

# EuR

# EUROPARECHT

Beiheft 2 | 2012

Walter Obwexer [Hrsg.]

**Die Europäische Union im Völkerrecht**



**Nomos**

# EuR

# EUROPARECHT

---

Beiheft 2 | 2012

Walter Obwexer [Hrsg.]

**Die Europäische Union  
im Völkerrecht**



**Nomos**

Die Deutsche Bibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-7871-6

ISSN 1435-5078

1. Auflage 2012

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2012. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der photomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

## Vorwort

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 wurde die Europäische Union (EU) zu einer internationalen Organisation mit Rechts- und Handlungsfähigkeit. Gleichzeitig folgte die EU der Europäischen Gemeinschaft nach und übernahm deren Rechte und Pflichten. Seither tritt die EU als eigenständiges Rechtssubjekt im Völkerrecht auf, erwirbt Rechte, übernimmt Pflichten und gestaltet die Entwicklung des Völkerrechts maßgeblich mit.

Vor dem Hintergrund dieser Entwicklung veranstaltete das Institut für Europarecht und Völkerrecht der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck am 28./29. November 2011 in der Tiroler Landeshauptstadt eine internationale wissenschaftliche Konferenz, die den neuen rechtlichen Rahmenbedingungen für das Handeln der EU im völkerrechtlichen Verkehr gewidmet war. Dabei wurden die zentralen Rechtsfragen der künftigen EU-Außenvertretung durch insgesamt fünfzehn namhafte ExpertInnen aus Theorie und Praxis einer wissenschaftlichen Analyse unterzogen. Die konkreten Ergebnisse dieser Konferenz werden im vorliegenden Beiheft einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich gemacht.

Dabei wird zunächst auf die Neuerungen in den unionsrechtlichen Grundlagen der EU-Außenvertretung eingegangen. Betrachtet werden insbesondere die Stellung der EU als Völkerrechtssubjekt, deren Bindung an das allgemeine Völkerrecht sowie die Vertragsschlusskompetenzen und die außenvertretungsbefugten Organe. Im Anschluss daran wird die Stellung der EU in den Vereinten Nationen und in der Welthandelsorganisation untersucht. In beiden Fällen wird der Bindung der EU an das Recht der jeweiligen internationalen Organisation besondere Beachtung geschenkt. In der Folge wird die Stellung der EU im Europarat beleuchtet. Dabei wird das Hauptaugenmerk auf den in Aussicht genommenen Beitritt der EU zur EMRK gelegt. Des Weiteren wird auf die Rolle der EU im diplomatischen und konsularischen Verkehr eingegangen. In diesem Kontext werden der Europäische Auswärtige Dienst, die Vertretung der EU in Drittstaaten und bei internationalen Organisationen sowie der Schutz der Unionsbürger durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungen untersucht. Zuletzt wird der Einfluss der EU auf die Entwicklung des allgemeinen und des besonderen Völkerrechts einer eingehenden Analyse unterzogen.

Die wissenschaftliche Konferenz konnte nur dank großzügiger finanzieller Unterstützung mehrerer Institutionen durchgeführt werden. Besonderer Dank gilt diesbezüglich dem Bundeskanzleramt und dem Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten der Republik Österreich, dem Land Südtirol, den Bundesländern Tirol und Vorarlberg sowie der Rechtswissenschaftlichen Fakultät und dem Rektorat der Leopold-Franzens-Universität Innsbruck.

Für die wertvolle Mithilfe bei der technischen Einrichtung der Manuskripte sei Frau Dr. *Julia Villotti* und Frau Dr. *Jelka Mayr-Singer* herzlich gedankt.

Ein ganz besonderer Dank geht schließlich an die Herausgeber der Zeitschrift *Europarecht*, insbesondere an den Schriftleiter Prof. Dr. *Armin Hatje*, und den Nomos-

Verlag für die spontane Bereitschaft, die Tagungsergebnisse als Beiheft der Zeitschrift Europarecht zu veröffentlichen.

Innsbruck, im August 2012

Walter Obwexer

## Inhaltsverzeichnis

Vorwort .....	3
---------------	---

### I. Unionsrechtliche Grundlagen

<i>Professor Dr. Werner Schroeder, LL.M., Universität Innsbruck</i> Die Europäische Union als Völkerrechtssubjekt .....	9
--	---

<i>Professorin Dr. Astrid Epiney, Universität Fribourg</i> Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht .....	25
--	----

<i>Professor Dr. Walter Obwexer, Universität Innsbruck</i> Die Vertragsschlusskompetenzen und die vertragsschlussbefugten Organe der Europäischen Union .....	49
--	----

<i>Gesandter Mag. Dr. Andreas J. Kumin und Legationsrat MMag. Dr. Philip Bittner, Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten, Wien</i> Die „gemischten“ Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dritten Völkerrechtssubjekten andererseits .....	75
---	----

### II. Die Europäische Union in den Vereinten Nationen

<i>Vertragsassistentin Dr. Jelka Mayr-Singer und Universitätsassistentin Dr. Julia Villotti, Universität Innsbruck</i> Die Stellung der Europäischen Union in den Vereinten Nationen .....	91
---	----

<i>Professor Dr. Stefan Griller, Universität Salzburg</i> Die Bindung der Europäischen Union an das Recht der Vereinten Nationen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswirkungen von Beschlüssen des Sicherheitsrates im Unionsrecht .....	103
---	-----

### III. Die Europäische Union in der Welthandelsorganisation

<i>Professor Dr. Ulrich Wölker, Juristischer Dienst der Europäischen Kommission, Brüssel</i> Die Stellung der Europäischen Union in den Organen der Welthandelsorganisation .....	125
--	-----

<i>Professor Dr. Christoph Ohler, LL.M., Universität Jena</i> Die Bindung der Europäischen Union an das WTO-Recht .....	137
--	-----

#### IV. Die Europäische Union im Europarat

*Dr. Matthias Kloth, LL.M., Sekretariat des Europarates, Straßburg*

Die Zusammenarbeit zwischen Europäischer Union und Europarat ..... 155

*Professor Dr. Robert Uerpmann-Witzack, Universität Regensburg*

Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur

EMRK ..... 167

#### V. Die Europäische Union im diplomatischen und konsularischen Verkehr

*Professor Dr. Bernd Martenczuk, MPA, Juristischer Dienst der Europäischen Kommission, Brüssel*

Der Europäische Auswärtige Dienst ..... 189

*Professorin Dr. Kirsten Schmalenbach, Universität Salzburg*

Die Delegationen der Europäischen Union in Drittländern und bei internationalen Organisationen ..... 205

*Botschafterin Dr. Elisabeth Tichy-Fisslberger, Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten, Wien*

Der Schutz der EU-Bürger durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungsbehörden ..... 217

#### VI. Der Einfluss der Europäischen Union auf das Völkerrecht

*Legationsrat MMag. Dr. Philip Bittner und Gesandter MMag. Gregor Schusterschitz, Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten, Wien*

Der Beitrag der EU zur Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts ..... 233

*Professor Dr. Frank Hoffmeister, stellvertretender Kabinettschef, Europäische Kommission, Brüssel*

Der Beitrag der EU zur Entwicklung des besonderen Völkerrechts ..... 247

# **I. Unionsrechtliche Grundlagen**





# Die Europäische Union als Völkerrechtssubjekt

Von Werner Schroeder, Innsbruck\*

## I. Einleitung

Bei der Frage nach der Völkerrechtssubjektivität der Europäischen Union (EU) oder ihrer Völkerrechtsfähigkeit bzw. ihrer Völkerrechtspersönlichkeit – die beiden Begriffe werden nachfolgend synonym verwendet – handelt es sich um ein Thema, das die Europarechtswissenschaft seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Maastricht beschäftigt hat. Bereits damals wurde intensiv über die rechtliche Identität und Struktur der neugeschaffenen Union diskutiert. Nicht alle der hierzu zahlreich angebotenen Lösungen waren „anschlussfähig“.<sup>1</sup> So war etwa von „embryonaler Völkerrechtssubjektivität“ der Union die Rede.<sup>2</sup> Andere beharrten darauf, dass der Name „Union“ nur eine Chiffre für das Handeln der Mitgliedstaaten zur gesamten Hand ist.<sup>3</sup>

„Die Union besitzt Rechtspersönlichkeit.“ Dieser Satz findet sich seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon in Art. 47 EUV. Da Art. 335 AEUV ausdrücklich die Rechts- und Geschäftsfähigkeit der Union „in jedem Mitgliedstaat“ regelt, ist klar, dass mit dem Verweis auf die Rechtspersönlichkeit die Völkerrechtsfähigkeit der Union gemeint ist. Ein „historisches Übergangsproblem des europäischen Verfassungsrechts“<sup>4</sup> wird dadurch beseitigt. Man kann diese Regelung zwar kritisieren oder über die nach wie vor noch intergouvernementale Struktur der GASP räsonieren.<sup>5</sup> Einfluss auf die positiv definierte Rechtslage hat das jedoch nicht mehr.

Damit ist eigentlich alles gesagt, wenn es nicht die Aufgabe der Rechtswissenschaft wäre, scheinbar eindeutige Rechtslagen zu hinterfragen. Bezüglich der Frage der Rechtsfähigkeit der Union haben derartige Zweifel übrigens Tradition: So betrachteten in den 1960er Jahren die Vertreter der sog. italienischen Schule die EWG nicht als eigenständiges Völkerrechtssubjekt, sondern als kollektives Vertragsorgan der Vertragsstaaten und zwar, weil damals in Art. 210 EWGV nicht ausdrücklich die völkerrechtliche Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft genannt war.<sup>6</sup> Man kann es mit

\* Dr. Werner Schroeder, LL.M., ist Universitätsprofessor für Europarecht und Völkerrecht an der Universität Innsbruck. Das Manuskript basiert auf einem Vortrag an der Universität Innsbruck, wobei der Vortragsstil im Wesentlichen beibehalten wurde. Der Autor dankt Herrn Ass.-Prof. Dr. Andreas Th. Müller, LL.M., Universität Innsbruck, für seine Unterstützung bei der Fertigstellung des Beitrages und für inhaltliche Hinweise.

1 W. Schroeder, Die Rechtsnatur der Europäischen Union und verwandte Probleme, in: Hummer/Schweitzer (Hrsg.), Österreich und das Recht der Europäischen Union, 1996, S. 3.

2 J. Rideau, Droit Institutionnel de l'Union et des Communautés européennes, 1994, S. 211 f.: „personnalité juridique embryonnaire“.

3 R. Streinz, Die Europäische Union nach dem Vertrag von Maastricht, ZfRV 1995, S. 1, 4 m.w.N.; BVerfGE 89, S. 155, 195 – Maastricht; ähnlich M. Pechstein/Ch. Koenig, Die Europäische Union, 3. Aufl. 2000, Rn. 92 f.; A. Pliakos, La nature juridique de l'Union européenne, RTDE 1993, S. 185, 211.

4 M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 47 EUV, Rn. 2 mit Verweis auf R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Hermann, Der Vertrag von Lissabon. Einführung mit Synopse, 3. Aufl. 2010, S. 51.

5 M. Pechstein, Die Intergouvernementalität der GASP nach Lissabon, JZ 2010, S. 425.

6 Vgl. hierzu Ch. Vedder, Die Auswärtige Gewalt des Europas der Neun, 1980, S. 5.

dem Positivismus auch übertreiben. Im Übrigen hatte der EuGH schon in der Rs. *Costa/ENEL*<sup>7</sup> unter Bezug auf die Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft ihre Völkerrechtsfähigkeit betont. Im *AETR*-Urteil<sup>8</sup> hatte er ihr dann auch noch die Vertragsschlussfähigkeit attestiert.

Warum dann überhaupt noch eine Diskussion über die Völkerrechtsfähigkeit der Union? Man darf nicht vergessen, dass der intensive Streit um die Völkerrechtsfähigkeit der Union eng verknüpft war mit der Diskussion über ihre innere Struktur. Gleich nach Maastricht etablierte sich ja die lange populäre Deutung der Union als einem griechischen (sic!) Tempel, der auf drei Säulen ruhte.<sup>9</sup> Diese Sicht ließ sich jedoch schlecht mit der Vorstellung von einer völkerrechtsfähigen Union und drei rechtlich autonomen Gemeinschaften vereinbaren – und sie konnte deren rechtliche Beziehungen zueinander auch nicht erklären.<sup>10</sup>

Letztlich ging es denjenigen, die sich bereits damals für eine Völkerrechtsfähigkeit der Union aussprachen, um die Schaffung einer klaren rechtlichen Struktur für die Union. Sie beabsichtigten damit, ein wesentliches Hindernis auf dem Weg zu einer echten politischen Union zu beseitigen,<sup>11</sup> die Identifikation der Unionsbürger mit der Organisation zu erleichtern und ihre internationale Handlungsfähigkeit zu verbessern.<sup>12</sup> Der Streit um die Völkerrechtsfähigkeit der Union war damit symptomatisch für das Ringen um ihre Identität und institutionelle Autonomie.

## II. Wozu Völkerrechtssubjektivität?

### 1. Zweifel am Konzept der Völkerrechtsfähigkeit

Die These, die EU sei ein eigenständiger Verband mit Rechtspersönlichkeit, konnte bis zum Vertrag von Lissabon bekanntlich nicht auf eine ausdrückliche Vorschrift im EUV gestützt werden.<sup>13</sup>

Da die EU aber dennoch bereits vor 2009 eine reale institutionelle Erscheinung auf der internationalen Ebene war, wurde dies zum Anlass genommen, am praktischen

7 EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1253, 1269.

8 EuGH, Rs. 22/70 (*AETR*), Slg. 1971, 263, Rn. 13 f.

9 Zum Tempelmodell vgl. etwa *M. Schweitzer/W. Hummer/W. Obwexer*, *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union*, 2007, Rn. 51; *G. Isaac*, *Droit Communautaire Général*, 1999, S. 12 f.; BVerfGE 89, S. 155, 195 – Maastricht.

10 S. die Kritik von *D. Curtin*, *The Constitutional Structure of the Union: A Europe of Bits and Pieces*, *CMLRev.* 1993, S. 17, 69 f.; vgl. auch *D. Curtin/I. Dekker*, *The EU as a 'Layered' International Organization: Institutional Unity in Disguise*, in: *Craig/de Búrca* (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, S. 83; *U. Everling*, *Reflections on the Structure of the European Union*, *CMLRev.* 1992, S. 1053 f.

11 Vgl. die Aufzeichnung von *Giuliano Amato* zum Mandat der Arbeitsgruppe zur Rechtspersönlichkeit der Union, Dok. CONV 73/02 v. 31.5.2002.

12 *J. Schwarze*, *Europäische Verfassungsperspektiven nach Nizza*, *NJW* 2002, S. 993, 996; Bericht des Europäischen Parlaments über die Rechtspersönlichkeit der Europäischen Union v. 21.11.2001, PE 304.279; vgl. bereits *A. von Bogdandy/M. Nettesheim*, *Die Europäische Union: Ein einheitlicher Verband mit eigener Rechtsordnung*, *EuR* 1996, S. 3; *A. von Bogdandy*, *Organizational Proliferation and Centralization*, in: *Blokker/Schermer* (Hrsg.), *Proliferation of International Organizations*, 2001, S. 177, 178.

13 Zum Meinungsstand vgl. etwa *M. Ruffert*, in: *Callies/Ruffert*, *EUV/AEUV* (Fn. 4), Art. 47 EUV, Rn. 2; *F. Erlbacher*, *Rechtspersönlichkeit und Rechtsnachfolge*, in: *Hummer/Obwexer* (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, 2009, S. 123, 124.

Nutzen des Konzepts der Völkerrechtssubjektivität für internationale Organisationen mit Hinweis darauf zu zweifeln, dass die Völkerrechtsfähigkeit ein theoretischer Begriff sei. Deshalb wurde teilweise seine Ersetzung durch das Konzept der „Organisation“ gefordert, mit dessen Hilfe die komplexe Realität von öffentlichen Hoheitsträgern rechtlich besser erfasst werden könne.<sup>14</sup> Das ist allerdings ein Frontalangriff auf die Rechtswissenschaften insgesamt, denn theoretische Begriffe, d.h. Begriffe, die nicht unmittelbar der Beobachtung zugänglich und daher nicht auf die empirische Ebene rückführbar sind, beherrschen bekanntlich unsere gesamte Disziplin. Aber man muss zugeben, dass es bei theoretischen Begriffen sinnvoll sein kann, ihren praktischen Nutzen zu überprüfen.

Die Figur der Rechtspersönlichkeit eines Hoheitsträgers<sup>15</sup> stammt aus dem Staatsrecht. Sie wurde ursprünglich als Denkmodell benötigt, um das Wesen des Staates als eines fiktiven vertraglichen Zusammenschlusses zu definieren, der bestimmte Aufgaben zu erfüllen hat und zu diesem Zwecke Inhaber von Rechten und Pflichten wird.<sup>16</sup> Derartige Feststellungen erscheinen manchen überflüssig, da der Staat im normativen Sinn allzuständig ist. Dennoch behält die Rechtsfähigkeit des Staates ihre positivrechtliche Funktion. Sie dient z.B. im Bundesstaat nach innen dazu, die Rechtssphären von Bund und Ländern abzugrenzen, und sichert unter dem Völkerrecht staatliche Kontinuität und Aufgabenerfüllung nach außen.<sup>17</sup>

## 2. Politische und normative Funktion der Völkerrechtsfähigkeit

Zwar ist es nicht unproblematisch, die Unionsverfassung im Lichte traditioneller Bundesstaatsmodelle<sup>18</sup> zu rekonstruieren, weil die institutionelle Situation der Union eigenen Gesetzmäßigkeiten folgt, die mit staatlichen Mustern nur teilweise kompatibel sind.<sup>19</sup> Die für die Entwicklung des Konzepts der juristischen Person auf staatlicher Ebene maßgeblichen Gedanken sind jedoch auch in Bezug auf inter- und supranationale Hoheitsträger wirksam.

Diese erhalten Rechtspersönlichkeit, um bestimmte übertragene Sachaufgaben zu erledigen. Ihre Rechtsfähigkeit ist nicht nur ein Symbol dafür, dass sie diese Auf-

14 Vgl. *A. von Bogdandy/M. Nettesheim*, Europäische Union (Fn. 12), S. 15 ff.; *A. von Bogdandy*, The Legal Case for Unity: The European Union as a Single Organisation with a Single Legal System, CMLRev. 1999, S. 887, 906.

15 Vgl. zum Folgenden bereits *W. Schroeder*, Die völkerrechtliche Eigenständigkeit der Union, in: von Bogdandy (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2003, S. 382, 383 f.

16 S. etwa *C. Schmitt*, Verfassungslehre, 5. Aufl. 1970, S. 61 ff. Ein älterer Ansatz verweist darauf, dass der Staat als juristische Person den Monarchen als Träger der Souveränität ablöst, *G. Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1913, S. 169 ff.

17 Eingehend *C. Möllers*, Staat als Argument, 2000, S. 151 ff., der die Lehre von der Rechtsfähigkeit des Staates gegen theoretische Kritik unter Hinweis auf ihre positivrechtliche Funktion in Schutz nimmt.

18 *A. von Bogdandy/M. Nettesheim*, Europäische Union (Fn. 12), S. 11.

19 Vgl. EuGH, Rs. C-359/92 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-3681, Rn. 38; gegen staatsrechtliche Analogien auch EGMR, Urteil v. 18.2.1999 – 24833/94 (Matthews/Großbritannien), Rn. 48, EuGRZ 1999, S. 193; grundlegend *H. P. Ipsen*, Fusionsverfassung Europäische Gemeinschaften, 1969, S. 45 ff.

gaben eigenständig erfüllen,<sup>20</sup> sie versetzt sie auch in die Lage, rechtlich zu handeln und sich dadurch gegenüber ihren Mitgliedern zu emanzipieren. Mit einer entsprechenden Begründung leitet der Internationale Gerichtshof (IGH) die Völkerrechtsfähigkeit der Vereinten Nationen (VN) als ungeschriebene Voraussetzung aus der Satzung der Vereinten Nationen (SVN) ab. Er bezeichnet diese als Fähigkeit einer Handlungseinheit, in Rechtsbeziehungen zu treten und völkerrechtliche Rechte und Pflichten inne zu haben. Die zur effektiven Aufgabenerfüllung erforderliche Handlungsfähigkeit wäre nicht gewahrt, wenn dies „the concurrent action (...) of fifty-eight or more Foreign offices“<sup>21</sup> erfordern würde.

In ganz ähnlicher Weise hat der EuGH die völkerrechtliche Position der (damaligen) Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft als wesentlichen Aspekt ihres autonomen Charakters und ihrer Rechtsordnung bezeichnet. Bereits im Urteil *van Gend & Loos* begründet er die Neuartigkeit des Gemeinschaftsrechtssystems gegenüber dem nationalen Recht einerseits und dem Völkerrecht andererseits im Wesentlichen mit der institutionellen Eigenständigkeit der Gemeinschaft, die sich u.a. aus ihrer Rechtsfähigkeit, ihren eigenen Organen und der zu ihren Gunsten ergangenen Beschränkung von staatlichen Souveränitätsrechten ergebe.<sup>22</sup> Die Verleihung von Rechtsfähigkeit zugunsten der Gemeinschaft wird als Instrument verwendet, um gemeinsame Ziele gegen die Interessen einzelner Mitgliedstaaten durchzusetzen. Besonders deutlich wird diese Ansicht im Schlussantrag, den Generalanwalt *Maurice Lagrange* im Fall *Algera* am Beispiel der EGKS formuliert hat:

„Die Gemeinschaft ist eine juristische Person des öffentlichen Rechts, und als solche hat sie die für die Durchführung ihrer Aufgaben und Erreichung ihrer Ziele erforderliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit (Artikel 6) (...)“

„Keines der Organe kann daher Befugnisse ausüben, die ihm nicht durch den Vertrag verliehen worden sind (...). Dagegen ist jedes Organ im Rahmen seines Aufgabenbereichs völlig autonom und braucht sich von keiner Seite bevormunden zu lassen (...)“<sup>23</sup>

Auch das *EWK I*-Gutachten des EuGH beschreibt den Unterschied zwischen den Gemeinschaften und einer losen völkerrechtlichen Übereinkunft wie dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWK), der lediglich Rechte und Pflichten zwischen den Vertragsparteien statuiert und keine Übertragung von Hoheitsrechten an spezielle

- 20 S. zum Ganzen *P. Bekker*, The legal position of Intergovernmental Organizations, 1994, S. 52 f.; *N. Neuwahl*, Legal Personality of the European Union. International and institutional aspects, in: Kronenberger (Hrsg.), The EU and the International Legal Order: Discord or Harmony?, 2001, S. 3, 4. Allerdings gibt die formale Rechtsfähigkeit noch keinen Hinweis auf die Handlungsbefugnisse der betreffenden internationalen Organisationen.
- 21 IGH, Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations, ICJ Reports 1949, S. 174, 180.
- 22 EuGH, Rs. 26/62 (van Gend & Loos), Slg. 1963, 3, 25; *R. Bieber*, in: Groeben/Thiesing/Ehlermann (Hrsg.), Kommentar zum EU-/EG-Vertrag, 5. Aufl. 1997, Bd. 1, Art. 4 EGV, Rn. 21 ff., betont zu Recht die „Permanenz“ und die „Eigenständigkeit“, aufgrund derer sich die Organstruktur der Gemeinschaft von der Struktur anderer internationaler Organisationen unterscheidet; s. auch EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1253, 1269 f.
- 23 *GA Lagrange*, Schlussanträge v. 14.6.1957 in den verb. Rs. 7/56, 3/57 bis 7/57 (Algera u.a./Versammlung der EGKS), Slg. 1957, S. 85, 167 f. Vgl. *A. von Bogdandy/M. Nettesheim*, Europäische Union (Fn. 12), S. 15 ff.; *A. von Bogdandy*, The Legal Case for Unity (Fn. 14), S. 906.

Organe vorsieht.<sup>24</sup> Hier hat die Völkerrechtsfähigkeit einer Organisation die Funktion, dieser eine eigene internationale Identität zu verschaffen und die eigenständige Erfüllung der ihr übertragenen Aufgaben zu ermöglichen.<sup>25</sup>

Die Völkerrechtspersönlichkeit einer internationalen Organisation hat aber auch eine normative Dimension. Mit ihrer Hilfe werden die Fragen nach der Vertragschlussfähigkeit und der Haftung dieser Organisation gegenüber Dritten neben den Gemeinschaften und den Mitgliedstaaten sowie die Mitgliedschaft in anderen Organisationen und auch die Fähigkeit, diplomatische Beziehungen auszuüben, beantwortet. Zwar stehen zugegebenermaßen meist intraorganisationsrechtliche Fragen im Vordergrund, so die Ausübung von Kompetenzen durch die Organe, die Funktionen als Träger der Rechte und Pflichten der Organisation ausüben.<sup>26</sup> Jedoch kann die Frage, wessen Organe es sind, die die Kompetenzen ausüben, also wer z.B. durch ein von der Organisation geschlossenes Abkommen verpflichtet wird, oder wer für anderen Rechtssubjekten zugefügte Schäden haftet, nicht offen bleiben.

### III. Definition der Völkerrechtsfähigkeit

Voraussetzung für die Völkerrechtsfähigkeit einer internationalen Organisation ist eine auf Dauer angelegte Einigung von mindestens zwei Völkerrechtssubjekten auf dem Gebiet des Völkerrechts, durch die eine Organisation mit mindestens einem handlungsbefugten Organ mit der selbstständigen Wahrnehmung von eigenen Aufgaben im eigenen Namen betraut wird.<sup>27</sup>

a) Ob diese Organisation dann völkerrechtsfähig ist, hängt nach h.L. im Innenverhältnis vom Willen der Mitgliedstaaten ab. Ein solcher Wille kann sich explizit oder implizit aus den Bestimmungen des Gründungsvertrags der Organisation, aber auch aus der nachfolgenden Praxis ergeben.<sup>28</sup>

Die objektive Theorie, die die Völkerrechtssubjektivität einer internationalen Organisation nicht vom Willen der Mitgliedstaaten, sondern letztlich von objektiven Kriterien abhängig macht,<sup>29</sup> hat sich zu Recht nicht durchgesetzt. Denn es kann nicht bestritten werden, dass die rechtliche Existenz und Eigenständigkeit einer internationalen Organisation vom Willen der Mitgliedstaaten abhängig sind, die es schließlich auch in der Hand haben, den Status dieser Organisation jederzeit zu ändern oder diese gar aufzulösen.

24 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6084, Rn. 20 f.

25 Ausführungen der Rechtsberater des Rates und des Europäischen Parlaments sowie des Direktors des Juristischen Dienstes der Kommission, Dok. CONV 170/02 v. 2.7.2002; Aufzeichnung von *Giuliano Amato* zum Mandat der Arbeitsgruppe zur Rechtspersönlichkeit, Dok. CONV 73/02 v. 31.5.2002.

26 So A. von Bogdandy, Proliferation (Fn. 12), S. 183.

27 Vgl. W. Schroeder, Rechtsnatur (Fn. 1), S. 8 f.; K. Schmalenbach, International Organizations or Institutions, General Aspects, in: Wolfrum (Hrsg.), The Max Planck Encyclopedia of Public International Law, online edition, 2008, Rn. 3; M. Ruffert/C. Walter, Institutionalisiertes Völkerrecht, 2009, Rn. 9.

28 Vgl. I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, Das Recht der internationalen Organisationen einschließlich der Supranationalen Gemeinschaften, 7. Aufl. 2000, Rn. 310 f.; M. Ruffert/C. Walter, Völkerrecht (Fn. 27), Rn. 152 f.

29 F. Seyersted, Objective International Personality of Intergovernmental Organizations, 1963; ders., Objective International Personality of Intergovernmental Organizations, Nederlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 1964, S. 1 ff.

Der IGH hat die herrschende subjektive Theorie durch eine teleologische Sichtweise bereichert,<sup>30</sup> wonach jedenfalls den Gründerstaaten der VN unterstellt wird, dass diese die Organisation zu effektivem Handeln ermächtigen wollen und letztlich eine Völkerrechtssubjektivität mit Blick auf die beabsichtigte Zielerreichung fingiert wird. Diese sog. implied powers-Doktrin wird nicht nur auf die Bestimmungen der Kompetenzen der Organisation im eigentlichen Sinne, sondern auch auf die „capacities“ der Organisation angewendet, worunter ihre Völkerrechtsfähigkeit und Handlungsfähigkeit verstanden werden.<sup>31</sup>

b) Nach außen, d.h. gegenüber Nichtmitgliedern, begründet die Anordnung der Völkerrechtsfähigkeit in der Gründungscharta der Organisation nach der pacta tertiis-Regel des Art. 34 WVK grundsätzlich keine Pflichten für Drittstaaten. Juristisches Leben bezieht eine Organisation deshalb im Außenverhältnis aus der explizit oder implizit erklärten Zustimmung der Drittstaaten zur Völkerrechtsfähigkeit der Organisation, z.B. durch Anerkennung, Vertragsschluss oder Aufnahme diplomatischer Beziehungen oder auch durch Akquieszenz.<sup>32</sup> Allerdings ist jedenfalls ein subjektives Element zumindest im Sinne einer impliziten Form der Zustimmung notwendig.

Nicht verschwiegen werden soll, dass es eine andere Ansicht gibt, die in Bezug auf die Völkerrechtsfähigkeit der Union auch im Außenverhältnis ausschließlich auf ihr Erscheinungsbild abstellt und unter Berufung auf die *Reparation for Injuries*-Entscheidung des IGH von einer objektiven Völkerrechtsfähigkeit der Union ausgeht.<sup>33</sup> Ich halte diese Auffassung für unzutreffend, denn sie übersieht, dass eine objektive Rechtsfähigkeit angesichts der besonderen Natur und des universellen Anspruchs nur für die VN, nicht aber für die Union gelten kann. In der *Reparation for Injuries*-Entscheidung kommt dies zum Ausdruck, wenn der IGH betont, er sei der Ansicht „that fifty States, representing the vast majority of the members of the international community, had the power, in conformity with international law, to bring into being an entity possessing objective international personality, and not merely personality recognized by them alone, together with capacity to bring international claims“.<sup>34</sup>

30 Diese Sichtweise kombiniert subjektive Elemente (wenn sie sich auf die „intention of its founders“ bezieht) mit objektiven Kriterien (wenn auf die „purposes and functions“ abgestellt wird); vgl. W. Schroeder, Rechtsnatur (Fn. 1), S. 9.

31 IGH, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949, 174, 180, 184.

32 Vgl. dazu etwa IGH, *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, Merits, Judgment, ICJ Reports 1962, 6, 23; „[I]t is clear that the circumstances were such as called for some reaction, within a reasonable period, on the part of the Siamese authorities, if they wished to disagree (...) They did not do so, either then or for many years, and thereby must be held to have acquiesced. *Qui tacet consentire videtur si loqui debuisset ac potuisset*.“

33 Vgl. M. Ruffert/C. Walter, *Völkerrecht* (Fn. 27), Rn. 161; vgl. auch M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEU* (Fn. 4), Art. 47 EUV, Rn. 6, wo dies sogar als „die herrschende Lehre im Recht der Internationalen Organisationen“ bezeichnet wird.

34 IGH, *Reparations for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, ICJ Reports 1949, 174, 185.



## IV. Völkerrechtsfähigkeit und EU

Letztendlich war es paradox, dass die EU nach dem Vertrag von Maastricht an sich eine Identität auf interner Ebene erwerben sollte, ihr aber das eigentliche Instrument dazu mit der Völkerrechtsfähigkeit verwehrt bleiben sollte.<sup>35</sup> Denn obwohl die Union im Grunde die bereits genannten Kriterien für eine völkerrechtsfähige Organisation erfüllte, wurde ihre Völkerrechtssubjektivität unter Hinweis darauf bestritten, dass Bestimmungen über die Rechtsfähigkeit der EU, wie sie für die EG in Art. 281 EGV enthalten waren, im Maastrichter Vertrag fehlten. Dabei war der Streit über diese Frage von der Debatte über die Außenkompetenzen und -vertretung sowie die juristische Struktur der Union geprägt.

### 1. Völkerrechtssubjektivität und die Struktur der Union

Das bereits genannte Tempel-Modell<sup>36</sup> zur Erklärung der Union war letztlich nur eine politische Metapher, die dazu beigetragen hatte, im allgemeinen Sprachgebrauch die Bezeichnung „EU“ für alle Aktivitäten zu etablieren, die sich innerhalb des einheitlichen institutionellen Rahmens gemäß Art. 3 EUV a.F. abspielten. Das Handeln der Gemeinschaften wurde terminologisch der Union zugerechnet, ohne Rücksicht darauf, ob es sich um einen Rechtsakt nach dem EGV oder um eine spezifische Maßnahme der Union aufgrund von Titel V (GASP) oder VI EUV a.F. (ZBJ bzw. PJZS) handelte.

Auf dem Rücken dieser Metapher konstruierte die damals h.M. dann jedoch eine juristische Lösung, mit der die EU als nicht rechtsfähige „intergouvernementale Plattform zur Koordinierung nationaler Politiken in den Bereichen Äußeres, Sicherheit, Inneres und Justiz“<sup>37</sup> und zugleich als Dach für die rechtsfähigen Gemeinschaften qualifiziert wurde. Ihr primärer Zweck sollte in der Sicherung eines kohärenten Auftretens von Gemeinschaften und Mitgliedstaaten liegen. Diese Ansicht gründete sich auf die Überlegung, dass die auf der Regierungskonferenz von Maastricht bewusst vorgenommene Trennung intergouvernementaler Kooperationsformen und vergemeinschafteter Politiken nicht durch eine nachträgliche Auslegung des EUV anhand des Effektivitätsprinzips verwässert werden darf. Soweit die Unionsverfassung an zahlreichen Stellen auf eine organisationsrechtliche Eigenständigkeit der Union hindeutete, war dieser Ansicht zufolge immer die Gesamtheit der Mitgliedstaaten gemeint.<sup>38</sup>

Man muss wohl zugeben, dass diese Ansicht damals dem Willen der Mitgliedstaaten entsprach. Diese hatten die Frage der Völkerrechtspersönlichkeit der Union ja

35 Vgl. *F. Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 125 m.w.N.

36 Vgl. oben Fn. 9.

37 *R. Streinz*, Die Europäische Union (Fn. 3), S. 4; BVerfGE 89, S. 155, 195 – Maastricht; ähnlich *A. Pliakos*, l'Union européenne (Fn. 3), S. 211; vgl. auch die Nachweise bei *M. Ruffert*, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 4), Art. 47 EUV, Rn. 2.

38 Diese Argumentation erinnert an die italienische Schule, die früher die Gemeinschaften als Kollektivorgan der Mitgliedstaaten qualifizierte; vgl. Fn. 6.



mehrfach auf Regierungskonferenzen nach Maastricht diskutiert und bis zur Regierungskonferenz von Lissabon stets abgelehnt.<sup>39</sup> Allerdings geriet diese Ansicht bereits im Laufe der 1990er Jahre immer stärker unter Druck. Die Zahl derjenigen, die der Union Völkerrechtsfähigkeit zugestanden, wuchs, wobei die Strukturfrage, d.h. die Beziehung zwischen der Union und den Gemeinschaften, durchaus unterschiedlich beantwortet wurde. Teilweise wurden Union und Gemeinschaften als getrennte Organisationen, teilweise als gestufte oder gegliederte Organisation wie die VN betrachtet, teilweise war auch von einer Verschmelzung die Rede.

## 2. Völkerrechtsfähigkeit der Union vor Lissabon

Noch problematischer wurde die *falsa demonstratio*-Theorie, die darauf beharrte, dass das „Zurechnungsendsubjekt“ aller EU-Maßnahmen die Mitgliedstaaten sind,<sup>40</sup> mit dem Vertrag von Amsterdam (1997). Damit erhielt der Rat durch Art. 24 und 38 EUV(Amsterdam) die Befugnis, Übereinkünfte mit internationalen Organisationen oder Drittstaaten in den Bereichen GASP und PJZS abzuschließen und dadurch sowohl die Organe als auch die Mitgliedstaaten rechtlich zu binden (Art. 24 Abs. 5 und 6 EUV(Amsterdam)). Die Vertragsschlussfähigkeit ist eines der wesentlichen Rechte, die aus der Völkerrechtsposition einer Organisation fließt. Auch wenn die Ansicht vertreten wurde, dass der Rat hier nur in Vertretung der Mitgliedstaaten ein Bündel von Erklärungen abgab, wozu ihn die Mitgliedstaaten ermächtigten,<sup>41</sup> schien eine Interpretation dieser an den damaligen Art. 300 EGV angelehnten Regelung plausibler zu sein, wonach das Unionsorgan Rat diese völkerrechtlichen Verträge für das Völkerrechtssubjekt Union abschließen konnte.<sup>42</sup> Sollten nur die Mitgliedstaaten verpflichtet werden, hätten statt dessen die im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten gehandelt.

Auch sonstige Regelungen im EUV sowie die Struktur der Union deuteten auf ihre Rechtsfähigkeit hin. Bereits die Formulierung in Art. 2 EUV(Amsterdam), wonach sich die Union „Ziele“ setzt, insbesondere das Ziel, „ihre Identität auf internationaler Ebene“ zu behaupten, indizierten die Gründung einer neuen rechtsfähigen Einheit. Die Fähigkeit zur eigenständigen Willensbildung durch gemeinsame Organe zur Erreichung gemeinsamer Ziele unterschied die Union gerade von multilateralen Konferenzen, auf denen die Vertragsstaaten lediglich ihren übereinstimmenden Willen festlegen, ohne dass dieser einer übergeordneten Handlungseinheit zur Erfüllung zugewiesen wird. Die Union verfügte aufgrund eines einheitlichen institutionellen Rahmens mit dem Europäischen Rat wie auch dem Europäischen Parla-

39 Vgl. J. Scheffler, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2011, S. 268 f.

40 Vgl. die Nachweise bei J. Scheffler, Europäische Union (Fn. 39), S. 264.

41 Bericht des Europäischen Parlaments über die Rechtspersönlichkeit der EU v. 21.11.2001, PE 304.279, S. 9.

42 S. Marquardt, The conclusion of international agreements under Article 24 of the Treaty on European Union, in: Kronenberger, International Legal Order (Fn. 20), S. 340 ff.; A. von Bogdandy, Proliferation (Fn. 12), S. 184; in der englischen Fassung der Vorschrift war übrigens von „agreement“ die Rede, womit dieselbe Terminologie wie in Art. 300 EGV verwendet wurde.

ment, dem Rat, der Kommission, dem Gerichtshof und dem Rechnungshof über solche Organe. Sie war durch die Organe in der Lage, einen eigenen Willen zu artikulieren und besaß damit die Voraussetzungen, völkerrechtliche Rechtspositionen im eigenen Namen geltend zu machen.

Auch in der Praxis waren deutliche Anzeichen einer Völkerrechtsfähigkeit der Union zu erkennen.<sup>43</sup> Zunächst hat die Union selber in Rechtsakten erklärt, dass sie an Normen des Völkerrechts gebunden ist.<sup>44</sup> Darüber hinaus hat sie (bzw. der Rat „im Namen der Europäischen Union“) nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Nizza auf der Grundlage von Art. 24 EUV a.F. völkerrechtliche Abkommen geschlossen, in denen die EU ausdrücklich als „teilnehmende Partei“ genannt wird, z.B. hinsichtlich der Tätigkeit einer Überwachungsmission der EU in Mazedonien und der Bundesrepublik Jugoslawien. In diesen Abkommen werden den Aufnahmestaaten konkrete völkerrechtliche Pflichten gegenüber der Union auferlegt, z.B. über den Schutz und die Sicherheit der Mission und ihrer Mitglieder bzw. ihr Recht auf Bewegungsfreiheit.<sup>45</sup>

### 3. Völkerrechtsfähigkeit der Union nach Lissabon

Die Festschreibung der Völkerrechtsfähigkeit in Art. 47 EUV ist dementsprechend als Bestätigung der schon vor Lissabon geltenden Rechtslage, d.h. als deklaratorisch, zu verstehen.<sup>46</sup>

#### a) Völkerrechtsfähigkeit der Union und Rechtssicherheit

Dennoch ist die ausdrückliche Verleihung der Völkerrechtsfähigkeit – wie z.T. behauptet – keineswegs überflüssig.<sup>47</sup> Sie schafft in den Außenbeziehungen der Union Rechtssicherheit, die im internationalen Bereich ein wichtiger Faktor ist. Es gibt durchaus Berichte über die Aushandlung von internationalen Übereinkünften durch die Union oder ihre Vertretung in internationalen Organisationen, bei denen die

43 Vgl. EuGH, Rs. C-327/91 (Frankreich/Kommission), Slg. 1994, I-3641, Rn. 36; zur Praxis der Gemeinschaftsorgane; zum Völkerrecht vgl. IGH, *Reparations for Injuries*, ICJ Reports 1949, 147, 178 f. Vgl. dazu bereits *W. Schroeder*, Rechtsnatur (Fn. 1), S. 16 ff.; *ders.*, Eigenständigkeit (Fn. 15), S. 390 f.; zur jüngeren Praxis vgl. *M. Schweitzer/W. Hummer/W. Obwexer*, Europarecht (Fn. 9), Rn. 57.

44 Abs. 3 Erwgr. zur Verordnung (EG) Nr. 1334/2000 des Rates über eine Gemeinschaftsregelung für die Kontrolle der Ausfuhr von Gütern und Technologien mit doppeltem Verwendungszweck, ABl. EU 2000 L 159/1 sollte sicherstellen, dass „die internationalen Verpflichtungen und Verantwortlichkeiten der Mitgliedstaaten (...) und die der Europäischen Union eingehalten werden“.

45 Abkommen zwischen der Europäischen Union und der Bundesrepublik Jugoslawien über die Tätigkeit der Überwachungsmission der Europäischen Union (EUMM) in der Bundesrepublik Jugoslawien ABl. EU 2001 L 125/2; Abkommen zwischen der Europäischen Union und der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien über die Tätigkeit der Überwachungsmission der Europäischen Union (EUMM) in der ehemaligen jugoslawischen Republik Mazedonien, ABl. EU 2001 L 241/2. Vgl. aus jüngerer Zeit exemplarisch das Abkommen zwischen dem Internationalen Strafgerichtshof und der Europäischen Union über Zusammenarbeit und Unterstützung, ABl. EU 2006 L 115/49, sowie die Schengen-Assoziierung der Schweiz und Liechtensteins, ABl. EU 2008 L 53/50.

46 So auch *F. Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 127.

47 Vgl. *N. Neuwahl*, Legal Personality (Fn. 20), S. 3 ff.

bisherige Unsicherheit die Position der Union geschwächt hat oder taktisch entsprechend verwendet wurde.<sup>48</sup>

## b) Völkerrechtsfähigkeit und Autonomie der Union

Indessen wurde auch die umgekehrte Befürchtung geäußert, der Gerichtshof der EU werde die ausdrückliche Verleihung der Völkerrechtsfähigkeit an die Union im neuen EUV zum Anlass nehmen, ihre institutionelle Autonomie weiter zu stärken, wie er es in den *van Gend & Loos* und *Costa/ENEL*-Urteilen<sup>49</sup> in Bezug auf die damalige EWG bereits getan hatte.<sup>50</sup>

Man muss sich nur daran erinnern, mit welcher Vehemenz um die positive Verankerung des Vorrangprinzips im Vertrag von Lissabon gestritten wurde. Dieser Streit speiste sich aus der Sorge einiger Mitgliedstaaten, die nicht nur das Verhältnis zwischen Unionsrecht und nationalem Verfassungsrecht offen halten wollten, sondern betraf auch die Frage, ob das gesamte Unionsrecht Vorrang haben sollte. Dieser Punkt ist deshalb interessant, weil im GASP-Bereich auch nach Lissabon trotz formeller Auflösung der Säulenstruktur noch die intergouvernementale Handschrift des Maastrichter Vertrags erkennbar ist.<sup>51</sup> Nach wie vor wird deshalb der Vorrang des GASP-Rechts und auch der internationalen Übereinkünfte, die nach Art. 37 EUV auf der Grundlage der GASP geschlossen werden, mit dem Argument bestritten, die Mitgliedstaaten hätten der Union keine Hoheitsrechte im Bereich der GASP übertragen.<sup>52</sup>

Meines Erachtens ist diese Argumentation unzutreffend.<sup>53</sup> Man kann davon ausgehen, dass auch für diese Verträge Art. 216 AEUV gilt, dass diese Verträge also wie die Primärrechtsbestimmungen über die GASP die Organe und die Mitgliedstaaten binden. Im Übrigen ergibt sich aus Art. 1 Abs. 2 AEUV, dass sich die Rechtsordnung des Völkerrechtssubjekts Union auf alle Vorschriften beider Verträge, d.h. des EU-Vertrags und des AEU-Vertrags, gründet. Es ist nicht ersichtlich, warum einzelne Teile dieser Rechtsordnung nicht am Vorrang des Unionsrechts teilhaben sollten. Insofern bestätigt der Vertrag, dass die Einheit der Union als Völkerrechtssubjekt auch von einer einheitlichen Rechtsordnung getragen wird.

## c) Funktionale Begrenzung der Völkerrechtsfähigkeit

Die Völkerrechtsfähigkeit der Union ist eine abgeleitete, da diese jedenfalls kein Staat, sondern eine internationale Organisation eigener Art ist. Bekanntlich ist die Völkerrechtsfähigkeit bei internationalen Organisationen funktional auf deren im

48 Vgl. *F. Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 127 m.w.N.

49 S. oben Fn. 7 u. Fn. 22.

50 Vgl. *F. Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 129.

51 S. auch Art. 40 EUV, Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 S. 6 EUV u. Art. 275 AEUV.

52 *M. Herdegen*, Europarecht, 13. Aufl. 2011, § 28 Rn. 2; *R. Streinz/Ch. Ohler/Ch. Herrmann*, Vertrag von Lissabon (Fn. 4), S. 141 f.

53 *W. Schroeder*, Grundkurs Europarecht, 2. Aufl. 2011, § 21 Rn. 43.

Gründungsvertrag festgelegten Aufgabenkreis begrenzt.<sup>54</sup> Ultra vires-Akte erfolgen damit streng genommen außerhalb der Rechtsfähigkeit und können auch extern zu keiner Bindung der handelnden Organisation führen.<sup>55</sup>

Art. 47 EUV, der die Völkerrechtsfähigkeit der Union positivrechtlich verankert, äußert sich zu diesem Problem jedoch nicht. Intern, d.h. im Verhältnis zwischen Union und Mitgliedstaaten, ergibt sich die funktionale Begrenzung der Völkerrechtsfähigkeit der Union jedoch aus dem Prinzip der begrenzten Ermächtigung in Art. 5 Abs. 1 S. 1 und Abs. 2 EUV.<sup>56</sup> Die Mitgliedstaaten haben hierzu nochmals in Erklärung Nr. 24 zum Vertrag von Lissabon<sup>57</sup> Stellung genommen, die besagt, dass mit der Rechtspersönlichkeit der Union nicht das Recht verbunden ist, ihre Kompetenzen zu überschreiten. Allerdings ist diese Erklärung überflüssig. Entscheidend ist, dass im Unionsrecht intern der Gerichtshof der EU nach Art. 263 und Art. 267 AEUV die Zuständigkeiten der Union letztendlich definiert und über ultra vires-Akte der Union entscheidet. Es wird dementsprechend nicht wie bei anderen internationalen Organisationen über die funktionale Begrenzung der Völkerrechtsfähigkeit entweder durch Autointerpretation der Mitgliedstaaten oder durch ein externes internationales Streitschlichtungsgremium entschieden.<sup>58</sup>

In der Praxis dürfte das indessen kein Problem darstellen, denn in den kritischen Fällen, sofern beim auswärtigen Handeln der Union eine Kompetenzüberschreitung der Union und somit ein ultra vires-Handeln droht, treten die Union und die Mitgliedstaaten meist gemeinsam auf, z.B. in Form von gemischten Abkommen.<sup>59</sup> Die Grenzen der funktionalen Völkerrechtsfähigkeit der Union werden deshalb kaum ausgetestet werden.

#### d) Völkerrechtsfähigkeit der Union und Drittstaaten

Eigens zu klären ist die Geltendmachung der Völkerrechtsfähigkeit der Union gegenüber Drittstaaten. Insoweit wird – wie oben ausgeführt – nicht auf den Willen der Mitgliedstaaten, sondern auf den Willen der Drittstaaten abgestellt. Diese können im bilateralen Verhältnis die Völkerrechtsfähigkeit der Union durch förmliche Anerkennung, durch Vertragsschluss oder Aufnahme diplomatischer Beziehungen begründen. Die andere Ansicht, die ausschließlich auf objektive Faktoren wie das Erscheinungsbild der Union abstellt, überzeugt nicht.<sup>60</sup>

54 Vgl. dazu etwa *M. Ruffert/C. Walter*, Völkerrecht (Fn. 27), Rn. 162; *I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl*, Recht der Internationalen Organisationen (Fn. 28), Rn. 307.

55 Dies ist jedoch nicht unumstritten, vgl. zum Handeln ultra vires IGH, Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), ICJ Reports 1962, 151, 168; vgl. auch *I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl*, Recht der Internationalen Organisationen (Fn. 28), Rn. 1507, 1511, 1612.

56 Vgl. auch EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK), Slg. 1996, I-1759, Rn. 23 ff.; Gutachten 1/03 (Übereinkommen von Lugano), Slg. 2006, I-1145, Rn. 124.

57 ABl. EU 2010 C 83/346.

58 Vgl. *M. Ruffert/C. Walter*, Völkerrecht (Fn. 27), Rn. 208 f.

59 Vgl. dazu etwa *J. Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV, 2. Aufl. 2012, Art. 47 EUV, Rn. 8. S. dazu *A. Kumin/Ph. Bittner* in diesem Heft auf S. 75.

60 Vgl. oben Fn. 33.

Letztlich dürfte auch diese Auseinandersetzung keine Folgen haben, denn hier sind aus Sicht der Praxis keine Probleme zu erwarten – wie übrigens die betreffenden Literaturvertreter selber einräumen.<sup>61</sup> Tatsächlich erkennen alle Drittstaaten und auch andere Völkerrechtssubjekte wie der Heilige Stuhl die Union an. Man kann fast von einer universellen Wirkung der Völkerrechtsfähigkeit der Union ausgehen.<sup>62</sup> Die Praxis der COMECON-Staaten, die damals der EWG die Völkerrechtsfähigkeit verweigerten, gibt es seit dem Ende des Kalten Krieges nicht mehr.<sup>63</sup>

### e) Völkerrechtsfähigkeit und Rechtsnachfolge

Art. 1 Abs. 3 S. 2 EUV verknüpft die Völkerrechtsfähigkeit der Union mit dem Schicksal der EG, indem er die Union zu deren Rechtsnachfolgerin bestimmt. Allerdings ist der Vertrag insofern unklar formuliert. Es steht zwar fest, dass die Union die Rechtsnachfolge der EG auf der internationalen Ebene antreten soll, aber nicht, wie das im Einzelnen bewerkstelligt werden soll. Hinzu kommt, dass es keine eindeutigen völkerrechtlichen Regeln über die Voraussetzungen und Folgen einer organisationsrechtlichen Nachfolge im Völkerrecht gibt.<sup>64</sup>

Wenn Art. 1 Abs. 3 S. 3 EUV die Union zur Rechtsnachfolgerin der EG erklärt, muss man davon ausgehen, dass hier eine echte Rechtsnachfolge gemeint ist, bei der das Völkerrechtssubjekt EG durch Auflösung verschwindet, das neue Völkerrechtssubjekt Union an deren Stelle tritt und die Rechte und Pflichten der EG übernimmt. Es liegt also keine bloße Umfirmierung vor.<sup>65</sup> Die Union übernimmt damit alle externen Rechte und Pflichten, die bisher der EG aus ihren völkerrechtlichen Verträgen erwachsen sind. Sie tritt aber auch in die Rechtsstellung der bisherigen, durch Maastricht geschaffenen EU ein – die es ja auch nicht mehr gibt. Diese wurde freilich nicht aufgelöst, sondern in Union umbenannt, so wie der EU-Vertrag ja auch nur umgestaltet und nicht aufgehoben wurde.<sup>66</sup>

Bei der Rechtsnachfolge von internationalen Organisationen können Probleme auftreten, wenn beispielweise die Vertragsstaaten der einen oder anderen Organisation nicht identisch sind oder die Nachfolgerin nur in einzelne Rechte oder Pflichten nachfolgt, wie das beim Völkerbund und den VN der Fall war. Der Vertrag über eine Verfassung für Europa (EVV) war diesbezüglich präziser und regelte in Art. IV-3 eines ersten Entwurfs, dass die Union die Rechtsnachfolge der EG und der

61 Vgl. *F. Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 132.

62 *J. Kokott*, in: Streinz, EUV/AEUV (Fn. 59), Art. 47 EUV, Rn. 6 m.w.N.

63 Vgl. *J. Scheffler*, Europäische Union (Fn. 39), S. 88.

64 Das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen von 1986, die sog. WVK II, ist noch nicht in Kraft getreten. Zusätzlich enthält Art. 74 Abs. 2 WVK II einen ausdrücklichen Vorbehalt bezüglich Sukzessionsfragen internationaler Organisationen. Auch das Völkergewohnheitsrecht in diesem Bereich, soweit es überhaupt existiert, ist unklar; vgl. *C. Beaucillon/F. Erlbacher*, „Comme une lettre à la poste“. Rechtliche und praktische Aspekte der Rechtsnachfolge von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union, in: Eilmansberger/Griller/Obwexer (Hrsg.), Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon, 2011, S. 101, 104 112; *M. Ruffert/C. Walter*, Völkerrecht (Fn. 27), Rn. 146.

65 Vgl. *C. Beaucillon/F. Erlbacher*, Aspekte (Fn. 64), S. 105 f.

66 Vgl. *C. Beaucillon/F. Erlbacher*, Aspekte (Fn. 64), S. 104 f.

bisherigen EU „in allen ihren internen und aus internationalen Übereinkünften erwachsenden Rechten und Pflichten an[tritt]“, die bereits bestehen, sowie das Aktiv- und Passivvermögen und die Archive der EG und der EU übernimmt.<sup>67</sup>

Auch die Wortwahl im Lissabonner Vertrag, selbst wenn sie vor allem eine Kontinuität im Verhältnis zwischen Union und EG betont,<sup>68</sup> macht deutlich, dass die Verfasser des Vertrags eine Gesamtrechtsnachfolge im Verhältnis zwischen EG und Union anordnen wollten.<sup>69</sup> Zwar ist eine solche Gesamtrechtsnachfolge im Völkerrecht, jedenfalls bei der Staatensukzession, gerade nicht vorgesehen, und auch bei den internationalen Organisationen wird ein „automatischer“ Übergang von Funktionen einer Organisation allgemein abgelehnt.<sup>70</sup> Letztlich gibt es aber in Bezug auf die Rechtsnachfolge, wie aus der Nachfolgeproblematik im Verhältnis zwischen der UdSSR und Russland bekannt ist, bei einem Konsens zwischen den beteiligten Völkerrechtssubjekten bis zur Grenze des *ius cogens* keine völkerrechtlichen Hindernisse. Das heißt, dass auch bei Fehlen einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung eine Aufhebung der Gemeinschaft und ihre Ersetzung durch die Union durch einen übereinstimmenden „*actus contrarius*“ der Gründerstaaten rechtlich akzeptabel ist.

Da nach Art. 34 WVK ein entsprechender völkerrechtlicher Vertrag zu Lasten Dritter für Drittstaaten ohne deren Zustimmung keine Pflichten begründet,<sup>71</sup> muss die intern angeordnete Rechtsnachfolge zur Rechtswirksamkeit gegenüber Drittstaaten von diesen anerkannt werden. Eine solche Anerkennung kann auch konkludent erfolgen, indem die Parteien Vertragsbeziehungen, die sie mit der Gemeinschaft unterhielten, fortsetzen.<sup>72</sup> Man wird aber eine Notifizierung der neuen Rechtslage durch die Union fordern müssen, wenn sie die Rechtsnachfolge nach außen wirksam durchführen will.<sup>73</sup> Ansonsten wird nämlich kein in die Sphäre der Drittstaaten reichender Tatbestand gesetzt, auf den diese zur Vermeidung von Akquieszenzfolgen innerhalb angemessener Zeit reagieren müssten.<sup>74</sup>

Nicht überzeugend ist dagegen das Argument, dass Drittstaaten wegen des *pacta sunt servanda*-Grundsatzes kein einseitiges Kündigungsrecht zustehe, weil es sich beim Übergang der Funktionen und Zuständigkeiten der bisherigen EG zur EU um keine grundlegende Änderung der Umstände i.S.d. Art. 62 WVK, d.h. um keinen Fall der *clausula rebus sic stantibus* handle.<sup>75</sup> Ein Wechsel in der Vertragspartei ist nicht mit einer Änderung des Vertragsinhalts gleichzusetzen, womit Art. 62 WVK im Hinblick auf seine Tatbestandsvoraussetzungen auf den vorliegenden Fall eines

67 Art. IV-3 Abs. 1 (Konvents)Entwurf eines Vertrags über eine Verfassung für Europa, 18.7.2003, CONV 850/03.

68 Vgl. C. Beaucillon/F. Erlbacher, Aspekte (Fn. 64), S. 110 f., 117.

69 A.A. offenbar F. Erlbacher, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 131; vgl. aber C. Beaucillon/F. Erlbacher, Aspekte (Fn. 64), S. 106.

70 K. Schmalenbach, International Organizations or Institutions, Succession, in: Wolfrum, The Max Planck Encyclopedia of Public International Law (Fn. 27), Rn. 18 f.

71 Vgl. oben IV.3.

72 Vgl. F. Erlbacher, Rechtspersönlichkeit (Fn. 13), S. 131.

73 Dies ist auch geschehen; vgl. unten Fn. 78.

74 Vgl. dazu oben Fn. 32.

75 Vgl. C. Beaucillon/F. Erlbacher, Aspekte (Fn. 64), S. 112.



Schuldnerwechsels von vornherein nicht anwendbar ist.<sup>76</sup> Vielmehr bekräftigt die Anwendung des pacta sunt servanda-Grundsatzes im vorliegenden Fall, dass ein Wechsel der Vertragspartei eine Änderung des Vertrags darstellt, die der – expliziten oder impliziten – Zustimmung der Vertragspartner bedarf.

Von besonderem Interesse ist in diesem Zusammenhang, inwieweit die Union in die Mitgliedschaft oder den Beobachterstatus der EG in anderen internationalen Organisationen eintreten konnte, ohne dass eine Neuaufnahme durchgeführt werden musste. Hierzu wird die Ansicht vertreten, dass es sich bei den mitgliedschaftlichen Rechten in internationalen Organisationen um höchstpersönliche Rechte handelt und eine Nachfolge in diesen Organisationen daher nicht ohne weiteres möglich ist.<sup>77</sup> Allerdings gilt auch hier – siehe die Ersetzung der UdSSR durch Russland in den VN im Allgemeinen und im Sicherheitsrat im Besonderen –, dass letztendlich mit Zustimmung aller Beteiligten eine Übernahme bestehender Mitgliedschaftsrechte möglich ist.

Der Vertrag über die Europäische Union und auch die Regelungen in Art. 1 Abs. 3 EUV und Art. 47 EUV sowie die Bereitschaft der Union zur Übernahme aller Rechte und Pflichten der Gemeinschaft wurden den Drittstaaten sowie den betroffenen internationalen Organisationen notifiziert,<sup>78</sup> und diese haben dies entweder zustimmend zur Kenntnis genommen oder durch Akquieszenz akzeptiert. Von Problemen wurde in diesem Zusammenhang nicht berichtet.

## V. Resümee

Es gibt eine Reihe von Fragen, die sich im Zusammenhang mit der ausdrücklichen Verleihung der Völkerrechtsfähigkeit an die Union und ihre Rechtsnachfolge in die Positionen der EG stellen, wie etwa Fragen nach der Vertragsschlussfähigkeit, der völkerrechtlichen Deliktsfähigkeit oder der internationalen Prozessfähigkeit oder der Immunität. Aber es hat den Anschein, dass diese Fragen weder in der Theorie noch in der Praxis zu schwer lösbaren Problemen auf internationaler Ebene führen, da jedenfalls Drittstaaten und internationale Organisationen die rechtliche Identität der Union und deren Konsequenzen allgemein akzeptieren. Bei genauerer Betrachtung zeigt sich, dass die wesentlichen Probleme der Union wie schon bisher nicht auf der inter-, sondern auf der intraorganisationsrechtlichen Ebene liegen, was z.B. für die Frage der Außenvertretung der Union<sup>79</sup> gilt. Es ist für das Unionsrecht nicht untypisch, dass genau diese heiklen Fragen, die an der Schnittstelle zwischen Unionsrecht und Völkerrecht liegen, durch den Vertrag von Lissabon nicht beantwortet

76 Mit ähnlicher Stoßrichtung auch *M. Shaw/C. Fournet*, Art. 62, Convention of 1969, in: Corten/Klein (Hrsg.), *The Vienna Conventions on the Law of Treaties. A Commentary*, 2011, S. 113.

77 Vgl. dazu *M. Shaw/C. Fournet*, in: Corten/Klein (Fn. 76), Art 62 WVK, S. 113 f., wo wiederum Art. 62 WVK in Anspruch genommen wird, um der Union eine Nachfolge in Mitgliedschafts-/Beobachterpositionen der EG zu ermöglichen.

78 Vgl. *M. Shaw/C. Fournet*, in: Corten/Klein (Fn. 76), Art 62 WVK, S. 114 f.

79 S. dazu *W. Obwexer* in diesem Heft auf S. 49.

wurden. Sie können daher nur an Hand der künftigen Praxis oder erst aufgrund einer weiteren Vertragsreform geklärt werden.





# Die Bindung der Europäischen Union an das allgemeine Völkerrecht

Von Astrid Epiney, Fribourg (CH)\*

## I. Einleitung

Im Recht der Außenbeziehungen der Europäischen Union (EU) spielen die vertraglichen Beziehungen eine zentrale Rolle, was nicht nur auf die wachsende Bedeutung des Völkervertragsrechts (im Vergleich zu anderen völkerrechtlichen Rechtsquellen), sondern auch und gerade auf der Komplexität der für das Völkervertragsrecht der EU maßgeblichen Regeln beruht, wobei die Probleme von der Frage nach der Vertragsschlussbefugnis über die Rechtswirkungen der Verträge, ihre Durchführung und die Reichweite ihrer „Sperrwirkung“ für mitgliedstaatliches Verhalten bis hin zur gerichtlichen Kontrolle reichen;<sup>1</sup> sog. „gemischte Abkommen“ werfen dabei besondere Probleme auf.<sup>2</sup>

Im Vergleich dazu hat sich die Lehre bislang nur eher selten mit der Frage der Bindung der EU an „allgemeines Völkerrecht“ – worunter im Folgenden Völkergewohnheitsrecht sowie allgemeine Rechtsgrundsätze verstanden werden,<sup>3</sup> wobei dem Völkergewohnheitsrecht zweifellos eine besondere Bedeutung zukommt – sowie dessen Rechtswirkungen in der EU befasst;<sup>4</sup> gleiches gilt für die Rechtspre-

\* Dr. Astrid Epiney ist Professorin für Europarecht, Völkerrecht und öffentliches Recht an der Universität Fribourg (CH) und geschäftsführende Direktorin des dortigen Instituts für Europarecht.

- 1 Vgl. für einen Überblick über die diesbezüglichen Grundsätze bereits, m.w.N., A. Epiney/D. Gross, Zur Abgrenzung der Außenkompetenzen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten im Umweltbereich, UTR 2004, S. 27, 28 ff.; A. Epiney/D. Gross, Kompetenzverteilung zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten – Grundlagen, in: Marr/Beyer/Epiney/Gross (Hrsg.), EG-Kompetenzen bei völkerrechtlichen Verträgen im Umweltbereich unter besonderer Berücksichtigung des OSPAR-Übereinkommens, 2004, S. 5 ff.; aus der jüngeren Literatur A. Dashwood/M. Maresceau (Hrsg.), Law and Practice of EU External Relations, 2008; A. Fenet, L'insertion de la Communauté Européenne dans la Société internationale, in: Fenet (Hrsg.), Droit des relations extérieures de l'Union européenne, 2006, S. 49 ff.; Ch. Hilmes, Die Europäische Union als Partei völkerrechtlicher Verträge, 2006, S. 120 ff.; R. Holdgaard, External Relations Law of the European Community. Legal Reasoning and Legal Discourses, 2008, S. 25 ff.; M. Klamert/N. Maydell, Rechtsfragen der impliziten Außenkompetenz der EG illustriert am Beispiel der Dienstleistungsrichtlinie und der Minimum Platform on Investment, EuR 2008, S. 589 ff.; P. Koutrakos, EU International Relations Law, 2006, S. 7 ff.; A. Metz, Die Außenbeziehungen der Europäischen Union nach dem Vertrag über eine Verfassung für Europa. Eine Untersuchung aus kompetenzrechtlicher Sicht – mit Erläuterungen zu den Außenkompetenzen nach dem Vertrag von Nizza, 2007, S. 46 ff.; S. Sattler, Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedschaften der EG und ihrer Mitgliedstaaten. Unter besonderer Berücksichtigung der WTO, 2007; B. van Vooren, EU-EC External Competence after the Small Arms Judgment, EFAR 2009, S. 7 ff.; jüngst K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV, Rn. 3 ff.
- 2 Speziell zu diesen etwa aus jüngerer Zeit F. Kaiser, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen, 2009, insbes. S. 35 ff. S. auch A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S. 75.
- 3 So dass insbes. die Frage nach der Bindung der EU an Beschlüsse des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen in diesem Beitrag ausgespart wird. Vgl. hierzu die Ausführungen von S. Griller in diesem Heft auf S. 103.
- 4 S. aber etwa F. Hoffmeister, Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an das Völkergewohnheitsrecht der Verträge, EWS 1998, S. 365; R. Holdgaard, External Relations (Fn. 1), S. 179 ff.; K. Schmalenbach, Die Europäische Union und das universelle Völkerrecht, in: Schroeder (Hrsg.), Europarecht als Mehrebenensystem, 2008, S. 67 ff.; Ch. Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, Vorträge und Berichte Nr. 158, Zentrum für Europäisches Wirtschaftsrecht, 2006; R. Uerpman-Witzack, Völkerrechtliche Verfassungselemente, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge, 2. Aufl. 2009, S. 177, 182 ff.; J. Wouters/D. van Eeckhoutte, Giving Effect to Customary International Law Through Community Law, in: Prinssen/Schrauwen (Hrsg.), Direct Effect: Rethinking a Classic of EC Legal

chung des EuGH.<sup>5</sup> Dabei werfen sowohl die Grundlagen als auch die genauen Rechtswirkungen einer Bindung der EU an allgemeines Völkerrecht sowohl dogmatisch interessante als auch praktisch relevante Fragen auf, denen im Folgenden nachgegangen werden soll. Unterschieden werden kann dabei zwischen den verschiedenen Aspekten der „Inkorporation“ des allgemeinen Völkerrechts in die Rechtsordnung der EU (II.) und der gerichtlichen Kontrolle (III.). Der Beitrag schließt mit einer kurzen Schlussbemerkung (IV.).

Ausgangspunkt der Überlegungen ist dabei die (partielle)<sup>6</sup> Völkerrechtssubjektivität der EU; sie ist Trägerin völkerrechtlicher Rechte und Pflichten,<sup>7</sup> wie dies auch in Art. 47 EUV verankert ist.<sup>8</sup>

## II. Zur Stellung des allgemeinen Völkerrechts in der EU: das allgemeine Völkerrecht als Teil der Unionsrechtsordnung

Das Primärrecht regelt die Frage der Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht nicht ausdrücklich, dies im Gegensatz zu den völkerrechtlichen Verträgen, die nach Art. 216 Abs. 2 AEUV die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten binden (wenn damit auch noch nichts über die Art und Weise der Inkorporation der Verträge in das Unionsrecht ausgesagt ist). Gleichwohl gehen die Rechtsprechung<sup>9</sup> und mit ihr die herrschende Literatur<sup>10</sup> (zumeist ohne nähere Begründung) davon aus, dass (auch) das allgemeine Völkerrecht (integrierender) Bestandteil der Unionsrechts-

Doctrine, 2002, S. 185 ff.; s. auch A. Peters, The Position of International Law within the European Community Legal Order, GYIL 1997, S. 9 ff.

5 Aus der Rechtsprechung insbes. EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3588, Rn. 45 f.; s. auch EuGH, Rs. C-286/90 (Poulsen), Slg. 1992, I-6019, Rn. 9; Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 51; EuG, Rs. T-115/94 (Opel Austria), Slg. 1997, II-39, Rn. 90 f.

6 Wie auch bei anderen Internationalen Organisationen ist die Völkerrechtsfähigkeit der Union funktional begrenzt, vgl. nur M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 47 EUV, Rn. 7; J. Scheffler, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2011, S. 83 ff.

7 S. schon EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 271; Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079; Gutachten 1/92 (EWR II), Slg. 1992, I-2821.

8 Zur Völkerrechtsfähigkeit der Union, die nunmehr – im Gegensatz zur Rechtslage vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon (vgl. aber Art. 281 EGV, der die Völkerrechtssubjektivität der EG verankerte) in Art. 47 EUV ausdrücklich geregelt ist – etwa D. Boof, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge. Kommentar nach dem Vertrag von Lissabon, 5. Aufl. 2010, Art. 47 EUV, Rn. 1 ff.; K. Lenaerts/P. Van Nuffel, European Union Law, 3. Aufl. 2011, S. 952 ff.; s. in Bezug auf die EG vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon etwa F. Kaiser, Gemischte Abkommen (Fn. 2), S. 11 f.; H. Keller, Rezeption des Völkerrechts, 2003, S. 209 ff.; S. Sattler, Gemischte Abkommen (Fn. 1), S. 65. Siehe auch W. Schroeder in diesem Heft auf S. 9.

9 EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3588, Rn. 45 f.; Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 51; s. auch schon EuGH, verb. Rs. 89/85 u.a. (Ahlström), Slg. 1988, 5193, Rn. 18 f., wo der Gerichtshof davon ausgeht, dass das völkergewohnheitsrechtliche Territorialitätsprinzip auch von der EU (bzw. der damaligen EWG) zu beachten sei. Vgl. sodann EuGH, Rs. C-286/90 (Poulsen), Slg. 1992, I-6019, Rn. 9, wo der Gerichtshof betont, die EG habe ihre Befugnisse unter Beachtung des Völkerrechts auszuüben, so dass Sekundärrecht im Einklang mit dem einschlägigen Völkerrecht auszulegen sei.

10 Vgl. W. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5. Wirkungen und Rechtsschutz, 2010, § 2, Rn. 616; M. Haag, in: Bießer/Epiney/Haag, Die Europäische Union. Rechtsordnung und Politik, 9. Aufl. 2011, § 33, Rn. 12; F. Hoffmeister, Bindung (Fn. 4), S. 366; R. Holdgaard, External Relations (Fn. 1), S. 179 ff.; K. Schmalenbach, in: Europarecht als Mehrebenensystem (Fn. 4), S. 68 ff.; Ch. Tomuschat, Die Europäische Union und ihre völkerrechtliche Bindung, EuGRZ 2007, S. 1, 3 f.; E. Denza, A note on Intertanko, ELR 2009, S. 870, 875; Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Vertrag über die Europäische Union und Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Art. 281 EGV, Rn. 40.

ordnung ist bzw. die Union an das allgemeine Völkerrecht gebunden ist. Diese auf den ersten Blick banale Feststellung – ist doch jedes Völkerrechtssubjekt an die allgemeinen Regeln des Völkerrechts gebunden – wirft jedoch im Einzelnen im Hinblick auf die genauen Grundlagen bzw. die Wirkungsweisen dieser Inkorporation verschiedene Fragen auf, wobei – nach der Skizzierung des Hintergrunds bzw. der Begründung des Grundsatzes der Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht (1.) – zwischen der Reichweite dieser Bindungswirkung (2.), der Art und Weise der „Inkorporation“ des allgemeinen Völkerrechts in die Unionsrechtsordnung (3.), den Rechtswirkungen von Bindungswirkung und Inkorporation des allgemeinen Völkerrechts für die EU bzw. in die Unionsrechtsordnung (4.) sowie der Normenhierarchie (5.) unterschieden werden kann.

## 1. Ausgangspunkt: die Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht als Konsequenz der Völkerrechtssubjektivität der EU

Letztlich folgt die Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht auf völkerrechtlicher Ebene aus ihrer Völkerrechtssubjektivität: Diese impliziert – neben der treaty making power – die Verbindlichkeit auch der allgemeinen Regeln des Völkerrechts, worunter insbesondere das Völkergewohnheitsrecht, aber auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze fallen, für die Union. Diese Begründung ist letztlich völkerrechtlicher Natur, knüpft sie doch an die „Mitgliedschaft“ der EU in der Völkerrechtsgemeinschaft an. Aus der Sicht des Völkerrechts ist es denn auch zwingend, dass Völkerrechtssubjekte sich an seine Regeln zu halten haben, kann doch nur auf diese Weise sichergestellt werden, dass der völkerrechtliche Regelungsrahmen eben für all diejenigen, die Träger völkerrechtlicher Rechte und Pflichten (eben Völkerrechtssubjekte) sind, zur Anwendung kommt. So erscheint es selbstverständlich, dass die EU etwa an die völkergewohnheitsrechtlichen Regeln über völkerrechtliche Verträge oder an die Grundsätze der territorialen Souveränität und Integrität gebunden ist.<sup>11</sup>

Fraglich könnte aber sein, ob und inwieweit sich eine solche Bindungswirkung auch aus dem Unionsrecht selbst ableiten lässt. Diese Frage ist auch vor dem Hintergrund zu sehen, dass zahlreiche, wenn nicht gar die meisten, staatlichen Verfassungen Bestimmungen über das Völkergewohnheitsrecht aufweisen,<sup>12</sup> wobei sich diese aber letztlich in der Regel weniger mit der Bindung des jeweiligen Staats an das Völkergewohnheitsrecht, denn mit der innerstaatlichen Inkorporation bzw. Geltung befassen.<sup>13</sup> Dagegen enthält – wie bereits erwähnt – der EU-Vertrag keine Bestimmung über die Geltung und/oder Verbindlichkeit von Völkergewohnheitsrecht für die EU bzw. in der EU. Vieles spricht dafür, dieses Fehlen einer ausdrücklichen

11 S. auch Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV (Fn. 10), Art. 281 EGV, Rn. 40, der darauf hinweist, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts auch schon deshalb für die EU bindend sein müssen, weil sich die Mitgliedstaaten (aus völkerrechtlicher Sicht) nicht durch die Gründung einer Internationalen Organisation von der Bindung an Völkerrecht „dispensieren“ können.

12 Vgl. m.w.N. K. Schmahlenbach, in: Europarecht als Mehrebenensystem (Fn. 4), S. 68.

13 Hierzu, in Bezug auf das EU-Recht, unten II.3.

vertraglichen Bestimmung jedenfalls nicht gegen eine Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht auszulegen.<sup>14</sup> Denn die Union versteht sich (auch in ihrer Eigenschaft als Völkerrechtssubjekt, was in Art. 47 EUV ausdrücklich festgehalten wird) als Mitglied der internationalen Gemeinschaft und will damit allen Regeln des Völkerrechts verpflichtet sein, ein Grundsatz, der auch in Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 EUV, wonach die Union sich u.a. von der Achtung des Völkerrechts leiten lässt, und in Art. 216 Abs. 2 AEUV in Bezug auf völkerrechtliche Verträge zum Ausdruck kommt. Insgesamt gehen die Verträge damit davon aus, dass völkerrechtliche Verpflichtungen zu beachten sind.<sup>15</sup>

## 2. Zur Reichweite der Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts

In Bezug auf die Reichweite der Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts wird gelegentlich noch darauf hingewiesen, dass diese nur soweit zum Zuge komme, wie sich die Regeln des allgemeinen Völkerrechts auf die EU als internationale bzw. supranationale Organisation „übertragen“ ließen.<sup>16</sup> Gemeint ist mit diesem Hinweis offenbar, dass das allgemeine Völkerrecht nur dann für die EU maßgeblich sei, wenn sich der entsprechende Rechtssatz auch auf eine internationale Organisation (und nicht nur auf einen Staat) bezieht bzw. beziehen kann.

Deutlich wird damit, dass es sich bei dieser teilweise gemachten „Einschränkung“ der Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts für die EU nicht eigentlich um eine Relativierung der Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht, sondern um die Frage handelt, ob der möglicherweise heranzuziehende Rechtssatz auch auf die zu lösende (völkerrechtliche) Problematik (mit ihrem Bezug zur EU) anwendbar ist. Damit geht es aber nicht um eine irgendwie geartete Relativierung der Bindungswirkung der EU an das allgemeine Völkerrecht, sondern um die genaue rechtliche Tragweite der (möglicherweise relevanten) Regel des allgemeinen Völkerrechts. M.a.W. ist die EU selbstredend umfassend an das gesamte allgemeine Völkerrecht gebunden und kann (umgekehrt) auch aus diesem Rechte ableiten; jedoch sind nicht zwingend alle Rechtssätze des allgemeinen Völkerrechts auch für die EU (vollumfänglich) relevant bzw. anwendbar.

Dies kann etwa am völkerrechtlichen Grundsatz der territorialen Souveränität aufgezeigt werden: Da die EU als internationale bzw. supranationale Organisation nicht über ein eigentliches „Staatsgebiet“ verfügt und im Hinblick auf die Lufthoheit im

14 A.A. aber noch die Kommission ihrer Stellungnahme in EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3588, die darauf hinwies, mangels einer Inkorporationsklausel im Primärrecht sei Völkergewohnheitsrecht im Verfahren nicht heranzuziehen.

15 In diesem Zusammenhang wird auch teilweise auf die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ der EU hingewiesen, vgl. bspw. E.-U. Petersmann, Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?, EuZW 1997, S. 325, 327, im Zusammenhang mit den unionsrechtlichen Verpflichtungen im Bereich des Welthandelsrechts. Auch die Rechtsprechung des EuGH dürfte von einer gewissen Völkerrechtsfreundlichkeit ausgehen, s. etwa EuGH, verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98 (Dior), Slg. 2000, I-11307; Rs. C-53/96 (Hermès), Slg. 1998, I-3603; Rs. C-245/02 (Anheuser-Busch), Slg. 2004, I-10989, wo der EuGH jeweils hervorhebt, die einschlägigen völkerrechtlichen Verpflichtungen seien bei der Anwendung des Unionsrechts so weit wie möglich zu berücksichtigen.

16 Vgl. Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV (Fn. 10), Art. 281 EGV, Rn. 40.

Übrigen auch keine unionsrechtlichen Vorgaben bestehen, wäre das Eindringen eines Militärflugzeugs in den Luftraum eines Mitgliedstaats keine Verletzung der Lufthoheit der EU, sondern derjenigen des betreffenden Mitgliedstaats, was nichts daran ändert, dass die betreffenden völkerrechtlichen Regeln grundsätzlich auch auf die EU Anwendung finden. Dies vermag die umgekehrte Konstellation zu zeigen: Da die EU z.B. auf dem Gebiet des Wettbewerbsrechts umfassend legislatorisch tätig geworden ist und u.a. Regelungen mit extraterritorialem Bezug erlassen hat, hat sie hierbei auch die allgemeinen völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätze über die territoriale Souveränität, aus der sich auch Schranken für die extraterritoriale Rechtsetzung ergeben,<sup>17</sup> zu beachten.

### 3. Zur Art und Weise der „Inkorporation“ des allgemeinen Völkerrechts in die Unionsrechtsordnung

Der Grundsatz der Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht sagt noch nichts darüber aus, ob und ggf. auf welche Weise das allgemeine Völkerrecht in die Unionsrechtsordnung inkorporiert ist, m.a.W., ob und inwieweit es auch innerhalb der Union gilt, ist doch die Bindung nach außen von derjenigen im Binnenbereich zu unterscheiden; insofern stellt sich also beim allgemeinen Völkerrecht eine parallele Frage wie beim Völkervertragsrecht.

Damit ist diese Frage ausgehend von den allgemeinen, dem Unionsrecht zu entnehmenden Grundsätzen über das Verhältnis von Völkerrecht und Unionsrecht zu beantworten, wobei sich die Problematik strukturell parallel wie beim Verhältnis Völkerrecht – nationales Recht darstellt, so dass auch hier die Frage nach der monistischen oder dualistischen Konzeption der Unionsrechtsordnung entscheidend ist. Hingegen spielt es für diese Problematik keine Rolle, ob die Unionsrechtsordnung insofern als „autonom“ anzusehen ist, als sie sich völlig von ihren völkerrechtlichen Grundlagen gelöst hätte und kein Bestandteil der Völkerrechtsordnung wäre, so dass es letztlich drei Gruppen „autonom“ Rechtsordnungen gäbe: die Völkerrechtsordnung, das Unionsrecht und das nationale Recht.<sup>18</sup> Denn auch wenn man – wie der EuGH – der Ansicht (für die gute Gründe sprechen) zuneigt, dass das Unionsrecht zwar insofern eine „autonome“ Rechtsordnung darstellt, als es im Verhältnis zum allgemeinen Völkerrecht zahlreiche besondere und abweichende Regelungen enthält (wie etwa den Vorrang des Unionsrechts oder die Durchgriffswirkung des Unionsrechts auf Einzelne), wobei aber auch die Unionsrechtsordnung jedenfalls aufgrund des völkerrechtlichen Charakters der Gründungsverträge im Völkerrecht verankert ist, so dass diese letztlich eine Art „autonomes System“ des Völkerrechts darstellt, ändert dies nichts daran, dass sich in diesem Rahmen eben

17 Vgl. zu diesen im Einzelnen m.w.N. W. Kälin/A. Epiney/M. Caroni/J. Künzli, Völkerrecht. Eine Einführung, 3. Aufl. 2010, S. 185 ff.

18 Vgl. zu dieser Diskussion bereits J. Schwarze, Das allgemeine Völkerrecht in den innergemeinschaftlichen Beziehungen, EuR 1983, S. 1 ff.; vgl. aus jüngerer Zeit den Überblick über die Problematik, m.w.N., bei K. Schmalenbach, in: Europarecht als Mehrebenensystem (Fn. 4), S. 71 ff. S. aus der Rechtsprechung grundlegend schon EuGH, Rs. 62/62 (van Gend & Loos), Slg. 1962, 1; Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, 1141.



die Frage stellt, wie sich dieses System zur innerunionsrechtlichen Geltung des allgemeinen Völkerrechts äußert.<sup>19</sup> Deutlich wird damit, dass es hier im Zusammenhang mit der Frage nach der monistischen oder dualistischen Konzeption der Unionsrechtsordnung nicht um die (eher rechtstheoretische) Frage geht, ob Unionsrecht und Völkerrecht Teil einer einzigen Rechtsordnung sind, sondern darum, ob das Völkerrecht als solches auch in der Unionsrechtsordnung zu beachten ist.

Wenn der EuGH in ständiger Rechtsprechung die von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge als „integrierende Bestandteile“<sup>20</sup> der Unionsrechtsordnung bezeichnet<sup>21</sup> und zudem davon ausgeht, dass sich Einzelne unmittelbar auf für die Union verbindliche völkerrechtliche Abkommensbestimmungen berufen und aus ihnen Rechte ableiten können,<sup>22</sup> so führt wohl kein Weg daran vorbei, dass der Gerichtshof grundsätzlich von einem monistischen Verständnis des Verhältnisses von Völkerrecht und Unionsrecht ausgeht,<sup>23</sup> jedenfalls soweit es um die innerunionsrechtliche Verbindlichkeit des Völkerrechts geht, implizierte ein dualistisches Verständnis doch einen irgendwie gearteten Transformationsakt, der im Vertrag nicht erkennbar ist, zumal der Gerichtshof das Völkerrecht als solches und nicht als in „Unionsrecht transformiertes Völkerrecht“ anwendet.<sup>24</sup> Auch in Bezug auf das

- 19 Im Übrigen sei noch am Rande darauf hingewiesen, dass die Implikationen der verschiedenen konzeptionellen Ansätze zur Autonomie des Unionsrechts („echte Autonomie“ versus „völkerrechtlich verankerte Autonomie“) nicht überschätzt werden sollten: Denn auch das Völkerrecht kennt eigene, besondere Regimes, die für einen spezifischen Bereich besondere Regeln definieren, welche die allgemeinen völkerrechtlichen Grundsätze derogieren bzw. diesen vorgehen. Insofern sind die Besonderheiten des Unionsrechts – die freilich im Vergleich zu anderen spezifischen Regimes der Völkerrechtsordnung (wie z.B. das Diplomatenrecht) besonders weit gehen bzw. besonders ausgeprägt sind – auf der Grundlage beider Ansätze im Ergebnis begründbar und maßgeblich; der einzige wirkliche Unterschied dürfte darin bestehen, inwieweit allgemeine völkerrechtliche Grundsätze subsidiär im Falle fehlender abschließender unionsrechtlicher Regelungen zur Anwendung kommen können.
- 20 D. Thym, *Auswärtige Gewalt*, in: von Bogdandy/Bast (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht. Theoretische und dogmatische Grundzüge*, 2. Aufl. 2009, S. 441, 457, weist zutreffend darauf hin, dass es auf deutsch eigentlich „integraler Bestandteil“ heißen müsste, sei doch die „unschöne“ Formulierung „integrierender Bestandteil“ eine wörtliche Übersetzung aus dem Französischen („partie intégrante“), während es auf englisch zutreffend „integral part“ heiße.
- 21 Vgl. grundlegend EuGH, Rs. 181/73 (Haegemann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 13; Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641, Rn. 7; Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461, Rn. 8; jüngst EuGH, Rs. C-386/08 (Brita), Slg. 2010, I-1289, Rn. 39. Aus der Literatur instruktiv jüngst F. G. Jacobs, *The Internal Legal Effects of the EU's International Agreements and the Protection of Individual Rights*, Essays in Honour of Alan Dashwood, 2011, S. 529 ff.
- 22 EuGH, Rs. C-192/89 (Sevince), Slg. 1990, I-3461; Rs. C-265/03 (Simutenkov), Slg. 2005, I-2579.
- 23 Ebenso die wohl ganz herrschende Meinung in der Literatur, vgl. etwa S. Hobe/P. Müller-Sartori, *Rechtsfragen der Einbindung der EG/EU in das Völkerrecht*, JuS 2002, S. 8 ff.; A. Ott, *Gatt und WTO im Gemeinschaftsrecht*, 1997, S. 68 ff.; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, *EUV/AEUV* (Fn. 1), Art. 216 AEUV, Rn. 32; D. Thym, in: *Europäisches Verfassungsrecht* (Fn. 20), S. 457; s. auch schon V. Constantinesco/D. Simon, *Quelques problèmes des relations extérieures des Communautés européennes*, RTDE 1975, S. 432, 440 ff.; P. Pescatore, *Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur innergemeinschaftlichen Wirkung völkerrechtlicher Abkommen*, FS Mosler, 1983, S. 661, 680 ff., sowie die Nachweise bei H. Keller, *Rezeption des Völkerrechts* (Fn. 8), S. 253. Andere Ansichten finden sich teilweise im alten Schrifttum, vgl. insbes. H. Krück, *Völkerrechtliche Verträge im Recht der Europäischen Gemeinschaft*, 1977, S. 169. Wenn teilweise darauf hingewiesen wird, der Unionsrechtsordnung eine monistische Konzeption zuzuschreiben, treffe nur eingeschränkt zu, da in einer (streng) monistischen Konzeption Völkerrecht automatisch Vorrang vor internem Recht zukommen müsse, was in der Unionsrechtsordnung anerkanntermaßen nicht der Fall sei (vgl. R. Uerpman-Witzack, in: *Europäisches Verfassungsrecht* (Fn. 4), S. 182 f.), so vermag dies schon deshalb nicht zu überzeugen, als die Frage nach der monistischen oder dualistischen Konzeption lediglich die Problematik der Geltung und Rechtswirkungen des Völkerrechts im internen Bereich betrifft, nicht jedoch die davon zu unterscheidende Frage nach der Normenhierarchie.
- 24 Zu diesem zuletzt genannten Aspekt noch sogleich im Text.

allgemeine Völkerrecht geht die Rechtsprechung in diese Richtung, so wenn der EuGH Völkergewohnheitsrecht als Teil des Unionsrechts bezeichnet.<sup>25</sup>

Dieser Ansatz impliziert, dass die einschlägigen völkerrechtlichen Regeln ihre Wirkung in der EU ab dem Zeitpunkt ihres völkerrechtlichen Inkrafttretens entfalten, so dass die allgemeinen Rechtsgrundsätze des Völkerrechts mit ihrer völkerrechtlichen Verbindlichkeit „automatisch“ auch Bestandteile des in der Union geltenden Rechts sind, unterliegen sie doch aufgrund des monistischen Ansatzes gerade keinem irgendwie gearteten Transformationsakt. Nur am Rande sei in diesem Zusammenhang darauf hingewiesen, dass auch die „Völkerrechtsfreundlichkeit“ der Unionsrechtsordnung<sup>26</sup> für diesen Ansatz spricht: Denn die Beachtung der für die Union verbindlichen völkerrechtlichen Regeln wird durch ihre unmittelbare Maßgeblichkeit auch in der bzw. für die Union am effizientesten sichergestellt.

Die erwähnte fehlende Transformation impliziert auch, dass das Völkerrecht als solches, d.h. als Völkerrecht und nicht als „besonderes Unionsvölkerrecht“, gilt, so dass es mit seiner innerunionsrechtlichen Geltung und Bindungswirkung nicht etwa seinen Charakter „wandelt“ und zu „Unionsrecht“ wird, sondern – neben dem eigentlichen Unionsrecht – in der Union eben als „Völkerrecht“ gilt und als solches eine Rechtsquelle darstellt.<sup>27</sup> Dieser Schluss drängt sich auch vor dem Hintergrund auf, dass der EuGH sowohl das allgemeine Völkerrecht als auch die völkerrechtlichen Verträge nach völkerrechtlichen Grundsätzen auslegt. So geht der Gerichtshof etwa in Bezug auf die Auslegung von in völkerrechtlichen Verträgen enthaltenen Bestimmungen, die unionsrechtlichen Vorschriften entsprechen, in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass diese nicht zwingend ebenso wie im Unionsrecht auszulegen seien, sondern völkerrechtliche Maßstäbe heranzuziehen seien.<sup>28</sup> Aber auch bei der Anwendung von Völkergewohnheitsrecht knüpft er an die völkerrechtliche Rechtslage an und wendet letztlich Völkerrecht an.<sup>29</sup> Vor diesem Hintergrund erscheint die durch die Rechtsprechung verwandte Formulierung – das Völkerrecht als Bestandteil des Unionsrechts – etwas missverständlich, könnte sie doch insinu-

25 EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3588, Rn. 46 (zu diesem Urteil noch sogleich im Text). *R. Holdgaard*, External Relations (Fn. 1), S. 180, weist in diesem Zusammenhang darauf hin, dass der Gerichtshof in Bezug auf völkerrechtliche Verträge der Union davon spricht, dass diese „integrierende Bestandteile“ des EU-Rechts seien, während der Zusatz „integrierend“ beim allgemeinen Völkerrecht nicht gebraucht wird, was jedoch keine Unterschiede in Bezug auf den rechtlichen Status beider Völkerrechtsquellen impliziere.

