, I-7079.
24 Rs. C-93/02, Slg. 2003, I-10497.
25 Vgl. Rs. C-377/02, 2005, Slg. 2005, I-1465.
26 EuGH (Fn. 25), Rdnr. 51.

ordnung gegen das WTO-Recht auch von der Streitbeilegungsinstanz im Berufungsverfahren bestätigt worden war und die EG bei der Umsetzung dieser Entscheidung weiter säumig geblieben ist, genehmigte der DSB den USA die Aussetzung von Zugeständnissen, und zwar in sektorübergreifender Form (cross-sector retaliation). In der Konsequenz waren davon Wirtschaftssubjekte der Gemeinschaft betroffen, die völlig außerhalb des Bananenhandels standen. Dazu zählten auch die *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio* (FIAMM) und die *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies, Inc.* (FIAMM Technologies). Die von diesen Unternehmen produzierten bzw. vertriebenen stationären Akkumulatoren, die hauptsächlich im Telekommunikationssektor verwendet werden, wurden mit einem hohen Strafzoll belegt. Diese Unternehmen verklagten nun die Gemeinschaft beim EuG auf Schadenersatz aufgrund außervertraglicher Haftung für rechtswidriges Verhalten ihrer Organe bzw. – nachrangig – aufgrund außervertraglicher Haftung für rechtmäßiges Verhalten.

Das EuG präzisierte zuerst die Voraussetzungen für das Vorliegen einer außervertraglichen Haftung der Gemeinschaft für rechtswidriges Verhalten: die Rechtswidrigkeit des vorgeworfenen Verhaltens, die Entstehung eines Schadens sowie der Kausalzusammenhang zwischen Verhalten und Schaden, wobei das vorgeworfene rechtswidrige Verhalten einen hinreichend qualifizierten Verstoß gegen eine Rechtsnorm darstellen muss, die dem Einzelnen Rechte verleiht. Nach Auffassung der Klägerinnen hätte die Beibehaltung der WTO-rechtswidrigen Bananenimportregelung gegen die Grundsätze des Vertrauensschutzes, der Rechtssicherheit und der ordnungsgemäßen Verwaltung verstoßen und zudem das durch die EMRK geschützte Recht auf Eigentum und wirtschaftliche Betätigungsfreiheit verletzt.

Im Zuge der Prüfung dieses Klagebegehrens untersuchte das EuG, ob eine Berufung der Klägerinnen auf WTO-Regeln überhaupt möglich sei. Das EuG verneinte dies u.a. unter Bezugnahme auf das Urteil in der Rechtssache Portugal gegen Rat[27]. Damit könne eine etwaige Verletzung der WTO-Regeln durch die beklagten Organe grundsätzlich auch keine außervertragliche Haftung der Gemeinschaft auslösen.[28] Auch eine Berufung auf die Ausnahmetatbestände der Fediol- bzw. Nakajima-Rechtsprechung hielt der EuGH hier – trotz des Vorliegens einer definitiven Entscheidung des Berufungsgremiums, die zweifelsohne WTO-Verpflichtungen weiter präzisiert – nicht für angebracht. Ausschlaggebend dafür war der nach Ansicht des EuG weiter verbleibende Verhandlungs- und Umsetzungsspielraum.[29] Hier mit einer Rechtmäßigkeitsprüfung zu intervenieren, wäre für die Gemeinschaft kontraproduktiv und würde der WTO-rechtlich gewollten Flexibilität zuwiderlaufen.

Von besonderem Interesse sind schließlich noch die Ausführungen in Bezug auf den Versuch der Klägerinnen, eine außervertragliche Haftung für Schäden geltend zu machen, die die Organe der Gemeinschaft ohne rechtswidriges Handeln verursacht hätten. Die Klägerinnen leiteten aus dem Urteil Dorsch Consult[30] ab, dass dafür das tatsächliche Vorliegen des Schadens, ein Kausalzusammenhang mit dem Verhalten von Gemeinschaftsorganen sowie die Außergewöhnlichkeit und Besonderheit des fraglichen Schadens nachgewiesen werden müssten.