26 Vgl. oben II.1. sowie die Nachweise in Fn. 15.

27 I. Erg. ebenso C. Eberle, Die EG als Partei internationaler Umweltschützabkommen: Fragen des Abschlusses von Übereinkommen und deren Implementierung, 2001, S. 224 ff.; s. auch *Peters*, GYIL 1997 (Fn. 4), S. 28 ff.; s. auch schon A. Epiney, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU. Zugleich Besprechung von EuGH, EuZW 1998, 572 – *Hermes* und EuZW 1998, 694 – *Racke*, EuZW 1999, S. 5, 6.

28 Aus der Rspr. grundlegend EuGH, Rs. 270/80 (Polydor), Slg. 1982, 329, Rn. 18 ff. Vgl. ausführlich zur Auslegung von durch die Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen m.w.N. R. Bieber, Die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, in: Epiney/Metz/Mosters (Hrsg.), Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU: Auslegung und Anwendung in der Praxis / L'accord sur la libre circulation des personnes Suisse – UE: interprétation et application dans la pratique, 2011, S. 1 ff.; A. Epiney/A. Felder, Europäischer Wirtschaftsraum und Europäische Gemeinschaft: Parallelen und Divergenzen in Rechtsordnung und Auslegung, ZVGIRWiss. 2001, S. 425 ff.; E. Klein, Zur Auslegung von völkerrechtlichen Verträgen der EG mit Drittstaaten, in: Epiney/Rivière (Hrsg.), Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen, 2006, S. 1 ff.

29 EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3588. Zu diesem Urteil noch sogleich im Text.



ieren, dass das Völkerrecht seinen Charakter „wandelte“ und zu Unionsrecht „mutierte“. Exakter – wenn auch umständlicher – erschiene es daher, davon zu sprechen, dass das Völkerrecht in die in der Union geltende Rechtsordnung inkorporiert oder integriert wird.

Im Ergebnis ist also von einer „automatischen Inkorporation und Geltung“ des Völkergewohnheitsrechts in der Union und in der Unionsrechtsordnung auszugehen, ein Ansatz, der auch durch die Rechtsprechung bestätigt wird, wobei insbesondere die *Racke*<sup>30</sup> von Bedeutung ist: Hier ging es um die Anwendung der (auch) völkergewohnheitsrechtlich verankerten *clausula rebus sic stantibus*: Der Rat der EU hatte durch die VO 3300/91<sup>31</sup> beschlossen, die im Kooperationsabkommen zwischen der EWG und Jugoslawien vorgesehenen Handelszugeständnisse<sup>32</sup> auszusetzen, und in einem Vorabentscheidungsverfahren ging es um die Gültigkeit dieser Verordnung, wobei insbesondere die Frage nach der Vereinbarkeit dieser Aussetzung mit dem Recht der völkerrechtlichen Verträge zur Debatte stand (konkret ging es darum, ob die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* erfüllt waren). Der Gerichtshof hielt zunächst fest, dass es zwar um die Frage nach der Vereinbarkeit einer Verordnung mit einer Regel des Völkergewohnheitsrechts gehe, seine Kompetenz zur Prüfung von Ungültigkeitsgründen sekundärrechtlicher Regelungen jedoch nicht beschränkt sei. Weiter betonte der Gerichtshof ausdrücklich, die Regeln des Völkergewohnheitsrechts seien ein Bestandteil der Rechtsordnung der Union, so dass der Unionsgesetzgeber sie beim Erlass von Sekundärrecht zu beachten habe.<sup>33</sup> Im Ergebnis wurde dann aber ein Verstoß gegen die *clausula rebus sic stantibus* verneint, wobei der Gerichtshof ausführlich – unter Heranziehung völkerrechtlicher Rechtsquellen und der Rechtsprechung des IGH – auf die Auslegung und Tragweite der *clausula rebus sic stantibus* eingeht und auf die konkrete Fallgestaltung anwendet.

Teilweise wird jedoch die Aussagekraft dieses Urteils in Bezug auf die innerunionsrechtliche Stellung des allgemeinen Völkerrechts bezweifelt: Denn letztlich habe hier die Beachtung eines Kooperationsabkommens, das nach Art. 300 Abs. 7 EGV (jetzt Art. 216 Abs. 2 AEUV) Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung (jetzt Unionsrechtsordnung) sei, zur Debatte gestanden, denn falls die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* nicht erfüllt gewesen wären, wäre die Verordnung wegen Verstoßes gegen das Abkommen unionsrechtswidrig gewesen. Offenbar wird damit davon ausgegangen, dass es in diesem Fall letztlich um die Beachtung des Abkommens, und nicht um die Vereinbarkeit der fraglichen Verordnung mit Völkergewohnheitsrecht, gegangen sei, so dass das Urteil nicht (unbedingt) so auszulegen sei, dass der EuGH sich allgemeingültig zur „generellen Maß-

30 EuGH, Rs. C-162/96 (*Racke*), Slg. 1998, I-3588.

31 ABl. EG 1991 L 315/I.

32 Die i. V. m. einem Zusatzprotokoll für bestimmte Waren insbes. geringere Zölle vorsahen.

33 EuGH, Rs. C-162/96 (*Racke*), Slg. 1998, I-3588, Rn. 46: „Folglich binden die Regeln des Völkergewohnheitsrechts über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen wegen einer grundlegenden Änderung der Umstände die Gemeinschaftsorgane und sind Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft.“.

stabsfunktion“ des Völkergewohnheitsrechts und zu seiner Inkorporation in die Unionsrechtsordnung habe äußern wollen.<sup>34</sup>

Auch wenn sich im Urteil gewisse Hinweise zur Stützung dieser Ansicht finden lassen könnten,<sup>35</sup> vermag diese Auslegung des Urteils letztlich nicht zu überzeugen: Denn der Gerichtshof formuliert den Grundsatz der Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts bzw. des Völkergewohnheitsrechts in allgemeiner Form und stellt auch – bevor er auf die konkrete, durch den Fall aufgeworfene Rechtsfrage eingeht – in allgemeiner Form fest, die Regeln des Völkergewohnheitsrechts seien Bestandteil der Rechtsordnung der Union. Vor diesem Hintergrund dürfte sich die Bezugnahme des Gerichtshofs auf das Abkommen und die unmittelbare Wirksamkeit der fraglichen Bestimmungen letztlich durch die konkrete Anwendung der allgemeinen Grundsätze auf die zu entscheidende Fallgestaltung sowie durch den Ansatz des Gerichtshofs, die Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit Völkerrecht nur in denjenigen Fallgestaltungen zu prüfen, in denen das einschlägige Völkerrecht unmittelbar wirksam ist und Rechte Einzelner gewährt,<sup>36</sup> erklären. Im Übrigen erschiene es nicht sehr kohärent, beim Völkervertragsrecht (wie der Gerichtshof) davon auszugehen, dass dieses als solches in die in der Union geltende Rechtsordnung inkorporiert wird, während dies beim allgemeinen Völkerrecht nicht der Fall sein soll, geht es doch in jedem Fall um eine Anwendung bzw. eine Konsequenz der monistischen Grundkonzeption des Unionsrechts. Die hier vertretene Auslegung des Urteils des Gerichtshofs in der Rs. *Racke* wird durch das Urteil des Gerichtshofs in der Rs. *Intertanko*<sup>37</sup> bestätigt: Hier lehnte der Gerichtshof die gerichtliche Überprüfung der RL 2005/35 am Maßstab des sog. MARPOL-Übereinkommens ab, weil die EG (bzw. heute die EU) keine Vertragspartei des Übereinkommens ist, sie auch nicht an Stelle der Mitgliedstaaten getreten sei (da die entsprechenden Befugnisse nicht vollständig auf sie übergegangen seien) und die relevanten Vorschriften des Übereinkommens auch kein Völkergewohnheitsrecht darstellten. Letztere Erwägung impliziert, dass bei der Bejahung des völkergewohnheitsrechtlichen Charakters des MARPOL-Übereinkommens bzw. gewisser seiner Bestimmungen eine Überprüfung der genannten Richtlinie am Maßstab des Übereinkommens angezeigt gewesen wäre, was eine „automatische Inkorporation“ des allgemeinen Völkerrechts in die Unionsrechtsordnung im hier vertretenen Sinn impliziert.

Vor dem Hintergrund dieser neueren Rechtsprechung dürfte der Ansatz des EuG, den dieses in der Rs. *Opel Austria*<sup>38</sup> vertrat, im Ergebnis überholt sein: Hier ging das Gericht zwar auch davon aus, dass das in Art. 18 WVK kodifizierte sog. „Frus-

34 Vgl. R. *Uerpman-Witzack*, in: Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), S. 184 f.

35 Vgl. insbes. EuGH, Rs. C-162/96 (*Racke*), Slg. 1998, I-3588, Rn. 51, wo der EuGH Folgendes ausführt: „Unter diesen Umständen kann es einem Betroffenen, der sich vor Gericht auf Ansprüche beruft, die er unmittelbar aus einem Abkommen mit einem Drittland ableitet, nicht verwehrt werden, die Gültigkeit einer Verordnung in Frage zu stellen, die ihn durch die Aussetzung der mit diesem Abkommen gewährten Handelszugeständnisse an deren Inanspruchnahme hindert, und sich dafür auf Verpflichtungen zu berufen, die sich aus den Regeln des Völkergewohnheitsrechts über die Beendigung und die Suspendierung vertraglicher Beziehungen ergeben.“

36 Zu diesem Aspekt s. unten III.2.

37 EuGH, Rs. C-308/06 (*Intertanko*), Slg. 2008, I-4057, Rn. 51.

38 EuG, Rs. T-115/94 (*Opel Austria*), Slg. 1997, II-39, Rn. 90 f.

trationsverbot“ bzw. die entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Regel auch für die Union verbindlich sei; bei der Prüfung der Vereinbarkeit einer Ratsmaßnahme mit diesem Grundsatz griff das Gericht aber sodann auf den inhaltlich parallel ausgelegten Grundsatz des Vertrauensschutzes zurück, der als allgemeiner Rechtsgrundsatz des Unionsrechts angesehen wurde. Damit wurde die in Frage stehende Sekundärrechtsmaßnahme nicht am Maßstab des Völkerrechts, sondern an demjenigen inhaltlich gleich lautenden Unionsrechts (allgemeiner Rechtsgrundsatz) geprüft, was darauf schließen lassen könnte, dass das Völkergewohnheitsrecht eben nicht als Bestandteil der Unionsrechtsordnung angesehen wird, wenn die Union auch an dieses gebunden ist.<sup>39</sup>

Schließlich sei in diesem Zusammenhang auch noch darauf hingewiesen, dass der hier vertretene Ansatz, wonach das Unionsrecht insofern von einer monistischen Konzeption ausgeht, als das für die Union verbindliche Völkerrecht (sei es nun Vertragsrecht oder sei es allgemeines Völkerrecht) mit seiner Verbindlichkeit auf völkerrechtlicher Ebene auch in der Unionsrechtsordnung als solches – also als Völkerrecht – anzuwenden ist, auch durch die neuere Rechtsprechung des EuGH in Bezug auf die Überprüfung sekundärrechtlicher Vorschriften, die Resolutionen des Sicherheitsrates der Vereinten Nationen umsetzen, nicht in Frage gestellt wird.<sup>40</sup> Zwar geht der Gerichtshof hier – insoweit letztlich auf einer Linie mit seiner frühen Rechtsprechung<sup>41</sup> – davon aus, dass dem Unionsrecht ein autonomer Charakter zukomme und die Wahrung des Rechts in diesem System dem Gerichtshof übertragen sei, Grundsätze, die nicht durch völkerrechtliche Verträge in Frage gestellt werden könnten. Noch deutlicher wird der Gerichtshof, wenn er klar formuliert, dass die Resolutionen des Sicherheitsrates einerseits und EU-Recht andererseits zu verschiedenen Rechtsordnungen gehörten.<sup>42</sup> Diese Aussagen beziehen sich jedoch nur auf den autonomen Charakter der Unionsrechtsordnung im Verhältnis zum Völkerrecht (und nationalen) Recht, und in ihnen kommt zweifellos insofern eine „dualistische Komponente“ zum Ausdruck, als sie nicht als Teil einer einheitlichen

39 In diese Richtung denn auch die Auslegung dieses Urteils bei *R. Uerpman-Witzack*, in: Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 4), S. 185, 211, der davon spricht, dass das „völkerrechtlich Gebotene (...) so in Gemeinschaftsrecht transformiert (wird) mit der Folge, dass EuGH und EuG Herren der innergemeinschaftlichen Anwendung bleiben“. Zwingend ist diese Auslegung des Urteils des Gerichts freilich nicht, denn möglicherweise erübrigte sich für das Gericht eine zusätzliche Prüfung des entsprechenden parallel ausgelegten völkerrechtlichen Satzes. Dass der EuGH in Bezug auf die EMRK letztlich nicht diese bzw. die entsprechenden völkergewohnheitsrechtlichen Grundsätze anwendet, sondern auf parallel ausgelegte allgemeine Rechtsgrundsätze zurückgreift, dürfte kein Argument gegen die hier vertretene Ansicht sein: Denn zunächst gehen die Ursprünge dieser Rechtsprechung in eine Zeit zurück, in der es zumindest sehr fraglich war, ob alle in der EMRK gewährleisteten Rechte gleichzeitig auch (regionales) Völkergewohnheitsrecht darstellten. Sodann erübrigt sich mit dem Ansatz des Gerichtshofs die Notwendigkeit des Nachweises eines völkergewohnheitsrechtlichen Satzes, der mitunter schwer zu erbringen sein kann, und schließlich mag es auch eine Rolle gespielt haben, dass eine Ableitung der entsprechenden Rechte aus den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und damit letztlich den Verfassungen der Mitgliedstaaten bei diesen auf eine größere Akzeptanz stoßen könnte, ganz abgesehen davon, dass der Kreis der allgemeinen Rechtsgrundsätze wohl weiter gezogen ist als derjenige des Völkergewohnheitsrechts.

40 Vgl. grundlegend EuGH, verb. Rs. C-402/05, C-415/06 P (Kadi), Slg. 2008, I-6351; s. sodann insbes. EuGH, Urteil v. 16.11.2011, Rs. C-548/09 P (Bank Mellat Iran/Rat).

41 EuGH, Rs. 62/62 (van Gend & Loos), Slg. 1962, I; EuGH, Rs. 6/64 (Costa/ENEL), Slg. 1964, I 141.

42 EuGH, Urteil v. 16.11.2011, Rs. C-548/09 P (Bank Mellat Iran/Rat), Rn. 100. S. hierzu die Ausführungen von S. Griller in diesem Heft auf S. 103.

Rechtsordnung mit derselben „Quelle“ angesehen werden. Dies ändert jedoch – wie bereits erwähnt – nichts daran, dass die Unionsrechtsordnung insofern monistische Züge aufweist, als das Völkerrecht als solches auch in der Union und für die Unionsorgane gilt und anzuwenden ist. Die Überprüfung von Resolutionen des Sicherheitsrates umsetzendem Sekundärrecht am Maßstab des Primärrechts ist im Übrigen eine Frage der Normenhierarchie, die von derjenigen nach der innerunionsrechtlichen Geltung des Völkerrechts zu trennen ist.<sup>43</sup>

#### **4. Zu den Rechtswirkungen des allgemeinen Völkerrechts in der EU**

##### **a) Bindung der Union und (eingeschränkt) der Mitgliedstaaten**

Die Verbindlichkeit auch des allgemeinen Völkerrechts als integrierender Bestandteil des Unionsrechts bedeutet für die Organe der Union, dass sich diese bei ihrem Handeln – etwa bei der Sekundärrechtssetzung – an die völkerrechtlichen Vorgaben zu halten haben.

Soweit die Mitgliedstaaten betroffen sind, stellt sich aber die Frage, wie weit diese Bindungswirkung gehen kann: Denn da das allgemeine Völkerrecht für diese nur (aber immerhin) als Teil des Unionsrechts gilt, die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts aber auch Fragen betreffen, die nicht im Zusammenhang mit Unionsrecht stehen, können sie nicht als solche umfassend in ihrer Eigenschaft als integrierender Bestandteil des Unionsrechts für die Mitgliedstaaten verbindlich sein. Sachgerecht erscheint es hier, an die Reichweite der Bindungswirkung der allgemeinen Rechtsgrundsätze und der Unionsgrundrechte anzuknüpfen und auch die Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts für die Mitgliedstaaten nur soweit anzunehmen, als die Mitgliedstaaten Unionsrecht anwenden oder durchführen (vgl. auch Art. 51 Abs. 1 GRC). Denn auch das allgemeine Völkerrecht bindet – insoweit eben parallel zu den allgemeinen Rechtsgrundsätzen und den Grundrechten – als Teil des Unionsrechts nach dem Gesagten grundsätzlich nur die Union, nicht aber die Mitgliedstaaten. Dann aber erscheint es sachgerecht, die Mitgliedstaaten nur insoweit zu verpflichten, als sie Unionsrecht anwenden oder durchführen, da diesfalls das allgemeine Völkerrecht sozusagen als Teil der durchzuführenden unionsrechtlichen Bestimmungen angesehen werden kann. Ein Abstellen auf den Anwendungsbereich der Verträge hingegen – etwa parallel zur Rechtslage gemäß Art. 18 AEUV (Verbot der Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit) – erschiene nicht sinnvoll, da sich das allgemeine Völkerrecht als integrierender Bestandteil des Unionsrechts ja gerade nicht primär an die Mitgliedstaaten richtet, insofern im Gegensatz zu Art. 18 AEUV.

Diese Frage nach der Reichweite der Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts für die Mitgliedstaaten als Teil des Unionsrechts ist durchaus von praktischer Bedeutung, dies obwohl die Mitgliedstaaten (aus völkerrechtlicher Sicht) selbstre-

43 Zur Normenhierarchie s. unten II.5.

dend natürlich sowieso an das allgemeine Völkerrecht gebunden sind: Denn einmal ist die Kompetenz des EuGH etwa im Zusammenhang mit der Feststellung einer Vertragsverletzung eines Mitgliedstaats entsprechend beschränkt, und zum anderen kann sich die innerstaatliche Rechtswirkung und die Stellung des allgemeinen Völkerrechts im nationalen Recht durchaus von derjenigen, die ihm als Teil des Unionsrechts einzuräumen ist und auf die sogleich hinzuweisen ist, unterscheiden.

## **b) Implikationen der Bindungswirkung des allgemeinen Völkerrechts als Teil des Unionsrechts**

Der Charakter des Völkerrechts – Verträge und allgemeines Völkerrecht – als integrierender Bestandteil des Unionsrechts bedeutet – wie dargelegt – zwar nicht, dass das Völkerrecht „als“ Unionsrecht gilt bzw. in solches transformiert würde; allerdings impliziert die Verbindlichkeit des Völkerrechts für die Unionsorgane und die Mitgliedstaaten, dass ihm gewisse „Attribute“ des Unionsrechts – wie insbesondere der Vorrang im Verhältnis zu mitgliedstaatlichem Recht – ebenfalls zukommen, wie auch in der Bezeichnung „integrierende Bestandteile“ der Unionsrechtsordnung zum Ausdruck kommt, legt es dieser Begriff doch nahe, dass das Völkerrecht zwar als solches, aber eben in der Wirkungsweise wie Unionsrecht gelten soll. Als Bestandteil der Unionsrechtsordnung gilt es somit zwar als Völkerrecht, was insbesondere Rückwirkungen auf die Auslegung entfaltet, die sich nach völkerrechtlichen Regeln richtet. Andererseits aber ist das Völkerrecht eben Bestandteil der Unionsrechtsordnung, so dass es – wenn auch als Völkerrecht und unter Beachtung der völkerrechtlichen Auslegungsmethoden – für die Mitgliedstaaten und die Organe in gleicher Weise wie (sonstige) unionsrechtliche Vorschriften verbindlich ist. Dies impliziert insbesondere die Maßgeblichkeit der spezifischen unionsrechtlichen Attribute, wie die Grundsätze des Vorrangs des Unionsrechts und der (Möglichkeit der) unmittelbaren Wirkung. Insoweit rechtfertigt sich denn auch die Charakterisierung der völkerrechtlichen Normen als Teile des Unionsrechts. Im Einzelnen ist hier insbesondere auf folgende Implikationen dieser Einbettung bzw. Integration des Völkerrechts in das Unionsrecht (bzw. in die in der Union geltende Rechtsordnung) hinzuweisen:<sup>44</sup>

- Der Vorrang des Unionsrechts kommt grundsätzlich auch für das Völkerrecht zum Zuge.<sup>45</sup> Damit haben die Mitgliedstaaten also dem für die Union verbindlichen Völkerrecht ebenso Vorrang einzuräumen wie dem EU-Primär- oder Sekundärrecht. Dies impliziert, dass innerstaatliches Recht, das im Widerspruch zu für die Union verbindlichen völkerrechtlichen Vorgaben steht, nicht angewandt werden darf, dies ungeachtet der unmittelbaren Wirkung der völkerrechtlichen

44 Vgl. in diesem Zusammenhang in Bezug auf die Auswirkungen für die Mitgliedstaaten (die letztlich zwei Kategorien völkerrechtlicher Verträge zu beachten haben, diejenigen, die von der EU, und diejenigen, die allein von dem betreffenden Mitgliedstaat abgeschlossen wurden) A. Epiney, Zu den Implikationen der EU-Mitgliedschaft für die Stellung und Anwendung des Völkerrechts im innerstaatlichen Bereich, FS Wolfrum, Bd. 2, 2012, S. 1909 ff.

45 Hierauf auch ausdrücklich hinweisend D. Thym, in: Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 20), S. 457.

Bestimmungen, da es auch im Falle der Verneinung der unmittelbaren Wirkung einer Bestimmung möglich ist, dass ein Widerspruch festgestellt werden kann.<sup>46</sup>

- Auch die Frage nach der unmittelbaren Geltung von durch die Union abgeschlossener völkerrechtlicher Verträge sowie von allgemeinem Völkerrecht in den Mitgliedstaaten richtet sich nach den unionsrechtlichen Vorgaben, so dass die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, das Völkerrecht ab seinem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene auch im innerstaatlichen Bereich als geltendes Recht zu behandeln, unabhängig davon, ob ansonsten nach den einschlägigen verfassungsrechtlichen Vorgaben zusätzliche Anforderungen zu erfüllen sind. Die Implikationen dieses Grundsatzes für Staaten mit dualistischer Tradition dürften nicht zu unterschätzen sein.<sup>47</sup>
- Für die Union impliziert die „automatische Inkorporation“ des Völkerrechts in die Unionsrechtsordnung, dass die Unionsorgane das Völkerrecht als solches ab seinem Inkrafttreten auf völkerrechtlicher Ebene zu beachten und anzuwenden haben.
- Schließlich ist auf die grundsätzliche Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung völkerrechtlicher Bestimmungen – i.S.d. Möglichkeit Einzelner, sich auf völkerrechtliche Bestimmungen in der EU zu berufen – hinzuweisen, die sich ebenfalls nach den einschlägigen unionsrechtlichen Grundsätzen richtet: Der Umstand, dass das Völkerrecht Bestandteil der Unionsrechtsordnung ist, impliziert die grundsätzliche Möglichkeit der unmittelbaren Wirkung, können doch unionsrechtliche Normen unmittelbar wirksam sein. Allerdings gilt das Völkerrecht als solches und verliert nicht seinen völkerrechtlichen Charakter, so dass bei der Frage, unter welchen Voraussetzungen nun einer Bestimmung unmittelbare Wirkung zukommt, nicht „automatisch“ die in dieser Hinsicht entwickelten unionsrechtlichen Grundsätze herangezogen werden können, sondern auf die Besonderheiten des (jeweiligen) Völker(vertrags)rechts abzustellen ist.<sup>48</sup> Soweit allgemeines Völkerrecht betroffen ist, dürfte die unmittelbare Wirkung eher selten gegeben sein, dies im Gegensatz zu völkervertraglichen Bestimmungen, regeln die allgemeinen Grundsätze des Völkerrechts (sieht man von gewissen besonderen Bereichen, wie insbesondere dem Menschenrechtsschutz, ab) doch schwerpunktmäßig zwischenstaatliche Belange. Dies ändert aber nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit, dass auch Vorgaben des allgemeinen Völkerrechts unmittelbare Wirkung entfalten können. Die Frage der unmittelbaren Wirkung kann

46 Vgl. in diesem Zusammenhang in Bezug auf die Wirkung von Richtlinienbestimmungen EuGH, Rs. C-144/04 (Mangold), Slg. 2005, I-9981, wo der EuGH offenbar unabhängig von einer unmittelbaren Wirkung der Richtlinienbestimmung – die schon deshalb nicht in Frage kam, weil die Umsetzungsfrist noch nicht abgelaufen war – davon ausging, dass mit einer Richtlinienbestimmung unvereinbares nationales Recht nicht angewandt werden dürfe.

47 Hierzu A. Epiney, in: FS Wolftrum (Fn. 44), S. 1915 ff.

48 Vgl. aus der Rspr. EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 2641; Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3641; Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655; Rs. C-63/99 (Gloszczuk), Slg. 2001, I-6369, Rn. 38; Rs. C-235/99 (Kondova), Slg. 2001, I-6427, Rn. 33. Aus der Literatur E. Klein, in: Auslegung und Anwendung von „Integrationsverträgen“ (Fn. 28), S. 14 f.; N. A. Neuwahl, Individuals and the GATT: Direct Effect and Indirect Effects of the General Agreement of Tariffs and Trade in Community Law, in: Eliou/O’Keeffe (Hrsg.), The European Union and World Trade Law, 1996, S. 313, 317 ff.



sich sowohl in Bezug auf Handlungen der Unionsorgane als auch in Bezug auf mitgliedstaatliches Verhalten stellen.

## 5. Zur Frage der Normenhierarchie

In Bezug auf das Völkervertragsrecht impliziert Art. 216 Abs. 2 AEUV den Vorrang vor dem Sekundärrecht, sind von der EU abgeschlossene völkerrechtliche Verträge doch nach dieser Vorschrift u.a. für die Unionsorgane verbindlich, so dass diese sich auch an deren Vorgaben zu halten haben, wenn sie Sekundärrecht erlassen. Diese Sicht wird durch die Erwägung bestätigt, dass man aus der Gesamtheit der vertraglichen Bestimmungen betreffend Abschluss und Wirkungen völkerrechtlicher Verträge den Grundsatz ableiten kann, dass sich die Unionsrechtsordnung in den internationalen Rahmen integrieren soll. Dies kann aber – auch angesichts des Fehlens eines irgendwie gearteten Transformationsmechanismus – effektiv nur dadurch sichergestellt werden, dass das Völkerrecht im internen Bereich insofern Wirkungen entfaltet, als ihm im Verhältnis zum Sekundärrecht Vorrang zukommt, könnte doch ansonsten die Wirksamkeit völkerrechtlicher Verträge (einfach) durch den Erlass von Sekundärrecht ausgehebelt werden. Insofern stellt die Beachtung des Völkerrechts für die Union einen Wert an sich dar. Der EuGH geht denn auch in ständiger Rechtsprechung vom Vorrang des Völkervertragsrechts im Verhältnis zum Sekundärrecht aus und prüft dieses – allerdings nur bei Vorliegen gewisser Voraussetzungen<sup>49</sup> – ggf. am Maßstab des Völkervertragsrechts.<sup>50</sup>

Entsprechende Überlegungen können aber auch für die Stellung des allgemeinen Völkerrechts, insbesondere der Grundsätze des Völkergewohnheitsrechts, angestellt werden:<sup>51</sup> Auch hier impliziert die Einbettung der Union (als „Rechtsgemeinschaft“) in die Völkerrechtsgemeinschaft die Beachtung der entsprechenden Verpflichtungen, was letztlich nur über das Primat des allgemeinen Völkerrechts über die sekundärrechtlichen Akte sichergestellt werden kann. Insofern ist es folgerichtig, dass der EuGH in der Rs. *Racke*<sup>52</sup> nicht nur ausdrücklich den Vorrang des Völkergewohnheitsrechts vor dem Sekundärrecht anerkannt hat, sondern auch eine EG-Verordnung auf ihre Vereinbarkeit mit Grundsätzen des Völkergewohnheitsrechts überprüft hat, wobei diese jedoch im Ergebnis bejaht wurde.

49 Zu dieser Frage s. unten III.2.

50 Vgl. schon EuGH, verb. Rs. 21/72 u.a. (International Fruit Company), Slg. 1972, 1219; Rs. 181/73 (Haegman), Slg. 1974, 449; Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973; Rs. C-133/04 (Algemene Scheeps Agentuur), Slg. 2006, I-609, Rn. 25; Rs. C-61/94 (Kommission/Deutschland), Slg. 1996, I-3989, Rn. 52; Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 42. Aus der Literatur zur normenhierarchischen Stellung des Völkerrechts zwischen Primär- und Sekundärrecht etwa A. Ott, Gatt und WTO (Fn. 23), S. 73 f.; T. Stein, Bananen-Split? – Entzweien sich BVerfG und EuGH über den Bananenstreit?, EuZW 1998, S. 261, 262 f.; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 216 AEUV, Rn. 50.

51 Im Ergebnis ebenso etwa W. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5 (Fn. 10), § 2, Rn. 616; H. Keller, Rezeption des Völkerrechts (Fn. 8), S. 257; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 216 AEUV, Rn. 50; Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV (Fn. 10), Art. 281 EGV, Rn. 43.

52 EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3688, Rn. 44 ff.

Ein Teil der Lehre, will diese Grundsätze auch (allgemein)<sup>53</sup> auf das Primärrecht ausdehnen, dies insbesondere unter Berufung auf Art. 19 Abs. 1 UAbs. 1 S. 2 EUV (wonach der Gerichtshof die Wahrung des Rechts bei der Auslegung und Anwendung der Verträge sichert), der die („absolute“) Beachtung und Anwendung des Völkerrechts impliziere, auch im Verhältnis zum Primärrecht.<sup>54</sup> Diese Sicht vermag jedoch in Anbetracht des Art. 218 Abs. 11 AEUV in dieser Allgemeinheit nicht zu überzeugen: Diese Bestimmung sieht ausdrücklich die Möglichkeit vor, unter bestimmten Voraussetzungen ein Gutachten des EuGH über die Vereinbarkeit eines geplanten völkerrechtlichen Vertrags mit den Bestimmungen des Primärrechts zu erwirken; wird die Vereinbarkeit verneint, darf der Vertrag nur unter Beachtung der für eine Vertragsänderung vorgesehenen Verfahren abgeschlossen werden. Diesem Verfahren kann nur unter der Voraussetzung ein Sinn zukommen, dass die Verträge in der Normenhierarchie unter dem Primärrecht anzusiedeln sind;<sup>55</sup> ansonsten ergäbe die vorherige Prüfung ihrer Vereinbarkeit mit dem Primärrecht keinen Sinn. Zudem kann auch nur diese Sicht tatsächlich die grundsätzliche Maßgeblichkeit des Primärrechts sowohl im Falle der effektiven Abfassung eines derartigen Gutachtens als auch im Falle der nicht erfolgten Einholung eines Gutachtens sicherstellen. Es erschiene widersinnig, im Falle der Einholung eines Gutachtens und der Feststellung der Unvereinbarkeit des Abkommensentwurfs mit den Verträgen eine Modifikation des Primärrechts zu verlangen (soll der Vertrag gleichwohl wie vorgesehen abgeschlossen werden), hingegen im Falle des Nichteinholens eines Gutachtens einen Vorrang des völkerrechtlichen Vertrags anzunehmen. Der EuGH dürfte ebenfalls davon ausgehen, dass völkerrechtliche Abkommen im Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht stehen, so wenn er die Vereinbarkeit einer EU-Verordnung, die eine Resolution des Sicherheitsrates „getreulich“ umsetzte, mit primärrechtlichen Vorgaben überprüft und auch ausdrücklich darauf hinweist, dass sich aus Art. 300 Abs. 7 EGV (jetzt Art. 216 Abs. 2 AEUV) ergebe, dass sich ein Vorrang völkerrechtlicher Verträge nur auf das Sekundärrecht, nicht jedoch auf das Primärrecht, erstrecke.<sup>56</sup>

Im Anschluss an diese grundsätzliche Anerkennung des Vorrangs des Primärrechts stellt sich aber die Frage nach den konkreten Implikationen dieses Vorrangs bei der Rechtsanwendung. Diese Problematik wird in erster Linie in Bezug auf völkerrechtliche Verträge relevant, so wenn ein völkerrechtlicher Vertrag unter Missachtung des Primärrechts (seien dies nun Kompetenzvorschriften oder materiell-rechtliche Vorgaben) von der EU gleichwohl abgeschlossen wurde und für diese verbindlich ist. Aber auch im Hinblick auf das allgemeine Völkerrecht ist es grund-

53 Zur Frage des *ius cogens* noch sogleich im Text.

54 Vgl. C. Kaddous, L'arrêt France c. Commission de 1994 (accord concurrence) et le contrôle de la "légalité" des accords externes en vertu de l'art. 173 CE : la difficile réconciliation de l'orthodoxie communautaire avec l'orthodoxie internationale, CDE 1996, S. 613, 620 ff.

55 S. insofern auch S. Hobe/P. Müller-Sartori, Rechtsfragen (Fn. 23), S. 8 ff.

56 EuGH, verb. Rs. C-402/05, C-415/06 P (Kadi), Slg. 2008, I-6351; aus der Literatur etwa W. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5 (Fn. 10), § 2, Rn. 45; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 216 AEUV, Rn. 50; D. Thym, in: Europäisches Verfassungsrecht (Fn. 20), S. 457 f.



sätzlich vorstellbar, dass eine primärrechtliche Bestimmung in Konflikt mit einer Vorgabe des allgemeinen Völkerrechts gerät. Fraglich ist hier, ob der Grundsatz des Primats des Primärrechts impliziert, dass dem Primärrecht widersprechende völkerrechtliche Verpflichtungen allgemein von den Unionsorganen nicht anzuwenden wären. Auf den ersten Blick wäre diese Frage (selbstverständlich) zu bejahen, kommt doch höherrangigem Recht grundsätzlich (zumindest) ein Anwendungsvorrang vor in der Normenhierarchie niedrigerem Recht zu, ganz abgesehen davon, dass die Frage nach der Normenhierarchie grundsätzlich gerade die Problematik des Anwendungsvorrangs (oder auch des Geltungsvorrangs) betrifft. Diesem Schluss stehen jedoch in Bezug auf die hier zu beantwortende Frage gewichtige Argumente entgegen: Denn angesichts der Einbettung der Union in die Völkerrechtsgemeinschaft unterliegt es erheblichen Zweifeln, die dem Primärrecht – wie gezeigt – zu entnehmende Normenhierarchie so auszulegen, dass damit die grundsätzliche Bindung der Union an ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen in Frage gestellt würde. Denn auch eine primärrechtswidrige völkerrechtliche Verpflichtung ist grundsätzlich auf der völkerrechtlichen Ebene verbindlich. Hinzu kommt, dass der völkergewohnheitsrechtliche Grundsatz *pacta sunt servanda* sowie die entsprechende völkergewohnheitsrechtliche Pflicht zur Beachtung des allgemeinen Völkerrechts integrierende Bestandteile des Unionsrechts sind; diese Grundsätze dürften nämlich als solche sicherlich nicht primärrechtlichen Vorgaben widersprechen. Diese Grundsätze sind mithin jedenfalls in der Unionsrechtsordnung zu beachten. Eine allgemeine Nichtbeachtung des Völkerrechts stünde aber mit ihnen im Widerspruch. Hiergegen kann auch nicht eingewandt werden, diese Grundsätze stünden – nach den dargelegten Prinzipien – hierarchisch ebenfalls (nur) über dem Sekundär- nicht aber dem Primärrecht: Denn da sie – wie erwähnt – als solche sicherlich nicht gegen Primärrecht verstoßen, bleiben sie maßgeblich, so dass im Fall eines Konflikts völkerrechtlicher Verpflichtungen der EU mit dem Primärrecht zwei Grundsätze konfligieren: einerseits der Vorrang des Primärrechts, andererseits der sich auch aus dem Primärrecht ableitbare Grundsatz, dass völkerrechtliche Pflichten einzuhalten sind. Diese beiden Grundsätze sind zu einem optimalen Ausgleich zu bringen. Vor diesem Hintergrund ist nach der hier vertretenen Ansicht der Aussagegehalt des Vorrangs des Primärrechts vor völkerrechtlichen Verpflichtungen insofern zu präzisieren, als er nur insoweit zur Nichtanwendung der betroffenen völkerrechtlichen Bestimmungen führt, als dies mit den völkerrechtlichen Verpflichtungen der Union in Einklang steht.<sup>57</sup> Auf diese Weise entfaltet die Reichweite der völkerrechtlichen Verpflichtungen auch Implikationen für die Rechtslage im Unionsrecht, so dass insoweit – auch vor dem Hintergrund des monistischen Charakters der Unionsrechtsordnung sowie ihrer Einbettung bzw. Rückführung in die völkerrechtliche Ordnung – die Trennung zwischen völkerrechtlicher Bindungswirkung und Rechtswirkungen im internen Bereich relativiert wird.

57 Vgl. in diese Richtung bereits A. Epiney, Stellung (Fn. 27), S. 8.

Zuzugeben ist allerdings, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs in eine andere Richtung geht, arbeitet der Gerichtshof doch ggf. – d.h., wenn die Wirkung der Nichtigkeitserklärung eines einen völkerrechtlichen Vertrag genehmigenden Beschlusses zu unerwünschten Auswirkungen wegen der fortbestehenden völkerrechtlichen Bindung führte – mit Art. 264 Abs. 2 AEUV und begrenzt die Wirkung einer Nichtigkeits- bzw. Ungültigkeitserklärung der entsprechenden unionsrechtlichen Handlung.<sup>58</sup>

Gesondert zu betrachten ist jedenfalls das *ius cogens*: Sollten primärrechtliche Normen gegen *ius cogens* verstoßen (was beim derzeitigen Stand der Dinge nicht wirklich der Fall und auch für die Zukunft eher unwahrscheinlich, jedoch nicht ausgeschlossen sein dürfte), führt eine konsequente Anwendung der völkerrechtlichen Vorgaben zum Schluss, dass diesem auch gegenüber Primärrecht Vorrang einzuräumen ist: Denn nach Art. 53 WVK sind gegen *ius cogens* verstoßende völkervertragliche Normen *ipso iure* nichtig; wenn diese Bestimmung ausdrücklich auch nur die Konstellation erwähnt, dass der völkerrechtliche Vertrag bei seinem Abschluss gegen eine solche Norm verstoßen hat, spricht doch Vieles für eine entsprechende allgemeine Regel. Da auch das Primärrecht – trotz seines Verfassungscharakters – die Qualität völkerrechtlicher Verträge besitzt, woran auch seine „Autonomie“ – die nach der hier vertretenen Ansicht völkerrechtlich zu begründen ist<sup>59</sup> – nichts zu ändern vermag, ist diese Bestimmung auch auf das Unionsrecht anwendbar mit der Folge, dass *ius cogens* Vorrang vor primärem und sekundärem Unionsrecht zukommt.<sup>60</sup> Gegen diesen Ansatz kann auch nicht die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf die allgemeine gerichtliche Überprüfbarkeit von Sekundärrecht, das verbindliche Resolutionen des Sicherheitsrates umsetzt, angeführt werden: Zwar bejaht der Gerichtshof eine Überprüfbarkeit solchen Sekundärrechts am Maßstab des Primärrechts; denn mit dem Vertrag sei ein umfassendes System von Rechtsbehelfen geschaffen worden, mittels derer der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Handlungen der Organe zu überprüfen habe. Weiter könnten internationale Verträge nicht die „Autonomie des Rechtssystems“ der Union beeinträchtigen, deren Wahrung ausschließlich dem Gerichtshof übertragen sei, und die Grundrechte seien integraler Bestandteil der Unionsrechtsordnung, so dass Maßnahmen, die mit der Achtung dieser Rechte unvereinbar sind, in der EU nicht als rechtens anerkannt werden könnten. Diese Verfassungsgrundsätze des Vertrags könnten nicht durch eine internationale Übereinkunft in Frage gestellt werden.<sup>61</sup> Auch wenn die Bezugnahme auf die „Autonomie“ hier insofern etwas missverständlich sein könnte, als

58 EuGH, Rs. C-360/93 (Parlament/Rat), Slg. 1996, I-1195, Rn. 35; in Rs. C-211/01 (Kommission/Rat), Slg. 2003, I-8913, Rn. 57 weist der Gerichtshof darauf hin, dass es hier darum gehe „Rechtsunsicherheit über die Anwendbarkeit der von der Gemeinschaft eingegangenen internationalen Verpflichtungen in der Gemeinschaftsrechtsordnung zu verhindern“.

59 Wobei auf diese umstrittene und komplexe Frage hier nicht weiter eingegangen werden soll. Vgl. hierzu auch schon die Bemerkungen oben unter II.3. sowie die bei Fn. 18, 19.

60 Ebenso K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 216 AEUV, Rn. 50; Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze, EUV/EGV (Fn. 10), Art. 281 EGV, Rn. 43; ausführlich K. Schmalenbach, in: Europarecht als Mehrebenensystem (Fn. 4), S. 75 ff.

61 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-402/05 u. C-415/06 (Kadi), Slg. 2008, I-6351.

sie eine „Loslösung“ der Unionsverträge von ihren völkerrechtlichen Grundlagen implizieren könnte,<sup>62</sup> ist dieser Schluss keineswegs zwingend und ändert insbesondere nichts daran, dass es in der zu entscheidenden Fallkonstellation (lediglich) um die Überprüfung einer Verordnung am Maßstab des Primärrechts ging und kein Verstoß des Primärrechts gegen *ius cogens* in Frage stand, zumal der Gerichtshof (zutreffenderweise) noch festhielt, die völkerrechtlichen Grundsätze im Rahmen der Vereinten Nationen implizierten gerade nicht, dass eine gerichtliche Kontrolle der materiellen Rechtmäßigkeit der streitigen Verordnung ausgeschlossen wäre, schreibe die UN-Charta doch kein bestimmtes Modell für die Umsetzung der Resolutionen vor.

### III. Gerichtliche Kontrolle

Die gerichtliche Kontrolle (durch den EuGH) der Beachtung des Völkergewohnheitsrechts seitens der Unionsorgane ist schon deshalb von zentraler Bedeutung, weil nur auf diese Weise die Unionsorgane auch tatsächlich verpflichtet werden können, diese Vorgaben einzuhalten. Zudem ermöglicht nur eine gerichtliche Kontrolle einen effektiven Schutz von ggf. bestehenden Rechten Einzelner. In diesem Sinn seien im Folgenden die verschiedenen in Betracht kommenden Verfahren vor dem Gerichtshof daraufhin analysiert, ob und ggf. auf welche Weise und mit welchen Folgen in ihrem Rahmen allgemeines Völkerrecht heranzuziehen ist. Angeknüpft wird dabei nicht an das jeweilige Verfahren, sondern an das geltend gemachte Rechtsschutzinteresse bzw. die sich stellende Rechtsfrage, wobei zwischen zwei grundsätzlichen Fragen unterschieden werden kann: der Geltendmachung von Rechten Einzelner aus allgemeinem Völkerrecht (1.) sowie der Frage nach der Gültigkeit von Sekundärrecht angesichts einer möglichen Unvereinbarkeit mit allgemeinem Völkerrecht (2.).

Vorauszuschicken ist dabei, dass es in Bezug auf das allgemeine Völkerrecht immer nur um seine Anwendung und Auslegung gehen kann, nicht jedoch um die Prüfung seiner „Gültigkeit“ i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV oder seiner „Rechtmäßigkeit“ i.S.d. Art. 263 Abs. 1 AEUV, handelt es sich hier doch nicht um Handlungen der Organe i.S.d. genannten Bestimmungen, die (einseitig) von der EU (konkret dem EuGH) für nichtig erklärt werden könnten. Daher kann die „Gültigkeit“ einer Regel des allgemeinen Völkerrechts weder Gegenstand einer Nichtigkeitsklage noch einer Vorlagefrage eines nationalen Gerichts sein.

Auf der anderen Seite impliziert die Charakterisierung auch des allgemeinen Völkerrechts als Bestandteil der Unionsrechtsordnung, dass es zu dem in der EU anwendbaren Recht i.S.d. Art. 19 EUV gehört und der Gerichtshof damit grundsätzlich – vorausgesetzt, es ist ein Verfahren eröffnet – für seine Anwendung und Auslegung zuständig ist.

<sup>62</sup> In eine solche Richtung gehen denn auch die Schlussanträge von GA *Maduro* in den verb. Rs. C-402/05 u. C-415/06 (Kadi), Slg. 2008, I-6351, Rn. 21.

## 1. Zur Geltendmachung von Rechten Einzelner aus dem allgemeinen Völkerrecht

In einer ersten Konstellation ist es denkbar, dass Einzelne gegenüber Unionsorganen (oder auch mitgliedstaatlichen Behörden) Rechte aus dem allgemeinen Völkerrecht ableiten und geltend machen wollen. Wenn auch zuzugeben ist, dass völkergewohnheitsrechtliche Normen dem Einzelnen nur in Ausnahmefällen unmittelbar Rechte einräumen (wollen),<sup>63</sup> ist es doch nicht ausgeschlossen, dass es solche Rechte in spezifischen Bereichen gibt und diese geltend gemacht werden, dies entweder gegenüber Unionsorganen oder gegenüber mitgliedstaatlichen Behörden:

- Soweit Unionsorgane betroffen sind bzw. deren Verhalten in Frage steht, sind grundsätzlich die Nichtigkeits- oder die Untätigkeitsklage (je nachdem, ob eine „Handlung eines Organs“ vorliegt oder nicht) nach Art. 263, 265 AEUV eröffnet, wobei jedoch jeweils noch die spezifischen prozessrechtlichen Voraussetzungen (Art. 263 Abs. 4, Art. 265 Abs. 3 AEUV für natürliche und juristische Personen) zu prüfen sind. So kann auf dem Weg der Nichtigkeitsklage geltend gemacht werden, eine Handlung eines Unionsorgans (z.B. ein Sekundärrechtsakt) verstoße gegen einen Satz des allgemeinen Völkerrechts, der dem Einzelnen ein entsprechendes Recht einräume. Mittels einer Untätigkeitsklage kann geltend gemacht werden, ein Unionsorgan komme einer Rechtspflicht zum Handeln, die sich aus einem Satz des allgemeinen Völkerrechts ergibt, nicht nach.
- Geht es um mitgliedstaatliches Verhalten, so hat sich der Betroffene zunächst an ein nationales Gericht zu wenden; dieses kann dann dem EuGH eine Frage zur Vorabentscheidung vorlegen, wobei es um eine Auslegungsfrage i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV ginge. Zu fragen wäre etwa danach, ob eine bestimmte Norm des allgemeinen Völkerrechts einem Einzelnen Rechte einräumt und wie diese genau auszulegen sind. Die grundsätzliche Zulässigkeit einer solchen Vorlagefrage kann auch nicht mit dem Hinweis verneint werden, beim allgemeinen Völkerrecht handle es sich weder um Handlungen der Organe der Union i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV noch um die „Verträge“ i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV.<sup>64</sup> Denn im Gegensatz zu Fragen nach der Gültigkeit i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV können sich Auslegungsfragen auf das gesamte Unionsrecht beziehen.<sup>65</sup> Da (auch) das allgemeine Völkerrecht Bestandteil der Unionsrechts-

63 Vgl. nur K. Schmalenbach, in: Europarecht als Mehrebenensystem (Fn. 4), S. 78.

64 Insofern zumindest missverständlich A. Epiney, Stellung (Fn. 27), S. 8.

65 So ausdrücklich etwa B. Wegener, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 267 AEUV, Rn. 8, wenn dieser auch nicht ausdrücklich den Schluss zieht, damit könne auch das für die EU verbindliche Völkergewohnheitsrecht Gegenstand von Auslegungsfragen sein; s. auch A. Middeke, in: Rengeling/Middeke/Gellermann (Hrsg.), Handbuch des Rechtsschutzes in der Europäischen Union, 2. Aufl. 2003, § 10, Rn. 28, der auf die weite Auslegung des Begriffes „Vertrag“ bzw. „Verträge“ i.S.d. Art. 267 Abs. 1 lit. a AEUV hinweist, unter den nicht nur die „eigentlichen“ Verträge, sondern all diejenigen Rechtsquellen, die integrierende Bestandteile des Unionsrechts sind, fielen, wie etwa auch die allgemeinen Rechtsgrundsätze.

ordnung ist,<sup>66</sup> gehört es zum „auszulegenden Unionsrecht“ i.S.d. Bestimmung,<sup>67</sup> so dass es nach dem Sinn und Zweck des Art. 267 Abs. 1 AEUV erfasst ist und letztlich entweder als Teil der „Verträge“ oder als Handlungen der Organe der Union (die durch ihr völkerrechtlich relevantes Handeln auch an der Entstehung völkerrechtlicher Normen partizipieren) angesehen werden kann, wobei die erste Variante vorzugswürdig erscheint, kann der Begriff der „Verträge“ doch i.S.d. gesamten Unionsrechts ausgelegt werden. Für diesen Ansatz spricht auch die Parallelität mit dem Völkervertragsrecht: Es erschiene wenig stimmig, gewisse Völkerrechtsquellen als vom EuGH auszulegenden Bestandteil des Unionsrechts anzusehen (wie das Völkervertragsrecht, das anerkanntermaßen Gegenstand von Auslegungsfragen sein kann),<sup>68</sup> dies aber bei auf einer anderen Völkerrechtsquelle beruhenden Regel des Völkerrechts zu verneinen.

Aufgrund der erwähnten eher marginalen Bedeutung des allgemeinen Völkerrechts für die Begründung von Rechten Einzelner sind diese Konstellationen allerdings in der Rechtsprechung des Gerichtshofs noch nicht relevant geworden.

## 2. Zur Geltendmachung der Nichtigkeit von Sekundärrecht wegen Verstoßes gegen allgemeines Völkerrecht

In der Rechtsprechung bislang relevant – wenn auch nur selten – wurde die Frage, ob und inwieweit Sekundärrecht wegen eines Verstoßes gegen Regeln des allgemeinen Völkerrechts nichtig ist. Hier geht es also letztlich um die gerichtliche Durchsetzung des Vorrangs (auch) des allgemeinen Völkerrechts gegenüber Sekundärrecht.

Im Rahmen eines Vorabentscheidungsverfahrens kann die Frage nach der Gültigkeit von Sekundärrecht gemäß Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV gestellt werden, und im Rahmen einer Nichtigkeitsklage nach Art. 263 AEUV kann die Nichtigkeit eines Sekundärrechtsakts wegen Verstoßes gegen höherrangiges Recht geltend gemacht werden. In beiden Verfahren kann sich die Frage nach der Gültigkeit eines Sekundärrechtsakts auch inzidenter stellen, etwa, wenn ein Sekundärrechtsakt gewisse Rechte Einzelner beschneidet oder diesen Verpflichtungen auferlegt.

66 S. oben II.3.

67 Im Übrigen können Vorgaben des allgemeinen Völkerrechts jedenfalls inzidenter Gegenstand von Auslegungsfragen sein.

68 Vgl. EuGH, Rs. 181/73 (Haegmann), Slg. 1974, 449, Rn. 2/6; Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3719, Rn. 7 ff.; Rs. C-70/09 (Hengartner), Slg. 2010, I-7233; Rs. C-386/08 (Brita), Slg. 2010, I-1289; Rs. C-14/09 (Genc), Slg. 2010, I-931; Rs. C-268/99 (Jany), Slg. 2001, I-8615; Rs. C-438/00 (Kolpak), Slg. 2003, I-4135; aus der Literatur R. Bieber, in: Das Personenfreizügigkeitsabkommen Schweiz – EU (Fn. 28), S. 6 ff.; B. Wegener, in: Calliess/Ruffert, EUV/AEUV (Fn. 1), Art. 267 AEUV, Rn. 10; ausführlich zur Auslegung völkerrechtlicher Verträge durch den Gerichtshof P. Eeckhout, *External Relations of the European Union*, 2004, S. 226 ff.; G. Gaja, *Trends in Judicial Activism and Judicial Self-Restraint relating to Community Agreements*, in: Cannizzaro (Hrsg.), *The European Union as an Actor in International Relations*, 2002, S. 117 ff.; F. G. Jacobs, *Direct effect and interpretation of international agreements in the recent case law of the European Court of Justice*, in: Dashwood/Maresceau (Hrsg.), *Law and Practice of EU External Relations*, 2008, S. 13 ff.; E. Klein, in: *Auslegung und Anwendung von Integrationsverträgen* (Fn. 28), S. 1 ff.

In der Rechtsprechung relevant geworden ist die Frage nach der Vereinbarkeit eines Sekundärrechtsakts mit allgemeinem Völkerrecht bislang im Wesentlichen – soweit ersichtlich – in zwei Verfahren:

- In der bereits erwähnten<sup>69</sup> Rs. *Racke*<sup>70</sup> prüfte der Gerichtshof umfassend, ob die in Frage stehende Verordnung mit den einschlägigen völkerrechtlichen Regeln über völkerrechtliche Verträge in Einklang stand. Interessant ist in diesem Zusammenhang, dass der Gerichtshof im Vorfeld dieser Prüfung die unmittelbare Wirksamkeit der einschlägigen Bestimmung des (durch die Verordnung ausgesetzten) Kooperationsabkommens der EU mit Jugoslawien erörterte und bejahte.
- Gegenstand der Rs. *Intertanko*<sup>71</sup> war die Rechtmäßigkeit einzelner Vorschriften der Richtlinie 2005/35 über die Meeresverschmutzung durch Schiffe.<sup>72</sup> In Anknüpfung an seine bisherige Rechtsprechung<sup>73</sup> lehnte es der EuGH ab, Bestimmungen des Sekundärrechts am Maßstab völkerrechtlicher Verträge zu überprüfen, die er als nicht hinreichend genau und/oder nicht inhaltlich unbedingt (und damit wohl nicht direkt anwendbar) erachtet. Im konkreten Fall ging es um das Seerechtsübereinkommen der Vereinten Nationen, dem keine Vorschriften zu entnehmen seien, die dazu bestimmt sind, direkt und unmittelbar auf Einzelne Anwendung zu finden und diesen Rechte oder Freiheiten zu verleihen. In Bezug auf das ebenfalls relevante sog. MARPOL-Übereinkommen lehnte der Gerichtshof eine gerichtliche Überprüfung der Richtlinie 2005/35 an seinem Maßstab schon deshalb ab, weil die EU keine Vertragspartei des Übereinkommens ist, sie auch nicht an Stelle der Mitgliedstaaten getreten sei (da die entsprechenden Befugnisse nicht vollständig auf sie übergegangen seien) und die relevanten Vorschriften des Übereinkommens auch kein Völkergewohnheitsrecht darstellten.<sup>74</sup>

Beide Urteile könnten so ausgelegt werden, dass eine eigentliche Überprüfung von Sekundärrecht am Maßstab des höherrangigen allgemeinen Völkerrechts lediglich unter der Voraussetzung möglich ist und durchgeführt wird, dass die entsprechende völkerrechtliche Bestimmung hinreichend genau, mithin unmittelbar anwendbar ist. Zwingend ist diese Auslegung aber jedenfalls nicht:

69 S. oben II.3.

70 EuGH, Rs. C-162/96 (*Racke*), Slg. 1998, I-3688.

71 EuGH, Rs. C-308/06 (*Intertanko*), Slg. 2008, I-4057. S. auch EuGH, verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (*FIAMM*), Slg. 2008, I-6513, wo der EuGH feststellte, dass sich eine außervertragliche Haftung der Union nicht daraus ergeben könne, dass die Unionsorgane nicht innerhalb der der Union dafür eingeräumten angemessenen Frist die Unionsregelung mit den WTO-Übereinkommen in Einklang gebracht haben, nachdem die Unvereinbarkeit einer Unionsregelung (es ging um eine Einfuhrregelung für Bananen) mit diesen Übereinkommen durch eine Entscheidung des Dispute Settlement Body (DSB) festgestellt worden war, und zwar weder aufgrund einer Haftung wegen rechtswidrigen noch wegen rechtmäßigen Verhaltens.

72 ABl. EU 2005 L 255/11.

73 S. etwa aus der jüngeren Rspr. EuGH, Rs. C-344/04 (*IATA, ELFAA*), Slg. 2006, I-403. Ansonsten ist hier insbes. die „GATT-Rechtsprechung“ zu erwähnen, in der es der EuGH in ständiger Rspr. ablehnt, sekundäres Unionsrecht am Maßstab des GATT- bzw. des WTO-Rechts zu prüfen, vgl. EuGH, Rs. C-280/93 (*Deutschland/Rat*), Slg. 1994, I-4973; Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395; verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98 (*Dior*), Slg. 2000, I-11307; Rs. C-307/99 (*OGT Fruchthandelsgesellschaft*), Slg. 2001, I-3159; verb. Rs. C-27/00, C-122/00 (*Omega Air*), Slg. 2002, I-2569; verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (*FIAMM*), Slg. 2008, I-6513. S. auch *Ch. Ohler* in diesem Heft auf S. 137.

74 S. oben II.3.



- In der Rs. *Racke* ging es denn auch nicht um die unmittelbare Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Norm, anhand derer der Sekundärrechtsakt geprüft wurde, sondern um diejenige des völkerrechtlichen Abkommens, das durch die fragliche Verordnung ausgesetzt wurde, und im Übrigen nahm der Gerichtshof eine umfassende Vereinbarkeitsprüfung vor. Daher drängt sich hier der Eindruck auf, dass die unmittelbare Anwendbarkeit der Abkommensbestimmung letztlich eine prozessrechtliche Voraussetzung im Ausgangsfall auf nationaler Ebene darstellte, denn wenn das Abkommen dem Einzelnen keine Rechte eingeräumt hätte, hätte die Klage auf nationaler Ebene schon aus diesem Grund abgewiesen werden müssen, ohne dass es auf die Vereinbarkeit der fraglichen Verordnung mit Völkergewohnheitsrecht angekommen wäre.<sup>75</sup> Vor diesem Hintergrund präsentiert sich die Prüfung des Gerichtshofs in diesem Urteil letztlich als eine umfassende, objektive Überprüfung der Gültigkeit der fraglichen Verordnung am Maßstab des höherrangigen allgemeinen Völkerrechts, ohne dass es auf dessen unmittelbare Anwendbarkeit ankäme, die im Übrigen auch zu verneinen gewesen wäre, dürfte es doch kaum vertretbar sein, der *clausula rebus sic stantibus* unmittelbare Wirkung zuzuschreiben. Diese Sicht wird auch durch einen prozessrechtlichen Aspekt bestätigt: Nach Art. 267 Abs. 1 lit. b AEUV kann allgemein nach der „Gültigkeit“ der Handlungen der Organe gefragt werden, was es nahe legt, dass der Gerichtshof aufgrund einer solchen Frage die Gültigkeit umfassend prüft, ist doch kein Grund ersichtlich, warum die Ungültigkeitsgründe beschränkt sein sollen (was letztlich die Folge des Erfordernisses der unmittelbaren Wirkung des betreffenden Völkerrechtssatzes wäre, könnten doch nicht unmittelbar wirksame völkerrechtliche Vorgaben nicht als Prüfungsmaßstab herangezogen werden).
- In der Rs. *Intertanko* wurde die Heranziehung von Völkergewohnheitsrecht deshalb abgelehnt, weil den entsprechenden Bestimmungen des MARPOL-Übereinkommens eben kein völkergewohnheitsrechtlicher Charakter zukomme, ohne dass auf das Erfordernis der unmittelbaren Anwendbarkeit Bezug genommen wurde (was sich durchaus hätte aufdrängen können, da die unmittelbare Anwendbarkeit der Bestimmungen des MARPOL-Übereinkommens zumindest gewissen Zweifeln unterworfen ist und im Ergebnis wohl zu verneinen sein dürfte). Zuzugeben ist allerdings, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofs in Bezug auf die Überprüfung von Sekundärrecht am Maßstab völkerrechtlicher Verträge zumindest unklar ist bzw. wohl in eine andere Richtung geht, dürfte der Gerichtshof doch davon ausgehen, dass im Falle der Verneinung der unmittelbaren Wirkung völkervertraglicher Bestimmungen bzw. (zumindest) im Falle ihrer inhaltlichen Unbestimmtheit eine Prüfung der Vereinbarkeit von Sekundärrecht an ihrem Maßstab ausgeschlossen ist.<sup>76</sup>

75 So auch K. Schmalenbach, in: Europarecht als Mehrebenensystem (Fn. 4), S. 79.

76 So denn auch EuGH, Rs. C-308/06 (*Intertanko*), Slg. 2008, I-4057. Die Literatur kritisiert diese Rechtsprechung fast einhellig, vgl. etwa E.-U. Petersmann, EG (Fn. 15), S. 325 ff.; H. Sauer, Die innerstaatliche Wirkung von WTO-Streitbeilegungsentscheidungen, EuR 2004, S. 463 ff.; A. Ott, Gatt und WTO (Fn. 23), S. 254 ff.; s. auch R. Holdgaard, External Relations (Fn. 1), S. 298 ff., 428 ff.; W. Frenz, Handbuch Europarecht, Band 5 (Fn. 10), § 2, Rn. 44, 53.

Zu überzeugen vermag ein solcher Ansatz jedoch nicht: Denn der auch vom Gerichtshof betonte Vorrang der von der Union abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge im Verhältnis zum Sekundärrecht wird letztlich unterminiert, wenn eine gerichtliche Überprüfung der Vereinbarkeit dieses Sekundärrechts mit völkerrechtlichen Verträgen nur im Falle der inhaltlichen Unbedingtheit und/oder hinreichenden Bestimmtheit des entsprechenden Vertrags bzw. seiner Bestimmungen – wobei der Gerichtshof in der Rs. *Intertanko* gar die Einräumung von Rechten Einzelner verlangen dürfte – erfolgt, zumal diese Voraussetzungen vom EuGH nur sehr zurückhaltend bejaht werden. Dieser Ansatz dürfte letztlich zwei von einander zu trennende Fragen in wenig überzeugender Weise vermengen: Die Frage nach der direkten Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge ist nämlich eine andere als diejenige nach der Vereinbarkeit eines Sekundärrechtsakts mit diesen. So ist es denn auch durchaus denkbar, dass eine völkervertragliche Bestimmung zwar nicht hinreichend genau ist, um als solche angewandt zu werden, dass aber gleichwohl ein Sekundärrechtsakt mit dieser nicht vereinbar ist, da er den eingeräumten Spielraum überschreitet. Weiter ist darauf hinzuweisen, dass der EuGH durchaus die Vereinbarkeit nationaler Maßnahmen mit Richtlinienbestimmungen prüft, ohne die unmittelbare Wirkung der in Frage stehenden Richtlinienbestimmungen vorauszusetzen,<sup>77</sup> was überzeugend ist, so dass es umso mehr verwundert, dass bei der strukturell ähnlich gelagerten Frage der Vereinbarkeit von Sekundärrecht mit Völkerrecht andere Maßstäbe angelegt werden.

Vor diesem Hintergrund ist es im Ergebnis überzeugend, die Frage, ob ein Sekundärrechtsakt mit den Vorgaben des Völkerrechts in Einklang steht, konzeptionell von derjenigen nach der unmittelbaren Wirksamkeit und hinreichenden Bestimmtheit der jeweiligen Bestimmung im Hinblick auf ihre Anwendung im Einzelfall zu trennen. Die Verneinung der unmittelbaren Wirksamkeit oder eine fehlende Bestimmtheit kann lediglich implizieren, dass die jeweilige völkerrechtliche Verpflichtung einen gewissen Gestaltungsspielraum einräumt, der grundsätzlich aber auch überschritten werden kann, so dass diese Aspekte nichts an der grundsätzlichen Möglichkeit der gerichtlichen Überprüfung der Vereinbarkeit von Sekundärrecht am Maßstab des Völkerrechts ändern, zumal die Frage nach der Rechtswidrigkeit eines Sekundärrechtsakts objektiver Natur ist. Diese Grundsätze gelten sowohl im Rahmen des Vorabentscheidungsverfahrens als auch bei der Nichtigkeitsklage, geht

77 Vgl. EuGH, Rs. C-387/97 (Kommission/Griechenland), Slg. 2000, I-5047: Hier prüfte der Gerichtshof, ob ein Verstoß gegen Art. 4 RL 75/442 (Abfallrahmenrichtlinie, heute kommt hier die neue Abfallrahmenrichtlinie, RL 2008/98, zum Zuge, die jedoch in Art. 13 eine weitgehend parallel formulierte Bestimmung enthält) vorlag, der vorsieht, dass im Falle der Verwertung oder Beseitigung von Abfällen sichergestellt werden muss, dass die menschliche Gesundheit nicht gefährdet und die Umwelt nicht geschädigt werden. Zudem ist eine unkontrollierte Ablagerung, Ableitung oder Beseitigung zu unterbinden. Dieser Artikel erfüllt sicherlich nicht die Voraussetzungen einer unmittelbaren Wirkung, da er zu allgemein und unbestimmt formuliert ist. Dies ändert aber nichts daran, dass der EuGH in der zitierten Rechtssache einen Verstoß gegen diese Vorgaben annahm, indem er prüfte, ob die Mitgliedstaaten den ihnen durch diese Bestimmung eingeräumten Spielraum überschritten hätten, was etwa dann der Fall sei, wenn die jeweiligen Maßnahmen zur Verwirklichung einer gesundheits- und umweltverträglichen Abfallentsorgung offensichtlich ungenügend oder unzureichend seien. S. auch die in eine ähnliche Richtung gehenden Urteile in EuGH, Rs. C-135/05 (Kommission/Italien), Slg. 2007, I-3475; Rs. C-365/97 (Kommission/Italien), Slg. 1999, I-7773.



es doch in beiden Fällen um objektive Rechtmäßigkeitsprüfungen, woran auch der Umstand nichts ändert, dass unter Umständen im Rahmen der Zulässigkeit der Klage auf nationaler Ebene oder für natürliche und juristische Personen auf Unionsebene subjektive Elemente bzw. individuelle Rechtspositionen eine Rolle spielen (können), die aber der Ebene der Zulässigkeit der Klage zuzuordnen sind, während es bei der Gültigkeitsprüfung von Sekundärrecht um eine Frage der Begründetheit geht. Es wäre sehr zu begrüßen, wenn die Rechtsprechung in dieser Beziehung etwas mehr Klarheit schaffen würde, wobei dies nicht zwingend zu anderen Ergebnissen, soweit die mögliche Nichtigkeit des Sekundärrechts betroffen ist, führen würde.

#### IV. Schluss

Obwohl die von der EU abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge im Recht der Außenbeziehungen der EU zweifellos eine sehr bedeutende Rolle spielen, haben die Ausführungen doch auch illustriert, dass auch das allgemeine Völkerrecht durchaus eine gewisse Relevanz besitzt, ganz abgesehen davon, dass ihm im Zuge der Entwicklung der EU – man denke etwa an die Friedens- und Sicherheitspolitik – in Zukunft noch eine weitaus größere Bedeutung zukommen könnte, die heute nur schwer abzusehen ist.

Es ist in diesem Zusammenhang zu wünschen und im Übrigen auch durch das Unionsrecht vorgegeben, dass sich die EU in ihrem (internen und externen) Verhalten umfassend an dem für sie völkerrechtlich verbindlichen Recht orientiert. Zur Effektivität dieses Grundsatzes leistet die „automatische Inkorporation“ (auch) des allgemeinen Völkerrechts in das Unionsrecht einen entscheidenden Beitrag, und insofern ist die diesbezüglich nach der hier vertretenen Ansicht klare Rechtsprechung des Gerichtshofs sehr zu begrüßen. Ebenso wichtig ist aber die Möglichkeit der gerichtlichen Kontrolle der Einhaltung dieser Vorgabe, und hier wirft die Rechtsprechung mitunter Fragen auf. Nach der hier vertretenen Ansicht sollte sich der Gerichtshof unmissverständlich zur allgemeinen Überprüfung des EU-Sekundärrechts am Maßstab des (allgemeinen) Völkerrechts bekennen, was nichts daran ändert, dass in vielen Fällen eine Verletzung des Völkerrechts durch Sekundärrecht schon deshalb nicht festgestellt werden kann, weil das Völkerrecht eben einen weiten Gestaltungsspielraum eröffnet.

# Die Vertragsschlusskompetenzen und die vertragsschlussbefugten Organe der Europäischen Union

Von Walter Obwexer, Innsbruck\*

## I. Einleitung

Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon<sup>1</sup> am 1. Dezember 2009<sup>2</sup> wurde die Europäische Union (EU) zu einer internationalen Organisation mit eigener Rechtspersönlichkeit (Art. 47 EUV) und erhielt gleichzeitig völkerrechtliche Rechts- und Handlungsfähigkeit übertragen.<sup>3</sup> Zusätzlich trat die EU die Rechtsnachfolge der Europäischen Gemeinschaft (EG) an (Art. 1 Abs. 3 EUV) und übernahm alle Rechte und Pflichten derselben, auch jene aus völkerrechtlichen Verträgen.<sup>4</sup>

Ergänzend dazu wurden der EU zusätzliche Außenkompetenzen übertragen.<sup>5</sup> Dies gilt beispielsweise für die Nachbarschaftspolitik (Art. 8 EUV) und die humanitäre Hilfe (Art. 214 Abs. 4 EUV). Des Weiteren erhielt die Union neue Binnenkompetenzen mit „Außenwirkung“. Dazu zählen z.B. das integrierte Grenzschutzsystem (Art. 77 Abs. 1 lit. c AEUV), das gemeinsame europäische Asylsystem (Art. 78 AEUV), die Raumfahrt (Art. 189 Abs. 3 AEUV) und die Energiepolitik (Art. 194 AEUV).

Dem folgend verfügt die EU nunmehr über weitreichende Außenkompetenzen. Diese wird sie primär über den Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit anderen Völkerrechtssubjekten, insbesondere dritten Staaten und/oder internationalen Organisationen, ausüben. Dabei ist die Union an Inhalt und Reichweite der ihr übertragenen Vertragsschlusskompetenzen gebunden (Verbandskompetenz). Innerhalb dieser Kompetenzen dürfen die Organe der EU tätig werden, müssen sich dabei aber an die ihnen zugewiesenen Befugnisse zum Vertragsabschluss halten (Organkompetenz).

Vor diesem Hintergrund werden nachstehend zunächst die unionsrechtlichen Grundlagen der Außenkompetenzen skizziert (II.). Im Anschluss daran werden die Vertragsschlusskompetenzen der EU dargestellt (III.) und die vertragsschlussbefugten Organe mit ihren Befugnissen beschrieben (IV.). Darauf aufbauend werden ausgewählte Rechtsfragen konkreter Anwendungsfälle aus der Praxis beleuchtet (V.). Schlussbetrachtungen schließen die Ausführungen ab (VI.).

\* Dr. Walter Obwexer ist Universitätsprofessor für Europarecht und Völkerrecht an der Universität Innsbruck.

1 ABl. EU 2007 C 306/1, berichtigt ABl. EU 2009 C 290/1 u. ABl. EU 2010 C 81/1.

2 Vgl. z.B. W. Obwexer, Die Rechtsstellung Einzelner in der Union nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, *ÖJZ* 2010, S. 101.

3 Vgl. z.B. W. Obwexer, Aufbau, Systematik, Struktur und tragende Grundsätze des Vertrags von Lissabon, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, 2009, S. 95, 105 f.

4 Vgl. C. Beaucillon/F. Erlbacher, „Comme une lettre à la poste“. Rechtliche und praktische Aspekte der Rechtsnachfolge von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union, in: Eilmansberger/Griller/Obwexer (Hrsg.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon*, 2011, S. 101, 105 f.

5 Vgl. z.B. Ch. Vedder, Außenbeziehungen und Außenvertretung, in: Hummer/Obwexer (Fn. 3), S. 267 ff.

## II. Unionsrechtliche Grundlagen

Die rechtlichen Grundlagen der Vertragsschlusskompetenzen und der Vertragschlussverfahren der EU sind im Wesentlichen dem EG-Vertrag entnommen.<sup>6</sup> Bei der Verbandskompetenz der EU wurde die einschlägige Rechtsprechung des EuGH zur Verbandskompetenz der EG kodifiziert. Die Organkompetenz entspricht im Kern jener nach dem Vertragsschlussverfahren der EG gemäß Art. 300 EGV.

Abweichend vom alten Regime im EG-Vertrag trennt der AEU-Vertrag allerdings zwischen Kompetenz und Verfahren. So sind die Vertragsschlusskompetenzen der EU in Art. 216 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 AEUV geregelt. Das Vertragsschlussverfahren ist allgemein in Art. 218 AEUV determiniert. Für den Abschluss von Handelsabkommen sowie von Abkommen in Währungsfragen sind in Art. 207 AEUV und Art. 219 AEUV Sonderverfahren vorgesehen.

Diese neuen Regelungen erstrecken sich nunmehr auf alle Bereiche der EU. Sie sind nicht mehr – wie vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon – auf die ehemaligen Gemeinschaftsbereiche beschränkt, sondern umfassen auch die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen und die polizeiliche Zusammenarbeit sowie die gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik.<sup>7</sup>

Begrifflich verwendet das EU-Primärrecht seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon für völkerrechtliche Verträge der EU den Ausdruck „Übereinkunft“. Dabei handelt es sich um eine bloß redaktionelle Änderung der deutschen Sprachfassung der Verträge.<sup>8</sup> Der Ausdruck „Übereinkunft“ entspricht inhaltlich dem zuvor in Art. 300 EGV verwendeten Begriff „Abkommen“. In einigen wenigen Bestimmungen des AEU-Vertrags wird dieser „alte“ Begriff weiterhin verwendet. Dies gilt beispielsweise für Art. 191 Abs. 4 AEUV (Umweltabkommen), Art. 207 AEUV (Handelsabkommen) und Art. 217 AEUV (Assoziierungsabkommen).

## III. Vertragsschlusskompetenzen der Union

Nach dem in Art. 5 Abs. 2 EUV verankerten Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung braucht die EU zum Abschluss einer Übereinkunft eine spezifische Rechtsgrundlage in den Verträgen. Diese bestimmt Gegenstand und Reichweite der sog. Verbandskompetenz.

### 1. Rechtsgrundlagen

Die zentralen Bestimmungen zur Vertragsschlusskompetenz der EU sind in zwei Artikeln des AEU-Vertrags niedergelegt: Art. 216 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 AEUV.

6 Vgl. z.B. E. Vranes, Die EU-Außenkompetenzen im Schnittpunkt von Europarecht, Völkerrecht und nationalem Recht, JBl. 2011, S. 11.

7 Zur Aufhebung der Säulenstruktur in der EU vgl. z.B. W. Obwexer, Grundsätze des Vertrags von Lissabon (Fn. 3), S. 106.

8 R. Mögele, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 2. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV, Rn. 5.

## a) Kompetenzkategorien

Die erste Bestimmung, Art. 216 Abs. 1 AEUV, enthält eine abschließende Auflistung der Konstellationen, in denen die EU befugt ist, Übereinkünfte mit dritten Ländern und internationalen Organisationen zu schließen.<sup>9</sup> Diese Vertragsbestimmung ist allerdings keine Kompetenznorm, sondern fasst lediglich die in den Verträgen enthaltenen Rechtsgrundlagen in Kategorien zusammen. Sie begründet selbst keine Vertragsschlusskompetenz der EU, sondern setzt diese voraus.

Nach Art. 216 Abs. 1 AEUV kann die Union eine Übereinkunft schließen, wenn eine entsprechende Zuständigkeit in einzelnen Bestimmungen der Verträge ausdrücklich vorgesehen ist (explizite Vertragsschlusskompetenzen) oder wenn eine solche Zuständigkeit dem System der Verträge innewohnt (implizite Vertragsschlusskompetenzen). Letzteres ist der Fall, „wenn der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union entweder zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgelegten Ziele erforderlich oder in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist oder aber gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte“.

## b) Kompetenzarten

Die in Art. 216 Abs. 1 AEUV enthaltene Festlegung der Fallkonstellationen, in denen die EU Übereinkünfte schließen darf, sagt nichts über die Art der davon umfassten Vertragsschlusskompetenzen aus.

Die Kompetenzart ergibt sich bei den expliziten Vertragsschlusskompetenzen ausschließlich aus der Zuordnung der einschlägigen Rechtsgrundlage zu einem bestimmten Sachbereich. Bei den impliziten Vertragsschlusskompetenzen gilt diese allgemeine Regel zwar grundsätzlich auch, ist allerdings nur anwendbar, soweit nicht eine spezielle Regel Anwendung findet. Letztere ist in Art. 3. Abs. 2 AEUV niedergelegt. Demnach hat die EU „ausschließliche Zuständigkeit für den Abschluss internationaler Übereinkünfte, wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft in einem Gesetzgebungsakt der Union vorgesehen ist, wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann, oder soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte“.

Die gegenständliche Vertragsbestimmung ist ebenfalls keine Kompetenznorm, auch wenn ihr Wortlaut (arg: „Die Union hat ausschließliche Zuständigkeit ...“) darauf hindeuten scheint. Sie regelt vielmehr nur jene Fälle, in denen bestehende implizite Vertragsschlusskompetenzen der EU dieser ausschließlich zustehen.

9 Vgl. R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 216 AEUV, Rn. 12.

## 2. Reichweite

Die Vertragsschlusskompetenzen der Union beziehen sich gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV auf den Abschluss von Übereinkünften mit einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen.

Nach der Rechtsprechung des EuGH zum ursprünglichen Begriff „Abkommen“ ist der – lediglich redaktionell geänderte – Begriff „Übereinkunft“ „in einem allgemeinen Sinne zu verstehen“ und umfasst „jede von Völkerrechtssubjekten eingegangene bindende Verpflichtung“<sup>10</sup> ungeachtet ihrer Form.<sup>11</sup> Aus diesem Grund kommen als „Übereinkunft“ alle wie auch immer gearteten völkerrechtlichen Vereinbarungen in Betracht, sofern sie rechtliche Bindungswirkung entfalten. Ob eine solche Bindung vorliegt, ist in einer Einzelfallprüfung anhand des Inhalts der Vereinbarung sowie des daraus hervorgehenden Parteiwillens zu eruieren; auf die Bezeichnung oder die äußere Form kommt es dabei nicht an.<sup>12</sup> Fehlt eine rechtliche Bindungswirkung, so werden die betreffenden Vereinbarungen als solche rein politischen Charakters (soft law) von der Vertragsschlusskompetenz der EU nicht erfasst.<sup>13</sup> Von dieser Regel gibt es nach der neueren Rechtsprechung des EuGH allerdings Ausnahmen.<sup>14</sup>

Als „Übereinkunft“ gelten hingegen rechtlich bindende Beschlüsse von Organen internationaler Organisationen oder von in einer Übereinkunft vorgesehenen Vertragsanwendungsorganen, soweit sie (auch) die EU völkerrechtlich verpflichten. Dem folgend unterfallen derartige Beschlüsse dem unionsrechtlichen Regelungsregime betreffend den Abschluss von Übereinkünften.<sup>15</sup> In Ausnahmefällen sind diesem Regelungsregime auch völkerrechtlich nicht bindende Beschlüsse unterworfen.<sup>16</sup>

Vertragspartner der EU können sowohl dritte Länder als auch internationale Organisationen sein. Bei dritten Ländern kommt es nicht auf deren Staatlichkeit an, bei internationalen Organisationen nicht auf die Zwischenstaatlichkeit. Durch diese offene Formulierung ist die EU in der Lage, künftige Entwicklungen betreffend vertragsschlussfähige Völkerrechtssubjekte nachzuvollziehen.<sup>17</sup>

## 3. Explizite Vertragsschlusskompetenzen

Gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV verfügt die EU immer dann über eine Vertragsschlusskompetenz, wenn dies in den Verträgen vorgesehen ist. Gemeint sind damit ausdrücklich angeführte Rechtsgrundlagen, und zwar – gemäß Art. 1 Abs. 3 Satz 1

10 EuGH, Gutachten 1/75 (Lokale Kosten), Slg. 1975, 1355, 1360; Gutachten 2/92 (OECD), Slg. 1995, I-521, Rn. 8.

11 EuGH, Rs. C-233/02 (Frankreich/Kommission), Slg. 2004, I-2759, Rn. 45.

12 EuGH, Rs. C-327/91 (Frankreich/Kommission), Slg. 1994, I-3641, Rn. 21 ff.

13 R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 216 AEUV, Rn. 7; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, Kommentar, 4. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV, Rn. 4.

14 S. unten V.3.b).

15 So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 216 AEUV, Rn. 9.

16 S. unten V.3.b).

17 So K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 13), Art. 216 AEUV, Rn. 3.

EUV – im EU-Vertrag und im AEU-Vertrag. Deren Zuordnung zu einer der Kompetenzarten resultiert grundsätzlich aus der systematischen Verortung der jeweiligen Vertragsbestimmung.

### a) Beitritt zur EMRK

Gemäß Art. 6 Abs. 2 EUV tritt die EU der EMRK bei. Diese Rechtsgrundlage erlaubt i.V.m. Protokoll Nr. 8 den Abschluss einer entsprechenden Übereinkunft.<sup>18</sup> Die gegenständliche Vertragsschlusskompetenz gehört nach der Generalklausel in Art. 4 Abs. 1 AEUV zu den geteilten Zuständigkeiten der EU. Die Übereinkunft kann ihrer Natur nach allerdings nur von der Union geschlossen werden und hat insoweit ausschließlichen Charakter.<sup>19</sup>

### b) Nachbarschaftspolitik

Gemäß Art. 8 Abs. 2 EUV kann die EU mit den Ländern in ihrer Nachbarschaft spezielle Übereinkünfte schließen, um einen Raum des Wohlstands und der guten Nachbarschaft zu schaffen, der auf den Werten der EU aufbaut und sich durch enge, friedliche Beziehungen auf der Grundlage der Zusammenarbeit auszeichnet. Die Nachbarschaftspolitik fällt in die geteilte Zuständigkeit der EU (Art. 4 Abs. 1 AEUV), der Abschluss von Nachbarschaftsabkommen hat seiner Natur nach allerdings ausschließlichen Charakter, da derartige Abkommen nur von der Union geschlossen werden können.<sup>20</sup>

### c) Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik

Gemäß Art. 37 EUV kann die EU in den Bereichen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik i.S.v. Titel V Kap. 2 EUV Übereinkünfte mit einem oder mehreren Staaten oder internationalen Organisationen schließen. Vertragspartner der EU können demnach nur Staaten, nicht aber „Länder“ i.S.v. Art. 216 Abs. 1 AEUV sein.<sup>21</sup>

Die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik zählt gemäß Art. 2 Abs. 4 AEUV zu den besonderen Zuständigkeiten der EU. Dies gilt damit auch für die in Art. 37 EUV verankerte Vertragsschlusskompetenz.

### d) Rückführung von Drittstaatsangehörigen

Gemäß Art. 79 Abs. 3 AEUV kann die EU mit Drittländern Übereinkünfte über eine Rückübernahme von Drittstaatsangehörigen in ihr Ursprungs- oder Herkunftsland

18 Vgl. z.B. W. Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 115; R. Uerpmann-Witzack in diesem Heft auf S. 167.

19 So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 19.

20 So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 19.

21 S. oben III.2.

schließen, die die Voraussetzungen für die Einreise in das Hoheitsgebiet eines der Mitgliedstaaten oder die Anwesenheit oder den Aufenthalt in diesem Hoheitsgebiet nicht oder nicht mehr erfüllen.<sup>22</sup>

Die gegenständliche Vertragsschlusskompetenz zählt als Teil des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zur geteilten Zuständigkeit der EU (Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV).

### e) Forschung und Technologie

Gemäß Art. 186 AEUV kann die Union bei der Durchführung des mehrjährigen Rahmenprogramms für Forschung und Technologie eine Zusammenarbeit mit dritten Ländern oder internationalen Organisationen vorsehen und die Einzelheiten derselben in einem Abkommen mit den betreffenden dritten Parteien regeln.

Der gegenständliche Sachbereich zählt zur geteilten Zuständigkeit der EU, hindert die Mitgliedstaaten aber nicht daran, ihre eigene Zuständigkeit auszuüben (Art. 4 Abs. 3 AEUV, geteilte parallele Zuständigkeit).

### f) Umweltpolitik

Gemäß Art. 191 Abs. 4 AEUV kann die EU Einzelheiten über die Zusammenarbeit im Umweltbereich in Abkommen mit dritten Ländern und den zuständigen internationalen Organisationen regeln.

Die Umweltpolitik fällt zwar in die geteilte Zuständigkeit der EU, die Ausübung ihrer Vertragsschlusskompetenz berührt jedoch nicht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und internationale Abkommen zu schließen (Art. 191 Abs. 4 UAbs. 2 AEUV, geteilte parallele Zuständigkeit).<sup>23</sup>

### g) Handelspolitik

Gemäß Art. 207 Abs. 3 AEUV kann die EU im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik Abkommen mit einem oder mehreren Drittländern oder internationalen Organisationen schließen.

Die gegenständliche Vertragsschlusskompetenz fällt in die ausschließliche Zuständigkeit der Union (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV).<sup>24</sup>

22 Vgl. z.B. Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Partnerschafts- und Kooperationsabkommens zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Irak andererseits, KOM(2010) 638 endg. v. 5.11.2010 (Art. 105 Abs. 2 des Abkommens).

23 Vgl. z.B. F. Hoffmeister in diesem Heft auf S. 247.

24 Vgl. z.B. Ch. Ohler in diesem Heft auf S. 137.



## **h) Entwicklungszusammenarbeit**

Gemäß Art. 209 Abs. 2 AEUV kann die EU Übereinkünfte mit Drittländern und den zuständigen internationalen Organisationen schließen, um die Ziele im Rahmen der Entwicklungszusammenarbeit zu erreichen.

Die Entwicklungszusammenarbeit fällt in die geteilte Zuständigkeit der EU. Dennoch lässt die Ausübung derselben durch die Union die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und Übereinkünfte zu schließen, unberührt (Art. 209 Abs. 2 UAbs. 2 AEUV). Dies resultiert bereits daraus, dass im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit die Ausübung der Zuständigkeit der EU die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Zuständigkeit auszuüben (Art. 4 Abs. 4 AEUV, geteilte parallele Zuständigkeit).

## **i) Wirtschaftliche, finanzielle und technische Zusammenarbeit**

Gemäß Art. 212 Abs. 3 AEUV kann die EU im Rahmen der wirtschaftlichen, finanziellen und technischen Zusammenarbeit Einzelheiten dieser Kooperation mit Drittländern und den zuständigen internationalen Organisationen in Abkommen mit den betreffenden Parteien regeln.

Die gegenständliche Zusammenarbeit fällt in die geteilte Zuständigkeit der EU. Dennoch lässt die Ausübung derselben durch die Union die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und internationale Abkommen zu schließen, unberührt (Art. 212 Abs. 3 UAbs. 2 AEUV, geteilte parallele Zuständigkeit).

## **j) Humanitäre Hilfe**

Gemäß Art. 214 Abs. 4 AEUV kann die EU im Bereich der humanitären Hilfe mit Drittländern und den zuständigen internationalen Organisationen entsprechende Übereinkünfte schließen.

Die Ausübung der gegenständlichen geteilten Zuständigkeit lässt jedoch die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten, in internationalen Gremien zu verhandeln und Übereinkünfte zu schließen, unberührt (Art. 214 Abs. 4 UAbs. 2 AEUV). Dies entspricht der allgemeinen Regelung, dass im Bereich der humanitären Hilfe die Ausübung der Zuständigkeit der EU die Mitgliedstaaten nicht daran hindert, ihre Zuständigkeit auszuüben (Art. 4 Abs. 4 AEUV, geteilte parallele Zuständigkeit).

## **k) Assoziierung**

Art. 217 AEUV überträgt der Union die Kompetenz, mit einem oder mehreren Drittländern oder einer oder mehreren internationalen Organisationen Abkommen zu schließen, die eine Assoziierung mit gegenseitigen Rechten und Pflichten, gemeinsamem Vorgehen und besonderen Verfahren herstellen.



Die gegenständliche Kompetenz fällt in die geteilte Zuständigkeit der EU, hat allerdings insofern ausschließlichen Charakter, als derartige Übereinkünfte nur von der Union geschlossen werden können.<sup>25</sup>

### **l) Währungspolitik**

Gemäß Art. 219 Abs. 1 AEUV kann die EU förmliche Vereinbarungen über ein Wechselkurssystem für den Euro gegenüber den Währungen von Drittstaaten treffen.

Der Abschluss derartiger Übereinkünfte fällt als Teil der Währungspolitik für die Mitgliedstaaten, deren Währung der Euro ist, in die ausschließliche Zuständigkeit der EU (Art. 3 Abs. 1 lit. c AEUV). Dennoch sieht Art. 219 Abs. 4 AEUV vor, dass die Mitgliedstaaten das Recht haben, unbeschadet der Unionszuständigkeit und der Unionsvereinbarungen in internationalen Gremien Verhandlungen zu führen und internationale Vereinbarungen zu treffen.

### **m) Beziehungen zu internationalen Organisationen**

Art. 220 Abs. 1 AEUV überträgt der EU die Aufgabe, jede zweckdienliche Zusammenarbeit mit den Organen der Vereinten Nationen und ihrer Sonderorganisationen, dem Europarat, der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa und der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung zu betreiben sowie Beziehungen zu anderen internationalen Organisationen zu unterhalten. Nicht eindeutig geregelt ist allerdings, ob davon auch die Kompetenz zum Abschluss von Übereinkünften umfasst ist. Dagegen spricht primär der Wortlaut der Bestimmung, der nicht auf den Abschluss von Übereinkünften abstellt, sondern lediglich von zweckdienlicher Zusammenarbeit und Beziehungspflege spricht. Dem folgend beinhaltet Art. 220 Abs. 1 AEUV eine bloß begrenzte Außenkompetenz, die auf den Abschluss von Verwaltungsabkommen unterhalb der Vollmitgliedschaft beschränkt ist.<sup>26</sup> Dem entspricht auch die Sonderregelung in Art. 220 Abs. 2 AEUV, wonach die Durchführung der gegenständlichen Vertragsbestimmung dem Hohen Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik und der Kommission obliegt. Diese spezifische Organkompetenz weicht nämlich wesentlich von der allgemeinen Organkompetenz beim Vertragsabschluss durch die EU ab.<sup>27</sup>

## **4. Implizite Vertragsschlusskompetenzen**

Art. 216 Abs. 1 AEUV sieht neben den expliziten Vertragsschlusskompetenzen drei Fallkonstellationen impliziter Vertragsschlusskompetenzen der EU vor, die im Kern

<sup>25</sup> So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 19.

<sup>26</sup> So auch J. Kokott, in: Streinz (Fn. 8), Art. 220 AEUV, Rn. 4; K. Schmalenbach, in: Callies/Ruffert (Fn. 13), Art. 220 AEUV, Rn. 7; a.A. R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 216 AEUV, Rn. 15, der von einer expliziten Vertragsschlusskompetenz der EU ausgeht.

<sup>27</sup> S. unten IV.

die Rechtsprechung des EuGH zu den Vertragsschlusskompetenzen der EG kodifizieren.<sup>28</sup>

### a) Erforderlichkeit zur Verwirklichung der Vertragsziele

In der ersten Fallkonstellation normiert Art. 216 Abs. 1 AEUV eine implizite Vertragsschlusskompetenz der EU, wenn „der Abschluss einer Übereinkunft im Rahmen der Politik der Union ... zur Verwirklichung eines der in den Verträgen festgesetzten Ziele erforderlich ... ist“. Dies entspricht im Wesentlichen der *Stillelegungsfonds*-Rechtsprechung des EuGH. Darin hatte der Gerichtshof festgestellt, dass „die Gemeinschaft immer dann, wenn das Gemeinschaftsrecht ihren Organen im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel im Inneren eine Zuständigkeit verleiht, befugt ist, die zur Erreichung dieses Zieles erforderlichen völkerrechtlichen Verpflichtungen einzugehen, auch wenn insoweit eine ausdrückliche Bestimmung fehlt“.<sup>29</sup> Daraus resultiert eine Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen der EU, die selbst dann zur Anwendung kommt, wenn die entsprechende Kompetenz erstmals durch den Abschluss einer Übereinkunft ausgeübt wird.<sup>30</sup>

Der Abschluss einer derartigen Übereinkunft fällt nach Art. 3 Abs. 2 AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union, „wenn er notwendig ist, damit sie ihre interne Zuständigkeit ausüben kann“. Diese Vorgabe ist im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH so auszulegen,<sup>31</sup> dass eine ausschließliche Zuständigkeit immer dann vorliegt, wenn die unionsinterne Zuständigkeit wirksam nur zugleich mit der Außenkompetenz ausgeübt werden kann,<sup>32</sup> der Abschluss der Übereinkunft somit „erforderlich ist“, um Ziele der Verträge zu verwirklichen, die sich durch den Erlass autonomer Regeln nicht erreichen lassen.<sup>33</sup> Daraus folgt, dass die gegenständliche Vertragsschlusskompetenz der EU – trotz unterschiedlicher Formulierung der Kompetenzbestimmung in Art. 216 Abs. 1 AEUV und der Kompetenzzuordnungsbestimmung in Art. 3 Abs. 2 AEUV – immer eine ausschließliche ist. Lässt ein Vertragsziel sich nämlich durch unionsinterne Maßnahmen allein nicht erreichen, so dürfen derartige Maßnahmen gar nicht erlassen werden, weil sie dem in Art. 5 Abs. 4 EUV verankerten Grundsatz der Verhältnismäßigkeit widersprechen. Insoweit ist in derartigen Fällen der Abschluss einer Übereinkunft durch die Union immer notwendig, damit diese ihre interne Zuständigkeit ausüben kann.

28 Zur Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH vgl. z.B. K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 13), Art. 216 AEUV, Rn. 10.

29 EuGH, Gutachten 1/76 (Stillelegungsfonds), Slg. 1977, 741, Rn. 3.

30 EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 85.

31 So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 14.

32 EuGH, Gutachten 1/76 (Stillelegungsfonds), Slg. 1977, 741, Rn. 4 u. 7.

33 EuGH, Rs. C-467/98 (Kommission/Dänemark), Slg. 2002, I-9519, Rn. 57.

## b) Ermächtigender Sekundärrechtsakt

In der zweiten Fallkonstellation anerkennt Art. 216 Abs. 1 AEUV eine implizite Vertragsschlusskompetenz der EU, wenn der Abschluss einer Übereinkunft „in einem verbindlichen Rechtsakt der Union vorgesehen ist“. Diese Kompetenzbestimmung basiert auf der *WTO*-Rechtsprechung des EuGH. Demnach erwarb die Gemeinschaft „eine ausschließliche externe Zuständigkeit“, wenn sie „in ihre internen Rechtsetzungsakte Klauseln über die Behandlung der Angehörigen von Drittstaaten aufgenommen oder ... sie ihren Organen ausdrücklich eine Zuständigkeit zu Verhandlungen mit Drittstaaten übertragen“ hatte, und zwar „nach Maßgabe des von diesen Rechtsakten erfassten Bereichs“.<sup>34</sup> Mit einem – kompetenzbegründenden – „verbindlichen Rechtsakt der Union“ sind insbesondere Verordnungen, Richtlinien und Beschlüsse gemeint (Art. 288 AEUV), ohne dass es dabei darauf ankäme, ob diese Gesetzgebungsakte i.S.v. Art. 289 Abs. 3 AEUV darstellen oder Rechtsakte ohne Gesetzescharakter sind.

Die gegenständliche Vertragsschlusskompetenz fällt – dem ermächtigenden Sekundärrechtsakt folgend – grundsätzlich in die geteilte Zuständigkeit der Union (vgl. Art. 4 Abs. 1 AEUV). Demnach können die Mitgliedstaaten ihre Vertragsschlusskompetenz ausüben, sofern und soweit die EU ihre – durch einen verbindlichen Sekundärrechtsakt übertragene – Zuständigkeit nicht wahrgenommen hat (Art. 2 Abs. 2 AEUV). Ist der Abschluss der Übereinkunft jedoch in einem Gesetzgebungsakt der EU vorgesehen, so ist die Union gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV ausschließlich dafür zuständig. Dem folgend begründet ein Rechtsakt ohne Gesetzescharakter i.S.v. Art. 297 Abs. 2 AEUV in der Regel eine geteilte, vereinzelt allenfalls eine ergänzende, sonstige oder ausnahmsweise sogar ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der EU, während ein Gesetzgebungsakt i.S.v. Art. 289 Abs. 3 AEUV immer zu einer ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der Union führt. Selbst letztere ist allerdings keine echte ausschließliche Zuständigkeit, sondern wird erst durch die Ausübung einer anderen, in der Regel geteilten, Zuständigkeit mit Ermächtigung der EU zum Abschluss einer Übereinkunft zu einer solchen.<sup>35</sup> Unabhängig davon beschränkt Art. 3 Abs. 2 AEUV die Begründung einer ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz auf solche „Basisrechtsakte“, die von beiden gesetzgebenden Organen gemeinsam beschlossen wurden.<sup>36</sup>

Wird Art. 3 Abs. 2 AEUV – wie vorstehend – nach seinem Wortlaut ausgelegt, so bleibt er allerdings hinter der Rechtsprechung des EuGH zurück. Nach dieser führt die in internen Rechtsakten der EU enthaltene Ermächtigung zum Vertragsabschluss nämlich immer zu einer „ausschließlichen Außenkompetenz nach Maßgabe des von

34 EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 95.

35 Vgl. M. Nettesheim, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Loseblatt, 44. EL 2011, Art. 3 AEUV, Rz 22.

36 So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 15; a.A. K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 13), Art. 216 AEUV, Rn. 15, wonach diese Vertragsschlusskompetenz der Union „immer ausschließlich“ ist.

diesen Rechtsakten erfassten Bereichs“.<sup>37</sup> Vor diesem Hintergrund bleibt abzuwarten, wie der Gerichtshof der EU die gegenständliche Vertragsbestimmung auslegen wird. Praktische Auswirkungen sind damit allerdings kaum verbunden, weil das Vorliegen von sekundärem Unionsrecht bereits für sich ebenfalls zu einer ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz der Union führt, sofern die Gefahr der Beeinträchtigung von Unionsrecht oder der Änderung seines Anwendungsbereichs besteht.<sup>38</sup>

### c) Gefahr der Beeinträchtigung von Unionsrecht oder der Änderung seines Anwendungsbereichs

In der dritten Fallkonstellation erwächst der EU gemäß Art. 216 Abs. 1 AEUV eine implizite Vertragsschlusskompetenz, wenn der Abschluss einer Übereinkunft „gemeinsame Vorschriften beeinträchtigen oder deren Anwendungsbereich ändern könnte“. Diese Konstellation scheint der *AETR*-Rechtsprechung des EuGH entnommen, wonach „in den Bereichen, in denen die Gemeinschaft zur Verwirklichung einer vom Vertrag vorgesehenen gemeinsamen Politik Vorschriften erlassen hat, die in irgendeiner Form gemeinsame Rechtsnormen vorsehen, die Mitgliedstaaten weder einzeln noch selbst gemeinsam handelnd berechtigt sind, mit dritten Staaten Verpflichtungen einzugehen, die diese Normen beeinträchtigen“.<sup>39</sup> Später stellte der EuGH klar, dass dieser – auf dem *effet utile* beruhende – Grundsatz auch dann gilt, wenn Rechtsnormen auf Gebieten erlassen worden sind, die nicht unter eine gemeinsame Politik fallen, insbesondere auf Gebieten, für die es Harmonisierungsbestimmungen gibt.<sup>40</sup>

Im Lichte dieser Rechtsprechung ist die Formulierung in Art. 216 Abs. 1 AEUV allerdings insofern missglückt, als nicht Übereinkünfte der EU, sondern solche der Mitgliedstaaten gemeint sind.<sup>41</sup> Davon abgesehen übernimmt die gegenständliche Bestimmung die aus der Rechtsprechung resultierende Parallelität von Innen- und Außenkompetenzen. Die Verwirklichung der Unionsziele ist nämlich auf den „Rahmen der Politik der Union“ beschränkt.<sup>42</sup> Neu ist lediglich, dass davon sowohl alle Kompetenzen der EU als auch alle Ziele in beiden Verträgen erfasst sind.

Die gegenständliche Vertragsschlusskompetenz der EU ist immer eine ausschließliche. Dies resultiert aus Art. 3 Abs. 2 AEUV, wonach die Union für den Abschluss internationaler Übereinkünfte ausschließlich zuständig ist, „soweit er gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte“. Art. 216 Abs. 1 und Art. 3 Abs. 2 AEUV stimmen zwar nicht wörtlich überein,<sup>43</sup> doch deckt die

37 EuGH, Rs. C-475/98 (Kommission/Österreich), Slg. 2002, I-9797, Rn. 98; Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 95.

38 S. unten III.5.c).

39 EuGH, Rs. 22/70 (Kommission/Rat), Slg. 1971, 263, Rn. 15/19.

40 EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061, Rn. 11.

41 So auch R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 16.

42 A.A. K. Schmalenbach, in: Callies/Ruffert (Fn. 13), Art. 216 AEUV, Rn. 13, nach der die „Formulierung des Art. 216 weitergehend als die Stillelegungsfond-Rechtsprechung des EuGH“ ist.

43 A.A. R. Mögele, in: Streinz (Fn. 8), Art. 3 AEUV, Rn. 16, der beide Bestimmungen als „textgleich“ bezeichnet.

Kompetenzzuordnung in Art. 3 Abs. 2 AEUV die Kompetenzbestimmung in Art. 216 Abs. 1 AEUV vollständig ab. Der Begriff „Regeln“ in Art. 3 Abs. 2 AEUV ist nämlich weiter als der Begriff „Rechtsvorschriften“ in Art. 216 Abs. 1 AEUV. Dasselbe gilt für den Begriff „Tragweite“ in Art. 3 Abs. 2 AEUV, der jedenfalls auch den „Anwendungsbereich“ einer Vorschrift i.S.v. Art. 216 Abs. 1 AEUV mit umfasst. Dies entspricht der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH zur *AETR*-Fallkonstellation, in der er eine ausschließliche Zuständigkeit u.a. dann anerkannt hat, „wenn der Abschluss eines Abkommens durch die Mitgliedstaaten mit der Einheit des Gemeinsamen Marktes und der einheitlichen Anwendung des Gemeinschaftsrechts unvereinbar ist“. <sup>44</sup> Begründet wurde dies in erster Linie damit, dass in dem Maße, wie die „Gemeinschaftsrechtsetzung fortschreitet, nur die Gemeinschaft mit Wirkung für den gesamten Geltungsbereich der Gemeinschaftsrechtsordnung vertragliche Verpflichtungen gegenüber dritten Staaten übernehmen und erfüllen (kann)“. <sup>45</sup>

Im Lichte der einschlägigen Rechtsprechung des EuGH ist Art. 3 Abs. 2 AEUV dahin auszulegen, dass eine ausschließliche Zuständigkeit der EU nicht besteht, wenn sowohl die Unionsbestimmungen als auch die Bestimmungen der Übereinkunft den Charakter von Mindestvorschriften haben; in diesem Fall kann die Übereinkunft der vollen Anwendung des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten grundsätzlich nicht entgegenstehen. <sup>46</sup> Andererseits ist keine völlige Übereinstimmung zwischen dem von der Übereinkunft erfassten Gebiet und dem Gebiet der unionalen Regelung erforderlich. Vielmehr reicht aus, dass ein „Gebiet bereits weitgehend“ von Unionsvorschriften erfasst ist. <sup>47</sup> Dabei ist nicht nur auf den Umfang der betreffenden Vorschriften, sondern auch auf ihre Natur und ihren Inhalt abzustellen. Zusätzlich sind neben dem aktuellen Stand des Unionsrechts auf dem betreffenden Gebiet auch dessen Entwicklungsperspektiven zu berücksichtigen, wenn sie zum Zeitpunkt der Prüfung absehbar sind. <sup>48</sup> Keinen Einfluss auf die Ausschließlichkeit der Vertragsschlusskompetenz der EU haben hingegen etwaige Initiativen zur Verhinderung von Widersprüchen zwischen dem Unionsrecht und der geplanten Übereinkunft, wie z.B. eine „Trennungsklausel“, nach der die Übereinkunft die Anwendung der einschlägigen Bestimmungen des Unionsrechts durch die Mitgliedstaaten unberührt lässt. <sup>49</sup> Ebenso ohne Belang für die Prüfung, ob eine Übereinkunft Unionsvorschriften beeinträchtigt und daher eine ausschließliche Vertragsschlusskompetenz der EU begründet, ist die Rechtsgrundlage der betroffenen unionalen Regelung. Die Rechtsgrundlage einer internen Regelung wird nämlich durch deren Hauptbestandteil bestimmt, während die Vorschrift, deren Beeinträchtigung geprüft wird, möglicherweise nur ein Nebenbestandteil der Regelung ist. Die Rechtsgrund-

44 Z.B. EuGH, Gutachten 1/03 (Lugano-Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145, Rn. 122.

45 Z.B. EuGH, Rs. C-475/98 (Kommission/Österreich), Slg. 2002, I-9797, Rn. 92.

46 Z.B. EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061, Rn. 18.

47 EuGH, Gutachten 2/91 (ILO), Slg. 1993, I-1061, Rn. 25 f.

48 Z.B. EuGH, Gutachten 1/03 (Lugano-Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145, Rn. 126.

49 Z.B. EuGH, Rs. C-467/98 (Kommission/Dänemark), Slg. 2002, I-9519, Rn. 101; Gutachten 1/03 (Lugano-Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145, Rn. 130.

lage begrenzt zwar die Außenkompetenz der EU, hat aber keinen Einfluss auf die Ausschließlichkeit der impliziten Vertragsschlusskompetenz. Letztere bezweckt nämlich die Wahrung der Wirksamkeit des Unionsrechts und des reibungslosen Funktionierens der mit den Unionsvorschriften errichteten Systeme unabhängig davon, welche Grenzen die Vertragsbestimmung, auf die sich die Organe für den Erlass solcher Vorschriften gestützt haben, möglicherweise vorsieht.<sup>50</sup>

## IV. Vertragsschlussbefugte Organe der Union

### 1. Allgemeine Grundlagen

Die EU unterliegt als internationale Organisation beim Abschluss völkerrechtlicher Verträge mit anderen Völkerrechtssubjekten dem geltenden Völkerrecht. Die einschlägigen Regelungen sind primär im Völkergewohnheitsrecht enthalten; Teile davon wurden im Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen (1986, WVK II)<sup>51</sup> kodifiziert.

Unionsintern sind bei Vorliegen einer entsprechenden Verbandskompetenz die unionsrechtlichen Abschlussverfahren und die darin verankerte Organkompetenz einzuhalten.

Die Verbindung zwischen beiden rechtlichen Ebenen ist in der Wiener Vertragsrechtskonvention 1986 normiert. Demnach kann sich eine internationale Organisation als Vertragspartei grundsätzlich nicht auf ihr internes Recht berufen, um die Nichterfüllung eines Vertrags zu rechtfertigen (Art. 27 Abs. 2 WVK II). Wenn ihre Zustimmung, durch einen Vertrag gebunden zu sein, jedoch unter Verletzung ihres internen Rechts über die Zuständigkeit zum Vertragsabschluss ausgedrückt wurde, eine Vorschrift von grundlegender Bedeutung betraf und die Verletzung offenkundig war, kann sie ausnahmsweise die Ungültigkeit der Zustimmung geltend machen (Art. 46 WVK II).

### 2. Unionsrechtliche Grundlagen

Das Vertragsschlussverfahren ist in Art. 218 AEUV geregelt. Das gegenständliche Verfahren findet immer Anwendung, es sei denn, die Verträge enthalten eine abweichende Verfahrensregelung. Derartige Sonderregelungen sind für den Abschluss von Handelsabkommen (Art. 207 AEUV) und von Wechselkursabkommen (Art. 219 AEUV) vorgesehen.

Das allgemeine Vertragsschlussverfahren verteilt die Außenkompetenzen der EU auf mehrere Organe und Einrichtungen.

50 EuGH, Gutachten 1/03 (Lugano-Übereinkommen), Slg. 2006, I-1145, Rn. 131 f.

51 DBGBI. 1990 II, S. 1414.



### 3. Rat

Dem Rat kommen im Rahmen des Vertragsschlussverfahrens umfassende Kompetenzen zu. Er erteilt die Ermächtigung zur Aufnahme von Verhandlungen und legt die Verhandlungsrichtlinien fest (Art. 218 Abs. 2 AEUV). Zusätzlich kann er dem Verhandlungsführer Richtlinien erteilen und einen Sonderausschuss bestellen, mit dem die weiteren Verhandlungen akkordiert werden müssen (Art. 218 Abs. 4 AEUV). Des Weiteren genehmigt der Rat die Unterzeichnung (einschließlich einer allfälligen vorläufigen Anwendung) der Übereinkünfte und schließt diese ab (Art. 218 Abs. 2 AEUV). Schließlich ist der Rat auch dafür zuständig, die Ermächtigung zur vereinfachten Änderung einer Übereinkunft zu erteilen (Art. 218 Abs. 7 AEUV), die Aussetzung der Anwendung einer Übereinkunft zu beschließen (Art. 218 Abs. 9 AEUV) und den Standpunkt der EU in einem durch eine Übereinkunft eingesetzten Gremium bei rechtswirksamen Akten festzulegen (Art. 218 Abs. 9 AEUV).

In Ausübung dieser Kompetenzen beschließt der Rat grundsätzlich mit qualifizierter Mehrheit (Art. 218 Abs. 8 UAbs. 1 AEUV). Einstimmigkeit ist jedoch erforderlich, wenn die Übereinkunft einen Bereich betrifft, in dem für den Erlass eines unions-internen Rechtsakts Einstimmigkeit erforderlich ist, sowie bei Assoziierungsabkommen und Übereinkünften über wirtschaftliche Kooperation mit beitragswilligen Staaten. Ebenso der Einstimmigkeit unterliegt auch die Übereinkunft über den Beitritt der EU zur EMRK, wobei dieser Beschluss zusätzlich erst nach Ratifikation durch die Mitgliedstaaten in Kraft treten kann (Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 AEUV).<sup>52</sup>

### 4. Kommission und Hoher Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik

Die Kommission und der Hohe Vertreter der Union für Außen- und Sicherheitspolitik verfügen im Vertragsschlussverfahren über idente Kompetenzen, wobei die Kommission allgemein zuständig ist, während die Zuständigkeit des Hohen Vertreters auf jene Übereinkünfte beschränkt ist, die ausschließlich oder hauptsächlich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik betreffen (Art. 218 Abs. 3 AEUV). Das Initiativmonopol umfasst jeweils folgende Befugnisse:

- Empfehlung für einen Beschluss des Rates zur Aufnahme von Verhandlungen und über die Benennung des Verhandlungsführers oder des Leiters des Verhandlungsteams (Art. 218 Abs. 3 AEUV);
- Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Unterzeichnung einer Übereinkunft und gegebenenfalls zur vorläufigen Anwendung derselben (Art. 218 Abs. 5 AEUV);
- Vorschlag für einen Beschluss des Rates zum Abschluss einer Übereinkunft (Art. 218 Abs. 6 UAbs. 1 AEUV);

<sup>52</sup> S. R. Uerpmann-Witzack in diesem Heft auf S. 167.



- Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Aussetzung einer Übereinkunft (Art. 218 Abs. 9 AEUV);
- Vorschlag für einen Standpunkt der EU für rechtswirksame Akte eines in einer Übereinkunft vorgesehenen Gremiums (Art. 218 Abs. 9 AEUV).

Des Weiteren obliegt der Kommission oder dem Hohen Vertreter die Verhandlungsführung, und zwar entweder allein oder im Team mit dem Hohen Vertreter bzw. der Kommission oder dem Vorsitz des Rates (Art. 218 Abs. 3 AEUV). Bei den Verhandlungen sind die vom Rat festgelegten Verhandlungsrichtlinien zu beachten. Wurde ein Sonderausschuss bestellt, sind die Verhandlungen „im Benehmen“ mit diesem Ausschuss zu führen (Art. 218 Abs. 4 AEUV).

## 5. Parlament

Dem Europäischen Parlament kommen im Rahmen des Vertragsschlussverfahrens unterschiedliche Funktionen zu.

Zunächst muss das Parlament in allen Phasen des Verfahrens unverzüglich und umfassend unterrichtet werden (Art. 218 Abs. 10 AEUV). Diese primärrechtlich normierte Vorgabe wird in der geltenden Rahmenvereinbarung zwischen dem Europäischen Parlament und der Kommission (2010)<sup>53</sup> als Pflicht der Kommission näher ausgestaltet.<sup>54</sup>

Des Weiteren wirkt das Parlament in unterschiedlicher Intensität am Abschluss von Übereinkünften mit. Grundsätzlich ist das Parlament vom Rat vor dem Abschluss jeder Übereinkunft anzuhören (Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. b AEUV). In bestimmten, taxativ aufgezählten Fällen darf der Rat den Beschluss über den Abschluss einer Übereinkunft erst nach Zustimmung des Parlaments fassen (Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a AEUV). Dies gilt für Assoziierungsabkommen, die Übereinkunft über den EMRK-Beitritt der EU,<sup>55</sup> Übereinkünfte mit einem besonderen institutionellen Rahmen, Übereinkünfte mit erheblichen finanziellen Folgen für die EU sowie Übereinkünfte in Bereichen, für die unionsintern entweder das ordentliche Gesetzgebungsverfahren oder ein besonderes Gesetzgebungsverfahren mit Zustimmung des Parlaments gilt. Keine Mitwirkungsrechte des Parlaments sind hingegen bei Übereinkünften vorgesehen, die ausschließlich die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik betreffen.

Schließlich soll die Kommission in den Fällen, in denen sie die EU bei internationalen Konferenzen vertritt, die Aufnahme einer Delegation des Parlaments mit Beobachterstatus in die jeweilige Verhandlungsdelegation der Union „erleichtern“.<sup>56</sup>

53 ABl. EU 2012 C 70 E/101.

54 Rahmenvereinbarung Parlament – Kommission 2010 (Fn. 53), Rn. 23.

55 S. R. Uerpmann-Witzack in diesem Heft auf S. 167.

56 Rahmenvereinbarung Parlament – Kommission 2010 (Fn. 53), Rn. 25.

## 6. Gerichtshof der EU

Dem Gerichtshof der EU kommt im Rahmen des Vertragsschlussverfahrens eine vorbeugende Kontrolle zu. Er hat gemäß Art. 218 Abs. 11 AEUV die Kompetenz, die Vereinbarkeit einer geplanten Übereinkunft mit den Verträgen zu prüfen. Antragsberechtigt sind die Mitgliedstaaten, das Europäische Parlament, der Rat und die Kommission. Gegenstand der Überprüfung kann neben der Verbandskompetenz und/oder der Organkompetenz auch die Vereinbarkeit der geplanten Übereinkunft mit dem Primärrecht sein.

Das Gutachten des Gerichtshofs der EU ist bindend. Im Falle einer Ablehnung der Vereinbarkeit mit dem Primärrecht kann die geplante Übereinkunft nur in Kraft treten, wenn sie selbst oder die Verträge entsprechend geändert werden.<sup>57</sup>

## 7. Zusammenwirken der Organe

Die für das Vertragsschlussverfahren zuständigen Organe unterliegen dem Loyalitätsgebot. Dieses ist allgemein in Art. 4 Abs. 3 EUV und spezifisch für die Organe in Art. 13 Abs. 2 AEUV verankert. Demnach müssen die Organe loyal zusammenarbeiten.<sup>58</sup> Das gegenständliche Gebot gilt ganz allgemein und umfasst sowohl die ausschließlichen als auch die geteilten Zuständigkeiten der EU.<sup>59</sup>

Ergänzt wird das Loyalitätsgebot durch den Grundsatz der Einheit im internationalen Auftreten der EU und ihrer Mitgliedstaaten. Von Bedeutung ist dieser Grundsatz insbesondere dann, wenn die Mitgliedstaaten „neben“ der EU agieren.<sup>60</sup>

Hinzu kommen besondere Handlungs- und Unterlassungspflichten der Mitgliedstaaten, die primär dann zu beachten sind, wenn die EU ein abgestimmtes Verhalten initiiert. Dabei reicht ein Vorschlag der Kommission bereits aus.<sup>61</sup> Dies gilt sowohl bei ausschließlichen als auch bei geteilten Vertragsschlusskompetenzen.<sup>62</sup>

## V. Ausgewählte Rechtsfragen konkreter Anwendungsfälle

Die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführten neuen Bestimmungen betreffend die Vertragsschlusskompetenzen der EU und die Zuständigkeiten der außenvertretungsbefugten Organe beruhen zwar im Wesentlichen auf der zuvor im Rahmen der EG geltenden Rechtslage, beinhalten aber mehrere – zum Teil weitreichende – inhaltliche Neuerungen.<sup>63</sup> Mit diesen stellen sich neue Rechtsfragen, die im Zuge der

57 Vgl. zuletzt EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (Europäisches Patentgericht), Rn. 89.

58 Vgl. z.B. Rs. C-28/12 (Kommission/Rat), ABl. EU 2012 C 73/23.

59 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-266/03 (Kommission/Luxemburg), Slg. 2005, I-4805, Rn. 58; Rs. C-433/03 (Kommission/Deutschland), Slg. 2005, I-6985, Rn. 64.

60 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 73.

61 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 74.

62 S. unten V.3.

63 S. oben II.

Anwendung der einschlägigen Vertragsbestimmungen beantwortet werden müssen. Einige dieser Rechtsfragen werden nachstehend geprüft.

## **1. Abschluss von Übereinkünften, die vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon unterzeichnet wurden**

Der erste Fragenkomplex betrifft Übereinkünfte der EU, deren Abschlussverfahren vor dem 1. Dezember 2009 initiiert worden waren, bis zu diesem Zeitpunkt aber noch nicht abgeschlossen werden konnten.

### **a) Ausgangslage**

Noch vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hatte die EU mehrere internationale Übereinkünfte mit dritten Staaten ausgehandelt und unterzeichnet, die sie aber bis zum Inkrafttreten des neuen Vertragswerkes nicht mehr genehmigen konnte. Gestützt waren die gegenständlichen Übereinkünfte auf Art. 24 und Art. 38 EUV-Nizza. Auf dieser Grundlage hatte der Rat anlässlich der Ermächtigung zur Unterzeichnung beschlossen, einzelne Bestimmungen der jeweiligen Übereinkunft bis zu deren Inkrafttreten vorläufig anzuwenden. Gleichzeitig hatten mehrere Mitgliedstaaten – darunter auch Österreich – gemäß Art. 24 Abs. 5 EUV-Nizza eine Erklärung abgegeben, dass in ihrem Land bestimmte verfassungsrechtliche Vorschriften eingehalten werden müssen und sie deshalb an die Übereinkunft nicht gebunden seien. Davon betroffen waren etwa das Abkommen zwischen der EU und den USA über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (PNR-Abkommen 2007)<sup>64</sup> und das Protokoll zwischen der EU, der EG, der Schweiz und Liechtenstein über den Beitritt Liechtensteins zum Schengener-System (2008).<sup>65</sup>

### **b) Rechtsfragen**

Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war zu entscheiden, ob die Genehmigung dieser Übereinkünfte von der EU allein oder nur gemeinsam mit ihren Mitgliedstaaten (als gemischte Abkommen)<sup>66</sup> vorgenommen werden kann. Ebenso war die Frage zu beantworten, welches Abschlussverfahren auf derartige Übereinkünfte

64 Vgl. Beschluss 2007/551/GASP/JI des Rates v. 23.7.2007 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – eines Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verarbeitung von Fluggastdatensätzen (Passenger Name Records – PNR) und deren Übermittlung durch die Fluggesellschaften an das United States Department of Homeland Security (DHS) (PNR-Abkommen von 2007), ABl. EU 2007 L 204/16.

65 Vgl. Beschluss 2008/262/EG des Rates v. 28.2.2008 über die Unterzeichnung – im Namen der Europäischen Union – des Protokolls zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über den Beitritt des Fürstentums Liechtenstein zum Abkommen zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Assoziierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands und die vorläufige Anwendung einiger Bestimmungen dieses Protokolls, ABl. EU 2008 L 83/5.

66 Zu den gemischten Abkommen der EU s. A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S. 75.

Anwendung findet. Schließlich musste auch geklärt werden, welche Rechtswirkungen den Erklärungen der Mitgliedstaaten gemäß Art. 24 Abs. 5 EUV-Nizza zukommt.

Hinsichtlich der Zuständigkeit der EU zum Abschluss dieser Übereinkünfte war in Erwägung zu ziehen, dass der Rat die Aufnahme der Verhandlungen allein im Namen der Union genehmigt hatte. Durch diese Rechtshandlung hatte die Union in Bereichen geteilter bzw. besonderer Zuständigkeit von ihrer jeweiligen Kompetenz Gebrauch gemacht. Sie hatte dies durch die Beschlüsse zur Unterzeichnung der einzelnen Übereinkünfte bestätigt. Dem folgend war der Abschluss dieser Übereinkünfte durch die Union allein vorzunehmen.

Auf den Abschluss der gegenständlichen Übereinkünfte war das neue Verfahren des Art. 218 AEUV<sup>67</sup> anzuwenden. Nach diesem Verfahren wurde beispielsweise das Protokoll über den Beitritt Liechtensteins zum Schengener-System genehmigt.<sup>68</sup> Das PNR-Abkommen (2007) mit den USA stieß hingegen im Zuge des Genehmigungsverfahrens gemäß Art. 218 Abs. 6 AEUV im Europäischen Parlament wegen nicht ausreichenden Datenschutzes auf Widerstand und musste neu verhandelt werden.<sup>69</sup> Die nach Art. 218 AEUV abgeschlossenen Übereinkünfte binden gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV die Organe der Union und die Mitgliedstaaten.

Die Erklärungen einzelner Mitgliedstaaten mit dem Verweis auf ihre verfassungsrechtlichen Vorschriften haben mit dem Wegfall des Art. 24 EUV-Nizza ihre Rechtsgrundlage verloren. Das nunmehr verpflichtend anzuwendende Vertragsschlussverfahren in Art. 218 AEUV sieht derartige Erklärungen nicht mehr vor. Eine entsprechende Übergangsregelung fehlt allerdings. Art. 9 Protokoll Nr. 36 über die Übergangsbestimmungen<sup>70</sup> sieht zwar vor, dass die Rechtsakte der Organe, Einrichtungen und sonstigen Stellen der Union, die vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon auf der Grundlage des zuvor geltenden EU-Vertrags angenommen wurden, so lange Rechtswirkung behalten, bis sie in Anwendung der Verträge aufgehoben, für nichtig erklärt oder geändert werden.<sup>71</sup> Dies gilt allerdings nur für die auf Art. 24 und/oder Art. 38 EUV-Nizza gestützten Beschlüsse des Rates über die Unterzeichnung der Übereinkünfte im Namen der EU, weil sie Rechtsakte der Organe darstellen. Die auf Art. 24 Abs. 5 EUV-Nizza gestützten Erklärungen der Mitgliedstaaten sind jedoch keine solchen Rechtsakte, so dass diese am 1. Dezember 2009

67 S. dazu oben IV.

68 Vgl. Beschluss 2011/350/EU des Rates v. 7.3.2011 über den Abschluss – im Namen der Union – des Protokolls zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft, der Schweizerischen Eidgenossenschaft und dem Fürstentum Liechtenstein über den Beitritt des Fürstentums Liechtenstein zum Abkommen zwischen der Europäischen Union, der Europäischen Gemeinschaft und der Schweizerischen Eidgenossenschaft über die Assoziierung der Schweizerischen Eidgenossenschaft bei der Umsetzung, Anwendung und Entwicklung des Schengen-Besitzstands in Bezug auf die Abschaffung der Kontrollen an den Binnengrenzen und den freien Personenverkehr, ABl. EU 2011 L 160/19.

69 Vgl. Vorschlag für einen Beschluss des Rates über den Abschluss des Abkommens zwischen der Europäischen Union und den Vereinigten Staaten von Amerika über die Verwendung von Fluggastdatensätzen und deren Übermittlung an das United States Department of Homeland Security, KOM(2011) 807 endg. v. 23.11.2011.

70 ABl. EU 2010 C 83/322.

71 Vgl. z.B. W. Obwexer, Der Vertrag von Lissabon und die Gerichtsbarkeit des öffentlichen Rechts, ÖJZ 2011, S. 1043, 1046.

ihre Geltung verloren haben. Dem folgend waren die gegenständlichen Übereinkünfte ab diesem Tag von den Organen der EU und allen Mitgliedstaaten vorläufig anzuwenden.

## **2. Weitergeltung der bilateralen Investitionsabkommen der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten (BITs)**

Ein zweiter Fragenkomplex betrifft das rechtliche Schicksal der von den Mitgliedstaaten abgeschlossenen bilateralen Investitionsabkommen mit Drittstaaten (Bilateral Investment Treaties – BITs).

### **a) Ausgangslage**

Vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hatten die 27 EU-Mitgliedstaaten mehr als 1000 bilaterale Investitions(schutz)abkommen mit dritten Staaten abgeschlossen. Mit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 wurde die gemeinsame Handelspolitik der EU auch auf ausländische Direktinvestitionen erstreckt, so dass letztere seither gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen. Demnach kann in diesem Bereich nur noch die EU gesetzgeberisch tätig werden und verbindliche Rechtsakte erlassen. Die Mitgliedstaaten dürfen gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV nur noch handeln, wenn sie von der EU hierzu ermächtigt wurden. Daraus resultiert eine formal-rechtliche Unvereinbarkeit der BITs mit dem geltenden Unionsrecht, die sich aus der neuen vertikalen Kompetenzverteilung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten ergibt. Hinzu kommt, dass BITs nach der Rechtsprechung des EuGH auch materiell-rechtlich mit dem Unionsrecht unvereinbar sind, soweit sie den freien Transfer der im Zusammenhang mit einer Investition stehenden Zahlungen in frei konvertierbarer Währung und ohne ungebührliche Verzögerung gewährleisten und keine Bestimmung enthalten, durch die der EU zustehende Beschränkungen der Bewegung von Geldmitteln im Zusammenhang mit Investitionen vorbehalten bleiben.<sup>72</sup> Zu letzteren möglichen Beschränkungen zählen Maßnahmen der EU zur Einschränkung des freien Kapitalverkehrs u.a. im Zusammenhang mit Direktinvestitionen mit Drittländern (Art. 64 Abs. 3 AEUV), Schutzmaßnahmen für das Funktionieren der Wirtschafts- und Währungsunion (Art. 66 AEUV) sowie notwendige Sofortmaßnahmen auf dem Gebiet des Kapital- und Zahlungsverkehrs (Art. 75 AEUV).

### **b) Rechtsfragen**

Die neue ausschließliche Zuständigkeit der EU im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik ist auf „ausländische Direktinvestitionen“ bezogen. Diese müssen – arg. „ausländisch“ – Investitionen in oder aus Drittstaaten betreffen; EU-interne Inves-

<sup>72</sup> Z.B. EuGH, Rs. C-205/06 (Kommission/Österreich), Slg. 2009, I-1301, Rn. 25 u. 32.

tionen sind nicht umfasst. Was unter „Direktinvestitionen“ zu verstehen ist, wird primärrechtlich nicht definiert. Einen – durchaus gewichtigen – Anhaltspunkt für die Auslegung beinhaltet die idente Begrifflichkeit im Rahmen des freien Kapitalverkehrs. Demnach umfassen Direktinvestitionen die Beteiligung eines Investors an einem Unternehmen, die ihm die Möglichkeit verschafft, sich tatsächlich an der Verwaltung dieses Unternehmens und dessen Kontrolle zu beteiligen. Davon zu unterscheiden sind Portfolioinvestitionen, die allein in der Absicht einer Geldanlage erfolgen, ohne auf die Verwaltung und Kontrolle des Unternehmens Einfluss nehmen zu wollen.<sup>73</sup>

Wird diese Auslegung des Begriffes „Direktinvestitionen“ auf Art. 207 AEUV übertragen, so müsste damit – wie von der h.L. verlangt<sup>74</sup> – eine gewisse effektive Mindesteinflussmöglichkeit des Investors auf das Unternehmen verbunden sein („Kontrollerwerb“). Gleichzeitig wären unter dieser Mindestbeteiligung liegende Portfolioinvestitionen von der gemeinsamen Handelspolitik der EU gemäß Art. 207 AEUV nicht umfasst. Demnach müssten BITs, die auch Portfolioinvestitionen regeln, als gemischte Abkommen<sup>75</sup> abgeschlossen werden.

Die mit dem Vertrag von Lissabon eingeführte ausschließliche Zuständigkeit der EU für Direktinvestitionen führt als solche nicht zu einer materiell-rechtlichen Unvereinbarkeit der von den Mitgliedstaaten zuvor mit Drittstaaten abgeschlossenen BITs mit dem Unionsrecht; diese wurden – intertemporal gesehen – ja unionsrechtskonform abgeschlossen. Dem folgend dürfen die Mitgliedstaaten ihre BITs – trotz formal-rechtlicher Unvereinbarkeit mit dem neuen Unionsrecht – weiterhin aufrechterhalten, sofern und soweit sie nicht gegen materielles Unionsrecht verstoßen und solange die EU nicht ihrerseits mit dem betreffenden Drittstaat ein BIT abgeschlossen hat. In letzterem Fall sind die Mitgliedstaaten durch das Loyalitätsgebot in Art. 4 Abs. 3 EUV und den Grundsatz einer einheitlichen völkerrechtlichen Vertretung der Union<sup>76</sup> verpflichtet, ihre BITs entsprechend anzupassen oder sogar zu kündigen.

Soweit eine materiell-rechtliche Unvereinbarkeit besteht, z.B. ein Verstoß gegen die Vertragsbestimmungen über den Erlass allfälliger Beschränkungen des freien Kapitalverkehrs mit Drittstaaten durch die EU, sind die BITs als „Altverträge“ durch Art. 351 Abs. 1 AEUV geschützt. Die Mitgliedstaaten unterliegen allerdings der Anpassungsverpflichtung gemäß Art. 351 Abs. 2 AEUV.<sup>77</sup> In diesem Zusammenhang stellt sich die Frage, ob eine Kündigung eines BIT oder dessen Anpassung an die unionsrechtlichen Vorgaben eine Rückermächtigung durch die EU i.S.v. Art. 2

73 Z.B. EuGH, verb. Rs. C-282/04 u. C-283/04 (Kommission/Niederlande), Slg. 2006, I-9141, Rn. 19; Rs. C-81/09 (Idryma Typou), Slg. 2010, I-10161, Rn. 48.

74 Vgl. z.B. M. Bungenberg, Außenbeziehungen und Außenhandelspolitik, EuR-Beiheft 1-2009, S. 195, 209; Ch. Herrmann, Die Zukunft der mitgliedstaatlichen Investitionspolitik nach dem Vertrag von Lissabon, EuZW 2010, S. 207, 208; Ph. Terhechte, Art. 351 AEUV, das Loyalitätsgebot und die Zukunft mitgliedstaatlicher Investitionsschutzverträge nach Lissabon, EuR 2010, S. 517, 521; Ch. Tietje, Die Außenwirtschaftsverfassung der EU nach dem Vertrag von Lissabon, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 83/2009, S. 15 ff.

75 S. dazu A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S. 75.

76 EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 73.

77 Vgl. Ph. Terhechte, Art. 351 AEUV (Fn. 74), S. 522 ff.; Ch. Tietje, Außenwirtschaftsverfassung (Fn. 74), S. 17 f.

Abs. 1 AEUV verlangt. Dies ist wohl zu verneinen, da der betroffene Mitgliedstaat nicht autonom tätig wird, sondern lediglich seiner primärrechtlichen Anpassungspflicht aus Art. 351 Abs. 2 AEUV nachkommt.<sup>78</sup>

Vor diesem Hintergrund unterbreitete die Kommission Anfang Juli 2010 einen Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates zur Einführung einer Übergangsregelung für bilaterale Investitionsabkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten.<sup>79</sup> Diese – auf die ausschließliche Zuständigkeit der EU in Art. 207 Abs. 2 AEUV gestützte – Verordnung soll festlegen, nach welchen Modalitäten, unter welchen Bedingungen und nach welchen Verfahren den Mitgliedstaaten genehmigt wird, bilaterale Investitionsabkommen mit Drittländern aufrechtzuerhalten, zu ändern oder abzuschließen (Art. 1 VO-Vorschlag).<sup>80</sup>

Die vorgeschlagene Genehmigung zur Aufrechterhaltung der BITs wegen formalrechtlicher Unvereinbarkeit mit dem Unionsrecht (Kap. II VO-Vorschlag) ist primärrechtlich nicht notwendig. Sie führt aber zu verbesserter Rechtssicherheit, da die Mitgliedstaaten der Kommission ihre BITs notifizieren müssen und diese anschließend im Amtsblatt der EU veröffentlicht werden.

Unionsrechtlich notwendig ist hingegen die Ermächtigung der Mitgliedstaaten zur Änderung bestehender BITs oder zum Abschluss neuer BITs (Kap. III VO-Vorschlag). Diese Ermächtigung soll in Form einer Genehmigung durch die Kommission erteilt werden. Solange und soweit die Änderung eines BIT in Erfüllung der Anpassungspflicht aus Art. 351 Abs. 2 AEUV erfolgt und auf die Behebung der materiell-rechtlichen Unvereinbarkeiten mit dem Unionsrecht beschränkt bleibt, wäre keine Ermächtigung in Form einer Genehmigung durch die Kommission erforderlich. Der Verordnungsvorschlag differenziert diesbezüglich allerdings nicht, sondern verlangt für jede Änderung bestehender BITs eine vorherige Genehmigung durch die Kommission.

### **3. Abstimmung der EU-Mitgliedstaaten in der Internationalen Organisation für Rebe und Wein**

Ein dritter Fragenkomplex hat die Reichweite der unionsrechtlichen Verpflichtung der Mitgliedstaaten, sich in internationalen Organisationen abzustimmen, zum Gegenstand.

#### **a) Ausgangslage**

Die Internationale Organisation für Rebe und Wein (OIV) ist eine zwischenstaatliche Einrichtung mit primär wissenschaftlich-technischen Zuständigkeiten in den

<sup>78</sup> So auch *Ch. Herrmann*, Investitionspolitik (Fn. 74), S. 211.

<sup>79</sup> KOM(2010) 344 endg. v. 7.7.2010. Vgl. Legislative Entschließung des Europäischen Parlaments v. 10.5.2011, P7\_TA-PROV(2011) 206; Ratsdokument 7342/12 v. 6.3.2012.

<sup>80</sup> Vgl. – allgemein – *Ch. Schaefer*, Die Ermächtigung von Mitgliedstaaten bei ausschließlicher Gemeinschaftszuständigkeit: Regelwidrigkeit in der Kompetenzordnung?, EuR 2008, S. 721.



Bereichen Rebe, Wein, weinhaltige Getränke, Tafeltrauben, Rosinen und andere Reberzeugnisse. Ihr gehören derzeit 44 Staaten an, von denen 20 EU-Mitgliedstaaten sind; die EU selbst ist nicht Mitglied der OIV. Die Hauptaufgabe der OIV besteht darin, „Beschlüsse“ über die önologischen Verfahren, die Analysemethoden und die Reinheits- und Identitätskriterien für die bei önologischen Verfahren eingesetzten Stoffe anzunehmen. Diese Beschlüsse sind als bloße Empfehlungen für die Mitgliedstaaten nicht verbindlich. Im Unionsrecht entfalten die gegenständlichen Beschlüsse allerdings teilweise bindende Rechtswirkungen, weil die geltende Verordnung über die Gemeinsame Marktorganisation<sup>81</sup> dynamisch auf OIV-Beschlüsse verweist.

Vor diesem Hintergrund hatte die Kommission Ende September 2008 den Beitritt der EG zur OIV vorgeschlagen und dem Rat die Aufnahme von Verhandlungen über die Bedingungen und Modalitäten des Beitritts empfohlen.<sup>82</sup> Dieser Vorschlag fand im Rat allerdings keine Mehrheit.

Daraufhin änderte die Kommission ihre Vorgangsweise und unterbreitete Mitte Mai 2011 – gestützt auf Art. 43 i. V. m. Art. 218 Abs. 9 AEUV – einen Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Festlegung des im Namen der EU zu vertretenden Standpunkts in Bezug auf bestimmte geplante Beschlüsse der OIV.<sup>83</sup> Dieser Vorschlag wurde sowohl im Rahmen der Arbeitsgruppe des Rates „Wein und Alkohol (OIV)“ als auch im Sonderausschuss Landwirtschaft erörtert. Dabei sprach sich die überwiegende Mehrheit der Mitgliedstaaten jedoch übereinstimmend gegen die Annahme von Standpunkten der EU in der OIV aus. Aus diesem Grund wurde der Vorschlag der Kommission nicht auf die Tagesordnung des Rates vom 21. Juni 2011 gesetzt. Vielmehr stimmten die 20 in der OIV vertretenen EU-Mitgliedstaaten sich informell im Vorfeld der Vollversammlung der OIV inhaltlich ab und votierten am 24. Juni – trotz ausdrücklicher Aufforderung der Kommission, in Ermangelung eines gemeinsamen Standpunkts der EU jeden Beschluss der OIV abzulehnen – nicht gegen die vorgeschlagenen Beschlüsse der OIV, so dass diese angenommen wurden. In der Folge leitete die Kommission gegen die der OIV angehörenden 20 EU-Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren ein. In ihrem Aufforderungsschreiben führte sie aus, dass Beschlüsse einer internationalen Organisation, die gemeinsame Regeln der EU beeinträchtigen oder in ihrer Tragweite ändern können, gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV in die ausschließliche Zuständigkeit der Union fallen, so dass die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV nur noch nach vorheriger Ermächtigung der Union handeln dürfen. Da eine solche Ermächtigung, enthalten im von der Kommission vorgeschlagenen Beschluss des Rates über einen Standpunkt der EU, fehlte, haben die betroffenen Mitgliedstaaten durch ihr Handeln in der OIV ihre aus Art. 2 Abs. 1, Art. 3 Abs. 2 und Art. 43 AEUV erwachsende Verpflichtung zur

81 Verordnung (EG) Nr. 1234/2007 des Rates v. 22.10.2007 über eine gemeinsame Organisation der Agrarmärkte und mit Sondervorschriften für bestimmte landwirtschaftliche Erzeugnisse, ABl. EU 2007 L 299/1.

82 Empfehlung der Kommission an den Rat zur Ermächtigung der Kommission, mit der Internationalen Organisation für Rebe und Wein (OIV) Verhandlungen über die Bedingungen und Modalitäten des Beitritts der Europäischen Gemeinschaft aufzunehmen und zu führen, KOM(2008) 577 endg. v. 26.9.2008.

83 Nicht veröffentlicht.

Wahrung der ausschließlichen Zuständigkeit der EU sowie die Verpflichtung zu loyaler Zusammenarbeit gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV verletzt.<sup>84</sup>

Ausgehend von diesem Standpunkt unterbreitete die Kommission Ende April 2012 erneut einen Vorschlag für einen Beschluss des Rates zur Festlegung des im Namen der EU zu vertretenden Standpunkts in Bezug auf bestimmte Resolutionen, die im Rahmen der OIV zu verabschiedet sind.<sup>85</sup>

## b) Rechtsfragen

In diesem Zusammenhang ist primär zu klären, ob die Annahme der Beschlüsse der OIV – wie von der Kommission behauptet – tatsächlich in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fällt. Fest steht diesbezüglich, dass die Landwirtschaft, zu der auch Art. 43 AEUV gehört, gemäß Art. 4 Abs. 2 lit. d AEUV eine geteilte Zuständigkeit der EU darstellt. Dennoch kann die diesen Bereich betreffende Zuständigkeit der EU zum Abschluss von Übereinkünften eine ausschließliche sein. Dies ist gemäß Art. 3 Abs. 2 AEUV u.a. dann der Fall, wenn der Abschluss einer solchen Übereinkunft „gemeinsame Regeln beeinträchtigen oder deren Tragweite verändern könnte“. <sup>86</sup> Während unbestritten ist, dass auch Beschlüsse von Organen internationaler Organisationen eine „Übereinkunft“ darstellen, ist noch nicht abschließend geklärt, ob diese zusätzlich rechtlich bindend sein müssen. Der Wortlaut des Art. 218 Abs. 9 AEUV, der auf „rechtswirksame Akte“ abstellt, scheint nicht zwingend eine Bindungswirkung zu verlangen. Nach der jüngeren Rechtsprechung des EuGH können gemeinsame Regeln bereits dann i.S.d. *AETR*-Formel beeinträchtigt werden, wenn ein Mitgliedstaat in einer internationalen Organisation einen Vorschlag unterbreitet, der zum Erlass neuer Vorschriften dieser Organisation führt, die ihrerseits Auswirkungen auf das geltende Unionsrecht haben, selbst wenn letztere nicht ex lege, sondern erst nach – grundsätzlich beschlossener – Übernahme in das Unionsrecht eintreten. <sup>87</sup> Dem folgend scheinen jene Beschlüsse der OIV, die infolge der dynamischen Verweise in der Gemeinsamen Marktorganisation auch im Unionsrecht Rechtswirkungen entfalten, in die ausschließliche Zuständigkeit der EU zu fallen.

Sofern dies – wie vorstehend dargelegt – zutrifft, ist es einem oder mehreren Mitgliedstaaten nicht erlaubt, Verpflichtungen einzugehen, die zu einer Beeinträchtigung von Normen des Unionsrechts, die zur Verwirklichung der Vertragsziele ergangen sind, führen könnten. Der Umstand, dass die EU nicht Mitglied einer internationalen Organisation wie der OIV ist, schließt jedenfalls nicht die Möglichkeit aus, dass die Außenkompetenzen der Union über die Mitgliedstaaten, die im Interesse der Union gemeinsam handeln, tatsächlich ausgeübt werden. <sup>88</sup> Für ihr gemeinsames Handeln brauchen die Mitgliedstaaten allerdings gemäß Art. 2 Abs. 1 AEUV

<sup>84</sup> Vgl. – betreffend Österreich – SG-Greffe(2011)D/16115 v. 30.11.2011.

<sup>85</sup> KOM(2012) 192 endg. v. 27.4.2012.

<sup>86</sup> S. oben III.5.c).

<sup>87</sup> EuGH, Rs. C- 45/07 (Kommission/Griechenland), Slg. 2009, I-701, Rn. 21 ff.

<sup>88</sup> EuGH, Rs. C- 45/07 (Kommission/Griechenland), Slg. 2009, I-701, Rn. 30 f.

eine entsprechende Ermächtigung durch die zuständigen Organe der Union. Eine solche kann explizit oder implizit mit der Festlegung des abgestimmten Verhaltens in Form eines gemeinsamen Standpunkts erteilt werden.

Sollten die Beschlüsse der OIV wegen ihrer fehlenden rechtlichen Bindungswirkung nicht in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fallen, wären sie – dem Bereich der Landwirtschaft folgend – der geteilten Zuständigkeit der Union zuzuordnen. In diesem Fall könnten die Mitgliedstaaten gemäß Art. 2 Abs. 2 AEUV ihre Zuständigkeit wahrnehmen, sofern und soweit die Union ihre Zuständigkeit nicht ausgeübt hat. Demnach könnten die 20 der OIV angehörenden EU-Mitgliedstaaten dort autonom handeln, sofern und solange ein gemeinsamer Standpunkt der Union i.S.v. Art. 218 Abs. 9 AEUV fehlt. Nach ständiger Rechtsprechung des EuGH sind die Mitgliedstaaten jedoch verpflichtet, eng mit den Unionsorganen zusammenzuarbeiten. Die gegenständliche Verpflichtung resultiert aus dem Loyalitätsgebot in Art. 4 Abs. 3 EUV sowie aus dem Grundsatz einer einheitlichen völkerrechtlichen Vertretung der Union. Sie gilt unabhängig davon, ob eine ausschließliche oder eine geteilte Zuständigkeit der EU betroffen ist. In diesem Zusammenhang hat der EuGH bereits entschieden, „dass für die Mitgliedstaaten besondere Handlungs- und Unterlassungspflichten bestehen, wenn die Kommission dem Rat Vorschläge unterbreitet hat, die, obgleich sie vom Rat nicht angenommen worden sind, den Ausgangspunkt eines abgestimmten (unionalen) Vorgehens darstellen“.<sup>89</sup> Daraus folgt, dass die Mitgliedstaaten selbst in Ausübung ihrer eigenen Zuständigkeiten vom Vorschlag der Kommission nicht abweichen dürfen, solange dieser nicht von den zuständigen Organen geändert oder abgelehnt wurde. Erst dann liegt eine modifizierte oder neue Strategie der EU vor. Diese auf gemischte Abkommen bezogene Rechtsprechung des EuGH ist wohl auch auf jene Fallkonstellationen zu übertragen, in denen die EU aus rein politischen Gründen nicht neben ihren Mitgliedstaaten einer internationalen Organisation angehört, wie dies bei der OIV der Fall ist. Trifft dies zu, so waren die Mitgliedstaaten gemäß Art. 4 Abs. 3 EUV und nach dem Grundsatz einer einheitlichen völkerrechtlichen Vertretung der Union an den Vorschlag der Kommission gebunden, da dieser vom Rat nicht behandelt und daher auch nicht geändert oder abgelehnt worden war. Dem folgend durften sie im Rahmen der OIV-Vollversammlung am 24. Juni 2011 vom Vorschlag der Kommission nicht abweichen.

Sowohl die weite als auch die enge Auslegung des Art. 218 Abs. 9 AEUV steht im gegenständlichen Fall einem autonomen Vorgehen der 20 EU-Mitgliedstaaten in der OIV entgegen.

## VI. Schlussbetrachtungen

Mit dem Vertrag von Lissabon erhielt die EU nicht nur explizit völkerrechtliche Rechtspersönlichkeit verliehen, sondern auch umfassende Vertragsschlusskompe-

<sup>89</sup> EuGH, Rs. 804/79 (Kommission/Vereinigtes Königreich), Slg. 1981, 1045, Rn. 28; Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 74 u. 103.

tenzen übertragen. Diese entsprechen im Wesentlichen den vertraglich geregelten und judikativ weiter entwickelten Vertragsschlusskompetenzen der EG, erstrecken sich aber auf die gesamte EU. Wie zuvor in der EG ist nunmehr auch in der EU zwischen expliziten und impliziten Vertragsschlusskompetenzen zu differenzieren. Letztere fallen weitestgehend in die ausschließliche Zuständigkeit der Union, wie eine Zusammenschau der Kompetenzbestimmung in Art. 216 Abs. 1 AEUV und der Kompetenzzuordnung in Art. 3 Abs. 2 AEUV – trotz unterschiedlicher Formulierung beider Vertragsbestimmungen – ergibt.

Das Vertragsschlussverfahren wurde ebenfalls dem EG-Vertrag entnommen, wurde dabei aber in einzelnen Punkten zum Teil wesentlich modifiziert. Dies gilt insbesondere für die Aufwertung des Europäischen Parlaments und die Einbeziehung des Hohen Vertreters der Union für Außen- und Sicherheitspolitik. Gleichzeitig wurde dieses Verfahren auf alle Kompetenzbereiche der EU erstreckt.

Obwohl die Regelungen betreffend die Vertragsschlusskompetenzen und das Vertragsschlussverfahren der EU im Lichte der umfassenden Rechtsprechung des EuGH zu den Vorgängerregelungen auszulegen sind, bleiben wichtige Fragen zu klären. Dies gilt u.a. für die Reichweite der ausschließlichen Vertragsschlusskompetenz, die Altverträge der Mitgliedstaaten, die Ernennung der Verhandlungsführer und die Festlegung gemeinsamer Standpunkte der EU in internationalen Gremien. Diese Fragen werden in der Praxis letztverbindlich vom Gerichtshof der Union gelöst werden müssen.



# Die „gemischten“ Abkommen zwischen der Europäischen Union und ihren Mitgliedstaaten einerseits und dritten Völkerrechtssubjekten andererseits

*Von Andreas J. Kumin und Philip Bittner, Wien\**

## I. Definition und Ursachen

Der Begriff „gemischtes Abkommen“ findet sich nicht im positiven Unionsrecht, sondern hat sich in der Literatur herausgebildet. Es werden damit völkerrechtliche Verträge bezeichnet, bei denen nicht nur die EU, sondern auch ihre Mitgliedstaaten Vertragsparteien sind. Der EuGH verwendet dafür den Terminus „gemischte Übereinkunft“<sup>1</sup> (im Anklang an die Bezeichnung in Art. 218 AEUV für Abkommen der EU). Der Grund für den Abschluss von gemischten Abkommen liegt zumeist in der nicht ausreichenden Rechtsgrundlage in den EU-Verträgen für einen alleinigen Abschluss durch die EU.<sup>2</sup> Manche Inhalte des Abkommens können dabei Angelegenheiten betreffen, für die überhaupt keine ausdrückliche Zuständigkeit der EU gefunden werden kann oder die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gegeben ist, weil die Gründungsverträge sie diesen vorbehalten.<sup>3</sup> Ferner beschließt der Rat im Zusammenhang mit konkreten Abkommen nicht immer, dass die EU geteilte Zuständigkeiten selbst wahrnimmt. Dann müssen jedenfalls für diese Teile des Abkommens die Mitgliedstaaten tätig werden.

Der gemeinsame Abschluss eines Abkommens durch EU und Mitgliedstaaten ist auch dann denkbar, wenn die darin geregelte Materie etwa nur in eine unterstützende, koordinierende oder ergänzende Zuständigkeit der EU (Art. 6 AEUV) fällt bzw. in eine der wenigen besonderen geteilten Zuständigkeiten, die in Art. 4 Abs. 3 und 4 AEUV geregelt sind. In all diesen Fällen können nämlich die Mitgliedstaaten parallel zur EU tätig werden. Ähnliches wäre denkbar bei einer auf die Rechtsgrundlage Umweltpolitik gestützten EU-Teilnahme, wenn im Rahmen des Abkommens ein über den EU-Acquis hinausgehender Standard in Anwendung der Schutzverstärkungsklausel (Art. 193 AEUV) nach außen hin von den Mitgliedstaaten vertreten wird. Das Primärrecht vor dem Vertrag von Lissabon hatte ferner in Art. 133 Abs. 6 EGV zur Gemeinsamen Handelspolitik einige Fälle geregelt, in denen zwingend der Abschluss eines gemischten Abkommens vorgesehen war. Dies wurde mit der eigentümlichen Formel angeordnet, dass bestimmte Abkommen „vom Rat nicht geschlossen werden“ konnten und in weiterer Konsequenz neben dem Ratsbeschluss (für die Gemeinschaft) auch „die einvernehmliche Zustimmung

\* Mag. Dr. Andreas J. Kumin ist Leiter der Abteilung Europarecht im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (BMeiA); MMag. Dr. Philip Bittner ist Leiter des Referates für Internationales Wirtschafts- und Umweltrecht im BMeiA. Die Ansicht der Autoren entspricht nicht notwendigerweise der Position des BMeiA.

1 Vgl. EuGH, Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635, Rn. 61.

2 Zu den Vertragsschlusskompetenzen der EU s. *W. Obwexer* in diesem Heft auf S. 49.

3 Z.B. die Festlegung der Staatsgrenzen, die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit oder die Ausgestaltung der nationalen Bildungssysteme.

der Mitgliedstaaten erforderlich“ war. Bei den Assoziierungsabkommen erfolgt der Abschluss fast ausnahmslos<sup>4</sup> als gemischtes Abkommen, obwohl die EU dafür über eine umfassende Zuständigkeit verfügt (Art. 217 AEUV). Durch die Beteiligung aller Mitgliedstaaten an der Seite der EU soll nämlich – v.a. bei Vorbeitrittsassozierungsabkommen – ein politisches Signal des gemeinsamen Interesses an einer umfassenden Vertiefung der wechselseitigen Beziehungen gesendet werden. Aber auch ganz allgemein ist auf die enge Verbindung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Rahmen eines gemischten Abkommens sowie die Bedeutung des Loyalitätsprinzips hinzuweisen.

Der Abschluss eines gemischten Abkommens kann sich bereits aus dem ursprünglichen Willen der EU-Mitgliedstaaten ergeben, wenn sie als Rat dem EU-Verhandler gem. Art. 218 Abs. 3 und 4 AEUV (in der Regel also der Kommission) ausdrücklich ein diesbezügliches Mandat erteilen, oder aber erst zu einem späteren Zeitpunkt im Lichte der vom Abkommen getroffenen Regelungen. Die abschließende Entscheidung über die Rechtsgrundlage und somit auch das Ausmaß der Beteiligung der EU kann nämlich erst in voller Kenntnis des gesamten und endgültigen Inhalts des Abkommens erfolgen.

## II. Typologie

### 1. Nach den Vertragsparteien auf EU-Seite

#### a) Echtes gemischtes Abkommen („vertikal gemischt“)

In der Regel wird die EU bei gemischten Abkommen aus eigenem Handeln Vertragspartei, hinterlegt ihr eigenes Ratifikationsinstrument und tritt im Rahmen der Gremien des Abkommens mit eigenen Funktionsträgern neben den EU-Mitgliedstaaten auf.

#### b) Asymmetrisches gemischtes bzw. begrenzt gemischtes Abkommen

Gelegentlich sind bei einem Abkommen trotz Teilnahme der EU nicht alle EU-Mitgliedstaaten Vertragsparteien. Dies kommt v.a. bei territorial begrenzten Regimen in Frage, z.B. der Alpenkonvention oder Flussregimen (etwa Donaukonvention nach einem möglichen zukünftigen EU-Beitritt). Solche durch die äußeren Umstände gerechtfertigte Fallkonstellationen mit geografischer Einschränkung der Geltung von EU-Rechtsnormen stellen allerdings entsprechend den Grundsätzen der einheitlichen völkerrechtlichen Vertretung der EU sowie der einheitlichen Geltung und Anwendung des Unionsrechts bei Abkommen die Ausnahme dar.

<sup>4</sup> Als eine der wenigen bekannten Ausnahmen wäre das Assoziierungsabkommen der EWG mit Malta zu nennen, ABl. EG 1971 L 61/2.



### c) Verstecktes gemischtes Abkommen

An manchen multilateralen Abkommen kann die EU nicht selbst teilnehmen, weil sie nur Staaten und nicht internationale Organisationen als Vertragsparteien zulassen. Oft ist die EU aber für einen Teil der Bestimmungen des Übereinkommens ausschließlich zuständig bzw. soll sie eine diesbezüglich gegebene, mit ihren Mitgliedstaaten „geteilte“ Zuständigkeit ausüben (Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 216 Abs. 1 AEUV). In einem solchen Fall genehmigt der Rat die Teilnahme der EU, indem er die Mitgliedstaaten ermächtigt, die Unterzeichnung bzw. die Ratifikation auch „im Namen und im Interesse“ der EU vorzunehmen, und nicht nur hinsichtlich ihrer nationalen Zuständigkeiten. Die Mitgliedstaaten müssen dann aber jedenfalls tätig werden, es handelt sich um eine Pflichtermächtigung.<sup>5</sup> Die EU nimmt so auf das Innenverhältnis bezogen ihre Zuständigkeit wahr, auch wenn für sie nach außen völkerrechtlich die Mitgliedstaaten als Werkzeuge tätig werden. Als Beispiele dafür finden sich etwa diverse „Haager Übereinkommen“ im Zivilrechtsbereich oder das Änderungsprotokoll zum Pariser Atomhaftungsübereinkommen.<sup>6</sup>

### d) Uneigentliches gemischtes Abkommen

In diese Kategorie von Abkommen fällt das Kaffee-Übereinkommen 2001, für dessen Abschluss durch die EU die Handelspolitik als Rechtsgrundlage herangezogen wurde, womit es in die ausschließliche Zuständigkeit der EU fiel. Ferner war im Übereinkommen zwar bereits die Mitgliedschaft von Internationalen Organisationen wie der EU vorgesehen, wie dies auch die Praxis bei den Vorgängerübereinkommen war. Die institutionellen Bestimmungen (etwa: Stimmgewichtung bzw. Quoren für die Beschlussfassung) waren aber noch nicht für eine alleinige Mitgliedschaft der EG vorbereitet. Deshalb mussten die Mitgliedstaaten das Übereinkommen zum gleichen Zeitpunkt wie die Gemeinschaft abschließen und sich auf vorläufiger Basis an dem Übereinkommen beteiligen, um als Werkzeuge der EG ihre Handlungsfähigkeit im Rahmen der Organe des Übereinkommens zu kompletieren. So sollten sie der EG behilflich sein, gemeinsam mit den übrigen Vertragsparteien die nötigen Änderungen am Übereinkommen vorzunehmen, um es für eine alleinige Mitgliedschaft der EG anzupassen. Die Erwägungsgründe 5 und 6 sowie Art. 3 des Beschlusses 2001/877/EG des Rates verdeutlichen diese Zielsetzung.<sup>7</sup>

<sup>5</sup> Zum Kontrahierungszwang s. unten III.1.f).

<sup>6</sup> Vgl. Entscheidung 2004/294/EG des Rates v. 8.3.2004 zur Ermächtigung der Mitgliedstaaten, die Vertragsparteien des Pariser Übereinkommens v. 29.7.1960 über die Haftung gegenüber Dritten auf dem Gebiet der Kernenergie sind, das Änderungsprotokoll zu diesem Übereinkommen im Interesse der Gemeinschaft zu ratifizieren oder diesem beizutreten, ABl. EU 2004 L 97/53.

<sup>7</sup> Beschluss 2001/877/EG des Rates v. 24.9.2001 über die Unterzeichnung und den Abschluss des Internationalen Kaffee-Übereinkommens 2001 im Namen der Gemeinschaft, ABl. EG 2001 L 326/22.

### e) „Neues“ gemischtes Abkommen („horizontal gemischt“)

Als „neues“ gemischtes Abkommen bzw. „nouvelle mixité“ oder „cross-pillar mixity“ wird ein Phänomen bezeichnet, das vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon aufgetreten ist. Die Neuheit bestand darin, dass nicht die Mitgliedstaaten neben der EG (alte erste Säule) daran teilnahmen, sondern die EU (alte zweite und/oder dritte Säule). Ein Beispiel bietet die Schengen-Assoziierung der Schweiz: es liegt ebenfalls nur ein einziger, kompakter Abkommenstext vor, der sämtliche Bestimmungen umfasst, einschließlich der auf die polizeiliche und justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen bezogenen. Allerdings wurde dieses zu seinem Entstehungszeitpunkt säulenübergreifende Assoziierungsabkommen durch zwei parallele Ratsbeschlüsse für die EG einerseits und die EU andererseits nach den damals jeweils abweichenden Rechtsgrundlagen und Verfahren genehmigt.<sup>8</sup> Nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon können als horizontal gemischte Abkommen, bei denen auf einer Seite zwei Vertragsparteien mit eigenen Rechtspersönlichkeiten teilnehmen, die gemeinsam von EU und von EURATOM geschlossenen Abkommen gelten, wie jenes mit der Schweiz über wissenschaftlich-technische Zusammenarbeit aus 2007.

## 2. Nach der Zahl der Vertragsparteien auf der Gegenseite

### a) Bilaterale gemischte Abkommen

In die große Gruppe der bilateralen gemischten Abkommen, in denen also der EU und ihren Mitgliedstaaten als Vertragspartner auf der einen Seite eines oder mehrere Länder oder eine internationale Organisation auf der anderen Seite mit jeweils wechselseitigen Rechten und Pflichten gegenüberstehen, fallen folgende Abkommenstypen: die Freihandelsabkommen (FHA),<sup>9</sup> die Partnerschafts- und Kooperationsabkommen (PKA) und die Assoziierungsabkommen, bei denen traditioneller Weise Vorbeitrittsassoziiierungen (Türkei), Europaabkommen (mit den Ländern Mittel- und Osteuropas), Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen (SAA; mit den Ländern des westlichen Balkans), Beitrittsersatzassoziiierungen (EWR, Personenfreizügigkeitsabkommen EU-Schweiz) und regionale Assoziierungsabkommen („Mittelmeer“-Abkommen, mehrere Abkommen mit diversen Ländergruppen in Lateinamerika, geplantes Abkommen mit dem Golf-Kooperationsrat) unterschieden werden. Bilaterale gemischte Abkommen werden von der EU gemeinsam mit

<sup>8</sup> S. jeweils Beschluss 2008/146/EG und Beschluss 2008/149/JI, ABl. EU 2008 L 53/1 und ABl. EU 2008 L 53/50.

<sup>9</sup> Neuerdings werden sogar „umfassende“ („comprehensive“) Freihandelsabkommen (mit der Republik Korea) bzw. „vertiefte und umfassende“ („deep and comprehensive“) Freihandelsabkommen verhandelt (mit der Ukraine).

ihren Mitgliedstaaten auch im Dienste diverser Sachpolitiken geschlossen, wie der Verkehrspolitik in Bezug auf den Luftverkehr.<sup>10</sup>

## **b) Multilaterale gemischte Abkommen**

In diese Kategorie fallen diverse im Rahmen der VN-Wirtschaftskommission für Europa (UNECE) geschlossenen Übereinkommen in den Bereichen Umwelt oder Landverkehr. Zu nennen wäre auch das Seerechtsübereinkommen der VN (UNCLOS), das VN-Klimarahmenübereinkommen sowie diverse Übereinkommen im Rahmen des Europarates. Die EU und ihre Mitgliedstaaten stellen dabei jeweils für ihren eigenen Zuständigkeitsbereich verantwortliche Vertragsparteien neben den übrigen Mitgliedern dar. Die Mitgliedstaaten sind auch untereinander an diese Übereinkommen gebunden.

## **III. Ausgewählte Problemstellungen**

### **1. Völker- und Europarecht**

#### **a) Abschlussverfahren**

Die oben beschriebene Notwendigkeit bzw. Möglichkeit für die EU, gemischte Abkommen abzuschließen, wird von den Verträgen nicht ausdrücklich geregelt. Gemischte Abkommen stellen für den durch die EU verantworteten Abkommensteil normale „Übereinkünfte“ dar. Es gilt daher diesbezüglich das allgemeine Abschlussverfahren des Art. 218 AEUV.<sup>11</sup> Dieses bezieht sich dann in materieller Hinsicht aber nur auf den Unionsteil, umgekehrt betreffen die nationalen Verfahren zur Unterzeichnung und Genehmigung nur die in mitgliedstaatlicher Zuständigkeit liegenden Teile.<sup>12</sup>

#### **b) Kompetenzabgrenzungserklärungen**

Im Rahmen der multilateralen gemischten Abkommen hat sich eine Übung der EU herausgebildet, durch Erklärungen anlässlich der Unterzeichnung bzw. des Abschlusses des Abkommens bekanntzugeben, in welchen Bereichen die EU eine von den Gründungsverträgen übertragene Zuständigkeit besitzt und oft auch, welche internen Rechtsakte bereits auf diese Zuständigkeiten gestützt worden sind. Die EU übermittelt fallweise dem Verwahrer des Abkommens eine Aufstellung dieser Rechtsakte und kündigt an, diese erforderlichenfalls zu aktualisieren.<sup>13</sup> Solche Er-

10 Beschluss 2010/465/EU des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten der Europäischen Union v. 24.6.2010 über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung des Protokolls zur Änderung des Luftverkehrsabkommens zwischen den Vereinigten Staaten von Amerika einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits, ABl. EU 2010 L 223/1.

11 S. dazu W. Obwexer in diesem Heft auf S. 49.

12 S. dazu unten III.2.

13 Vgl. Erklärung zum Aarhus-Übereinkommen in ABl. EU 2005 L 124/3.

klärungen machen den übrigen Vertragsparteien gegenüber transparent, an welche Bestimmungen die EU selbst gebunden ist und welche von ihren Mitgliedstaaten verantwortet werden. Oft wird ergänzend darauf hingewiesen, dass sich diese konkrete Zuständigkeitsabgrenzung durch die zukünftige Inanspruchnahme der internen Regelungszuständigkeit noch zugunsten der EU verschieben kann. Derartige Erklärungen sind mittlerweile Standard etwa bei den Umweltabkommen unter der Ägide der UNECE. Gelegentlich sind diese Erklärungen auch nur sehr allgemein gehalten, mit Verweis auf die jeweiligen sachpolitischen Ziel- und Zuständigkeitsbestimmungen der EU im betreffenden Politikbereich (etwa Art. 191 Abs. 1 AEUV für die Umweltpolitik) ohne Auflistung der Einzelbereiche und mit bloß allgemeinem Hinweis darauf, dass die EU bereits einschlägige Rechtsakte angenommen hat.<sup>14</sup> Ein Beispiel für eine sehr ausführliche Erklärung unter genauer Anführung der einschlägigen Bestimmungen und des Acquis bietet umgekehrt etwa die VN-Behindertenkonvention.<sup>15</sup>

### c) EuGH-Zuständigkeit zur Auslegung

In Bezug auf seine Aufgabe, die Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts zu wahren, erklärt sich der EuGH für die Auslegung des gesamten Abkommensinhalts zuständig, unabhängig von der Abgrenzung der Zuständigkeiten zwischen EU und Mitgliedstaaten für die einzelnen Bestimmungen. Die damit verbundenen Auswirkungen für die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten wären kritisch zu vermerken etwa im Hinblick auf das Assoziierungsabkommen EWG-Türkei. Als Beispiel diene nur das jüngste Urteil in der Rs. *Dereci u.a.*,<sup>16</sup> in dem der EuGH zum wiederholten Male die Zulässigkeit des nationalen Aufenthaltsrechts am Maßstab der sog. Stillhalteklausele in Art. 41 des Zusatzprotokolls bezüglich der Niederlassungs- und Dienstleistungsfreiheit gemessen hat. Auf diese Weise werden die sich aus dem Abkommen ergebenden Verpflichtungen der Mitgliedstaaten betreffend den Personenverkehr definiert, obwohl es sich um Aspekte der Grundfreiheiten handelt, die in Bezug auf die Türkei noch nicht verwirklicht sind und mit der Regelung des Erstzuzugs und legalen Aufenthalts von Drittstaatsbürgern argumentierbar gegenwärtig in mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen.

An und für sich hat der EuGH in den Rs. *Hermès*<sup>17</sup> und *Dior*<sup>18</sup> nachvollziehbare Bedingungen aufgestellt, unter denen er sich für zuständig erachtet.<sup>19</sup>

14 Vgl. Erklärung zum Kyoto-Protokoll in ABl. EG 2002 L 130/20.

15 ABl. EU 2010 L 23/57 bzw. [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt\\_dsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en#EndDec](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mt_dsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en#EndDec); abgerufen am 2.4.2012.

16 EuGH, Urteil v. 15.11.2011, Rs. C-256/11 (*Dereci u.a.*).

17 EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603.

18 EuGH, Rs. C-300/98 (*Dior*), Slg. 2000, I-11307.

19 E. Vranes, Die EU-Außenkompetenzen im Schnittpunkt von Europarecht, Völkerrecht und nationalem Recht, JBl. 2011, S. 11, 17.

- wenn im Bereich der auszulegenden Vorschrift Sekundärrecht besteht;
- wenn die nationalen Gerichte oder Behörden zwar nationale Vorschriften anzuwenden haben, dies allerdings zur Wahrung und Durchsetzung unionsrechtlich gewährleisteter Rechtsansprüche;
- wenn die fraglichen Vorschriften dermaßen „Querschnittscharakter“ haben, dass der EU-Teil und der mitgliedstaatliche Teil untrennbar erscheinen.

#### d) Völkerrechtliche Verantwortlichkeit

Als Folge der geschilderten gemeinsamen Beteiligung von EU und ihren Mitgliedstaaten an Übereinkünften stellt sich für die übrigen Vertragsparteien grundsätzlich die Frage, wer ihnen nach außen hin für die Umsetzung und Anwendung einzelner Teile derselben verantwortlich ist und gegebenenfalls für Verletzungen dieser Verpflichtung einstehen muss. Nicht immer sind die jeweiligen Zuständigkeiten klar zuzuordnen, oft finden sich sogar innerhalb einer einzigen Bestimmung EU-Angelegenheiten und Mitgliedstaaten-Kompetenzen in einer Gemengelage unentwirrbar vereint. Als Kriterium kann hier die Trennbarkeit der Rechte und Pflichten der EU von jenen der Mitgliedstaaten herangezogen werden. Zutreffendenfalls ist jeweils eine klare Zuordnung der Verantwortlichkeit gegeben, ansonsten ist wohl die Haftung durch EU und Mitgliedstaaten zur gesamten Hand anzunehmen. Die konkrete Aufteilung zwischen diesen bleibt dann ihrer internen Einigung überlassen. Gelegentlich wird es für diese Zwecke als erforderlich erachtet, den Begriff „Vertragspartei“ vorab zu definieren (vgl. Art. 2 lit. c EWR-Abkommen). Vertragspartei(en) auf EU-Seite sind demnach jeweils entweder nur die EU, oder die EU und die Mitgliedstaaten gemeinsam, oder aber nur die Mitgliedstaaten.<sup>20</sup>

Hier sei nur noch darauf hingewiesen, dass auch der in Vorbereitung befindliche EMRK-Beitritt der EU, wenn er auch in der Form eines ausschließlichen Unionsabkommens zu bewerkstelligen ist, im Ergebnis durch die gleichzeitige Mitgliedschaft aller EU-Mitgliedstaaten ähnliche Abgrenzungsprobleme für die Zurechenbarkeit von behaupteten Verletzungen von Konventionsrechten aufwerfen wird wie die gemischten Abkommen. Das ist auch die *raison d'être* des sog. Ko-Verteidigungsmechanismus, der in Art. 3 des Entwurfs für ein Beitrittsabkommen<sup>21</sup> verankert worden ist<sup>22</sup> und dazu dient, die Beschwerden vor dem EGMR jeweils von allen zutreffenden Adressaten gemeinsam beantworten zu lassen.

Ein besonders enger Zusammenhang zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten besteht innerhalb der sog. „EU bubble“ (EU-Blase oder -Glocke) bei der Erfüllung des Kyoto-Protokolls zum VN-Klimarahmenübereinkommen. Im Anhang zum Protokoll wurden ursprünglich Einzelverpflichtungen der Mitgliedstaaten und der EU als Vertragsparteien zur Verringerung ihrer Ausstöße von Treibhausgasen veran-

20 Zum Thema Verantwortlichkeit von internationalen Organisationen und den dabei zu berücksichtigenden Besonderheiten der EU s. Ph. Bittner/G. Schusterschitz in diesem Heft auf S. 233.

21 [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/CDDH-UE\\_documents/CDDH-UE\\_2011\\_16\\_final\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/CDDH-UE_documents/CDDH-UE_2011_16_final_en.pdf).

22 S. auch Rn. 31 ff. der Erläuterungen ab S. 15 des Dok. Vgl. auch R. Uerpmann-Witzack in diesem Heft auf S. 167.

kert. Mit der Entscheidung des Rates zur Genehmigung des Abschlusses des Protokolls<sup>23</sup> wurde jedoch eine interne Lastenaufteilung mit teilweise abweichenden Vorgaben für die Mitgliedstaaten (für Österreich z.B. 13 % statt 8 %) festgelegt, die nach Notifizierung an das Klimasekretariat und die übrigen Vertragsparteien an die Stelle der im Anhang zum Protokoll geregelten Prozentwerte getreten ist. Bei Nichterreichung der Gesamtverpflichtung der EU von 8 % gegenüber dem Basisjahr haftet jeder Mitgliedstaat, der seinen allenfalls höheren Verpflichtungswert nicht verwirklichen kann, einzeln und zusammen mit der EU für die EU-intern festgelegte Reduktionsmenge.

### e) Entkoppelungsklauseln

Diese Art von Bestimmungen findet mit Zustimmung der übrigen Verhandlungsteilnehmer in Abkommenstexte Eingang, wenn EU und Mitgliedstaaten sich zwar völkerrechtlich gegenüber Drittstaaten an die Bestimmungen von Übereinkommen binden wollen, allerdings gleichzeitig den Wunsch hegen, für rein EU-interne Sachverhalte untereinander weiterhin das einschlägige EU-Recht anzuwenden. Die Ermächtigung dazu wird durch die auch „Trennungsklauseln“ genannten Bestimmungen erteilt. Rezentere Beispiele finden sich jeweils in den Europarats-Übereinkommen über Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung sowie Ermittlung, Beschlagnahme und Einziehung von Erträgen aus Straftaten,<sup>24</sup> gegen Menschenhandel<sup>25</sup> und zur Verhütung des Terrorismus.<sup>26</sup>

### f) Kontrahierungszwang

Die enge interne Bindung von EU und Mitgliedstaaten bei gemischten Abkommen zeigt sich u.a. daran, dass die Entscheidung über die Unterzeichnung und den Abschluss der Abkommen in ihrem jeweiligen Zuständigkeitsbereich nicht mehr völlig politisch autonom getroffen werden kann. Insbesondere für den bereits angesprochenen Fall der Unteilbarkeit der jeweiligen Berechtigungen und Verpflichtungen aus dem Abkommen wird aus dem Unionsrecht unter bestimmten Bedingungen eine verpflichtende Teilnahme aller EU-Mitgliedstaaten abgeleitet, wenn der Rat auf Vorschlag der Kommission eine Teilnahme der EU im Unionsinteresse beschließt. Und zwar auch, wenn die Mitgliedstaaten aus nationaler Einschätzung kein Interesse am Abkommen haben bzw. sogar dieses aus triftigen Gründen, wie der Unteilbarkeit mit ihrem materiellen nationalen Recht, ablehnen. Als Begründung für diese Inpflichtnahme der Mitgliedstaaten dient das Loyalitätsprinzip (Art. 4 Abs. 3 EUV), das sich in den Grundsätzen der geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung und der einheitlichen Geltung des Unionsrechts äußert.

23 Entscheidung 2002/358/EG, ABl. EU 2002 L 130/1.

24 ETS Nr. 198.

25 ETS Nr. 197.

26 ETS Nr. 196.

Ein Zwang zum Abschluss für die Mitgliedstaaten wurde dabei auch in Konstellationen angenommen, in denen es um Änderungen von bestehenden Abkommen geht, an denen bisher nicht alle Mitgliedstaaten teilgenommen haben. In solchen Fällen kann daher sogar nachträglich der Beitritt des betreffenden Mitgliedstaats zum Stammabkommen erforderlich erscheinen.

Ein Beispiel für beide zuvor genannten Konstellationen bietet das bereits erwähnte Pariser Änderungsprotokoll betreffend Atomhaftung. Dieses stand in einem gravierenden Wertungswiderspruch u.a. mit österreichischen Grundsätzen im Atomhaftungsrecht im Hinblick auf die örtliche Zuständigkeit. An und für sich hätten sämtliche Mitgliedstaaten das Protokoll im Namen und im Interesse der Gemeinschaft abschließen müssen, welche nur für einen Artikel betreffend die örtliche Zuständigkeit und Anerkennung und Vollstreckung von Gerichtsurteilen die ausschließliche Zuständigkeit besaß. Die Rechtfertigung für die ausnahmsweise zulässige Nichtteilnahme jener Mitgliedstaaten, die aus nationalen Gründen auch nicht im Gefolge des Änderungsprotokolls Vertragsparteien des Abkommens werden wollten, findet sich in den Erwägungsgründen 8 bis 10 der Ratsentscheidung 2004/294/EG.<sup>27</sup>

Wie im geschilderten Fall trifft die Teilnahmeverpflichtung die Mitgliedstaaten auch dann, wenn die EU nur für eine oder ganz wenige Abkommensbestimmungen zuständig ist und die überwiegende Verantwortung bei den Mitgliedstaaten liegt. Dies gilt für diverse Übereinkommen (wie Bunkeröl, hochschädliche Stoffe – HNS) im Rahmen der IMO, bei denen eine ausschließliche Zuständigkeit der EU ebenfalls nur hinsichtlich der Anerkennung und Vollstreckung von zivilgerichtlichen Urteilen besteht, der Rest der materiell-rechtlichen Bestimmungen jedoch in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Wenig schmeichelhaft würde diese Erscheinung im Angelsächsischen wohl mit dem Phänomen, „der Schwanz wedelt mit dem Hund“ beschrieben werden.

## g) Gleichzeitiges Vorgehen

Nicht nur die Frage ob, sondern auch wann die Mitgliedstaaten zum Handeln verpflichtet sind, wird bei gemischten Abkommen weitgehend durch die unionsrechtliche Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit bestimmt. Insbesondere bei nicht trennbaren Rechten und Pflichten von EU und Mitgliedstaaten müssen sowohl die Unterzeichnung, als auch die Ratifikation gemeinsam erfolgen, um die völkerrechtliche Verantwortlichkeit nach außen auch entsprechend der internen Zuständigkeitsverteilung zu übernehmen. Selbst wenn aus nationaler Perspektive bestimmte Gründe (thematische Schwerpunkte, Amtssitzpolitik, Austragungsort der diplomatischen Konferenz zur Ausarbeitung, Kandidaturen für bestimmte internationale Gremien etc.) für eine besonders rasche Ratifikation durch einen oder mehrere Mitgliedstaaten ins Treffen geführt werden können, widerspricht ein solcher „Schönheitswett-

27 ABl. EU 2004 L 97/53.



bewerb“ den genannten Grundsätzen der geschlossenen völkerrechtlichen Vertretung der EU und der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts. Bei einer Beeinträchtigung der Zuständigkeiten und Interessen der EU bzw. des Unionsrechts kann die Kommission erforderlichenfalls auch mit Vertragsverletzungsverfahren gegen die Mitgliedstaaten vorgehen.

Aus völkerrechtlicher Sicht müsste zumindest bei Fällen – europarechtlich zulässiger – vorzeitiger Ratifikation durch einen oder mehrere Mitgliedstaaten durch eine Erklärung gegenüber den übrigen Vertragsparteien deutlich gemacht werden, dass sich die Ratifikation nur auf die in mitgliedstaatlicher Zuständigkeit gelegenen Teile des Abkommens bezieht. Diese Abgrenzung müsste auch offen gelegt werden, etwa unter Verweis auf eine solche Kompetenzabgrenzungserklärung durch die EU bereits bei Unterzeichnung. Die Konsequenz des Fehlens einer solchen Klarstellung nach außen wäre die ungeteilte Verantwortlichkeit des bzw. der Mitgliedstaaten für das gesamte Abkommen auch in den der EU zustehenden Bereichen.

Der Grundsatz des gemeinsamen Vorgehens wirkt auch nach Inkrafttreten auf die im Rahmen des Abkommens gesetzten Handlungen weiter und schafft strenge Anforderungen für gegenseitige Information und Konsultation zwischen allen Mitgliedstaaten unter Einschluss der Kommission. In seinem Urteil in der Rs. *Kommission/Schweden*<sup>28</sup> hat der EuGH eine Vertragsverletzung festgestellt, weil Schweden einseitig Vorschläge für die Aufnahme von Substanzen in die Listen des POP-Abkommens („persistent organic pollutants“) eingebracht hat, zu denen EU-intern zuvor bereits eine gemeinsame Haltung erarbeitet worden war.

## 2. Verfassungsrecht

Gemischte Abkommen binden Österreich völkerrechtlich als Vertragspartei und sind deshalb innerstaatlich wie herkömmliche Staatsverträge zu behandeln. Sie sind in der Regel als gesetzesrangige Staatsverträge i.S.d. Art. 50 Abs. 1 Z. 1 B-VG zu qualifizieren. Nur gelegentlich gibt es – die geeignete Rechtsgrundlage vorausgesetzt – gemischte Abkommen im Verordnungsrang.<sup>29</sup> Da sie das EU-Primärrecht nicht ändern, ist Art. 50 Abs. 1 Z. 2 i.V.m. Abs. 4 B-VG nicht anwendbar.

Obwohl gemischte Abkommen innerstaatlich wie herkömmliche Staatsverträge behandelt werden, ergeben sich in allen Phasen der Vertragsentstehung gewisse Besonderheiten.

### a) Verhandlungen

Für die Aufnahme von Verhandlungen über einen gesetzesrangigen Staatsvertrag sind verfassungsrechtlich eine Verhandlungsvollmacht des Bundespräsidenten

<sup>28</sup> EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317.

<sup>29</sup> Vgl. z.B. Luftverkehrsabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Föderativen Republik Brasilien andererseits, das auf Grundlage des Bundesgesetzes über den zwischenstaatlichen Luftverkehr, BGBl. I Nr. 89/2009 i.d.G.F., abgeschlossen werden kann.

(dies ergibt sich aus der Zuständigkeit des Bundespräsidenten nach Art. 65 Abs. 1 B-VG für den Abschluss von Staatsverträgen) sowie seit der Einführung des Art. 50 Abs. 5 B-VG durch die B-VG-Novelle 2008<sup>30</sup> eine Information von Nationalrat und Bundesrat erforderlich.

Bei bilateralen gemischten Abkommen gibt es üblicherweise keine Vollmacht des Bundespräsidenten, da die Verhandlungen meist zur Gänze, d.h. auch für den mitgliedstaatlichen Teil, von der Kommission geführt werden. Die Einbindung der Mitgliedstaaten erfolgt über die zuständigen Ratsgremien, an denen die österreichischen Vertreter ohne Vollmacht des Bundespräsidenten teilnehmen.<sup>31</sup> Da die Information des Parlaments über die Aufnahme von Verhandlungen an die Ausstellung einer Vollmacht geknüpft ist, erfolgt auch keine Information gemäß Art. 50 Abs. 5 B-VG. Das Parlament wird aber im Rahmen des Art. 23 e B-VG bzw. § 5 EU-InfoG über die Aufnahme und den Verlauf der Verhandlungen informiert, und zwar über das gesamte Abkommen und nicht nur über den unionsrechtlichen Teil. Im Ergebnis erhält das Parlament damit mehr Informationen als unter Art. 50 Abs. 5 B-VG, weil dieser nur eine Information über die Aufnahme von Verhandlungen vorsieht, nicht aber über deren Verlauf.<sup>32</sup>

Bei den multilateralen gemischten Abkommen hingegen erhalten die österreichischen Vertreter eine Delegationsvollmacht des Bundespräsidenten für die diplomatische Konferenz, die auch die Verhandlung eines völkerrechtlichen Vertrags beinhaltet. Ebenso erfolgt die Information des Parlaments gemäß Art. 50 Abs. 5 B-VG.