Die Gemeinschaft wandte dagegen ein, dass noch kein gemeinsamer allgemeiner Rechtsgrundsatz dieser Art nachweisbar sei. Das EuG konzentrierte sich bei der Würdigung dieser spezifischen Fragestellung auf die Prüfung der genannten Elemente, wobei das Vorliegen eines „außergewöhnlichen und besonderen Schadens" zur entscheidenden Fragestellung werden sollte. Das EuG verneinte das Vorliegen dieser Elemente: Es sei nicht erwiesen, dass die Klägerinnen aufgrund der Unvereinbarkeit der Einfuhrregelung der Gemeinschaft für Bananen mit den WTO-Übereinkünften einen Schaden erlitten hätten, der die Grenzen der Risiken, die ihrer Exporttätigkeit innewohnten, überschritten hätten.[31]

V. Das Rechtsmittelverfahren vor dem EuGH

1. Haftung für rechtswidriges Handeln

Am selben Tag wie für das FIAMM-Unternehmen erging ein gleich gelagertes Urteil in einem vom Unternehmen Fedon angestrengten Verfahren. Die Produkte dieses Unternehmens, das Brillenetuis herstellt, waren ebenfalls mit bereichsübergreifenden Strafzöllen belegt worden. Im Berufungsverfahren sind beide Verfahren verbunden worden.

In erster Linie wollten beide Unternehmen wiederum eine außervertragliche Haftung der Gemeinschaft für rechtswidriges Verhalten geltend machen. Diesbezüglich behaupteten die Rechtsmittelführerinnen primär das Vorliegen eines Begründungsdefizits. U. a. hätte das EuG nicht angemessen berücksichtigt, dass eine Schadenersatzklage im Unterschied zu einer Nichtigkeitsklage oder einem Ersuchen um Vorabentscheidung nicht dazu führen könne, die betroffene Gemeinschaftsmaßnahme zu beseitigen oder unanwendbar zu machen und somit der Gemeinschaft die Möglichkeit zu nehmen, auf dem Verhandlungsweg Lösungen zu erzielen.[32]

Der Rat hielt dem jedoch entgegen, dass der grundsätzliche Ausschluss einer unmittelbaren Wirkung des WTO-Rechts eine Unterscheidung zwischen den verschiedenen Klagetypen überflüssig mache.[33] Ein weiteres, nur nebenbei erwähntes Argument des Rates, das gegen die Zulässigkeit eines solchen Schadenersatzanspruchs angeführt werden kann, verdient besondere Hervorhebung: Ein solcher Schadenersatzanspruch wäre sogar kontraproduktiv, da er der Wiederherstellung des Gleichgewichts der Zugeständnisse und somit der Gegenseitigkeit abträglich sei.[34] Damit wird ein wichtiges Funktionselement des WTO-Sanktionsinstrumentariums gerade in Hinblick auf sektorenübergreifende Sanktionen angesprochen: Sie treffen zwar „unschuldige" Parteien, sollen aber gerade damit dazu beitragen, den internen Druck auf die Regierungen zu verstärken, WTO-Konformität herbeizuführen. Der Rat wies überdies darauf hin, dass die Zuerkennung von Schadenersatzansprüchen – trotz ihrer auf den ersten Blick rein internen Wirkungen – zumindest indirekt die Position der Gemeinschaft schwächen würde, da diese im Rahmen ihrer Verhandlungen mit anderen WTO-Mitgliedern solche Haftungsrisiken stets berücksichtigen müsste.[35]

27 Vgl. Rs. C-149/96, Portugal gegen Rat, Slg. 1999, I-8395.
28 Vgl. das Urteil v. 14. 12. 2005, Rs. T-69/00, Rdnr. 113.
29 Vgl. die Rdnr. 116 ff. des Urteils.
30 Vgl. Rs. C-237/98 P, Dorsch Consult, Slg. 2000, I-4549.
31 EuGH (Fn. 30), Rdnr. 203.
32 Vgl. das Urteil v. 9. 9. 2008 in den verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P, Rdnr. 74.
33 EuGH (Fn. 32), Rdnr. 85.
34 EuGH (Fn. 32), Rdnr. 85.
35 EuGH (Fn. 32), Rdnr. 87.