## b) Unterzeichnung

Im Zuge der Unterzeichnung von gemischten Abkommen stellt sich für Österreich regelmäßig das Problem der vorläufigen Anwendung. Bilaterale gemischte Abkommen sehen oft eine vorläufige Anwendung ab Unterzeichnung vor, um die z.T. sehr lange Zeitspanne bis zum Inkrafttreten zu überbrücken. Mangels verfassungsgesetzlicher Regelung kann Österreich völkerrechtliche Verträge im Gesetzesrang erst nach der Genehmigung durch den Nationalrat vorläufig anwenden, nicht aber ab deren Unterzeichnung. Sofern eine vorläufige Anwendung des gesamten Abkommens – also auch des mitgliedstaatlichen Teils – vorgesehen ist, gibt Österreich anlässlich der Unterzeichnung die Erklärung ab, dass die vorläufige Anwendung

30 BGBl. I Nr. 2/2008.

31 Die Vertretungsbefugnis des zuständigen Bundesministers im Rat ergibt sich direkt aus Art. 16 Abs. 2 EUV, welcher aufgrund des Anwendungsvorrangs Art. 65 Abs. 1 B-VG verdrängt.

32 Bei den beiden im Zuge der Staatsschuldenkrise im Euroraum abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträgen (ESM-Vertrag, Fiskalpakt) wurde das Parlament über die Verpflichtung des Art. 50 Abs. 5 B-VG hinaus auch über den Verlauf informiert. De facto wurde damit eine Informationspolitik gewählt, die näher an das dem Art. 23 e B-VG innewohnende Konzept heranrückt.

des mitgliedstaatlichen Teils erst nach der Genehmigung des Parlaments erfolgen wird.<sup>33</sup>

Grundsätzlich kein Problem hingegen ist die vorläufige Anwendung nur des unionsrechtlichen Teils. Allerdings ist die Abgrenzung zwischen dem unionsrechtlichen Teil und dem mitgliedstaatlichen Teil oftmals schwierig und daher die Frage, welche Bestimmungen vorläufig angewendet werden sollen, nicht immer einfach zu beantworten.<sup>34</sup> Die schwierigen Fragen der Kompetenzabgrenzung und der Trennbarkeit der unionsrechtlichen und mitgliedstaatlichen Teile werden z.T. auf den Vertragspartner abgewälzt, indem die vorläufige Anwendung nur für die unionsrechtlichen Teile erklärt wird, ohne diese aber näher zu bezeichnen.<sup>35</sup> Im Fall des Freihandelsabkommens mit Korea mussten die von der vorläufigen Anwendung ausgenommenen Bestimmungen aber ausdrücklich identifiziert werden.<sup>36</sup> Eine vollständige Identifizierung der Bestimmungen in mitgliedstaatlicher Kompetenz erwies sich jedoch praktisch als unmöglich. Es konnte daher nicht ausgeschlossen werden, dass die gegenüber dem Vertragspartner völkerrechtlich verbindliche Erklärung der EU über die vorläufige Anwendung auch mitgliedstaatliche Teile umfasste. Österreich erklärte daher, vorläufig anzuwendende Bestimmungen in mitgliedstaatlicher Kompetenz erst ab Genehmigung durch das Parlament umsetzen zu können. Da dies aber nur Relevanz im Innenverhältnis hatte, wurde die Erklärung nicht bei der Unterzeichnung gegenüber den anderen Vertragsparteien abgegeben, sondern anlässlich der Annahme des Ratsbeschlusses über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung durch die EU.

## c) Ratifikation

Im Zusammenhang mit der parlamentarischen Genehmigung blieb strittig, ob sich diese nur auf die mitgliedstaatlichen Teile eines gemischten Abkommens beziehe<sup>37</sup> oder auf das gesamte Abkommen.<sup>38</sup> Letztere Ansicht hat insbesondere das Ar-

33 Vgl. z.B. Art. 23 Abs. 2 Luftverkehrsabkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten und Kanada, ABl. EU 2010 L 207/32, und Art. 2 Beschluss des Rates und der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten 2010/417/EG über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung des Luftverkehrsabkommens zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten und Kanada, ABl. EU 2010 L 207/30, wobei die Erklärung jedoch nicht öffentlich aufscheint; mangels Relevanz ab Genehmigung durch den Nationalrat wird sie auch nicht Bestandteil der Regierungsvorlage.

34 Vgl. z.B. Art. 75 Abs. 4 Interim-Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Côte d'Ivoire andererseits, ABl. EU 2009 L 59/3, dessen Wortlaut aufgrund der Definition der Vertragsparteien in Art. 72 nicht eindeutig ist; gemeint war eine vorläufige Anwendung auch durch die Mitgliedstaaten. Klar hingegen ist der oben angeführte Fall des Luftverkehrsabkommens mit Kanada (Fn. 33).

35 Vgl. z.B. Art. 4 Beschluss 2009/156/EG des Rates über die Unterzeichnung und vorläufige Anwendung des Interim-Wirtschaftspartnerschaftsabkommens zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und Côte d'Ivoire andererseits, ABl. EU 2009 L 59/1, der sich ausdrücklich nur auf die unionsrechtlichen Teile bezieht, ohne diese aber zu identifizieren.

36 Art. 15.10 Abs. 5 lit. b Freihandelsabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABl. EU 2011 L 127/6; Art. 3 Beschluss des Rates 2011/265/EU über die Unterzeichnung – durch die EU – und vorläufige Anwendung des Freihandelsabkommens zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABl. EU 2011 L 127/1.

37 Ch. Thun-Hohenstein/F. Cede, *Europarecht. Das Recht der Europäischen Union unter besonderer Berücksichtigung der EU-Mitgliedschaft Österreichs*, 3. Aufl. 1999, S. 238.

38 E. Primosch, *Zur Genehmigung von „gemischten Abkommen“ nach Art 50 B-VG*, ÖJZ 1997, S. 921.

gument für sich, dass die Ratifikation ohne Einschränkung erfolge und sich daher auf das gesamte Abkommen beziehe; aufgrund der Trennungsklausel oder Kompetenzerklärung sei lediglich auf Erfüllungs- und Verantwortlichkeitsebene zu differenzieren. Dementsprechend müsse sich auch die innerstaatliche Genehmigung auf das gesamte Abkommen beziehen.<sup>39</sup> Gegen diese Ansicht kann allerdings argumentiert werden, dass die primärrechtlichen Regelungen über den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen durch die EU die verfassungsgesetzlichen Regeln über die Genehmigung von Staatsverträgen im Hinblick auf gemischte Abkommen aufgrund des Anwendungsvorrangs im Bereich der Unionszuständigkeiten verdrängen. Der unionsrechtliche Teil eines gemischten Abkommens erlangt über das Primärrecht Geltung, der mitgliedstaatliche Teil über das Verfassungsrecht der Mitgliedstaaten.<sup>40</sup> Dafür spricht auch, dass eine zusätzliche nationale Genehmigung von Normen, die unionsrechtlich zustande gekommen sind, im Europarecht nicht zulässig ist (lediglich die österreichischen Ratsvertreter könnten innerstaatlich gebunden werden).

Die Frage nach dem Umfang der parlamentarischen Genehmigung hatte bislang keine praktische Relevanz. Bei einem Erfüllungsvorbehalt zu multilateralen gemischten Abkommen wurde sie allerdings indirekt angesprochen.

Der Erfüllungsvorbehalt ist der Beschluss des Nationalrats gemäß Art. 50 Abs. 2 Z. 3 B-VG, dass ein Staatsvertrag durch die Erlassung von Gesetzen zu erfüllen ist. Als Folge ist der Staatsvertrag von der unmittelbaren Anwendung im innerstaatlichen Rechtsbereich ausgeschlossen. Gedacht war der Erfüllungsvorbehalt vornehmlich für Staatsverträge, die nicht self-executing sind. Weil aber solche Staatsverträge, die grundsätzlich nicht self-executing sind, oft auch Bestimmungen enthalten, welche die Kriterien für eine unmittelbare Anwendung erfüllen, wird in der Praxis nach Möglichkeit auf einen Erfüllungsvorbehalt verzichtet. Damit bleibt ein Rückgriff auf Bestimmungen, die ihrem Wesen nach der unmittelbaren Anwendung zugänglich sind, weiterhin offen.

Unter den wenigen Abkommen, die mit Erfüllungsvorbehalt beschlossen werden, finden sich auch multilaterale gemischte Abkommen.<sup>41</sup> Bei diesen unterscheidet die Regierungsvorlage z.T. zwischen dem mitgliedstaatlichen und dem unionsrechtlichen Teil, um klarzustellen, dass sich der Erfüllungsvorbehalt nur auf den mitgliedstaatlichen Teil bezieht.<sup>42</sup> Des Weiteren werden in der Regel jene Rechtsvorschriften angeführt, mit welchen die Verpflichtungen aus dem Abkommen umgesetzt werden. Im Unterschied zur Regierungsvorlage differenziert der Beschluss des Na-

39 E. Primosch, Genehmigung (Fn. 38), S. 921, Pkt. II.

40 Dass dies einen „verfassungsrechtlichen Systembruch“ (E. Primosch, Genehmigung (Fn. 38), S. 921, Pkt. IV) bedeuten soll, ist nicht überzeugend.

41 Vgl. z.B. Protokoll über die strategische Umweltprüfung zum Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen, BGBl. III Nr. 50/2010.

42 Vgl. z.B. RV 170 BlgNR XXIII. GP, S. 2, betreffend das Zusatzprotokoll gegen die Schlepperei von Migranten auf dem Land-, See- und Luftweg zum Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen die grenzüberschreitende organisierte Kriminalität, BGBl. III Nr. 11/2008. Oft wird aber auch nicht differenziert, vgl. z.B. RV 401 BlgNR XXIV. GP, S. 2, betreffend das Protokoll über die strategische Umweltprüfung zum Übereinkommen über die Umweltverträglichkeitsprüfung im grenzüberschreitenden Rahmen, BGBl. III Nr. 50/2010.

tionalrats jedoch niemals zwischen mitgliedstaatlichem und unionsrechtlichem Teil. War ein differenzierter Beschluss hinsichtlich verschiedener Teile eines Staatsvertrags vor 2008 verfassungsrechtlich gar nicht möglich, so kann seit der B-VG Novelle 2008<sup>43</sup> auch beschlossen werden, nur für gewisse Bestimmungen einen Erfüllungsvorbehalt vorzusehen. Dennoch machte der Nationalrat bei gemischten Abkommen bislang nicht von dieser Möglichkeit Gebrauch. Dazu wäre wohl eine exakte Angabe derjenigen Bestimmungen erforderlich, die vom Erfüllungsvorbehalt erfasst sein sollen. Angesichts der oft schwierigen Kompetenzabgrenzung und der möglichen Weiterentwicklung durch Inanspruchnahme geteilter Zuständigkeiten durch die EU wäre dies wohl kein vielversprechendes Unterfangen. Die Frage des Umfangs der parlamentarischen Genehmigung klingt also auch beim Erfüllungsvorbehalt an, führte in der Praxis jedoch bislang zu keinen Konsequenzen.

Im parlamentarischen Verfahren ist gemäß Art. 50 Abs. 2 Z. 2 B-VG die Zustimmung des Bundesrates vorgesehen, wenn der selbstständige Wirkungsbereich der Länder betroffen ist. In der Praxis wird diese Betroffenheit sehr großzügig ausgelegt und im Zweifelsfall von einem Zustimmungserfordernis ausgegangen. Bei den bilateralen gemischten Abkommen wurde aber erst vor kurzem begonnen, den Inhalt auf mögliche Länderkompetenzen zu untersuchen. Dies kann allerdings nur den mitgliedstaatlichen Teil betreffen, weshalb die Prüfung zugleich im Hinblick auf die Abgrenzung zwischen mitgliedstaatlicher Zuständigkeit und Unionszuständigkeit und zwischen Bundes- und Landekompetenzen zu erfolgen hat. Eine solche Prüfung kann natürlich nur cursorisch vorgenommen werden. Trotz vereinzelter Fälle, in denen nun eine Zustimmung des Bundesrates vorgesehen ist,<sup>44</sup> sind bei den meisten bilateralen gemischten Abkommen, insbesondere bei den Assoziierungsabkommen, keine Länderkompetenzen betroffen.

43 BGBl. I Nr. 2/2008.

44 Vgl. z.B. RV 1062 BlgNR XXIV. GP, S. 1 f., betreffend das Rahmenabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits.

## **II. Die Europäische Union in den Vereinten Nationen**





## Die Stellung der Europäischen Union in den Vereinten Nationen

Von Jelka Mayr-Singer und Julia Villotti, Innsbruck\*

### I. Einleitung

Am 31. Oktober 2011 nahm die UNESCO Palästina als Vollmitglied auf, nachdem in deren Generalkonferenz die für eine Mitgliedschaft in dieser Sonderorganisation der Vereinten Nationen (VN) erforderliche 2/3-Mehrheit erreicht worden war.<sup>1</sup> Ins Kreuzfeuer der Kritik geriet dabei das Stimmverhalten der EU-Mitgliedstaaten, das von der von der Hohen Vertreterin *Catherine Ashton* empfohlenen gemeinsamen Linie abwich.<sup>2</sup> Von den 27 EU-Mitgliedstaaten stimmten elf für eine Aufnahme.<sup>3</sup> Ebenso viele Mitgliedstaaten enthielten sich der Stimme<sup>4</sup> und fünf votierten dagegen.<sup>5</sup> Damit hatten nicht einmal die vier gegenwärtig im Sicherheitsrat der VN vertretenen EU-Staaten einheitlich abgestimmt. Im Gegenteil – kontroverser hätte deren Stimmverhalten nicht ausfallen können: einer Prostimme durch Frankreich stand eine Gegenstimme durch Deutschland gegenüber, während Großbritannien und Portugal Stimmenthaltung übten.

Dies ist nur das jüngste Beispiel dafür, dass die EU in ihrem auswärtigen Handeln nicht als ein Akteur kohärent, sondern als ein Konglomerat von vielen Standpunkten auftritt. Eigentlich sollte *Ashton* in ihrer Rolle als Hohe Vertreterin die Stimme der EU werden. Das Abstimmungsverhalten der EU-Staaten im Fall der Aufnahme Palästinas in die UNESCO zeigt aber beispielhaft auf, dass in wichtigen außenpolitischen Fragen von einer gemeinsamen Stimme oft keine Rede sein kann. Die Hohe Vertreterin selbst relativierte die in sie gesetzten hohen Erwartungen, indem sie sagte, dass – solange die EU mit einer Stimme sprechen würde – es nicht immer ihre Stimme sein müsse.<sup>6</sup> Dem schloss sich der Präsident des Europäischen Rates an, der meinte, eine gemeinsame europäische Außenpolitik müsse nicht bedeuten, mit nur einer Stimme zu sprechen, sondern vielmehr, mit vielen Stimmen dieselbe

\* Dr. Jelka Mayr-Singer ist Vertragsassistentin und Dr. Julia Villotti ist Universitätsassistentin am Institut für Europarecht und Völkerrecht der Universität Innsbruck.

1 Für eine Aufnahme von Staaten, die nicht Mitglieder der VN sind, bedarf es gemäß Art. II UNESCO-Satzung einer positiven Empfehlung des Exekutivrates sowie einer 2/3 Mehrheit in der Generalkonferenz. Der aus 58 Mitgliedern bestehende Exekutivrat hatte bereits am 27.9.2011 mit 40 Pro- und lediglich vier Gegenstimmen (Deutschland, Lettland, Rumänien, USA) bei 14 Enthaltungen die Mitgliedschaft Palästinas empfohlen. In der Generalkonferenz stimmten 107 Staaten für die Aufnahme Palästinas als Vollmitglied, 14 votierten dagegen und 52 enthielten sich der Stimme.

2 Die Hohe Vertreterin hatte den Mitgliedstaaten nahegelegt, geschlossen Stimmenthaltung zu üben, vgl. etwa *R. Balmer*, Palästina bringt UNESCO in Geldnot, *Die Presse* v. 2.11.2011.

3 Belgien, Finnland, Frankreich, Griechenland, Irland, Luxemburg, Malta, Österreich, Slowenien, Spanien u. Zypern.

4 Bulgarien, Dänemark, Estland, Großbritannien, Italien, Lettland, Polen, Portugal, Rumänien, Slowakei u. Ungarn.

5 Deutschland, Litauen, die Niederlande, Schweden u. die Tschechische Republik.

6 *EU Observer*, EU Foreign Ministers ponder their post Lisbon Role, abrufbar unter <http://euobserver.com/18/29676>.

Botschaft zu vermitteln.<sup>7</sup> Wie das obige Beispiel zeigt, ist die EU mitunter aber nicht in der Lage, diesem Anspruch zu genügen.

Neben der Frage der Vertretung der EU auf internationaler Ebene, hat der Vertrag von Lissabon den gesamten Bereich der unionalen Außenbeziehungen grundlegend aufgemischt. Was gleich geblieben ist und erneut bekräftigt wurde, ist das Bekenntnis zum gelebten Multilateralismus – mit den VN als Dreh- und Angelpunkt.

Im vorliegenden Beitrag werden zunächst ganz allgemein die Beteiligungsformen der EU im VN-System skizziert (II.). Anschließend folgt eine Darstellung ihrer Partizipationsmöglichkeiten in den VN im engeren Sinn, wobei die Stellung in der Generalversammlung herausgegriffen wird (III.). Auf diese soll näher eingegangen werden, weil sich – zusätzlich zu den mit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon verbundenen Neuerungen – durch eine im Mai 2011 von der Generalversammlung verabschiedete Resolution grundlegende Änderungen ergeben haben.

## II. Beteiligungsformen der EU im VN-System

Unionsintern wird die herausragende Rolle der VN auf Primärrechtsebene an verschiedenen Stellen explizit betont. So beziehen sich die mit dem Vertrag von Lissabon nunmehr einheitlich gefassten Ziele in Art. 21 EUV kraft des Verweises in Art. 205 AEUV auf das gesamte unionale Außenhandeln und stellen in mehreren Punkten einen unmittelbaren Bezug zu den VN her. Demzufolge soll die Institution VN als Forum für multilaterale Lösungen bei gemeinsamen Problemen figurieren und die Grundsätze der Satzung der VN (SVN) als Maßstab für das Handeln der EU auf internationaler Ebene dienen.<sup>8</sup>

Wenngleich die Art und das Ausmaß der Beteiligung im VN-System je nach betroffenem Gremium unterschiedlich ausgestaltet und eine strikte Kategorisierung der verschiedenen Beteiligungsmodelle kaum möglich ist,<sup>9</sup> kann ihre Stellung im Wesentlichen doch nach den gängigen Formen der Teilnahme in internationalen Organisationen differenziert werden. Dementsprechend kommt ihr im VN-System je nach dem Ausmaß ihrer organschaftlichen Partizipationsrechte eine Stellung als Vollmitglied, ein Beobachterstatus mit wiederum unterschiedlicher Partizipationsintensität oder bloß Mitwirkungsmöglichkeiten unterhalb der Schwelle eines offiziellen Status zu.

Da gemäß Art. 4 SVN nur Staaten Mitglieder der VN werden können, kommt eine Vollmitgliedschaft der EU grundsätzlich nicht in Frage. Im Rahmen des VN-Sys-

<sup>7</sup> Vgl. das Statement *H. van Rompuy*s aus Anlass der 47. Münchner Sicherheitskonferenz; PCE 029/11 v. 5.2.2011.

<sup>8</sup> Art. 21 Abs. 1 UAbs. 1 u. UAbs. 2 sowie Abs. 2 lit. c EUV.

<sup>9</sup> *J. Scheffler*, Mittendrin statt nur dabei? Die Beteiligungsrechte der EU in den Sonderorganisationen und nachgeordneten Gremien der UN, Vereinte Nationen 2010, S. 51.

tems wurde ihr allerdings in Einzelfällen eine mitgliedschaftlichen Beteiligung<sup>10</sup> eingeräumt. Als prominentestes Beispiel sei die FAO erwähnt, in der die EU neben ihren Mitgliedstaaten Vollmitglied ist, ihre Mitgliedschaftsrechte (also auch das Stimmrecht als das zentrale Recht einer mitgliedschaftlichen Stellung) aber – je nach der innerunionalen Kompetenzverteilung – alternativ zu ihren Mitgliedstaaten ausübt. Wenn die EU ihr Stimmrecht ausübt, üben ihre Mitgliedstaaten das Stimmrecht nicht aus und umgekehrt. Stimmt die EU in Fragen ihrer Zuständigkeit ab, dann verfügt sie über gleich viele Stimmen wie ihre Mitgliedstaaten.<sup>11</sup> Diese Form einer komplementären Mitgliedschaft<sup>12</sup> ist etwa auch in der Codex Alimentarius Kommission verwirklicht; dort ist die EG (bzw. jetzt die EU) seit 2003 Vollmitglied, allerdings mit dem grundlegenden Unterschied, dass das Stimmgewicht der EU sich hier nach der Anzahl der bei der Abstimmung anwesenden Vertreter der EU-Mitgliedstaaten richtet.<sup>13</sup> Diese Regelung wurde zu Recht als unbefriedigend kritisiert, v.a. weil damit die Mitgliedstaaten in die Lage versetzt werden, das Stimmgewicht der EU durch ihre Abwesenheit bewusst reduzieren zu können.<sup>14</sup>

In den VN im engeren Sinn kommt der EU im Wesentlichen die Stellung einer Beobachterin zu. Dabei ist zunächst klarzustellen, dass ein Beobachterstatus im Gegensatz zur Vollmitgliedschaft, die sich in der Regel auf die Zielorganisation als Ganzes bezieht, üblicherweise organbezogen verliehen wird und die Teilnahmerechte des Beobachters von Organ zu Organ unterschiedlich intensiv ausgestaltet sein können.

### III. Stellung der EU in der Generalversammlung

#### 1. Aufwertung des Beobachterstatus

Von besonderem Interesse ist die Reichweite des Beobachterstatus, den die EU in der Generalversammlung genießt. Dort hat sich der Status des ständigen Beobachters ohne ausdrückliche Rechtsgrundlage in der SVN aufgrund tatsächlicher Bedürfnisse in der Praxis des Generalsekretärs und der Generalversammlung als ein

10 Alleiniges Mitglied (d.h. ohne ihre Mitgliedstaaten) wurde die EG bzw. die EU bislang nur in einigen der im Rahmen der UNCTAD gegründeten internationalen Rohstofforganisationen; eine zusätzliche Mitgliedschaft (die EU tritt neben ihren Mitgliedstaaten als weiteres Mitglied mit eigenen, unabhängigen Rechten auf) ist lediglich im Protokoll zum Madrider Abkommen über die internationale Registrierung von Marken verwirklicht, da Gemeinschaftsmarke und nationale Markenrechte unabhängig voneinander bestehen, sodass die EU in einer anderen Dimension agiert als ihre Mitgliedstaaten. Die Anknüpfung an das VN-System ergibt sich in diesem Fall daraus, dass das Abkommen im Rahmen der Weltorganisation für geistiges Eigentum verwaltet wird; s. J. Scheffler, Die Europäische Union als rechtlich-institutioneller Akteur im System der Vereinten Nationen, 2010, S. 319 ff.

11 Art. II Ziff. 8 u. Ziff. 10 FAO-Satzung.

12 Das Modell einer komplementären Mitgliedschaft erfordert eine klare Kompetenzabgrenzung zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten. Im VN-System wurde diese Form der mitgliedschaftlichen Beteiligung abgesehen von der FAO und der Codex Alimentarius Kommission noch im SRÜ der VN bzw. der Internationalen Meeresbodenbehörde umgesetzt.

13 Regel II. 8 Codex-GO, geltende Fassung abrufbar unter [ftp://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual\\_20\\_e.pdf](http://ftp.fao.org/codex/Publications/ProcManuals/Manual_20_e.pdf).

14 Vgl. F. Hoffmeister/P. J. Kuijper, The Status of the European Union at the United Nations: Institutional Ambiguities and Political Realities, in: Wouters/Hoffmeister/Ruys (Hrsg.), United Nations and the European Union: An ever stronger Partnership, 2006, S. 9, 23.

ständig eingerichteter Modus beschränkter Teilnahme an der Arbeit dieses Gremiums herausgebildet. Er wurde Nichtmitgliedstaaten, Regionalorganisationen und sonstigen Staatengruppierungen sowie bestimmten Befreiungsbewegungen zuerkannt.<sup>15</sup>

Der damaligen EWG wurde der Beobachterstatus 1974 durch eine Resolution der Generalversammlung<sup>16</sup> verliehen und ermöglichte es der EG und später der EU, an deren Sitzungen und jenen ihrer Nebenorgane teilzunehmen; für die Teilnahme an den unter der Führung der Generalversammlung einberufenen Konferenzen bedurfte es jedoch einer gesonderten Einladung. Die E(W)G hatte eigenständigen Zugang zu Dokumenten und konnte auf Antrag ihrerseits der Generalversammlung Dokumente vorlegen und zirkulieren lassen. Ein Rederecht kam der Gemeinschaft nur zu, wenn sie vom Sitzungspräsidenten dazu eingeladen wurde und auch dann durfte sie erst nach allen VN-Mitgliedstaaten das Wort ergreifen. Die E(W)G verfügte aber nicht über ein förmliches Vorschlagsrecht und war – ihrem Status als Beobachterin entsprechend – auch vom Stimmrecht ausgeschlossen.<sup>17</sup> Ihre Partizipationsrechte waren also nicht sehr weitreichend und entsprachen in etwa denen der meisten anderen 18 intergouvernementalen Organisationen, die eine Einladung erhalten hatten, an den Sitzungen und der Arbeit der Generalversammlung teilzunehmen und in New York eine ständige Vertretung unterhalten.<sup>18</sup>

Im August 2010 brachte der damalige Ratsvorsitz Belgien im Namen der nunmehr mit Rechtspersönlichkeit ausgestatteten EU einen Resolutionsentwurf<sup>19</sup> in der Generalversammlung ein, der unter Bezugnahme auf das Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon eine Aufwertung des Beobachterstatus forderte, um der EU eine effektive Teilnahme an der Arbeit dieses Organs zu ermöglichen. Dieser Entwurf wurde aber mit knapper Mehrheit zurückgewiesen,<sup>20</sup> nachdem Surinam im Namen der karibischen Gemeinschaft (CARICOM), die ebenfalls Beobachterstatus in der Generalversammlung genießt, eine Vertagung beantragt hatte.

Nach einer intensiven Phase informeller Konsultationen wurde schließlich acht Monate später vom ungarischen Ratsvorsitz ein geänderter<sup>21</sup> Resolutionsentwurf in der Generalversammlung vorgelegt. Dieser enthielt etwa die ausdrückliche Feststellung, dass auch anderen Regionalorganisationen mit Beobachterstatus in der Generalversammlung dieselben Teilnahmerechte zugestanden werden können, wie sie nunmehr der EU eingeräumt werden. Wegen dieser Präcedenzwirkung für an-

15 K. Ginther, in: Simma (Hrsg.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, 2. Aufl. 2002, Art. 4 SVN, Rn. 43.

16 GV-Res 3208 (XXIX) v. 11.10.1974.

17 Zu den Beteiligungsrechten der EG in der Generalversammlung s. J. Scheffler, *Europäische Union* (Fn. 10), S. 465 ff.

18 Liste abrufbar unter <http://www.un.org/en/members/intergovorg.shtml>.

19 UN-Doc. A/64/L.67 v. 31.8.2010.

20 Mit 76 Pro-, 71 Gegenstimmen und 26 Enthaltungen; v.a. die Gruppe der Afrikanischen Staaten, die CARICOM und verschiedene kleine Inselstaaten verlangten mehr Zeit, um den Resolutionstext analysieren zu können; vgl. dazu die einzelnen Wortmeldungen, wiedergegeben in: GA Official Records, A/64/PV.122 v. 14.9.2010, Agenda item 120 u. UN Department of Public Information v. 14.9.2010, GA/10983.

21 V.a. wurden verfahrensmäßige Antragsrechte u. jeglicher Bezug zum Vertrag von Lissabon gestrichen; zu den einzelnen Änderungen s. die GA Official Records A/65/PV.88 v. 3.5.2011, Agenda item 120.

dere Regionalorganisationen (etwa die Afrikanische Union und die Arabische Liga) wurde von den afrikanischen Staaten und der arabischen Gruppe die Aufwertung des Beobachterstatus der EU begrüßt. Hingegen äußerten der Vertreter der Bahamas im Namen 14 Mitgliedstaaten der CARICOM und der Vertreter Naurus (also eines Mikrostaats) ihre Besorgnis darüber, dass die Stärkung der Beobachterrolle einer intergouvernementalen Organisation zu einer Marginalisierung der Kleinstaaten in der Generalversammlung führen könnte und dass den 27 EU-Staaten dadurch eine zusätzliche 28. Stimme gewährt werde – ein Privileg, das allen anderen VN-Mitgliedstaaten nicht zuteil wird. Kritisch gesehen wurde auch, dass der EU nun Rechte zugestanden werden sollten, die bisher nur Staaten sowie dem Heiligen Stuhl und Palästina eingeräumt worden waren, deren Beteiligungsmodell der EU auch tatsächlich als Vorbild für den Resolutionsentwurf gedient hatte. Trotz dieser nach wie vor bestehenden Vorbehalte wurde die Resolution<sup>22</sup> schließlich am 3. Mai 2011 im Konsensusverfahren von 180 Mitgliedstaaten bei nur zwei Stimmenthaltungen angenommen.<sup>23</sup>

Die Resolution legt die Modalitäten für die Teilnahme der EU an den Tagungen und an der Arbeit der Generalversammlung, ihrer Ausschüsse und Arbeitsgruppen, den unter ihrer Schirmherrschaft einberufenen internationalen Konferenzen und den Konferenzen der VN fest. Um ihre Standpunkte darzulegen, haben die Vertreter der EU Rederecht und dürfen in den regulären Plenumsitzungen unter den Vertretern wichtiger Gruppen in die Rednerliste eingetragen werden, d.h., dass sie ihre Stellungnahmen *vor* den einzelnen Mitgliedstaaten abgeben dürfen.

Sie werden außerdem zur Teilnahme an der Generaldebatte eingeladen – ein Privileg das bisher neben den Mitgliedstaaten nur dem Heiligen Stuhl und Palästina zukam. Die Rangfolge der Redner richtet sich dabei nach der feststehenden Praxis für teilnehmende Beobachter und nach der Ebene der Teilnahme. Das bedeutet, dass die Vertreter der EU *nach* den Mitgliedstaaten, dem Heiligen Stuhl und Palästina, der protokollarischen Einordnung entsprechend zum Zug kommen.

Weiters dürfen sie ihre, die Tagungsordnungspunkte betreffenden Mitteilungen unmittelbar als Dokumente der Generalversammlung zirkulieren lassen. Die Verteilung braucht also nicht mehr von einem Mitgliedstaat beantragt werden und die Mitteilung wird vom Sekretariat als offizielles Generalversammlungs-Dokument herausgegeben.

Darüber hinaus steht ihnen das Recht zu, Vorschläge und Änderungsanträge mündlich zu unterbreiten; die Einbringung schriftlicher Vorschläge oder Änderungsanträge ist ihnen aber nicht erlaubt und auch hinsichtlich der mündlichen Vorschläge und Änderungsanträge kann eine Abstimmung nur auf Antrag eines Mitgliedstaats erfolgen.

Kontroversiell war in der Debatte insbesondere das Recht auf Antwort, das die Vertreter der EU in Bezug auf Unionsstandpunkte nach entsprechender Entschei-

22 GV-Res. A/65/276 v. 3.5.2011.

23 Zehn Staaten nahmen an der Abstimmung nicht teil, Syrien und Zimbabwe enthielten sich der Stimme.

dung des Vorsitzenden wahrnehmen dürfen. Zimbabwe hatte dazu unter Hinweis auf Regel 73 der Geschäftsordnung der Generalversammlung<sup>24</sup> einen mündlichen Gegenantrag dahingehend eingebracht, dass das Recht auf Antwort nur Mitgliedstaaten, nicht aber Beobachtern gewährt werden könne, der jedoch mit großer Mehrheit abgelehnt wurde. Während allerdings die Mitgliedstaaten zwei Stellungnahmen pro Punkt abgeben dürfen, ist dieses Antwortrecht im Fall der EU auf eine Stellungnahme pro Thema begrenzt.

Die Resolution hält überdies ausdrücklich fest, dass die Vertreter der EU weiterhin unter den Beobachtern sitzen müssen, d.h. dass die sitting arrangements so beibehalten werden wie bisher, also hinter den Staaten, dem Heiligen Stuhl und Palästina. Explizit festgehalten ist auch, dass ihnen weder ein Stimmrecht, auch nicht im Hinblick auf Wahlen, zukommt, noch das Recht, Resolutionsentwürfe oder sonstige Beschlussentwürfe mit einzubringen; auch dürfen sie für Wahlen oder sonstige VN-Positionen keine Kandidaten aufstellen.

Gefallen ist zudem – darauf sei besonders hingewiesen – das im ursprünglichen Resolutionsentwurf vorgesehene Recht, Anträge zur Geschäftsordnung zu stellen. Die EU verfügt auch sonst über keinerlei verfahrensmäßige Antragsrechte, wodurch ihr Aktionsradius deutlich einschränkt wird.<sup>25</sup>

## 2. Änderung der Vertretungsbefugnis

Als der Vertrag von Lissabon in Kraft trat, schien es, als könne die effektive Vertretung von Unionsinteressen in der Generalversammlung nicht mehr gewährleistet werden.<sup>26</sup> Durch die Rechtsnachfolge<sup>27</sup> erhielt die EU als solche einen rechtlichen Status in diesem Gremium – eben jenen der EG von 1974. Da aber nunmehr in Art. 27 Abs. 2 EUV vorgesehen ist, dass die Vertretung von EU-Standpunkten in internationalen Organisationen von der Hohen Vertreterin wahrgenommen wird und nicht mehr – wie auf der Grundlage von ex-Art. 18 Abs. 2 EUV-Nizza – vom rotierenden Ratsvorsitz, war man plötzlich auf den Beobachterstatus angewiesen.

Es verwundert daher nicht, dass man von Unionsseite alle Hebel in Bewegung setzte, um möglichst rasch eine Aufwertung des Status zu erwirken.<sup>28</sup> Bis zum tatsächlichen Upgrading wurde die Vertretung weiterhin großteils vom Ratsvorsitz, z.T. auch von der neuen EU-Delegation, wahrgenommen. Mit der nach wie vor domi-

24 Regel 73 GO sieht vor, dass der Präsident jedem Mitglied das Recht auf Antwort gewähren kann, wenn dies aufgrund einer nach Abschluss der Rednerliste gehaltenen Rede angebracht erscheint. Abgesehen von den Mitgliedstaaten stand es bisher nur dem Heiligen Stuhl und Palästina zu.

25 Insofern stellt das neue Repräsentationsmodell im Vergleich zum ursprünglichen Resolutionsentwurf einen Rückschritt dar; nicht zu folgen ist insofern *W. Hummer*, Hybride Rechtsstellung der Europäischen Union in der UNO, *ecolex* 2011, S. 675, 678, der die Ansicht vertritt, dass „die Beteiligungsrechte der EU (...) so weitreichend sind, dass sie mitgliedschaftlichen Mitwirkungsrechten schon sehr nahe kommen“.

26 Vgl. Dok. 11823/10 v. 7.7.2010.

27 Die Rechtsnachfolge der EU wurde den VN am 30.11.2009 notifiziert; s. dazu *C. Beaucillon/F. Erlbacher*, „Comme une lettre à la poste“. Rechtliche und praktische Aspekte der Rechtsnachfolge von der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union, in: *Eilmansberger/Griller/Obwexer* (Hrsg.), *Rechtsfragen der Implementierung des Vertrags von Lissabon*, 2011, S. 101, 114 ff.

28 Man richtete dazu etwa eine eigene Task Force ein; Dok. 7309/11 v. 16.3.2011.



nierenden Rolle des Ratsvorsitzes hielt man im Wesentlichen an der alten Repräsentationspraxis fest<sup>29</sup> – der Vertretung nach dem bizentralen Modell, also durch Ratsvorsitz und Kommission, die die EU auch säulenübergreifend vertreten konnten. Es war dabei grundsätzlich Aufgabe des Ratsvorsitzes, die Standpunkte zu intergouvernementalen Fragen vorzutragen, während die Kommission als Sprecherin der Gemeinschaft aufzutreten hatte.<sup>30</sup> Unterstützt wurde der Ratsvorsitz dabei gemäß ex-Art. 18 Abs. 3 und 4 EUV-Nizza von der Troika,<sup>31</sup> während sich die Kommission zur Erfüllung ihrer Aufgaben auf ihre ehemalige Delegation bei den VN stützte.

Aufgrund der Vielfalt der in der Generalversammlung behandelten Themen und der damit einhergehenden schwierigen Abgrenzung der Zuständigkeiten von Ratsvorsitz und Kommission, bildete sich die Praxis heraus, dass zumeist der Ratsvorsitz als Sprecher auftrat und Stellungnahmen auch mit Bezug zur ehemaligen ersten Säule abgab. Durch die zusätzlichen Statements einzelner Mitgliedstaaten war aus der Perspektive von Drittstaaten bisweilen unklar, wem die jeweilige Position tatsächlich zuzuordnen war. So konnte der Ratsvorsitz in drei verschiedenen Funktionen auftreten – für sich selbst als Mitglied der VN, für die EU im Bereich der GASP und letztlich auch säulenübergreifend für die EG.<sup>32</sup>

Erst die Aufwertung des Status in der Generalversammlung ermöglichte zusammen mit den geänderten unionsrechtlichen Rahmenbedingungen eine neue Repräsentationspraxis der EU in diesem Organ. So ist die Rolle des Ratsvorsitzes weitgehend in jener der Hohen Vertreterin aufgegangen. Gemäß Art. 18 Abs. 4 EUV ist sie für die Kohärenz des auswärtigen Handelns zuständig, und zwar in Bezug auf sämtliche Bereiche; als Hohe Vertreterin und Vorsitzende des Rates „Auswärtige Angelegenheiten“ sowie in ihrer Rolle als Kommissionsmitglied ist sie mit der Koordinierung der verschiedenen Aspekte auswärtigen Handelns betraut. Der Vertrag von Lissabon weist die Aufgabe allerdings nicht allein der Hohen Vertreterin zu, sondern nimmt auch den Rat und die Kommission in die Pflicht, für kohärentes Vorgehen in diesem Bereich zu sorgen.<sup>33</sup>

Zudem hat die Hohe Vertreterin gemäß Art. 34 Abs. 1 EUV die Koordination mitgliedstaatlicher Standpunkte vorzunehmen und – soweit ein gemeinsames Vorgehen akkordiert wurde – die abgestimmten EU-Positionen in den verschiedenen Gremien

29 2010 wurden von den 24 EU-Standpunkten im Plenum der Generalversammlung 19 vom Ratsvorsitz vorgetragen.

30 Die Aufgabenverteilung geht auf eine Entscheidung des AstV v. 13.9.1974 zurück (Dok. I/119/74, zit. bei J. Scheffler, Europäische Union (Fn. 10), S. 465, Fn. 613) u. spiegelt sich in der Zuständigkeitsverteilung gemäß Art. 22 Abs. 2 EUV hinsichtlich des Initiativrechts im Bereich des auswärtigen Handelns der EU wieder.

31 Gemäß ex-Art. 18 Abs. 3 u. 4 EUV-Nizza gehörten der Troika der Generalsekretär des Rates, also der vormalige Hohe Vertreter für die GASP, und die Kommission an, die in „vollem Umfang“ zu beteiligen war. Gegebenenfalls war auch eine Unterstützung durch den Mitgliedstaat, der den nachfolgenden Ratsvorsitz wahrnimmt, möglich.

32 Als EG-Vertreter waren im Blue Book der VN der Ratsvorsitz und die Kommission genannt, nur eine Fußnote wies darauf hin, dass die EG Teil der EU ist; vgl. z.B. UN Doc. ST/SG/SER.A/298, S. 300 ff.; vgl. Fn. 43.

33 Gemäß Art. 21 Abs. 3 UAbs. 2 EUV haben der Rat und die Kommission unterstützt vom Hohen Vertreter für Kohärenz zwischen den verschiedenen Bereichen auswärtigen Handelns zu sorgen; Art. 26 Abs. 2 UAbs. 2 EUV weist dem Rat und dem Hohen Vertreter die Verantwortung für kohärentes Vorgehen der Union im Rahmen der GASP zu.



von internationalen Organisationen schließlich gemäß Art. 27 Abs. 2 EUV auch zu vertreten.

Weiters ist die Hohe Vertreterin nun auch allgemein zur Unterhaltung zweckdienlicher Beziehungen mit den Organen der VN i.S.d. Art. 220 AEUV berufen. Diese Aufgabe war ursprünglich ausschließlich der Kommission vorbehalten<sup>34</sup> und umfasst u.a. den Abschluss von Verwaltungsabkommen<sup>35</sup> sowie die Beantragung und Wahrnehmung des Beobachterstatus.<sup>36</sup> Der aufgewertete Status in der Generalversammlung wurde allerdings weder von der Kommission noch von der Hohen Vertreterin, sondern vom damaligen Ratsvorsitz beantragt. Der Grund dafür lag in der fehlenden Legitimation der EU als Beobachterin, einen solchen Antrag einzubringen.

Die Repräsentation der EU in der Generalversammlung durch die Hohe Vertreterin hat den Vorteil, dass die Spannungen zwischen Rat und Kommission hinsichtlich der Abgrenzung ihrer Zuständigkeiten durch den Doppelhut der Hohen Vertreterin zumindest teilweise relativiert werden. Ganz auflösen werden sie sich freilich nicht, bleibt die Hohe Vertreterin doch innerhalb der Kommission an die dortige Zuständigkeitsverteilung und das Kollegialitätsprinzip gebunden, womit die Vertretung auch anderen Kommissionsmitgliedern vorbehalten sein kann. Mit dem Vertrag von Lissabon wurde die Außenvertretungskompetenz der Kommission erstmals generalklauselartig in Art. 17 Abs. 1 EUV verankert; zudem wurde sie insoweit erweitert, als nun auch die ehemalige dritte Säule, der jetzige Titel V AEUV, davon erfasst wird.<sup>37</sup>

Bei allen angeführten Aufgaben wird die Hohe Vertreterin gemäß Art. 27 Abs. 3 EUV vom Europäischen Auswärtigen Dienst (EAD) unterstützt,<sup>38</sup> der der Hohen Vertreterin gegenüber weisungsgebunden ist und dessen Tätigkeitsbereich folglich innerhalb deren Zuständigkeiten liegen muss. Er unterstützt gemäß Art. 2 Abs. 2 EAD-Beschluss<sup>39</sup> auch die anderen zur Außenvertretung befugten Akteure, d.h. den Präsidenten des Europäischen Rates und die Kommission, soweit sie Aufgaben in diesem Bereich wahrnehmen. Das Aufgehen des dem Generalsekretariat des Rates zugeordneten Verbindungsbüros<sup>40</sup> und der Kommissionsdelegation bei den VN in

34 Im Zusammenhang mit der EAG ist die Kommission diesbezüglich weiterhin ausschließlich zuständig (Art. 199 Abs. 1 EAGV, ABl. EU 2010 L 84/1).

35 Vgl. z.B. Financial and Administrative Framework Agreement v. 29.4.2003 zwischen den VN und der EG (vertreten durch die Kommission). Zur Abgrenzung zweckdienlicher Beziehungen vom Beobachterstatus vgl. J. Kokott, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 220 AEUV, Rn. 15.

36 Nicht umfasst ist der Abschluss völkerrechtlicher Verträge gemäß Art. 216 AEUV; vgl. K. Schmahlenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 220 AEUV, Rn. 6 ff.

37 Außerdem fällt die EAG-Außenvertretung nach wie vor in die Zuständigkeit der Kommission, da EU und EAG gemäß Art. 106 a Abs. 1 EAGV weiterhin über einen einheitlichen institutionellen Rahmen verfügen; eine Zuständigkeit der Hohen Vertreterin kommt nur insoweit in Frage, als sie für die Kommission handelt.

38 Zum EAD s. B. Martenczuk in diesem Heft auf S. 189.

39 Beschluss Nr. 2010/427/EU des Rates v. 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes (EAD-Beschluss), ABl. EU 2010 L 201/30.

40 Die Ratsverbindungsbüros wurden bereits vor der Zusammenlegung zur einheitlichen EU-Delegation in die Kommissionsdelegation „integriert“, zumindest bezüglich der Akkreditierung bei den VN und der Gewährung diplomatischer Privilegien und Immunitäten durch die USA; F. Hoffmeister/P. J. Kuijper, Status of the European Union (Fn. 14), S. 16; zum Verbindungsbüro vgl. B. Rasch, The European Union at the United Nations. The Functioning and Coherence of EU External Representation in a State-centric Environment, 2008, S. 95 ff.

einer dem EAD angehörenden, einheitlichen EU-Delegation, bringt hier allerdings zusätzliche Vereinfachung. Das Personal der Delegation setzt sich aus Mitgliedern des EAD und der Kommission zusammen und ist dieser gegenüber gemäß Art. 5 Abs. 3 UAbs. 1 EAD-Beschluss in deren Zuständigkeitsbereich auch weisungsgebunden. Diesbezüglich sollen die detaillierten Regelungen, nach denen die Kommission den Delegationen Weisungen erteilen kann, in einer noch abzuschließenden Vereinbarung zwischen der Kommission und dem EAD festgelegt werden.<sup>41</sup>

Zudem wird die EU in GASP-Angelegenheiten gemäß Art. 15 Abs. 6 EUV auch vom Präsidenten des Europäischen Rates, auf seiner Ebene und in seiner Eigenschaft, unbeschadet der Befugnisse der Hohen Vertreterin, vertreten. Aufgrund der der Hohen Vertreterin im EUV zugewiesenen Kompetenzen scheidet eine Vertretung durch den Präsidenten des Europäischen Rates im Bereich der operationellen GASP aus und er hat – wie etwa bei seinem ersten Auftritt in der Generaldebatte der 66. GV-Tagung am 22. September 2011 – eine vorwiegend repräsentativ-protokollarische Funktion.<sup>42</sup> Insgesamt sind es zumeist Vertreter der EU-Delegation, die die Standpunkte in der Generalversammlung vortragen – und zwar sowohl in GASP-Fragen als auch in den übrigen Politikbereichen.<sup>43</sup>

Damit aber überhaupt gemeinsame EU-Standpunkte<sup>44</sup> vertreten werden können, bedarf es der vorherigen Koordinierung, die in der Generalversammlung – anders als im Sicherheitsrat – sehr intensiv ausfällt. Dies v.a. aufgrund der zunehmenden Anzahl von Beteiligten, die sich zu immer komplexeren und breiteren Themengebieten abstimmen sollten. Überschneidungen zwischen der GASP und den übrigen Politikbereichen sind dabei unvermeidbar. Die Pflicht zur frühzeitigen<sup>45</sup> Abstimmung in Bezug auf alle außen- und sicherheitspolitischen Fragen von allgemeiner Bedeutung wurde durch den Vertrag von Lissabon erweitert: Im Prozess der internen Willensbildung gemäß Art. 32 EUV soll im Rat – und neu auch im Europäischen Rat – ein gemeinsames Vorgehen festgelegt werden, woraufhin die Hohe Vertreterin und die Außenminister ihre Tätigkeiten im Rat koordinieren. In den in Brüssel zentralisierten Prozess sind nun auch die EU-Delegation sowie die diplomatischen Vertretungen der Mitgliedstaaten bei den VN ausdrücklich eingebunden. Sie sollen mit ihrer Vor-Ort-Expertise zur Festlegung und Durchführung des gemeinsamen Vorgehens beitragen.

41 Vgl. 13. Erwgr. EAD-Beschluss. Eine weitere Übereinkunft ist bezüglich der EAG-Außenvertretung vorgesehen; als Folge des Aufgehens der Generaldirektion „Auswärtige Beziehungen“ im EAD (gemäß Anhang EAD-Beschluss) soll entsprechend dem 18. Erwgr. EAD-Beschluss durch eine Vereinbarung zwischen Kommission und EAD ermöglicht werden, dass letzterer auch die EAG-Vertretung wahrnimmt.

42 Vgl. J. Scheffler, Europäische Union (Fn. 10), S. 697 f.

43 Aufgrund der ausdrücklichen Rechtspersönlichkeit der EU und der Konsolidierung der Außenvertretung findet sich im aktuellen Blue Book nur noch die EU-Delegation; UN Doc. ST/SG/SER.A/301, S. 324 ff. Diese ist in Sektionen gegliedert, wobei z.B. die Sektion Wirtschaft, Handel und Entwicklung von einem ehemaligen Kommissionsbeamten geleitet wird.

44 Den EU-Statements schließen sich meist Beitrittskandidaten, assoziierte Staaten und EFTA-Staaten an, womit insgesamt etwa 35 Staaten hinter einem Standpunkt stehen; vgl. E. Paasivirta/D. Porter, EU Coordination at the UN General Assembly and ECOSOC, in: Wouters/Hoffmeister/Ruys (Fn. 14), S. 35, 36. Die Koordinierung dieses Alignment-Prozesses nahm früher das Verbindungsbüro des Rates wahr, heute der EAD.

45 Vgl. Anhang zu Dok. 10898/08 v. 18.6.2008, S. 186 ff.

In der Praxis erfolgt die laufende Koordinierung primär auf der Ebene der Ratsarbeitsgruppen,<sup>46</sup> wobei insbesondere auf die horizontale Arbeitsgruppe Vereinte Nationen (CONUN)<sup>47</sup> zu verweisen ist. Diese ist zwar weiterhin dem Rat zugeordnet, wird allerdings wie einige andere Ratsarbeitsgruppen gemäß Art. 4 Abs. 4 EAD-Beschluss nicht mehr von Vertretern des rotierenden Ratsvorsitzes, sondern von einer von der Hohen Vertreterin ernannten<sup>48</sup> und dem EAD angehörenden ständigen Vorsitzenden geleitet.<sup>49</sup>

Auf der Ebene der Arbeitsgruppen werden u.a. Prioritätenpapiere für die Generalversammlungs-Tagungen gedraftet,<sup>50</sup> auf deren Basis dann die täglichen Koordinierungssitzungen in New York erfolgen, die nunmehr anstatt von Vertretern des rotierenden Ratsvorsitzes von Angehörigen der EU-Delegation geleitet werden.<sup>51</sup> Die Frage, inwieweit die Mitgliedstaaten verpflichtet sind, ihr Stimmverhalten in der Generalversammlung an den vorab koordinierten Standpunkten zu orientieren, hängt grundsätzlich vom Bereich ab, dem die jeweilige Thematik materiell zuzuordnen ist. In GASP-Fragen sind die Mitgliedstaaten neben dem allgemeinen Loyalitätsgebot in Art. 4 Abs. 3 EUV auch über Art. 24 Abs. 3 EUV zur Zusammenarbeit verpflichtet, wobei der Rat und nun auch die Hohe Vertreterin für deren Einhaltung zu sorgen haben. Das Verhalten der Mitgliedstaaten ist allerdings aufgrund der nach wie vor bestehenden Unzuständigkeit des Gerichtshofs der EU für den GASP-Bereich gemäß Art. 24 Abs. 1 UAbs. 2 EUV auch weiterhin nicht justiziabel. Abweichendes Stimmverhalten im GASP-Bereich bleibt damit sanktionslos.

Etwas anders verhält es sich im Zusammenhang mit den übrigen Politiken. Hier hat der EuGH bereits recht deutlich die Grenzen für mitgliedstaatliche Alleingänge aufgezeigt:<sup>52</sup> Die Pflicht zur Zusammenarbeit ergibt sich aus der Notwendigkeit einer einheitlichen völkerrechtlichen Vertretung der EU. Sie ist allgemein anwendbar und gilt unabhängig davon, ob es sich bei der betreffenden Zuständigkeit um eine ausschließliche oder eine geteilte handelt<sup>53</sup> und unabhängig davon, welchen

46 Erleichtert wird diese durch das COREU-Netzwerk (elektronische Verbindung zwischen Außenministerien, Kommission, Ratssekretariat und Delegationen) sowie das 2007 zusätzlich eingeführte System „New York Collaboration Environment“ (NYCE) zum Austausch von Dokumenten und Informationen zwischen den ständigen Vertretungen der Mitgliedstaaten; vgl. J. Scheffler, Europäische Union (Fn. 10), S. 406.

47 Die Performance von CONUN wird in der Literatur z.T. kritisiert; die Arbeitsgruppe biete zwar eine Plattform für Informationsaustausch, habe aber noch keine Initiativen gesetzt, die der EU helfen könnten, zum „front runner“ bei den VN zu werden; vgl. A. Degrand-Guillaud, Characteristics of and Recommendations for EU Coordination at the UN, 14 EFAR, 2009, S. 607, 610.

48 Vgl. Anhang II Beschluss Nr. 2009/908/EU zur Festlegung von Maßnahmen für die Durchführung des Beschlusses des Europäischen Rates über die Ausübung des Vorsitzes im Rat und über den Vorsitz in den Vorbereitungsorganen des Rates (Vorsitz-Durchführungsbeschluss), ABl. EU 2009 L 322/28 berichtigt durch ABl. EU 2009 L 344/56.

49 Vgl. dazu G. Schusterschitz, Organisation und Arbeitsweise der Hohen Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik sowie des Europäischen Auswärtigen Dienstes, in: Eilmansberger/Griller/Obwexer (Fn. 27), S. 279 ff.

50 Zur 66. Generalversammlungs-Tagung vgl. Dok. 11298/11 v. 10.6.2011.

51 Str. ist z.T., wer die internen Koordinierungssitzungen in Bezug auf Themenbereiche, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen, leiten soll; vgl. G. Schusterschitz, Organisation (Fn. 49), S. 305.

52 Im Zusammenhang mit geteilten Kompetenzen vgl. EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317; in Bezug auf ausschließliche Kompetenzen der Union vgl. EuGH, Rs. C-45/07 (Kommission/Griechenland), Slg. 2009, I-701.

53 EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 71 u. 73.

Status die EU selbst im betreffenden Gremium hat. Vom EU-Standpunkt abweichendes Stimmverhalten der Mitgliedstaaten wäre demzufolge an Art. 4 Abs. 3 EUV zu messen. Diese Rechtsprechung betraf allerdings Fälle, in denen das Verhalten der Mitgliedstaaten zumindest mittelbar im Zusammenhang mit rechtlichen Konsequenzen für die EU stand,<sup>54</sup> weshalb zu bezweifeln ist, dass diese Rechtsprechung auch auf das Verhalten der Mitgliedstaaten in der Generalversammlung übertragbar ist.

Was die besondere Frage der Aufstellung gemeinsamer Kandidaten für gewisse Leitungsfunktionen bei den VN betrifft, hat der Rat relativ zahnlose Leitlinien angenommen, die die Mitgliedstaaten etwa anhalten, eine bestimmte Person nur für bestimmte aufeinanderfolgende Funktionsperioden zu unterstützen.<sup>55</sup> Ansonsten ist es jedem Mitgliedstaat unbenommen, einen eigenen Kandidaten aufzustellen – für den Fall, dass man sich auf einen gemeinsamen Kandidaten einigen sollte, wäre dieser nach wie vor vom rotierenden Vorsitz aufzustellen. Die EU hat ja auch nach der Resolution vom Mai 2011 nicht das Recht, in der Generalversammlung eigene Kandidatenvorschläge einzubringen.

Insgesamt kann man feststellen, dass trotz der Notwendigkeit langwieriger und umständlicher Koordinierungsprozesse das Stimmverhalten der EU-Mitgliedstaaten in der Generalversammlung, abgesehen von einigen wenigen „heißen Eisen“, wie etwa der Reform des Sicherheitsrates oder Abrüstungsfragen,<sup>56</sup> weitgehend einheitlich ist. Mit dem Übergang der Leitung der wichtigen Koordinierungssitzungen auf die EU-Delegation und der neuen ständigen Vorsitzenden in der Ratsarbeitsgruppe VN könnte dies noch weiter effektuiert werden. Die Aufwertung des Beobachterstatus führte jedenfalls dazu, dass die Union nun auch in der Generalversammlung als ein Akteur auftreten und damit ihrer einheitlichen Rechtspersönlichkeit Sichtbarkeit verleihen kann.

54 Im Fall EuGH, Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 71, beging Schweden dadurch eine Vertragsverletzung, dass es dem Sekretariat des Stockholmer Übereinkommens im Widerspruch zu einer im Rat abgestimmten (nicht formal angenommenen) Strategie einen unverbindlichen Vorschlag unterbreitete, der die Bindung der EU an eine später angenommene völkerrechtliche Norm zur Folge hätte haben können. Im Fall EuGH, Rs. C-45/07 (Kommission/Griechenland), Slg. 2009, I-701, stellte der EuGH eine Vertragsverletzung Griechenlands fest, das dem Schiffsicherheitsausschuss der IMO einen Vorschlag unterbreitet hatte, der die Beeinträchtigung von gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zur Folge haben hätte können. Vgl. dazu *M. Cremona*, External Relations and External Competence of the European Union: The Emergence of an Integrated Policy, in: Craig/De Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 2. Aufl. 2011, S. 217, 257 f.; *E. Neframi*, The Duty of Loyalty, CMLRev., 2010, S. 313, 341.

55 Dok. 13221/00 v. 18.12.2000 in Dok. 10898/08 v. 18.6.2008.

56 Vgl. *B. Fassbender*, The Better Peoples of the United Nations? Europe's Practice and the United Nations, EJIL 2004, S. 857, 875.



# Die Bindung der Europäischen Union an das Recht der Vereinten Nationen unter besonderer Berücksichtigung der Rechtswirkungen von Beschlüssen des Sicherheitsrates im Unionsrecht

Von Stefan Griller, Salzburg\*

## I. Einleitung<sup>1</sup>

Der sich inzwischen über mehr als zehn Jahre hinziehende Fall *Kadi* hat „alte“ Fragen des Verhältnisses zwischen dem Recht der Vereinten Nationen (VN) und jenem der Europäischen Union (EU)<sup>2</sup> aktualisiert. Es sind dies insbesondere die folgenden:

- Ist die EU an das Recht der VN und insbesondere an Beschlüsse des Sicherheitsrates gebunden?
- Sind die VN in ihrer Tätigkeit und insbesondere im Falle von Sanktionsmaßnahmen gegen Private („smart sanctions“) an Grundrechte gebunden, und wenn ja an welche?
- Wie lässt sich eine allfällige Bindung der EU an das Recht der VN mit dem Schutz der Grundrechte innerhalb der EU in Einklang bringen?

Der Anlassfall *Kadi* ist hinreichend dokumentiert<sup>3</sup> und wird in der Folge daher nur in seinen wesentlichsten Stufen dargestellt, bevor auf diese Fragen eingegangen wird.

## II. Fall Kadi

1999 ergriff der Sicherheitsrat der VN Maßnahmen gegen die fortgesetzte Benützung des afghanischen Territoriums für den Schutz und das Training von Terroristen. In diesem Zusammenhang wurden die Taliban aufgefordert, Osama bin Laden an die Behörden zu übergeben. Zur Durchsetzung dieser Forderung wurde die Resolution 1267 (1999) erlassen. Sie bestimmt, dass alle Staaten Guthaben und andere finanzielle Mittel einfrieren müssen, die den Taliban gehören oder durch diese direkt oder indirekt kontrolliert werden; außerdem enthält sie Reisebeschränkungen und ein Verbot der Belieferung mit Waffen und Ähnlichem. Diese Resolution wurde

\* Dr. Stefan Griller ist Universitätsprofessor für öffentliches Recht und Europarecht an der Universität Salzburg.

1 Die Vortragsfassung wurde weit gehend beibehalten, der Anmerkungsapparat auf das Nötigste beschränkt. Für ausführliche Nachweise der reichen Literatur zum Thema s. insbes. *G. De Búrca*, The ECJ and the international legal order: a re-evaluation, in: De Búrca/Weiler (Hrsg.), *The Worlds of European Constitutionalism*, 2012, S. 105; *P. Eeckhout*, *EU External Relations Law*, 2. Aufl. 2011, insbes. S. 506 ff. Zur eigenen – im folgenden weiter entwickelten – Auffassung *S. Griller*, *International Law, Human Rights and the European Community's Autonomous Legal Order: Notes on the European Court of Justice Decision in Kadi*, *EuConst* 2008, 528.

2 Die bisherigen Urteile, insbes. jenes des EuGH aus dem Jahr 2008, stammen aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, bzw. beziehen sich auf diese Rechtslage und damit auf die Europäische Gemeinschaft (EG). Soweit im Folgenden nichts anderes ausgeführt wird, ist davon auszugehen, dass die Erwägungen der Gerichte auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon unverändert relevant bleiben, nunmehr freilich für die EU statt der EG.

3 Zuletzt insbes. im Urteil des Gerichts im zweiten Rechtszug: *EuG*, Rs. T-85/09 (*Yassin Abdullah Kadi, Kadi II*), *Slg.* 2010, II-5177, Rn. 1-62; vgl. ferner die in Fn. 1 genannte und die in dieser zitierte weitere Literatur.

mehrmals, insbesondere nach dem Anschlag vom 11. September 2001 auf das World Trade Center, geändert, der Kern der Sanktionen blieb aber erhalten. Seit den Resolutionen 1988 und 1989 (2011) werden getrennt voneinander eine *Taliban*-Sanktionsliste und eine – hier relevante – *Al-Qaida*-Sanktionsliste geführt. Die Liste der von den Maßnahmen betroffenen Einzelpersonen und Einrichtungen wurde und wird durch das Sanktionskomitee (Sanctions Committee) festgelegt. Die mehrfachen Änderungen sind u.a. Reaktionen auf die hier zu diskutierenden Urteile der Gerichte der EU.<sup>4</sup> Herr *Kadi* befindet sich nach wie vor auf der aktualisierten *Al-Qaida*-Sanktionsliste.<sup>5</sup>

Die EU ergriff mehrere Maßnahmen, um die Sanktionen der VN umzusetzen. Entsprechend dem primärrechtlich vorgesehenen Mechanismus handelt es sich dabei zum einen um Maßnahmen im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP),<sup>6</sup> und zum anderen um diese durchführende EU-Verordnungen.<sup>7</sup> An dieser Zweistufigkeit hat sich auch durch den Vertrag von Lissabon nichts geändert, auch wenn durch diesen die GASP Teil des nunmehr grundsätzlich einheitlichen EU-Rechts geworden ist.<sup>8</sup>

Herr *Kadi* erhob gegen die durchführende Verordnung Nichtigkeitsklage vor dem Gericht (EuG, damals Gericht erster Instanz).<sup>9</sup> Dieses wies die Klage im Ergebnis als unbegründet ab. Dagegen ergriff Herr *Kadi* ein Rechtsmittel, dem der EuGH stattgab:<sup>10</sup> er erklärte die Verordnung für nichtig, setzte allerdings eine dreimonatige Frist, um Gelegenheit zu geben, die rechtsstaatlichen Verfahrensfehler zu beheben, die ihn zum Ergebnis der Rechtswidrigkeit geführt hatten.

Diese Frist nutzte die Kommission zur Durchführung eines „Verfahrens“, in dessen Rahmen sie Herrn *Kadi* Gelegenheit zur Stellungnahme zu den gegen ihn vorliegenden Verdachtsmomenten gab.<sup>11</sup> An dessen Ende erließ die Kommission eine

4 Für eine Übersicht vgl. <https://www.un.org/sc/committees/1267/>, [https://www.un.org/sc/committees/1267/\(be-sucht+im+August+2012\);+die+Resolutionen+des+Sicherheitsrates+sind+auch+auf+Deutsch+erhältlich:+http://www.un.org/Depts/german/sr/fs\\_sr\\_zwischenseite.html](https://www.un.org/sc/committees/1267/(be-sucht+im+August+2012);+die+Resolutionen+des+Sicherheitsrates+sind+auch+auf+Deutsch+erhältlich:+http://www.un.org/Depts/german/sr/fs_sr_zwischenseite.html). Vgl. dazu auch Fn. 43.

5 S. den Eintrag „QI.Q.22.01. Name: 1: YASIN 2: ABDULLAH 3: EZZEDINE 4: QADI“ – die aktuelle Fassung der Liste findet sich, samt Erläuterungen, auf der Website des „1267/1989“-Komitees: [https://www.un.org/sc/committees/1267/aa\\_sanctions\\_list.shtml](https://www.un.org/sc/committees/1267/aa_sanctions_list.shtml) (besucht im August 2012). Derzeit befinden sich u.a. etwa 240 Einzelpersonen und 70 Einrichtungen auf der Liste.

6 Vor allem Gemeinsamer Standpunkt des Rates 2002/402/GASP betreffend restriktive Maßnahmen gegen Mitglieder der Al-Qaida-Organisation und andere mit ihnen verbundene Personen, Gruppen, Unternehmen und Einrichtungen, ABl. EU 2002 L 139/4 i.d.F. ABl. EU 2011 L 199/73.

7 Für den Fall *Kadi* relevant: Verordnung (EG) Nr. 881/2002 über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit dem Al-Qaida-Netzwerk in Verbindung stehen, ABl. EU 2002 L 139/9. Diese Verordnung wurde bis zum Jahr 2012 mehr als 170 mal abgeändert, hauptsächlich durch die Kommission, die dazu ermächtigt ist, Änderungen der Sanktionsliste im Wege einer Kommissionsverordnung (nunmehr Durchführungsverordnung) umzusetzen.

8 Vgl. ex-Art. 60 u. 301 EGV (Nizza) sowie nunmehr Art. 215 sowie Art. 74 und Art. 75 AEUV.

9 EuG, Rs. T-315/01 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2005, II-3649. So gut wie wortgleich entschied das EuG in der Rs. T-306/01 (Ahmed Ali Yusuf), Slg. 2005, II-3533. Auf viele der interessanten Erwägungen des EuG kann hier nicht eingegangen werden.

10 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351.

11 Herr *Kadi* hatte in diesem Rahmen knapp drei Wochen Gelegenheit, zu fünf Absätzen „Begründung“ Stellung zu nehmen, die der Sanktionsausschuss auf seiner Website veröffentlicht hatte. In seiner Antwort verlangte Herr *Kadi* echte Gründe und legte Gegenbeweise vor. Die Kommission antwortet u.a., sie sei nicht verpflichtet, auf dieses Vorbringen genauer einzugehen.



Änderungsverordnung, durch welche Herrn *Kadis* Aufnahme in den Anhang der Verordnung 881/2002 bestätigt wurde.<sup>12</sup> Dagegen erhob dieser neuerlich Nichtigkeitsklage vor dem Gericht, welches ihm diesmal – unter Beachtung der vorhergegangenen Entscheidung des EuGH – recht gab.<sup>13</sup> Das dagegen von der Kommission ergriffene Rechtsmittel ist derzeit beim EuGH anhängig.<sup>14</sup>

### III. Bindung der EU und der Mitgliedstaaten an das Recht der VN

#### 1. Grundsätzliche Bindung

Die Judikatur des EuGH zur bindenden Wirkung des Völkerrechts ist grundsätzlich „freundlich“, aber gleichwohl differenziert.<sup>15</sup> In wichtigen Leitentscheidungen bejaht der Gerichtshof insbesondere allgemein die bindende Wirkung des Völkerrechts und im Besonderen die bindende Wirkung von Völkergewohnheitsrecht<sup>16</sup> und völkerrechtlichen Verträgen,<sup>17</sup> dies sowohl völkerrechtlich als auch innerhalb der Unionsrechtsordnung (früher Gemeinschaftsrechtsordnung). Die „große Ausnahme“ bildete immer schon das GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) und in seiner Nachfolge nun das WTO-Recht.<sup>18</sup> Demnach „gehören die WTO-Übereinkünfte wegen ihrer Natur und ihrer Struktur grundsätzlich nicht zu den Vorschriften, an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane mißt“. <sup>19</sup> Der völkerrechtlichen Verbindlichkeit für die Union tut dies freilich keinen Abbruch.

Mehr noch: Gerade bezüglich des soeben erwähnten GATT hatte der EuGH die völkerrechtliche Verbindlichkeit für die EWG betont, obwohl diese gar keine Vertragspartei war. Soweit die Gemeinschaft, so der EuGH, „früher von den Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des GATT ausgeübte Befugnisse übernommen hat, ist sie an die Bestimmungen dieses Abkommens gebunden“. <sup>20</sup>

Diese, freilich für einen Bereich der ausschließlichen Zuständigkeit entwickelte Auffassung hat der EuGH nunmehr, so scheint es, auch für die Verpflichtungen aus

12 VO (EG) Nr. 1190/2008 v. 28.11.2008 zur 101. Änderung der Verordnung (EG) Nr. 881/2002 des Rates über die Anwendung bestimmter spezifischer restriktiver Maßnahmen gegen bestimmte Personen und Organisationen, die mit Osama bin Laden, dem Al-Qaida-Netzwerk und den Taliban in Verbindung stehen. ABl. EU 2008 L 322/25.

13 EuG, Rs. T-85/09 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi II), Slg. 2010, II-5177.

14 EuGH, Rs. C-584/10 P (Kommission/Kadi, Kadi II).

15 Zum Folgenden statt vieler *A. Peters*, The Position of International Law Within the Community Legal Order, GYIL 1997, S. 9 sowie *A. Epiney* in diesem Heft auf S. 25.

16 Insbes. EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655, Rn. 45.

17 Z.B. ebenfalls EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655, Rn. 42; Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 17 u. 18. In *Kupferberg* stellte der Gerichtshof mit Bezugnahme auf das Freihandelsabkommen mit Portugal fest, dass dieses grundsätzlich unmittelbar anwendbar ist (Rn. 19, 27).

18 Leitentscheidung insbes. EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat, Vereinbarung mit Pakistan u. Indien), Slg. 1999, I-8395, Rn. 42 ff.; seither ständige Judikatur.

19 EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat, Vereinbarung mit Pakistan u. Indien), Slg. 1999, I-8395, Rn. 47. Bislang sind auch andere Varianten der Durchsetzung, wie etwa haftungsrechtliche, gescheitert. Vgl. dazu *S. Griller*, Enforcement and Implementation of WTO Law in the European Union, in: Breuss/Griller/Vranes (Hrsg.), The Banana Dispute. An Economic and Legal Analysis, 2003, S. 247 m.w.N.

20 EuGH, Rs. 21 bis 24/72 (International Fruit Company), Slg. 1972, 1220, Rn. 14/18.

der Satzung der VN akzeptiert.<sup>21</sup> Während jedoch das EuG ausführlich die indirekte Bindung über den EGV begründete,<sup>22</sup> beschränkt sich der EuGH auf den trockenen Hinweis, „dass die Befugnisse der Gemeinschaft unter Beachtung des Völkerrechts auszuüben sind“,<sup>23</sup> was ausdrücklich auch für die aus der Satzung der VN resultierenden Pflichten bejaht wird. Über die Herleitung dieser Pflicht bezüglich der VN, bei denen die EU kein Mitglied ist, schweigt sich der EuGH aus. Er erwähnt allerdings, freilich hypothetisch, Art. 300 Abs. 7 EGV (nunmehr Art. 216 Abs. 2 AEUV), wonach abgeschlossene Abkommen für die Organe und für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Ein allfälliger Vorrang vor den Bestimmungen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts könne sich, selbst wenn die Bestimmung auf die VN anwendbar wäre, niemals „auf das Primärrecht und insbesondere die allgemeinen Grundsätze – zu denen die Grundrechte gehören – erstrecken“. <sup>24</sup> Der EuGH geht noch einen Schritt weiter und meint, ein Nichtigkeitsurteil eines Gerichts der EU – wie das seine im Fall *Kadi* – würde „nicht den völkerrechtlichen Vorrang der betreffenden Resolution in Frage stellen“. <sup>25</sup>

Im Vergleich zum EuG war der EuGH somit hinsichtlich des rechtlichen Fundaments der völkerrechtlichen Bindung der EU sehr zurückhaltend, geradezu beiläufig. In einem Atemzug hat er den aus der „autonomen“ Gemeinschaftsrechtsordnung fließenden, und allenfalls kollidierenden, grundrechtlichen Schranken größeres Gewicht beigemessen als den Pflichten aus der Satzung der VN. Insofern erinnert das Ergebnis des EuGH, bei allen Unterschieden im Detail,<sup>26</sup> durchaus an die erwähnte Rechtsprechung zum GATT und zur WTO: die (völkerrechtliche) Verbindlichkeit für die Gemeinschaft (nunmehr EU) wird nicht infrage gestellt; die interne Durchsetzbarkeit hingegen sehr wohl.

Was die Fundierung der rechtlichen Bindung der EU betrifft erscheinen die Überlegungen des EuG überzeugend, und zwar unabhängig davon, ob man den weiteren Ausführungen des Gerichts mit ihren monistischen Implikationen und dem Vorrang des Völkerrechts folgt. Das EuG begründet die Bindungswirkung im Wesentlichen damit, dass die Mitgliedstaaten zum Zeitpunkt der Gründung der EWG bereits an

21 Freilich könnte man vorsichtig anmerken, dass Sanktionsmaßnahmen gemäß Art. 215 AEUV ein Sonderfall an der Grenzlinie zwischen Gemeinsamer Handelspolitik (einer ausschließlichen EU-Kompetenz) und GASP-Maßnahmen sind. Vgl. *P. Eeckhout*, External Relations (Fn. 1), S. 502: „border area between trade policy and foreign policy where it is difficult, if not impossible, to draw clear boundaries ... no man's land between the front line of the supranational and the intergovernmental“; s. auch ebendort S. 541. Es ist hauptsächlich die Schutzklausel des Art. 347 AEUV, die der Zuständigkeit der EU die Ausschließlichkeit nimmt.

Es besteht also auch im Anlassfall *Kadi* eine besondere Nähe zur ausschließlichen Kompetenz in der Gemeinsamen Handelspolitik. Insoweit könnte man erwägen, ob die Position des EuGH im Anwendungsbereich eingeschränkt sein könnte. Allerdings ist den Ausführungen des EuGH keine Andeutung in diese Richtung zu entnehmen.

22 EuG, Rs. T-315/01 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2005, II-3649, Rn. 192 ff. Insgesamt folgt der Duktus des Urteils einem deutlich monistischen Ansatz und enthält sogar eine ausdrückliche Zurückweisung des Arguments, die Gemeinschaftsrechtsordnung sei eine von den VN unabhängige Rechtsordnung (Rn. 208).

23 EuGH, verb. Rs. C 402/05 P u. C 415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 291 ff.

24 EuGH, verb. Rs. C 402/05 P u. C 415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 307 f. (Zitat: Rn. 308).

25 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 288.

26 Für das GATT bzw. WTO-Recht gilt das Ergebnis aufgrund seiner angeblichen Natur und ungeachtet allfälliger Kollisionen mit dem Primärrecht.

die Satzung der VN gebunden waren und diese Verpflichtungen weder aufgeben durften noch wollten.<sup>27</sup> Dieses systematische und historische Interpretationsergebnis ist, wie noch gezeigt wird, durchaus einer Nuancierung zugänglich, die sich aus dem Verfassungssystem der EU ergeben und einen schrankenlosen Vorrang des VN-Rechts ausschließen kann.

## 2. Konsequenzen in Konfliktfällen für die Mitgliedstaaten

Damit kommen wir zur delikaten Frage des „Konfliktmanagements“. Auch diese lässt der EuGH (im Gegensatz zum EuG) in der Schwebe. Was sollen die Mitgliedstaaten tun, wenn wie in *Kadi* eine VN-Resolution mit einem EU-Grundrecht konfliktiert und die EU-rechtliche Umsetzung daher für nichtig zu erklären ist? Auf den ersten Blick besteht trotzdem die Pflicht der Mitgliedstaaten zur Befolgung der Resolution. Denn Art. 103 SVN bestimmt: „Widersprechen sich die Verpflichtungen von Mitgliedern der Vereinten Nationen aus dieser Charta und ihre Verpflichtungen aus anderen internationalen Übereinkünften, so haben die Verpflichtungen aus dieser Charta Vorrang.“

Der vor diesem Hintergrund bisweilen erwogene Ausweg der Umsetzung der Resolution durch die Mitgliedstaaten steht aber EU-rechtlich nicht zur Verfügung, insoweit und weil auch eine derartige staatliche Maßnahme gegen die Grundrechte der EU verstieße.<sup>28</sup> Der EuGH mindestens hat keinerlei Andeutung gemacht, dass dieser Weg akzeptabel wäre.

Das EuG hingegen hat sich auch in dieser Hinsicht deutlich zugunsten des Vorrangs des Völkerrechts und im Besonderen der Satzung der VN geäußert. Es wies auf Art. 307 EGV (nunmehr Art. 351 AEUV) hin, der die Fortgeltung von älteren, vor dem EG-Beitritt herrührenden Pflichten regelt, indem er diese grundsätzlich als unberührt erklärt, freilich verbunden mit der Pflicht der Mitgliedstaaten, allfällige Konflikte zu Gunsten ihrer gemeinschaftsrechtlichen (heute unionsrechtlichen) Pflichten zu beseitigen. Das EuG nahm Bezug auf das Urteil des EuGH in der Rs. *Centro-Com*, in dem dieser ausdrücklich die Abweichung von gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtungen zugestanden hatte, wenn dies erforderlich ist, um Verpflichtungen aus einer Resolution des Sicherheitsrates nachzukommen.<sup>29</sup> Das EuG folgerte daraus, „dass die Mitgliedstaaten sowohl nach den Regeln des allgemeinen Völkerrechts als auch nach den spezifischen Bestimmungen des Vertrages berechtigt und sogar verpflichtet sind, jede Bestimmung des Gemeinschaftsrechts – und wäre es eine Bestimmung des Primärrechts oder ein allgemeiner Grundsatz dieses Rechts – unangewendet zu lassen, die der ordnungsgemäßen Erfüllung ihrer Ver-

27 EuG, Rs. T-315/01 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2005, II-3649, Rn. 192 ff.

28 Zutreffend – und entgegen manchen Stimmen in der Literatur – GA *Maduro* in seinen Schlussanträgen, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 30. S. allerdings unten Fn. 31.

29 EuGH, Rs. C-124/95 (*Centro-Com*), Slg. 1997, I-82, Rn. 54 ff.

pflichtungen aufgrund der Charta der Vereinten Nationen entgegenstehen würde“.<sup>30</sup>

Freilich hat das Gericht diese Äußerung im Duktus seiner Argumentation zum Vorrang der Pflichten aus der Satzung der VN und der daraus resultierenden Einschränkung seiner eigenen Kontrollkompetenz entwickelt. Übertragen auf unsere Fragestellung bedeutet das aber wohl dennoch, dass auch im Fall eines vom EuGH festgestellten Konflikts das Recht der VN im skizzierten Ausmaß vorgehen würde.

Allerdings wäre damit wenig gewonnen, wären die EU Mitgliedstaaten doch gemäß Art. 351 AEUV dazu verpflichtet, „alle geeigneten Mittel“ anzuwenden, „um die festgestellten Unvereinbarkeiten zu beheben“. Sind sie damit auf der Ebene der VN nicht erfolgreich, bliebe aus dem Blickwinkel des EU-Rechts letztlich nur der Austritt aus den VN.<sup>31</sup>

Außerdem und vor allem wäre der Vorrang einer behauptetermaßen grundrechtswidrigen Resolution gemäß Art. 103 SVN einigermaßen theoretisch: welcher Mitgliedstaat beziehungsweise welches nationale Höchstgericht könnte es hinnehmen, im Interesse der Durchführung einer Resolution des Sicherheitsrates eine Grundrechtsverletzung zu begehen beziehungsweise fortzusetzen, die vom EuGH festgestellt wurde? Dies würde implizieren, dass eine solche Verletzung nach nationalem Verfassungsrecht, also auf der Grundlage des nationalen Grundrechtskatalogs, unbedenklich oder jedenfalls – etwa wegen der verfassungsrechtlichen Preisgabe dieses Schutzes gegenüber dem Recht der VN – möglich wäre.

Dies führt uns zur Frage, ob die Satzung der VN tatsächlich so zu verstehen ist, dass eine Überprüfung von Resolutionen des Sicherheitsrates durch Mitglieder der VN kategorisch ausgeschlossen erscheint. Sollte eine solche Kontrolle möglich bleiben, spräche einiges dafür, sie auch dann zu akzeptieren, wenn sie auf ein Urteil des EuGH zurückgeht.

## IV. Grundrechtsbindung der VN

### 1. Normative Verankerung und Vagheit

Angesichts der Kargheit der Bestimmungen der Satzung der VN sind sowohl das Ob als auch das Ausmaß der Bindung der VN an Grundrechte umstritten.<sup>32</sup> Das gilt auch für Resolutionen des Sicherheitsrates.<sup>33</sup> Diese vielfältige, u.a. die Konstitu-

30 EuG, Rs. T-315/01 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2005, II-3649, Rn. 190.

31 Hinzuweisen ist allerdings nochmals auf die Schutzklausel des Art. 347 AEUV, die über Art. 351 AEUV hinaus u.a. Maßnahmen eines Mitgliedstaates erlaubt, welche dieser „in Erfüllung der Verpflichtungen trifft, die er im Hinblick auf die Aufrechterhaltung des Friedens und der internationalen Sicherheit übernommen hat“. Soweit zu sehen hat sich der EuGH bisher nicht dazu geäußert, ob und inwieweit dadurch die Erfüllung von Verpflichtungen aus Resolutionen des Sicherheitsrates einen privilegierten Sonderstatus genießen könnten.

32 Statt vieler dazu und zum Folgenden *J. Brownlie*, *Principles of Public International Law*, 7. Aufl. 2008, S. 555 ff.; *A. Cassese*, *International Law*, 2. Aufl. 2005, S. 377 f.; *S. Griller*, *International Law* (Fn. 1), S. 546 f.; *K. Schmalenbach*, *The Constitutional Limits to Security at UN and EU Level*, *Proceedings of the 4th Vienna Workshop on International Constitutional Law 2009*, S. 21, 26 ff., abrufbar unter: [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=1458974](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1458974); alle m.w.N.

33 *E. de Wet*, *The Chapter VII Powers of the United Nations Security Council*, 2004, insbes. S. 178 f., 217 f.

tionalisierungsliteratur umfassende Debatte soll hier nicht nachgezeichnet werden. Stattdessen wird an eine „einfache“ Vertragsinterpretation erinnert, die bereits *H. Lauterpacht* überzeugend vorgeschlagen hat.<sup>34</sup>

Gemäß Art. 55 lit. c SVN „fördern“ die VN „die allgemeine Achtung und Verwirklichung der Menschenrechte und Grundfreiheiten für alle ohne Unterschied der Rasse, des Geschlechts, der Sprache oder der Religion“. Gemäß Art. 56 SVN verpflichten sich alle Mitgliedstaaten, „gemeinsam und jeder für sich mit der Organisation zusammenzuarbeiten, um die in Artikel 55 dargelegten Ziele zu erreichen“. Mehr noch: „die Achtung vor den Menschenrechten und Grundfreiheiten für alle“ ist gemäß Art. 1 Abs. 3 SVN eines der zentralen Ziele der VN, das auch schon in der Präambel als Gründungsfundament angesprochen wird, nämlich als Glaube „an die Grundrechte des Menschen, an Würde und Wert der menschlichen Persönlichkeit, an die Gleichberechtigung von Mann und Frau“.

Eine teleologische Interpretation dieser Bestimmungen gebietet es geradezu, auch die VN selbst als grundrechtsgebunden zu qualifizieren. Dem Ziel könnte niemals glaubwürdig gedient werden, wenn gleichzeitig ein Freibrief für Grundrechtsverletzungen in Anspruch genommen werden könnte. Dazu kommt Folgendes: in den Jahrzehnten nach der Gründung der VN wurden, gestützt auf die zitierten Bestimmungen, zahlreiche Konventionen zum Schutz der Menschenrechte unter den VN-Mitgliedern in Geltung gesetzt. Das kann man als Anerkennung des Schutzes der Menschenrechte als Teil des universellen Völkerrechts qualifizieren. Das ist auch für die Interpretation der Satzung selbst essenziell: Der Schutz der Menschenrechte ist wohl ein einschlägiger Völkerrechtssatz im Sinne von Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK, der bei der Auslegung der Satzung heranzuziehen und damit auch für die Organe der VN verbindlich ist.<sup>35</sup>

Freilich: über den Standard dieses Schutzes auf der Ebene der VN und durch ihre Organe ist damit noch nicht sehr viel gesagt. Dieser ist vage. Seine Konkretisierung bleibt hauptsächlich eine Aufgabe der Organe der VN. Andererseits ist auf dieser hier vertretenen Begründungslinie nirgends ein Argument dafür zu sehen, dass die VN bloß an das *ius cogens* gebunden wären, einmal ganz abgesehen davon, dass dessen Abgrenzung um nichts präziser wäre.<sup>36</sup>

34 *H. Lauterpacht*, International Law and Human Rights, 1950, S. 145 f. u. 159 f.

35 Vgl. zu dieser These insbes. *E.-U. Petersmann* in zahlreichen Arbeiten, z.B. *E.-U. Petersmann*, Time for a United Nations „Global Compact“ for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organizations: Lessons from European Integration, EJIL 2002, S. 621; *ders.*, Time for Integrating Human Rights into the Law of Worldwide Organisations. Lessons from European Integration Law for Global Integration Law, Jean Monnet Working Paper No. 7/01 [www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012301.html](http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/01/012301.html). Für wirtschaftliche Organisationen wie die WTO ist das besonders umstritten; für die VN gelten die Gegenargumente wohl in geringerem Ausmaß. S. zu der Debatte etwa *R. Howse*, Human Rights and the WTO: Whose Rights, What Humanity? Comment on Petersmann, EJIL 2002, S. 651; *P. Alston*, Resisting the Merger and Acquisition of Human Rights by Trade Law: A Reply to Petersmann, EJIL 2002, S. 815; *E.-U. Petersmann*, Taking Human Dignity, Poverty and Empowerment of Individuals More Seriously: Rejoinder to Alston, EJIL 2002, S. 845.

36 Dazu die Nachweise bei *S. Griller*, International Law (Fn. 1), S. 530 f. m.w.N.

## 2. Konsequenzen von Kontrollmängeln

Von der Vagheit des Standards ist die Kontrolle von Fehlern zu unterscheiden. Grundsätzlich gilt hier:<sup>37</sup> existiert ein verbindlicher Streitbeilegungsmechanismus betreffend die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme (Entscheidung), so ist diese auch dann verbindlich, wenn sie fehlerhaft ist. Sie kann dann zwar angefochten werden, aber eben nur innerhalb eines solchen Mechanismus. Die darüber getroffene Entscheidung der Streitschlichtung ist ihrerseits – nach Erschöpfung eines allfälligen Instanzenzuges – auch dann endgültig verbindlich, wenn sie fehlerhaft sein sollte. Dies jedenfalls innerhalb eines Fehlerkalküls, der die Friedensfunktion der Streitbeilegung sichert.

Fehlt ein solcher verbindlicher Streitbeilegungsmechanismus, kann den Adressaten einer ergriffenen Maßnahme – in unserem Fall: den Adressaten einer Resolution des Sicherheitsrates – die Überprüfung der Rechtmäßigkeit nicht rundweg abgesprochen werden. Dies schließt im Extremfall die Nichtbefolgung einer Anordnung beziehungsweise deren Unanwendbarkeit innerhalb der Rechtsordnung der Adressaten mit ein. In einem solchen Fall ist die Kontrolle der Rechtmäßigkeit ergriffener Maßnahmen (Rechtsakte), so könnte man sagen, dezentralisiert. Der Standpunkt völliger Unkontrollierbarkeit ist demgegenüber unhaltbar, weil er die Einhaltung der den Vertragsorganen gezogenen Grenzen in deren Belieben stellt und damit diese Grenzen selbst auflöst. Freilich beeinträchtigt eine solche dezentralisierte Kontrolle notwendigerweise die Autorität der ergriffenen Maßnahmen. Dem kann nur durch die Einrichtung eines verbindlichen Kontrollmechanismus entgegengewirkt werden.

Letzteres ist die Situation für die Resolutionen des Sicherheitsrates. Für diese gibt es keinen für die Mitgliedstaaten verbindlichen Streitschlichtungsmechanismus. Unausgesprochen sind die obigen Überlegungen wohl auch der Hintergrund mindestens für die erste Entscheidung des EuG. Dieses hatte bekanntlich die Überprüfung solcher Resolutionen auf ihre Rechtmäßigkeit grundsätzlich abgelehnt, sie aber am Maßstab des *ius cogens* dann doch durchgeführt.<sup>38</sup> Das impliziert zwingend die Inanspruchnahme einer Kontrollkompetenz, auch wenn das Gericht über deren Herleitung schweigt.<sup>39</sup> Demgegenüber hat der EuGH versucht, die Inanspruchnahme einer Kontrollkompetenz durch den Hinweis in Abrede zu stellen, dass die Bindungswirkung (sogar der Vorrang) einer Sicherheitsratsresolution durch die Nichtigerklärung einer EU-Verordnung unberührt bliebe.<sup>40</sup> Das ist freilich nicht überzeugend.<sup>41</sup> Durch sein Urteil verhindert der EuGH die Anwendung der Resolution

37 Vgl. dazu schon S. Griller, Die Übertragung von Hoheitsrechten auf zwischenstaatliche Einrichtungen, 1989, S. 449 ff. m.w.N. Statt vieler weiterer etwa auch C. Annacker, Der fehlerhafte Rechtsakt im Gemeinschafts- und Unionsrecht, 1998, insbes. S. 156 ff.

38 EuG, Rs. T-315/01 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2005, II-3649, Rn. 226 ff.

39 Gerade beim monistischen Ansatz des EuG wäre das dringend nötig.

40 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 288.

41 Vgl. dazu die – mit spitzer Feder geschriebenen – Anmerkungen im Folgericht des EuG in der Rs. T-85-09 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi II), Slg. 2010, II-5177, Rn. 112 ff., insbes. Rn. 118 u. 121.



innerhalb der Unionsrechtsordnung. Im Ergebnis kommt dies einer mittelbaren Kontrolle für den Rechtsraum der EU gleich. Der Maßstab, den der EuGH dabei anwendet, ist freilich jener des EU-Rechts, und nicht jener der VN. Auf diese Weise erspart sich der Gerichtshof die Auseinandersetzung mit der besonderen Vagheit der einschlägigen Standards. Rechtmäßig im Sinne der obigen Überlegungen ist eine solche Vorgangsweise nur dann, wenn sich die Standards decken beziehungsweise überlappend sind.

Im Fall *Kadi* stehen die Standards der unabhängigen (gerichtlichen) Überprüfung selbst zur Debatte, und zwar für Individuen, die von einer hoheitlichen Maßnahme betroffen sind.

Spezielle Bestimmungen für ein solches Überprüfungsverfahren gab es weder zum Zeitpunkt der Aufnahme des Herrn *Kadi* in die Sanktionsliste, noch zum Zeitpunkt der Urteile der europäischen Gerichte 2005 und 2008. Erst durch die Resolution 1904 (2009)<sup>42</sup> wurde ein gestuftes Verfahren unter Einbindung einer Ombudsperson geschaffen. Durch die Resolution 1989 (2011)<sup>43</sup> wurde dieses Überprüfungsverfahren für die Streichung aus der Liste nochmals revidiert. Eine unabhängige Ombudsperson nimmt u.a. Anträge auf Streichung von der Liste entgegen, die von einer Person, einer Gruppe, einem Unternehmen oder einer Einrichtung auf der *Al-Qaida*-Sanktionsliste eingebracht werden. Die Ombudsperson kann dem Ausschuss – auf der Grundlage eines genauer geregelten Verfahrens – die Streichung von Personen oder Einrichtungen empfehlen. Die Sanktionsverpflichtung der Mitgliedstaaten erlischt 60 Tage nach Abschluss der Überprüfung dieser Empfehlung durch den Ausschuss, es sei denn, der Ausschuss beschließt im Konsens, die Verpflichtungen in Kraft zu lassen, oder der Ausschussvorsitzende überweist, bei fehlendem Konsens, die Angelegenheit auf Antrag eines Ausschussmitglieds an den Sicherheitsrat. Dieser hat zu entscheiden und bis dahin bleibt die Verpflichtung in Kraft.

Damit ist ein System der Überprüfbarkeit hergestellt. Freilich ist es nach wie vor weit von einer unabhängigen Überprüfung samt Anspruch auf Beseitigung einer allfälligen rechtswidrigen Aufnahme in die Liste entfernt. Die Entscheidung über die Streichung bleibt eine politische auf der Grundlage eines im Kern diplomatischen Verfahrens. Es muss dem EuG in seinem Befund zugestimmt werden: „Im Wesentlichen hat es der Sicherheitsrat noch immer nicht für angebracht gehalten, ein unabhängiges und unparteiisches Organ zu schaffen, das in rechtlicher wie in tatsächlicher Hinsicht über Klagen gegen die Einzelfallentscheidungen des Sanktionsausschusses zu befinden hat.“<sup>44</sup>

Es führt kein Weg an der Feststellung vorbei: gleichgültig welche internationalen Standards des Individualrechtsschutzes angelegt werden, die Möglichkeiten des Einzelnen, eine Streichung von der Sanktionsliste zu erreichen, entsprechen ihnen

42 Vgl. auch schon die (generelle) Resolution 1730 (2006) v. 19.12.2006.

43 Vgl. Pkt. 23 Resolution 1989 (2011).

44 EuG, Rs. T-85/09 (Yassin Abdullah Kadi, Kadi II), Slg. 2010, II-5177, Rn. 128. Vgl. auch die dort angeführten Präzisierungen. Vgl. auch schon EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 323.



nicht. Insofern erscheint das Urteil des EuGH nicht nur auf dem Boden des EU-Rechts, sondern sogar auf der Grundlage des Rechts der VN als vertretbar. Die Vorrangwirkung von Art. 103 SVN muss systematisch interpretiert und in ihrer Bedeutung reduziert werden. Es steht auf einem anderen Blatt, dass auf diese Weise die Autorität des Sicherheitsrates in unerfreulicher Weise eingeschränkt erscheint. Dem könnte nur durch die Einrichtung eines wirksamen Überprüfungssystems durch ein unabhängiges Gericht oder eine gerichtsähnliche Einrichtung entgegen-gewirkt werden.

## V. Vorrang der EU-Verfassung

Die grundsätzlich bejahte Bindung an die Satzung der VN hat ihre Grenzen in den Schranken, die der EuGH den als Verfassung qualifizierten Gründungsverträgen entnimmt. Wie erwähnt trennt der Gerichtshof dabei streng, wenngleich nicht überzeugend,<sup>45</sup> zwischen der völkerrechtlichen Verbindlichkeit und jener innerhalb der EU.

Die Gemeinschaft (nunmehr die EU) sei eine „Rechtsgemeinschaft . . . , in der weder ihre Mitgliedstaaten noch ihre Organe der Kontrolle daraufhin, ob ihre Handlungen mit der Verfassungsurkunde der Gemeinschaft, dem Vertrag, im Einklang stehen, entzogen sind . . . “. Internationale Übereinkommen könnten „nicht die Autonomie des Rechtssystems der Gemeinschaft beeinträchtigen“, und speziell die Grundrechte seien „integraler Bestandteil der allgemeinen Rechtsgrundsätze, deren Wahrung der Gerichtshof zu sichern hat“.<sup>46</sup>

„Aus alledem folgt, dass die Verpflichtungen aufgrund einer internationalen Übereinkunft nicht die Verfassungsgrundsätze des EG-Vertrags beeinträchtigen können, zu denen auch der Grundsatz zählt, dass alle Handlungen der Gemeinschaft die Menschenrechte achten müssen, da die Achtung dieser Rechte eine Voraussetzung für ihre Rechtmäßigkeit ist, die der Gerichtshof im Rahmen des umfassenden Systems von Rechtsbehelfen, das dieser Vertrag schafft, überprüfen muss.“<sup>47</sup>

Die Frage der Kontrolle der die Resolution des Sicherheitsrates umsetzenden Verordnung<sup>48</sup> stelle sich „im Rahmen der internen und autonomen Rechtsordnung der Gemeinschaft“, deren „Nichtjustiziabilität“ wäre vertragswidrig.<sup>49</sup>

Auf dieser Grundlage sah der EuGH die grundrechtlichen Anforderung eines fairen Verfahrens und eines effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes (Art. 6 und Art. 13

45 S. oben bei Fn. 41.

46 Vgl. EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 317 u. 300.

47 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 285.

48 Freilich wird man nach dem Urteil des EuGH in der Rs. C-355/04 P (Segi), Slg. 2007, I-1662, insbes. Rn. 51 ff. nicht zweifeln müssen, dass der EuGH im Bedarfsfall auch bereit wäre, eine GASP-Maßnahme direkt zu kontrollieren und bei einem Verfassungsverstoß für nichtig zu erklären – schon gar nicht auf der Grundlage des nunmehrigen Art. 275 AEUV und der diesbezüglich bereits begonnenen Praxis. Insofern ist die Differenzierung zwischen dem GASP-Beschluss und der Verordnung im Fall *Kadi* von geringerer Bedeutung.

49 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 317 u. 300.

EMRK) verletzt.<sup>50</sup> Zwar hätte Herr *Kadi* vor der Aufnahme in die Liste nicht verständigt werden müssen, was einer Warnung gleichgekommen wäre. Es hätte aber im Anschluss eine möglichst rasche Begründung für diese Aufnahme stattfinden müssen. Da Herr *Kadi* weder vor der Erlassung der Verordnung noch zeitnah nach dem Einfrieren seiner Konten gehört wurde, seien keine Verteidigungsrechte und in der Folge auch der Grundsatz des effektiven gerichtlichen Rechtsschutzes verletzt worden. Diese Rechtswidrigkeit „infiziert“ auch die Eigentumsbeschränkung, die mit dem Einfrieren der Konten verbunden ist.

Insofern setzen sich, wie nun schon mehrfach ausgeführt, die „Verfassungsgrundsätze der EU“, zu denen ein effektiver Grundrechtsschutz zählt, gegenüber den Verpflichtungen aus der Satzung der VN durch. Zum einen ist ein gegen die Verfassungsgrundsätze verstoßender EU-Rechtsakt vom EuGH zu beseitigen. Zum anderen werden in aller Regel, so auch hier in *Kadi*, die Mitgliedstaaten unionsrechtlich daran gehindert sein, diese Pflichten anstelle der EU zu erfüllen.

## VI. Sprachspiele zwischen Richtern

Dazu soll hier die Bemerkung genügen, dass der EuGH – und zwar abgesehen von der noch zu erörternden rechtsdogmatischen Fundierung seines Ergebnisses – keine Wahl hatte: hätte er die Durchführung von Resolutionen des Sicherheitsrates innerhalb der EU grundrechtlich „freigezeichnet“, hätte er damit rechnen müssen, sowohl von Seiten des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) als auch von einigen nationalen Höchstgerichten, namentlich vom deutschen Bundesverfassungsgericht (BVerfG) umgehend „die Rechnung präsentiert“ zu bekommen. Sowohl der EGMR als auch das BVerfG praktizieren hinsichtlich der Grundrechtskontrolle einen „*Solange*-Standard“ derart, dass sie eine detaillierte Überprüfung von abgeleitetem Unionsrecht verweigern, solange sie davon ausgehen können, dass eine derartige Kontrolle durch den EuGH stattfindet. Wäre diese preisgegeben, müsste das zwangsläufig die Reaktivierung dieser suspendierten Kontrollkompetenz auslösen.

Der EGMR hat seine Kontrollkompetenz insbes. in *Bosphorus*<sup>51</sup> zurückgenommen. Er hält die Mitgliedschaft von EMRK-Mitgliedern in internationalen Organisationen (naturgemäß einschließlich der EU) mit den Verpflichtungen aus der EMRK auch dann für vereinbar, wenn die betreffende Organisation die Grundrechtskontrolle gewährleistet. Maßnahmen der Mitgliedstaaten, die in Erfüllung von Verpflichtungen ergriffen werden, die im Rahmen einer solchen Organisation einge-

50 Genauer zum folgenden EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 331 ff., insbes. Rn. 352 u. Rn. 368 ff.

Spätestens seit dem Vertrag von Lissabon wäre selbstverständlich auch Art. 47 GRCh relevant.

51 EGMR, *Bosphorus v Ireland*, Application no. 45036/98, 30 June 2005, insbes. Rn. 149 ff. Dies geschah im Anschluss an ein Urteil des EuGH, in dem dieser, vorsichtig formuliert, seinerseits – und entgegen der späteren Linie in *Kadi* – die EU-Grundrechtskontrolle eher kursorisch statt gründlich ausgeübt hat: EuGH, Rs. C-84/95 (*Bosphorus*), Slg. 1996, I-3978. Vgl. zu dieser Judikaturentwicklung samt Vorgeschichte statt vieler S. Douglas-Scott, „Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Sirketi v. Ireland“ case comment, CMLRev. 2006, S. 243.

gangen wurden, sind unter bestimmten Bedingungen von der Kontrolle des EGMR ausgenommen. Dies gilt, „solange“ diese internationale Organisation sowohl die materiellen Rechte als auch die Verfahrensrechte der EMRK in einer Art und Weise schützt, die mindestens gleichwertig mit dem durch die EMRK garantierten Schutz ist. „Gleichwertig“ heißt dabei: „vergleichbar“. Die Anforderung eines „identischen“ Schutzes würde dem Ziel der internationalen Zusammenarbeit zuwiderlaufen. Freilich wäre ein solcher Gleichwertigkeitsbefund niemals endgültig, sondern könnte jederzeit im Lichte relevanter Veränderungen überprüft werden.<sup>52</sup>

Außerdem kann eine solche Rechtmäßigkeitsvermutung der Erfüllung der Verpflichtungen durch die Mitgliedschaft in der Organisation (in unserem Fall der EU) widerlegt werden, wenn in einem bestimmten Fall der Schutz der Konventionsrechte „offenkundig mangelhaft“ war. In einem solchen Fall würde die Kontrollkompetenz des EGMR wieder „aufleben“.<sup>53</sup>

Das Bundesverfassungsgericht judiziert im Wesentlichen seit dem so genannten *Solange-II*-Beschluss:<sup>54</sup> „Solange die Europäischen Gemeinschaften, insbesondere die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Gemeinschaften einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im Wesentlichen gleich zu achten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht, das als Rechtsgrundlage für ein Verhalten deutscher Gerichte und Behörden im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland in Anspruch genommen wird, nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen.“

Es ist nicht ohne Ironie, dass das BVerfG das *Kadi*-Urteil seinerseits sogleich zur Rechtfertigung seiner Vorbehalte gegenüber der Rechtsordnung der EU im Allgemeinen und der Bindungswirkung der Judikate des EuGH im Besonderen benützt

52 EGMR, *Bosphorus v Ireland*, Application no. 45036/98, 30 June 2005, Rn. 155: „In the Court's view, State action taken in compliance with such legal obligations is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides.... By „equivalent“ the Court means „comparable“: any requirement that the organisation's protection be „identical“ could run counter to the interest of international co-operation pursued (paragraph 150 above). However, any such finding of equivalence could not be final and would be susceptible to review in the light of any relevant change in fundamental rights' protection.”

53 EGMR, *Bosphorus v Ireland*, Application no. 45036/98, 30 June 2005, Rn. 155: „However, any such presumption can be rebutted if, in the circumstances of a particular case, it is considered that the protection of Convention rights was manifestly deficient. In such cases, the interest of international co-operation would be outweighed by the Convention's role as a „constitutional instrument of European public order“ in the field of human rights...”

54 BVerfGE 73, 339 (387). Vgl. später den sog. Bananen-Beschluss: BVerfG, 2 BvL 1/97 v. 7.6.2000, Abs.-Nr. 56 ff.

Aus der reichen Literatur zu diesem Thema zuletzt etwa E. Vranes, Germany, in European Parliament, Policy Department C: Citizens' Rights and Constitutional Affairs (Hrsg.), National Constitutional Law and European Integration, Study PE 432.750, Brussels 2011, S. 46 ff. m.w.N.; abrufbar unter <http://www.europarl.europa.eu/activities/committees/studies/searchPerform.do?jsessionid=EF8D397F3E41782D5A-D4E568E376A80E.node2>.

hat. Im *Lissabon*-Urteil heißt es dazu:<sup>55</sup> „Der europarechtliche Anwendungsvorrang bleibt auch bei Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ein völkervertraglich übertragenes, demnach abgeleitetes Institut, das erst mit dem Rechtsanwendungsbefehl durch das Zustimmungsgesetz in Deutschland Rechtswirkung entfaltet .... Es ist eine Konsequenz der fortbestehenden Souveränität der Mitgliedstaaten, dass jedenfalls dann, wenn es ersichtlich am konstitutiven Rechtsanwendungsbefehl mangelt, die Unanwendbarkeit eines solchen Rechtsaktes für Deutschland vom Bundesverfassungsgericht festgestellt wird.“ Die Konsequenz ist dann:<sup>56</sup> „Das Grundgesetz ... verzichtet ... nicht auf die ... Souveränität als Recht eines Volkes, über die grundlegenden Fragen der eigenen Identität konstitutiv zu entscheiden. Insofern widerspricht es nicht dem Ziel der Völkerrechtsfreundlichkeit, wenn der Gesetzgeber ausnahmsweise Völkervertragsrecht ... nicht beachtet, sofern nur auf diese Weise ein Verstoß gegen tragende Grundsätze der Verfassung abzuwenden ist ... Eine entsprechende Auffassung hat auch der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften mit seiner Entscheidung ... in der Rechtssache Kadi zugrundegelegt, wonach dem völkerrechtlichen Geltungsanspruch einer Resolution des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen grundlegende Rechtsprinzipien der Gemeinschaft entgegengehalten werden können (EuGH, verb. Rs. C-402/05 P und C-415/05 P...). Damit hat der Gerichtshof in einem Grenzfall die Selbstbehauptung eigener Identität als Rechtsgemeinschaft über die ansonsten respektierte Bindung gestellt: Eine solche Rechtsfigur ist nicht nur im Völkerrechtsverkehr als Berufung auf den *ordre public* als Grenze vertraglicher Bindung vertraut; sie entspricht jedenfalls bei einem konstruktiven Umgang auch der Idee von nicht strikt hierarchisch gegliederten politischen Ordnungszusammenhängen ...“.

Es liegt auf der Hand, dass der Verzicht auf die Kontrolle der den Sicherheitsratsbeschluss durchführenden Verordnung den Gleichwertigkeitsmaßstab des Grundrechtsschutzes sowohl im Sinne des EGMR als auch im Sinne des BVerfG verfehlt hätte. Eine solche Judikatur hätte, auch wenn sie unter Hinweis auf die Verpflichtungen aus der Satzung der VN ergangen wäre, beinahe unweigerlich zu einer „Aktivierung“ dieser Zuständigkeiten geführt.

Das ist natürlich kein rechtsdogmatisches, wohl aber ein pragmatisches Argument für die vom EuGH gewählte Vorgangsweise. Wir werden aber sehen, dass diese „*Solange*-Rationalität“ auch rechtsdogmatisch nicht aus der Luft gegriffen und für die zukünftige Rechtsprechung des EuGH in mehrfacher Hinsicht bedeutsam ist.

55 BVerfG, 2 BvE 2/08; 30.6.2009, *Lissabon*-Urteil, Abs.-Nr. 339.

56 BVerfG, 2 BvE 2/08; 30.6.2009, *Lissabon*-Urteil, Abs.-Nr. 340.

## VII. Beurteilung

### 1. Theoretische Grundlegung<sup>57</sup>

Das Verhältnis zwischen Rechtssystemen (Rechtsordnungen) kann, etwas vereinfacht ausgedrückt, nach dem Geltungsgrund und einer allfälligen Über-/Unterordnungsrelationen folgendermaßen begriffen werden:

- monistisch, nämlich mit einem einheitlichen Geltungsgrund, der alle Normen des Rechtssystems legitimiert; dies für die Relation zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht mit zwei Spielarten:
  - mit Primat des Völkerrechts, so dass das staatliche Recht als durch das Völkerrecht eingesetzt (delegiert) gesehen wird,
  - mit Primat des staatlichen Rechts, mit der umgekehrten Delegationskonstruktion; für mehrere (oder alle) staatliche Rechtsordnungen gedacht ist das genau genommen nicht monistisch, sondern „pluralistisch“;<sup>58</sup>
- dualistisch, nämlich mit zwei verschiedenen Geltungsgründen für das Völkerrecht und für das staatliche Recht; es handelt sich dann um zwei verschiedene Rechtsordnungen, deren Beziehungen zueinander durch der jeweiligen Ordnung zugehörige Normen geregelt werden; gibt es solche Regeln nicht, sind die Normen der anderen Rechtsordnung „irrelevant“.

Diese Auffassungen lassen sich auch auf das Europarecht, hier verstanden als das Recht der EU, übertragen. Freilich ist bezüglich des EU-Rechts nicht nur die Relation zum staatlichen Recht, sondern auch jene zum (allgemeinen) Völkerrecht zu bestimmen, und es wäre theoretisch sogar denkbar, in der einen Richtung von einer monistischen und in der anderen von einer dualistischen Auffassung auszugehen. Monismus und Dualismus sind als gedankliche Rekonstruktionen des Verhältnisses zwischen Rechtssystemen nach wie vor relevant<sup>59</sup> und auch der Sache nach unentzinnbar, gleichgültig ob man die Terminologie verwendet oder nicht. Es geht immer darum, welche Norm einen konkreten Sachverhalt regelt, und wie dabei mit unterschiedlichen Regelungsansprüchen umzugehen ist.

57 Ausführlich dazu S. Griller, Völkerrecht und Landesrecht – unter Berücksichtigung des Europarechts, in: Walter/Jabloner/Zeleny (Hrsg.), Hans Kelsen und das Völkerrecht. Ergebnisse eines internationalen Symposiums in Wien (1. – 2. April 2004), Schriftenreihe des Hans Kelsen-Instituts, Band 26, 2004, S. 83. Ferner statt vieler und zur Illustration der vielfältigen Ansätze M. Jestaedt, Der Europäische Verfassungsverbund. Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärfelation, in: Calliess (Hrsg.), Verfassungswandel im europäischen Staaten- und Verfassungsverbund, 2007, S. 93; M. Potacs, Das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten im Lichte traditioneller Modelle, ZöR 2010, S. 117.

58 Im Hinblick auf die jüngere Debatte (s. Fn. 59) sei die Bemerkung erlaubt, dass dies schon G. A. Walz, Völkerrecht und staatliches Recht, 1933, S. 45 ff. klar gesehen hat; er bezeichnet einen solchen Standpunkt auch als „pseudomonistisch“ (ebendort S. 40).

59 Ohne dies hier zu entwickeln: die jüngere Debatte über „constitutional pluralism“ in der internationalen Literatur wandelt – teilweise ohne sich dessen bewusst zu sein – auf den Pfaden der Monismus-Dualismus-Debatte, und bleibt teilweise hinter deren Standard zurück. Statt vieler s. nur J. Baquero Cruz, The Legacy of the Maastricht-Urteil und the Pluralist Movement, ELJ 2008, S. 389; M. Kumm, The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, ELJ 2005, S. 262; M. Poiares Maduro, Contrapunctal Law: Europe's Constitutional Pluralism in Action, in: N. Walker (Hrsg.), Sovereignty in Transition, 2003, S. 501; N. Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, Modern Law Review 2002, S. 317.

Monismus und Dualismus sind zunächst Modelle, die von der Lehre entwickelt wurden. Sie haben sowohl einen theoretischen als auch einen analytischen Anspruch, können also vom „außenstehenden Betrachter“ auf konkrete Rechtsordnungen angewendet werden. In einer anderen Situation befindet sich ein Rechtsanwendungsorgan einer der beteiligten Rechtsordnungen, etwa der EuGH, oder ein nationales Höchstgericht. Diese beiden Perspektiven sollten auseinander gehalten werden. Rechtsanwendungsorgane können definitionsgemäß nur auf der Grundlage jener Rechtsordnung entscheiden, durch die sie eingesetzt wurden. Andernfalls wären sie gar keine Rechtsanwendungsorgane und es fehlte ihnen die Grundlage für ihre Entscheidungen. Oft wird daraus ein monistisches Konzept folgen, das heißt, die Regeln der jeweils „anderen Rechtsordnung“ werden nur nach Maßgabe der „eigenen Rechtsordnung“ als Recht qualifiziert und eingeordnet. Gleichermäßen denkbar ist es allerdings, Inkorporationsregeln beziehungsweise Öffnungsklauseln der eigenen Rechtsordnung „dualistisch“ zu deuten. Bloß ausnahmsweise werden solche Bestimmungen so verstanden, dass die eigene Rechtsordnung als Teil einer anderen, insbesondere als grundsätzlich dem Völkerrecht untergeordnet qualifiziert wird.<sup>60</sup> Die beiden Konzepte sind somit nur im theoretischen Ansatz (Identifikation des Geltungsgrundes) unvereinbar, nicht aber analytisch oder praktisch. Soweit es sich um gemäßigte<sup>61</sup> Varianten des Monismus und Dualismus handelt, verlangen beide für die Lösung konkreter Fragen die genaue Interpretation der anwendbaren Normen, welche die Beziehung der Rechtssysteme zueinander regeln.

## 2. Dualistische Position des EuGH

Der leitende Gesichtspunkt des EuGH für die Lösung des Falles *Kadi* ist die „Autonomie des Rechtssystems der Gemeinschaft“,<sup>62</sup> heute: der Union. Wie schon hervorgehoben verbindet dies der EuGH mit der These, die Überprüfung abgeleiteten Unionsrechts würde „den völkerrechtlichen Vorrang der betreffenden Resolution“ nicht in Frage stellen.<sup>63</sup>

In dieser Kombination der beiden Elemente ist dies eine dualistische Auffassung.<sup>64</sup> Weder akzeptiert der Gerichtshof die Überordnung des Völkerrechts (der SVN), noch stößt er sich bei der Nichtigkeitserklärung der Verordnung am „völkerrechtlichen Vorrang“, akzeptiert diesen also als dennoch fortbestehend. Konnte man

60 Insbes. Art. 93 u. 94 der Niederländischen Verfassung werden so verstanden; insofern wird die niederländische Verfassung gerne als „monistische mit Primat des Völkerrechts“ bezeichnet. Hier sei nur angemerkt: nichtsdestotrotz wird diese Wirkung des Völkerrechts durch staatliches Verfassungsrecht herbeigeführt. Dies allein ist schon eine ausreichende Grundlage, um auch eine dualistische Rekonstruktion, oder gar eine monistische mit Primat des staatlichen Rechts zu erwägen.

61 Dieser Zusatz soll andeuten, dass die im 19. und Anfang des 20. Jahrhunderts vertretenen „radikalen“ Auffassungen, wonach widersprechendes Recht der jeweils anderen Rechtsordnung als absolut nichtig zu betrachten ist, (heute) geringen Erklärungswert haben, weshalb sie hier ausgeklammert bleiben.

62 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 282, 316 f.

63 EuGH, verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (Yassin Abdullah Kadi, Kadi I), Slg. 2008, I-6351, Rn. 288; vgl. auch Rn. 300, 307 f.

64 Statt vieler B. Fassbender, Triepel in Luxemburg, DÖV 2010, S. 333; G. De Búrca, ECJ (Fn. 1), S. 118 ff. [„robustly dualist“ (S. 119)].



nach *Kadi* noch zweifeln und allenfalls auch eine monistische Deutung erwägen, so erscheint dies nach dem Urteil *Bank Melli Iran* ausgeschlossen, jedenfalls was das Selbstverständnis des Gerichtshofs betrifft: „Vorab ist darauf hinzuweisen, dass die Resolutionen des Sicherheitsrats einerseits und die gemeinsamen Standpunkte des Rates wie auch seine Verordnungen andererseits zu verschiedenen Rechtsordnungen gehören.“<sup>65</sup>

Eine umfassende Auseinandersetzung mit dieser Auffassung hätte mit der Autonomiethese des EuGH zu beginnen. Das kann hier nicht geleistet werden,<sup>66</sup> erscheint aber auch entbehrlich, weil die Positionierung des EuGH auch auf der Grundlage der Gegenthese, die EU sei eine besonders hoch integrierte partikulärrechtliche Völkerrechtsordnung, vertretbar ist. Festzuhalten ist, dass der Gerichtshof diese Autonomiethese zunächst nicht mit Blick auf das Verhältnis zum Völkerrecht, sondern mit Blick auf das Verhältnis des Europarechts zum nationalen Recht entwickelt hat. Freilich trägt sie dennoch im Ansatz eine dualistische Handschrift, wenn nicht sogar eine monistische mit Primat des Unionsrechts (früher Gemeinschaftsrechts); und zwar, wie gleich zu zeigen ist, auch was die Relation zum Völkerrecht betrifft! Es mag sein, dass die Stoßrichtung gegen Hemmnisse aus dem nationalen Recht zunächst den Blick auf das Abschottungspotenzial gegenüber dem Völkerrecht stellt hat.

Rückblickend ist die Auffassung, das Verhältnis zwischen Unionsrecht (früher Gemeinschaftsrecht) und Völkerrecht folge einer monistischen Konstruktion<sup>67</sup> mit Primat des Völkerrechts nachgerade als naiv zu qualifizieren.

Denn von Anfang an leitete der EuGH die Autonomie- und Vorrangthese hauptsächlich aus der behaupteten Eigenständigkeit der Gemeinschaftsrechtsordnung ab. Dabei hat der Gerichtshof seine Terminologie in einem zentralen Punkt geändert. Sprach er zunächst von einer neuen Rechtsordnung des Völkerrechts, fiel dieser

65 EuGH, Urteil v. 16.11.2011, Rs. C-548/09 P (*Bank Melli Iran*), Rn. 100.

Freilich: i.S.d. obigen Ausführungen ist eine monistische Rekonstruktion mit Primat des Unionsrechts in analytischer Sicht dennoch nicht gänzlich ausgeschlossen: innerhalb des Rechtssystems der EU kommt dem Völkerrecht, hier: der SVN, nur nach Maßgabe der Verfassung der EU Rechtsverbindlichkeit zu. Der „völkerrechtliche Vorrang“ ist insofern eine leere Worthülse. Genauso gut kann man sagen: innerhalb des Rechtssystems der EU ist das Recht der VN bis zur Nichtigerklärung durch den EuGH relevant, nachher irrelevant.

66 Vgl. dazu die Diskussion und Kritik bei S. Griller, Die Europäische Union. Ein staatsrechtliches Monstrum? in: Schuppert/Pernice/Haltern (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, S. 201, 210 ff.

67 Vgl. statt vieler etwa H. Keller, Rezeption des Völkerrechts, 2003, S. 253 ff.

S. auch die Ausführungen des ehemaligen Präsidenten des EuGH, *Rodríguez Iglesias*, Zu den Grenzen der verfahrensrechtlichen Autonomie der Mitgliedstaaten bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts, EuGRZ 1997, S. 289, 295, der – freilich mit Blick auf das Verhältnis zu den *mitgliedstaatlichen* Rechtsordnungen – meinte, dass „eine dualistische Betrachtung des Verhältnisses beider Rechtsordnungen dieser tiefen Verzahnung nicht gerecht wird“.

Zur Klarstellung: es geht im Text immer um die theoretische Fundierung des Verhältnisses von Rechtsordnungen, und nicht um die Technik der Inkorporation von Völkerrecht in das staatliche Recht/Unionsrecht. Bisweilen werden diese beiden Themen vermenget. Manchmal wird mit dem Ausdruck „Monismus“ bloß die Rechtstechnik einer generellen Transformation (Adoption) des Völkerrechts angesprochen, also die Inkorporation des Völkerrechts ohne Erlassung einer spezifisch innerstaatlichen Rechtsform; „Dualismus“ ist dann die Umsetzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung durch eine innerstaatliche Rechtsform, etwa ein Gesetz. Freilich ist eine generelle Transformation auch mit einer dualistischen Auffassung vereinbar, etwa bei Vorliegen eines antizipierten Inkorporationsbefehls. Insofern führt der Gebrauch dieser Terminologie für die Technik der Inkorporation zu Verwirrung.



bedeutsame Zusatz später weg. Was blieb, war die neue autonome Rechtsordnung. In *van Gend & Loos* meinte Gerichtshof noch, die Gemeinschaft sei „eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts...“<sup>68</sup> Nach *Costa/ENEL* hingegen hat der EWG-Vertrag „eine eigene Rechtsordnung geschaffen“; u.a. daraus folge, dass „dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“<sup>69</sup>

Der Unterschied ist von besonderer Bedeutung für die rechtliche Qualifikation der neuen Rechtsordnung: Handelt es sich um eine partikularrechtliche Völkerrechtsordnung oder um eine dritte, neue Rechtsordnung zwischen Völkerrecht und staatlichem Recht? Der EuGH und mit ihm ein großer Teil der Lehre,<sup>70</sup> zunächst auch das BVerfG,<sup>71</sup> vertritt die zuletzt genannte Auffassung.

Damit ist freilich der Grundstein für eine dualistische oder auch monistische (mit Primat des Unionsrechts) Rekonstruktion des Verhältnisses zwischen Unionsrecht und Völkerrecht gelegt. Denn die Autonomie (Eigenständigkeit) sollte von Anfang an eine von der rechtlichen Bedingtheit durch die Gründungsverträge sein, also eine von der völkerrechtlichen Bedingtheit. Warum sollte sich das Völkerrecht gegen das Unionsrecht durchsetzen können, wenn sich dieses doch angeblich von dessen Grundlage gelöst hat?

Die grundsätzlich völkerrechtsfreundliche Judikatur<sup>72</sup> des EuGH konnte daher ohne weiteres als „verfassungsrechtlich angeordnet“ qualifiziert werden. Damit aber war das Verhältnis zwischen Unionsrecht und Völkerrecht schon vor *Kadi* nicht nur monistisch, sondern ebenso überzeugend auch dualistisch rekonstruierbar.<sup>73</sup> *Kadi* überträgt die Autonomiekonstruktion konsequent auf die Relation zum Völkerrecht,<sup>74</sup> und verbindet sie mit einer deutlichen Akzentsetzung zum Dualismus. Eine monistische Rekonstruktion ist, wenn überhaupt, nun nur noch mit Primat des Unionsrechts möglich. Eine solche würde freilich eine homogenere Lesart eröffnen, die sowohl das Verhältnis zum Völkerrecht als auch zum nationalen Recht umfasst. Denn in Bezug auf Letzteres ist die Vorrangjudikatur des EuGH alles andere als

68 EuGH, Rs. 26/62 (*van Gend & Loos*), Slg. 1963, S. 1, Rn. 10 – Hervorhebung des Verfassers.

69 EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, S. 1241, 1269 f.

70 Insbes. schon *H.-P. Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 70 f.

71 BVerfGE 22, 293, 296: „Die Organe der EWG üben Hoheitsgewalt aus, deren sich die Mitgliedstaaten zugunsten der von ihnen gegründeten Gemeinschaften entäußert haben.... Damit ist eine neue öffentliche Gewalt entstanden, die gegenüber der Staatsgewalt der einzelnen Mitgliedstaaten selbstständig und unabhängig ist. Die von den Gemeinschaftsorganen im Rahmen ihrer vertragsgemäßen Kompetenzen erlassenen Rechtsvorschriften, das „sekundäre Gemeinschaftsrecht“, bilden eine eigene Rechtsordnung, deren Normen weder Völkerrecht noch nationales Recht der Mitgliedstaaten sind.“

Deutlich anders ist der Akzent später (und seither immer wieder) im sog. *Solange-II*-Beschluss, BVerfGE 75, 223, 244: „Ein innerstaatlicher Geltungs- oder Anwendungsvorrang ergibt sich allein aus einem dahingehenden innerstaatlichen Rechtsanwendungsbefehl, und zwar auch bei Verträgen, die ihrem Inhalt zufolge die Parteien dazu verpflichten, den innerstaatlichen Geltungs- und Anwendungsvorrang herbeizuführen.“

72 Vgl. oben im Text bei und nach Fn. 15.

73 *S. Griller*, Völkerrecht (Fn. 57), S. 118 ff.

74 So im Wesentlichen auch *G. De Burca*, ECJ (Fn. 1), S. 143.

dualistisch; stattdessen verlangt der EuGH die bedingungslose Durchsetzung auch gegen nationales Verfassungsrecht.<sup>75</sup>

### 3. Spielräume

Auch wenn man die Grundposition des EuGH und das konkrete Ergebnis im Fall *Kadi* – wie hier – grundsätzlich für tragfähig hält, ist die Grundthese und ihre Begründung doch in den Details entwicklungsfähig.<sup>76</sup>

Zunächst ist der Ausgangspunkt des EuGH unabweisbar: er kann nur die durch das Unionsrecht eingesetzten Rechtsquellen als für seine Rechtsprechung verbindlich betrachten. Denn das Unionsrecht kreiert den Gerichtshof und setzt ihm daher zugleich die Grenzen für seine Rechtsprechung und das für ihn anwendbare Recht.

Auf dieser Grundlage ist es gleichzeitig unabweislich, dass die Union die Verbindlichkeit des Völkerrechts außer Streit stellt und sich selbst in dessen Rahmen positioniert. Zahlreiche Bestimmungen der Gründungsverträge belegen dies: etwa Art. 3 Abs. 5 und Art. 21 ff. EUV sowie Art. 205 ff. AEUV. Dies alles im Rahmen der sonstigen verfassungsrechtlichen Regelungen und insoweit nicht bedingungslos. So schließt insbesondere die starke Verankerung des Grundrechtsschutzes (etwa in Art. 6 EUV) eine Interpretation aus, welche die vorbehaltlose Preisgabe dieses Schutzes zu Gunsten der Integration in die Völkerrechtsgemeinschaft tragen könnte. Insofern sind die bezüglichen Bestimmungen aufeinander bezogen und müssen systematisch interpretiert werden. Das ist im Grunde eine Banalität.

Umgekehrt erscheint jedoch auch eine Interpretation zweifelhaft, die etwa den Grundrechtsschutz aus dieser systematischen Verklammerung herauslösen und absolut setzen wollte. Die Einsicht in die Einbindung des Grundrechtsschutzes in ein Verfassungssystem, welches gleichzeitig die Öffnung und den Respekt für das Völkerrecht verankert, ist nach der hier vertretenen Auffassung die rechtsdogmatische Grundlage für die bereits erwähnten *Solange*-Theoreme.<sup>77</sup> Der dahinter stehende gedankliche Ansatz ist für alle Rechtssysteme mindestens vertretbar, welche Öffnungsklauseln – sei es für das Völkerrecht oder für das Europarecht – enthalten. Diese Öffnungsklauseln wären nämlich bedeutungslos und so gut wie unanwendbar, wenn eine internationale Verpflichtung nur dann eingegangen werden dürfte, wenn dem jeweiligen Partner genau der jeweils eigene Grundrechtsschutz in seinen Details aufgezwungen werden müsste. Der EGMR hat diesen Gedanken klar formuliert.<sup>78</sup>

Demgegenüber dürfte eine systematische Interpretation auch für das Unionsrecht zwangloser dazu führen, dass völkerrechtliche Verpflichtungen insoweit eingegangen werden dürfen, als der Standard des Grundrechtsschutzes gewahrt bleibt, den

<sup>75</sup> EuGH, Rs. 11/70 (Internationale Handelsgesellschaft), Slg. 1970, 1125, Rn. 3.

<sup>76</sup> Zum Folgenden statt vieler ausführlich *G. De Búrca*, ECJ (Fn. 1), S. 138 ff.; *S. Griller*, International Law (Fn. 1), S. 542 ff.

<sup>77</sup> S. oben VI. (bei und nach Fn. 51).

<sup>78</sup> S. oben Fn. 52.

das Unionsrecht absichert. Auf den identischen Schutz kommt es nicht an, und auch nicht darauf, dass notwendigerweise der EuGH das letzte Wort hat.<sup>79</sup>

Was die diesbezügliche Position des EuGH mit Blick auf das Recht der VN ist, lässt sich nicht leicht sagen. Allenfalls könnte man die Ausführungen zur „Nichtjustiziabilität“ von EU-Verordnungen als vorsichtige Andeutung einer möglichen zukünftigen „Solange-Judikatur“ und damit einer möglichen Zurückhaltung bei der Ausübung seiner Grundrechtskontrolle deuten. Denn der Gerichtshof lehnt eine Nichtjustiziabilität aktuell mit den Worten ab, dies sei „in Anbetracht dessen, dass das betreffende Verfahren<sup>80</sup> der Überprüfung offenkundig nicht die Garantien eines gerichtlichen Rechtsschutzes bietet, nicht gerechtfertigt“. Man könnte meinen: Sollte sich dies ändern, könnte sich auch eine solche Rechtfertigung einstellen.<sup>81</sup>

## VIII. Schlussbemerkung

Die jüngere Judikatur des EuGH zur Bindungswirkung von Resolutionen des Sicherheitsrates der VN ist sowohl für die Entwicklung des Grundrechtsschutzes als auch für das Verhältnis des Völkerrechts zum Unionsrecht von grundlegender Bedeutung. Der EuGH kritisiert zu Recht die mangelnden rechtsstaatlichen Standards auf der Ebene der VN und stellt die Pflicht zur Befolgung von Resolutionen des Sicherheitsrates unter die Bedingung der Einhaltung solcher Standards. Im Detail ist diese Position zweifellos noch einer Verfeinerung und besseren Begründung zugänglich. Die grundsätzliche Stoßrichtung erscheint jedoch wohl fundiert, und zwar sowohl was das Verhältnis der Rechtsordnungen zueinander als auch was das Gewicht des Grundrechtsschutzes betrifft. Man kann nicht leugnen, dass diese jüngere Judikatur die Autorität der VN schwächt. Es liegt nun an den VN selbst, dem durch die Etablierung eines Rechtsschutzsystems entgegenzuwirken, das diesen Namen verdient.

79 Dies kommt nunmehr in Art. 6 Abs. 2 EUV durch den Auftrag zum Ausdruck, der EMRK beizutreten. Abhängig von dem noch ausstehenden Beitrittsvertrag würde dies auch die Unterordnung unter Judikate des EGMR tragen. Vgl. dazu R. Uerpman-Witzack in diesem Heft auf S. 167.

80 Nämlich auf der Ebene der VN!

81 Deutlicher als der EuGH i.d.S. GA Maduro in seinen Schlussanträgen (Fn. 28), Rn. 54.



### **III.**

## **Die Europäische Union in der Welthandelsorganisation**



## Die Stellung der Europäischen Union in den Organen der Welthandelsorganisation

*Von Ulrich Wölker, Brüssel\**

Der Reiz des Themas resultiert aus den Spannungen, die die WTO-Mitgliedschaft sowohl der EU als auch ihrer Mitgliedstaaten hervorrufen. Dies ist vor dem Hintergrund der Entwicklung der Kompetenzlage in der EU zu sehen, die eine Kompetenzverschiebung von den Mitgliedstaaten hin zur Union brachte.

### I. Mitgliedschaft

Die E(W)G war nie formelles Mitglied des GATT 1947, aber de-facto-Mitglied durch Übernahme einschlägiger Kompetenzen ihrer damaligen Mitgliedstaaten,<sup>1</sup> die alle Mitglieder des GATT 1947 waren.

Die EG bzw. seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 die EU ist „ursprüngliche[s] Mitglied [...] der WTO“ (Art. XI Abs. 1 WTO-Ü). Alle Mitgliedstaaten sind ebenfalls WTO-Mitglieder.

Das Stimmrecht der EU ist begrenzt auf die Anzahl ihrer Mitgliedstaaten (Art. IX Abs. 1 S. 4 und Fn. 2 WTO-Ü), d.h. zurzeit 27. Es gibt daneben keine eigene, selbständige Stimme der EU. In der WTO-Praxis herrscht aber ohnehin das Konsensprinzip, trotz zahlreicher Möglichkeiten für Abstimmungen.

### II. EG/EU-Kompetenzfragen

Anlässlich des Abschlusses des WTO-Übereinkommens klärte der EuGH die damalige Kompetenzverteilung:<sup>2</sup> während der Warenhandel (GATT) in die ausschließliche EG-Zuständigkeit fiel, war die Zuständigkeit hinsichtlich der Dienstleistungen (GATS-Übereinkommen) und des geistigen Eigentums (TRIPs-Übereinkommen) mit den Mitgliedstaaten geteilt.<sup>3</sup> Die Folge war der Abschluss des WTO-Übereinkommens als gemischtes Abkommen.<sup>4</sup>

Durch den Vertrag von Amsterdam, in Kraft getreten am 1. Mai 1999, wurde Art. 133 EGV durch eine „Brückenklausel“ ergänzt (Abs. 5), die die Überführung der Kompetenzen für Übereinkünfte über Dienstleistungen und Rechte des geistigen Eigentums in die ausschließliche EG-Zuständigkeit der gemeinsamen Handelspolitik erlaubt hätte, jedoch nie benutzt wurde. Der Vertrag von Nizza, in Kraft getreten

\* Prof. Dr. Ulrich Wölker, M.A., ist Hauptrechtsberater im Juristischen Dienst der Europäischen Kommission und Leiter des Handels- und WTO-Teams. Die hier vertretenen Auffassungen binden nur den Verfasser.

1 Vgl. EuGH, Rs. 21-24/72 (International Fruit), Slg. 1972, 1219, Rn. 14-18. Zur Praxis unter dem GATT 1947 s. *M. Hahn*, Die zukünftige Rolle der Mitgliedstaaten in der WTO, in: Bungenberg/Herrmann (Hrsg.), Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union nach Lissabon, 2011, S. 13, 14 m.w.N.

2 EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267.

3 S. dazu *Ch. Ohler* in diesem Heft auf S. 137.

4 S. dazu *A. Kumin/Ph. Bittner* in diesem Heft auf S. 75.



am 1. Februar 2003, enthielt in den eher monströsen Abs. 5 – Abs. 7 seines Art. 133 zwar einige Fortentwicklungen in diesen beiden Bereichen, machte aber weiterhin vor der vollständigen ausschließlichen EG-Zuständigkeit Halt.<sup>5</sup>

Diesen Schritt vollzog – allerdings immer noch mit begrenzten Ausnahmen – erst der Vertrag von Lissabon. Durch ihn sind nun der „Handel mit ... Dienstleistungen“ sowie die „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ als grundsätzlich voll- und gleichwertige Bestandteile der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 207 Abs. 1 AEUV aufgerückt und fallen damit unter die ausschließliche Zuständigkeit der EU (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV).

Die genannten Ausnahmen sind zum einen die Abkommen über Verkehrsdienstleistungen. Für sie gelten nach Art. 207 Abs. 5 AEUV weiterhin die Vorschriften über den Verkehr, die grundsätzlich in die zwischen der Union und den Mitgliedstaaten geteilte Zuständigkeit fallen (Art. 4 Abs. 2 lit. g AEUV).<sup>6</sup> Allerdings werden sie angesichts umfangreicher Regelung auf EU-Ebene weitestgehend von der ausschließlichen Zuständigkeit der EU erfasst, die sich aus der AETR-Rechtsprechung<sup>7</sup> ergibt, nunmehr kodifiziert in Art. 3 Abs. 2 AEUV.<sup>8</sup> Außerdem fallen Vorschriften über Verkehrsdienstleistungen im Rahmen eines Abkommens dann nicht unter die Ausnahme des Art. 207 Abs. 5 AEUV, wenn sie entweder eine notwendige Ergänzung für die Wirksamkeit der Bestimmungen dieses Abkommens in anderen Dienstleistungsbereichen darstellen oder als von äußerst begrenzter Tragweite angesehen werden können.<sup>9</sup>

Zum anderen ist in diesem Zusammenhang Art. 61 TRIPs-Ü zu nennen, der zur Einführung von Strafverfahren und zur Verhängung bestimmter Arten von Strafen verpflichtet. Diese Bestimmung ist im Licht des Art. 83 Abs. 2 AEUV zu sehen, der es unter gewissen Voraussetzungen erlaubt, „Mindestvorschriften für die Festlegung von Straftaten und Strafen“ zu erlassen. Dies stellt insoweit einen Fortschritt gegenüber der Rechtsprechung vor Lissabon dar, als diese es nicht gestattete, Art und Maß der Strafen vorzuschreiben.<sup>10</sup> Als Rückschritt erweist sich jedoch, dass diese Kompetenz nun nicht mehr einen Teil der Sachkompetenz bildet, sondern einer eigenständigen geteilten Zuständigkeit unterfällt.<sup>11</sup>

Art. 61 TRIPs-Ü als Bestandteil des TRIPs-Übereinkommens und damit der handelsbezogenen Aspekte geistigen Eigentums kann man sicher durchaus als im Rah-

5 Vgl. EuGH, Gutachten I/08 (GATS), Slg. 2009, I-11129, Rn. 132 ff.; GA Kokott, Schlussanträge v. 26.3.2009 in der Rs. C-13/07 (WTO-Beitritt Vietnams), Rn. 53 ff., 122 ff.

6 Das GATS insgesamt als von Art. 207 AEUV erfasst ansehend: BVerfGE 123, 267, Rn. 372 – Lissabon; M. Bungenberg, Going Global? The EU Common Commercial Policy After Lisbon, EYIEL 2010, S. 123, 132; W. Frenz, Gemeinsame Handelspolitik nach Lissabon, EWS 2010, S. 454, 458; R. Gosalbo Bono, The organization of the external relations of the European Union in the Treaty of Lisbon, in: Koutrakos (Hrsg.), The European Union's external relations a year after Lisbon, 2011, S. 13, 17; Ch. Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik der Europäischen Union im Lissabon-Urteil, EuR-Beiheft 1-2010, S. 193, 199; G. Villalta Puig/B. Al-Haddad, The Common Commercial Policy after Lisbon: An Analysis of the Reforms, E.L.Rev. 2011, S. 289, 292 f.; „most, if not all“: J.-C. Piris, The Lisbon Treaty, A Legal and Political Analysis, 2010, S. 281.

7 Beginnend mit EuGH, Rs. 22/70 (AETR), Slg. 1971, 263.

8 S. dazu W. Obwexer in diesem Heft auf S. 49.

9 Vgl. EuGH, Gutachten I/08 (GATS), Slg. 2009, I-11129, Rn. 166.

10 EuGH, Rs. C-440/05 (Kommission/Rat), Slg. 2007, I-9097, Rn. 70.

11 Art. 4 Abs. 2 lit. j AEUV: „Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“.

men des gesamten TRIPs-Abkommens und erst recht innerhalb des WTO-Übereinkommens eher nebensächlich ansehen, aber dieses Argument gegen eine Berücksichtigung der Vorschrift im Rahmen der Prüfung der Zuständigkeit<sup>12</sup> ist hier abgeschnitten wegen der Besonderheiten des Titels V AEUV hinsichtlich der Rechte des Vereinigten Königreichs und Irlands<sup>13</sup> sowie Dänemarks,<sup>14</sup> die andernfalls völlig unberücksichtigt blieben. Andererseits ist es aber keinesfalls offensichtlich, dass Art. 83 Abs. 2 AEUV überhaupt auf internationale Abkommen anzuwenden ist: es ist dort die Rede von bereits erfolgter Harmonisierung und vom ordentlichen Gesetzgebungsverfahren, und außerdem wäre die „Notbremse“ des Abs. 3 völlig unpassend.<sup>15</sup>

In jedem Fall ist zu unterstreichen, dass im Rahmen einer zwischen der EU und den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit es der Union freisteht zu handeln, einschließlich des Abschlusses internationaler Abkommen, und damit den Mitgliedstaaten ihre Kompetenz zu nehmen (Art. 2 Abs. 2 S. 2 AEUV).

Als Schlussfolgerung ist festzuhalten, dass – wäre die WTO heute zu gründen – dies die EU allein, ohne ihre Mitgliedstaaten, tun könnte, mit etwas juristischem (und wohl noch mehr politischem) Mut. Das gilt auch für die Entscheidung der EU, dem Beitritt eines neuen WTO-Mitglieds zuzustimmen.<sup>16</sup>

Dies bedeutet jedoch keinesfalls, dass nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon die EU-Mitgliedstaaten die WTO verlassen müssten. Eine solche Folge tritt nicht ipso iure ein, und es besteht auch keine Verpflichtung zum Austritt, weder unter WTO-Gesichtspunkten<sup>17</sup> noch nach EU-Recht.<sup>18</sup> Die WTO-Mitgliedschaft der EU-Mitgliedstaaten genießt Bestandschutz, befreit aber natürlich nicht von der Einhaltung der EU-Kompetenzordnung bei der Ausübung der Mitgliedschaftsrechte.

12 Vgl. EuGH, Rs. C-91/05 (Kommission/Rat), Slg. 2008, I-3651, Rn. 73, m.w.N.

13 Protokoll Nr. 21 (mögliches opt-in).

14 Protokoll Nr. 22 (keine Beteiligung möglich).

15 Ohne Erwähnung seines Art. 61 das TRIPs-Übereinkommen insgesamt als von Art. 207 AEUV erfasst ansehend: BVerfGE (Fn. 6); *W. Frenz*, Gemeinsame Handelspolitik (Fn. 6), S. 456, 458; *R. Gosalbo Bono*, The organization of the external relations (Fn. 6); *Ch. Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik (Fn. 6); *M. Krajewski*, External Trade Law and the Constitutional Treaty: Towards a Federal and More Democratic Common Commercial Policy?, CMLRev. 2005, S. 91, 111; *G. Villalta Puig/B. Al-Haddad*, The Common Commercial Policy (Fn. 6); so wohl auch, unter Berücksichtigung des Art. 61 AEUV; *F. Hoffmeister*, Institutional aspects of global trade governance from an EU perspective, in: Van Voren/Blockmans/Wouters (Hrsg.), The Legal Dimension of Global Governance: What Role for the European Union?, noch nicht erschienen, Manuskript S. 7 f. (S. 9: Art. 207 nur dann überschritten, wenn neue Strafvorschriften in das TRIPs-Übereinkommen aufgenommen würden); „most, if not all“: *J.-C. Piris*, The Lisbon Treaty (Fn. 6).

16 Ebenso *F. Hoffmeister*, Institutional aspects (Fn. 15) (mit Hinweisen auf die Praxis des Rates, der EU-Entscheidung eine Entscheidung der Mitgliedstaaten hinzuzufügen).

17 *S. M. Hahn*, Die zukünftige Rolle (Fn. 1), S. 16 f. (das Erfordernis der „full autonomy in the conduct of its external economic relations“ nach Art. XII Abs. 1 WTO-Ü gilt nur bei der Neuaufnahme); ebenso *W. Weiß*, Handelspolitik im Europäischen Verfassungsverbund: Außenhandelskompetenz und die Lissabon-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, in: Bungenberg/Herrmann (Fn. 1), S. 35, 37.

18 So auch BVerfGE (Fn. 6), Rn. 375; *M. Hahn*, Die zukünftige Rolle (Fn. 1), S. 18 ff.; *Ch. Herrmann*, Die gemeinsame Handelspolitik (Fn. 6), S. 200; *R. Raith*, The Common Commercial Policy and the Lisbon judgement of the German Constitutional Court of 30 June 2009, ZEuS 2009, S. 613, 618; *W. Weiß*, Handelspolitik (Fn. 17), S. 37 ff.; a.A. *W. Hummer/A. Schmid*, Die Doppelstellung der E(W)G im GATT 1947 und in der WTO (Teil 2), ZÖR 2010, S. 345, 349; *C. Tietje*, Das Ende der parallelen Mitgliedschaft von EU und Mitgliedstaaten in der WTO?, in: Herrmann/Krenzler/Streinzer (Hrsg.), Die Außenwirtschaftspolitik der Europäischen Union nach dem Verfassungsvertrag, 2006, S. 161, 172.

### III. Änderungen des WTO-Abkommens (Doha)

Die Doha Development Agenda wird außerhalb der eigentlichen WTO-Organstruktur<sup>19</sup> in „special sessions“ der Räte und Ausschüsse sowie in verschiedenen „negotiating groups“ verhandelt. Das Trade Negotiating Committee hat hierbei eine koordinierende Rolle.

Auf EU-Seite werden die Verhandlungen von der Kommission geführt, auf der Grundlage von Verhandlungsrichtlinien des Rates und „im Benehmen“ mit dem Ausschuss für Handelspolitik (Art. 207 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV). Die Mitgliedstaaten sind in allen formellen, aber nicht in den meisten informellen Verhandlungssitzungen anwesend.<sup>20</sup> Sie ergreifen aber nicht das Wort und unterbreiten keine schriftlichen Vorschläge.

Ein mögliches Verhandlungsergebnis fiel angesichts der Verhandlungsthemen wahrscheinlich in die ausschließliche Zuständigkeit der EU und müsste deshalb ohne Mitwirkung der Mitgliedstaaten abgeschlossen werden.<sup>21</sup> Denn das Änderungsabkommen würde nicht allein deshalb ein gemischtes Abkommen, weil das ursprüngliche Abkommen gemischt war;<sup>22</sup> es kommt allein auf die Substanz der Änderungsvorschriften an.<sup>23</sup>

Das WTO-Übereinkommen bestimmt in Art. X Abs. 3 und 5, dass Änderungen nach Annahme durch zwei Drittel der Mitglieder in Kraft treten. Hier stellt sich nun die Frage, wie die EU zu zählen ist: als 1, 27 oder 28. Da sowohl die EU als auch ihre Mitgliedstaaten WTO-Mitglieder sind, könnte man zwar an 28 denken. Dies würde jedoch die Tatsache ignorieren, dass angesichts der ausschließlichen Zuständigkeit der EU die Annahme gegenüber der WTO EU-rechtlich allein durch die EU erklärt werden könnte.<sup>24</sup> Das Gewicht der EU auf eine Stimme zu reduzieren, liefe der WTO-Mitgliedschaft ihrer Mitgliedstaaten zuwider. Angesichts einer fehlenden ausdrücklichen Regelung liegt es deshalb nahe, sich an der Abstimmungsregel<sup>25</sup> zu orientieren: also 27.<sup>26</sup>

Nun sehen Art. X Abs. 3 und 5 WTO-Ü außerdem vor, dass ein Mitglied, das eine in Kraft getretene Änderung nicht angenommen hat, u.U. aus der WTO austreten muss. Dies bedeutet aber nicht, dass bei einem Abschluss allein durch die EU deren

19 S. unten IV.

20 R. Raith, *The Common Commercial Policy* (Fn. 18), S. 619.

21 M. Bungenberg, *Going Global* (Fn. 6), S. 134; W. Frenz, *Gemeinsame Handelspolitik* (Fn. 6); M. Hahn, *Die zukünftige Rolle* (Fn. 1), S. 23; Ch. Herrmann, *Die gemeinsame Handelspolitik* (Fn. 6), S. 200 f.; F. Hoffmeister, *Institutional aspects* (Fn. 15), S. 13; C. Tietje, *Das Ende* (Fn. 18), S. 171 ff.; G. Villalta Puig/B. Al-Haddad, *The Common Commercial Policy* (Fn. 6), S. 300. Vgl. BVerfGE (Fn. 6), Rn. 374 (nuanziert aber Rn. 375).

22 A.A. A. Steinbach, *Kompetenzkonflikte bei der Änderung gemischter Abkommen durch die EG und ihre Mitgliedstaaten*, EuZW 2007, S. 109, 112.

23 Ein Beispiel aus der Praxis stellt die TRIPs-Änderung über Zwangslizenzen dar. S. unten IV.

24 So auch im Fall der TRIPs-Änderung geschehen.

25 S. oben I.

26 So auch F. Hoffmeister, *Institutional aspects* (Fn. 15), S. 4; a.A. Ch. Herrmann, *Die gemeinsame Handelspolitik* (Fn. 6), S. 202, der diese Möglichkeit gar nicht in Erwägung zieht, sondern nur von 28 (aus 153) oder von 1 (aus 153 oder 126) ausgeht. Dabei kann es aus praktischen Gründen dahingestellt bleiben, ob bei der Berechnung der zwei Drittel im Nenner die Gesamtzahl der WTO-Mitglieder (153 einschließlich der EU) auch um eins gekürzt werden müsste.

Mitgliedstaaten einen Ausschluss aus der WTO befürchten müssten.<sup>27</sup> Die Bindung der Mitgliedstaaten an Abkommen, die die EU geschlossen hat (Art. 216 Abs. 2 AEUV), kann ohne Schwierigkeiten so ausgelegt werden, dass diese Abkommen als auch durch die Mitgliedstaaten „angenommen“ i.S.d. Art. X Abs. 3 und 5 WTO-Ü gelten.

#### IV. Praxis in den WTO-Organen

Die politischen<sup>28</sup> Organe der WTO (Art. IV WTO-Ü) sind die Ministerkonferenz und der Allgemeine Rat. Letzterer nimmt die Funktion der Ministerkonferenz zwischen ihrem Zusammentreten (im Prinzip alle zwei Jahre) wahr. Unter dem Allgemeinen Rat gibt es verschiedene spezialisierte Räte und Ausschüsse.

In allen diesen Gremien vertritt (gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV) die Kommission die EU. Dies war bereits allgemeine Praxis unter dem GATT 1947,<sup>29</sup> trotz alleiniger Mitgliedschaft der Mitgliedstaaten.<sup>30</sup> Je nach Lage sind ein Mitglied der Kommission (auf der Ebene der Ministerkonferenz) anwesend (normalerweise das für Außenhandel zuständige Mitglied, eventuell auch zusätzlich andere, etwa der Agrarkommissar) oder Beamte aus Brüssel oder aus der Genfer EU-Delegation bei der WTO. Die Delegation ist jetzt zwar Teil des Europäischen Auswärtigen Dienstes, empfängt aber ihre Weisungen u.a. in Handelsangelegenheiten durch die Kommission (Art. 5 Abs. 3 UAbs. 2 EAD-Beschluss).<sup>31</sup>

Vertreter der Mitgliedstaaten sind zwar im Saal, ohne aber, wie auch bei den Doha-Verhandlungen,<sup>32</sup> das Wort zu ergreifen oder schriftliche Vorschläge zu machen. Die Ausnahme bilden die für Außenhandel zuständigen Minister der Mitgliedstaaten, die traditionell auf der Ministerkonferenz Stellungnahmen abgeben.

Über die formellen Sitzungen der WTO-Organen hinausgehend hat sich eine Praxis in Folge der EU-Kompetenzentwicklung<sup>33</sup> herausgebildet; diese Praxis steht also nicht uneingeschränkt zur Disposition der Akteure. In „Grauzonen“ basiert sie auf „gentlemen's agreements“ oder „practical arrangements“, die selten schriftlich festgehalten sind und oft noch an die rechtlichen Vorgaben des Vertrags von Lissabon angepasst werden müssen.

Die Kommission agiert keinesfalls isoliert von den Mitgliedstaaten. Die enge Koordinierung findet zum einen im Ausschuss für Handelspolitik (Art. 207 Abs. 3 UAbs. 3 AEUV) statt, der wöchentlich unter dem Vorsitz der jeweiligen Ratsprä-

27 A.A. Ch. Herrmann, Die Außenhandelsdimension des Binnenmarkts im Verfassungsentwurf, EuR-Beiheft 3-2004, S. 175, 198; ders., Die gemeinsame Handelspolitik (Fn. 6), S. 202.

28 In Abgrenzung zum (administrativen) WTO-Sekretariat und zu den (judikativen) Panels und dem Appellate Body.

29 J. Bourgeois, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl. 2003, Art. 133 EGV, Rn. 175; W. Hummer/A. Schmid, Die Doppelstellung (Fn. 18), Teil 1, ZÖR 2010, S. 225, 244.

30 S. oben I.

31 Beschluss des Rates vom 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. EU 2010 L 201/30. S. dazu B. Martenczuk in diesem Heft auf S. 189.

32 S. oben III.

33 S. oben II.

sidentschaft in Brüssel tagt. Zum anderen gibt es zusätzliche Koordinierungs- und Debriefing-Sitzungen in Genf. Auch dort führt z.Z. noch die Ratspräsidentschaft den Vorsitz, was die Mitgliedstaaten mit dem Argument der Parallelität zum Ausschuss für Handelspolitik und zu den Ratsarbeitsgruppen verteidigen, denen ja auch die Ratspräsidentschaft vorsitzt.

Seit Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon ist jedoch die Koordinierung vor Ort eine Aufgabe der EU-Delegation. Nach Art. 221 Abs. 2 AEUV unterstehen die Delegationen der Leitung des Hohen Vertreters, der für die „Kohärenz des auswärtigen Handelns der Union“ sorgt (Art. 18 Abs. 4 S. 2 EUV). Wie beim Hohen Vertreter in Brüssel vereinen der Auswärtige Dienst und die Delegationen die Funktionen, die früher vor Ort von der Ratspräsidentschaft und den Kommissions-Delegationen ausgeübt wurden. Die einzige Änderung in der Praxis nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon besteht aber bisher darin, dass die EU-Delegation (nach Absprache mit der Präsidentschaft) die Einladungen mit der Tagesordnung verschickt. Bestrebungen, diese Übergangsphase zu beenden, sind bislang erfolglos geblieben. Eines der oben erwähnten „practical arrangements“ stellt die sog. „20+-Regel“ dar, nach der die Ratspräsidentschaft an informellen Sitzungen außerhalb der WTO-Organen neben der EU-Delegation teilnehmen kann, wenn mehr als 20 WTO-Mitglieder eingeladen sind. Auch hier hat sich die Praxis noch nicht den Erfordernissen des Vertrags von Lissabon angepasst.

Die Kommission oder die EU-Delegation kann natürlich immer Vertreter der Mitgliedstaaten einladen, etwa um deren besonderen Sachverstand einzubringen, aber dann nur als Teil der EU-Gruppe.

Im Dienstleistungsbereich wurde bereits während der GATS-Verhandlungen 1994 ein „code of conduct“ vereinbart,<sup>34</sup> der den Mitgliedstaaten Beteiligungsrechte neben der Kommission einräumt, die nicht mehr Lissabon-gerecht sind, wenn es auch angesichts der vertraglichen Sonderregelung über Verkehrsdienstleistungen<sup>35</sup> illusorisch sein dürfte, die Mitgliedstaaten zum gänzlichen Verzicht zu bewegen. In der Praxis nehmen jedoch ohnehin nur wenige Mitgliedstaaten teil und beschränken sich auf eine reine Beobachterrolle.

Im TRIPs-Bereich gibt es keine Besonderheiten, auch nicht im Hinblick auf Art. 61 TRIPs-Ü.<sup>36</sup> Hingewiesen sei auf ein Beispiel dafür, wie die Kompetenzentwicklung sich in der Praxis niedergeschlagen hat.<sup>37</sup> Während die Ausnahmegenehmigung (waiver) über Zwangslizenzen<sup>38</sup> im Jahr 2003 (vor Inkrafttreten des Vertrags von Nizza) sowohl von der EG als auch den Mitgliedstaaten angenommen worden war,<sup>39</sup> hat allein die EG die entsprechende Änderung des TRIPs-Abkommens<sup>40</sup> im

34 Rats-Dok. 6948/94 (restraint) v. 11.5.1994; fortentwickelt 2004 und 2006.

35 S. oben II.

36 S. oben II.

37 Vgl. R. Raith, The Common Commercial Policy (Fn. 18), S. 615 f.; A. Steinbach, Kompetenzkonflikte (Fn. 22), S. 110.

38 WT/L/540 v. 2.9.2003.

39 Vgl. Fn. 3 zu Abs. 1 (b) der Entscheidung (Fn. 38).

40 WT/L/641 v. 8.12.2005.

Jahr 2007 akzeptiert (unter Hinweis auf die Bindung auch der Mitgliedstaaten);<sup>41</sup> inzwischen galten der Vertrag von Nizza und eine einschlägige EG-Regelung.

Einen Sonderfall stellt der WTO-Haushaltsausschuss dar. Hier sind für die EU sowohl die Delegation als auch die Mitgliedstaaten anwesend. Letztere sprechen in eigenem Namen, leider ohne Koordinierung,<sup>42</sup> was manchmal durchaus zu widersprüchlichen Stellungnahmen führt. Die Delegation ergreift selten das Wort; in letzter Zeit hat aber selbst dies zu Missfallenskundgebungen einiger Mitgliedstaaten geführt.

Hintergrund dieser Praxis dürfte sein, dass nur die Mitgliedstaaten, nicht aber die EU direkte Beiträge zum Haushalt der WTO leisten. Allerdings ergibt sich bereits aus dem WTO-Gutachten des EuGH, dass im Fall der WTO die Kompetenz in Haushaltssachen ein bloßes Anhängsel der Sachkompetenz ist: da die WTO nur über einen Verwaltungshaushalt und kein Instrument für finanzielles Handeln verfügt, „kann allein die Übernahme der Ausgaben der WTO durch die Mitgliedstaaten keinesfalls deren Beteiligung am Abschluss des Abkommens rechtfertigen“.<sup>43</sup>

Leider symptomatisch für das Verhalten der Mitgliedstaaten in den internationalen Beziehungen ist die am 22. Oktober 2011 vom Rat verabschiedete „Allgemeine Regelung“ („General Arrangements“) über „Erklärungen der EU in multilateralen Organisationen“.<sup>44</sup> Sie sieht eine stark dominierende Rolle der Mitgliedstaaten vor und passt eigentlich überhaupt nicht auf Materien in der ausschließlichen Zuständigkeit der EU. Jedoch sind „praktische Regelungen [...] wie etwa solche bei der Welthandelsorganisation“ auch erwähnt;<sup>45</sup> die Auswirkungen in diesem Bereich sind noch unklar.

## V. Streitschlichtungsmechanismus

Aus der Sicht des WTO-Rechts können die EU-Mitgliedstaaten als Mitglieder der WTO nicht daran gehindert werden, selbständig zu klagen; auch steht einer Klage anderer WTO-Mitglieder allein gegen sie ohne Einbeziehung der EU nichts im Wege.<sup>46</sup>

EU-rechtlich ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Kompetenz im Rahmen der Streitschlichtung der Sachkompetenz folgt. Das spiegelt sich auch weitgehend in der Praxis wieder.

So gibt es nur aus der Zeit vor Inkrafttreten des Vertrags von Nizza einige TRIPS-Fälle, die – auf der Grundlage der vom EuGH im WTO-Gutachten<sup>47</sup> festgelegten

41 WT/Let/608 v. 10.12.2007; beruhend auf dem Beschluss des Rates v. 19.11.2007, ABl. EU 2007 L 311/35.

42 Zur Koordinierungspflicht s. EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 108 f.

43 EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267, Rn. 21.

44 Rats-Dok. 15901/11 v. 24.10.2011.

45 Rats-Dok. (Fn. 44), Pkt. 3, letzter Unterpunkt. Die Kommission hat in einer Erklärung zu Protokoll gegeben, dass ihrer Ansicht nach die WTO von diesem Text nicht betroffen ist (Rats-Dok. 15855/11 ADD 1 v. 21.10.2011).

46 Vgl. Ch. Herrmann, Die gemeinsame Handelspolitik (Fn. 6), S. 202 f.; R. Raith, The Common Commercial Policy (Fn. 18), S. 618; BVerfG (Fn. 6), Rn. 374 unterscheidet nicht zwischen WTO- und EU-Perspektive; ebenso wenig W. Frenz, Gemeinsame Handelspolitik (Fn. 6), S. 458.

47 EuGH, Gutachten 1/94 (WTO), Slg. 1994, I-5267.



Kompetenzverteilung – von den „European Communities and their Member States“ eingeleitet wurden.<sup>48</sup> Alle anderen offensiven Fälle wurden und werden allein von der EG/EU initiiert.

Im Rahmen der defensiven Fälle lassen sich verschiedene Gruppen unterscheiden. In den Jahren 1996 bis 1998 und noch einmal im Jahr 2000 begannen die USA einige Streitschlichtungsverfahren allein gegen einzelne EU-Mitgliedstaaten, v.a. wegen angeblicher Verletzungen des TRIPs-Übereinkommens<sup>49</sup> und des GATS,<sup>50</sup> aber auch in Bereichen, die eindeutig in die ausschließliche EG-Zuständigkeit fielen.<sup>51</sup> Keiner dieser Fälle hat das Stadium des Panels erreicht. Soweit sie formell durch eine gemeinsam vereinbarte Lösung („mutually agreed solution“) i.S.v. Art. 3 Abs. 6 DSU abgeschlossen wurden, geschah dies immer unter enger Einbeziehung der Kommission<sup>52</sup> und bis auf eine Ausnahme<sup>53</sup> sowohl im Namen der EG als auch des betreffenden Mitgliedstaats, im letzten dieser Fälle sogar allein im Namen der EG.<sup>54</sup>

Des Weiteren sind Fälle erwähnenswert, die sowohl gegen die EG als auch gleichzeitig gegen die betroffenen Mitgliedstaaten eingeleitet wurden, wiederum v.a. durch die USA, und in denen sich die Panels zum Verhältnis EG/Mitgliedstaaten geäußert haben. Dabei hielten sie sich weitgehend aus der Problematik heraus und lösten sie pragmatisch; es gab jedenfalls keine Empfehlungen gegen einzelne Mitgliedstaaten.

In den Fällen über die Zollbehandlung von Computerausstattung („LAN“) ging es um das angeblich GATT-widrige Verhalten britischer und irischer Zollbehörden.<sup>55</sup> Die USA rechtfertigten ihr Vorgehen sowohl gegen die EG als auch die beiden Mitgliedstaaten damit, dass die gemeinschaftsinternen Kompetenzübertragungen nicht die Rechte anderer WTO-Mitglieder und die Verpflichtungen der EG-Mitgliedstaaten mindern könnten, und beantragten, das (für alle drei Fälle gemeinsame) Panel möge bestimmen, „which of these parties was responsible to the US for this

48 DS 42 (Japan); DS 79 (Indien); DS 114 (Kanada); DS 160 (USA). Erstmals in diesem letzten Fall erwähnt der Panel-Bericht (WT/DS160/R v. 15.6.2000) nur einmal (Abs. 1.1) die EG und die Mitgliedstaaten und fügt hinzu: „hereafter referred to as the European Communities“.

49 DS 37 (Portugal); DS 82 (Irland; Parallelverfahren DS 115 gegen die EG); DS 83 (Dänemark); DS 86 (Schweden); DS 125 (Griechenland; Parallelverfahren DS 124 gegen die EG).

50 DS 80 (Belgien).

51 DS 127 (Belgien); DS 128 (Niederlande); DS 129 (Griechenland); DS 130 (Irland); DS 131 (Frankreich): alle diese ähnlich gelagerten Fälle betrafen angebliche Subventionen durch Einkommensteuerregelungen. DS 210 (Belgien): Zollregelung.

52 Vgl. F. Hoffmeister/P. Ondrusek, *The European Community in International Litigation*, *Revue hellénique de droit international* 2008, S. 205, 220. In den Fällen DS 83 und DS 86 akzeptierten Dänemark und Schweden die Rolle der Kommission wohl erst nach einigen Diskussionen; C. Ni Chatáin, *The European Community and the Member States in the Dispute Settlement Understanding of the WTO: United or Divided?*, *European Law Journal* 1999, S. 461, 473.

53 DS 37, *Mutually Agreed Solution* (WT/DS37/2 v. 8.10.1996) nur im Namen Portugals.

54 DS 210, mit dem Hinweis „Belgian authorities, acting under EC law“ (*Mutually Agreed Solution*, WT/DS210/6 v. 2.1.2002).

55 DS 62 (USA/EG); DS 67 (USA/Vereinigtes Königreich); DS 68 (USA/Irland). S. dazu F. Hoffmeister, *Litigating against the European Union and Its Member States – Who responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?*, *EJIL* 2010, S. 723, 731 f.



nullification and impairment“.<sup>56</sup> Demgegenüber wies die EG auf die interne Kompetenzlage hin und übernahm die Verantwortung für die Anwendung der gemeinschaftlichen Zollvorschriften durch die beiden betroffenen Mitgliedstaaten.<sup>57</sup> Das Panel beschränkte sich auf die Feststellung, dass die EG sowie die Mitgliedstaaten an die eingegangenen GATT-Verpflichtungen gebunden seien; es werde untersucht, „whether customs authorities in the European Communities, including those located in Ireland and the United Kingdom“, diese Verpflichtungen verletzt hätten.<sup>58</sup> In den Feststellungen und Empfehlungen wurde nur die EG erwähnt.<sup>59</sup>

In dem Verfahren der USA gegen die EG, Frankreich, Deutschland, Spanien und das Vereinigte Königreich<sup>60</sup> betreffend die von diesen Staaten an Airbus geleisteten Subventionen beantragte die EG eine Vorabentscheidung des Panels zu der Frage, wer der richtige Beklagte sei („proper respondent“); es sei die EG, die die volle Verantwortung für die Handlungen der Mitgliedstaaten in diesem Verfahren übernehme. Das Panel,<sup>61</sup> gestützt auf die WTO-Mitgliedschaft der Mitgliedstaaten, erklärte die Verantwortung der EG für eine interne Angelegenheit, die ohne WTO-Belang sei; der Name des Falles, der die Beklagten beinhaltet, sei ohne Bedeutung. Obwohl keine WTO-Verletzung durch EG-Subventionen (EIB) festgestellt wurde, sondern nur durch die vier Mitgliedstaaten, fasste der Panelbericht das Ergebnis doch so zusammen, dass „the European Communities, France, Germany, Spain and the United Kingdom“ WTO-widrig gehandelt hätten.<sup>62</sup> Empfehlungen wurden neutral an das/die „subventionierende(n) Mitglied(er)“ gerichtet.<sup>63</sup> Das Rechtsmittel gegen diesen Bericht wurde allein von der EU eingelegt, ohne die Frage des „proper respondent“ aufzuwerfen; Adressat der Empfehlungen des Appellate Body war folgerichtig auch nur die EU.<sup>64</sup>

In den gegen die „European Communities and its Member States“ gerichteten Fällen der USA, Japans und Taiwans<sup>65</sup> ging es um die Zollbehandlung bestimmter Informationstechnologieprodukte. Mit Schreiben vom 4. Februar 2009 wies die EG das Panel auf ihre ausschließliche Zuständigkeit (Zoll) sowie auf die Übernahme voller Verantwortung hin; das Vorbringen der Kläger betreffe nur EG-Maßnahmen als solche (Zolltarifizierung). Alle Korrespondenz sei an die Kommission zu richten. Die Konsequenzen aus der Erfahrung im *Airbus*-Fall ziehend, beantragte die EG keine Vorabentscheidung hierzu, sondern nur eine „angemessene Berücksichtigung“ im Panelbericht. Das Panel ließ zunächst die Frage offen, ob es Feststellungen zu ein-

56 Panel-Bericht v. 5.2.1998, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, Abs. 3.2.

57 Panel-Bericht (Fn. 56), Abs. 4.9 – 4.11.

58 Panel-Bericht (Fn. 56), Abs. 8.16.

59 Panel-Bericht (Fn. 56), Abs. 9.1, 9.2.

60 European Communities and Certain Member States – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, DS 316.

61 Panel-Bericht v. 30.6.2010, WT/DS316/R, Abs. 7.169 – 7.177 (identisch mit der Vorabentscheidung v. 17.10.2008).

62 Panel-Bericht (Fn. 61), Abs. 8.5.

63 Panel-Bericht (Fn. 61), Abs. 8.6, 8.7.

64 Appellate Body, Bericht v. 18.5.2011, WT/DS316/AB/R (AB-2010-1), Rn. 1418.

65 DS 375 (USA); DS 376 (Japan); DS 377 (Taiwan).

zelen Mitgliedstaaten treffen müsse,<sup>66</sup> unterließ dies aber später. Die Schlussfolgerungen und Empfehlungen betrafen nur die EG.<sup>67</sup>

Jüngste Fälle dieser Art, gestützt auf das GATT und das TRIPs-Übereinkommen,<sup>68</sup> haben die Beschlagnahme von generischen Arzneimitteln aufgrund angeblicher Patentverletzung durch niederländische Zollbehörden zum Anlass. Die Arzneimittel befanden sich im Transit auf dem Weg von Indien nach Brasilien. In ihren Antworten auf die Konsultationsanträge, die diese beiden Staaten sowohl an die EU als auch an die Niederlande gerichtet hatten, wies die EU auf ihre Verantwortung für die Materie hin und bot an, dass Vertreter der Niederlande als Teil der Delegation der EU an den Konsultationen teilnehmen. Die so verlaufenden Konsultationen dauern noch an.

In allen Stadien der Streitschlichtung wird die EU immer allein von der Kommission vertreten. Das ergibt sich aus ihrer Zuständigkeit zur Außenvertretung der EU nach Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV.<sup>69</sup> Die hauptbeteiligten Dienststellen innerhalb der Kommission sind immer der Juristische Dienst und die Generaldirektion Handel. Aber auch andere Generaldirektionen werden regelmäßig einbezogen, v.a. Landwirtschaft, Gesundheit (SANCO) und Zollunion (TAXUD), je nach Streitgegenstand. Selbst in den offensiven TRIPs-Fällen aus der Zeit vor dem Vertrag von Nizza war die Kommission federführend; die Mitgliedstaaten erschienen praktisch nur „auf dem Etikett“.

Die Mitgliedstaaten, selbst die am meisten betroffenen, geben nie eigene oder auch nur ergänzende schriftliche oder mündliche Stellungnahmen ab.<sup>70</sup> Es findet jedoch immer eine enge Koordinierung zwischen der Kommission und den Mitgliedstaaten statt, regelmäßig im Ausschuss für Handelspolitik, gerade auch, aber nicht nur bei der Frage, ob ein neues Streitschlichtungsverfahren eingeleitet oder Berufung gegen einen Panelbericht eingelegt werden soll.<sup>71</sup> In besonders sensiblen Fällen gibt es darüber hinaus direkte Kontakte zwischen der Kommission und den betroffenen Mitgliedstaaten während des Verfahrens, so etwa in den Fällen *Hormonfleisch*,<sup>72</sup> *Helms-Burton*<sup>73</sup> und *Airbus*.<sup>74</sup> Dies geht aber nie bis zur Vorlage etwa ganzer Schriftsatzentwürfe.

Auf der Grundlage eines „gentlemen's agreement“/„practical arrangement“ können die Mitgliedstaaten immer als Teil der EU-Gruppe an allen Sitzungen teilnehmen (Konsultationen, mündliche Verhandlungen vor Panels und dem Appellate Body); sie ergreifen aber nie das Wort. Bei Konsultationen können nur dann alle Mitglied-

66 Panel-Bericht v. 16.8.2010, WT/DS375/R, WT/DS376/R, WT/377/R, Abs. 7.82 – 7.90.

67 Panel-Bericht, a.a.O., Abs. 8.12, 8.13, 8.23, 8.24, 8.35, 8.36.

68 DS 408 (Indien/EU und Niederlande); DS 409 (Brasilien/EU und Niederlande).

69 Zur Vertretung der EU durch die Kommission bereits vor Lissabon siehe EuGH, Rs. C-131/03P (Reynolds u.a./Kommission), Slg. 2006, I-7795, Rn. 94; F. Hoffmeister/P. Ondrusek, *The European Community* (Fn. 52), S. 208 f. – Art. 207 Abs. 2 AEUV ist hier nicht anwendbar; s. näher F. Hoffmeister, *Institutional aspects* (Fn. 15), S. 11 f.

70 Vgl. Panel-Bericht Airbus (Fn. 61), Abs. 7.176, Fn. 2047 a.E.

71 Vgl. R. Raith, *The Common Commercial Policy* (Fn. 18), S. 619.

72 *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products*, DS 26 (USA), DS 48 (Kanada).

73 *United States – The Cuban Liberty and Democratic Solidarity Act*, DS 38.

74 DS 316 (Fn. 60). S. insgesamt hierzu C. Ni Chatáin, *The European Community* (Fn. 52), S. 472.

staaten einen Vertreter schicken, wenn die EU Hauptpartei ist; in Drittparteifällen hat nur die jeweilige Ratspräsidentschaft diese Möglichkeit. Allen Konsultationen, nicht aber den mündlichen Verhandlungen, gehen Koordinierungssitzungen voraus, zu denen alle Mitgliedstaaten eingeladen werden.

Im Streitschlichtungsgremium (Dispute Settlement Body) als einem offiziellen Organ der WTO sind selbstverständlich alle Mitgliedstaaten als WTO-Mitglieder anwesend. Sie ergreifen nicht das Wort, werden jedoch vorab von der Kommission über deren Position informiert.

Seit Gründung der WTO 1995 kommt immer eines der sieben Mitglieder des Appellate Body aus der EU.<sup>75</sup> Die EU-interne Auswahl der Kandidaten fällt, wie die Streitschlichtung insgesamt, in die mittlerweile (fast) vollständig ausschließliche Zuständigkeit der EU in Handelssachen.<sup>76</sup> In der Praxis entwickelte sich die einheitliche Auswahl allerdings nur sehr langsam, beginnend mit einer fast vollständigen Kontrolle durch die Mitgliedstaaten hin zu einem inzwischen zentral kontrollierten, weiterhin ganz informellen Verfahren.<sup>77</sup> Bei der Erstbesetzung 1995 schlugen die Mitgliedstaaten 13 Kandidaten aus verschiedenen Mitgliedstaaten vor, davon beispielsweise allein drei Belgier; die Kommission spielte kaum eine Rolle. Im Jahr 2001 schlugen die EG und die Mitgliedstaaten gemeinsam vier Kandidaten aus verschiedenen Mitgliedstaaten vor. Bei der letzten Neubesetzung 2009 kam der Vorschlag wieder gemeinsam von der EG und den Mitgliedstaaten, diesmal gab es aber erstmals ein einheitliches Auswahlverfahren. Die Kommission forderte die Mitgliedstaaten auf, Kandidaten zu benennen. Ein Auswahlausschuss aus mehreren Mitgliedern des Juristischen Dienstes (Vorsitz) und der Generaldirektion Handel der Kommission und einem Vertreter der damaligen tschechischen Ratspräsidentschaft interviewte mit identischen Fragen alle zehn Kandidaten aus acht Mitgliedstaaten und übermittelte die danach aufgestellte Rangliste dem Ausschuss für Handelspolitik, wonach die beiden bestbeurteilten Kandidaten der WTO vorgeschlagen wurden.

Nach Art. 8 Abs. 4 DSU führt das WTO-Sekretariat eine Liste von geeigneten Einzelpersonen, aus der gegebenenfalls die Mitglieder eines Panels ausgewählt werden können. Wenn auch nicht von großer Bedeutung, so sei doch der Vollständigkeit halber erwähnt, dass es seit Oktober 2008 in dieser Liste neben den EU-Mitgliedstaaten eine zusätzliche Eintragung unter EU gibt mit zwei Kandidaten, die von der Kommission vorgeschlagen worden sind.<sup>78</sup>

75 1995: Claus-Dieter Ehlermann (Deutschland); 2001: Giorgio Sacerdoti (Italien); 2009: Peter Van den Bossche (Belgien). Als einziges anderes WTO-Mitglied sind die USA in einer derartigen Situation. Der Appellate Body hatte bisher auch immer ein japanisches Mitglied, bis auf einige Monate Anfang 2008.

76 S. oben II.

77 Vgl. R. Raith, The Selection of the Members of the Appellate Body of the World Trade Organization – Process and recent experiences, in: Meng/Ress/Stein (Hrsg.), Europäische Integration und Globalisierung, FS 60 Jahre Europa-Institut Saarbrücken, 2011, S. 413, 419 f.

78 Indicative List of Governmental and Non-Governmental Panelists, WT/DSB/44/Rev. 4 v. 31.10.2008. Es handelt sich um ein ehemaliges und ein derzeitiges Mitglied des Juristischen Dienstes der Kommission.

## VI. Schlussfolgerungen

Die eingangs erwähnten Spannungen bestehen in der Tat, scheinen aber beherrschbar. Eine sehr theoretische „reine Lehre“ sollte eigentlich konsequenterweise zum „Verschwinden“ der Mitgliedstaaten aus der WTO führen.<sup>79</sup> Was sonst ist der Sinn der ausschließlichen Zuständigkeit der EU in Handelssachen? Die Mitgliedstaaten haben sie schließlich zu Recht selbst im EU-Vertrag festgeschrieben und dabei nur eine alte Rechtsprechung des EuGH<sup>80</sup> kodifiziert, die sich auf letztlich zwingende Erwägungen stützt. Aber wer trennt sich schon gern von – realer oder vermeintlicher – Macht und Einfluss, wenn auch zugunsten des Ganzen? Leider hat der Vertrag von Lissabon trotz erfreulicher Klarstellungen und Fortschritte bisher nicht immer die zu erwartenden positiven praktischen Entwicklungen gebracht und in mancher Hinsicht sogar zu hoffentlich nur vorübergehenden Rückschritten oder Schwierigkeiten geführt.<sup>81</sup> Ein sehr pragmatisches Vorgehen ist weiterhin unerlässlich, wobei es auch im gemeinsamen Interesse der Union liegt, die Mitgliedstaaten weitgehend mit einzubeziehen.<sup>82</sup>

79 Vgl. *M. Bungenberg*, *Going Global* (Fn. 6), S. 135; *Ch. Herrmann*, *Rechtsprobleme der parallelen Mitgliedschaft von Völkerrechtssubjekten in Internationalen Organisationen, Eine Untersuchung am Beispiel der Mitgliedschaft der EG und ihrer Mitgliedstaaten in der WTO*, in: Bauschke u.a. (Hrsg.), *Pluralität des Rechts – Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, 2003, S. 139, 160 f.

80 EuGH, Gutachten 1/75 (Lokale Kosten), Slg. 1975, 1355.

81 S. etwa die „General Arrangements“ und die jüngsten Vorkommnisse im Haushaltsausschuss, oben IV.

82 Vgl. für den Erhalt der Doppelmitgliedschaft *M. Hahn*, *Die zukünftige Rolle* (Fn. 1), S. 22 f.

## Die Bindung der Europäischen Union an das WTO-Recht

Von Christoph Ohler, Jena\*

### I. Grundprobleme gemischter Verträge

Das WTO-Übereinkommen bildet das Schulbeispiel eines gemischten Abkommens aufgrund einer zwischen Union und Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit.<sup>1</sup> Obwohl die handelspolitische Zuständigkeit der Union bei jeder Vertragsreform der letzten Jahre schrittweise erweitert wurde, hat sie auch aufgrund des Vertrags von Lissabon die komplementäre Zuständigkeit der Mitgliedstaaten noch nicht vollständig verdrängt.<sup>2</sup> Im Innenverhältnis ergibt sich aber entlang der Kompetenzgrenze der Union eine wichtige juristische Scheidelinie für die Rechtswirkungen des WTO-Rechts. Im Zuständigkeitsbereich der Union bestimmen sich die Rechtswirkungen allein aus europäischem Primärrecht, während im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten das nationale Verfassungsrecht über die innerstaatlichen Wirkungen Auskunft gibt. In der Praxis lässt sich die Grenzlinie allerdings nie völlig eindeutig ziehen, weil Umfang und Komplexität des WTO-Rechts eine Zuordnung nicht leicht machen. Da neben der handelspolitischen Zuständigkeit nach Art. 207 Abs. 1 AEUV noch immer inzidente Zuständigkeiten der Union i.S.v. Art. 216 Abs. 1 AEUV eine erhebliche Rolle spielen, bedarf es überdies einer sorgfältigen, umfassenden Analyse des geltenden Sekundärrechts, um den genauen Umfang der Unionszuständigkeit zu ermitteln. Die Zuständigkeitsgrenze zwischen Union und Mitgliedstaaten ist überdies beweglich, da sie sich durch den Erlass neuer Sekundärrechts im Binnenbereich auch mit Wirkung auf die Außenzuständigkeit verschieben kann.

Generell droht bei gemischten Abkommen im Innenverhältnis die Gefahr einer Rechtszersplitterung und im Außenverhältnis die Gefahr eines uneinheitlichen völkerrechtlichen Auftretens. Zur praktischen Behebung dieser Probleme erfordern gemischte Abkommen daher eine enge Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten und den Organen der Union.<sup>3</sup> Die Pflicht zur Zusammenarbeit nach Art. 4 Abs. 3 EUV erfährt ihre innere Berechtigung dadurch, dass die Mitgliedstaaten und die Union durch den bewussten Abschluss eines gemischten Abkommens selbst die Gefahr von Inkohärenzen geschaffen haben. Zwar ließe sich diese Gefahr teilweise beheben, indem Union und Mitgliedstaaten gegenüber den dritten Vertragsparteien

\* Prof. Dr. Christoph Ohler, LL.M., ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Internationales Wirtschaftsrecht, Rechtswissenschaftliche Fakultät, Friedrich-Schiller-Universität Jena.

1 S. allgemein zu gemischten Abkommen der EU A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S. 75.

2 Str., wie hier W. Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Stand März 2011, Art. 207 AEUV, Rn. 92 f.; a.A. M. Bungenberg, Außenbeziehungen und Außenhandelspolitik, EuR-Beiheft 1-2009, S. 195, 204; Ch. Herrmann, in: Streinz/Ohler/Herrmann, Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU, 3. Aufl. 2010, S. 151.

3 EuGH, verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98 (Dior), Slg. 2000, I-11307, Rn. 36; Rs. C-246/07 (Kommission/Schweden), Slg. 2010, I-3317, Rn. 73; P. Eeckhout, External Relations of the European Union, 2004, S. 209 ff.; Ch. Vedder, Die Außenbeziehungen der EU und die Mitgliedstaaten, EuR Beiheft 3-2007, S. 57, 79.

die interne Zuständigkeitsgrenze offenlegen. Soweit von dieser Möglichkeit nicht Gebrauch gemacht wird, treten Union und Mitgliedstaaten nach außen als Haftungsgemeinschaft auf, was nicht ohne Rückwirkungen auf das europarechtliche Innenverhältnis bleiben kann. Der EuGH beansprucht daher die Auslegungskompetenz über den völkerrechtlichen Vertrag auch in den Bereichen, die in die mitgliedstaatliche Zuständigkeit fallen, um unionsweit eine einheitliche Auslegung sicherzustellen.<sup>4</sup> Beides, Kooperationspflicht und einheitliche Auslegung, dienen wichtigen Zielen, nämlich der Integration der Union in die internationale Rechtsgemeinschaft und speziell der Wahrung des Grundsatzes *pacta sunt servanda* im Verhältnis zu den anderen Mitgliedern der WTO. Auf diese Weise kann sich die Union gegen das Risiko schützen, von dritten Vertragsparteien wegen einer Vertragsverletzung in Anspruch genommen zu werden, wenn im Innenverhältnis die Verantwortung hierfür bei einem Mitgliedstaat liegt.