Der Gerichtshof hielt den Rechtsmittelführerinnen seine ständige Rechtsprechung entgegen, wonach „die Verpflichtung des Gerichts, seine Urteile zu begründen, nicht bedeute […], dass es sich detailliert mit jedem vom Rechtsmittelführer vorgebrachten Argument hätte befassen müssen […]".[36]

In einer inhaltlichen Würdigung fanden die Argumente des Rates voll und ganz Bestätigung durch den Gerichtshof. Auch dieser lehnte eine Unterscheidung zwischen den einzelnen Klagearten bei der Überprüfung der Rechtmäßigkeit von Gemeinschaftshandlungen ab, da Schadenersatzklagen letztlich auch Einfluss auf die Tätigkeit der Gemeinschaft haben können.[37]

Auch eine Unterscheidung zwischen materiellem WTO-Recht (hinsichtlich welchem mittlerweile eindeutig feststeht, dass diesem – mit den erwähnten, eng umgrenzten Ausnahmen – keine unmittelbare Wirkung zukommt) und Entscheidungen des Streitbeilegungsgremiums lehnt der Gerichtshof in diesem Kontext ab und verweist diesbezüglich auf die auch nach Erlass der Entscheidung noch bestehenden Wertungs- und Verhandlungsspielräume.[38]

2. Haftung für rechtmäßiges Handeln – Anwendungsvoraussetzungen

Wenngleich das Urteil des EuG in Form und Begründung zu beanstanden war, so war dieses im Ergebnis nach Maßgabe der vorherigen Rechtsprechung doch antizipierbar gewesen. Die eigentlich spannende Frage war, wie sich der EuGH zum zweiten zentralen Rechtsmittelgrund äußern würde, nämlich zur Frage, ob hier eine Haftung für rechtmäßiges Handeln gegeben sein könnte. Die jüngste Rechtsprechung des EuGH schien die Existenz eines solchen – auch in der Literatur nachhaltig befürworteten – Rechtsinstituts zu bestätigen.[39]

Bereits vor dem EuG war dieser Klagegrund vorgebracht worden, doch dieses Gericht sah die dafür erforderlichen Anwendungsvoraussetzungen nicht als gegeben an. Konkret konnte das EuG die Außergewöhnlichkeit und Besonderheit des fraglichen Schadens nicht erkennen.

Als außergewöhnlich definiert das EuG jene Schäden, die „die Grenzen der wirtschaftlichen Risiken, die der Tätigkeit in dem betreffenden Sektor innewohnen, überschreiten". Die Besonderheit des Schadens ergibt sich hingegen dadurch, dass „eine besondere Gruppe von Wirtschaftsteilnehmern gegenüber den anderen unverhältnismäßig belaste[t]" wird.[40]

Nach Auffassung dieses Gerichts war es aber nicht erwiesen, „dass die Klägerinnen aufgrund der Unvereinbarkeit der Einfuhrregelung der Gemeinschaft für Bananen mit den WTO-Übereinkünften einen Schaden erlitten haben, der die Grenzen der Risiken, die ihrer Exporttätigkeit innewohnen, überschreitet".[41]

Damit schien also die Existenz eines solchen Haftungsgrundes im Gemeinschaftsrecht grundsätzlich anerkannt zu sein. Allein auf der Tatbestandsebene war somit noch gegebenenfalls zu prüfen, ob die Anwendungsvoraussetzungen vorlagen. Dies wurde vom EuG im vorliegenden Fall bestritten. Mit gutem Grund konnten die Rechtsmittelführerinnen aber ebenso das Gegenteil behaupten, was im zweitinstanzlichen Verfahren vor dem EuGH auch geschah.