Unionsrechtlich muss zudem das Problem bewältigt werden, warum die Union im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten und warum die Mitgliedstaaten trotz ausschließlicher Zuständigkeit der Union einen völkerrechtlich bindenden Vertrag abschließen können. Beide Seiten handeln mithin außerhalb ihrer unionsrechtlich gezogenen Zuständigkeitsgrenzen.<sup>5</sup> Dieses Problem ließe sich grundsätzlich nur vermeiden, indem Union und die Mitgliedstaaten die Zuständigkeitsgrenze nach außen hin offenlegen. Unterbleibt – wie es im WTO-Recht der Fall ist – diese Abgrenzung, ist der gemeinsame Abschluss eines gemischten Abkommens unionsrechtlich nur durch eine wechselseitige Ermächtigung möglich.<sup>6</sup> Sie erfolgt nie ausdrücklich, aber zumindest konkludent durch das gemeinsame Handeln von Rat, Kommission und Mitgliedstaaten. Zugunsten der Mitgliedstaaten findet sich die Rechtsgrundlage für diese Ermächtigung in Art. 3 Abs. 1 AEUV. Zugunsten der Union dürfen die Mitgliedstaaten als Inhaber der eigenen Zuständigkeit ebenfalls eine Ermächtigung aussprechen, solange die Ermächtigung keine Vertragsänderung nach Art. 48 EUV und insbesondere keine Hoheitsrechtsübertragung darstellt. Letzteres ist schon aus formellen Gründen nicht der Fall. Die Wirkung der Ermächtigung zugunsten der Union geht daher auch nicht über das Recht hinaus, völkerrechtlich verbindlich das internationale Abkommen zu schließen.

## II. Verbandskompetenzen in der gemeinsamen Handelspolitik

### 1. Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung

Die Union übt im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik gemäß Art. 207 Abs. 1 AEUV eine ausschließliche Zuständigkeit aus (Art. 3 Abs. 1 lit. e AEUV). Hinzu

4 EuGH, verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98 (Dior), Slg. 2000, I-11307, Rn. 35; Rs. C-431/05 (Merck), Slg. 2007, I-7001, Rn. 33. Hierzu bereits A. Rosas, *The European Union and mixed agreements*, in: Dashwood/Hillion (eds.), *The general law of E.C. external relations*, 2000, S. 200, 215.

5 R. Streinz, *Europarecht*, 8. Aufl. 2008, Rn. 489.

6 Ähnlich R. Streinz, *Europarecht* (Fn. 5), Rn. 489; a.A. S. Sattler, *Gemischte Abkommen und gemischte Mitgliedstaaten der EG und ihrer Mitgliedstaaten*, 2007, S. 68.



kommen implizite Zuständigkeiten auf der Grundlage von Art. 216 Abs. 1, Alt. 2 – 4 AEUV, die nach Maßgabe des Art. 3 Abs. 2 AEUV ebenfalls ausschließlicher Natur sein können.<sup>7</sup> Ungeachtet dessen richtet sich der Umfang der Unionszuständigkeit nach dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung gemäß Art. 4 Abs. 1 und Art. 5 Abs. 1 und 2 EUV.<sup>8</sup>

In den ausschließlichen Zuständigkeitsbereich der Union fallen alle in Art. 207 Abs. 1 AEUV ausdrücklich genannten Handelsaspekte des Waren- und Dienstleistungsverkehrs sowie die handelspolitischen Schutzmaßnahmen. Dieser klassische Kernbereich der gemeinsamen Handelspolitik ist damit denkbar weit, um die internationale Handlungsfähigkeit der Union als große Wirtschaftsmacht zu sichern. Anders als in den ersten Jahrzehnten der EWG nimmt der EuGH aber keine extensive Interpretation mehr vor, sondern wahrt strikt den Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung.<sup>9</sup> Das bedeutet, dass die Interpretation des Art. 207 Abs. 1 AEUV allein unionsrechtlichen Maßstäben (und nicht zwangsläufig dem Inhalt des WTO-Rechts) folgt und das Binnenverhältnis zu anderen Zuständigkeiten der Union oder zu den Zuständigkeitsbereichen der Mitgliedstaaten wahren muss. Bei einer horizontalen Abgrenzung steht die handelspolitische Zuständigkeit des Art. 207 Abs. 1 AEUV daher neben den anderen, möglicherweise rein binnengerichteten, Zuständigkeiten der Verträge und nicht über ihnen. Diese Funktionsgrenzen des Art. 207 Abs. 1 AEUV zeigen sich besonders deutlich in dem Bereich der Direktinvestitionen und der Handelsaspekte des geistigen Eigentums.

## 2. Verbliebene Zuständigkeiten der Mitgliedstaaten

Für die Antwort auf die Frage, ob die Mitgliedstaaten im Bereich des WTO-Rechts überhaupt noch Zuständigkeiten besitzen, bildet Art. 207 Abs. 6 AEUV den wichtigsten Anhaltspunkt.<sup>10</sup> Hiernach scheinen die Verfasser des Lissabonner Vertrags selbst davon auszugehen, dass die Zuständigkeit nach Art. 207 Abs. 1 AEUV nicht umfassend ist. Ausdrücklich geteilt bleibt wegen Art. 207 Abs. 5 AEUV die Zuständigkeit in der Verkehrspolitik. Doch auch bei einer Einzelanalyse des Art. 207 Abs. 1 AEUV zeigen sich Lücken. So erstreckt sich der sachliche Anwendungsbe-  
reich der gemeinsamen Handelspolitik nicht auf den Kapitalverkehr mit Drittstaaten im Bereich von Portfolioinvestitionen.<sup>11</sup> Für das TRIPS ist zu beachten, dass Art. 207 Abs. 1 AEUV nur die „Handelsaspekte des geistigen Eigentums“ umfasst. Das schließt die Anwendung auf das materielle Recht des geistigen Eigentums aus, wie etwa die Frage nach dem Inhalt und den Voraussetzungen für die Entstehung und Ausübung eines Schutzrechts. Zugegebenermaßen ist die Abgrenzung schwie-

7 S. dazu W. Obwexer in diesem Heft auf S. 49.

8 GA Kokott, Schlussanträge v. 26.3.2009 in der Rs. C-13/07 (Kommission/Rat), Rn. 105, 113, 121.

9 Vgl. M. Nettesheim/J. L. Duvigneau, in: Streinz (Hrsg.), EUV/AEUV. Kommentar, 2. Aufl. 2012, Art. 207 AEUV, Rn. 12.

10 S. umfassend W. Weiß, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 2), Art. 207 AEUV, Stand März 2011, Rn. 76 ff.

11 Allerdings regelt das GATS selbst nur sehr eingeschränkt die Kapitalverkehrsfreiheit, vgl. Art. XI:2 GATS.



rig,<sup>12</sup> doch rechtlich unvermeidlich. Die EU stützte daher Harmonisierungsregeln zu einzelnen Schutzrechten entweder auf die Binnenmarktklausel oder sogar die Generalermächtigung, den heutigen Art. 352 AEUV.<sup>13</sup> Seit dem Vertrag von Lisabon bildet Art. 118 AEUV die speziellere Rechtsgrundlage, was nichts daran ändert, dass es im Patentbereich nach wie vor an einer unionsrechtlichen Harmonisierung mangelt.<sup>14</sup> Keine Zuständigkeit gewährt Art. 207 Abs. 1 AEUV für Regelungen über den Zugang von Drittstaatsangehörigen zum Arbeitsmarkt in der EU,<sup>15</sup> wie aus der Bereichsausnahme des Art. 79 Abs. 5 AEUV folgt.

Von der Regelungszuständigkeit des Art. 207 Abs. 1 AEUV ist überdies die Zuständigkeit für die administrative und justizielle Durchführung der Handelspolitik zu unterscheiden.<sup>16</sup> Im administrativen Bereich zeigt sich dies deutlich an Art. 33 AEUV, der eine eigenständige Zuständigkeit für die mitgliedstaatliche Zusammenarbeit im Zollbereich regelt. Fragen der Verwaltungsorganisation und des Verwaltungsverfahrens auf mitgliedstaatlicher Ebene, soweit sie das Zollrecht und andere handelspolitische Bereiche berühren, liegen erst recht jenseits des Art. 207 Abs. 1 AEUV. Wenn und soweit aber WTO-Recht selbst Fragen des Verwaltungsvollzugs oder des gerichtlichen Rechtsschutzes regelt, wie es z.B. nach Art. VI GATS der Fall ist, so stellt sich die Frage, ob diese Belange noch vom Kompetenztitel des Art. 207 Abs. 1 AEUV umfasst sind. Der Wortlaut der Vorschrift trägt eine solche Interpretation nicht. Auch im systematischen Vergleich zu anderen Zuständigkeitsnormen der Verträge, v.a. den Art. 81 ff. AEUV, scheidet diese Möglichkeit aus. Ferner fallen die Vorgaben der Art. 41 ff. TRIPS-Übereinkommen über den gerichtlichen Rechtsschutz weitgehend in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten. Zwar regelt die auf der Grundlage der Binnenmarktklausel erlassene RL 2004/48/EG einige Fragen der gerichtlichen Durchsetzung,<sup>17</sup> so dass insoweit eine implizite Zuständigkeit der Union besteht. Darüber hinaus existiert kein Unionsrecht und könnte mangels Kompetenz, v.a. auf der strafrechtlichen Seite, auch nicht erlassen werden.<sup>18</sup> Schließlich besteht keinerlei Zuständigkeit der Union für Zahlungsbilanzregelungen der Mitgliedstaaten, die noch nicht den Euro eingeführt haben. Die Art. 143 und 144 AEUV betreffen nur die Modalitäten von Schutzmaßnahmen dieser „Mitgliedstaaten mit Ausnahmeregelung“, nicht aber die Entscheidung über das „Ob“ solcher Maßnahmen. Insofern besteht nach wie vor zwingend ein Bedürfnis für das Zusammenwirken von Union und Mitgliedstaaten im Bereich des WTO-Rechts.

12 S. Boysen/S. Oeter, Außenwirtschaftsrecht, in: Schulze/Zuleeg/Kadelbach (Hrsg.), Europarecht, 2. Aufl. 2010, § 32, Rn. 10; T. Müller-Ibold, in: Lenz/Borchardt (Hrsg.), EU-Verträge, 5. Aufl. 2010, Vorb. Art. 206-207 AEUV, Rn. 16.

13 VO (EG) Nr. 207/2009 des Rates über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EU 2009 L 78/1.

14 Vgl. Vorschlag für eine Verordnung über das Gemeinschaftspatent, KOM (2000) 412 endg.

15 Vgl. insoweit die nur schmale Regelung im GATS, Anlage zum grenzüberschreitenden Verkehr natürlicher Personen.

16 W. Weiß, in: Herrmann/Weiß/Ohler, Welthandelsrecht, 2. Aufl. 2007, § 8, Rn. 135.

17 ABl. EU 2004 L 157/45.

18 Zur fehlenden strafrechtlichen Kompetenz der EU für die Durchführung von Art. 61 TRIPS s. GA Kokott, Schlussanträge v. 26.3.2009 in der Rs. C-13/07 (Kommission/Rat), Rn. 152 ff. Hieran haben auch Art. 82 Abs. 2 u. Art. 83 Abs. 1 AEUV nichts Durchgreifendes geändert.

### III. Bindungswirkung des Art. 216 Abs. 2 AEUV

Hinsichtlich der Bindungswirkungen des WTO-Rechts ist zwischen der völkerrechtlichen und der europarechtlichen Seite zu unterscheiden. Hinzu kommt die Bindungswirkung nach Maßgabe des innerstaatlichen Verfassungsrechts, soweit die Mitgliedstaaten noch für den Abschluss des jeweiligen Vertrags zuständig sind. Dabei ist zunächst unbestritten, dass auf der völkerrechtlichen Ebene Union und Mitgliedstaaten nebeneinander und vollwertig gebunden sind, da sie gegenüber den Mitgliedern der WTO die Zuständigkeitsgrenzen nicht offen gelegt haben.<sup>19</sup> Vertrauensschutzaspekte erfordern daher die vollständige, völkerrechtliche Bindung der Union und der Mitgliedstaaten an das gesamte WTO-Recht.

#### 1. Reichweite des Art. 216 Abs. 2 AEUV

In der Rechtsprechung des EuGH war nicht immer klar, ob die durch Art. 216 Abs. 2 AEUV vorgesehene Verbindlichkeit den jeweiligen völkerrechtlichen Vertrag in seiner Gesamtheit oder nur hinsichtlich der unionsrechtlichen Zuständigkeitsbereiche erfasst.<sup>20</sup> Seit der *Merck*-Entscheidung spricht der EuGH aber ausdrücklich davon, dass das WTO-Übereinkommen mitsamt seiner Anhänge „integraler Bestandteil“ der Gemeinschaftsrechtsordnung (nunmehr Unionsrechtsordnung) ist.<sup>21</sup> Dies entspricht der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung auch bei anderen gemischten Abkommen, z.B. dem Übereinkommen von Aarhus.<sup>22</sup> Der Gerichtshof begründet den unionsrechtlichen Charakter des Gesamtvertrags damit, dass Union und Mitgliedstaaten ihre jeweiligen Verpflichtungen gegenüber den anderen Vertragsparteien nicht aufgeteilt und offengelegt haben.<sup>23</sup> Er nimmt für sich daher in Anspruch, den gesamten völkerrechtlichen Vertrag auslegen zu dürfen, um die Zuständigkeitsgrenze zwischen Union und Mitgliedstaaten ermitteln zu können.<sup>24</sup> Im Schrifttum wird dagegen ganz überwiegend angenommen, dass die Auslegungszuständigkeit des EuGH durch den Umfang der Verbandszuständigkeit der Union begrenzt wird.<sup>25</sup>

- 19 Vgl. *R. Streinz*, Europarecht (Fn. 5), Rn. 488; *Ch. Tomuschat*, in: von der Groeben/Schwarze (Hrsg.), EUV/EGV, 6. Aufl. 2004, Art. 300 EGV, Rn. 64; *Ch. Vedder*, Außenbeziehungen (Fn. 3), S. 80; *S. Vöneky/B. Beylage-Haarmann*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 2), Art. 216 AEUV, Stand August 2011, Rn. 34.
- 20 S. die detailreiche Analyse bei *E. Vranes*, Gemischte Abkommen und die Zuständigkeit des EuGH, EuR 2009, S. 44 ff., insbes. S. 70.
- 21 EuGH, Rs. C-431/05 (*Merck*), Slg. 2007, I-7001, Rn. 31; Rs. C-308/06 (*Intertanko*), Slg. 2008, I-4057, Rn. 53. Vgl. zum Ursprung dieser Formel EuGH, Rs. 12/86 (*Demirel*), Slg. 1987, 3747, Rn. 7. A.A. *K. Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 216 AEUV, Rn. 43.
- 22 EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-240/09 (*Lesoochranárske Zoskupenie*), Rn. 30. Ebenso zum UN-Seerechts-übereinkommen EuGH, Rs. C-459/03 (*Kommission/Irland*), Slg. 2006, I-4635, Rn. 82 und zum Montrealer Übereinkommen EuGH, Rs. C-344/04 (*IATA und ELFAA*), Slg. 2006, I-403, Rn. 36.
- 23 EuGH, Rs. C-431/05 (*Merck*), Slg. 2007, I-7001, Rn. 32. Ferner bereits EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603, Rn. 24.
- 24 EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-240/09 (*Lesoochranárske Zoskupenie*), Rn. 31; ferner verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98 (*Dior*), Slg. 2000, I-11307, Rn. 35; Rs. C-431/05 (*Merck*), Slg. 2007, I-7001, Rn. 33.
- 25 *R. Mögele*, in: Streinz (Fn. 9), Art. 216 AEUV, Rn. 70; *K. Schmalenbach*, in: Calliess/Ruffert (Fn. 21), Art. 216 AEUV, Rn. 54; *W. Weiß*, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Fn. 16), § 8, Rn. 136 f. Differenziert *E. Vranes*, Gemischte Abkommen (Fn. 20), S. 71.

In der Sache führen weder die h.M. im Schrifttum noch die Rechtsprechung des EuGH zu dogmatisch und funktional vollständig befriedigenden Ergebnissen. Der EuGH nimmt seine Auslegungskompetenz primär in Anspruch, um die Frage nach einer möglichen unmittelbaren Anwendbarkeit einzelner Vertragsbestimmungen zu klären. Die engere Auffassung des Schrifttums bietet jedoch keine Handhabe gegen das Risiko einer uneinheitlichen Vertragsdurchführung seitens der Mitgliedstaaten. Wenn das gemischte Abkommen aber in toto „integraler Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung ist, spricht nichts dagegen, dass der EuGH schlechthin für seine Auslegung zuständig ist. Das lässt sich auch primärrechtlich begründen: Da es an einer Sonderregelung für gemischte Abkommen fehlt, ist davon auszugehen, dass Art. 216 Abs. 2 AEUV eine einheitliche Bindungswirkung auch für diese Verträge vorsieht, soweit Union und Mitgliedstaaten die Zuständigkeitsgrenze nicht nach außen offengelegt haben. Eine einheitliche Bindungswirkung wäre allenfalls dann zu verneinen, wenn zumindest im Innenverhältnis bei einem konkreten Abkommen eine nachvollziehbare Zuständigkeitsteilung zwischen Union und Mitgliedstaaten gewollt wäre. In allen anderen Fällen ist weder im Außen- noch im Innenverhältnis wirklich klar, wo die Zuständigkeitsgrenze verläuft, was mit entsprechender Rechtsunsicherheit verbunden ist. Sie ist effektiv nur dadurch zu beheben, dass dem EuGH, von den oben genannten Ausnahmen abgesehen, eine umfassende Auslegungszuständigkeit auf der Basis von Art. 216 Abs. 2 AEUV zugewiesen wird. Zwar scheint diese Auffassung nicht mit dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung nach Art. 5 Abs. 1 EUV vereinbar zu sein. Die Bindungswirkung, die Art. 216 Abs. 2 AEUV vorsieht, könnte nach h.M. daher nur eingreifen, soweit die Union für den Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags auch tatsächlich zuständig ist.<sup>26</sup> Die vollständige, unionsrechtliche Bindung bildet indes die Grundlage für eine einheitliche Durchführung des gemischten Vertrags im Verhältnis zu den anderen Vertragsparteien.<sup>27</sup> Die Mitgliedstaaten erfüllen daher durch Einhaltung des Abkommens nicht nur eine eigene völkerrechtliche Verpflichtung, sondern auch eine europarechtliche Verpflichtung gegenüber der Union.<sup>28</sup> Funktional wird damit eine Vorkehrung getroffen, dass die Union aufgrund eines völkerrechtswidrigen Handelns eines Mitgliedstaats nicht von dritten Vertragsparteien in Anspruch genommen werden kann, weil die Zuständigkeit unklar ist. Dies ist umso wichtiger, weil es im Verhältnis von Union und Mitgliedstaaten in diesem Bereich an Regressregeln fehlt, um die Haftungsfolgen zu überwälzen. Die einheitliche Bindungswirkung nach Art. 216 Abs. 2 AEUV bildet daher die Grundlage für die Zuständigkeit des EuGH, gemischte Abkommen umfassend auslegen zu können. Seine Entscheidung ist für den Mitgliedstaat nach Art. 267 AEUV bindend, selbst wenn die jeweilige

26 A. Epiney, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999, S. 7; F. Kaiser, Gemischte Abkommen im Lichte bundesstaatlicher Erfahrungen, 2009, S. 97; R. Mögele, in: Streinz (Fn. 9), Art. 216 AEUV, Rn. 68; S. Vöneky/B. Beylage-Haarmann, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 2), Art. 216 AEUV, Stand August 2011, Rn. 32; W. Weiß, in: Hermann/Weiß/Ohler (Fn. 16), § 8, Rn. 129.

27 Zu diesem Grundsatz bereits EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 14.

28 A.A. S. Sattler, Gemischte Abkommen (Fn. 6), S. 281 f., der die Pflicht zur Zusammenarbeit als Grundlage sieht.

Norm in den Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten fällt.<sup>29</sup> In der Konsequenz könnte die Kommission ein Vertragsverletzungsverfahren gegen einen Mitgliedstaat in Gang setzen, der seinen Verpflichtungen aus dem Vertrag in seinem eigenen Zuständigkeitsbereich nicht nachkommt.<sup>30</sup> Selbstverständlich bleibt aber die völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Bindung der Mitgliedstaaten aufgrund der von ihnen erklärten Ratifikation bestehen. Art. 216 Abs. 2 AEUV überlagert diese Bindung nur, beseitigt sie aber nicht.

## 2. Rang gemischter Abkommen

Bedeutet die Rechtsprechung des EuGH auch, dass Art. 216 Abs. 2 AEUV weitere einheitliche Rechtswirkungen auf das gemischte Abkommen auslöst? Diese These zu bejahen hieße v.a., den unionsrechtlichen Vorrang auf alle Vertragsbestandteile zu erstrecken, auch diejenigen, die in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen. Der Gerichtshof hat zu dieser Frage, anders als zur Problematik der unmittelbaren Anwendbarkeit gemischter Übereinkommen,<sup>31</sup> bislang nicht ausdrücklich Stellung genommen.<sup>32</sup> In einem Urteil aus dem Jahr 2011 zum Übereinkommen von Aarhus legt der EuGH allerdings dar, dass zunächst die Zuständigkeit der Union für eine konkrete Regelung eines Vertrags geprüft werden müsse. Er fährt fort: „Sollte dies nicht der Fall sein, unterlägen die (...) Verpflichtungen weiterhin dem nationalen Recht der Mitgliedstaaten. In diesem Fall wäre es Sache der Gerichte dieser Staaten, auf der Grundlage des nationalen Rechts zu bestimmen, ob sich Einzelne unmittelbar auf die diesen Bereich regelnden Normen dieses völkerrechtlichen Vertrags berufen können bzw. ob diese Gerichte verpflichtet sind, sie von Amts wegen anzuwenden. Das Unionsrecht gebietet es in diesem Fall nämlich nicht, schließt es aber auch nicht aus, dass die Rechtsordnung eines Mitgliedstaats den Einzelnen das Recht zuerkennt, sich unmittelbar auf die entsprechende Norm zu berufen, oder die Gerichte verpflichtet, diese von Amts wegen anzuwenden (...).“<sup>33</sup> Aus dem Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung folgt, dass kein Rechtssatz Vorrang genießen kann, für dessen Erlass die Union überhaupt keine Zuständigkeit besitzt. Bei gemischten Verträgen genießt mithin ein völkerrechtlicher Vertrag die besondere Rangstellung zwischen Primärrecht und Sekundärrecht nur,<sup>34</sup> soweit er tatsächlich in die Zuständigkeit der Union fällt.<sup>35</sup> Der Rang des mitgliedstaatlichen Anteils an einem gemischten Abkommen bestimmt sich demgegenüber nach dem jeweiligen

29 A.A. W. Weiß, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Fn. 16), § 8, Rn. 137.

30 Vgl. EuGH, Rs. C-61/94 (Kommission/Deutschland), Slg. 1996, I-3989, Rn. 15, wobei das Verfahren aber eine Materie betraf, die in die ausschließliche Zuständigkeit der EG fiel.

31 EuGH, Rs. C-431/05 (Merck), Slg. 2007, I-7001, Rn. 34.

32 Der Gerichtshof hat aber bereits entschieden, dass gemischte Übereinkünfte in der Gemeinschaftsrechtsordnung denselben Status wie rein gemeinschaftsrechtliche Übereinkünfte haben, soweit es um Bestimmungen geht, die in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen, EuGH, Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635, Rn. 84.

33 EuGH, Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-240/09 (Lesoochránárske Zoskupenie), Rn. 32.

34 EuGH, Rs. C-61/94 (Kommission/Deutschland), Slg. 1996, I-3989, Rn. 52.

35 Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 19), Art. 300 EGV, Rn. 88; ebenso J. Ph. Terhechte, in: Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, 2. Aufl. 2010, Art. 281 AEUV, Rn. 30.

nationalen Verfassungsrecht.<sup>36</sup> Auch die Entscheidung über die unmittelbare Anwendbarkeit kann unterschiedlich getroffen werden, abhängig davon, welchem Zuständigkeitsbereich eine bestimmte vertragliche Norm zuzurechnen ist.<sup>37</sup>

## IV. Fehlende unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts

### 1. Grundsatz

Der Anwendungsbefehl des Art. 216 Abs. 2 AEUV sagt nichts darüber aus, ob ein völkerrechtlicher Vertrag unmittelbar anwendbar ist und damit eine Gültigkeitsfunktion gegenüber Sekundärrecht besitzt, wie sie dem Primärrecht zu Eigen ist. Mit Gültigkeitsfunktion ist die Fähigkeit gemeint, im Falle eines Widerspruchs zwischen völkerrechtlichem Vertrag und Sekundärrecht das letztere unanwendbar oder sogar unwirksam werden zu lassen. Sie ist die Voraussetzung dafür, dass der europarechtliche Vorrang des Vertrages überhaupt greifen kann. Auch die Formel vom „integralen Bestandteil“ der Unionsrechtsordnung bedeutet nicht, dass der Vertrag seinen Charakter als völkerrechtliches Instrument verliert und zu Unionsrecht transformiert wird.<sup>38</sup> Wiewohl gerade sie als Ausdruck einer monistischen Gesinnung gedeutet wurde,<sup>39</sup> unterscheidet der EuGH tatsächlich streng zwischen den Regimen des Völkerrechts einerseits und des Europarechts andererseits. Sehr deutlich zeigt sich dies bei der Interpretation völkerrechtlicher Verträge, die der EuGH stets nach völkerrechtlichen Grundsätzen vornimmt.<sup>40</sup> Diese Trennung ist richtig, denn Völkerrecht und Landesrecht bilden nach wie vor zwei verschiedene Rechtsbereiche. Inhaltlich verschränken sie sich zwar miteinander, hinsichtlich des Verfahrens ihrer Entstehung, ihrer anschließenden Durchführung und der nachträglichen gerichtlichen Kontrolle unterscheiden sich beide Rechtsbereiche jedoch nach wie vor erheblich voneinander. Da funktionell das Unionsrecht heute weit mehr dem Landesrecht als dem Völkerrecht entspricht, soweit die Union hoheitliche Aufgaben der Mitgliedstaaten übernommen hat, muss der EuGH auch die Strukturunterschiede zwischen den Rechtsbereichen beachten.

Zur Beantwortung der Frage, ob ein völkerrechtlicher Vertrag Gültigkeitsfunktion für sekundäres Unionsrecht haben kann, hat der EuGH daher immer darauf abgestellt, ob die konkrete Bestimmung eines völkerrechtlichen Vertrags unmittelbar anwendbar ist.<sup>41</sup> Aus Sicht des EuGH ist es für die Inanspruchnahme der Gültig-

36 Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 19), Art. 300 EGV, Rn. 88; W. Weiß, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Fn. 16), § 8, Rn. 131.

37 K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 21), Art. 216 AEUV, Rn. 43.

38 A. Epiney, Stellung (Fn. 26), S. 6; F. Kaiser, Gemischte Abkommen (Fn. 26), S. 89; Ch. Tomuschat, in: von der Groeben/Schwarze (Fn. 19), Art. 300 EGV, Rn. 66.

39 Vgl. die Argumentation des Rechtsmittelführers in EuGH, Rs. C-94/02 P (Biret), Slg. 2003, I-10565, Rn. 42. S. auch F. Hoffmeister, Die Bindung der Europäischen Gemeinschaft an das Völkergewohnheitsrecht der Verträge, EWS 1998, S. 365; K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn. 21), Art. 216 AEUV, Rn. 32. Grundlegend E.-U. Petersmann, Auswärtige Gewalt, Völkerrechtspraxis und Völkerrechtsbindungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, ZäöRV 1975, S. 213, 272.

40 EuGH, Rs. C-344/04 (IATA und ELFAA), Slg. 2006, I-403, Rn. 40.

41 EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 45. A.A. A. Epiney, Stellung (Fn. 26), S. 11.

keitsfunktion eines völkerrechtlichen Vertrags gleichgültig, ob ein Mitgliedstaat oder ein privater Kläger die Unwirksamkeit von Sekundärrecht geltend macht.<sup>42</sup> Der Prüfungsmaßstab, den der EuGH anlegt, ist daher strukturell gleich, wiewohl Art. 263 AEUV zwischen privilegierten und nicht-privilegierten Klägern unterscheidet.<sup>43</sup> Ungeachtet dieses Ausgangspunkts kann ein völkerrechtlicher Vertrag innerhalb der Unionsrechtsordnung diese Eigenschaft haben. Sie muss ihm aber von den Vertragsparteien verliehen worden sein, was selten ausdrücklich geschieht und deshalb durch Interpretation des Vertrags und anhand der Praxis der Vertragsparteien ermittelt werden muss.<sup>44</sup> Die Willensrichtung der Vertragsparteien ist deshalb so wichtig, weil nur diese über die Rechtswirkungen des Vertrags im inländischen Recht bzw. Unionsrecht entscheiden können.<sup>45</sup> Unmittelbare Eingriffe des Völkerrechts in Verfahren und Durchsetzungsmechanismen des innerstaatlichen Rechts oder des Unionsrechts sind selten und beruhen auf besonderen Erwägungen, die über den Grundsatz *pacta sunt servanda* hinausgehen.<sup>46</sup> Zutreffend formuliert der EuGH insoweit, Rechtsnatur, Systematik und Zweck des Vertrags müssten die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner seiner Bestimmungen gestatten.<sup>47</sup> Ähnlich lautet die Formulierung, die unmittelbare Anwendbarkeit hänge von Sinn, Aufbau und Wortlaut<sup>48</sup> bzw. Art und Struktur<sup>49</sup> eines Abkommens ab.

Stehen nicht strukturelle, der Vertragssystematik oder dem Vertragszweck geschuldete Gründe entgegen, nimmt der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit an, „wenn aus dem Wortlaut, dem Gegenstand und der Art des Abkommens zu schließen ist, dass sie eine klare, eindeutige und unbedingte Verpflichtung enthält, deren Erfüllung oder deren Wirkungen nicht vom Erlass eines weiteren Aktes abhängen (...).“<sup>50</sup> Die konkrete Norm muss insofern aus sich heraus vollzugsfähig bzw. justizierbar sein, was eine Auslegungsbedürftigkeit nicht ausschließt.<sup>51</sup> Der EuGH verlangt überdies, dass ein völkerrechtlicher Vertrag auf die Verleihung von Rechten an Einzelne zielen muss, wenn eine natürliche oder juristische Person sich auf den Vertrag berufen will, um die Gültigkeit von Sekundärrecht zu bestreiten.<sup>52</sup>

42 EuGH, Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973, Rn. 109.

43 Kritisch ablehnend A. von Bogdandy/T. Makatsch, Kollision, Koexistenz oder Kooperation? – Zum Verhältnis von WTO-Recht und europäischem Außenwirtschaftsrecht in neueren Entscheidungen, EuZW 2000, S. 261, 266.

44 EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 17; Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395, Rn. 34.

45 EuGH, verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (FIAMM u.a.), Slg. 2008, I-6513, Rn. 108.

46 P. Eeckhout, Judicial Enforcement of WTO Law in the European Union, JIEL 2002, S. 91, 92.

47 EuGH, Rs. 104/81 (Kupferberg), Slg. 1982, 3641, Rn. 18, 22; Rs. C-344/04 (IATA und ELFAA), Slg. 2006, I-403, Rn. 39. Ähnlich EuGH, Rs. C-149/96 (Portugal/Rat), Slg. 1999, I-8395, Rn. 47: Natur und Struktur.

48 EuGH, Rs. 21/72 (International Fruit Company), Slg. 1972, 1219, Rn. 19/20; Rs. C-469/93 (Chiquita Italia SpA), Slg. 1995, I-4533, Rn. 25; Rs. C-280/93 (Deutschland/Rat), Slg. 1994, I-4973, Rn. 110.

49 EuGH, verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (FIAMM u.a.), Slg. 2008, I-6513, Rn. 110.

50 EuGH, verb. Rs. C-300/98 u. C-392/98 (Dior), Slg. 2000, I-11307, Rn. 42; Urteil v. 8.3.2011, Rs. C-240/09 (Lesoochranárske Zoskupenie), Rn. 44. Ferner EuGH, Rs. 12/86 (Demirel), Slg. 1987, 3719, Rn. 14; Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3655, Rn. 31.

51 Vgl. T. Cottier/K. N. Schefer, The relationship between World Trade Organization Law, national and regional law, JIEL 1998, S. 92.

52 EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 59 ff.



## 2. WTO-Recht in der Rechtsprechung des EuGH

Der EuGH stellt in ständiger Rechtsprechung auf mehrere strukturelle Gesichtspunkte ab, um die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts zu begründen. Bereits im Grundlagenurteil *International Fruit Company* hob er hervor, dass das GATT nach seiner Präambel auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen ausgehandelt wurde und durch die große Geschmeidigkeit seiner Bestimmungen gekennzeichnet ist. Er verwies hierzu v.a. auf die Möglichkeit der Abweichung von den allgemeinen Regeln, die Zulässigkeit von Maßnahmen bei außergewöhnlichen Schwierigkeiten und die Regelung von Meinungsverschiedenheiten.<sup>53</sup> Ähnliche Überlegungen leiteten den EuGH, das WTO-Übereinkommen mit seinen Anhängen als nicht unmittelbar anwendbar anzusehen.<sup>54</sup> Der EuGH erkannte einen Vorrang der zwischenstaatlichen Verhandlungen vor dem System der Streitbeilegung durch das DSU. Insbesondere Art. 22 DSU sei von dem Gedanken geprägt, Entscheidungen der Streitbeilegungsorgane im wechselseitigen Einvernehmen umzusetzen.<sup>55</sup> In dieses System dürfe nicht einseitig durch die Gerichte einer Vertragspartei eingegriffen werden, indem diese die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht bejahen.<sup>56</sup> Als weitere Argumente zog der EuGH die fehlende unmittelbare Anwendbarkeit in den Rechtsordnungen anderer großer Mitglieder und das Prinzip der Gegenseitigkeit heran.<sup>57</sup> Schließlich verwies er auf die Notwendigkeit, den Verhandlungsspielraum der Gemeinschaftsorgane (nunmehr Unionsorgane) bei den WTO-Verhandlungen zu schützen und stützte sich auf die Begründungserwägungen des Beschlusses 94/800/EG des Rates.<sup>58</sup> Aus innerunionaler Sicht ist der EuGH zudem nicht bereit, das institutionelle Gleichgewicht zu lasten von Kommission und Rat zu verschieben, da diesen Organen im Außenverhältnis die Durchsetzung der gemeinsamen Handelspolitik obliegt.<sup>59</sup>

## 3. Ausnahmen

Von dieser Rechtsprechung lässt der Gerichtshof, soweit der Zuständigkeitsbereich der Union betroffen ist, nur zwei Ausnahmen zu. Sie liegen vor, wenn „die Gemeinschaft eine bestimmte, im Rahmen des GATT übernommene Verpflichtung erfüllen wollte oder wenn die Gemeinschaftshandlung ausdrücklich auf spezielle

53 EuGH, Rs. 21/72 (*International Fruit Company*), Slg. 1972, 1219, Rn. 21. Nachfolgend EuGH, Rs. C-280/93 (*Deutschland/Rat*), Slg. 1994, I-4973, Rn. 106; Rs. C-469/93 (*Chiquita Italia SpA*), Slg. 1995, I-4533, Rn. 26.

54 EuGH, Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395, Rn. 36; Rs. C-27/00 (*Omega Air*), Slg. 2002, I-2569, Rn. 93; Rs. C-76/00 P (*Petrobub und Republica/Rat*), Slg. 2003, I-79, Rn. 53.

55 EuGH, Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395, Rn. 37-39.

56 EuGH, Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395, Rn. 40.

57 EuGH, Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395, Rn. 43, 45; C-27/00 (*Omega Air*), Slg. 2002, I-2569, Rn. 92; Rs. C-377/02 (*Van Parys*), Slg. 2005, I-1465, Rn. 53.

58 EuGH, Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395, Rn. 46, 48.

59 EuGH, Rs. C-27/00 (*Omega Air*), Slg. 2002, I-2569, Rn. 90.



Bestimmungen dieses Abkommens verweist<sup>60</sup>. Die Ausnahmen haben keine völkerrechtliche Grundlage, sondern beruhen auf expliziten oder impliziten Anordnungen des Unionsrechts, das Recht der WTO als Prüfungsmaßstab zu bestimmen. Mithin liegt es in der Hand des europäischen Gesetzgebers, ob er durch entsprechende Formulierungen in der Präambel oder in den operativen Bestimmungen eines Sekundärrechtsakts sich selbst dieser Kontrollmöglichkeit unterwirft. In der Praxis hat es aus verständlichen Gründen jedoch keine große Bereitschaft gegeben, hiervon Gebrauch zu machen.<sup>61</sup> Faktisch laufen die *Fediol/Nakajima*-Ausnahmen daher weitgehend ins Leere. Ungeachtet dessen verpflichtet Art. 216 Abs. 2 AEUV auch den Unionsgesetzgeber, die völkerrechtlichen Bindungen aus dem WTO-Recht zu beachten.<sup>62</sup>

Im Zuständigkeitsbereich der Mitgliedstaaten lässt es der EuGH zu, dass einzelne Normen des WTO-Rechts unmittelbare Wirkung annehmen. Wichtige positive Beispiele sind Art. 33 und Art. 50 TRIPS-Übereinkommen, obgleich der EuGH bei Art. 50 die Entscheidung offen ließ.<sup>63</sup> Das erfordert im nächsten Schritt aber eine Rezeption durch das nationale Verfassungsrecht, das ebenfalls die unmittelbare Anwendbarkeit zulassen muss.

## V. Mechanismen der Rechtsdurchsetzung

### 1. Fehlender Integrationscharakter des WTO-Rechts

Die Rechtsprechung des EuGH zur fehlenden unmittelbaren Wirkung des WTO-Rechts hat in der Wissenschaft erhebliche Kritik erfahren.<sup>64</sup> Kritisiert wurde zunächst, dass jedenfalls einige Bestimmungen des materiellen WTO-Rechts hinreichend bestimmt und damit ohne Umsetzungsmaßnahmen der EU vollzugsfähig seien.<sup>65</sup> Auch wurde geltend gemacht, dass die Vorschriften des WTO-Rechts einen individuell freiheitsfördernden Charakter hätten, der durch die Rechtsprechung missachtet würde.<sup>66</sup> Das WTO-Recht schaffe unternehmerische Freiheit, ohne dass im Unionsrecht eine Entsprechung bestünde. An dieser Kritik ist zunächst richtig, dass der EuGH mit einer strukturellen Gesamtbetrachtung auskommt und im Einzelfall konkrete Normen des WTO-Rechts nicht näher würdigt.<sup>67</sup> Das Verrechtli-

60 EuGH, Rs. 70/87 (*Fediol*), Slg. 1989, 1781, Rn. 19-22; Rs. C-69/89 (*Nakajima*), Slg. 1991, I-2069, Rn. 31; bestätigt durch Rs. C-149/96 (*Portugal/Rat*), Slg. 1999, I-8395, Rn. 49; EuG, Rs. T-210/00 (*Biret*), Slg. 2002, II-47, Rn. 73.

61 Für einen positiven Fall, der zur Aufhebung einer Verordnung führte, s. EuGH, Rs. C-76/00 P (*Petrobuc und Republica/Rat*), Slg. 2003, I-79, Rn. 56 u. 64.

62 Eine rechtstatsächliche Bestandsaufnahme findet sich bei *J. Bourgeois/O. Lynskey*, The extent to which the EC legislature takes account of WTO obligations: jousting lessons from the European Parliament, in: Dashwood/Maresceau (Hrsg.), *Law and Practice of EU External Relations*, 2009, S. 202 ff.

63 EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603, Rn. 35; Rs. C-431/05 (*Merck*), Slg. 2007, I-7001, Rn. 47.

64 *S. Griller*, Judicial Enforceability of WTO law in the European Union, *JIEL* 2000, S. 441 ff.

65 Vgl. bereits *T. Cottier/K. N. Schefer*, *Relationship* (Fn. 51), S. 92.

66 *E.-U. Petersmann*, The transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement establishing the World Trade Organization, *EJIL* 1995, S. 161, 168 ff.

67 *S. Griller*, *Enforceability* (Fn. 64), S. 445.

chungspotential des Streitbeilegungsverfahrens aufgrund des DSU setzt er niedrig an, indem er sich hauptsächlich auf die Mechanismen des Art. 22 DSU stützt.<sup>68</sup> Dennoch entspricht die Rechtsprechung den völkerrechtlichen Realitäten. Praktisch keine Norm im WTO-Recht ist vorbehaltlos gewährt. Automatische Wirkung haben nur die Meistbegünstigungsregeln sowie im GATT das Diskriminierungs- und das Beschränkungsverbot.<sup>69</sup> Alle anderen Vorschriften erfordern weitere vertragliche Konkretisierungen in Gestalt der Zollzugeständnisse oder der Listenverpflichtungen im GATS, die innerhalb bestimmter Fristen kündbar sind. Jede denkbare Verletzung des GATT und GATS ist einer vertraglichen Ausnahme zugänglich. Über das WTO-Übereinkommen besteht die Möglichkeit, Waiver zu gewähren.<sup>70</sup> Auch das Rechtsschutzverfahren des DSU beruht am Ende auf dem Prinzip der Selbstdurchsetzung völkerrechtlicher Ansprüche durch den Anspruchsinhaber und verwirklicht gerade nicht die Vorstellung einer objektiven Rechtsschutzgarantie. Insofern trifft die Auffassung des EuGH zu, dass der möglichen unmittelbaren Wirkung einzelner Normen insgesamt die Regelungsstruktur des WTO-Rechts entgegensteht. Europarechtlich besteht kein Anlass, dem WTO-Recht innerhalb der Unionsrechtsordnung stärkere Wirkungen zu verleihen, als sie völkerrechtlich vorgesehen sind.<sup>71</sup>

Soweit private Personen sich auf das WTO-Recht stützen wollten, würden sie Rechte beanspruchen, die nicht ihnen, sondern nur den Vertragsparteien zustehen. Auch zielen die im Rahmen der WTO geschlossenen Übereinkommen nicht auf den Schutz des Einzelnen,<sup>72</sup> wenngleich einzelne Vorschriften wie Art. VI:3 und Art. XXV:1 GATS durchaus so interpretiert werden könnten. Zwar weist das WTO-Recht einen „indirect immediate effect“ auf,<sup>73</sup> unmittelbar regelt es aber nur Rechte und Pflichten im zwischenstaatlichen Verhältnis. Dahinter stehen zwei Erwägungen. Zum einen nehmen an der WTO nicht nur freiheitliche Marktwirtschaften teil, sondern auch Staaten mit wirtschaftlichen Mischverfassungen oder sogar weitgehend planwirtschaftlichen Zügen ohne innerstaatliche Freiheitsgarantien. Zum anderen betrachten die meisten Staaten den Außenwirtschaftsverkehr nach wie vor als eine Angelegenheit, die überwiegend im Allgemeininteresse, aber nicht im Individualinteresse geregelt werden muss.

## 2. Strukturunterschiede in der Rechtsdurchsetzung

Ausschlaggebend dürfte schließlich sein, dass das WTO-Recht die einseitige Rechtsdurchsetzung durch eine Vertragspartei mittels des Instruments der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht honoriert. Sieht man von Art. 41 ff. TRIPS ab, findet sich keine Bestimmung, die die Durchsetzung des WTO-Rechts auf nationale Gerichte verlagert und insoweit den Mechanismus des DSU ergänzt. Unmittelbare

68 Kritisch insbes. hierzu S. Griller, Enforceability (Fn. 64), S. 446.

69 Art. III:4 u. Art. XI:1 GATT.

70 Art. IX:3 WTO-Übereinkommen.

71 W. Weiß, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Fn. 16), § 8, Rn. 134.

72 EuG, Rs. T-210/00 (Biret), Slg. 2002, II-47, Rn. 72; P. Eeckhout, Enforcement (Fn. 46), S. 102.

73 WTO Panel Report, United States – Section 30 – 310 of the US Trade Act of 1974, WT/DS152/R, Rn. 7.73-7.77.

Anwendbarkeit bedeutet aber, dass die Rechtsdurchsetzung in die Hände der Bürger gelegt und der Entscheidungskompetenz der nationalen Gerichte überlassen wird.<sup>74</sup> Damit einher geht eine weitgehende Dezentralisierung in den Durchsetzungsmechanismen des Völkerrechts.<sup>75</sup> Es liegt auf der Hand, dass dieses Modell für eine internationale Organisation mit mehr als 150 Mitgliedern nicht zwingend einen Fortschritt bedeutet, da die Divergenzen in der Rechtsanwendung nicht geringer würden.<sup>76</sup> Aufgrund unmittelbarer Anwendbarkeit des WTO-Rechts bestünde mithin keine Garantie für eine bessere Einhaltung der völkerrechtlichen Verpflichtungen.<sup>77</sup> In der europaverfassungsrechtlichen Perspektive würde die funktionale Stärkung der Gerichte zu einer Schwächung der Rolle des Gesetzgebers führen, der für die Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen zuständig ist.<sup>78</sup> Insbesondere Korrekturen der Rechtsprechung des Gerichtshofs der EU blieben ihm verwehrt, da er keinen direkten Zugriff auf die völkerrechtlichen Abkommen der EU hat. Eine Kompetenzverlagerung würde ebenfalls zulasten von Kommission und Rat stattfinden, die für die Außenvertretung der EU in der gemeinsamen Handelspolitik zuständig sind.<sup>79</sup> Schließlich gingen im Verhältnis zu anderen Vertragsparteien handelspolitische Spielräume verloren.<sup>80</sup> Solche Verschiebungen im Kräftegleichgewicht sind, wie das Beispiel des Unionsrechts selbst zeigt, zwar rechtlich möglich und unter bestimmten Umständen auch sinnvoll. Sie beruhen aber darauf, dass von diesem Mechanismus alle Beteiligten gleichermaßen rechtlich und am Ende auch wirtschaftlich profitieren. Ein solches wechselseitiges System liegt im WTO-Recht nicht vor, da die wirtschaftlichen Interessenunterschiede zwischen den Mitgliedern noch zu groß sind. Es ist nach wie vor dadurch geprägt, dass die Vertragsparteien erst konkrete Handelszugeständnisse tauschen und dann auf dieser Grundlage rechtliche Bindungen eingehen. Im Unionsrecht, das auf stärkerem wechselseitigen Vertrauen und einem höheren Maß an Homogenität der Interessen beruht, treten die Mitgliedstaaten durch den Abschluss der unmittelbar anwendbaren Verträge dagegen in Vorleistung. Sie erwarten, dass die dezentrale Rechtsdurchsetzung durch die Bürger der Entwicklung des Binnenmarkts dient und so am Ende auch ihnen nutzen wird.<sup>81</sup>

74 Von einer Ermächtigung der Gerichte sprechen zutreffend *T. Cottier/K. N. Schefer*, Relationship (Fn. 51), S. 91. Vgl. auch *F. Snyder*, The Gatekeepers: The European Courts and WTO Law, CMLRev. 2003, S. 313, 332 f.

75 Vgl. *A. von Bogdandy*, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, EuZW 2001, S. 357.

76 Auf das Problem mangelnder Rechtsgleichheit weist daher *A. von Bogdandy*, Rechtsgleichheit (Fn. 75), S. 363 hin.

77 *P. Eeckhout*, Enforcement (Fn. 46), S. 97.

78 *P. Eeckhout*, Enforcement (Fn. 46), S. 96.

79 *P. Eeckhout*, Enforcement (Fn. 46), S. 96; *M. Hilf/F. Schorkopf*, WTO und EG: Rechtskonflikte vor den EuGH?, EuR 2000, S. 74, 89.

80 EuG, Rs. T-210/00 (Biret), Slg. 2002, II-47, Rn. 72.

81 *A. von Bogdandy*, Rechtsgleichheit (Fn. 75), S. 364; für eine Übertragung dieses Gedankens auch auf die WTO *M. Hilf/F. Schorkopf*, WTO und EG (Fn. 79), S. 90.

### 3. Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung

Ungeachtet dieser sehr verschiedenen Grundstrukturen und Interessenlagen bestehen juristische Möglichkeiten, der Bindung der Union an das WTO-Recht innerhalb der Rechtsordnung der Union Geltung zu verschaffen. Das wichtigste Instrument ist die Pflicht zur völkerrechtskonformen Auslegung von Unionsrecht,<sup>82</sup> die ihre Grundlage in Art. 216 Abs. 2 AEUV hat. Sie bedeutet, dass sekundäres Unionsrecht so weit wie möglich in Übereinstimmung mit den vertraglichen Vorgaben ausgelegt werden muss. Scheidet eine völkerrechtskonforme Auslegung aus und besteht ein Widerspruch zwischen der Rechtslage im sekundären Unionsrecht und im WTO-Recht, so kann der Konflikt nur klassisch völkerrechtlich bzw. mit Hilfe der Instrumente des DSU beigelegt werden.

### 4. Primärer und sekundärer Rechtsschutz des Einzelnen

Für den Einzelnen bedeutet diese Rechtsprechung, dass er vor dem EuG im Wege der Nichtigkeitsklage nicht gegen Sekundärrecht vorgehen kann, indem er sich auf eine Verletzung von WTO-Recht stützt. Korrespondierend hierzu kann er auch keinen Anspruch auf Schadensersatz aus außervertraglicher Haftung<sup>83</sup> geltend machen, da das WTO-Recht ihm keine Rechte verleiht.<sup>84</sup> Nach Auffassung des EuGH müssten die Maßstäbe beim primären und sekundären Rechtsschutz nämlich gleich sein.<sup>85</sup> Überdies lässt der Gerichtshof der EU keine Haftung für rechtmäßiges Verhalten der Unionsorgane, etwa im Sinne einer Aufopferungsentschädigung, zu. Relevant ist diese Frage dann, wenn Handelspartner der Union nach Maßgabe des DSU Strafzölle verhängen, nachdem die Union ihren Pflichten aus der Entscheidung des DSB nicht nachgekommen ist. Nach Ansicht des EuG fehlt es in diesen Fällen an der Außergewöhnlichkeit und Besonderheit des erlittenen Schadens, da die Möglichkeit von solchen Sanktionen welthandelsrechtlich gerade vorgesehen sei.<sup>86</sup> Der EuGH hat überdies die Möglichkeit einer solchen Anspruchsgrundlage, von engen Ausnahmen abgesehen, schlechthin verneint.<sup>87</sup>

82 EuGH, Rs. C-61/94 (Kommission/Deutschland), Slg. 1996, I-3989, Rn. 52; Rs. C-76/00 P (Petrobub und Republika/Rat), Slg. 2003, I-79, Rn. 57; Rs. C-431/05 (Merck), Slg. 2007, I-7001, Rn. 35. Aus dem Schrifttum *M. Bronckers*, From „direct effect“ to „muted dialogue“, JIEL 2008, S. 885, 888; *W. Weiß*, in: Herrmann/Weiß/Ohler (Fn. 16), § 8, Rn. 132.

83 Art. 340 Abs. 2 AEUV.

84 EuG, Rs. T-18/99 (Cordis/Kommission), Slg. 2001, II-913, Rn. 46 u. 51; Rs. T-30/99 (Bocchi Food Trade International/Kommission), Slg. 2001, II-943, Rn. 51 u. 56; Rs. T-52/99 (T. Port/Kommission), Slg. 2001, II-981, Rn. 51.

85 EuGH, verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (FIAMM u.a.), Slg. 2008, I-6513, Rn. 120 ff.

86 EuG, Rs. T-383/00 (Beamglow Ltd), Slg. 2005, II-5459, Rn. 211; Rs. T-69/00 (Fiamm und Fiamm Technologies), Slg. 2005, II-5393, Rn. 205.

87 EuGH, verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (FIAMM u.a.), Slg. 2008, I-6513, Rn. 176.

## 5. Rechtswirkung von DSB-Entscheidungen

Der EuGH hat seine restriktive Linie auch beibehalten, wenn der DSB die Verletzung von WTO-Recht durch die Union in einem konkreten Fall feststellte.<sup>88</sup> Selbst in diesem Fall sah er keine unmittelbare Anwendbarkeit des durch die Entscheidung konkretisierten WTO-Rechts als gegeben an, solange der Union noch eine Umsetzungsfrist zustand.<sup>89</sup> In einem zweiten Schritt verneinte der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts, selbst wenn die Umsetzungsfrist abgelaufen war, weil der Union nicht die Möglichkeit genommen werden sollte, weitere Möglichkeiten zur Streitbeilegung auszuschöpfen.<sup>90</sup> Auch die Entscheidung selbst genießt keine unmittelbare Anwendbarkeit.<sup>91</sup> Dieser Teil der Rechtsprechung des EuGH steht in massivem Spannungsverhältnis zur vorrangigen Pflicht aus Art. 22:1 DSU, Einklang zwischen Unionsrecht und WTO-Recht herzustellen. Das Instrument der unmittelbaren Anwendbarkeit würde aber nur dann weiterhelfen, wenn die Übereinstimmung mit Welthandelsrecht alleine dadurch sicherzustellen wäre, indem Unionsrecht außer Anwendung bliebe. In vielen Fällen, insbesondere nach Diskriminierungen, bestehen aber mehrere Möglichkeiten, wie ein völkerrechtskonformer Zustand hergestellt werden kann. Insofern lassen sich die strukturellen Argumente des EuGH zumindest weitgehend aufrechterhalten.

## VI. Schluss

Das Verhältnis von WTO-Recht zum Unionsrecht ist durch die klassische Dichotomie zwischen Völkerrecht und Landesrecht geprägt. Hintergrund für diese Trennung sind nicht theoretische Überlegungen, sondern die Einsicht in die politisch geprägten Strukturen der Handelspolitik. Auch wenn das WTO-Recht zu einer Verrechtlichung der Handelspolitik führte, bleibt der Inhalt seiner konkreten Verpflichtungen an wirtschaftliche Kompromisse zwischen den Vertragsparteien gebunden. Das schließt es aus, die Rechtsdurchsetzung über das Instrument der unmittelbaren Anwendbarkeit zu dezentralisieren und nationale Gerichte zu Sachwaltern des WTO-Rechts zu befördern. Eine individual-rechtliche Perspektive ändert an diesem Befund nichts. Das WTO-Recht dient überwiegend dem Interessenausgleich auf gesamtwirtschaftlicher Ebene und verwirklicht zumeist nur reflexartig die Interessen des Einzelnen.

88 Dagegen äußerst kritisch S. Griller, *Enforceability* (Fn. 64), S. 450 ff.

89 EuGH, Rs. C-94/02 P (Biret), Slg. 2003, I-10565, Rn. 64 ff.

90 EuGH, Rs. C-377/02 (Van Parys), Slg. 2005, I-1465, Rn. 51; verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (FIAMM u.a.), Slg. 2008, I-6513, Rn. 117.

91 EuGH, verb. Rs. C-120/06 P u. C-121/06 P (FIAMM u.a.), Slg. 2008, I-6513, Rn. 127 ff.



# **IV. Die Europäische Union im Europarat**





# Die Zusammenarbeit zwischen Europäischer Union und Europarat

Von Matthias Kloth, Straßburg\*

## I. Einführung

Die EU und der Europarat beruhen auf denselben Grundwerten: Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.<sup>1</sup> Beide Organisationen sind zudem traditionell miteinander verbunden. So hat der Europarat in den vergangenen zwei Jahrzehnten eine wichtige Rolle beim Übergang der osteuropäischen Staaten zu Demokratie und Rechtsstaatlichkeit gespielt.<sup>2</sup> Die oben genannten Grundwerte gehören zu den Aufnahmekriterien für neue EU-Mitgliedstaaten (Art. 49 i.V.m. Art. 2 EUV), so dass mehrere Europarat-Mitgliedstaaten bei ihrem Beitritt zur EU von der Arbeit des Europarates profitiert haben. Obwohl beide Organisationen verschiedene Aufgaben erfüllen, ist die EU durch ihre zunehmenden Kompetenzerweiterungen, nicht zuletzt durch Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon, nunmehr in vielen Feldern tätig, die einstmals „klassische“ Europaratsthemen waren. Dies macht eine Abstimmung zwischen beiden Organisationen erforderlich, um Kohärenz sicherzustellen sowie die Duplizität der Aufgabenwahrnehmung zu verhindern.<sup>3</sup> Der vorliegende Beitrag versucht, einen kurzen Überblick über die Zusammenarbeit beider Organisationen zu geben.

## II. Überblick über die Beziehungen zwischen beiden Organisationen

Die Beziehungen des Europarates zu anderen internationalen Organisationen sind im Statut des Europarates von 1949 praktisch nicht geregelt.<sup>4</sup> Erst im Jahr 1951 legte eine ergänzende statutarische Resolution des Ministerkomitees die Grundlagen hierzu.<sup>5</sup> Seitens der EU spricht Art. 230 des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft aus dem Jahr 1957 (jetzt Art. 220 AEUV) von einer „zweckdienlichen Zusammenarbeit“ mit dem Europarat. Der AEU-Vertrag erwähnt

\* Dr. Matthias Kloth, LL.M., ist Referent im Sekretariat des Europarates, Straßburg. Der Artikel beruht ausschließlich auf den persönlichen Ansichten des Autors und spiegelt nicht zwangsläufig die offiziellen Positionen des Europarates wieder.

1 Vgl. das Dossier „The Council of Europe and the European Union: different roles, shared values“ auf der Internetseite des Europarates ([www.coe.int](http://www.coe.int)).

2 Vgl. N. Bratza, Präsident des EGMR, The Independent v. 24.1.2012.

3 S. J. Polakiewicz, The European Union and the Council of Europe – Competition or Coherence in Fundamental Rights Protection in Europe?, in: P. Canelas de Castro (Hrsg.), The European Union at 50: Assessing the Past, Looking Ahead, S. 325-351.

4 K. Carstens, Das Recht des Europarates, 1956, S. 216.

5 G. Quarg, Die Zusammenarbeit des Europarats mit anderen internationalen Organisationen, in: Holtz (Hrsg.), 50 Jahre Europarat, 2000, S. 259. Neben der Zusammenarbeit mit der EU unterhält der Europarat ebenso Beziehungen zu den Vereinten Nationen, der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE) sowie der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung (OECD) (vgl. F. Benoit-Rohmer/H. Klebes, Council of Europe Law. Towards a pan-European legal area, 2005, S. 135 ff.).

darüber hinaus die Kooperation mit dem Europarat auf den Gebieten Bildung, Jugend und Kultur ausdrücklich in Art. 165 und Art. 167 AEUV.

Die Zusammenarbeit der beiden europäischen Organisationen reicht bis zu den Anfängen des europäischen Integrationsprozesses zurück, wobei in den ersten Jahrzehnten die Grundlagen eher sporadisch ausgestaltet waren, wie beispielsweise durch Briefwechsel.<sup>6</sup> Zur Institutionalisierung der Beziehungen beider Organisationen wurden seit 1989 sog. „Quadripartite-Treffen“ (Vierertreffen) durchgeführt. Bei diesen Treffen auf höchster Ebene, welche zweimal im Jahr stattfinden, sind auf Seiten des Europarates der Generalsekretär und der Vorsitzende des Ministerkomitees sowie auf EU-Seite der Präsident der Kommission und der Präsident des Europäischen Rates zugegen.<sup>7</sup> Darüber hinaus haben frühere EU-Präsidentschaften regelmäßig das Ministerkomitee des Europarates über ihre Prioritäten informiert sowie Europaratsvertreter (wie den Kommissar für Menschenrechte) zu entsprechenden Arbeitsgruppen des Rates der EU eingeladen.

Nachdem im Jahr 2004 acht weitere Europarats-Mitgliedstaaten der EU beigetreten waren (und der Beitritt Rumäniens und Bulgariens bevorstand), kam beim dritten Treffen der Staats- und Regierungschefs der Mitgliedstaaten des Europarates in Warschau im Jahr 2005 die langfristige Rolle des Europarates im Gefüge der internationalen Organisationen in Europa auf der Tagesordnung. *Jean-Claude Juncker*, Premierminister von Luxemburg, wurde beauftragt, eine Studie in persönlicher Eigenschaft über das Verhältnis des Europarates zur EU auszuarbeiten. Im Jahr 2006 legte *Juncker* seinen Bericht „Council of Europe – European Union: A sole ambition for the European continent“ vor, indem er das Verhältnis beider Organisationen zueinander wie folgt beschrieb:

*„There is no room for rivalry on essentials between the two organisations. In what they do, and in what they have done, they complement each other closely. [...] I can therefore affirm once again that the Council of Europe and the European Union are partners – different but complementary organisations. However, we need to remodel that partnership, so that we can, in due course, give it an exemplary institutional form.“*<sup>8</sup>

Hierzu zeichnete *Juncker* eine Reihe von Verbesserungsmöglichkeiten und bisher ungenutzte Potentiale in der Kooperation auf. Viele seiner Anregungen in dem Bericht sind in der Zwischenzeit umgesetzt worden. Ein Beispiel hierfür ist das im darauffolgenden Jahr abgeschlossene „Memorandum of Understanding“ zwischen der EU und dem Europarat, welches einen neuen Rahmen für erweiterte Koopera-

6 *K. Brummer*, Der Europarat: eine Einführung, 2008, S. 230; vgl. auch das „Compendium of texts governing the relations between the Council of Europe and the European Union“ ([www.coe.int](http://www.coe.int)).

7 Vgl. den Bericht „Co-operation between the Council of Europe and the European Union – overview of arrangements for co-operation between the Council of Europe and the European Union“, Directorate of External Relations of the Council of Europe, DER(2009) 1, 30.9.2009, S. 4 f.

8 Council of Europe – European Union: A sole ambition for the European continent, Dok. 10897, 2006, S. 2.

tion und politischen Dialog absteckt.<sup>9</sup> In dem Memorandum wird die Rolle des Europarates als Maßstab (benchmark) für Grundrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit festgeschrieben.<sup>10</sup> Des Weiteren legen sich beide Organisationen darauf fest, bei der Kooperation ihre jeweiligen Stärken, Kompetenzen und Expertise zu berücksichtigen, um Doppelarbeit zu verhindern, Synergien zu stärken und vorhandene Ressourcen besser nutzbar zu machen.<sup>11</sup> Über die Implementierung des Memorandums werden jährlich Berichte veröffentlicht, die – ebenso wie der Bericht über die Kooperation zwischen Europarat und EU vom September 2009<sup>12</sup> – einen guten Überblick über die mannigfaltigen Aspekte der Zusammenarbeit beider Organisationen geben. Im Folgenden sollen die wichtigsten dieser Aspekte dargestellt werden.

### III. Institutionelle Präsenz

Durch das „Memorandum of Understanding“ ist die institutionelle Präsenz beider Organisationen ausgebaut worden. Das Verbindungsbüro des Europarates bei den EU-Institutionen in Brüssel, das seit 1975 besteht, ist seit 2008 in personeller Hinsicht erweitert worden. Zudem wird das Büro nunmehr durch einen Sonderbeauftragten des Generalsekretärs des Europarates im Rang eines Botschafters vertreten. Die EU wiederum ist nunmehr auch mit einer Ständigen Vertretung beim Europarat in Straßburg auf Botschafterebene vertreten. Diese Vertretung wurde im Zusammenhang mit dem durch den Vertrag von Lissabon geschaffenen Europäischen Auswärtigen Dienst<sup>13</sup> personell verstärkt.

### IV. Gemeinsame Programme

Seit 1993 führen beide Organisationen sog. „Gemeinsame Programme“ (joint programmes) durch, welche jeweils über einen Zeitraum von bis zu drei Jahren v.a. auf diejenigen Staaten zugeschnitten sind, die nach dem Zusammenbruch des Kommunismus dem Europarat beigetreten sind.<sup>14</sup> Die Programme, deren Anzahl sich bisher auf ungefähr 180 beläuft, dienen insbesondere der Durchsetzung rechtlicher und institutioneller Reformen, der Korruptionsbekämpfung oder verschiedenen Gesetzesreformen im grundrechtsrelevanten Bereich. Sie können Konferenzen, Seminare, Workshops, Trainingskurse oder Expertenberichte zum Ziel haben. Während die Mehrzahl der Programme speziell auf einen bestimmten Staat ausgerichtet sind, haben andere einen multilateralen oder regionalen Anwendungsbereich. In geographischer Hinsicht liegt der Schwerpunkt bei den Balkanstaaten sowie in der Region

9 Memorandum of Understanding between the Council of Europe and the European Union v. 23.5.2007, erhältlich über das Dossier „The Council of Europe and the European Union: different roles, shared values“ (Fn. 1) auf der Internetseite des Europarates ([www.coe.int](http://www.coe.int)).

10 Art. 10 Memorandum of Understanding (Fn. 9).

11 Art. 12 Memorandum of Understanding. (Fn. 9).

12 DER, Co-operation (Fn. 7).

13 S. dazu K. Schmalenbach in diesem Heft auf S. 205.

14 S. näher zu den Gemeinsamen Programmen die entsprechende Internetseite: [www.jp.coe.int](http://www.jp.coe.int).

des Südkaukasus (insbesondere den Staaten Armenien, Aserbaidtschan und Georgien). Die Programme werden von EU und Europarat in enger Abstimmung mit dem betroffenen Staat entwickelt, vom Europarat umgesetzt und von beiden europäischen Organisationen finanziert. In der Praxis wird jedoch der Großteil der Kosten von der EU getragen.<sup>15</sup> Die Grundlagen für die Kooperation sind dabei in einer gemeinsamen Erklärung aus dem Jahr 2001<sup>16</sup> sowie im „Memorandum of Understanding“ von 2007 niedergelegt.

## V. Europarat und EU-Grundrechteagentur

Ebenfalls im Jahr 2007 richtete die EU die Grundrechteagentur (European Union Agency for Fundamental Rights – FRA) mit Sitz in Wien ein.<sup>17</sup> Ihr ursprünglich weit angelegtes Mandat – auch in Bezug auf die Europaratsmitgliedstaaten, welche mit der EU im Rahmen der europäischen Nachbarschaftspolitik kooperieren – hätte eine große Schnittmenge mit der Arbeit des Europarates ergeben. Dies warf Fragen nach der Duplizität der Aufgabenwahrnehmung und vernünftiger Ressourceneinsatzung auf.<sup>18</sup> Das Mandat der Grundrechteagentur wurde aber auf das Gemeinschaftsrecht (der damaligen Ersten Säule der EU) und dessen Anwendung durch die Organe der EU sowie deren Mitgliedstaaten beschränkt. Ein im Jahr 2008 abgeschlossenes „Abkommen zwischen der Europäischen Gemeinschaft und dem Europarat über die Zusammenarbeit der Grundrechteagentur und dem Europarat“ zielt auf die Vermeidung von Doppelarbeit sowie die Sicherstellung der Komplementarität der Tätigkeiten ab.<sup>19</sup> Um dies zu gewährleisten, sieht das Abkommen vor, dass sowohl Vertreter des Sekretariats des Europarates zu den Sitzungen des Verwaltungsrates der Agentur als auch Vertreter der Agentur zu Sitzungen der zwischenstaatlichen Ausschüsse des Europarates als Beobachter eingeladen werden. Darüber hinaus finden regelmäßig Konsultationen sowie ein Informationsaustausch statt.<sup>20</sup>

## VI. Beziehungen zwischen Gerichtshof der EU und EGMR

Als Beispiel für einen besonders fruchtbaren gegenseitigen Austausch sind an dieser Stelle die beiden europäischen Gerichtshöfe, Gerichtshof der EU und EGMR, zu nennen. Im *Juncker*-Bericht wird die Kooperation wie folgt eingeordnet:

*„The courts provide an outstanding example of cooperation between EU and Council of Europe institutions, in the interest of the ordinary people.“<sup>21</sup>*

<sup>15</sup> S. K. Brummer, Europarat (Fn. 6), S. 236.

<sup>16</sup> Vgl. das „Compendium of texts governing the relations between the Council of Europe and the European Union“, S. 12 (Fn. 6).

<sup>17</sup> Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates v. 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der Europäischen Union für Grundrechte, ABl. EU 2007 L 53/1.

<sup>18</sup> K. Brummer, Europarat (Fn. 6), S. 244; vgl. auch den *Juncker*-Bericht (Fn. 8), S. 7 f. sowie Resolution 1427 (2005), Empfehlung 1744 (2006) und Resolution 1756 (2010) der Parlamentarischen Versammlung.

<sup>19</sup> Abkommen v. 15.7.2008, ABl. EU 2008 L 186/7.

<sup>20</sup> ABl. EU 2008 L 186/8 f.

<sup>21</sup> *Parliamentary Assembly*; Council of Europe (Fn. 8), S. 8.

Beide Gerichtshöfe sind für unterschiedliche Rechtsbereiche zuständig: während der Gerichtshof der EU eine Monopolstellung hinsichtlich der Interpretation der EU-Verträge innehat, ist der EGMR für die Anwendung der EMRK zuständig. Dennoch existiert durchaus eine gemeinsame Schnittmenge zwischen den Kompetenzen beider Gerichtshöfe. Während die EMRK über Art. 6 Abs. 3 EUV als Rechts-erkenntnisquelle für allgemeine Grundsätze des Unionrechts gilt, hat der EGMR im *Bosphorus*-Urteil den Grundrechtsschutz auf EU-Ebene als äquivalent zu dem der EMRK anerkannt und sich lediglich eine Prüfung bei der Anwendung von EU-Recht durch ihre Mitgliedstaaten im grundrechtsrelevanten Bereich vorbehalten, sollte diese Äquivalenz entfallen.<sup>22</sup> Zunehmend müssen sich beide Gerichtshöfe auch mit ähnlichen Rechtsfragen, wenn auch in unterschiedlichen Fallkonstellationen, beschäftigen.<sup>23</sup> Nicht zuletzt deshalb findet zwischen beiden Gerichtshöfen ein regelmäßiger Austausch statt. Im Januar 2011 wurde anlässlich eines solchen Austausches auch das Verhältnis beider Gerichtshöfe im Zuge des bevorstehenden Beitritts der EU zur EMRK diskutiert – die anschließende gemeinsame Erklärung der Präsidenten beider Gerichtshöfe hat die Arbeit an dem Beitrittsvertragsentwurf hierzu maßgeblich beeinflusst.<sup>24</sup>

## VII. Parlamentarische Versammlung und Europäisches Parlament

Auch die „beiden europäischen Parlamente“ von EU und Europarat haben zunehmend ihre Kooperation verstärkt, wobei beiden Gremien schon gemein ist, dass sie ihre jeweiligen Sitzungen in Straßburg abhalten. Bis zur Einweihung seines eigenen Parlamentsgebäudes im Jahr 1999 hatte das Europäische Parlament sogar die Sitzungssäle der Parlamentarischen Versammlung mitbenutzt. Auf Grundlage des *Juncker*-Berichts haben die Präsidenten beider Gremien im November 2007 eine Vereinbarung zur Stärkung der Kooperation unterzeichnet.<sup>25</sup> Darin sind u.a. regelmäßige gemeinsame Treffen (der Präsidenten bzw. der Ausschussvorsitzenden) vorgesehen sowie eine stärkere Einbeziehung von Vertretern des jeweils anderen Parlaments in den Sitzungen ihrer Ausschüsse. Darüber hinaus ist auf Initiative des Europäischen Parlaments auch ein gemeinsamer informeller Ausschuss beider Parlamente geschaffen worden, welcher erstmals in Bezug auf den Beitritt der EU zur EMRK getagt hat.<sup>26</sup> Hierbei ging es um Modalitäten der Wahl eines Richters in Bezug auf die EU nach deren Beitritt zur EMRK sowie der Beteiligung des Europäischen

22 Vgl. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 30.6.2005 – 45036/98 (*Bosphorus Airways/Irland*).

23 Ein Beispiel hierfür sind die verschiedenen Fälle zu den „Terrorlisten“ des Sicherheitsrats der Vereinten Nationen, mit denen sich der EuGH in den verb. Rs. C-402/05 P u. C-415/05 P (*Kadi u.a.*), Slg. 2008, I-6351 zu beschäftigen hatte und welche wiederum in zwei derzeit vor dem EGMR anhängigen Beschwerden Verfahrensgegenstand sind; vgl. EGMR (Große Kammer) – 10593/08 (*Nada/Schweiz*) und EGMR – 5809/08 (*Al-Dulimi und Montana Management Inc./Schweiz*).

24 Gemeinsame Erklärung der Präsidenten *Costa und Skouris* v. 21.1.2011 (abrufbar unter [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int)). S. dazu *R. Uerpman-Witzack* in diesem Heft auf S. 167.

25 Agreement on the strengthening of co-operation between the Parliamentary Assembly of the Council of Europe and the European Parliament v. 28.11.2007.

26 Vgl. *Parliamentary Assembly*, The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe, 2011, Dok. 12713, Empfehlung Nr. 13.

Parlaments bei der Wahl sämtlicher Richter zum EGMR durch die Parlamentarische Versammlung. Art. 6 des Entwurfs des Beitrittsvertrags sieht diesbezüglich die Beteiligung von ebenso vielen Mitgliedern des Europäischen Parlaments vor wie die höchste Anzahl für einen Mitgliedstaat des Europarates nach Art. 26 Europaratsstatut, was derzeit einer Anzahl von 18 Abgeordneten entspricht.<sup>27</sup> Die sich somit abzeichnende Beteiligung von Mitgliedern des Europäischen Parlaments bei den Wahlen der EGMR-Richter durch die Parlamentarische Versammlung wird die Kooperation beider Parlamente weiter stärken. Darüber hinaus haben sich sowohl das Europäische Parlament in einer Entschließung aus dem Jahr 2010 wie auch die Parlamentarische Versammlung in einem Bericht über den Einfluss des Vertrags von Lissabon auf den Europarat vom 16. September 2011 (sog. *Lundgren*-Bericht, benannt nach der zuständigen Berichterstatterin) für einen Beitritt der EU zu weiteren Abkommen des Europarates ausgesprochen.<sup>28</sup>

## VIII. Weitere Arten der Zusammenarbeit

Wie im Memorandum of Understanding vorgesehen, finden zwischen Europarat und EU regelmäßige Konsultationen über die europäische Nachbarschaftspolitik sowie den EU-Beitrittsprozess statt. Die Beitrittsbedingungen der EU erfordern überdies für neue Mitgliedstaaten, nicht weniger als 25 Europaratsabkommen beizutreten.<sup>29</sup> Beide Organisationen konsultieren sich regelmäßig zu einem möglichst frühen Zeitpunkt bei der Ausarbeitung rechtlicher Standards, beispielsweise bei EU-Sekundärrecht im strafrechtlichen Bereich.<sup>30</sup> Auch hat die EU verstärkt begonnen, im EU-Sekundärrecht auf entsprechende Abkommen des Europarates zu verweisen, welche bei der Ausarbeitung oft eine Inspirationsquelle sind.<sup>31</sup> Des weiteren findet ein regelmäßiger Austausch zwischen dem Europarat und der EU-Troika (Committee of Article Thirty Six, CATS) im Bereich der polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit statt. Die EU ist in verschiedenen Gremien des Europarates, wie beispielsweise in der Venedig-Kommission (Europäische Kommission für Demokratie durch Recht) mit einem Sonderstatus (*special status*) beteiligt. Neben den bereits erwähnten „Quadripartite-Treffen“ finden regelmäßig Ad-hoc-Treffen auf höchster Ebene sowie Treffen auf Beamtenebene statt. Darüber hinaus organisieren EU und Europarat gemeinsam Veranstaltungen wie den Europäischen Tag gegen die Todesstrafe, der seit 2007 als europäischer Beitrag zum Internationalen Tag gegen die Todesstrafe jeweils am 10. Oktober stattfindet.

27 Dok. CDDH-UE(2011) 16 v. 19.7.2011.

28 Vgl. unten IX.2.

29 F. Benoît-Rohmer/H. Klebes, Council of Europe Law (Fn. 5), S. 130.

30 Vgl. H. Nilsson, 25 Years of Criminal Law in Europe, erscheint demnächst in EU Criminal Law Review; J. Polakiewicz, European Union Action on Procedural Rights and the European Convention on Human Rights, Human Rights Law Journal 2010, S. 12 ff.

31 F. Benoît-Rohmer/H. Klebes, Council of Europe Law (Fn. 5), S. 130, am Beispiel u.a. der Europäischen Konvention zur Bekämpfung des Terrorismus (ETS Nr. 90), welche bei der Ausarbeitung des EU-Rahmenbeschlusses zur Bekämpfung des Terrorismus vom Juli 2002 wichtigen Einfluss hatte.



## IX. Beitritt der Europäischen Union zu Abkommen des Europarates

Obwohl von den etwa 200 Abkommen des Europarates 46 Verträge auch Nichtmitgliedern zum Beitritt offen stehen, ist die EU davon erst elf Abkommen beigetreten.<sup>32</sup> Dazu zählen v.a. solche auf dem Gebiet der Zusammenarbeit bei der medizinischen Sicherheit sowie des Landschafts- und Tierschutzes, mithin also Abkommen, die nicht innerhalb der Kernkompetenzen des Europarates – Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaatlichkeit – liegen. Im Jahr 2005 kommentierten Experten: „Although many of its responsibilities coincide with those of the Council, the EU has taken only limited interest in the Strasbourg Conventions“.<sup>33</sup> Dies scheint nunmehr aber einer schleichenden Veränderung zu unterliegen. So steht die EU mit dem Europarat zwecks Beitritt zu einigen der wichtigsten Abkommen der paneuropäischen Organisation entweder bereits in Verhandlung oder erwägt zumindest einen solchen Beitritt. Dies soll im Folgenden behandelt werden.

### 1. Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention

Der bevorstehende Beitritt der EU zur EMRK dürfte einen Höhepunkt der Beziehungen beider Organisationen darstellen. Bereits seit den siebziger Jahren diskutiert, soll der Beitritt eine wichtige Lücke im europäischen Grundrechtsgefüge schließen, in dem er die Verantwortlichkeit der EU für grundrechtsrelevantes Verhalten unter die externe Kontrolle des EGMR stellt. Hatte der EuGH noch im Jahr 1996 einen Beitritt mangels entsprechender Zuständigkeit ausgeschlossen,<sup>34</sup> ist eine solche durch Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon am 1. Dezember 2009 nunmehr vorhanden.<sup>35</sup> Seitens des Europarates ist durch Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls zur EMRK am 1. Juni 2010 die notwendige Rechtsgrundlage für den Beitritt in der EMRK geschaffen worden.<sup>36</sup>

Unter Verweis auf den ausführlichen Beitrag zu diesem Thema im vorliegenden Heft<sup>37</sup> soll im Folgenden der Beitrittsprozess nur in Kürze skizziert werden. Der dem Ministerkomitee des Europarates unterstehende und mit der Ausarbeitung der

32 Soweit ursprünglich ein Beitritt der EG vorgesehen war, ist die EU durch Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon als Rechtsnachfolgerin in diese Abkommen eingetreten.

33 F. Benoit-Rohmer/H. Klebes, Council of Europe Law (Fn. 5), S. 129.

34 EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK), Slg. 1996, I-1759.

35 Art. 6 Abs. 2 EUV lautet: „Die Union tritt der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten bei“.

36 Durch Art. 17 des Protokolls wurde ein neuer Abs. 2 in Art. 59 EMRK eingefügt, welcher lautet: „Die Europäische Union kann dieser Konvention beitreten.“.

37 S. R. Uerpmann-Witzack in diesem Heft auf S. 167; s. auch T. Lock, EU accession to the ECHR: Implications for the Judicial Review in Strasbourg, ELR 2010, S. 777; ders., Walking on a Tighrope: the draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, CMLRev. 2011, S. 1025; J. Jacqué, The Accession of the European Union to the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms, CMLRev. 2011, S. 995.

Beitrittsinstrumente beauftragte Lenkungsausschuss für Menschenrechte (CD-DH)<sup>38</sup> hat im Juli 2010 eine informelle Arbeitsgruppe (CDDH-UE) eingerichtet, welche sich gleichmäßig aus jeweils sieben Experten aus EU-Staaten und „Nicht-EU-Staaten“ in unabhängiger Funktion zusammensetzte. Zusammen mit der Europäischen Kommission, welche auf EU-Seite mit einem Verhandlungsmandat des Rates beauftragt wurde, arbeitete die Arbeitsgruppe einen Entwurf für einen Beitrittsvertrag aus.<sup>39</sup> Dieser wurde dem Lenkungsausschuss im Juni 2011 vorgelegt. Wegen unterschiedlicher Positionen, besonders der EU-Mitgliedstaaten untereinander,<sup>40</sup> konnte zunächst aber keine Einigung hinsichtlich einiger Bestimmungen in dem Entwurf getroffen werden, so dass bei Redaktionsschluss (Februar 2012) noch nicht absehbar war, in welcher endgültigen Form der Entwurf des Beitrittsvertrags letztlich dem Ministerkomitee vorliegen wird.<sup>41</sup>

In jedem Fall wird die EU durch den Beitrittsvertrag der EMRK sowie dem 1. und 6. Zusatzprotokoll, welche von allen EU-Mitgliedsstaaten ratifiziert wurden, beitreten.<sup>42</sup> Einer Einschränkung im Bereich der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP), in welchem der Gerichtshof der EU fast keine Kompetenzen hat und in dem deshalb – wie teilweise gefordert – auch der EGMR nicht zuständig sein soll, dürften allerdings sowohl Art. 57 Abs. 1 S. 2 EMRK, wonach „Vorbehalte allgemeiner Art“ unzulässig sind, als auch Art. 6 Abs. 2 EUV, welcher die EU zu einem Beitritt ohne Einschränkung verpflichtet, entgegenstehen. Darüber hinaus wäre eine solche Einschränkung aus Sicht der Mitgliedstaaten des Europarates, welche nicht in der EU sind, nur schwer akzeptabel.<sup>43</sup> Ähnliches dürfte wohl auch gelten, sollte eine Einschränkung des Beitritts für EU-Primärrecht angestrebt werden. Dabei sollte man aber auch beachten, dass den Urteilen des EGMR weder kassatorische Wirkung zukommt noch die Möglichkeit, die Kompetenzverteilung innerhalb der EU zu überprüfen. Der EGMR kann lediglich feststellen, dass eine Maßnahme einer Vertragspartei gegen die EMRK verstoßen hat.

38 Der Lenkungsausschuss, in dem jeweils ein Vertreter jedes Europaratsmitgliedstaates vertreten ist, hatte bereits im Jahr 2002 eine ausgiebige Studie zum Beitritt der EU zur EMRK erstellt; vgl. Dok. CM/Del/Dec(2010) 1085 v. 26.5.2010.

39 Der Entwurf des Beitrittsvertrags ist einsehbar auf der Internetseite des Europarates unter: [www.coe.int](http://www.coe.int). S. oben Fn. 27.

40 Vgl. den Artikel „Britten gegen ‚mehr‘ Europa“, FAZ v. 4.11.2011.

41 Nachtrag nach Redaktionsschluss: Nach mehrmonatigen, separaten Verhandlungen der EU und ihrer Mitgliedstaaten untereinander hat das Ministerkomitee des Europarates im Juni 2012 den Lenkungsausschuss zur Wiederaufnahme der Verhandlungen mit der EU und Abschluss der Ausarbeitung der Beitrittsinstrumente im Rahmen einer ad-hoc Gruppe („47+1“, d.h. mit allen Europaratsmitgliedern sowie der EU) angewiesen. Eine erste, rein prozedurale Fragen behandelnde Sitzung fand am 21. Juni 2012 statt. Zwei weitere Sitzungen sind für die Monate September und November 2012 anberaumt (vgl. [www.coe.int](http://www.coe.int)).

42 Einem Beitritt zu weiteren Protokollen stand vermutlich in erster Linie Art. 216 Abs. 2 AEUV entgegen, demzufolge von der EU geschlossene Übereinkünfte auch ihre Mitgliedstaaten binden. Nicht alle Mitgliedstaaten haben jedoch sämtliche Zusatzprotokolle zur EMRK ratifiziert und würden somit über Art. 216 Abs. 2 AEUV durch einen EU-Beitritt zu jenen Protokollen in die Pflicht genommen. Vgl. *M. Kuijer*, *The accession of the European Union to the ECHR: a gift for the ECHR's 60<sup>th</sup> anniversary or an unwelcome intruder at the Party?*, *Amsterdam Law Forum* 2011 (3/4), S. 29.

43 Ein solcher Vorbehalt könnte darüber hinaus als Vorwand für andere Staaten gelten, außenpolitische oder andere sensible Bereiche zukünftig aus der Zuständigkeit des EGMR herauszuhalten zu versuchen; vgl. *M. Kuijer*, *Accession of the European Union* (Fn. 42), S. 30.

Das Herzstück des Beitrittsvertrags ist sicherlich der in Art. 3 geregelte „Co-respondent“-Mechanismus, der in etwa mit der aus dem Zivilrecht bekannten Streitgenossenschaft vergleichbar ist. Er ist erforderlich, weil mit dem Beitritt der EU zur EMRK erstmals die Situation auftritt, dass ein Grundrechtseingriff durch eine Vertragspartei auf Rechtsgrundlage einer anderen Partei erfolgen kann. Letztere könnte ohne diesen Mechanismus wohl mangels direktem, eigenen Eingriff in die Grundrechte eines Beschwerdeführers nicht selbst vor dem EGMR verantwortlich gemacht werden. Die EU und ihre Mitgliedstaaten werden nunmehr die Möglichkeit haben, gemeinsam vor dem EGMR aufzutreten und auch gemeinsam in einem Urteil zur Verantwortung gezogen zu werden. Allerdings kann es in diesen Fällen zu der Situation kommen, dass die EU zwar Verfahrensbeteiligte ist, der Gerichtshof der EU aber mangels von den nationalen Gerichten angestregtem Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV mit der Sache zuvor nicht befasst wurde. Hier sieht der Beitrittsvertrag in Art. 3 Abs. 7 ein Vorabbeurteilungsverfahren (*prior involvement*) vor, in dessen Rahmen der Gerichtshof der EU die Prüfung der Grundrechtsmäßigkeit von EU-Recht in einem beschleunigten Verfahren nachholen könnte, während der EGMR in der Zwischenzeit das Verfahren ruhen lässt. Während dies aus EU-Sicht ein dem Subsidiaritätsprinzip geschuldetes Zugeständnis darstellt, sehen Vertragsstaaten der EMRK ohne EU-Mitgliedschaft eine solche Vorabbeurteilung als eine nicht ganz unproblematische Sonderbehandlung an, zumal eine zumindest indirekte Beeinflussung des EGMR durch eine Entscheidung des Gerichtshofs der EU befürchtet wird.

Die in Art. 7 des Beitrittsvertrags geregelte Beteiligung der EU im Ministerkomitee bei der Überwachung der Urteile des EGMR beschäftigt sich mit dem Problem, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten (zusammen 28 von zukünftig 48 EMRK-Vertragsparteien) mit der Unterstützung einiger EU-Beitrittskandidaten die erforderliche Zwei-Drittel-Mehrheit (32 Stimmen) erreichen und somit die Überwachung der Vollstreckung der Urteile dominieren könnte, insbesondere da die EU und ihre Mitgliedstaaten bei Fällen mit EU-Beteiligung nach den EU-Verträgen zu koordinierter Stimmabgabe verpflichtet wären. Die Beitrittsdokumente enthalten hierzu ausreichende Garantien zur Sicherheit derjenigen Staaten, die nicht Mitglieder der EU sind. Andernfalls könnten die EU und ihre Mitgliedstaaten faktisch allein darüber befinden, ob erstere ein entsprechendes Urteil umgesetzt hat.

Bei aller politischen Brisanz der oben genannten Punkte sollte jedoch nicht ihre wohl nur sehr geringe praktische Bedeutung vergessen werden. In der Praxis beruht die Überwachung der Urteile des EGMR durch das Ministerkomitee auf Konsensentscheidungen; Abstimmungen finden praktisch nie statt. Im *Lundgren*-Bericht der Parlamentarischen Versammlung wird zudem auf eine interne gemeinsame Studie von EuGH und EGMR verwiesen, derzufolge in den vergangenen fünfzehn Jahren nur drei Fälle vor dem EGMR für die Anwendung des „Co-respondent“-Mechanis-

mus einschlägig gewesen wären.<sup>44</sup> In allen drei Fällen hatte der EuGH zuvor in der Sache geprüft, so dass kein Vorabbeurteilungsverfahren erforderlich gewesen wäre. Der Beitrittsvertrag sieht darüber hinaus noch eine Reihe anderer Bestimmungen vor. So wird die EU einen eigenen Richter am EGMR haben<sup>45</sup> und einen finanziellen Beitrag zum EMRK-System leisten.<sup>46</sup> Darüber hinaus macht der Beitritt einer supranationalen Organisation einige redaktionelle Korrekturen an der EMRK, welche auf Staaten als Vertragsparteien zugeschnitten ist, erforderlich.

Bis die EU dem EMRK-System beitrifft, ist es allerdings noch ein weiter Weg. Selbst wenn die derzeitigen Probleme auf politischer Ebene bei einigen wenigen Mitgliedstaaten überwunden werden können und ein erster gemeinsamer Entwurf gebilligt wird, werden voraussichtlich sowohl die beiden europäischen Gerichtshöfe als auch die Parlamentarische Versammlung des Europarates in unterschiedlicher Art und Weise die Gelegenheit bekommen, Stellung zu nehmen. Einer Annahme des Vertrags durch das Ministerkomitee schließt sich dann die Ratifizierung des Vertrags durch alle 47 Mitgliedstaaten des Europarates an (sowie seitens der EU ein Ratsbeschluss, der seinerseits von allen 27 EU-Mitgliedstaaten ratifiziert werden muss). Es bleibt zu hoffen, dass sich das Inkrafttreten des Beitrittsvertrags nicht ähnlich mühsam gestaltet wie das Inkrafttreten des 14. Zusatzprotokolls zur EMRK, welches sich v.a. wegen der ausstehenden Ratifizierung durch die Russische Föderation über einen Zeitraum von mehr als einem halben Jahrzehnt hinzog. Trotzdem lässt sich vorhersehen, dass der Beitritt der EU über kurz oder lang erfolgen wird – der Vertrag von Lissabon hat ihn schließlich zu einer rechtlichen Verpflichtung gemacht. Der Beitritt wird das europäische Grundrechtsgefüge nachhaltig beeinflussen und wohl auch ein wenig verändern.

## 2. Zukünftiger Beitritt der Europäischen Union zu weiteren Abkommen des Europarates?

Neben dem bevorstehenden Beitritt der EU zur EMRK wird derzeit auch ein EU-Beitritt zu weiteren Europaratsabkommen diskutiert. In einer Entschließung aus dem Jahr 2010 fordert das Europäische Parlament diesbezüglich:

*„[...] die Union darüber hinaus auf, den Gremien des Europarates, wie dem Komitee zur Verhütung von Folter (CPT), der Europäischen Kommission gegen Rassismus und Intoleranz (ECRI) oder der Europäischen Kommission für die Wirksamkeit der Justiz (CEPEJ), beizutreten; hebt auch die Notwendigkeit der Beteiligung der Union an der Arbeit des Kommissars für Menschenrechte, des Europäischen Ausschusses für soziale Rechte (ECSR), des Regierungs-*

44 Jene Fälle sind wohl: EGMR (Große Kammer), Urteil v. 18.2.1999 – 24833/94 (Matthews/Großbritannien), EGMR (Große Kammer), Urteil v. 30.6.2005 – 45036/98 (Bosphorus Airways/Irland) sowie EGMR, Entscheidung v. 20.1.2009 – 13645/05 (Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij UA/Niederlande).

45 Art. 6 Beitrittsvertrag; vgl. oben VII.

46 Art. 8 Beitrittsvertrag.

*ausschusses der Sozialcharta und des Europäischen Komitees für Migration hervor und fordert, dass es ordnungsgemäß über die Schlussfolgerungen und Entscheidungen dieser Gremien unterrichtet wird; [...]“<sup>47</sup>*

Auch aus Sicht der Parlamentarischen Versammlung des Europarates wird der Beitritt zu weiteren Abkommen befürwortet. So empfiehlt der *Lundgren*-Bericht vom September 2011 einen Beitritt der EU nicht nur zu den vom Europäischen Parlament benannten Abkommen, sondern darüber hinaus auch zu Abkommen auf den Gebieten der Terrorismusprävention sowie zur Bekämpfung von Menschenhandel, sexueller Misshandlung von Minderjährigen, häuslicher Gewalt oder Korruption.<sup>48</sup> Der *Lundgren*-Bericht gibt auch einen aktuellen Überblick über derzeitige Beitrittserwägungen der EU, insbesondere im Hinblick auf die Konventionen zum Datenschutz und zur Bekämpfung von Internetkriminalität, wobei jeder Beitritt auf Einzelfallbasis diskutiert wird.<sup>49</sup> Darüber hinaus sieht das Stockholmer Programm des Europäischen Rates aus dem Jahr 2009 den Beitritt der EU zur Gruppe der Staaten gegen Korruption (GRECO) des Europarates vor, was bereits zu Expertenconsultationen beider Organisationen geführt hat.<sup>50</sup> Damit könnte die EU auf lange Sicht nicht nur der EMRK, sondern auch noch weiteren wichtigen Abkommen des Europarates beitreten. Im Sinne von Kohärenz verschiedener Grundrechtsstandards in Europa und der Festlegung eindeutiger Mindestanforderungen für die Mitgliedstaaten beider europäischer Organisationen wäre dies sehr begrüßenswert.

### 3. Beitritt der Europäischen Union als Vollmitglied des Europarates?

Betrachtet man die derzeitige und geplante Beteiligung der EU an der Arbeit des Europarates, stellt sich die Frage, ob es langfristig nicht sinnvoll wäre, dass die EU als Vollmitglied dem Europarat beitrifft. Der *Juncker*-Bericht aus dem Jahr 2006 empfahl einen solchen Beitritt in naher Zukunft.<sup>51</sup> Diese Empfehlung ist nunmehr durch den *Lundgren*-Bericht der Parlamentarischen Versammlung im September 2011 wieder aufgegriffen worden.<sup>52</sup> Allerdings scheint sich seitens der EU die Begeisterung für einen solchen Beitritt derzeit eher in Grenzen zu halten.

## X. Schlussfolgerungen

Der Europarat und die EU verfügen mittlerweile über eine beträchtliche Schnittmenge an Aktivitäten. In den vergangenen Jahren hat sich die Abstimmung und die Zusammenarbeit der beiden Organisationen weiter intensiviert. Diese Intensivie-

47 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 19.5.2010 zu den institutionellen Aspekten des Beitritts der Europäischen Union zur Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (2009/2241(INI)), Rn. 31.

48 *Parliamentary Assembly*, The impact of the Lisbon Treaty on the Council of Europe, 2011, Rn. 104.

49 *Parliamentary Assembly*, Lisbon Treaty (Fn. 48), Rn. 106 f.

50 *Parliamentary Assembly*, Lisbon Treaty (Fn. 48), Rn. 123.

51 Council of Europe – European Union (Fn. 8), S. 32.

52 *Parliamentary Assembly*, Lisbon Treaty (Fn. 48), Empfehlung Nr. 9 u. Rn. 153.

rung fördert Synergien sowie Mehrwert und verhindert gleichzeitig Doppelarbeit und widersprüchliche Standards, was bei zunehmender Konvergenz der Mitgliedschaft von EU und Europarat von besonderer Wichtigkeit ist. Die Kooperation zwischen beiden Organisationen ist aber auch für die Zukunft von großer Bedeutung für Angelegenheiten, bei denen sowohl EU-Mitgliedstaaten als auch europäische Staaten, die nicht in der EU sind, betroffen sind. Für die Lösung paneuropäischer und mitunter sogar globaler Probleme (wie beispielsweise internationaler Terrorismus, Datenschutz, Menschenhandel oder Internetkriminalität) ist der Europarat nach wie vor ein attraktives Forum zur Gestaltung effektiver und zügiger Kooperation, der von einer zunehmenden Teilnahme der EU enorm profitiert. Der bevorstehende Beitritt der EU zur EMRK könnte hierzu ein wichtiger Schritt sein.

# Rechtsfragen und Rechtsfolgen des Beitritts der Europäischen Union zur EMRK

*Von Robert Uerpmann-Witzack, Regensburg\**

## I. Einleitung

Nach Jahren der Diskussion ist ein Beitritt der EU zur EMRK zum Greifen nahe. Lange Zeit tat sich wenig. Am 28. März 1996 befand der EuGH, dass der damaligen EG die Kompetenz zum Beitritt fehle.<sup>1</sup> Erst mit dem Vertrag von Lissabon, der am 1. Dezember 2009 in Kraft trat, wurde die Rechtsgrundlage geschaffen. Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV verpflichtet die EU nun zum Beitritt. Freilich stellt das Prot. Nr. 8 zu Art. 6 Abs. 2 EUV über den Beitritt der Union zur EMRK<sup>2</sup> inhaltliche Anforderungen an einen Beitritt und Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV schreibt ein aufwändiges Verfahren vor. Auf dieser Grundlage wurden am 7. Juli 2010 offizielle Beitrittsverhandlungen aufgenommen.<sup>3</sup> Zur Ausarbeitung des Abkommens wurden die Strukturen des Europarates genutzt. Unterhalb des Lenkungsausschusses Menschenrechte (Comité Directeur des Droits de l'Homme, CDDH) wurde eine informelle Arbeitsgruppe (CDDH-UE)<sup>4</sup> eingesetzt, deren 14 Mitglieder je zur Hälfte aus EU-Mitgliedstaaten<sup>5</sup> und aus Nicht-EU-Mitgliedstaaten stammten.<sup>6</sup> Diese Arbeitsgruppe traf sich innerhalb eines Jahres achtmal mit Vertretern der Europäischen Kommission,<sup>7</sup> bevor sie dem Lenkungsausschuss den Entwurf eines „Abkommens über den Beitritt der Europäischen Union zur Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten“<sup>8</sup> (Beitrittsabkommen) unterbreitete, den der Lenkungsausschuss mit Beschluss vom 14. Oktober 2011<sup>9</sup> dem Ministerkomitee vorlegte.

Im Folgenden wird der Beitrittsabkommensentwurf (BAE) zunächst vorgestellt. Anschließend werden die Beitrittsvoraussetzungen und die Beitrittsfolgen analy-

\* Prof. Dr. Robert Uerpmann-Witzack, maître en droit, ist Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht und Völkerrecht an der Universität Regensburg.

1 EuGH, Gutachten 2/94 (EMRK-Beitritt), Slg. 1996, I-1759, Rn. 23 ff.

2 Konsolidierte Fassung ABl. EU 2010 C 83/273.

3 *Deutsche Bundesregierung*, Bericht über die Tätigkeit des Europarats im Zeitraum v. 1.7. bis 31.12.2010, BT-Drs. 17/5988, S. 2.

4 Die Abkürzung greift, den Gepflogenheiten des Europarats folgend, den französischen Ausdruck „Union Européenne“ auf.

5 Die Mitglieder der EU werden im Folgenden als Mitgliedstaaten bezeichnet, die Vertragsparteien der EMRK hingegen als Vertrags- bzw. Konventionsparteien oder, wenn die EU nicht mitgemeint ist, als Vertrags- oder Konventionsstaaten.

6 Steering Committee for Human Rights (CDDH), Report to the Committee of Ministers on the elaboration of legal instruments for the accession of the European Union to the European Convention on Human Rights v. 14.10.2011, Doc. CDDH(2011)009, Rn. 3 f.; abrufbar unter: [http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting\\_reports/CDDH\\_2011\\_009\\_en.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/Accession/Meeting_reports/CDDH_2011_009_en.pdf) (alle Internetquellen zuletzt abgerufen am 3.9.2012).

7 Report (Fn. 6), Rn. 4.

8 „Agreement on the Accession of the European Union to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms“, Report (Fn. 6), S. 5 ff.

9 Report (Fn. 6).



siert. Dabei werden jeweils zuerst die konventionsrechtliche und dann die unionsrechtliche Seite behandelt.

## II. Abkommen über den Beitritt der EU zur EMRK

### 1. Beitritt zur EMRK nebst Zusatzprotokollen

Gemäß Art. 1 Abs. 1 BAE tritt die EU zunächst der Konvention selbst sowie dem 1. und dem 6. Zusatzprotokoll bei. Dabei handelt es sich um die beiden Protokolle, die alle 27 EU-Mitgliedstaaten ratifiziert haben.<sup>10</sup> Zugleich wird Art. 59 Abs. 2 EMRK dahin geändert, dass die EU durch einseitige Erklärung auch den übrigen Zusatzprotokollen beitreten kann.

### 2. Prinzip der Gleichheit aller Vertragsparteien

Die nähere Ausgestaltung des Beitritts wird vom Grundsatz der Gleichheit aller Vertragsparteien geprägt.<sup>11</sup> Die EU erhält also grundsätzlich dieselben Rechte und Pflichten wie die 47 Vertragsstaaten. EU-spezifische Sonderregelungen werden auf ein Minimum reduziert. Der Grundsatz der Gleichheit durchzieht das Beitrittsabkommen. So bestimmt der neue Art. 59 Abs. 2 EMRK in seinen lit. d und e, dass sich staatspezifisches Konventionsvokabular regelmäßig auch auf die EU bezieht.<sup>12</sup> Vorbehalte kann die EU gemäß Art. 2 BAE und Art. 57 EMRK n.F. nach denselben Regeln anbringen wie die Vertragsstaaten. Gemäß Art. 20 und Art. 22 EMRK wird es in Zukunft einen von der EU vorgeschlagenen 48. Richter geben, ohne dass die Konvention dafür geändert werden müsste.

### 3. Unionsspezifische Konventionsanpassungen

#### a) Streitgenossenschaft

Zu den unionsspezifischen Konventionsanpassungen gehört insbesondere eine neue Form der Streitgenossenschaft zwischen der EU und einem oder mehreren ihrer Mitgliedstaaten, die Art. 3 BAE als *Co-respondent mechanism* bezeichnet. Im Deutschen lässt sich auch von einer „Co-Verteidigung“ oder von Mitbeschwerdegegnern sprechen.<sup>13</sup> Diese Streitgenossenschaft wird in Art. 36 Abs. 4 EMRK n.F. verankert und in Art. 3 BAE näher ausgestaltet. Für eine Streitgenossenschaft kann es zwei

10 Beim 4. Zusatzprotokoll (ZP) fehlen Griechenland sowie das Vereinigte Königreich, beim 7. ZP Belgien, Deutschland, die Niederlande sowie das Vereinigte Königreich, beim 13. ZP Lettland und beim 12. ZP zahlreiche EU-Mitglieder; s. die Ratifikationstabelle des Vertragsbüros des Europarates unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ListeTableauCourt.asp?CL=ENG&CM=16&MA=3>.

11 Aus rechtspolitischer Sicht kritisch dagegen T. Schilling, Der Beitritt der EU zur EMRK – Verhandlungen und Modalitäten, HFR 8/2011, Rn. 11, 20. S. hierzu auch die Ausführungen von M. Kloth in diesem Heft auf S. 155.

12 Zu den wenigen Ausnahmen s. den Draft Explanatory Report zum Beitrittsabkommen, in: Report (Fn. 6), Doc. CDDH(2011)009, S. 15, Rn. 25 sowie Anhang S. 33 ff.

13 So die Übersetzung von Art. 3 BAE in EuZW 2011, S. 855.

verschiedene Gründe geben: Beruht ein angegriffener nationaler Akt möglicherweise auf konventionswidrigem Unionsrecht, kann die EU gemäß Art. 3 Abs. 2 BAE einen Beitritt als Streitgenossin beantragen. Dies ist die Konstellation des *Bosphorus*-Urteils,<sup>14</sup> wo der EGMR über die irische Durchführung einer EG-Sanktionsverordnung zu befinden hatte. Beruht ein angegriffener Unionsakt möglicherweise auf konventionswidrigem Primärrecht, können die Mitgliedstaaten gemäß Art. 3 Abs. 3 BAE einen Beitritt als Streitgenossen beantragen. Dies ähnelt der Konstellation des *Matthews*-Urteils,<sup>15</sup> wo der EGMR den primärrechtlichen Ausschluss der Bürger Gibraltars von den Wahlen zum Europäischen Parlament zu beurteilen hatte. Die Streitgenossenschaft erlaubt es dem EGMR, die jeweils verantwortliche Vertragspartei am Verfahren zu beteiligen und durch das Urteil zu binden, ohne dass er Details der unionsinternen Zuständigkeitsverteilung klären müsste. Nach Art. 3 Abs. 5 BAE führt er insoweit nur eine Plausibilitätskontrolle durch. Damit sichert die Streitgenossenschaft auch die Autonomie der Unionsrechtsordnung.<sup>16</sup> Werden Mitgliedstaat und EU als Streitgenossen verurteilt, bleibt es ihnen überlassen, untereinander nach den unionsrechtlichen Mechanismen zu klären, wer für die Umsetzung des Urteils zuständig ist.<sup>17</sup>

Indem Art. 3 Abs. 5 BAE die Hinzuziehung als Streitgenosse von einem Antrag der jeweiligen Vertragspartei abhängig macht, erlaubt es die Vorschrift der Partei, sich dem Verfahren zu entziehen, auch wenn sie für den angegriffenen Akt mitverantwortlich ist. Problematisch wäre dies dann, wenn damit der Rechtsschutz der Beschwerdeführer verkürzt werden könnte, doch scheint dies nicht der Fall zu sein. Nach Art. 36 Abs. 4 S. 3 EMRK n.F. ist die Zulässigkeit einer Beschwerde unabhängig davon zu beurteilen, ob ein Streitgenosse beteiligt ist. Eine Beschwerde kann also auf der Zulässigkeitsebene nicht daran scheitern, dass der angegriffene nationale Akt auf Unionsrecht oder dass der angegriffene Unionsakt auf Primärrecht beruht. Auf der Ebene der Begründetheit ist es als Verzicht zu werten, wenn ein Mitgliedstaat oder die EU keinen Antrag auf Beteiligung als Streitgenosse stellen, obwohl sie vom EGMR dazu aufgefordert wurden. Der EGMR darf dann davon ausgehen, dass allein der Beschwerdegegner für den angegriffenen Akt verantwortlich ist. Er kann also, ohne die unionsinterne Zuständigkeitsverteilung klären zu müssen, in der Sache entscheiden. So bleibt die Autonomie des Unionsrechts gewahrt, ohne dass eine Vertragspartei mit ihrer Weigerung, dem Verfahren beizutreten, die Gerichtsbarkeit des EGMR blockieren und den konventionsrechtlichen Individualrechtsschutz vereiteln könnte.

14 EGMR (Große Kammer), Urteil v. 30.6.2005 – 45036/98 (*Bosphorus Hava Yollari Turizm/Irland*), RJD 2005-VI, Rn. 11 ff.

15 EGMR (Große Kammer), Urteil v. 18.2.1999 – 24833/94 (*Matthews/Vereinigtes Königreich*), RJD 1999-I, Rn. 8 ff.

16 *T. Lock*, Walking on a Tightrope: The Draft ECHR Accession Agreement and the Autonomy of the EU Legal Order, CMLRev. 2011, S. 1025, 1040; zum Gebot der Autonomie des Unionsrechts s. unten IV.3.c).

17 Von einer Gesamtschuld spricht insoweit *T. Schilling*, Beitritt (Fn. 11), Rn. 17.

## b) Vorabbeurteilungsverfahren

Im Fall der Streitgenossenschaft kann es in der *Bosphorus*-Konstellation<sup>18</sup> geschehen, dass mitgliedstaatliche Gerichte die Sache rechtskräftig entschieden haben, ohne eine Vorabentscheidung des EuGH einzuholen. Dann ist der Rechtsweg i.S.v. Art. 35 Abs. 1 EMRK erschöpft, ohne dass die unionale Gerichtsbarkeit das Ergebnis hätte korrigieren können. Für diesen Fall ordnet Art. 3 Abs. 6 BAE an, dass der EGMR dem EuGH Gelegenheit gibt, die Vereinbarkeit der fraglichen Bestimmung des Unionsrechts mit der EMRK „zu beurteilen“. Aus der Konventionsperspektive ist diese Lösung keineswegs zwingend. Sie gleicht aber in systematisch durchaus stimmiger Weise den unionspezifischen Nachteil aus, dass Unionsgerichte keine Abhilfe schaffen können, wenn Gerichte des Mitgliedstaats, also einer anderen Konventionspartei, eine Vorlage an den EuGH unterlassen. Die inzidente Vorlage nach Art. 3 Abs. 6 BAE sichert das allen Vertragsparteien zukommende Recht, sich vor dem EGMR erst dann verantworten zu müssen, wenn eigene Gerichte keine Abhilfe geschaffen haben.<sup>19</sup> Die Lösung ist also mit dem Beitrittsprinzip der Gleichheit aller Vertragsparteien vereinbar.

Die nähere Ausgestaltung der „Vorabbeurteilung“ des EuGH lässt Art. 3 Abs. 6 BAE offen. Das ist durchaus stimmig, wenn man bedenkt, dass es sich um eine Frage des unionalen Prozessrechts handelt, die angesichts der Autonomie des Unionsrechts nicht in einen völkerrechtlichen Vertrag mit Drittstaaten gehört. Art. 3 Abs. 6 BAE stellt lediglich klar, dass das Vorabbeurteilungsverfahren die Befugnisse des EGMR nicht berührt. Eine Feststellung der Konventionskonformität durch den EuGH könnte den EGMR also nicht binden.<sup>20</sup> Das Weitere ist unionsrechtlich zu regeln.<sup>21</sup>

## 4. Partieller Beitritt zum Europarat

Das Beitrittsabkommen bewirkt einen partiellen Beitritt der EU zum Europarat, der so weit reicht, wie es zur Umsetzung eines gleichberechtigten EMRK-Beitritts erforderlich ist. Wenn die Parlamentarische Versammlung gemäß Art. 22 EMRK Richter wählt, werden in Zukunft gemäß Art. 6 BAE auch Abgeordnete des Europäischen Parlaments vertreten sein. Dabei erhält das Europäische Parlament so viele Sitze wie die größten Mitgliedstaaten, also gemäß Art. 26 Europaratssatzung 18. Wenn das Ministerkomitee mit konventionsrechtlichen Fragen befasst ist, wird die EU gemäß Art. 7 Abs. 1 BAE grundsätzlich mit den vollen Rechten eines Europaratmitglieds teilnehmen. Nach Art. 8 BAE wird die EU zudem einen anteiligen Beitrag zur Finanzierung des EMRK-Systems übernehmen. Indem die EU im Europarat mit vollen Mitgliedsrechten mitwirkt, soweit es um die EMRK geht, wird

18 S. oben Fn. 14.

19 Wenn T. Schilling, Beitritt (Fn. 11), Rn. 25 ff., trotz ähnlicher Analyse zu einem sehr kritischen Ergebnis kommt, dürfte das daran liegen, dass er EU und Mitgliedstaaten als Einheit betrachtet.

20 So auch der Draft Explanatory Report (Fn. 12), Rn. 60.

21 S. dazu unten IV.3.c).bb).

der Grundsatz der Gleichheit aller Konventionsparteien auch auf dieser Ebene verwirklicht.

Allerdings wird die Gleichheit durchbrochen, wenn das Ministerkomitee gemäß Art. 46 Abs. 2–5 EMRK die Durchführung von EGMR-Urteilen überwacht. Gemäß Art. 7 Abs. 2 BAE kann die EU nämlich nur an der Überwachung solcher EGMR-Urteile mitwirken, die gegen sie selbst oder gegen Nicht-EU-Staaten ergangen sind. Richtet sich ein Urteil gegen ein EU-Mitglied, ohne dass die EU als Streitgenossin beteiligt gewesen wäre, bleibt der EU die Mitwirkung versagt. Die unterschiedliche Behandlung hat unionsrechtliche Gründe. Während das Beitrittsabkommen der EU gemäß Art. 37 i.V.m. Art. 3 Abs. 5 EUV die Befugnis verleihen darf, an der Überwachung von Urteilen gegen Drittstaaten teilzunehmen, würde eine Überwachung von Urteilen, die außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts gegen EU-Mitglieder ergangen sind, als Kompetenzerweiterung gegen Art. 6 Abs. 2 S. 2 EUV verstoßen.<sup>22</sup> Für die 20 Konventionsstaaten, die nicht EU-Mitglieder sind, stellt es jedoch eine empfindliche Ungleichbehandlung dar, wenn die EU an der Überwachung von EGMR-Urteilen gegen diese Staaten teilnimmt, während ihr dasselbe bei EU-Mitgliedern versagt bleibt. Kann die EU aus unionsrechtlichen Gründen nicht an der Überwachung der Durchführung von Urteilen gegen ihre Mitglieder teilnehmen, sollte sie aus Gleichheitsgründen auch von der Umsetzungskontrolle gegen Nicht-EU-Staaten ausgeschlossen bleiben. Sie wäre dann nur zu beteiligen, wenn es um Urteile geht, bei denen sie allein oder als Streitgenossin Beschwerdegegnerin war.

Im Übrigen geht Art. 7 Abs. 2 lit. a BAE davon aus, dass die EU und ihre Mitgliedstaaten im Ministerkomitee aus unionsrechtlichen Gründen einheitlich abstimmen müssen, wenn die Umsetzung eines Urteils überwacht wird, das nur oder auch gegen die EU ergangen ist. Damit sind 28 von 48 Stimmen gebunden; eine EU-externe Mehrheit ist ausgeschlossen. Um dennoch eine effektive Urteilsüberwachung zu gewährleisten, sollen die Verfahrensregeln des Ministerkomitees zur Urteilsüberwachung<sup>23</sup> so geändert werden, dass in diesen Fällen die einfache oder ggf. qualifizierte Mehrheit der Nicht-EU-Mitglieder erforderlich ist.<sup>24</sup> Art. 7 Abs. 2 lit. a BAE gestattet es, die Abstimmungsregeln des Art. 20 Europaratssatzung entsprechend zu ändern.

Der Grundsatz der Gleichheit aller Vertragsparteien wird hier freilich weitgehend durchbrochen. Alternativ wäre es denkbar, die EU und ihre Mitgliedstaaten dort, wo sie aus unionsrechtlichen Gründen einheitlich abstimmen müssen, als einheitliche Vertragspartei zu behandeln, der insgesamt nur eine Stimme zusteht. Dann würden sich Sonderregelungen zur Berechnung der notwendigen Mehrheit erübrigen. Solange das Ministerkomitee im Konsens entscheidet, wie es der Praxis ent-

22 Zum Verbot der Kompetenzerweiterung s. unten IV.3.a).

23 Rules of the Committee of Ministers for the supervision of the execution of judgments and of the terms of friendly settlements v. 10.5.2004, Doc. CM(2006)90, abrufbar unter: [https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM\(2006\)90](https://wcd.coe.int/ViewDoc.jsp?Ref=CM(2006)90).

24 S. Vorschlag des CCDH, Report (Fn. 6), S. 14.

spricht,<sup>25</sup> kommt den förmlichen Abstimmungsregeln ohnehin nur symbolische Bedeutung zu.

### III. Konventionsrechtliche Beitrittsvoraussetzungen

Art. 59 Abs. 2 EMRK i.d.F. des 14. Zusatzprotokolls (ZP 14) hätte der EU einen Beitritt durch einseitige Erklärung erlaubt. Freilich war schon beim Abschluss des ZP 14 klar, dass der Beitritt Folgeprobleme aufwirft, die nur durch eine Änderung der EMRK gelöst werden können.<sup>26</sup> Damit stand bereits fest, dass Art. 59 Abs. 2 EMRK als Grundlage für den Beitritt nicht ausreichen würde. Es blieben zwei Optionen: entweder der Abschluss eines Zusatzprotokolls zwischen allen 47 EMRK-Staaten, das die Modalitäten des Beitritts regelt, oder ein Beitrittsabkommen zwischen den Vertragsstaaten der EMRK und der EU, das den Beitritt vollzieht und seine Modalitäten regelt.<sup>27</sup> Die Auswahl zwischen diesen beiden Optionen wurde unionsrechtlich entschieden. Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a und i, Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV sowie das Prot. Nr. 8 sprechen von einer „Übereinkunft über den Beitritt“. Damit schließen sie einen Beitritt durch einseitige Erklärung aus und legen die EU auf einen Beitritt mittels Beitrittsabkommens fest, wie es nun ausgehandelt wurde.

Der Beitrittsoption, die das ZP 14 in Art. 59 Abs. 2 EMRK eröffnet hat, kommt damit nur symbolische Bedeutung zu. Zwar wird die Beitrittsklausel immer wieder als Grundlage für den nun geplanten Beitritt genannt.<sup>28</sup> Tatsächlich wäre ein Beitrittsabkommen, das von allen 47 EMRK-Staaten ratifiziert wird und das die EMRK im Wortlaut ändert, jedoch ebenso möglich gewesen, wenn das ZP 14 in Art. 59 EMRK noch keine Beitrittsoption eröffnet hätte.

Mit dem oben<sup>29</sup> beschriebenen partiellen Europaratsbeitritt ändert das Beitrittsabkommen materiell auch die Satzung des Europarates, ohne dass diese im Wortlaut geändert würde. Das ist unproblematisch, wenn man bedenkt, dass die Satzung des Europarates, die EMRK und das Beitrittsabkommen von denselben 47 Vertragsparteien abgeschlossen wurden bzw. werden und damit formal gleichrangig sind.

25 S. Draft Explanatory Report (Fn. 12), Rn. 74.

26 S. Explanatory Report zum Protokoll Nr. 14, Rn. 101 f., abrufbar unter: <http://conventions.coe.int/Treaty/EN/Reports/Html/194.htm>.

27 Zu diesen beiden Optionen schon CDDH, Study of Technical and Legal Issues of a possible EC/EU Accession to the European Convention on Human Rights v. 28.6.2002, DG-II(2002)006, Rn. 4 ff., abrufbar unter: <http://european-convention.eu.int/docs/wd2/1711.pdf>.

28 S. z.B. *Deutsche Bundesregierung*, Bericht (Fn. 3), S. 7; *G. Heißl*, Happy End einer unendlichen Geschichte?, in: Holoubek/Martin/Schwarzer (Hrsg.), FS Korinek, 2010, S. 129, 133: „Grundstein zum Beitritt“; *F. Schorkopf*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand 2010), Art. 6 EUV, Rn. 39.

29 S. oben II.4.

## IV. Unionale Beitrittsvoraussetzungen

### 1. Beitrittsverpflichtung gemäß Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV

Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV gibt der EU in Einklang mit dem Prinzip der begrenzten Einzelermächtigungen die Kompetenz zum EMRK-Beitritt. Die Bedenken, die der EuGH im Gutachten 2/94<sup>30</sup> geäußert hat, sind damit ausgeräumt. Gleichzeitig verpflichtet die Vorschrift die EU, nach Maßgabe der Art. 6 Abs. 2 S. 2 EUV, Art. 218 AEUV und des Prot. Nr. 8 alles Erforderliche für einen Beitritt zu unternehmen. Dabei regelt Art. 218 AEUV das unionale Beitrittsverfahren, während Art. 6 Abs. 2 EUV sowie das Prot. Nr. 8 materielle Anforderungen aufstellen.

### 2. Beitrittsverfahren

#### a) Anforderungen des AEUV

Gemäß Art. 218 Abs. 6 UAbs. 2 lit. a ii) AEUV bedarf der Abschluss des Beitrittsabkommens der Zustimmung des Europäischen Parlaments. Dieses Element demokratischer Legitimation erscheint fast als Selbstverständlichkeit.<sup>31</sup> Bemerkenswerter ist, dass Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV für das Beitrittsabkommen nicht nur Einstimmigkeit im Rat verlangt, sondern das Inkrafttreten des Ratsbeschlusses zudem davon abhängig macht, dass alle Mitgliedstaaten „im Einklang mit ihren jeweiligen verfassungsrechtlichen Vorschriften“ zustimmen. Das unionale Verfahren zum Abschluss des Beitrittsabkommens wird damit der vereinfachten Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 6 UAbs. 2 S. 3 EUV angeglichen.<sup>32</sup> Ebenso wie dort handelt es sich de facto um einen völkerrechtlichen Vertragsschluss.<sup>33</sup> Obwohl die Grundentscheidung für den Konventionsbeitritt in Art. 6 Abs. 2 EUV bereits gefallen ist und obwohl alle EU-Mitgliedstaaten längst der Kontrolle durch den EGMR unterworfen sind, müssen sie den EMRK-Beitritt der EU nun also doppelt ratifizieren. Zum einen sind sie als EMRK-Vertragsstaaten Parteien des Beitrittsabkommens, das sie völkerrechtlich ratifizieren müssen, bevor der Beitritt wirksam werden kann. Zum anderen sind sie nach Art. 218 Abs. 8 AEUV aufgerufen, zusätzlich den Ratsbeschluss zum Beitrittsabkommen zu ratifizieren. Erklären lässt sich dieses Verfahren nur mit Ängsten mancher Mitgliedstaaten.

Wichtig sind die Rechtsfolgen. Indem der EMRK-Beitritt als vereinfachte Vertragsänderung ausgestaltet ist, erlangt das Beitrittsabkommen selbst Primärrechts-

30 S. oben Fn. 1.

31 Zur Bedeutung des Europäischen Parlaments für die demokratische Legitimation s. R. Uerpmann-Witzack, Das Anti-Counterfeiting Trade Agreement (ACTA) als Prüfstein für die Demokratie in Europa, AVR 2011, S. 103 ff.

32 K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 218 AEUV, Rn. 22.

33 So zu Art. 48 Abs. 6 EUV H.-J. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Fn. 32), Art. 48 EUV, Rn. 10.



qualität.<sup>34</sup> Während völkerrechtlichen Abkommen im Unionsrecht nach Art. 216 Abs. 2 AEUV an sich ein Rang zwischen Primär- und Sekundärrecht zukommt,<sup>35</sup> erlangt die EMRK grundsätzlich denselben Rang wie die Gründungsverträge und die GRC. Freilich ist der Ratsbeschluss zum Beitrittsabkommen trotz seines Primärrechtscharakters selbst primärrechtsgebunden. Ebenso wie die kleine Vertragsänderung gemäß Art. 48 Abs. 6 EUV keine zusätzlichen Kompetenzen auf die EU übertragen darf, muss der Ratsbeschluss nach Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV die Schranken des Art. 6 Abs. 2 S. 2 EUV und des Prot. Nr. 8 beachten. Es handelt sich also um Primärrecht zweiter Stufe. Insoweit kann das Beitrittsabkommen wie jeder völkerrechtliche Vertrag der EU im Gutachtenverfahren gem. Art. 218 Abs. 11 AEUV durch den EuGH auf seine Vereinbarkeit mit dem Primärrecht überprüft werden.

## b) Innerstaatliche Behandlung

Aus der Perspektive der EU-Mitgliedstaaten sind zwei Zustimmungen erforderlich. Zu ratifizieren sind das Beitrittsabkommen einerseits und der Ratsbeschluss zum Beitrittsabkommen andererseits. Es drängt sich auf, die beiden Zustimmungen zur gemeinsamen parlamentarischen Beratung zu verbinden oder sogar in einem Gesetz zusammenzufassen.<sup>36</sup> Je nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts können jedoch durchaus unterschiedliche Rechtsgrundlagen einschlägig sein.

In Deutschland bedarf das Beitrittsabkommen als Änderungsvertrag zur EMRK der parlamentarischen Zustimmung gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG. Dagegen könnte die Zustimmung zum Ratsbeschluss eine Übertragung von Hoheitsrechten i.S.v. Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG darstellen. Nach traditioneller Leseart ist das zu verneinen, weil keine neuen Befugnisse auf die EU übertragen werden.<sup>37</sup> Nach dieser Ansicht genügt auch beim Ratsbeschluss ein Zustimmungsgesetz gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG. Hingegen wendet das Bundesverfassungsgericht im *Lissabon*-Urteil Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG auf jede Änderung des Unionsprimärrechts an.<sup>38</sup> Folgt man der Rechtsprechung, fällt der EMRK-Beitritt im Verfahren nach Art. 218 Abs. 8 AEUV<sup>39</sup> ebenso unter Art. 23 Abs. 1 S. 2 GG wie die vereinfachte Vertragsänderung nach Art. 48 Abs. 6 EUV.<sup>40</sup> Das Zustimmungsgesetz bedarf also der Zustimmung des Bundesrates.

34 F. Arndt/A. Schubert, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK – Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten. Kommentar, 2012, Art. 59 EMRK, Rn. 8; zurückhaltender W. Obwexer, Der Beitritt der EU zur EMRK: Rechtsgrundlagen, Rechtsfragen und Rechtsfolgen, EuR 2012, S. 115, 144: „primärrechtsergänzendes Sekundärrecht“.

35 A. Epiney, Zur Stellung des Völkerrechts in der EU, EuZW 1999, S. 5, 7 zum damaligen Art. 228 Abs. 7 EGV.

36 F. Arndt/A. Schubert, in: Karpenstein/Mayer (Fn. 34), Art. 59 EMRK, Rn. 9.

37 R. Uerpmann-Witzack, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 23 GG, Rn. 46.

38 BVerfGE 123, 267 (355 f., 434; Lissabon), Rn. 243, 412; zustimmend Ch. Ohler, Herrschaft, Legitimation und Recht in der Europäischen Union, AöR 2010, S. 153, 158.

39 BVerfGE 123, 267 (387 f.; Lissabon), Rn. 313 f.

40 Dazu BVerfGE 123, 267 (386 f.; Lissabon), Rn. 312.



Verfassungsändernde Mehrheiten verlangt Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG allerdings nur für den Fall einer materiellen Verfassungsänderung oder -ergänzung. Die tatbestandlichen Voraussetzungen von Art. 23 Abs. 1 S. 3 GG sind nicht leicht zu fassen. Die Vorschrift erfasst v.a. zusätzliche Kompetenzübertragungen auf die EU. Insoweit ist sie beim EMRK-Beitritt nicht einschlägig. Teilweise heißt es, die Vorschrift greife auch dann, wenn Deutschlands Stellung in der EU grundsätzlich verändert werde.<sup>41</sup> Der EMRK-Beitritt der EU ändert aber nichts Entscheidendes an der ohnehin bestehenden Unterwerfung Deutschlands unter die Gerichtsbarkeit des EGMR. Nach alledem bedarf das deutsche Zustimmungsgesetz zum Ratsbeschluss keiner verfassungsändernden Mehrheit. Folgt man dem Bundesverfassungsgericht, unterliegt das Gesetz zum Ratsbeschluss der Zustimmung des Bundesrates, während beim Beitrittsabkommen selbst ein Einspruchsgesetz gem. Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG genügt.

### 3. Materielle Beitrittsanforderungen

#### a) Verhütung von Kompetenzerweiterungen

Eine erste materielle Beitrittsanforderung ergibt sich aus Art. 6 Abs. 2 S. 2 EUV. Danach darf der Beitritt die Kompetenzen der EU nicht erweitern. Dementsprechend verlangt Art. 2 S. 1 Prot. Nr. 8 eine Regelung im Beitrittsprotokoll. Dem trägt der neue Art. 59 Abs. 2 lit. c EMRK Rechnung, wonach der Beitritt die EU nicht verpflichtet, Maßnahmen zu ergreifen, für die ihr die primärrechtliche Kompetenz fehlt. Auch wenn die EU im Rahmen der Streitgenossenschaft gemeinsam mit einem Mitgliedstaat verurteilt wird, richtet sich die interne Verantwortlichkeit im Verhältnis zwischen EU und Mitgliedstaat also allein nach der unionalen Kompetenzverteilung. Der oben<sup>42</sup> behandelte Ausschluss der EU von der Überwachung der Durchführung von Urteilen gegen ihre Mitgliedstaaten verhindert ebenfalls eine Zuständigkeitserweiterung.

#### b) Verhütung von Spillover-Effekten

Art. 2 S. 2 Prot. Nr. 8 soll verhindern, dass Mitgliedstaaten über das Unionsrecht an Gewährleistungen der EMRK gebunden werden, denen sie sonst nicht unterworfen wären.<sup>43</sup> Es geht also um Spillover-Effekte, die entstehen können, wenn ein Mitgliedstaat einen Vorbehalt angebracht hat, wenn er ein Protokoll, dem die EU beitrifft, nicht ratifiziert hat, oder wenn er einen Notstand gem. Art. 15 EMRK erklärt. Spillover-Effekte können völkerrechtlicher oder unionsrechtlicher Natur sein. Völkerrechtliche Spillover-Effekte schließt der neue Art. 59 Abs. 2 lit. c EMRK aus.

41 R. Streinz, in: Sachs (Hrsg.), Grundgesetz, 6. Aufl. 2011, Art. 23 GG, Rn. 87; vorsichtig zustimmend H.-D. Jarass, in: ders./Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl. 2011, Art. 23 GG, Rn. 38; dagegen R. Uerpmann-Witzack, in: von Münch/Kunig (Fn. 37), Art. 23 GG, Rn. 54.

42 S. oben II.4.

43 S. F. Schorkopf, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 28), Art. 6 EUV, Rn. 40.

Die Vorschrift gewährleistet, dass sich die EU vor dem EGMR nur für ihr eigenes Verhalten verantworten muss und nicht für mitgliedstaatliches Verhalten in Anspruch genommen werden kann. Damit können Verpflichtungen, die die EU mit dem Beitritt eingeht, auf der völkerrechtlichen Ebene nicht auf die Mitgliedstaaten durchschlagen. Das Beitrittsabkommen genügt also den Anforderungen des Art. 2 S. 2 Prot. Nr. 8.

Denkbar sind hingegen unionsrechtliche Spillover-Effekte. Sie beruhen darauf, dass völkerrechtliche Verträge gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV auch die Mitgliedstaaten binden. Diese Bindung kann zwar nur eintreten, soweit die EU zuständig ist.<sup>44</sup> Im Anwendungsbereich des Unionsrechts bewirkt Art. 216 Abs. 2 AEUV eine Unterwerfung der Mitgliedstaaten unter die Garantien der EMRK aber selbst dann, wenn der jeweilige Mitgliedstaat völkerrechtlich aufgrund eines Vorbehalts oder aus anderen Gründen nicht gebunden ist. Dieser Spillover-Effekt bleibt irrelevant, solange der Mitgliedstaat ohnehin an parallele Unionsgrundrechte gebunden ist, wie es meistens der Fall sein wird. Sollte ein unionsrechtlicher Spillover ausnahmsweise relevant werden, lässt er sich nur unionsrechtlich verhindern. Insoweit greift Art. 2 S. 2 Prot. Nr. 8 unmittelbar ein, indem er klarstellt, dass ein Mitgliedstaat über Art. 216 AEUV nur soweit an die EMRK und ihre Protokolle gebunden werden kann, wie seine völkerrechtliche Bindung reicht. Auf diese Weise sind Mitgliedstaaten vor Spillover-Effekten auch dann geschützt, wenn die EU in Zukunft gem. Art. 59 Abs. 2 lit. a i.d.F. BAE Zusatzprotokollen beitrifft, die sie nicht ratifiziert haben.

### **c) Wahrung der besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts – insbesondere die Autonomie des Unionsrechts**

Darüber hinaus verlangt Art. 1 Prot. Nr. 8, dass das Beitrittsabkommen „die besonderen Merkmale der Union und des Unionsrechts“ wahren muss und nennt dafür insbesondere die Beteiligung der EU an den Kontrollgremien der EMRK sowie Regelungen zur passiven Prozessführungsbefugnis. Dieser Forderung trägt das Beitrittsabkommen durch den partiellen Europaratsbeitritt<sup>45</sup> sowie durch die Regelungen zur Streitgenossenschaft nach Art. 3 BAE<sup>46</sup> Rechnung.

#### **aa) Bindung an EGMR-Urteile und Verwerfungsmonopol des EuGH**

Über die eigens benannten Punkte hinaus wird man auch die Autonomie des Unionsrechts zu den „besonderen Merkmalen (...) des Unionsrechts“ zählen müssen, die das Beitrittsabkommen wahren muss. Die Autonomie des Unionsrechts spielt in EuGH-Gutachten zu völkerrechtlichen Verträgen regelmäßig eine große Rol-

<sup>44</sup> EuGH, Rs. C-13/00 (Kommission/Irland), Slg. 2002, I-2943, Rn. 14; Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635, Rn. 84; T. Sell, Das Gebot einheitlicher Auslegung gemischter Abkommen, 2006, S. 148 f. S. auch Ch. Ohler in diesem Heft auf S. 137.

<sup>45</sup> S. oben II.4.

<sup>46</sup> S. oben II.3.a).

le.<sup>47</sup> Nach dem EMRK-Beitritt kann der EGMR ggf. feststellen, dass Bestimmungen des Unionsrechts gegen die EMRK verstoßen; ein solcher Spruch ist gemäß Art. 46 Abs. 1 EMRK völkerrechtlich verbindlich. Allerdings hat der EuGH bereits mehrfach entschieden, dass sich die EU durchaus den Entscheidungen eines durch völkerrechtliches Abkommen geschaffenen Gerichts unterwerfen kann.<sup>48</sup>

Problematischer wäre es, wenn die Unterwerfung unter den EGMR das Verwerfungsmonopol des Gerichtshofs der EU in Frage stellen würde. Das wäre allerdings nur dann der Fall, wenn eine Feststellung der Konventionswidrigkeit durch den EGMR dieselbe Wirkung wie eine Normverwerfung durch den Gerichtshof der EU hätte. In der EMRK ist eine solche Folge nicht angelegt. Zwar kann der EGMR die Konventionswidrigkeit feststellen. Nach Art. 46 Abs. 1 EMRK ist diese Feststellung aber nur völkerrechtlich verbindlich. Wie die Vertragspartei das Urteil intern umsetzt, ist grundsätzlich ihre Sache.<sup>49</sup> Insbesondere verlangt die EMRK nicht, dass einem Urteil des EGMR unmittelbare interne Wirkung beikäme.

Eine unionsinterne Wirkung von EGMR-Urteilen ließe sich allenfalls unionsrechtlich über den Vorrang völkerrechtlicher Verträge nach Art. 216 Abs. 2 AEUV begründen. Sieht aber Art. 6 Abs. 2 S. 1 EUV eigens einen Beitritt zur EMRK mit ihrem internationalen Überwachungssystem vor, kann es nicht sein, dass der völkerrechtsfreundliche Art. 216 Abs. 2 AEUV und die restriktiven Vorgaben des Art. 1 Prot. Nr. 8 so ineinandergreifen, dass sie den Beitritt ausschließen.<sup>50</sup> Vielmehr ist ggf. das Unionsrecht so auszulegen, dass die völkerrechtliche Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR keine automatischen Rechtsfolgen im Unionsrecht zeitigt. Für diese Lösung spricht auch die Rechtsprechung des EuGH zur WTO-Streitschlichtung. Dort hat der EuGH erwogen, ob Entscheidungen des WTO-Streitschlichtungsgremiums (DSB) das WTO-Recht soweit konkretisieren können, dass sie unmittelbar anwendbar werden.<sup>51</sup> Er hat jedoch weder eine unmittelbare Wirkung der betreffenden DSB-Entscheidungen noch eine Bindung der Unionsorgane an diese Entscheidungen in Betracht gezogen.<sup>52</sup> Es kommt hinzu, dass die Nichtigerklärung eines Rechtsakts durch den Gerichtshof der EU gemäß Art. 264 AEUV ein Akt der Rechtsgestaltung ist.<sup>53</sup> Schon deshalb kann die bloße Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR die Nichtigerklärung durch den Gerichtshof der EU nicht ersetzen. Das Verwerfungsmonopol des Gerichtshofs der EU bleibt in jedem Fall gewahrt.

47 S. EuGH, Gutachten 1/91 (EWR 1), Slg. 1991, I-6079, Rn. 35; Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (europäisches Patentgericht), Rn. 67; zusammenfassend *T. Lock*, *Tightrope* (Fn. 16), S. 1028 ff.

48 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR 1), Slg. 1991, I-6079, Rn. 40 u. 70; Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (europäisches Patentgericht), Rn. 74.

49 S. *J. Meyer-Ladewig*, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 3. Aufl. 2011, Art. 46 EMRK, Rn. 4, 23, 25.

50 S. auch *T. Lock*, *Tightrope* (Fn. 16), S. 1033, 1037; *F. Schorkopf*, in: *Grabitz/Hilf/Nettesheim* (Fn. 28), Art. 6 EUV, Rn. 45.

51 S., letztlich verneinend, EuGH, Rs. C-93/02 P (Biret), Slg. 2003, I-10497, Rn. 62; Rs. C-377/02 (Léon van Parys), Slg. 2005, I-1465, Rn. 50 f.

52 S. *Ch. Ohler* in diesem Heft auf S. 137.

53 S. *D. Boofß*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Stand 15.1.2000, Art. 231 EGV, Rn. 1; *W. Cremer*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 32), Art. 264 AEUV, Rn. 1.

## bb) Vorabfassungsverfahren

Das Vorabfassungsverfahren, das Art. 3 Abs. 6 BAE vorsieht,<sup>54</sup> ist zweischneidig. Man mag überlegen, ob das Vorabfassungsverfahren geboten ist, um die Autonomie des Unionsrechts zu wahren. Andererseits wirft das Vorabfassungsverfahren selbst Probleme auf, weil es das Rechtsschutzsystem von EUV und AEUV in unzulässiger Weise erweitern könnte.

In der Tat gehört es zu den Kernelementen des unionalen Rechtsschutzsystems, dass der Gerichtshof der EU abschließend über die Auslegung<sup>55</sup> und allein über die Gültigkeit<sup>56</sup> des Unionsrechts entscheidet. Dem dient das Vorabentscheidungsverfahren. Es ist aber dem Unionsrecht immanent, dass eine Missachtung der Vorlagepflicht durch nationale Gerichte nur eingeschränkt sanktioniert werden kann. In Deutschland könnte zwar mit der Verfassungsbeschwerde die Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters gerügt werden. Erfolg hat dies aber nur, wenn die Vorlage objektiv willkürlich unterblieben ist.<sup>57</sup> Es ist nicht ersichtlich, warum dieses Defizit des unionalen Rechtsschutzsystems im Falle einer Beschwerde zum EGMR zwingend behoben werden müsste.<sup>58</sup> Die Vorabfassung ist damit zwar stimmgig,<sup>59</sup> aber nicht unionsrechtlich unabdingbar.<sup>60</sup>

Vielmehr könnte die Vorabfassung selbst das unionsrechtliche Rechtsschutzsystem in einem Umfang verändern, das eine Änderung des AEUV erforderlich wird.<sup>61</sup> Art. 19 Abs. 3 EUV statuiert einen primärrechtlichen Numerus clausus der Verfahrensarten, in denen der Gerichtshof der EU entscheiden kann. Neben den dort eigens genannten Verfahrensarten der Staaten-, Organ- und Individualklagen sowie des Vorabentscheidungsverfahrens soll der Gerichtshof der EU nur in den Fällen entscheiden, die „in den Verträgen“ vorgesehen sind. Wird die Vorabfassung als Gutachtenverfahren ausgestaltet, ließe sich zwar vom Wortlaut her argumentieren, dass der EuGH gar nicht im Sinne von Art. 19 Abs. 3 EUV „entscheide“. Allerdings hat der EuGH seine Aufgabe in den EWR-Gutachten als solche „eines Gerichts, dessen Entscheidungen verbindlich sind“, charakterisiert.<sup>62</sup> Gutachtenverfahren, in denen der EuGH nicht verbindlich entscheidet, erscheinen damit so sehr als Fremdkörper im Rechtsschutzsystem, dass man auch dafür eine primärrechtliche Grundlage verlangen muss.

Eher erscheint es möglich, Art. 19 Abs. 3 EUV im Lichte der bisherigen Rechtsprechung zu interpretieren, wonach eine bloße Ergänzung des primärrechtlichen

54 S. dazu oben II.3.b).

55 S. EuGH, Rs. 1667/73 (Rheinmühlen), Slg. 1974, 33, Rn. 2 ff.

56 Grundlegend EuGH, Rs. 314/85 (Foto Frost), Slg. 1987, 4199, Rn. 15 ff.

57 BVerfGE 82, 159, 195; BVerfGE 126, 286, 315-317, Rn. 88 ff. (Honeywell); zu neueren Entwicklungen *M. Bäcker*, Altes und Neues zum EuGH als gesetzlichem Richter, NJW 2011, S. 270 ff.

58 Ähnlich *T. Schilling*, Beitritt (Fn. 11), Rn. 27: Ggf. wäre durch eine generelle Änderung des unionalen Verfahrensrechts Abhilfe zu schaffen.

59 S. dazu oben II.3.b).

60 Im Erg. ebenso *T. Lock*, Tightrope (Fn. 16), S. 1047.

61 Dahin gehend *T. Schilling*, Beitritt (Fn. 11), Rn. 34; s. auch die kritische Analyse von *T. Lock*, Tightrope (Fn. 16), S. 1048 ff.

62 EuGH, Gutachten 1/91 (EWR I), Slg. 1991, I-6079, Rn. 61; Gutachten 1/92 (EWR 2), Slg. 1992, I-2821, Rn. 33.

Rechtsschutzverfahrens auch ohne Vertragsänderung möglich ist, solange dadurch die primärrechtlich festgelegten Zuständigkeiten des Gerichtshofs der EU nicht „verfälscht“ werden.<sup>63</sup> Diese Rechtsprechung hat der EuGH jüngst nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon bestätigt.<sup>64</sup> So ließe sich eine Vorabfassung durch die Kommission als Organklage unter Art. 19 Abs. 3 lit. a EUV subsumieren. Freilich ist die Vorabfassung, bei der möglicherweise die richtige, konventionskonforme Auslegung des Unionsrechts im Vordergrund steht, von der Nichtigkeitsklage gem. Art. 263 AEUV und erst recht vom Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 258 AEUV weit entfernt. Als Reaktion auf eine unterbliebene Vorlage nach Art. 267 AEUV weist die Vorabfassung größere Parallelen zum Vorabentscheidungsverfahren auf. Hier wie dort könnte der EuGH den Unionsrechtsakt, auf dem der angegriffene nationale Umsetzungsakt beruht, ggf. konventionskonform auslegen oder als grundrechtswidrig verwerfen. Art. 19 Abs. 3 lit. b EUV und Art. 267 AEUV sehen zwar an sich nur eine Vorabentscheidung auf Vorlage nationaler Gerichte vor. Der EuGH hat aber bereits entschieden, dass völkerrechtliche Abkommen durchaus auch anderen Gerichten als denjenigen der Mitgliedstaaten ein Vorlage-recht einräumen können.<sup>65</sup> Damit erscheint eine Erweiterung auf EGMR-Vorlagen unionsprimärrechtlich durchaus vorstellbar. Freilich wurde dort vorausgesetzt, dass das vorlegende Gericht an die Vorabentscheidung des EuGH gebunden wird. Das wäre hier ausgeschlossen. Gem. Art. 3 Abs. 6 S. 3 BAE könnte die Entscheidung des EuGH im Vorabfassungsverfahren selbstverständlich nicht den EGMR binden, sondern nur unionsinterne Rechtswirkung entfalten. Damit bleibt immerhin die Verbindlichkeit seiner Entscheidungen, die der EuGH in den EWR-Gutachten eingefordert hat,<sup>66</sup> unionsintern erhalten. Insofern erscheint es durchaus möglich, das Vorabfassungsverfahren gem. Art. 3 Abs. 6 BAE nach dem Modell des Vorabentscheidungsverfahrens auszugestalten, ohne die Kompetenzen des EuGH in einer Weise zu „verfälschen“, die Art. 19 Abs. 3 EUV widerspräche.

Zusätzliche Schranken könnten sich aus Art. 2 S. 1 Prot. Nr. 8 ergeben, wonach nicht nur die Verbandskompetenzen der Union, sondern auch die Befugnisse ihrer Organe unberührt bleiben müssen. Versteht man dies strikt, wäre es nicht möglich, mit dem Beitritt ein Vorabfassungsverfahren einzuführen, ohne den AEUV im ordentlichen Vertragsänderungsverfahren gem. Art. 48 Abs. 2 – 5 EUV zu ändern. Dem Ratsbeschluss zum Beitrittsabkommen kommt zwar nach dem oben Gesagten Primärrechtscharakter zu.<sup>67</sup> Sein Erlass bleibt aber an die materiellen Anforderungen des Art. 6 Abs. 2 S. 2 EUV wie auch des Prot. Nr. 8 gebunden. Freilich erscheint es möglich, Art. 2 S. 1 Prot. Nr. 8 weniger streng zu verstehen und als Bestätigung der bereits zitierten EuGH-Rechtsprechung<sup>68</sup> zu lesen. Danach dürfte das Beitrittsab-

63 EuGH, Gutachten 1/92 (EWR 2), Slg. 1992, I-2821, Rn. 32; Gutachten 1/00 (gemeinsamer europäischer Luftverkehrsraum), Slg. 2002, I-3493, Rn. 12.

64 EuGH, Gutachten 1/09 v. 8.3.2011 (europäisches Patentgericht), Rn. 75.

65 EuGH, Gutachten 1/00 (gemeinsamer europäischer Luftverkehrsraum), Slg. 2002, I-3493, Rn. 33.

66 S. oben Fn. 62.

67 S. oben III.2.a).

68 S. oben Fn. 63 f.

kommen dem EuGH zwar keine neuen Befugnisse zuweisen. Eine Ergänzung des Rechtsschutzsystems wäre aber zulässig, solange die Zuständigkeiten des EuGH nicht verfälscht werden. Aus pragmatischer Sicht spricht viel dafür, dass der EuGH diese weniger strenge Lesart wählen wird. Betrachtet man nämlich die Entstehungsgeschichte des Beitrittsabkommens, geht die Regelung des Vorabbeaufassungsvorgangs auf Vorschläge des EuGH zurück.<sup>69</sup> Es wäre es überraschend, wenn der EuGH nun aus dieser Verfahrensregelung eine Beitrittschürde ableiten würde. Ob die Ausführungsbestimmungen zur Vorabbeaufassung des EuGH in den Ratsbeschluss nach Art. 218 Abs. 8 UAbs. 2 S. 2 AEUV aufgenommen<sup>70</sup> oder gemäß Art. 281 UAbs. 2 AEUV in das Statut des Gerichtshofs der EU eingefügt werden,<sup>71</sup> spielt dafür keine wesentliche Rolle.

#### d) Ausschluss der Staatenbeschwerde

Schließlich verlangt Art. 3 Prot. Nr. 8, dass Art. 344 AEUV unberührt bleibt. Die EU-Mitgliedstaaten dürfen unionsrechtliche Streitigkeiten demzufolge nur nach unionsrechtlichen Regeln beilegen. Tatsächlich könnte Art. 344 AEUV mit Art. 55 EMRK kollidieren, wonach die Konventionsparteien konventionsrechtliche Streitigkeiten ausschließlich dem EGMR unterbreiten. Dem trägt Art. 5 BAE Rechnung, indem er klarstellt, dass Art. 55 EMRK Verfahren vor dem Gerichtshof der EU nicht erfasst. Unterbreiten die Mitgliedstaaten unionsrechtliche Streitigkeiten allein dem Gerichtshof der EU, handeln sie also nicht konventionswidrig. Freilich verbietet Art. 5 BAE es den EU-Mitgliedstaaten nicht, im Anwendungsbereich des Unionsrechts gemäß Art. 33 EMRK eine Staatenbeschwerde einzulegen. Allenfalls wäre zuvor gemäß Art. 35 Abs. 1 EMRK, der auch für Staatenbeschwerden gilt, der Rechtsweg zum EuGH auszuschöpfen.<sup>72</sup> Ob Art. 344 AEUV eine solche Staatenbeschwerde zulässt, ist umstritten.<sup>73</sup> Liest man Art. 344 AEUV als Ausschluss der Staatenbeschwerde im Anwendungsbereich des Unionsrechts,<sup>74</sup> wäre die Be-

69 S. *EuGH*, Discussion document on certain aspects of the accession of the European Union to the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms v. 5.5.2010, Rn. 12, abrufbar unter: [http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention\\_en\\_2010-05-21\\_12-10-16\\_272.pdf](http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-05/convention_en_2010-05-21_12-10-16_272.pdf), sowie die gemeinsame Erklärung der Präsidenten von EGMR und EuGH, Joint communication from Presidents Costa and Skouris, S. 2, veröffentlicht mit EGMR-Presserklärung Rn. 75 v. 24.1.2011, abrufbar unter: [http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication\\_CEDHCJUE\\_EN.pdf](http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/02164A4C-0B63-44C3-80C7-FC594EE16297/0/2011Communication_CEDHCJUE_EN.pdf). S. dazu M. Kloth in diesem Heft auf S. 155.

70 Dahingehend Europäische Kommission, Arbeitsdokument, Previous involvement of the Court of Justice in the context of the accession of the European Union to the European Convention for the protection of Human Rights and Fundamental Freedoms v. 22.12.2010, DS 1930/10, Rn. 11, abrufbar unter: <http://www.statewatch.org/news/2011/feb/eu-accession-echr-com-ds-1930-10.pdf>; C. Kohler/L. Malferrari, Um letzte und vorletzte Worte: Zum geplanten Zusammenwirken von EGMR und EuGH nach dem Beitritt der EU zur EMRK, EuZW 2011, S. 849, 850.

71 Dahingehend N. O'Meara, „A More Secure Europe of Rights?“ The European Court of Human Rights, the Court of Justice of the European Union and EU Accession to the ECHR, GLJ 2011, S. 1813, 1824; W. Obwexer, Beitritt (Fn. 34), S. 136.

72 Zur Rechtswegerschöpfung bei Staatenbeschwerden EGMR, Entscheidung v. 30.6.2009 – 13255/07 (Georgien/Russland), Rn. 40.

73 Dafür A. Huber, Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention, 2008, S. 147 ff.; T. Thienel, in: Karpenstein/Meyer (Fn. 34), Art. 55 EMRK, Rn. 5.

74 Dahingehend Europäisches Parlament, Entschließung v. 19.5.2010, ABl. EU C 161 E/72, Rn. 8.



schwerde konventionsrechtlich gemäß Art. 33 EMRK dennoch zulässig. Es wäre Sache der Kommission, den betreffenden Staat mit einem Vertragsverletzungsverfahren gemäß Art. 258 bzw. Art. 260 AEUV zur Rücknahme der Beschwerde zu bewegen, wie sie es im *Mox-plant*-Fall in Hinblick auf ein von Irland angestrebtes seerechtliches Schiedsverfahren getan hat.<sup>75</sup> Dort ließ sich zwar auch völkerrechtlich argumentieren, dass das Verfahren vor dem EuGH gemäß Art. 282 des UN-Seerechtsübereinkommens (SRÜ) Vorrang vor dem seerechtlichen Schiedsverfahren gemäß Art. 287 SRÜ hat.<sup>76</sup> Eine entsprechende Vorrangklausel enthält aber weder Art. 55 EMRK noch Art. 5 BAE. Art. 3 Prot. Nr. 8 ist dadurch genüge getan, dass eine etwaige unionsrechtliche Verpflichtung, eine Staatenbeschwerde zu unterlassen, durch den EMRK-Beitritt nicht berührt wird.

## V. Konventionsrechtliche Beitrittsfolgen – insbesondere das Ende von *Bosphorus*

Die konventionsrechtlichen Beitrittsfolgen wurden weitgehend schon bei der Vorstellung des Beitrittsabkommens angesprochen.<sup>77</sup> Abgesehen von einzelnen unionspezifischen Sonderregelungen wie der neuen Streitgenossenschaft und der Vorabfassung des EuGH wird die EU mit dem Beitritt eine normale Vertragspartei. Das bedeutet insbesondere, dass die *Bosphorus*-Rechtsprechung hinfällig wird.<sup>78</sup> Mit der Einschränkung des Prüfungsmaßstabes auf Fälle offensichtlich unzureichenden Menschenrechtsschutzes hat der EGMR in der Sache *Bosphorus* darauf reagiert, dass die EU selbst konventionsrechtlich nicht belangt werden konnte.<sup>79</sup> Nach dem Beitritt gilt hingegen der Grundsatz der Gleichheit aller Vertragsparteien. Das Beitrittsabkommen hat nach seiner vierten Präambelerwägung gerade das Ziel, die Individualbeschwerde gegen die EU zu eröffnen. Damit wird der *Bosphorus*-Rechtsprechung die Grundlage entzogen. Wollte man an der Einschränkung des Prüfungsmaßstabs festhalten, würde das Ziel des Beitritts konterkariert.

75 S. EuGH, Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635, Rn. 123 ff.

76 So jedenfalls EuGH, Rs. C-459/03 (Kommission/Irland), Slg. 2006, I-4635, Rn. 125.

77 S. oben zu II.

78 Ebenso E. Klein, Das Verhältnis des Europäischen Gerichtshofs zum Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, in: Merten/Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte, Bd. VI/1, 2010, § 167, Rn. 73; N. O'Meara, Europe of Rights (Fn. 71), S. 1817, 1828; S. Stock, Der Beitritt der Europäischen Union zur Europäischen Menschenrechtskonvention als Gemischtes Abkommen?, 2009, S. 295 ff.; dahingehend auch J. Baumann, Auf dem Weg zu einem doppelten EMRK-Schutzstandard?, EuGRZ 2011, S. 1, 11.

79 EGMR (Große Kammer), Urteil v. 30.6.2005 – 45036/98 (Bosphorus Hava Yollari Turizm/Irland), RJD 2005-VI, Rn. 152 ff.; bestätigend EGMR, Entscheidung v. 20.1.2009 – 13645/05 (Coöperatieve Producentenorganisatie van de Nederlandse Kokkelvisserij U. A./Niederlande), EuGRZ 2011, S. 11, 18 f.



## VI. Unionale Beitrittsfolgen

### 1. Kontinuität in der EuGH-Grundrechtsprechung

Ausweislich der Präambel des Beitrittsabkommens soll der EMRK-Beitritt die Kohärenz des europäischen Menschenrechtsschutzsystems stärken. Auf der Ebene der Grundrechtsprechung ist dieses Ziel bereits weitgehend realisiert. Seit einigen Jahren bestimmt der EuGH den Gehalt der Unionsgrundrechte regelmäßig unter Rückgriff auf die Rechtsprechung des EGMR.<sup>80</sup> Der EMRK-Beitritt wurde insoweit antizipiert.<sup>81</sup> Aus dem früheren Konkurrenz- ist ein Komplementaritätsverhältnis geworden. Damit ist Kontinuität zu erwarten.<sup>82</sup> Der EGMR wird die maßgebende Instanz für die Auslegung und Fortentwicklung der in der EMRK garantierten Grundrechtsstandards bleiben. Der Gerichtshof der EU wird sein Bemühen um einen hochwertigen unionalen Grundrechtsschutz tendenziell weiter verstärken, und er wird sich auch bei der Auslegung der GRC weiterhin an der Rechtsprechung des EGMR orientieren.<sup>83</sup> Möglicherweise werden von der modernen GRC in Zukunft verstärkt Impulse zur Fortentwicklung der Straßburger Rechtsprechung ausgehen.<sup>84</sup> Dies geschieht freilich unabhängig vom EMRK-Beitritt der EU.

Natürlich sind Reibungen im Einzelfall und vorübergehende Rechtsprechungsdivergenzen nicht auszuschließen.<sup>85</sup> Gegen größere Konfliktszenarien spricht jedoch das Kooperationsinteresse der beiden Gerichte.<sup>86</sup> Man darf davon ausgehen, dass beide Gerichte Einfluss behalten wollen und dass beiden an einer effektiven Durchsetzung des Rechts und der damit verbundenen Bändigung der politischen Organe gelegen ist. Fordert der EGMR vom Gerichtshof der EU einen effektiven Rechts- und Grundrechtsschutz ein, stärkt er damit den Gerichtshof der EU namentlich im Verhältnis zum Rat. Auf dieser Linie liegt es, dass sich der Präsident des EuGH auf einer Tagung für das *Bosphorus*-Urteil des EGMR offenbar sogar bedankt hat.<sup>87</sup>

80 S. namentlich EuGH, Rs. C-112/00 (Schmidberger), Slg. 2003, I-5659, Rn. 79; Rs. C-245/01 (RTL), Slg. 2003, I-12489, Rn. 73; Rs. C-71/02 (Karner), Slg. 2004, I-3026, Rn. 51; umfassend S. Douglas-Scott, A Tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis, 43 CMLRev. 2006, S. 629, 644 ff.

81 R. Uerpmann-Witzack, Völkerrechtliche Verfassungselemente, in: v. Bogdandy/Bast (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl. 2009, S. 177, 217 f., 224.

82 Dahin gehend auch S. Oeter, Das Verhältnis zwischen EuGH, EGMR und nationalen Verfassungsgerichten, in: Fastenrath/Nowak, Der Lissabonner Reformvertrag, 2009, S. 129, 133 f.

83 S. exemplarisch EuGH, verb. Rs. C-92/09 u. C-93/09, Urteil v. 9.11.2010 (Schecke und Eifert), Rn. 52, 59, 72, 87 zur Veröffentlichung von EU-Agrarbeihilfenempfängern.

84 Zu ersten Ansätzen s. EGMR (Große Kammer), Urteil v. 15.10.2009 – 17056/06 (Micallef/Malta), Rn. 32, 78 ff.; EGMR (Große Kammer), Urteil v. 17.9.2009 – 10249/03 (Scoppola/Italien [Nr. 2]), NJOZ 2010, S. 2726, Rn. 105 ff. sowie J. Gundel, Der wachsende Einfluß des EU-Rechts auf die Auslegung der EMRK – und seine strukturellen Grenzen, in: Müller-Graff/Schmahl/Skouris (Hrsg.), FS Scheuing, 2011, S. 58, 70 ff.

85 Das Konfliktpotenzial betont beispielsweise G. Heißl, Happy End (Fn. 28), S. 138, 148.

86 Dazu grundlegend M. Nunner, Kooperation internationaler Gerichte, 2009, S. 103 ff., speziell zum Verhältnis von EGMR und EuGH S. 320 ff.; s. auch N. O'Meara, Europe of Rights (Fn. 71), S. 1815, 1828.

87 S. den Tagungsbericht von P. Szczekalla, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa, DVBl. 2005, S. 1425, 1429.

## 2. EMRK als gemischtes Abkommen

Mit dem Beitritt der EU wird die EMRK zum gemischten Abkommen.<sup>88</sup> Soweit die Zuständigkeiten der EU reichen, bindet ein solches Abkommen gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV die EU-Mitgliedstaaten und nimmt damit am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil.<sup>89</sup> Im Anwendungsbereich des Unionsrechts werden die Mitgliedstaaten nun zusätzlich zu ihrer ohnehin bestehenden völkerrechtlichen Bindung gemäß Art. 216 Abs. 2 AEUV auch unionsrechtlich an die EMRK gebunden.<sup>90</sup> Insofern nimmt die EMRK am Anwendungsvorrang des Unionsrechts teil.<sup>91</sup> Theoretisch ist das gerade in einem Land wie Deutschland wichtig, wo der EMRK als völkerrechtlichem Vertrag gemäß Art. 59 Abs. 2 S. 1 GG ansonsten nur der Rang eines einfachen Bundesgesetzes zukommt.<sup>92</sup> Praktisch bleiben die Folgen jedoch überschaubar, weil die Mitgliedstaaten im Anwendungsbereich des Unionsrechts zugleich an parallele Unionsgrundrechte gebunden sind,<sup>93</sup> denen ohnehin Anwendungsvorrang zukommt. Unterschiede könnten allenfalls im Vereinigten Königreich und in Polen entstehen, wo die Anwendbarkeit der GRC durch das Prot. Nr. 30 über die Anwendung der Charta der Grundrechte<sup>94</sup> beschränkt ist. Fälle, in denen dies relevant werden könnte, sind jedoch nicht ersichtlich, zumal das Anwendungsfeld des Prot. Nr. 30 ohnehin höchst unklar ist<sup>95</sup> und Art. 2 S. 2 Prot. Nr. 8 etwaige Spillover-Effekte ausschließt.<sup>96</sup>

Ähnliches gilt für das Vorabentscheidungsverfahren gemäß Art. 267 AEUV. Soweit die EMRK im Anwendungsbereich des Unionsrechts auch die Mitgliedstaaten bindet, sind mitgliedstaatliche Gerichte bei Auslegungszweifeln an sich zur Vorlage an den EuGH berechtigt und, falls sie in letzter Instanz entscheiden, auch verpflichtet. Bestehen solche Auslegungszweifel, wird die Anwendung der parallelen Unionsgrundrechte allerdings regelmäßig entsprechende Auslegungszweifel aufwerfen, so dass eine Vorlage an den EuGH ohnehin möglich bzw. geboten ist.

Auch außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts ist bei gemischten Abkommen eine Vorabentscheidung nach der *Hermès*-Rechtsprechung des EuGH zulässig, wenn es sich um eine Bestimmung handelt, deren Auslegung in die Zuständigkeit des EuGH fällt, weil sie auch im Anwendungsbereich des Unionsrechts re-

88 Dazu ausführlich S. Stock, Beitritt (Fn. 78), S. 193 ff.; a. A. nun W. Obwexer, Beitritt (Fn. 34), S. 145. S. auch A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S 75.

89 S. oben Fn. 44.

90 S. Stock, Beitritt (Fn. 78), S. 200 f.

91 S. Stock, Beitritt (Fn. 78), S. 207.

92 BVerfGE 74, 358 (370); 111, 307 (316 f.; Görgülü); BVerfG, NJW 2011, S. 1931 (Sicherungsverwahrung), Rn. 87; R. Uerpmann, Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsprechung, 1993, S. 72 f., 89 f.

93 Dazu T. Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Fn. 32), Art. 51 EU-GRCharta, Rn. 8.

94 Konsolidierte Fassung ABl. EU 2010 C 83/313.

95 Dazu F. Schorkopf in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 28), Art. 6 EUV, Rn. 23 f.; A. Wýrozumska, Incorporation of the Charter of Fundamental Rights into the EU Law, in: Barcz (Hrsg.), Fundamental Rights Protection in the European Union, 2009, S. 80, 89 ff.; zurückhaltend nun auch EuGH, verb. Rs. C-411 u. C-493/10 v. 21.12.2011 (N. S. u. a.), Rn. 116-122.

96 S. dazu oben IV.3.b).

levant ist.<sup>97</sup> Diese Situation kann bei der EMRK ohne weiteres eintreten. So können die Verfahrensgarantien des Art. 6 EMRK in Verfahren vor dem EuGH eine Rolle spielen. Schon deshalb unterliegen sie der Auslegungszuständigkeit des EuGH. Dann kann eine Auslegungsfrage aber nach dem *Hermès*-Urteil auch dann vorgelegt werden, wenn es im konkreten Fall um ein nationales Gerichtsverfahren ohne unionsrechtlichen Bezug geht. Allerdings wird man davon ausgehen müssen, dass nationale Gerichte insoweit nicht zur Vorlage verpflichtet sind, selbst wenn sie in letzter Instanz entscheiden. Dafür spricht die Erwägung des EuGH im *Hermès*-Urteil, die Vorabentscheidung u.a. deshalb zuzulassen, weil die Erforderlichkeit einer Vorlage grundsätzlich vom nationalen Gericht zu beurteilen sei.<sup>98</sup> Bedenkt man, dass der EuGH die Zulässigkeit der Vorlage darüber hinaus mit dem Interesse an einer einheitlichen Auslegung der völkerrechtlichen Bestimmung begründet,<sup>99</sup> kommen zusätzliche Zweifel am Sinn einer Vorlage auf. Nach Art. 19 EMRK ist es Aufgabe des EGMR, für die Einhaltung der Verpflichtungen der EMRK zu sorgen. In diesem Rahmen hat er die Garantien der EMRK auszulegen und ggf. im Rahmen einer dynamischen Auslegung fortzuentwickeln. Zusätzlich dem EuGH eine Aufgabe der einheitlichen Auslegung zuzuweisen, erscheint nicht nötig.

Es kommt hinzu, dass die EMRK, die GRC und die sonstigen Unionsgrundrechte materiell einen weitgehend einheitlichen Grundrechtsstandard sichern. Im Bereich der Unionsgrundrechte ist jedoch geklärt, dass eine Vorlage an den EuGH nur im Anwendungsbereich des Unionsrechts in Betracht kommt.<sup>100</sup> Das spricht dafür, eine Vorlage an den EuGH außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts bei der EMRK ebenso auszuschließen wie bei sonstigen Unionsgrundrechten. Selbst wenn man eine Vorlage nach der *Hermès*-Rechtsprechung für zulässig hielte, sollten nationale Gerichte auf diese Möglichkeit außerhalb des Anwendungsbereichs des Unionsrechts jedenfalls nicht zurückgreifen.

## VII. Schluss

In Jahrzehnte langer Arbeit hat die EU unter maßgeblicher Mitwirkung des EuGH einen hochwertigen Grundrechtsschutz entwickelt. Der EuGH hat diesen Grundrechtsschutz an der EMRK ausgerichtet, und es ist ihm gelungen, seine eigene Rechtsprechung mit derjenigen des EGMR zu harmonisieren. Dem kann ein EMRK-Beitritt kaum noch etwas hinzufügen. Was fehlt, ist die Individualbeschwerde zum EGMR. Während alle EU-Mitgliedstaaten als europäische Verfassungsstaaten der externen Kontrolle durch den EGMR unterworfen sind, muss sich die EU bisher vor keinem internationalen Gericht für ihr Verhalten verantworten. Hier

97 EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, S. I-3603, Rn. 30-33; bestätigend verb. Rs. C-300 u. C-392/98 (*Dior*), Slg. 2000, I-1307, Rn. 35; Rs. C-89/99 (*Schieving-Nijstad vof u.a.*), Slg. 2001, I-05851, Rn. 30; kritisch dagegen T. Sell, Gebot (Fn. 44), S. 191 f.

98 EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603, Rn. 31.

99 EuGH, Rs. C-53/96 (*Hermès*), Slg. 1998, I-3603, Rn. 31; ebenso verb. Rs. C-300 u. C-392/98 (*Dior*) Slg. 2000, I-1307, Rn. 37 f.

100 EuGH, Rs. C-299/95 (*Kremzow*), Slg. 1997, I-2629, Rn. 15; Rs. C-328/04 (*Vajnai*), Slg. 2005, I-8577, Rn. 12 f.

Abhilfe zu schaffen, ist das wesentliche Verdienst des insgesamt gelungenen Beitrittsabkommens. Ansonsten werden die Beitrittsfolgen trotz der Komplexität einzelner Regelungen überschaubar bleiben. Es ist daher zu hoffen, dass die Beitrittsverhandlungen in naher Zukunft abgeschlossen werden, damit der Beitritt zügig vollzogen werden kann.



# **V. Die Europäische Union im diplomatischen und konsularischen Verkehr**





## Der Europäische Auswärtige Dienst

Von Bernd Martenczuk, MPA, Brüssel\*

### I. Einleitung

Der Vertrag von Lissabon hat die Außenbeziehungen der EU einer grundlegenden Reform unterzogen. Teil dieser Reform ist die Errichtung eines Europäischen Auswärtigen Diensts (EAD), der den Hohen Vertreter für die Gemeinsame Außen- und Sicherheitspolitik in der Wahrnehmung seiner Aufgaben unterstützen soll. Die Rechtsgrundlage für die Einrichtung des EAD findet sich bereits im Vertrag von Lissabon. Die Einzelheiten seines Status, seiner Aufgaben und seiner Arbeitsweise wurden jedoch erst durch einen Beschluss des Rates vom 26. Juli 2010 festgelegt.<sup>1</sup> Zudem waren Änderungen am Beamtenstatut sowie der Haushaltsordnung der Union erforderlich, die erst nach langwierigen Verhandlungen der beteiligten Institutionen erlassen wurden. Nach Inkrafttreten dieser Änderungen konnte der EAD gegen Ende 2010 seine Arbeit aufnehmen.

Der vorliegende Beitrag wird den EAD als neuen Akteur im institutionellen Gefüge der Außenbeziehungen der EU analysieren und bewerten. Zu diesem Zweck wird zunächst die Entstehungsgeschichte des EAD nachgezeichnet (II). Sodann werden die primärrechtlichen Grundlagen des EAD nach dem Vertrag von Lissabon untersucht (III). Anschließend untersucht der Beitrag die Ausgestaltung, die der EAD durch den EAD-Beschluss gefunden hat (IV).<sup>2</sup> Auf dieser Grundlage wird eine erste Bewertung der Ausgestaltung des EAD versucht (V).

### II. Entstehungsgeschichte des EAD

Das institutionelle Gefüge auf dem Gebiet der EU-Außenbeziehungen vor dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon war durch ein hohes Maß an Zersplitterung und Uneinheitlichkeit geprägt.<sup>3</sup> Diese Uneinheitlichkeit war eng mit der Pfeilerstruktur der ehemaligen EU verbunden. Während für die Außenvertretung der EG die Europäische Kommission zuständig war, war für die Außenvertretung der Europäischen Union auf dem Gebiet der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik (GASP) die Präsidentschaft zuständig, die hierbei vom Hohen Vertreter für die GASP unterstützt wurde.<sup>4</sup>

\* Dr. Bernd Martenczuk ist Mitglied des Juristischen Diensts der Europäischen Kommission und Professor (Teilzeit) an der Vrije Universiteit Brussel. Der Vortrag gibt ausschließlich die persönliche Meinung des Verfassers wieder. Der Verfasser dankt Julian Currall und Pieter van Nuffel für wertvolle Anmerkungen.

1 Beschluss 2010/427/EU des Rates v. 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Diensts, ABl. EU 2010 L 201/30 (hiernach: EAD-Beschluss).

2 Nicht näher eingegangen wird auf die Delegationen der Union als Teil des EAD. S. dazu K. Schmalenbach in diesem Heft auf S. 205.

3 Vgl. hierzu näher B. Martenczuk, The External Representation of the European Union: From Fragmentation to a Single European Voice?, in: Fischer-Lescano/Gasser/Marauhn/Ronzitti (Hrsg.), FS Bothe, 2008, S. 941, 942 ff.

4 Vgl. Art. 18 Abs. 1 u. 3 EUV a.F.

Diese Zersplitterung fand ihre Fortsetzung auch auf der Ebene der für die Außenbeziehungen zuständigen Dienste. Die EU verfügte vor dem Vertrag von Lissabon über keinen einheitlichen Auswärtigen Dienst. Innerhalb der Kommission war für die Koordinierung der Außenbeziehungen ein Kommissionsmitglied zuständig,<sup>5</sup> das sich für die Erfüllung seiner Aufgaben auf die Generaldirektion Außenbeziehungen stützen konnte. Die Kommission verfügte auch über ein Netzwerk von ca. 130 Delegationen in Drittländern und bei internationalen Organisationen, die jedoch formal nicht die Union, sondern lediglich die Kommission vertraten. Der Hohe Vertreter für die GASP war dagegen zugleich Generalsekretär des Ministerrates<sup>6</sup> und stützte sich daher zur Erfüllung seiner Aufgaben auf das Generalsekretariat des Rates. Diesem Generalsekretariat gehörte seit dem Vertrag von Amsterdam auch eine Strategieplanungs- und Frühwarnereinheit an, die den Hohen Vertreter in der Erfüllung seiner Aufgaben auf dem Gebiet der GASP unterstützen sollte.<sup>7</sup> Zugleich verfügte der Rat auch über zwei Delegationen bei den internationalen Organisationen in New York und Genf.

Der Reformprozess, der schließlich in den Vertrag von Lissabon mündete, hatte insbesondere zum Ziel, diese Zersplitterung der Außenvertretung der Union zu beenden. Die Erklärung des Europäischen Rates von Laeken vom 14. und 15. Dezember 2001, mit welchem die Einrichtung eines Europäischen Konvents beschlossen wurde, hatte bereits ausdrücklich die Stärkung der Effizienz und Kohärenz des auswärtigen Handelns der Union zum Ziel des Reformprozesses gemacht.<sup>8</sup> Zu diesem Ziel kristallisierte sich in der Arbeit des Konvents schon bald die Absicht heraus, der Union eine einheitliche Rechtspersönlichkeit unter Abschaffung der bisherigen Pfeilerstruktur zu geben.<sup>9</sup> Zugleich sollte auf dieser Basis auch eine einheitliche Außenvertretung der Union ermöglicht werden. Hierzu diente zunächst die Fusion der Ämter des bisherigen Hohen Vertreters und des Außenkommissars im neuen Amt eines „Europäischen Außenministers“. <sup>10</sup> Es bestand im Konvent jedoch bald Einigkeit, dass es nicht mit einer Fusion auf der politischen Leitungsebene getan war, sondern sich der neue „Außenminister“ zur Erfüllung seiner Aufgabe auch auf einen einheitlichen Dienst stützen können muss. Aus diesem Grund empfahl die Arbeitsgruppe VII des Europäischen Konvents die Einrichtung eines „Europäischen Auswärtigen Dienstes“, der unter der Leitung des Außenministers stehen und sich aus Beamten der Generaldirektion Außenbeziehungen der Kommission,

5 Zuletzt in der Kommission *Barroso I* Frau *Benita Ferrero-Waldner*.

6 Art. 207 Abs. 2 EGV.

7 Erklärung Nr. 6 zum Vertrag von Amsterdam.

8 Schlussfolgerungen des Europäischen Rates v. 14./15.12.2001, SN 300/1, Anlage 1, S. 3 u. 6.

9 S. bereits den Abschlussbericht der Arbeitsgruppe III zur Rechtspersönlichkeit der Union, Brüssel, 1.10.2002, KONV 305/02; dazu näher auch *F. Erlbacher*, Rechtspersönlichkeit und Rechtsnachfolge, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), *Der Vertrag von Lissabon*, 2009, S. 123; *B. Martenczuk*, Außenbeziehungen und Außenvertretung, in: Hummer/Obwexer (Hrsg.), *Der Vertrag über eine Verfassung für Europa*, 2007, S. 177, 180 ff.

10 S. dazu bereits *B. Martenczuk*, *External Representation* (Fn. 3), S. 951 ff. sowie unten III.1.

des Generalsekretariats des Rates sowie aus abgeordneten Beamten aus den auswärtigen Diensten der Mitgliedstaaten zusammensetzen sollte.<sup>11</sup>

Bereits der Entwurf des Europäischen Konvents für einen Vertrag über eine Verfassung für Europa bestimmte daher, dass sich der Außenminister bei der Erfüllung seines Auftrags auf einen Europäischen Auswärtigen Dienst stützt.<sup>12</sup> Die Details der Einrichtung des Dienstes waren nach einer „Erklärung über den Europäischen Auswärtigen Dienst“ vom Ministerrat und der Kommission zu vereinbaren, wobei die Erklärung bereits vorsah, dass sich der Dienst aus Beamten des Generalsekretariats des Rates und der Kommission sowie aus abgeordneten Diplomaten der Mitgliedstaaten zusammensetzen sollte. Im endgültigen Text des Verfassungsvertrags fand sich ebenfalls eine Bestimmung über die Einrichtung des EAD, in die zudem der Inhalt der vorherigen Erklärung zum EAD integriert wurde.<sup>13</sup> Anders als noch der Konventsentwurf sprach der Verfassungsvertrag allerdings nicht davon, dass die Einzelheiten der Errichtung des EAD vom Rat und der Kommission zu vereinbaren seien, sondern sah vor, dass diese Einzelheiten vom Rat auf Vorschlag des Außenministers nach Anhörung des Parlaments und mit Zustimmung der Kommission zu erlassen seien. Diese Bestimmung wurde bis auf redaktionelle Korrekturen unverändert in den Vertrag von Lissabon übernommen und findet sich nun in Art. 27 Abs. 3 EUV.

Gemäß der Erklärung Nr. 24 zum Verfassungsvertrag nahmen der Generalsekretär des Rates und Hohe Vertreter, die Kommission und die Mitgliedstaaten die Vorarbeiten für einen EAD-Beschluss bereits nach Unterzeichnung des Verfassungsvertrags am 29. Oktober 2004 auf. In der Tat hatte der Verfassungsvertrag – wie später auch der Vertrag von Lissabon – wesentliche Fragen hinsichtlich der Errichtung des EAD offen gelassen. So war insbesondere zu klären, welchen institutionellen Status der neue Dienst haben sollte, welche Dienststellen und Einrichtungen in ihn zu transferieren waren, und welche Aufgaben er haben sollte. In einem Fortschrittsbericht des Hohen Vertreters und der Kommission wurden die Positionen der beteiligten Parteien zu diesen Fragen zusammengefasst.<sup>14</sup> Insbesondere schlug der Fortschrittsbericht vor, der neue Dienst solle keine neue Institution sein, sondern eine *sui generis*-Stellung mit engen Beziehungen sowohl zur Kommission als auch zum Rat haben.<sup>15</sup> Diese Vorarbeiten wurden jedoch im Frühjahr 2005 nach den negativen Referenden über den Verfassungsvertrag in Frankreich und den Niederlanden abgebrochen.

Der Vertrag von Lissabon, der den wesentlichen Inhalt des Verfassungsvertrags einschließlich der Bestimmungen über den Hohen Vertreter – unter Aufgabe der Bezeichnung „Außenminister“ – und den EAD übernommen hatte, wurde am 13. Dezember 2007 unterzeichnet. Die Erklärung Nr. 15 zum Vertrag von Lissabon

11 Abschlussbericht der Arbeitsgruppe VII, Brüssel, 16.12.2002, KONV 459/02, Rn. 7 u. 36; hierzu *S. Duke*, *The European External Action Service: Antidote against Incoherence?*, EFAR 2012, S. 45, 47.

12 Art. III-197 Abs. 3 Konvententwurf.

13 Art. III-296 Abs. 3 EVV.

14 Ratsdok. 9956/05 v. 9.6.2005.

15 Fortschrittsbericht (Fn. 14), Rn. 6.

sah wiederum vor, dass mit der Unterzeichnung auch die Vorarbeiten zur Errichtung des EAD wieder aufgenommen werden sollten. Tatsächlich wurden diese Vorarbeiten aufgrund der erneuten Schwierigkeiten mit der Ratifikation des Vertrags jedoch erst im Herbst 2009 wieder aufgenommen, nachdem feststand, dass der Vertrag zum 1. Dezember 2009 in Kraft treten würde.<sup>16</sup>

Erste Orientierungen für den EAD-Beschluss fanden sich in einem Bericht der Präsidentschaft an den Europäischen Rat vom 23. Oktober 2010.<sup>17</sup> In diesem Bericht wurde wiederum vorgeschlagen, der Dienst solle eine sui-generis-Stellung haben und von Rat und Kommission getrennt sein.<sup>18</sup> Zum Umfang des Dienstes vertrat der Bericht, der Dienst solle geographisch zuständige Einheiten („Desks“) für alle Regionen und Drittländer haben; Erweiterung, Entwicklungspolitik und Handelspolitik sollten dagegen im Zuständigkeitsbereich der Kommission verbleiben.<sup>19</sup> Zu gleicher Zeit nahm auch das Parlament – obwohl dieses bei der Annahme des EAD-Beschlusses lediglich zu konsultieren und an den Vorarbeiten formell nicht beteiligt war – eine Entschließung zur Einrichtung des Europäischen Dienstes an.<sup>20</sup> In dieser Entschließung vertrat das Europäische Parlament insbesondere, der EAD sei als Dienststelle sui generis in die Verwaltungsstruktur der Kommission einzugliedern.<sup>21</sup> Dies war u.a. auch darauf zurückzuführen, dass sich das Parlament bei einer Eingliederung in die Kommission, die seiner politischen Kontrolle unterliegt, eine höhere Möglichkeit der Einflussnahme auf den EAD versprach. Dessen ungeachtet billigte der Europäische Rat vom 29. und 30. Oktober 2009 den Präsidentschaftsbericht als „Leitlinie“ für die weitere Arbeit am EAD-Beschluss.<sup>22</sup>

Die zwischenzeitlich ernannte Hohe Vertreterin *Catherine Ashton* unterbreitete ihren Vorschlag für einen EAD-Beschluss am 25. März 2010. Dieser Vorschlag hielt sich im Wesentlichen im Rahmen der Leitlinien des Berichts der Präsidentschaft vom Oktober 2009; insbesondere sah er ebenfalls die Errichtung des EAD als Einrichtung sui generis vor. Auf der Grundlage dieses Vorschlags kam es zu intensiven Verhandlungen zwischen der Hohen Vertreterin, dem Rat, der Kommission und dem Parlament (sog. Quadrilog).<sup>23</sup> Die Beteiligung des Parlaments, dass nach Art. 27 Abs. 3 EUV eigentlich lediglich zu konsultieren war, erklärte sich daraus, dass zur Errichtung eines eigenständigen EAD auch Änderungen an der Haushaltsordnung sowie dem Beamtenstatut erforderlich waren, für die das Parlament als

16 S. B. van Vooren, A Legal-Institutional Perspective on the External Action Service, CMLRev. 2011, S. 475, 477; S. Vanhoonaeker/N. Reslow, The European External Action Service: Living Forwards by Understanding Backwards, EFAR 2010, S. 1, 4.

17 Ratsdok. 14930/09 v. 23.10.2009.

18 Ratsdok. 14930/09 (Fn. 17), Rn. 16.

19 Ratsdok. 14930/09 (Fn. 17), Rn. 4 ff.

20 Entschließung des Europäischen Parlaments v. 22.10.2009 zu den institutionellen Aspekten der Errichtung des Europäischen Auswärtigen Dienstes, 2009/2133 (INI).

21 Entschließung des Europäischen Parlaments (Fn. 20), Rn. 7.

22 Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Brüssel, 1.12.2009, 15265/09 REV 1, Rn. 3. S. auch L. Erkelens/S. Blockmans, Setting up the European External Action Service – An Act of Institutional Balance, CLEER Working Paper 2012/1, S. 9 f.

23 S. hierzu L. Erkelens/S. Blockmans, European External Action Service (Fn. 22), S. 20 ff.; G. Sydow, Der Europäische Auswärtige Dienst, JZ 2011, S. 6, 7; B. van Vooren, Perspective (Fn. 16), S. 479.

Mitgesetzgeber nach dem ordentlichen Gesetzgebungsverfahren zuständig ist.<sup>24</sup> Das Parlament versuchte, aufgrund dieser Verknüpfung auch auf den Inhalt des EAD-Beschlusses stärker Einfluss zu nehmen; es verlangte ursprünglich sogar, dass die Rechtsakte nur im Paket angenommen werden sollten. Darauf ließ sich der Rat jedoch nicht ein und erließ den EAD-Beschluss bereits am 26. Juli 2010. Der Beschluss folgte in den zentralen Punkten dem Vorschlag der Hohen Vertreterin. Die Hohe Vertreterin kam dem Parlament jedoch mit einer „Declaration on Political Accountability“ entgegen,<sup>25</sup> in dem sie sich insbesondere verpflichtete, das Parlament zu verschiedenen Aspekten der GASP zu informieren und konsultieren.<sup>26</sup> Der Beschluss trat am Tag seiner Annahme in Kraft. Da es jedoch für ein eigenständiges Funktionieren des EAD auch der Änderungen an der Haushaltsordnung und dem Beamtenstatut sowie eines Nachtragshaushalts für den EAD bedurfte, bestimmte der EAD-Beschluss, dass die Bestimmungen über die Mittelverwaltung und die Personaleinstellung erst dann wirksam werden sollten, wenn die erforderlichen Änderungen sowie der Nachtragshaushalt in Kraft waren.<sup>27</sup> Die Änderungen am Beamtenstatut sowie an der Haushaltsordnung wurden nach langwierigen Verhandlungen mit dem Parlament schließlich am 24. November 2010 angenommen,<sup>28</sup> so dass der EAD-Beschluss zum 1. Dezember 2010 voll wirksam wurde. Aus praktischen Gründen wurde das Personal aus dem Generalsekretariat des Rates und der Kommission erst zum 1. Januar 2011 in den EAD transferiert,<sup>29</sup> so dass dieser Tag als der eigentliche Beginn der operationellen Tätigkeit des EAD gelten kann.