Es ist nämlich nicht ohne Weiteres einzusehen, weshalb die Aussetzung von Zugeständnissen durch andere WTO-Mitglieder zu den normalen Geschäftsrisiken zählen soll, die der Wirtschaftstreibende in der Gemeinschaft nun einmal zu akzeptieren habe. Insbesondere dann, wenn die Sanktionen ihren Anlass in WTO-Verletzungen in anderen Wirtschaftssektoren finden und wenn diesen Verstößen politische Wertentscheidungen der Gemeinschaft zugrunde liegen, die nicht unmittelbar auf wirtschaftlichen Rationalitätsüberlegungen beruhen, wäre an einen Ausgleich zu denken. Mit anderen Worten: Es mag durchaus einsichtig sein, dass sich die Entscheidungsträger innerhalb der Europäischen Union Sachzwängen ausgesetzt sehen, die eine Nichteinhaltung des WTO-Rechts angezeigt erscheinen lassen. Die Konsequenzen dieser Entscheidung sollten aber nicht einseitig einzelnen Wirtschaftsteilnehmern aufgebürdet werden, die an und für sich mit dem fraglichen Sachverhalt in keiner Verbindung stehen. Andererseits kann für die Konsequenzen von politischen Entscheidungen dieser Art nicht uneingeschränkt Kompensation geleistet werden, da dann die bereits erwähnte Flexibilität der Gemeinschaft auf der außenwirtschaftlichen Ebene wohl wieder unangemessen eingeschränkt würde. Ein Kompromiss in dieser Frage hätte darin bestanden, eine Haftung dieser Art nur in absoluten Ausnahmefällen zuzulassen, die aufgrund ihrer Schwere einen Interessensausgleich erforderlich machen. Genau diesen Lösungsvorschlag hat auch Generalanwalt *Poiares Maduro* vorgeschlagen. Während er in seinen Schlussanträgen keinen Zweifel daran bestehen ließ, dass die Nichtumsetzung einer DSB-Entscheidung keine Haftung für rechtswidriges Verhalten bedingen könne, vertrat er die Ansicht, dass hier einer jener Ausnahmefälle gegeben sei, die die Anwendung eines Ausgleichs im Sinne einer Haftung der Gemeinschaft für rechtmäßiges Handeln erforderten. Die Anwendungsbedingungen definiert er dabei aber sehr streng. Nach Auffassung von Generalanwalt *Poiares Maduro* sei ein Schaden dann als außergewöhnlich anzusehen, wenn er nicht vorhersehbar sei und wenn der Einzelne dagegen keine Vorkehrungen treffen könne. Zudem dürfe dieses Risiko der Tätigkeit in dem betreffenden Sektor nicht immanent sein.[42]

Überdies müsse es sich um einen schwerwiegenden Schaden handeln, d. h. dieser müsse einer Enteignung ähneln, wenngleich Generalanwalt *Poiares Maduro* nicht das Vorliegen eines definitiven Eigentumsentzugs fordert.[43]

3. Die Infragestellung des Konzepts

Trotz dieser strengen Anwendungsvoraussetzungen ist der Ansatz von Generalanwalt *Poiares Maduro* im Grunde revolutionär. Er bestätigt, aufbauend auf dem Urteil des EuG, die Existenz einer außervertraglichen Haftung wegen rechtmäßigen Handelns. Die enge Definition dieses Instruments stellt sicher, dass es nur in absoluten Ausnahmefällen zur Anwendung kommen kann. Allein die grundsätzliche Anerkennung einer solchen Haftung bedeutet aber eine enorme Herausforderung für die gerichtlichen (und auch die exekutiven und politischen) Institutionen der Gemeinschaft. Einmal anerkannt, ist dieses Institut dazu bestimmt, regelmäßig

36 EuGH (Fn. 32), Rdnr. 91 m. w. N.
37 EuGH (Fn. 32), Rdnr. 120 ff.
38 EuGH (Fn. 32), Rdnr. 128 ff.
39 Vgl. nur *v. Bogdandy*, Rechtswirkungen von WTO-Entscheidungen im Unionsrecht, in: Dörr (Hrsg.), Ein Rechtslehrer in Berlin, Symposium für Albrecht Randelzhofer, 2004, S. 1 ff., 29 ff.
40 Vgl. Rs. T-69/00, FIAMM, Urteil v. 14. 12. 2005, Rdnr. 108 ff.
41 EuG (Fn. 40), Rdnr. 203.
42 Schlussanträge von Generalanwalt Poiares Maduro in den verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P, FIAMM und Fedon, v. 20. 2. 2008, Rdnr. 135 ff.
43 Schlussanträge (Fn. 42), Rdnr. 76.

ins Spiel gebracht zu werden und damit kontinuierlich Wertungsfragen und schwierige Abwägungsprobleme aufzuwerfen. Die Kritik des Rates und der Kommission am Urteil des EuG ist damit auch fundamentaler Natur: Die Tatbestandsebene wird nur subsidiär angesprochen und das Vorliegen der Anwendungsbedingungen für dieses Institut nur nachrangig in Zweifel gezogen. In erster Linie wird hingegen die grundsätzliche Frage aufgeworfen, ob dieses Institut tatsächlich im Gemeinschaftsrecht bereits Anerkennung gefunden habe. Der Rat führt aus, dass „kaum die Hälfte der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten, zudem in einem äußerst begrenzten Rahmen" eine solche Haftungsform vorsehe.[44] Für die Kommission schließlich steht dezidiert fest, dass dieser Grundsatz von der Gemeinschaftsrechtsprechung nie anerkannt worden sei; „diese habe sich die Entscheidung über die Frage systematisch vorbehalten und sich insoweit darauf beschränkt, einen rein eventuellen Referenzrahmen zu benennen, ohne die Voraussetzungen, die Bereiche und die Fälle festzulegen, in denen diese Haftung gegebenenfalls ausgelöst werden könnte."[45]

Generalanwalt *Poiares Maduro* verweigert sich einer solchen Logik: Die allgemeinen Rechtsgrundsätze werden nicht mechanisch von den Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten nach dem Prinzip des kleinsten gemeinsamen Nenners abgeleitet. Es gehe vielmehr darum, eine Lösung zu finden, die den besonderen Bedürfnissen und Eigenheiten des Gemeinschaftsrechts am besten entspreche. Dabei könne es sich auch um einen Ansatz handeln, der bislang allein in einer begrenzten Zahl von Mitgliedstaaten Anwendung gefunden habe.[46] Diese Situation sah der Generalanwalt im vorliegenden Fall gegeben. Gerade weil der Einzelne bei einem für ihn nachteiligen Verstoß des Gemeinschaftsrechts gegen WTO-Recht grundsätzlich schutzlos bleibe, ermögliche eine Haftung wegen rechtmäßigen Handelns einen adäquaten Interessensausgleich.[47]

Der EuGH war jedoch nicht bereit, den Vorschlägen des Generalanwalts in diesem Punkt zu folgen, sondern machte sich die Argumentation von Kommission und Rat zu eigen.

Der Gerichtshof hätte den Grundsatz der Haftung wegen rechtmäßigen Handelns nicht anerkannt, sondern sich in ständiger Rechtsprechung allein darauf beschränkt, „bestimmte Voraussetzungen zu benennen, unter denen eine solche Haftung ausgelöst werden könnte, falls der Grundsatz der Haftung der Gemeinschaft für rechtmäßiges Handeln im Gemeinschaftsrecht anerkannt werden sollte".[48]

Ohne Zweifel macht der EuGH hier eine Kehrtwende und interpretiert seine eigene Rechtsprechung restriktiv.[49] Der Ball wird an die Mitgliedstaaten zurückgespielt: Der Gerichtshof schließt nicht aus, dass er in Zukunft eine Haftung für rechtmäßiges Handeln, insbesondere normativer Art, anerkennen könnte, doch verlangt er hierzu eine klarere, einheitlichere und umfassendere Praxis in den Mitgliedstaaten. Zwar habe der Gerichtshof die Grundrechte zu schützen. Das Eigentumsrecht und die freie Berufsausübung könnten aber auch Einschränkungen unterworfen werden. Es gebe keinen Anspruch auf einen Marktanteil; dieser stelle nur eine augenblickliche wirtschaftliche Position dar, die den mit einer Änderung der Umstände verbundenen Risiken ausgesetzt sei.[50]

Nach Maßgabe einer solchen Definition der Entstehungsvoraussetzungen kann ein allgemeiner Rechtsgrundsatz der Haftung für rechtmäßiges Handeln im Gemeinschaftsrecht wohl auf absehbare Zeit hin nicht das Licht der Welt erblicken.

VI. Schlussbemerkungen

Die mittlerweile unendlich erscheinende Geschichte der Bestrebungen, dem GATT/WTO-Recht zu größerer Wirksamkeit im Gemeinschaftsrecht zu verhelfen, ist um ein – abschließendes? – Kapitel reicher. Der EuGH hat in seiner gesamten Rechtsprechung, beginnend mit dem Urteil International Fruit im Jahr 1972, die Autonomie der Gemeinschaftsorgane in ihrem Handeln auf weltwirtschaftlicher Ebene verteidigt. Mit dem Urteil in den verbundenen Rechtssachen FIAMM und Fedon hat er nicht zuletzt auch seine eigene Tätigkeit erleichtert. Die Anwendungsvoraussetzungen für eine Haftung für rechtmäßiges Handeln hätten – so wie vom Generalanwalt und ansatzweise vom EuG definiert – zu einer Vielzahl an Versuchen geführt, einen gemeinschaftsinternen Interessenausgleich herbeizuführen, wenn politische Überlegungen eine Abkehr von den Welthandelsregeln nahelegten. Es erscheint auf der einen Seite bedauerlich, dass der Gerichtshof diesen Weg auf absehbare Zeit hin versperrt hat. Es wäre dies ein Weg gewesen, Billigkeitsüberlegungen[51] Raum zu geben, ohne Experimente – wie insbesondere das Konzept der unmittelbaren Wirkung des WTO-Rechts – zu starten, die letztlich wohl systemgefährdend wären.[52]

Es darf allerdings auch nicht übersehen werden, dass die Anerkennung einer solchen Haftung letztlich Rückwirkungen auch auf den Handlungsspielraum der Gemeinschaftsorgane in den Außenbeziehungen gehabt hätte. Das Pendel ist nun in eine Richtung ausgeschlagen: Das Mehr an Handlungsfreiheit auf der außenwirtschaftlichen Ebene bedeutet ein Weniger an Lastengerechtigkeit im internen Bereich. Die Folgen dieses Urteils dürften aber weit darüber hinausreichen. Das Bild vom Verhältnis zwischen Gemeinschaftsrecht und WTO-Recht nimmt in immer ausgeprägterer Form dualistische Züge an. Und schlussendlich färben diese eindeutig in eine Richtung wirkenden Positionsnahmen auch auf die Perzeption des WTO-Rechts im allgemeinen Verständnis ab. Schon unmittelbar vor dem hier behandelten Urteil hat ein Generalanwalt das WTO-Recht in die Nähe einer „Soft-Law"-Ordnung gerückt. So führte Generalanwalt *Léger*, in der Rechtssache Ikea[53] Folgendes aus:

„Obwohl das Übereinkommen zur Errichtung der WTO eine Reihe von Bestimmungen enthält, die für die Vertragsparteien verbindlich sind, dient die WTO vor allem als Forum für Verhandlungen zwischen ihren Mitgliedern über deren multilaterale Handelsbeziehungen.

Das internationale Handelssystem hat nicht die Schaffung einer Rechtsgemeinschaft oder eines einheitlichen Marktes zum Ziel, wie er von der Europäischen Gemeinschaft angestrebt wird, sondern es ist viel bescheidener ein institutioneller Rahmen, in dem die Vertragsparteien ‚auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen' über Rechte und Pflichten verhandeln, um insbesondere Handelsschranken abzubauen

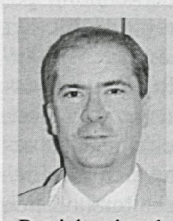
44 Vgl. das Urteil des EuGH v. 9. 9. 2008, Rdnr. 141.
45 Vgl. das Urteil des EuGH v. 9. 9. 2008, Rdnr. 148.
46 Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt *Poiares Maduro* (Fn. 42), Rdnr. 55 ff.
47 Schlussanträge (Fn. 42), Rdnr. 58.
48 Vgl. das Urteil des EuGH v. 9. 9. 2008, Rdnr. 168 ff.
49 Kritisch in Bezug auf die Existenz eines solchen Grundsatzes haben sich im Übrigen auch *Kuijper/Bronckers* (Fn. 9), S. 1337 ff., geäußert.
50 Vgl. das Urteil des EuGH v. 9. 9. 2008, Rdnr. 183 ff.
51 Vgl. *v. Bogdandy* (Fn. 39), S. 30.
52 Vgl. dazu ausführlich *Hilpold*, Die EU im GATT/WTO-System, 2009 (im Erscheinen).
53 Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt *Léger* in der Rs. C-351/04, Ikea, v. 6. 4. 2006.

und Diskriminierungen in den internationalen Handelsbeziehungen zu beseitigen."[54]

Generalanwalt *Léger* äußert die Überzeugung, „dass es eine Gefahr für die Autonomie der Gemeinschaftsrechtsordnung darstellen würde, wenn man anerkennen würde, dass der Gerichtshof an die Auslegungen des DSB gebunden sein könnte".[55]

Wir sind hier weit entfernt von der Position, die Generalanwalt *Alber* noch in seinen Schlussanträgen im Verfahren Biret vertreten hat.[56]

Den Auswüchsen der Konstitutionalisierungsdebatte rund um das WTO-Recht und der Begriffsjurisprudenz in der Auslegung des WTO-Rechts hat der EuGH wacker standgehalten und konsequent über Jahrzehnte hin eine weitgehend strikte Trennlinie zwischen dem völkerrechtlichen GATT/WTO-System, mit all den diesem eigenen Spielräumen und Flexibilitätsmechanismen, und dem Gemeinschaftsrecht gezogen. Nun will er von diesem Weg auch dann nicht mehr abweichen, wenn grundsätzliche Billigkeitserwägungen dies – zumindest in Ausnahmefällen – angezeigt erscheinen ließen. Auf ein Zuviel an Flexibilität im WTO-Recht hat der EuGH hier mit einem Zuwenig an ebensolcher Flexibilität im eigenen Bereich geantwortet. Allemal impliziert dieser Ansatz ein Weniger an Arbeit und Kopfzerbrechen für den EuGH in der Zukunft. Den jahrzehntelangen Bemühungen, dem GATT/WTO-Recht im Gemeinschaftsrecht auf judiziellem Wege unmittelbare Wirkung (im weitesten Sinne definiert) zu verleihen, dürfte hiermit wohl eine definitive Absage erteilt worden sein.



Professor Dr. Peter Hilpold
Professor für Völkerrecht, Europarecht und vergleichendes öffentliches Recht an der Universität Innsbruck. Zur Zeit ist er als Fernand-Braudel-Fellow am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz tätig. Er hat neben Rechtswissenschaften auch Volkswirtschaftslehre, Betriebswirtschaftslehre und Geisteswissenschaften studiert und ist Autor von über 100 Publikationen.

54 Schlussanträge (Fn. 53), Rdnr. 83 f.
55 Schlussanträge (Fn. 53), Rdnr. 87.
56 Vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt *Alber* in der Rs. C-94/02 P, Biret, v. 15. 5. 2003.

Professor Dr. Abbo Junker, München

Europäisches Arbeitsrecht 2007/2008

Der folgende Beitrag informiert – im Anschluss an den Bericht in RIW 2007, 881 – über die Entwicklung des Europäischen Arbeitsrechts von September 2007 bis Oktober 2008. Behandelt wird die Rechtsprechung des EuGH, insbesondere zu den Themen Grundfreiheiten und Arbeitsrecht, Arbeitnehmerschutz bei Betriebsübergang oder bei Zahlungsunfähigkeit des Arbeitgebers sowie Gleichbehandlungs- und Befristungsrecht.

I. Einleitung

Mangels einschneidender legislatorischer Entwicklungen konzentriert sich der folgende Bericht auf die Rechtsprechung des EuGH zum Europäischen Arbeitsrecht im weiteren Sinne. Im Interesse eines „Multum, non multa" werden nicht sämtliche einschlägigen Entscheidungen referiert. Vielmehr wird – unter dem Gesichtspunkt der Relevanz für den deutschen Leser – eine Auswahl getroffen. Dieser Auswahl fiel insbesondere das Vertragsverletzungsverfahren der Kommission gegen das Großherzogtum Luxemburg zum Opfer, das mit luxemburgischen Besonderheiten der Umsetzung der Arbeitnehmerentsenderichtlinie 96/71/EG zu tun hat.[1] Ausgewählt wurden zwölf Entscheidungen aus dem Zeitraum 1. 9. 2007 bis 31. 10. 2008. Bereits Gegenstand des letzten Berichts[2] waren die Entscheidungen des EuGH vom 20. 9. 2007 zur Gleichbehandlungsrichtlinie 76/207/EWG (Rechtssache Kiiski)[3] und vom 16. 10. 2007 zur Gleichbehandlungsrichtlinie 2000/78/EG (Rechtssache Palacios de la Villa).[4] Die verbleibenden zwölf Entscheidungen aus dem Berichtszeitraum lassen sich acht Sachgebieten zuordnen (unten II., III.) und ergingen sämtlich in Vorabentscheidungsverfahren. Je zwei Vorlagen kamen aus Belgien (Rechtssachen Paquay und Feryn), Deutschland (Rechtssachen Maruko und Rüffert), Österreich (Rechtssachen Jouini und Mayr), Spanien (Rechtssachen Alonso und Navarro) und dem Vereinigten Königreich (Rechtssachen Viking Line und Coleman). Die elfte und die zwölfte Entscheidung ergingen auf Vorlage aus Irland (Rechtssache Impact) und Schweden (Rechtssache Laval). Eine Liste der besprochenen Entscheidungen findet sich am Ende dieses Beitrags (unten IV.).

II. Europäische Grundfreiheiten und Arbeitsrecht

Im Berichtszeitraum trat erstmals das Thema „Grundfreiheiten und Arbeitsrecht" in den Vordergrund, wobei die Rechtssache Viking Line von der Niederlassungsfreiheit (Art. 43 EG) geprägt ist (unten 1.), während in den Urteilen Laval und Rüffert arbeitskampf- und tarifrechtliche Sachverhalte auf dem Prüfstand der Dienstleistungsfreiheit (Art. 49 EG) standen (unten 2.).

1 EuGH, 19. 6. 2008 – Rs. C-319/06, NZA 2008, 865 (Kommission/Luxemburg).
2 *Junker/Zöltsch*, RIW 2007, 881, 883.
3 EuGH, 20. 9. 2007 – Rs. C-116/06, Slg. 2007, I-7643 = NZA 2007, 1274 = EuZW 2007, 741 = EuZA 1 (2008), 375 mit Aufsatz *Joussen* (Sari Kiiski/Tampereen Kaupunki).
4 EuGH, 16. 10. 2007 – Rs. C-411/05, Slg. 2007, I-8531 = RIW 2007, 941 = NZA 2007, 1219 = NJW 2007, 3339 = EuZA 1 (2008), 251 mit Aufsatz *Kamanabrou* (Palacios de la Villa).