### III. Primärrechtlicher Rahmen

Nunmehr sollen die primärrechtlichen Vorgaben an den EAD dargestellt werden. Dabei ist zunächst auf den Status und die Aufgaben des Hohen Vertreters einzugehen, den der EAD zu unterstützen bestimmt ist.

24 W. Kaufmann-Bühler/N. Meyer-Landrut in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 41. EL 2010, Art. 27 EUV, Rn. 17.

25 Der Text dieser Erklärung sowie einer weiteren Erklärung „on the basic organisation of the EEAS central administration“ finden sich im Anhang der Legislativresolution des Europäischen Parlaments zum EAD-Beschluss v. 8.7.2010, P7\_TA(2010)0280.

26 Dazu B. van Vooren, *Perspective* (Fn. 26), S. 480.

27 Art. 13 Abs. 4 EAD-Beschluss.

28 Verordnung (EU, Euratom) Nr. 1080/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung des Statuts der Beamten der Europäischen Gemeinschaften und der Beschäftigungsbedingungen für die sonstigen Bediensteten der Europäischen Gemeinschaften, ABl. EU 2010 L 311/1; Verordnung (EU, Euratom) 1081/2010 des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Verordnung (EG, Euratom) Nr. 1605/2002 des Rates über die Haushaltsordnung für den Gesamthaushaltsplan der Europäischen Gemeinschaften in Bezug auf den Europäischen Auswärtigen Dienst, ABl. EU 2010 L 311/9.

29 S. Art. 7 Abs. 1 EAD-Beschluss.

## 1. Status und Aufgaben des neuen Hohen Vertreters

Der Vertrag von Lissabon schafft das neue Amt eines Hohen Vertreters für die GASP, der zugleich Vizepräsident der Europäischen Kommission ist.<sup>30</sup> Trotz der im Deutschen<sup>31</sup> gleichlautenden Bezeichnung weist das neue Amt erhebliche Unterschiede zum früheren Hohen Vertreter auf.

Zum Ersten verändert der Vertrag von Lissabon den Status und die institutionelle Anbindung des Hohen Vertreters. Denn nach Lissabon ist der Hohe Vertreter nicht mehr Generalsekretär des Rates, sondern Vizepräsident der Kommission. Zum Zweiten weitet der Vertrag die Aufgaben des Hohen Vertreters erheblich aus, indem er die Funktionen des Hohen Vertreters und des Außenkommissars fusioniert. Zum Dritten überträgt er dem Hohen Vertreter Funktionen, die bislang von der Präsidentschaft wahrgenommen wurden, nämlich die Außenvertretung auf dem Gebiet der GASP und den Vorsitz im Außenministerrat.

Im Wesentlichen hat der Hohe Vertreter nach Lissabon somit drei Kernaufgaben. Erstens ist er für die Leitung und Durchführung der GASP und die Außenvertretung der Union auf diesem Gebiet zuständig.<sup>32</sup> Zweitens ist er innerhalb der Kommission mit deren Zuständigkeiten im Bereich der Außenbeziehungen und der Koordinierung der übrigen Aspekte des auswärtigen Handelns betraut.<sup>33</sup> Drittens führt er den Vorsitz im Rat „Auswärtige Angelegenheiten“.<sup>34</sup>

Allerdings waren die Mitgliedstaaten trotz der Fusion der Ämter nicht bereit, auch ihre politische Kontrolle über das Handeln der Union auf dem Gebiet der GASP zu reduzieren, das auch nach dem Vertrag von Lissabon vom Prinzip der Einstimmigkeit im Rat geprägt bleibt.<sup>35</sup> Aus diesem Grund kam es zur Konstruktion des sog. „Doppelhuts“, d.h. der geteilten politischen Verantwortlichkeit des Hohen Vertreters. So handelt der Hohe Vertreter im Bereich der GASP als Beauftragter des Rates gemäß Art. 18 Abs. 2 EUV. Im Hinblick auf seine Aufgaben in der Kommission unterliegt der Hohe Vertreter dagegen gemäß Art. 18 Abs. 4 EUV der Verfahrensordnung der Kommission; dies bedeutet, dass er überstimmt werden kann und z.B. auch an Weisungen des Präsidenten der Kommission gebunden ist. Durch diese komplexe Konstruktion wird erreicht, dass der Hohe Vertreter für alle Politikbereiche der Union als Außenvertreter auftreten kann. Im Innenverhältnis tut er dies jedoch im Bereich der GASP als Beauftragter des Rates, während er in allen anderen Politikbereichen als Mitglied der Kommission tätig ist, die außerhalb der GASP gemäß Art. 17 Abs. 1 S. 6 EUV für die Außenvertretung der Union zuständig ist.

30 Art. 18 Abs. 1 u. 4 EUV. Näher hierzu B. Martenczuk, in: FS Bothe (Fn. 3), S. 951 ff.

31 Der englische und französische Vertragstext sprechen nunmehr allerdings von einem Hohen Vertreter für „foreign affairs“ bzw. „affaires étrangères“, was eine Ausweitung der Aufgaben gegenüber der früheren Bezugnahme nur auf die GASP impliziert.

32 Art. 18 Abs. 1, Art. 27 Abs. 1 u. 2 EUV.

33 Art. 18 Abs. 4 EUV.

34 Art. 18 Abs. 3 EUV.

35 G. Sydow, Der Europäische Auswärtige Dienst (Fn. 23), S. 9.



## 2. Rechtsgrundlage des EAD

Die Rechtsgrundlage für die Errichtung des EAD findet sich in Art. 27 Abs. 3 EUV, der sich im Kapitel des EUV über die GASP findet. Dessen Vorgaben sind sehr allgemein gehalten. Nach dieser Bestimmung stützt sich der Hohe Vertreter bei der Erfüllung „seines Auftrags“ auf den EAD. Der EAD arbeitet mit den nationalen diplomatischen Diensten zusammen und umfasst Beamte „der einschlägigen Abteilungen des Generalsekretariats des Rates und der Kommission“ sowie abgeordnetes Personal der nationalen diplomatischen Dienste. Die Organisation und Arbeitsweise des EAD werden durch einen Beschluss des Rates festgelegt, der auf Beschluss des Hohen Vertreters nach Anhörung des Parlaments und nach Zustimmung der Kommission ergeht. Der Beschluss des Rates ergeht gemäß Art. 31 Abs. 1 EUV einstimmig.<sup>36</sup>

Im Rahmen der Vorarbeiten für die Errichtung des EAD stellte sich die Frage, was unter dem „Auftrag“ des Hohen Vertreters i.S.d. Art. 27 Abs. 3 EUV zu verstehen ist. Zu klären war insbesondere, ob dies nur sein Auftrag im Rahmen der GASP ist oder auch sein Handeln im Rahmen der Kommission nach Art. 18 Abs. 4 EUV und der Vorsitz im Außenministerrat nach Art. 18 Abs. 3 EUV darunter fällt. Für erstere Meinung könnte sprechen, dass sich Art. 27 Abs. 3 EUV im Kapitel über die GASP findet; auch betreffen Art. 27 Abs. 1 und 2 nur die Aufgaben im Rahmen der GASP. Eine solche Lektüre würde jedoch bedeuten, dass sich der Hohe Vertreter auf mehrere, miteinander konkurrierende Dienste stützen muss. Damit wären die Effizienz- und Kohärenzeffekte, die mit dem Vertrag von Lissabon beabsichtigt waren, in Frage gestellt. Gegen eine solche enge Auslegung spricht auch, dass die Abteilungen der einschlägigen Beamten der Kommission in den EAD einzugliedern sind; die Kommission hatte jedoch im Bereich der GASP kaum Zuständigkeiten. Schließlich wäre auch kaum zu erklären, warum die Kommission dem Beschluss zustimmen muss, wenn es allein um den Aufgabenbereich der GASP ginge. Aus diesem Grund ist daher davon auszugehen, dass trotz der systematischen Stellung des Art. 27 Abs. 3 EUV der „Auftrag“ des Hohen Vertreters seinen gesamten Auftrag einschließlich seiner Tätigkeit als Vizepräsident der Kommission sowie als Vorsitz im Rat umfasst.<sup>37</sup>

## IV. Status, Aufgaben und Arbeitsweise des EAD

Es wird nunmehr die Ausgestaltung des EAD durch den EAD-Beschluss im Hinblick auf seinen Status (1.), seine Aufgaben und seinen Umfang (2.), sowie sein Verhältnis zu den anderen auf dem Gebiet der Außenbeziehungen tätigen Organen

36 Die Auffassung von *W. Kaufmann-Bühler/N. Meyer-Landrut*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 24), Art. 27 EUV, Rn. 19, es handele sich bei der Errichtung des EAD um eine Verfahrensfrage i.S.d. Art. 31 Abs. 5 EUV, so dass die einfache Mehrheit im Rat ausreicht, überzeugt nicht.

37 Ebenso *M. Kaltenborn/T. Holzhauer*, *Der Europäische Auswärtige Dienst und die neuen Kompetenzzuordnungen im Rahmen der europäischen Entwicklungszusammenarbeit*, EuR 2012, S. 100, 108.



untersucht (3.). Anschließend werden die Regeln über Personal (4.) und Haushalt des EAD (5.) dargestellt. Zuletzt wird auf die Frage eingegangen, ob der EAD Partei vor dem Europäischen Gerichtshof sein kann (6.).

## 1. Status des EAD

Für den institutionellen Status gab es in den Vorarbeiten für den EAD-Beschluss mehrere denkbare Modelle.<sup>38</sup> Ein mögliches Modell war das einer Anbindung des EAD an das Generalsekretariat des Rates. Das zweite Modell war das einer Anbindung an die Kommission, z.B. wie vom Parlament vorgeschlagen in Form einer "Generaldirektion" *sui generis*.<sup>39</sup> Die dritte Alternative war die eines Status *sui generis* unter Trennung von Rat und Kommission.

Eine Anbindung an das Generalsekretariat des Rates schied jedoch schnell aus, da es letztlich zu einer Verengung der Aufgaben des EAD auf den Bereich der GASP geführt hätte. Zudem war dieses Modell kaum mit der neuen Verankerung des Hohen Vertreters in der Kommission vereinbar. Eine Anbindung des EAD an die Kommission wäre dagegen zwar die logische Schlussfolgerung aus der Anbindung des Hohen Vertreters an die Kommission gewesen. Diese Lösung war jedoch für die Mehrzahl der Mitgliedstaaten nicht akzeptabel, die einen zu großen Einfluss der Kommission auf die Außenpolitik und insbesondere die GASP befürchteten. Als Kompromiss setzte sich daher das *sui-generis*-Modell durch, das nunmehr in Art. 1 Abs. 2 EAD-Beschluss verankert ist. Nach dieser Bestimmung ist der EAD eine „funktional eigenständige Einrichtung“ der EU, die „vom Generalsekretariat des Rates und der Kommission getrennt ist und über die erforderliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit verfügt, um ihre Aufgaben auszuführen“.

Der EAD ist somit eine eigenständige Einrichtung der Union. Er ist, da nicht in Art. 13 Abs. 1 EUV genannt, kein Organ der Union. Er ist vielmehr eine auf Primärrecht beruhende Einrichtung eigener Art, die Aufgaben vom Generalsekretariat des Rates und den Dienststellen der Kommission übernommen hat. Anders als viele andere EU-Ämter und Einrichtungen hat der EAD jedoch keine eigene Rechtspersönlichkeit,<sup>40</sup> sondern lediglich die „erforderliche Rechts- und Geschäftsfähigkeit“.<sup>41</sup> Der Verzicht auf eine ausdrückliche Rechtspersönlichkeit war insbesondere dem Bemühen geschuldet, dem EAD gegenüber seinen „Mutterorganen“ Rat und Kommission, die ebenfalls keine Rechtspersönlichkeit haben, keine zu starke Stellung einzuräumen. Praktische Auswirkungen auf die Handlungsfähigkeit des EAD dürfte dies jedoch nicht haben.

Bemerkenswert ist, dass der EAD-Beschluss ausdrücklich die Trennung von Ratssekretariat und Kommission betont. Dies ist jedoch nicht im Sinne einer völligen

38 S. hierzu *L. O. Petersen*, *Europäisierung der Diplomatie*, 2011, S. 223 ff.

39 S. oben Fn. 20.

40 S. etwa Art. 2 Abs. 1 Ratsbeschluss 2009/371/JI zur Errichtung von Europol, ABl. EU 2009 L 1121/37; Art. 115 Abs. 1 Verordnung (EG) Nr. 207/2009 über die Gemeinschaftsmarke (zum Markenamt), ABl. EU 2009 L 78/1; hierzu näher auch *B. van Vooren*, *Perspective* (Fn. 26), S. 484 ff.

41 Der englischen Text spricht genauer von „legal capacity“, im französischen „capacité juridique“.

Unabhängigkeit zu verstehen; vielmehr steht der EAD (wie auch der Hohe Vertreter) in einem engen Verhältnis der Anbindung und Abhängigkeit von Rat und Kommission. Anders als zum Teil während der Beratungen gefordert,<sup>42</sup> verlangt der EAD-Beschluss auch keine „Äquidistanz“ von Rat und Kommission. Dieser Gedanke war v.a. gegen die Kommission gerichtet, die aufgrund ihrer umfangreichen Kompetenzen auf dem Gebiet der Außenbeziehungen eng mit dem EAD kooperieren muss. Ein Grundsatz der „Äquidistanz“ wäre daher künstlich gewesen und dem Ziel einer Stärkung von Kohärenz und Effizienz in den Außenbeziehungen zuwidergelaufen. Es ist daher zu begrüßen, dass der EAD-Beschluss diesen Gedanken nicht aufgegriffen hat, sondern in Art. 3 vielmehr die Notwendigkeit der Kooperation sowohl mit Generalsekretariat als auch mit der Kommission betont, wobei die Intensität dieser Kooperation den Notwendigkeiten der betroffenen Politikbereiche überlassen bleibt.<sup>43</sup>

## 2. Aufgaben und Umfang des EAD

Im Hinblick auf die Aufgaben des EAD war zunächst zu bestimmen, für welche der Aufgaben des Hohen Vertreters der EAD diesen unterstützen sollte. Insofern war die erste Frage, ob der EAD den Hohen Vertreter nur in seinen Aufgaben auf dem Gebiet der GASP oder auch in seiner Rolle als Vizepräsident der Kommission und als Vorsitzender des Außenministerrates unterstützen sollte. Im Einklang mit der hier vertretenen weiten Auslegung des Art. 27 Abs. 3 EUV hat der EAD-Beschluss in Art. 2 Abs. 1 den Auftrag des EAD so definiert, dass er die Unterstützung des Hohen Vertreters in allen seinen Funktionen nach Art. 18 EUV umfasst.

Diese weite Aufgabenbeschreibung hatte erhebliche Auswirkungen auch auf die Frage, welche Dienststellen vom Generalsekretariat des Rates und Kommission in den EAD zu überführen waren. Hierfür gab es ursprünglich ebenfalls drei Modelle:<sup>44</sup> erstens die Errichtung eines Diensts mit Aufgaben nur für die GASP (Minimallösung); zweitens die Errichtung eines Diensts mit der Aufgabe, alles auswärtige Handeln der EU zu leiten und zu koordinieren, einschließlich etwa der Politikbereiche Handel, Entwicklungspolitik, Erweiterung (Maximallösung); drittens als vermittelnde Lösung eine Zuständigkeit für die GASP sowie die allgemeine politische Koordinierung des Außenhandelns.

Mit der weiten Aufgabenbeschreibung des EAD war die erste Lösung (Minimallösung GASP) aus dem Rennen. Die Wahl zwischen der zweiten und der dritten Lösung hing dagegen auch davon ab, wie man die Aufgabe des Hohen Vertreters im Rahmen der Kommission interpretiert. Es stellte sich insbesondere die Frage, was unter der Wahrnehmung der „Zuständigkeiten im Bereich der Außenbeziehungen“ der Kommission i.S.d. Art. 18 Abs. 4 EUV zu verstehen ist. Bei einer wörtlichen

42 S. hierzu *B. van Vooren*, Perspective (Fn. 26), S. 479.

43 S. unten III.3.

44 *S. L. O. Petersen*, Europäisierung (Fn. 38), S. 227 ff.; *S. Vanhoonacker/N. Reslow*, European External Action Service (Fn. 16), S. 7 ff.

Auslegung hätte man hierunter auch die Zuständigkeiten im Bereich der Handelspolitik, Entwicklungspolitik, Erweiterung und humanitäre Hilfe verstehen können. Dies hätte jedoch einerseits zu einer enormen Aufblähung des EAD geführt, die kaum praktikabel gewesen wäre. Zugleich hätte eine solche Lösung zu einem starken Bedeutungsverlust der Kommission geführt und war daher für diese nicht akzeptabel.

Durchgesetzt hat sich aus diesen Gründen letztlich das dritte Modell. Dies spiegeln die in den EAD transferierten Dienste von Ratssekretariat und Kommission wieder. Transferiert wurden nach Art. 4 Abs. 1 in Verbindung mit dem Anhang zum Beschluss vom Rat v.a. die GASP-Abteilungen, die Krisenbewältigungsstrukturen sowie einige Teile der Generaldirektion Außenbeziehungen; von der Kommission wurden die Generaldirektion Außenbeziehungen sowie aus der Generaldirektion Entwicklungspolitik die geographischen Abteilungen mit Zuständigkeit für die AKP-Staaten transferiert. Hinzu traten auch die Delegationen der Kommission, die ebenfalls Bestandteil des EAD wurden. Die sektorspezifischen Außenpolitiken wie Handelspolitik, Erweiterung, Entwicklungspolitik und humanitäre Hilfe verbleiben dagegen in der Zuständigkeit der Kommission.

Der EAD entspricht somit von seinen Aufgaben und seinem Aufbau her weitgehend einem klassischen Außenministerium mit geographischen Abteilungen für alle Regionen der Welt sowie allgemeinen horizontalen Abteilungen für besondere außenpolitische Themen sowie einem besonderen Schwerpunkt im Bereich der Krisenbewältigung.<sup>45</sup>

### 3. Verhältnis zu anderen Organen

Der EAD-Beschluss betont in mehreren Bestimmungen die Notwendigkeit einer engen Zusammenarbeit des EAD mit den anderen auf dem Gebiet der Außenbeziehungen tätigen Organen. Gemäß Art. 2 Abs. 2 unterstützt der EAD nicht nur den Hohen Vertreter, sondern auch den Präsidenten des Europäischen Rates, den Präsidenten der Europäischen Kommission sowie die Kommission als ganze bei der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Aufgaben im Bereich der Außenbeziehungen. Gemäß Art. 3. Abs. 1 EAD Beschluss unterstützt der EAD zudem „die diplomatischen Dienste der Mitgliedstaaten sowie das Generalsekretariat des Rates und die Dienststellen der Kommission und arbeitet mit ihnen zusammen, um die Kohärenz zwischen den einzelnen Bereichen des auswärtigen Handelns der Union sowie zwischen diesen und den übrigen Politikbereichen der Union sicherzustellen.“

Eine eigene Bestimmung widmet der EAD-Beschluss schließlich der Zusammenarbeit mit den Dienststellen der Kommission. Gemäß Art. 3 Abs. 2 konsultieren der EAD und die Dienststellen der Kommission einander bei der Wahrnehmung ihrer jeweiligen Aufgaben zu allen Fragen im Zusammenhang mit dem auswärtigen Han-

45 W. Kaufmann-Bühler/N. Meyer-Landrut, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Fn. 24), Art. 27 EUV, Rn. 22; G. Müller-Brandeck-Bocquet/C. Rüger, Zehn Jahre Hoher Vertreter – Lehren für die EU-Außen- und Sicherheitspolitik nach Lissabon, *integration* 2011, S. 24, 38.

deln der Union. Art. 3 Abs. 2 ordnet ebenfalls an, dass der EAD an den vorbereitenden Arbeiten und Verfahren im Zusammenhang mit Maßnahmen, die die Kommission in diesem Bereich vorzubereiten hat, teilnimmt. Ausgenommen sind hiervon lediglich Fragen, die in den Bereich der Gemeinsamen Sicherheits- und Verteidigungspolitik (GSVP) fallen.

In der Praxis bedeutet dies, dass, wenn die Kommissionsdienste einen Vorschlag ausarbeiten, der außenpolitische Relevanz haben kann, der EAD schon im Vorfeld einzubeziehen und zu konsultieren ist. Umgekehrt muss der EAD die Kommissionsdienststellen konsultieren, wenn er Vorschläge auf dem Gebiet der Außenbeziehungen ausarbeitet. Dies ergibt sich auch schon daraus, dass alle Vorschläge, die im Verantwortungsbereich des Hohen Vertreters gemacht werden, vom Kollegium nach der Verfahrensordnung der Kommission angenommen werden müssen. Wenn internationale Abkommen auszuhandeln sind, kann der EAD Verhandlungsführer sein, wobei er dann andere Dienststellen beteiligen muss; sind andere Dienststellen federführend, kann der EAD in der Verhandlungsdelegation mit beteiligt werden. Ausgenommen von der Konsultations- und Zusammenarbeitspflicht ist nur die GSVP. Vorschläge des Hohen Vertreters auf dem Gebiet der GSVP kann der EAD somit autonom ausarbeiten, ohne daran die Kommissionsdienste beteiligen zu müssen. Gleichwohl ist es rechtlich nicht ausgeschlossen, dass der EAD Kommissionsdienststellen informiert oder konsultiert, wenn Maßnahmen auf dem Gebiet der GSVP Auswirkungen auf andere Politikbereiche haben.

Der EAD-Beschluss geht somit von einer engen Arbeitsbeziehung zwischen der Kommission und dem EAD aus.<sup>46</sup> Dies ist zu begrüßen, da nur durch eine enge Zusammenarbeit aller mit der EU-Außenpolitik befasster Dienste die Effizienz und Kohärenz in den EU-Außenbeziehungen verbessert werden kann.<sup>47</sup> Durch eine enge Zusammenarbeit zwischen den Diensten schon im Vorfeld der Politikformulierung ist zu hoffen, dass Konflikte und Reibungen auf ein Minimum reduziert bleiben, wenn auch Konflikte nach wie vor nicht ausgeschlossen sind. Sollte es zu einem Konflikt zwischen dem EAD und anderen Dienststellen zu einer Frage außerhalb der GASP kommen, so ist auf der politischen Ebene letztlich das Kollegium der Kommission berufen, die Frage zu lösen. Problematisch wird es nur dann, wenn sich Rat und Kommission nicht einigen können, ob eine Frage der GASP zuzurechnen ist oder nicht.<sup>48</sup> Diese Problematik ist jedoch schon im „Doppelhut“ des Hohen Vertreters angelegt und konnte daher auch durch den EAD-Beschluss nicht gelöst werden.

46 *B. van Vooren*, Perspective (Fn. 26), S. 501, spricht davon, der EAD sei „functionally akin to a Commission Directorate General“.

47 *S. Duke*, European External Action Service (Fn. 11), S. 52.

48 *S. Duke*, European External Action Service (Fn. 11), S. 52, vermerkt insofern zu recht, dass ein neuer ECOWAS-Fall nicht völlig auszuschließen ist.

#### 4. Verwaltungsaufbau und Personal

Der Verwaltungsaufbau des EAD ist in Art. 4 EAD-Beschluss detailliert geregelt worden. Er wird hiernach geleitet durch einen „Geschäftsführenden Generalsekretär“, der unterstützt wird durch zwei stellvertretende Generalsekretäre. Hinzu tritt noch ein „Chief Operating Officer“, der für Haushalt und Verwaltung zuständig ist. Diese vier Personen bilden unter Leitung des Hohen Vertreters ein „Corporate Board“, das für die Leitung des EAD zuständig ist. Darunter finden sich zahlreiche Generaldirektionen mit geographischen oder sachlichen Zuständigkeiten. Dieses insgesamt sehr komplexe Organigramm ist sicherlich auch dem Wunsch geschuldet, Leitungspositionen für Staatsangehörige möglichst vieler Mitgliedstaaten zur Verfügung stellen zu können.

Der EAD verfügt über eigenes Personal. Obwohl kein Organ der EU, hat der EAD durch die Änderung des Statuts den Status eines Organs erhalten.<sup>49</sup> Er ist damit den Organen praktisch gleichgestellt und kann Beamte und andere EU-Bedienstete einstellen. Anstellungsbehörde im Sinne des Statuts ist der Hohe Vertreter, der die hiermit verbundenen Befugnisse an den EAD weiter übertragen kann.<sup>50</sup>

Im Einklang mit Art. 27 Abs. 3 EUV setzt sich das Personal des EAD aus Beamten des Generalsekretariats des Rates, der Kommission sowie abgeordneten Beamten aus den nationalen diplomatischen Diensten zusammen. Letztere erhalten für die Zeit ihrer Tätigkeit für den EAD den Status von Bediensteten auf Zeit. Sie haben während ihrer Tätigkeit für den EAD die gleichen Rechte und Pflichten wie EU-Beamte.<sup>51</sup>

Personaleinstellungen im EAD erfolgen gemäß Art. 6 Abs. 6 EAD-Beschluss nach dem Leistungsprinzip. Der Hohe Vertreter legt gemäß Art. 6 Abs. 8 die Auswahlverfahren fest, in die Vertreter der Mitgliedstaaten, des Ratssekretariats und der Kommission einzubeziehen sind; die Entscheidung über die Einstellung obliegt in letzter Instanz aber dem Hohen Vertreter. Gemäß Art. 6 Abs. 9 EAD-Beschluss sollen das Personal aus den nationalen diplomatischen Diensten mindestens 30%, die EU-Beamten mindestens 60% des Personals ausmachen.

#### 5. Haushalt, Mittelverwaltung und Programmierung

Der EAD wird auch für die Zwecke der Haushaltsordnung einem Organ gleichgestellt.<sup>52</sup> Dies bedeutet, dass er einen eigenen Verwaltungshaushalt hat, der es ihm ermöglicht, seine Verwaltungsausgaben selbst zu tragen und zu verantworten.

Die Ausführung des operationellen Haushalts der Union obliegt dagegen gemäß Art. 317 AEUV der Kommission. Dies bedeutet, dass grundsätzlich allein die Kommission befugt ist, über Finanzmittel zu verfügen, die unter den verschiedenen Fi-

49 Art. 1 b lit. a Beamtenstatut i.d.F. Verordnung 1080/2010 (Fn. 28).

50 Art. 95 Abs. 1 Beamtenstatut i.d.F. Verordnung 1080/2010 (Fn. 28).

51 Art. 6 Abs. 7 EAD-Beschluss.

52 Art. 1 Abs. 2 Haushaltsordnung i.d.F. Verordnung 1081/2010 (Fn. 28).

finanzierungsinstrumenten bereitstehen. Dies gilt sogar für Finanzprogramme im Bereich der GASP, die ebenfalls durch die Kommission durchgeführt wurden.

Um die Durchführungskompetenz der Kommission für den Unionshaushalt zu wahren, wurde dem Hohen Vertreter daher gemäß Art. 9 Abs. 6 EAD-Beschluss eine eigene Dienststelle zugeordnet, der sog. „Foreign Policy Instruments Service“ (FPIS). Dieser Dienst wird räumlich mit dem EAD zusammengelegt, bleibt administrativ aber ein Dienst der Kommission.<sup>53</sup>

Detaillierte Regelungen finden sich in Art. 9 EAD-Beschluss für die Programmierung der Finanzierungsinstrumente auf dem Gebiet der Außenbeziehungen.<sup>54</sup> Die Verantwortlichkeiten des EAD und der Kommissionsdienststellen sind dabei differenziert geregelt. Für einige Instrumente, wie z.B. das Stabilitätsinstrument, die Zusammenarbeit mit Industrieländern oder Maßnahmen im Bereich der GASP ist der EAD allein zuständig.<sup>55</sup> Für die meisten anderen Instrumente wie z.B. den Europäischen Entwicklungsfonds, das Instrument für Entwicklungshilfeszusammenarbeit oder das Nachbarschafts- und Partnerschaftsinstrument, ist die Programmierung grundsätzlich durch den EAD und die zuständigen Kommissionsdienststellen einvernehmlich vorzunehmen.<sup>56</sup> Zur vermerken ist, dass die Programme – mit Ausnahme von Maßnahmen auf dem Gebiet der GASP – in jedem Fall letztlich von der Kommission genehmigt werden müssen.

## 6. EAD als Partei vor dem Gerichtshof der EU

Eine aus juristischer Sicht interessante Frage ist, ob und inwieweit der EAD als neue Einrichtung Partei in Verfahren vor dem Gerichtshof der EU sein kann.<sup>57</sup> Insbesondere stellt sich der Frage, ob der EAD im Rahmen seiner Tätigkeit Maßnahmen ergreifen könnte, die Gegenstand einer Anfechtungsklage nach Art. 263 AEUV sein könnten.

Der EAD-Beschluss trifft zu dieser Frage keine Aussage. Nach Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV überwacht der Gerichtshof jedoch die Handlungen der Einrichtungen und sonstigen Stellen der EU, soweit diese Rechtswirkungen gegenüber Dritten haben.<sup>58</sup> Der EAD ist eine Einrichtung der EU und unterliegt insofern ebenfalls der Rechtskontrolle durch den Gerichtshof der EU. Fraglich ist jedoch, inwiefern er in der Lage ist, Rechtsakte mit Rechtswirkung für Dritte anzunehmen. Soweit es um die Wahrnehmung der inhaltlichen Aufgaben des EAD auf dem Gebiet der Außen-

<sup>53</sup> S. Art. 9 Abs. 6 letzter Satz EAD-Beschluss.

<sup>54</sup> Dazu eingehend *M. Kaltenborn/T. Holzhauser*, *Der Europäische Auswärtige Dienst* (Fn. 37), S. 103 ff.

<sup>55</sup> Art. 9 Abs. 6 EAD-Beschluss.

<sup>56</sup> Art. 9 Abs. 4 u. 5 EAD-Beschluss.

<sup>57</sup> Hierzu *B. van Vooren*, *Perspective* (Fn. 16), S. 493 ff. Weitere Fragen, auf die hier nicht näher eingegangen werden kann, stellen sich auch hinsichtlich der Fähigkeit von Hohem Vertreter oder EAD, Verfahren vor dem Gerichtshof der EU beizutreten.

<sup>58</sup> Dasselbe galt auch bereits vor der Einfügung des Art. 263 Abs. 1 S. 2 AEUV durch den Vertrag von Lissabon; siehe *EuG*, Rs. T-411/06 (Sogelma/Europäische Agentur für den Wiederaufbau, AER), Slg. 2008, II-2771, Rn. 33 ff.



politik geht, ist dies wohl weitgehend ausgeschlossen.<sup>59</sup> Denn es fehlt dem EAD insofern schon an eigenen Entscheidungsbefugnissen. Auf dem Gebiet der GASP kann der Hohe Vertreter lediglich Vorschläge unterbreiten; die Entscheidungsbefugnis verbleibt aber beim Ministerrat. Außerhalb der GASP können Entscheidungsbefugnisse gemäß Art. 290 und Art. 291 AEUV nur an die Kommission, nicht aber an den Hohen Vertreter oder den EAD übertragen werden. Auch soweit es um die Durchführung des operationellen Haushalts geht, fällt dies in die Zuständigkeit der Kommission, die insofern passiv legitimiert ist.<sup>60</sup>

Entscheidungen mit Rechtswirkung nach außen sind dagegen möglich, soweit der EAD seine Haushalts- und Personalautonomie ausübt. Der EAD ist ein Organ im Sinne des Beamtenstatuts; soweit es daher zu dienstrechtlichen Streitigkeiten zwischen dem EAD und seinem Personal kommt, ist der EAD die zu beklagende Partei.<sup>61</sup> Ebenso könnte es zu Rechtsstreitigkeiten zwischen dem EAD bei der Umsetzung des Verwaltungshaushalts des EAD kommen, etwa im Hinblick auf die Vergabe öffentlicher Aufträge durch den EAD. Ebenso ist der EAD gemäß 13 Abs. 1 EAD-Beschluss durch die Verordnung über den Zugang zu Dokumenten gebunden. Soweit es zum Streit über eine Entscheidung des EAD kommt, mit der der Zugang zu Dokumenten verweigert wird, wäre der EAD daher ebenfalls gemäß Art. 263 AEUV Beklagter.

Der EAD ist somit potentiell passiv legitimiert vor dem Gerichtshof der EU; die Prozessfähigkeit des EAD wird sich jedoch mangels sachlicher Entscheidungsbefugnisse weitgehend auf administrative und personalrechtliche Streitigkeiten beschränken.

## V. Schlussbewertung

Etwas mehr als ein Jahr nach seinem operationellen Start befindet sich der EAD noch in seiner Anfangsphase; für eine abschließende Bewertung des EAD ist es daher gegenwärtig noch zu früh.<sup>62</sup>

Gleichwohl lassen sich einige Aussagen zur rechtlichen Ausgestaltung des EAD bereits treffen. Der Zuschnitt des EAD und seiner Aufgaben nach dem Modell des klassischen Außenministeriums sind grundsätzlich zu begrüßen. Er erlaubt es dem EAD, den Hohen Vertreter in allen seinen Aufgaben zu unterstützen, ohne die Kompetenzen der fachlich zuständigen Generaldirektionen der Kommission übermäßig zu beschneiden. Was den *sui-generis*-Status des EAD angeht, so trägt dieser die Züge eines klassischen Kompromisses. Die Gefahren, die von dem eigenständigen Status des EAD für die Kohärenz des auswärtigen Handelns der Union hätte

<sup>59</sup> Ebenso *B. van Vooren*, Perspective (Fn. 16), S. 496.

<sup>60</sup> Beschluss des Gerichts vom 6.6.2012, Rs. T-395/11, Elti/Delegation der Union in Montenegro, Rn. 64.

<sup>61</sup> I.d.S. die Einrede der Unzulässigkeit, die die Kommission in GöD, Beschluss v. 27.5.2011, verb. Rs. F-5/11 R u. F-15/11 R (Mariën/Kommission und EAD), erhoben hatte; zu einer Entscheidung über diese Frage kam es jedoch wegen späterer Erledigung der Rechtssache noch nicht.

<sup>62</sup> Für einen Überblick über die Tätigkeit des EAD im ersten Jahr seiner Existenz *S. Blockmans*, The European External Action Service one year on: First signs of strengths and weaknesses, CLEER Working Paper 2012/2.



drohen können, sind jedoch durch die klare Festlegung des EAD-Beschlusses auf Kooperation und Offenheit im Verhältnis von EAD und Kommissionsdienststellen erheblich reduziert worden. Auf dieser Grundlage ist daher in der Tat die Hoffnung berechtigt, dass der EAD einen positiven Beitrag zu Kohärenz und Effizienz in den Außenbeziehungen der Union leisten wird.

Eine erste Überprüfung des EAD-Beschlusses ist bereits für das Jahr 2013 vorgesehen;<sup>63</sup> dabei wird es vorwiegend um sein Funktionieren im Gefüge der Europäischen Institutionen gehen. Längerfristig wird interessant sein zu beobachten, wie sich das Verhältnis des EAD zu den nationalen diplomatischen Diensten entwickelt. Insbesondere stellt sich die Frage, ob der EAD den Beginn einer Zentralisierung der diplomatischen Tätigkeiten der Mitgliedstaaten darstellt. Eine Antwort auf diese Frage ist heute noch nicht möglich. Die Entwicklung des EAD wird zum einen von seinen Erfolgen in der Zukunft abhängen, zum anderen aber auch nicht zuletzt von der politischen Bereitschaft der Mitgliedstaaten zu weiterer Integration im Bereich der Außenpolitik.

63 Art. 13 Abs. 3 EAD-Beschluss.



## Die Delegationen der Europäischen Union in Drittländern und bei internationalen Organisationen

*Von Kirsten Schmalenbach, Salzburg\**

### I. Einleitung

Die Parallelen zu den staatlichen Außenministerien und ihren diplomatischen Vertretungen sind augenfällig: Der neue Europäische Auswärtige Dienst (EAD), der am 1. Dezember 2010 formell seine Tätigkeit aufgenommen hat, besteht aus einer Zentrale in Brüssel und den in Drittländern stationierten Delegationen der Europäischen Union (EU).<sup>1</sup> Umgangssprachlich werden letztere gerne „EU-Botschaften“<sup>2</sup> genannt, amtlich ist es bei dem bescheideneren und organisationstypischeren Delegationsbegriff geblieben. Die EU unterhält derzeit in Drittländern und bei internationalen Organisationen ein weltumspannendes Netz von 138 Delegationen auf sechs Kontinenten;<sup>3</sup> davon sind 28 Delegationen jeweils für zwei oder mehrere Drittländer zuständig. Die EU ist lediglich in vier UN-Mitgliedstaaten nicht akkreditiert: Delegationen fehlen in Nordkorea, Iran und Usbekistan wegen eingefrorener politischer Beziehungen;<sup>4</sup> die Eröffnung einer Delegation in der Republik Südsudan, die am 14. Juni 2011 als 193. Mitgliedstaat in die UN aufgenommen wurde, ist in Planung.<sup>5</sup> Der Aufgabenbereich von acht Delegationen in New York, Genf (2 x), Wien, Straßburg, Addis Abeba, Paris und Rom konzentriert sich ausschließlich auf die Beziehungspflege mit den dort ansässigen internationalen Organisationen.<sup>6</sup> Andere Delegationen sind nicht nur für die bilateralen Beziehungen zu ihrem Gastland zuständig, sondern auch für die dort sitzenden internationalen Organisationen, z.B. die Delegation in Jakarta, deren Delegationsleiter in Indonesien, Brunei und bei der Regionalorganisation ASEAN akkreditiert ist.

### II. EU-Delegationen im entstehungsgeschichtlichen Kontext

Die EU-Delegationen sind keine Neuschöpfung des Vertrags von Lissabon. Die Praxis, auswärtige Vertretungen in Drittstaaten zu unterhalten, begann einige Jahre nach Gründung der Montanunion, als im Jahr 1955 der Präsident der Hohen Be-

\* Dr. Kirsten Schmalenbach ist Professorin für Völker- und Europarecht an der Paris-Lodron-Universität Salzburg.

1 Art. 1 Abs. 4 EAD-Beschluss 2010/427, ABl. EU 2010 L 201/30.

2 S. auch Entschließung des Europäischen Parlaments v. 22.10.2009 zu den institutionellen Aspekten des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. EU 2009 C 265E/9 Abschnitt N.6.c.

3 S. Datenbank des EAD unter Abzug der Doppelnennungen, abrufbar unter [ec.europa.eu/external\\_relations/repdel/edelhrm/index.cfm](http://ec.europa.eu/external_relations/repdel/edelhrm/index.cfm).

4 Darüber hinaus gibt es keine Delegation in Westsahara, dessen Status umstritten ist und daher noch nicht als Staat anerkannt ist.

5 S. [www.eeas.europa.eu/south\\_sudan/index\\_en.htm](http://www.eeas.europa.eu/south_sudan/index_en.htm).

6 An den Organisationsstandorten Genf mit zwei Delegationen (WTO, UN-Organisationen), New York (UN), Paris (UNESCO, OECD), Rom (FAO, WFP, IFAD, seit 2006 Heiliger Stuhl, seit 2007 Malteser Orden), Wien (IAEA, UNODC, UNIDO, OSCE), Addis Abeba, Äthiopien (AU) und in Straßburg (Europarat).

hörde, *Jean Monnet*, das Büro der „Délégation de la Haute Autorité de la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier auprès du Gouvernement du Royaume-Uni“<sup>7</sup> in London eröffnete.<sup>8</sup> Kurz zuvor war 1954 ein Informationsbüro in Washington eingerichtet worden, getragen von der politischen Absicht, die Kontinuität des europäischen Integrationsprozesses trotz des Scheiterns der Europäischen Verteidigungsgemeinschaft zu demonstrieren.<sup>9</sup>

Einen anderen Ausgangspunkt nahm die Delegationspraxis der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, die anfänglich ausschließlich im Dienst der Assoziierung der Überseeischen Länder und Hoheitsgebiete (ÜLG) stand.<sup>10</sup> Zur Kontrolle der Entwicklungszusammenarbeit mit den ÜLG wurden von der Kommission Teams in die entsprechenden Gebiete entsendet, deren Mitglieder, sog. *contrôleurs techniques*, nicht der Kommission angehörten, sondern aus der Privatwirtschaft rekrutiert wurden.<sup>11</sup> Anstellungskörperschaft war die Europäische Agentur für Zusammenarbeit, eine halbautonome Organisation des belgischen Privatrechts. In dem Maße, in dem die Gemeinschaft ihre Kompetenzen im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit ausbaute, dehnte sich das Einsatzgebiet der *contrôleurs techniques* – später *contrôleurs-délégués* – auf Drittstaaten aus, insbesondere auf die Afrikanischen, Karibischen und Pazifischen Staaten (AKP).<sup>12</sup> Vorstöße, eine „echte“ diplomatische Vertretung der drei Gemeinschaften in Washington, London und Lateinamerika einzurichten, scheiterten in den 60er Jahren an den Souveränitätsbedenken Frankreichs.<sup>13</sup> Das hinderte die Kommission nicht daran, ihr Delegationsnetz – seit 1975 offiziell als „Delegationen der Kommission“ bezeichnet und entsprechend personell in der Kommission verankert – sukzessive auszubauen und mit politischen wie repräsentativen Aufgaben jenseits der Entwicklungszusammenarbeit zu betrauen.<sup>14</sup> Mit fast 100 Delegationen hatte die Kommission zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Maastrichter Vertrags am 1. November 1993 die globale Präsenz der Gemeinschaft sichergestellt.<sup>15</sup>

7 S. C. Becker-Döring, Die Außenbeziehungen der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl von 1952-1960: Die Anfänge einer europäischen Außenpolitik?, 2003, S. 140.

8 K. Karalus, Die diplomatische Vertretung der Europäischen Union, 2009, S. 98.

9 J. Moran/F. Ponz Canto, Taking Europe to the World. 50 Years of the European Commission's External Service, European Commission (Hrsg.), 2004, S. 11; P. Winand, The US Mission to the EU in „Brussels D.C.“, the European Commission Delegation in Washington D.C. and the New Transatlantic Agenda, in: Philippart/Winand (Hrsg.), Ever Closer Partnership. Policy-Making in US-EU Relations, 2001, S. 107, 127 f.

10 Vierter Teil des Vertrags zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957.

11 J. Moran/F. Ponz Canto, Taking Europe (Fn. 9), S. 15.

12 K. Karalus, Die diplomatische Vertretung (Fn. 8), S. 109.

13 J. Moran/F. Ponz Canto, Taking Europe (Fn. 9), S. 15.

14 D. Spence, The Commission's External Service, in: Spence/Edwards (Hrsg.), The European Commission, 2006, S. 403.

15 K. Karalus, Die diplomatische Vertretung (Fn. 8), S. 114.

### III. Organisationsrechtliche Verankerung und Aufgaben der Delegationen nach Lissabon

#### 1. Rechtlicher Status der Delegationen innerhalb der Union

Die im Vertrag von Lissabon anvisierte Ausgliederung der Delegationen aus dem Behördenaufbau der Kommission ist Ausdruck einer bemerkenswerten Machtverschiebung im Bereich des unionalen Außenhandelns. Aus den existierenden Kommissionsdelegationen sind EU-Delegationen geworden; nicht mehr die Kommission, sondern der Hohe Vertreter öffnet neue und schließt bestehende Delegationen, wenn auch aus Gründen der innerunionalen Machtbalance im Einvernehmen mit Rat und Kommission (Art. 5 Abs. 1 EAD-Beschluss).<sup>16</sup> Das Europäische Parlament, das im Bereich der Außenpolitik weiterhin kompetenziell schwach aufgestellt ist, wird sich lediglich über seine Haushaltsbefugnisse gegen die Eröffnung neuer Delegationsstandorte sperren können.

Während die Delegationen früher organisatorisch Abteilungen der Kommission waren,<sup>17</sup> sind sie jetzt Organeile des funktional eigenständigen und rechtsfähigen EAD (Art. 1 Abs. 2 und 4 EAD-Beschluss), der unter der Leitung des Hohen Vertreters weltweit operiert.<sup>18</sup> Die Delegationen handeln folglich nicht mehr für das Organ „Kommission“, sondern vertreten die EU, deren Völkerrechtssubjektivität nun endlich außer Streit gestellt ist (Art. 47 EUV), in Drittländern und internationalen Organisationen. Art. 221 Abs. 1 AEUV sichert damit ausdrücklich ab, was seit längerem den faktischen und rechtlichen Gegebenheiten entsprach.<sup>19</sup> Völkerrechtlich war die Europäische Gemeinschaft – wenn schon nicht die Europäische Union<sup>20</sup> – seit jeher kraft völkerrechtlicher Zurechnung der Kommissionsakte zum Organisationsverband für die Handlungen der Kommissionsdelegationen verantwortlich. Faktisch hatten die Kommissionsdelegationen auf dem diplomatischen Parkett das ohnehin breite Aufgabenfeld der Kommission – über Art. 20 EUV a.F. auch in der GASP<sup>21</sup> – bis zum Limit ausgedehnt, was selbst bei einer ultra vires-Brandmarkung die Zurechnungskette nicht durchbrochen hätte.<sup>22</sup> Nunmehr ist es primärrechtlich abgesichert, dass die Delegationen im Namen der Union in allen Politikbereichen handeln und die Union dementsprechend rechtlich verpflichten dürfen (Art. 5 Abs. 8 EAD-Beschluss), allerdings vertikal begrenzt durch die Ver-

16 Beschluss 2010/427/EU des Rates v. 26. 7. 2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. EU 2010 L 201/30. S. dazu B. Martenczuk in diesem Heft auf S. 189.

17 K. Karalus, Die diplomatische Vertretung (Fn. 8), S. 119.

18 H.-J. Cremer, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), EUV/AEUV, 4. Aufl. 2011, Art. 27 EUV, Rn. 21.

19 B. Martenczuk, The External Representation of the European Union: From Fragmentation to a Single European Voice, in: Fischer-Lescano et. al. (Hrsg.), Frieden in Freiheit, 2008, S. 941, 947.

20 Zum Streit um die Völkerrechtssubjektivität der Europäischen Union vor Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon s. M. Ruffert, in: Calliess/Ruffert (Fn. 18), Art. 47 EUV, Rn. 2.

21 F. Fink-Hooije, The Common Foreign and Security Policy of the European Union, EJIL 1994, S. 173, 191.

22 Vgl. Arts. 5, 7 ILC Draft on the Responsibility of International Organizations, adopted on the 3015th meeting of the ILC, 6 July 2009; s. auch S. Talmon, Responsibility of International Organizations: Does the European Community Require Special Treatment, in: Ragazzi (Hrsg.), International Responsibility Today, 2005, S. 405, 409.

bandskompetenzen der Union und horizontal begrenzt durch die Organkompetenzen der weisungsbefugten EU-Organe.<sup>23</sup> Das sind nach Art. 5 Abs. 3 EAD-Beschluss der Hohe Vertreter, die Kommission und die Zentralverwaltung des EAD in Brüssel (in Art. 5 Abs. 3 verkürzt als „EAD“ bezeichnet).<sup>24</sup>

## 2. Delegationen als Weisungsadressaten

Es vereinfacht die Arbeit der Delegationen keineswegs, dass sie Diener mehrerer Herren sind, genauer gesagt, Diener des Hohen Vertreters und der Kommission. Der Hohe Vertreter kann seine Weisung direkt an die Delegationen in den Drittländern richten oder als Behördenleiter den Umweg über die EAD-Zentralverwaltung in Brüssel gehen, die wiederum gegenüber den Delegationen weisungsbefugt ist (Art. 5 Abs. 3 EAD-Beschluss). Die Weisungen dienen der Aufgabenerfüllung im Bereich der GASP inklusive GSVP, wenn der Hohe Vertreter den „Ratshut“ trägt; wenn er als Vizepräsident der Kommission („Kommissionshut“) im Rahmen des Kollegialorgans die Unionspolitik mitgestaltet, dann erstreckt sich sein Weisungsrecht auf das gesamte sonstige auswärtige Handeln der Union, und zwar zum Teil gemeinsam mit anderen sachlich zuständigen Kommissionsmitgliedern, z.B. im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit (Art. 208 AEUV).

Die Kommission ist im Rahmen ihrer Organkompetenzen gegenüber den Delegationen weisungsbefugt, nicht aber gegenüber der EAD-Zentralverwaltung; die dadurch entstehende Koordinationsnotwendigkeit zwischen Kommission und EAD-Zentrale soll durch eine interinstitutionelle Absprache geregelt werden, die als Minimum vorsehen soll, dass die EAD-Zentrale eine Kopie der Kommissionsweisung erhält (13. Erwägungsgrund des EAD-Beschlusses).<sup>25</sup> Auch der Delegationsleiter soll nach dem Willen des EAD-Beschlusses eine Kopie der Kommissionsweisung erhalten. Diese Maßnahme ist dem Umstand geschuldet, dass die Kommission am Delegationsleiter vorbei Weisungen direkt an ihre Mitarbeiter erteilt – eine Möglichkeit, die in der Praxis zu großem Unmut der Mitgliedstaaten führt.<sup>26</sup> Der EAD-Beschluss hat zwei Fallkonstellationen im Blick, in denen die Anwesenheit von Kommissionsmitarbeitern neben dem EAD-Personal<sup>27</sup> erforderlich sein kann (Art. 5 Abs. 2 UAbs. 3 EAD-Beschluss): Entweder die Delegation vollzieht im Auf-

23 Vgl. W. Hummer, in: Vedder/Heintschel von Heinegg (Hrsg.), Europäischer Verfassungsvertrag, 2007, Art. III-328 EVV, Rn. 11.

24 Beschluss 2010/427 des Rates vom 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. EU 2010 L 201/30.

25 Auch die Delegationsleiter sollen von der Kommission eine Kopie der Weisung erhalten (Erwgr. 13 EAD-Beschluss), was darauf hindeutet, dass die Kommission ihren Mitarbeitern (s. Kap. VI EAD-Beschluss) in den Delegationen direkt Weisungen erteilen darf.

26 S. Klage über Auswärtigen Dienst der EU, FAZ v. 14.12.2011 abrufbar unter [www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/brief-von-12-staaten-klage-ueber-auswaertigen-dienst-der-eu-11563442.html](http://www.faz.net/aktuell/politik/europaeische-union/brief-von-12-staaten-klage-ueber-auswaertigen-dienst-der-eu-11563442.html).

27 Das Personal der EAD-Zentralverwaltung in Brüssel setzt sich zusammen aus mindestens 60% EU-Bediensteten und mindestens 30% Bediensteten aus den diplomatischen Diensten der Mitgliedstaaten (Prozentvorgaben gemäß Art. 6 Abs. 9 EAD-Beschluss). In der Aufbauphase des EAD wird das EU-Personal aus den einschlägigen Verwaltungseinheiten der Kommission und des Generalsekretariats des Rates in den EAD überführt (Art. 7 Abs. 1 EAD-Beschluss).

trag der Kommission jenseits des EAD-Budgets den EU-Haushaltsplan, oder die Delegationen werden in Politikbereichen tätig, die außerhalb des klassischen Bereichs des auswärtigen Handelns liegen und benötigen aus diesem Grund die Sachkompetenz der Kommission vor Ort, z.B. im Bereich des Umweltschutzes oder des Gesundheitswesens.

Die Aufgaben und damit das Weisungsrecht der Kommission gegenüber den Delegationen finden nur in der GASP und GSVP eine klare materielle Grenze. Das breite Zuständigkeitsfeld der Kommission, das sich aus den diversen Vorschriften des AEUV ergibt, macht auch nach Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon den Schwerpunkt der Delegationsarbeit aus. Dazu zählt nicht nur die Schlüsselaufgabe der Entwicklungszusammenarbeit (Art. 208 AEUV), sondern auch die gemeinsame Handelspolitik (Art. 207 AEUV) und die Beziehungen zu internationalen Organisationen (Art. 220 AEUV). Wie bei der Entwicklungszusammenarbeit fallen auch bei der Pflege der Beziehungen zu internationalen Organisationen die Zuständigkeiten des Hohen Vertreters und anderer Kommissionsmitglieder zusammen, was für die Delegationen die Gefahr eines Weisungsdilemmas in sich birgt. Da die Kommission allerdings nach dem Grundsatz der kollegialen Verantwortung arbeitet, müssen Konflikte über Weisungen zwischen dem Hohen Vertreter, der zugleich Vizepräsident der Kommission ist, und dem weisungsaussprechenden Kommissionsmitglied grundsätzlich innerhalb der Kommission bereinigt werden. Die exklusive Leitungsfunktion des Hohen Vertreters (Art. 221 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 1 Abs. 3 EAD-Beschluss) und seine allgemeine Koordinierungsfunktion (Art. 18 Abs. 4 EUV) verlangen auch in Politikbereichen, die nicht in die sachliche Zuständigkeit des Hohen Vertreters fallen, eine interinstitutionelle Abstimmung zwischen der Kommission und dem Hohen Vertreter im Vorfeld einer Weisungsausübung.<sup>28</sup> Das gebietet schon das Prinzip der unionalen Organtreue. Daraus ergibt sich zugleich, dass es kein Recht des Hohen Vertreters gibt, in seiner Funktion als verantwortlicher Behördenleiter die Durchführung der Kommissionsweisung an eine Delegation zu verhindern, und zwar selbst dann nicht, wenn der betreffende Kommissar ohne vorherigen Kollegialbeschluss die Weisung erteilt hat. Anders stellt sich die Rechtslage nur in den Fällen dar, in denen die Weisung *ratione materiae* außerhalb der Organkompetenz der Kommission liegt.

### 3. Unterstützungsfunktion der Delegationen

Jenseits des Aufgabenspektrums der weisungsbefugten Organe unterstützen die Delegationen alle EU-Organe und Einrichtungen bei ihren Auslandsaktivitäten, insbesondere das Europäische Parlament und seine Mitglieder, den Präsidenten des Europäischen Rates sowie den Präsidenten der Kommission. Dazu gehört, Abordnungen aus den verschiedenen EU-Organen zu empfangen, gegebenenfalls ihre

28 K. Schmalenbach, in: Calliess/Ruffert (Fn 18), Art. 221 AEUV, Rn. 4; s. auch Erwgr. 13 EAD Beschluss: die Kommission hat der EAD-Zentrale eine Kopie der Weisung an die Delegation zu übermitteln.



Dienstreisen zu organisieren und sie während ihres Aufenthaltes im Drittland zu unterstützen bzw. zu begleiten.<sup>29</sup> Darüber hinaus steht den EU-Organen und ihren Mitgliedern der Presse- und Informationsdienst der einzelnen Delegationen zur Verfügung, wenn sie Auskünfte über die Drittstaaten oder die internationale Organisation benötigen.

Ein weiteres Aufgabenfeld der EU-Delegationen erschließt sich über die bereits seit dem Maastrichter Vertrag (1992) primärrechtlich verankerte Pflicht, die Mitgliedstaaten bei der Gewährung konsularischen Schutzes zu unterstützen (Art. 35 Abs. 3 EUV i. V. m. Art. 20 Abs. 2 lit. c AEUV). Der Vertrag von Lissabon hat nichts an der Primärverantwortung der Mitgliedstaaten für die konsularische und diplomatische Betreuung der Unionsbürger geändert (Arts. 20 Abs. 2 lit. c, 23 AEUV, Art. 46 GRC). Der entsprechende Individualanspruch des nicht durch seinen Heimatstaat repräsentierten Unionsbürgers auf diskriminierungsfreie Behandlung seines Hilfeersuchens richtet sich also nicht unmittelbar an die EU-Delegationen, sondern nur an andere mitgliedstaatliche Konsulate oder Botschaften im Ausland.<sup>30</sup> Die primärrechtliche Verpflichtung der EU-Delegationen, auf Verlangen der Mitgliedstaaten bei der Durchführung konsularischen Schutzes zu helfen, führte bislang vor allem in Krisensituationen zu logistischer Hilfe bei Evakuierungen, wie z.B. im Januar 2009 während des Gaza Krieges, als die örtliche (damals noch) Kommissionsdelegation bei der Evakuierung von fast 100 Unionsbürgern half, später in der isländischen Vulkanasche-Krise (Frühjahr 2010) und dem Bürgerkrieg in Libyen (2011).<sup>31</sup> Noch hat es keine Situation gegeben, in der EU-Bürger Ausreisehilfe in einem krisengeschüttelten Staat benötigt hätten, in dem kein EU-Mitgliedstaat durch eine konsularische oder diplomatische Außenstelle vertreten gewesen wäre.

Bemerkenswert ist, dass der rotierende Ratsvorsitz der EU kein Recht auf Unterstützung durch den EAD bzw. die Delegationen hat, geschweige denn ein Weisungsrecht. Tatsächlich haben die Mitgliedstaaten, die den Vorsitz im Rat innehatten, bei internationalen Auftritten regelmäßig auf ihre eigenen nationalen Botschaften Rückgriff genommen.<sup>32</sup> Rein formal ist die institutionelle Abkopplung aber damit zu begründen, dass der Vertrag von Lissabon dem rotierenden Ratsvorsitz keine außenpolitischen Befugnisse mehr zuweist.<sup>33</sup>

#### 4. Koordinierungsfunktion der Delegationen

Da die Delegationen als integraler Teil des EAD die Koordinationsrolle des Hohen Vertreters reflektieren, obliegt ihnen die Synchronisierung der verschiedenen EU-

29 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Errichtung einer EU-Delegation bei den Vereinten Nationen in Genf, KOM (2010) 287 endg. v. 26.5.2010.

30 Konsularischer Schutz der EU-Bürger in Drittstaaten: Sachstand und Entwicklungsperspektiven, KOM (2011) 149 endg. v. 23.3.2011, S. 4. S. auch E. Tichy-Fisslberger in diesem Heft auf S. 217.

31 Konsularischer Schutz (Fn. 30), S. 8.

32 R. Balfour/T. Corthaut/J. Wouters/M. Emerson/P. Maciej Kaczyski/T. Renard, Centre for European Policy Studies, Upgrading the EU's Role as Global Actor, CEPS Commentary of 25.1.2011, S. 52, abrufbar unter <http://www.ceps.eu>.

33 R. Balfour et al, Upgrading the EU's Role (Fn. 32), S. 30.

Politikbereiche, insbesondere von Entwicklungszusammenarbeit, Handelspolitik und GASP. Darüber hinaus gehört es zu den zentralen Aufgaben der Delegationen, die Willensbildung der Mitgliedstaaten und der EU-Organe im politischen und diplomatischen Alltagsgeschäft zu koordinieren, z.B. in den Foren internationaler Organisationen, allen voran den Vereinten Nationen.<sup>34</sup> Dass dies ein anspruchsvolles wenn nicht streckenweise unmögliches Unterfangen ist, veranschaulichte das Koordinierungsdesaster in der UNESCO beim Votum über die Mitgliedschaft Palästinas.<sup>35</sup>

Das weltumspannende Netz der EU-Delegationen trifft regelmäßig in den Empfangsstaaten und an den Hauptquartieren internationaler Organisationen auf die diplomatischen Missionen und ständigen Vertretungen einiger, wenn nicht sogar aller EU-Mitgliedstaaten. Damit stellt sich in der alltäglichen Delegationspraxis die Frage nach den Kompetenzgrenzen, die geradezu symptomatisch für das gesamte unionale Handeln ist. Es wäre allerdings verfehlt und praxisfern, die EU-Delegationen und die mitgliedstaatlichen Vertretungen pauschal auf die innerunionale Kompetenzaufteilung nach Art. 2 AEUV zu verweisen. Die Kompetenzaufteilung ist vor allem dann relevant, wenn die diplomatischen Vertretungen rechtlich wirksame Handlungen setzen bzw. diese vorbereiten, z.B. im Rahmen von Verhandlungen zu einem völkerrechtlichen Abkommen mit dem Empfangsstaat (Art. 216 AEUV) oder bei Abstimmungen in Gremien internationaler Organisationen. Ansonsten enthalten die vom AEUV aufgezeigten Kompetenzgrenzen keine praktikablen Handlungsschranken, was v. a. in dem Umstand begründet liegt, dass die Mitgliedstaaten nicht nur als souveräne Staaten im Ausland auftreten, sondern eben auch als Mitglieder des Rates der EU. Ihre diplomatischen Missionen sind daher nicht selten mit Blick auf das Stimmverhalten im Rat Adressaten von Wünschen des Empfangsstaates, z.B. im Bereich der Handelspolitik. In den meisten Politikfeldern, die für die tägliche Missionsarbeit relevant sind, dürfen EU und Mitgliedstaaten ohnehin parallel tätig werden, wie z.B. im Bereich der Entwicklungszusammenarbeit und der gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik. Die Zusammenarbeit zwischen mitgliedstaatlichen Missionen und EU-Delegationen steht hier ganz im Zeichen der Unionsloyalität, die Art. 24 Abs. 3 UAbs. 2 EUV explizit für die europäische Außenpolitik einfordert.

## IV. Status, Rechte und Pflichten im Gastland

### 1. Akkreditierung

Schon seit den 70er Jahren verfolgte die Kommission eine Akkreditierungspraxis, die sich eng an der bilateralen Staatenpraxis nach internationalem Diplomatenrecht

34 Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament: Errichtung einer EU-Delegation bei den Vereinten Nationen in Genf (Fn. 29).

35 „EU blamiert sich restlos bei Palästina-Votum“, Welt Online Ausgabe 1.11.2011. S. dazu auch *J. Mayr-Singer/J. Villotti* in diesem Heft auf S. 91.

orientierte;<sup>36</sup> daran hat sich auch unter dem neuen EAD nichts Wesentliches geändert. Nachdem der Empfangsstaat sein Agrément erteilt hat,<sup>37</sup> gibt der Hohe Vertreter dem Empfangsstaat die Bestellung und den Aufgabenbereich des Delegationsleiters durch das sog. Akkreditierungsschreiben<sup>38</sup> offiziell bekannt. Es wird vom Präsidenten der Kommission und dem Präsidenten des Europäischen Rates unterzeichnet, nicht jedoch vom Hohen Vertreter,<sup>39</sup> was weniger den Funktionen als der organinternen Hierarchie geschuldet ist.<sup>40</sup> Dementsprechend präsentiert der neue Delegationsleiter das Akkreditierungsschreiben dem Staatsoberhaupt des Empfangsstaates bzw. dem zuständigen Administrativorgan der internationalen Organisation „on behalf of European Council President *Herman van Rompuy* and Commission President *Jose Manuel Barroso*, and under the authority of the High Representative *Catherine Ashton* (...)”.<sup>41</sup>

Während es in den bilateralen Staatenbeziehungen mittlerweile Praxis ist, alle Missionsleiter der Entsendestaaten als Botschafter 1. Klasse beim Staatsoberhaupt des Empfangsstaates zu akkreditieren, ist dieser Status für den Delegationsleiter einer internationalen Organisation keineswegs selbstverständlich. Aber schon die Kommission hatte in der prä-Lissabon Praxis dem Empfangsstaat bzw. der internationalen Organisation in ihren Akkreditierungsschreiben mitgeteilt, dass sie für ihre Delegationsleiter den Rang eines Botschafters 1. Klasse und den entsprechenden Titel („Courtesy Title of Ambassador“) wünsche.<sup>42</sup> Die Empfangsstaaten und internationalen Organisationen kommen dieser Bitte durchgängig nach, wenn auch mitunter verknüpft mit der Bitte, mit Blick auf die Staatenbefindlichkeiten zurückhaltend mit dem „Courtesy Title of Ambassador“ umzugehen.

Angesichts des Selbstverständnisses der Union kann es kaum überraschen, dass die Akkreditierung mit der Bitte an den Empfangsstaat verbunden wird, die EU-Botschafter in diejenige Liste des corps diplomatique aufzunehmen, die für Staatenvertreter reserviert ist, und nicht in die Liste der ständigen Vertreter der internationalen Organisationen.<sup>43</sup> Es ist wiederum der Sensibilität der übrigen Entsendestaaten geschuldet, dass der EU-Botschafter in dieser Liste – entgegen dem überkommenen Prinzip der lokalen Anciennität (Rangfolge nach Eingang des Akkreditierungsschreibens) – nach den staatlichen Botschaftern genannt wird, aber vor den Namen von staatlichen Missionsleitern mit niedrigerem Rang.<sup>44</sup>

36 V. Dimier/M. McGreever, Diplomats without Flags, The Institutionalization of the Delegations of the Commission in African, Caribbean and Pacific Countries, Journal of Common Market Studies 2006, S. 483, 496.

37 S. Art. 4 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen v. 18.4.1961, UNTS Bd. 500, S. 95 ff.

38 Bei Akkreditierungen bei internationalen Organisationen auch „Letter of appointment“ (Ernennungsschreiben) genannt.

39 J. Wouter/S. Duquet, The EU, EEAS and Union Delegations and International Diplomatic Law: New Horizons, Leuven Centre for Global Studies Working Paper No. 62, 2011, S. 10.

40 A.A. J. Wouter/S. Duquet, The EU (Fn. 39), S. 10: Vermächtnis der Kommissionspraxis.

41 Vgl. Statement of the Presentation of Credentials by Mr. Gilles Hervio, Ambassador and Head of Delegation of the European Union to Zambia, 3.2.2011, abrufbar unter [www.eeas.europa.eu/delegations/zambia/press\\_corner/all\\_news/news/2011/20110128\\_02\\_en.htm](http://www.eeas.europa.eu/delegations/zambia/press_corner/all_news/news/2011/20110128_02_en.htm).

42 V. Dimier/M. McGreever, Diplomats (Fn. 36), S. 496.

43 J. Wouter/S. Duquet, The EU (Fn. 39), S. 14.

44 J. Wouter/S. Duquet, The EU (Fn. 39), S. 15.

## 2. Immunitäten und Privilegien

Gemäß Art. 5 Abs. 6 EAD-Beschluss vereinbart der Hohe Vertreter mit dem Empfangsstaat oder der internationalen Organisation, bei denen ein Delegationsleiter akkreditiert ist, die Einräumung von Immunitäten und Privilegien für die Delegation als Teil des rechtlich selbständigen EAD, für das Delegationsgebäude und den Delegationsbesitz sowie für das Delegationspersonal. Die entsprechenden Regeln der Wiener Diplomatenrechtskonvention<sup>45</sup> sind dabei der Standard, den der Hohe Vertreter in den Verhandlungen nach Art. 5 Abs. 6 EAD-Beschluss anstreben soll und auch regelmäßig mit dem Gastland vereinbart. Derzeit arbeitet lediglich das Büro des EU-Repräsentanten für die Westbank und den Gazastreifen ohne Absicherung durch Immunitäten und Privilegien in Israel und den palästinensischen Gebieten.<sup>46</sup> Der von der EU nach außen vertretene sui generis Charakter der Union – nicht Staat, nicht klassische internationale Organisation – führt dazu, dass die eindeutige Zuordnung der Union zu völkervertraglichen<sup>47</sup> oder völkergewohnheitsrechtlichen Immunitätsregeln Schwierigkeiten bereitet. In der Praxis ermöglicht dies dem Hohen Vertreter, in den Verhandlungen mit dem Empfangsstaat die für die Union jeweils günstigste Rechtsposition zu vertreten. So entsprechen die diplomatischen Immunitäten und Vorrechte der EU-Delegationen durchgehend der Rechtsposition staatlicher Missionen – eine Absicherung, die nicht notwendigerweise jede internationale Organisation in Drittstaaten erhält. Auf der anderen Seite genießt die EU in Drittstaaten als Völkerrechtssubjekt die bei internationalen Organisationen übliche breite funktionale Immunität, die auch Immunität für privatwirtschaftliche Handlungen mitumfasst, und nicht lediglich – analog der Staatenimmunität – Immunität für supranationale (d.h. hoheitliche) Handlungen (*acta iure imperii*).<sup>48</sup>

## 3. Diplomatisches Asyl

Gemäß der zwischen dem Hohen Vertreter und den Drittstaaten getroffenen Vereinbarung über die Immunitäten und Privilegien der EU-Delegation im Gastland ist das Gelände der Delegation unverletzlich, d.h. Vertreter des Empfangsstaates dürfen das Delegationsgelände nur mit Zustimmung des Delegationsleiters betreten (Art. 22 Abs. 1 Wiener Diplomatenrechtskonvention). Die Beschränkung der Hoheitsgewalt des Empfangsstaates auf dem Gelände der Delegation versetzt den De-

45 Wiener Übereinkommen über diplomatische Beziehungen (Fn. 37).

46 J. Wouter/S. Duquet, *The EU* (Fn. 39), S. 16.

47 S. z.B. Europäisches Übereinkommen über die Staatenimmunität v. 16.5.1972, ETS Nr. 074; Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Immunität der Staaten und ihres Vermögens von der Gerichtsbarkeit v. 2.12.2004, im Annex der GV Res. UN Doc. A/RES/59/38.

48 Vgl. Informationsschreiben der Kommission v. März 2010, abrufbar unter [http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state\\_immunities/EU%20Immunities.pdf](http://www.coe.int/t/dlapil/cahdi/Source/state_immunities/EU%20Immunities.pdf): „The immunity invoked is based on the principle of functionality: i.e., immunity that encompasses all acts needed for the execution of the official functions and activities of the organisation. Therefore, the foregoing applies, in the view of the European Commission, even in the absence of express provisions laid down in international treaties and even when not expressly provided for in municipal law.”.

legationsleiter faktisch in die Lage, Personen diplomatisches Asyl zu gewähren, indem er durch Nichtauslieferung den Flüchtling vor dem Zugriff der Staatsgewalt schützt. Da die Diplomatenrechtskonvention bewusst zu dem in der Staatenwelt hoch umstrittenen Thema schweigt,<sup>49</sup> wird sich auch die Rechtsposition der EU-Delegationen allenfalls aus dem Völkergewohnheitsrecht ergeben, es sei denn der Hohe Vertreter und der Empfangsstaat vereinbaren spezielle Regelungen, z.B. nach dem Vorbild der UN-Headquarters Agreements der USA. Das Problem der Asylgewährung in den Hauptquartieren internationaler Organisationen hat die USA zumindest partiell über die Headquarters Agreements gelöst, in denen die Organisation verpflichtet wird zu verhindern, dass das Gelände als Zufluchtsort vor staatlichem Zugriff missbraucht wird.<sup>50</sup> Eine vertragliche Auslieferungspflicht ist damit nicht verbunden.<sup>51</sup> Soweit die Vereinbarung zwischen dem Hohen Vertreter und dem Gastland über die Immunitäten und Privilegien der EU-Delegation keine spezielle Regelung nach dem Vorbild der US Headquarters Agreements enthält, ist die Rechtslage diffus. Die Delegationen haben analog zu Art. 41 Abs. 1 und 3 Wiener Diplomatenrechtskonvention die Gesetze des Empfangsstaates auch auf dem Delegationsgelände zu beachten und die Räumlichkeiten nur im Einklang mit den Aufgaben der Delegation zu nutzen.<sup>52</sup> Aus dem nationalen Recht des Empfangsstaates wird sich die innerstaatliche Rechtspflicht der Delegationen ergeben, die Polizei- oder Justizgewalt des Empfangsstaates nicht zu behindern; eine Zuwiderhandlung ist grundsätzlich ein völkerrechtswidriger Eingriff in die Souveränität des Empfangsstaates. Befindet sich der Flüchtling auf dem Delegationsgelände, dann ist der Delegationsleiter aber durchaus mit dem menschenrechtlichen Auslieferungsverbot konfrontiert, insbesondere dem Refoulement-Verbot des Art. 3 UN-Folterkonvention oder Art. 7 Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte. Internationale Menschenrechtsverpflichtungen können also den zeitweisen Schutz von Personen auf dem Missionsgelände zur Abwendung von unmenschlichen Behandlungen gebieten.<sup>53</sup> Anknüpfend daran wäre die Nichtauslieferung bei einer derartigen Bedrohungssituation auch kein völkerrechtswidriger Eingriff in die

49 H.P. Hestermeyer, Max Planck EPIL online, Vienna Convention on Diplomatic Relations (1961), Rn. 25.

50 Art. III Section 9 (b) Agreement Between the United Nations and the United States Regarding the Headquarters of the United Nations, 26.6. 1947: „Without prejudice to the provisions of the General Convention or Article IV of this agreement, the United Nations shall prevent the headquarters district from becoming a refuge either for persons who are avoiding arrest under the federal, state, or local law of the United States or are required by the Government of the United States for extradition to another country, or for persons who are endeavoring to avoid service of legal process.“; siehe auch Art. IX Section 3 OAS-USA Headquarters Agreement.

51 Vgl. auch IGH, Urteil v. 13. 6.1951 (*Haya de la Torre*), ICJ Reports 1951, S. 71, 81.

52 So auch J. Wouter/S. Duquet, The EU (Fn. 39), S. 17.

53 Der britische Court of Appeal hat sich in der Rs. *R (B) v. Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* auf den Standpunkt gestellt, dass es völkerrechtliche zulässig sei, einem Flüchtling diplomatisches Asyl zu gewähren, wenn es eindeutig ist, dass der Empfangsstaat bei Auslieferung Verbrechen gegen die Menschlichkeit an dem Flüchtling begehen würde, *R (B) v Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs* [2004] EWCA Civ 1344, [2005] QB 643. Der EGMR deutet in seinem Urteil *Al-Saadoon* im Rahmen eines obiter dictum an, dass er geneigt sei, der Auffassung der MR-Kommission zu folgen, die *Soering*-Entscheidung (Refoulement-Verbot) auch auf diplomatisches Asyl anzuwenden, s. Case of *Al-Saadoon and Mufdi v. The United Kingdom*, Appl. No. 61498/08, Urteil v. 12.3.2010, Rn. 139 m.w.N.

Souveränität des Empfangsstaates.<sup>54</sup> Diese Rechtslage steht mit dem Refoulement-Verbot des Art. 19 Abs. 2 GRC im Einklang, den die EU-Organen – also auch die Delegationen – bei ihren Handlungen auch außerhalb des Anwendungsbereichs des EUV/AEUV zu beachten haben (s. auch Art. 3 EMRK).<sup>55</sup> Ob die Delegationen auch das Refoulement-Verbot für politische Flüchtlinge bei drohendem Freiheitsentzug (Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention von 1951) rechtlich beachten müssen,<sup>56</sup> ist dagegen zweifelhaft, schon wegen der fehlenden unionalen Kompetenz der EU-Organen für die Feststellung des Flüchtlingsstatus. Und auch das universelle Völkerergewohnheitsrecht gibt den EU-Delegationen grundsätzlich kein Recht, anstelle des Empfangsstaates zu entscheiden, ob es sich bei ihrem Gast um einen politischen Flüchtling handelt oder lediglich um eine Person, die als gewöhnlicher Straftäter der staatlichen Strafverfolgung ausgesetzt ist.<sup>57</sup>

## V. Schlussfolgerung

Die EU-Delegationen sind zwar keine Neukreationen des Vertrags von Lissabon, müssen sich aber dennoch in der Praxis bewähren. Durch den Vertrag von Lissabon wurden sie zum Spielball eines institutionellen Kompromisses gemacht, der auf Kosten ihrer Funktionsfähigkeit geht. So kann es nicht verwundern, dass zwölf EU-Mitgliedstaaten im Dezember 2011 in einem offenen Brief an die Hohe Vertreterin das fortwährende Besitzstandsdenken der Kommission bei der Nutzung der Delegationen anprangerten. Die Reformforderungen der Mitgliedstaaten schon ein Jahr nach der Aufnahme der Tätigkeit des EAD deutet auf die vielen Hürden hin, die die Delegationen auf dem Weg zu wahren EU-Botschaften noch bewältigen müssen.

54 Sehr weitergehend R. Wolfrum, in: Dahm/Delbrück/Wolfrum (Hrsg.), Völkerrecht Bd. I/1, 1989, § 38, S. 291, welcher dazu auch Verletzungen der Meinungsfreiheit durch den Empfangsstaat und willkürliche Verhaftung ohne faires Verfahren zählt.

55 Nach G. S. Goodwin-Gill gilt das Refoulement-Verbot für jede staatliche Handlung, auch wenn sie ausserhalb des Staatsterritoriums vorgenommen wird, The Refugee in International Law, 1996, S. 143.

56 Zur extraterritorialen Anwendbarkeit des Refoulement-Verbotes in Art. 33 Genfer Flüchtlingskonvention und der entsprechenden gewohnheitsrechtlichen Norm s. UNHCR; Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating the Status of Refugees and ist 1967 Protocol v. 26.1.2007.

57 IGH, Urteil v. 13. 6.1951 (*Haya de la Torre*), ICJ Reports 1951, S. 71, 81.





## Der Schutz der EU-Bürger durch die diplomatischen und konsularischen Vertretungsbehörden

*Von Elisabeth Tichy-Fisslberger, Wien\**

### I. Recht auf konsularischen Schutz als Ausdruck der Unionsbürgerschaft

Mit der Einführung der Unionsbürgerschaft durch den Vertrag von Maastricht 1993 fand erstmals auch das Konzept eines konsularischen Schutzrechts der EU-Bürger Eingang in das EU-Primärrecht. Der Begriff der EU-Bürgerschaft wurde damit um eine externe Dimension erweitert, das Recht der EU-Bürger auf konsularischen Schutz auch außerhalb des EU-Hoheitsgebiets als Ausdruck eines solidarischen Europas der Bürger vertraglich verankert.

Die im nunmehrigen – in der Fassung des Vertrags von Lissabon (VvL) geltenden – Art. 23 AEUV verankerte Formulierung, wonach jeder Unionsbürger im Hoheitsgebiet eines dritten Landes, in dem sein eigener Mitgliedstaat nicht vertreten ist, „den diplomatischen und konsularischen Schutz“ eines jeden Mitgliedstaats unter denselben Bedingungen wie dessen Staatsangehörige genießt, ist seit dem Vertrag von Maastricht im Wesentlichen gleich geblieben – nicht einmal die – im Deutschen etwas missglückte – Formulierung vom „diplomatischen und konsularischen Schutz“ wurde bereinigt. In der englischen Version heißt es richtiger „protection of the diplomatic or consular authorities“, was zumindest in den – sonst gleich lautenden Art. 46 GRC – Eingang fand: dort ist nunmehr – richtig – vom „Schutz durch diplomatische und konsularische Behörden“ die Rede.

Inhaltlich wurde der konsularische Schutz während der jahrelangen Verhandlungen um den Vertrag von Lissabon erstaunlicherweise nie diskutiert. Die Tatsache, dass – vor dem Gerichtshof der EU einklagbare – individuelle Rechte durch ihre Übernahme in die GRC gestärkt wurden, dürfte den Delegationen im Zuge des allgemeinen Tauziehens um die Neugestaltung der EU-Institutionen kaum bewusst geworden sein.

Wenn heute durchaus intensive Beratungen darüber geführt werden, wie Art. 23 AEUV in die Praxis umzusetzen ist, so ist dies in gewisser Weise ein Nebenprodukt der laufenden Diskussionen um den Europäischen Auswärtigen Dienst (EAD)<sup>1</sup> und wohl auch eine Folgeerscheinung der – zehntausende europäische Staatsbürger betreffenden – Krisen, die sich seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon an einander gereiht haben – vom sog. Arabischen Frühling des Jahres 2011 über die Atomkatastrophe in Fukushima bis zu den Erdbebenkatastrophen in Haiti, Chile und Neuseeland, etc., um nur die dramatischsten zu nennen.

\* Botschafterin Dr. Elisabeth Tichy-Fisslberger ist derzeit Leiterin der Rechts- und Konsularsektion im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (BMeiA); sie war in ihrer früheren Funktion Mitglied der österreichischen Verhandlungsdelegationen für den Vertrag von Lissabon.

1 S. dazu B. Martenczuk in diesem Heft auf S. 189.

Wie der durch die EU abgesicherte konsularische Schutz mittelfristig aussehen wird, lässt sich derzeit nur schwer prognostizieren. Eines freilich darf als sicher angenommen werden: der Bedarf an funktionierenden Konzepten für die Betreuung europäischer Staatsbürger in Drittstaaten v.a. in Krisensituationen wird steigen. Schon heute haben nicht weniger als 30 Millionen EU-Bürger ihren ständigen Wohnsitz in einem Drittstaat. Schätzungen zufolge ist die Zahl der Auslandsreisen von EU-Bürgern in den letzten fünf Jahren von 80 auf 90 Millionen gestiegen. Allein die Österreicher absolvieren alljährlich zehn Millionen Auslandsreisen, 13 Millionen, wenn man die Tagesreisen hinzuzählt. Gleichzeitig gibt es weltweit jedoch nur drei Hauptstädte – Washington, Moskau und Beijing – in denen sämtliche 27 EU-Staaten eine Berufsvertretungsbehörde unterhalten.

Als Standard für den ausländischen EU-Bürgern zu gewährenden konsularischen Schutz definiert das EU-Primärrecht – seit Maastricht – die Summe aller Maßnahmen, die ein Staat zum Schutz seiner *eigenen* Bürger setzen würde. Hinter dieser Formulierung verbirgt sich freilich eine große Diversität an Regelungen: Zur Zeit besteht in 20 EU-Mitgliedstaaten ein Rechtsanspruch der Bürger auf konsularischen Schutz. Österreich gehört – zusammen mit Belgien, Zypern, Italien, Malta, den Niederlanden und dem Vereinigten Königreich – zu jenen sieben EU-Mitgliedstaaten, in denen konsularischer Schutz nur in Form pragmatischer Hilfeleistungen gewährt wird. Die Diskrepanzen zwischen europäischen und nationalen Regelungen – insbesondere die Frage eines Rechtsanspruchs auf konsularische Hilfe – sind mittlerweile Gegenstand einer breiten Diskussion in der Literatur.<sup>2</sup>

## II. Erste sekundärrechtliche Ausprägungen

Der Vertrag von Maastricht hatte den Mitgliedstaaten aufgetragen, die notwendigen Regeln über den konsularischen Schutz „zu vereinbaren“, d.h. sich abzustimmen. Auf dieser Basis waren Mitte der 90er-Jahre zwei Beschlüsse der im Rat vereinigten Vertreter der Regierungen der Mitgliedstaaten entstanden, durch die Regelungen für die wichtigsten Typen von Konsularfällen getroffen wurden:

### 1. Beschluss 95/533/EG

Der Beschluss 95/533/EG<sup>3</sup> über den Schutz der EU-Bürger durch die diplomatischen Vertretungen (in Kraft getreten 2002) legt genau fest, welche Maßnahmen

2 S. z.B. F. Geyer, The External Dimension of EU Citizenship, in: CEPS Policy Brief Nr. 136, 2007, demzufolge Art. 23 AEUV schon in der Fassung des Vertrags von Maastricht das Ermessen der EU-Mitgliedstaaten, konsularische Hilfe in bestimmten Einzelfällen eben auch nicht zu leisten, stark einschränkte. Konsularische Unterstützung wird dabei als sehr breiter Begriff verstanden, der etwa auch Schutz in Handelsangelegenheiten umfasst; s. auch dort den Verweis auf EuG, Rs. T-572/93 (Odigitria AAE), Slg. 1995, II-2025. Auch Mitgliedstaaten wie Österreich, die keinen Rechtsanspruch auf konsularische Hilfe anerkennen, bestreiten nicht, dass die EU-Regelungen in Verbindung mit dem Diskriminierungsverbot eine gewisse materielle Mindestgarantie für konsularischen Schutz bedingen.

3 ABl. EG 1995 L 314/73.

die konsularischen Vertreter der Mitgliedstaaten bei folgenden fünf konsularischen Standardfällen leisten:

- bei Todesfällen,
- bei Festnahmen oder Inhaftierungen,
- bei Gewaltverbrechen,
- bei der Hilfe bzw. dem Heimtransport von Menschen in Not sowie
- in finanziellen Notfällen.

In all diesen Fällen geht es im Wesentlichen darum, Heimatstaat und Angehörige der Betroffenen zu verständigen, Hilfe zur Selbsthilfe zu leisten und – v.a. im besonders heiklen Falle der Inhaftierung – für die Einhaltung internationaler Mindeststandards zu sorgen. Relativ detailliert geregelt werden auch die Bedingungen für die Gewährung finanzieller Hilfe an Bürger anderer EU-Mitgliedstaaten: Im Wesentlichen muss der hilfeleistende Mitgliedstaat im Vorfeld eine Erlaubnis einholen.

## **2. Beschluss 96/409/GASP**

Der etwa aus der gleichen Zeit stammende Beschluss 96/409/GASP<sup>4</sup> zur Ausarbeitung eines Rückkehrausweises sieht vor, dass ein solcher für Bürger anderer EU-Staaten in Drittstaaten nur dann ausgestellt werden darf, wenn diese ihren Pass verloren haben und im betreffenden Land keine Vertretungsbehörde ihres Heimatlandes vorfinden können.

## **3. Rechtsfolgen**

Insgesamt lassen diese Regelungen für ausgewählte konsularische Standardfälle jedoch keinen Zweifel darüber aufkommen, dass der konsularische Schutz der EU-Bürger primär in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt. Konsularisches Handeln besteht nun einmal im Wesentlichen darin, mitunter sehr komplexe nationale Vorschriften aus unterschiedlichsten Rechtsbereichen umzusetzen, was eine gewisse Detailkenntnis der konsularischen Bediensteten voraussetzt.

## **III. Pragmatische Maßnahmen zum konsularischen Schutz der EU-Bürger**

Aus den genannten Gründen hat sich der konsularische Schutz im Rahmen der EU jahrelang eher auf pragmatische Maßnahmen konzentriert: So wurde eine einheitliche europäische Notrufnummer 112 eingeführt, bei der in Not geratene Bürger u.a. Angaben über Botschaften und Konsulate abfragen können. Damit verbunden ist auch eine Website der EU-Kommission.<sup>5</sup>

4 ABl. EG 1996 L 168/4.

5 Inkl. eigener „Kinderecke“. Adresse: [http://ec.europa.eu/information\\_society/activities/112/index\\_de.htm](http://ec.europa.eu/information_society/activities/112/index_de.htm).

„Europe Direct“, das Informationsnetzwerk der Kommission für alle EU-Bürgerinnen und -Bürger, bietet u.a. auch Links zu den Web-Seiten der Mitgliedstaaten an. Dort können z.B. genaue Angaben zur Beantragung von Pässen abgefragt werden. Auf der Kommissions-Website „Consular Protection“ können u.a. die Reisehinweise aller Mitgliedstaaten nachgelesen werden.

Aus ähnlich pragmatischen Überlegungen sprach die Kommission 2007 die Empfehlung aus, den Wortlaut des ersten Satzes von Art. 23 AEUV in allen nach dem 1. Juli 2009 ausgestellten Reisepässen abzdrukken. Die meisten Mitgliedstaaten übernahmen die entsprechende Formulierung entweder wörtlich oder in paraphrasierter Form in ihre Pässe. Auch in Österreich wurde die Empfehlung zum Gegenstand einer Novelle zur Passverordnung;<sup>6</sup> Die neue Passgeneration, die einen Hinweis auf Art. 23 AEUV enthalten wird, befindet sich derzeit in Druck.

#### IV. Neuer Anstoß – eine Mitteilung der EU-Kommission

Die Kommission hat spätestens seit dem sog. Stockholmer Programm,<sup>7</sup> dem Fünf-Jahresprogramm für eine gemeinsame Innen- und Sicherheitspolitik für die Jahre 2010–2014, Berichtspflichten auch im Hinblick auf den konsularischen Schutz der EU-Bürger übernommen. In ihrer 2011 vorgelegten Mitteilung „Konsularischer Schutz der EU-Bürger in Drittstaaten – Sachstand und Entwicklungsperspektiven“<sup>8</sup> kam sie dieser Berichtspflicht erstmals nach.

Neben dem Bedarf an verbesserten Schulungs- und Kommunikationsmaßnahmen ortete die Kommission in dieser Mitteilung Bedarf an einer verbesserten Nutzung der gemeinsamen Ressourcen in Krisensituationen und einer präziseren Sekundärrechtsetzung zu Fragen des konsularischen Schutzes, zumal der unterschiedliche Umfang der rechtlichen Bestimmungen in den einzelnen Mitgliedstaaten – insbesondere die unterschiedliche Einklagbarkeit – die Zusammenarbeit in der Praxis erschwere. Konkret verwies die Kommission u.a. auf die unterschiedliche Bindung der Mitgliedstaaten an völkerrechtliche Abkommen im konsularischen Bereich (wie z.B. das Europaratsübereinkommen über die Leichenbeförderung aus 1973),<sup>9</sup> auf Unterschiede bei der Behandlung von Familienangehörigen ohne Unionsbürgerschaft (für die keine Regeln bestehen, wohl aber die Praxis einer relativ großzügigen Behandlung im Krisenfall) sowie auf Differenzen bei den Konsulargebühren.

6 Anlage E zu Verordnung der Bundesministerin für Inneres über die Gestaltung der Reisepässe und Passersätze (Passverordnung – PassV), BGBl. Nr. 861/1995, i.d.F. Verordnung der Bundesministerin für Inneres, mit der die Verordnung über die Gestaltung der Reisepässe und Passersätze geändert wird, BGBl. II Nr. 45/2010.

7 Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABl. EU 2010 C 115/1.

8 KOM(2011) 149 endg. v. 12.3.2011.

9 ETS Nr. 80.

## V. Richtlinienvorschlag zum konsularischen Schutz

Ausgehend von dieser Mitteilung präsentierte die Kommission am 14. Dezember 2011 einen Richtlinienvorschlag „über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland“<sup>10</sup> und berief sich dabei auf die Rechtsetzungsermächtigung<sup>11</sup> in Art. 23 Abs. 2 AEUV. Damit soll der Beschluss 95/553/EG über den konsularischen Schutz für EU-Bürger ersetzt und eine Reihe bisher offener Fragen geklärt werden. Eine neue Definition soll etwa klarstellen, dass ein EU-Bürger nicht nur dann „nicht vertreten“ ist, wenn – wie im Beschluss von 1995 definiert – seine Vertretung nicht „erreichbar“ ist, sondern darüber hinaus auch dann, wenn es ihm nicht möglich ist, mit einem ortsüblichen Verkehrsmittel an einem Tag zu einer Vertretungsbehörde seines Landes und wieder zurück zu reisen. Hinsichtlich der bis dato unregelmäßigten Behandlung von Familienmitgliedern mit Drittstaatsangehörigkeit schlägt die Kommission unter Berufung auf Art. 7 GRC (Achtung des Privat- und Familienlebens) und Art. 24 GRC (Rechte des Kindes) vor, diesen nach Möglichkeit den gleichen Schutz wie den aus Drittländern stammenden Familienangehörigen der Bürger des eigenen Staats<sup>12</sup> zu gewähren.

Zum Umfang der konsularischen Unterstützung wird zwar allgemein auf die nationalen Standards verwiesen, für die schon 1995 geregelten Standardfälle<sup>13</sup> (Todesfälle, Inhaftierungen, Gewaltverbrechen, Heimtransport von Menschen in Not, finanzielle Notfälle) wird jedoch im Einzelnen festgelegt, welche Hilfe die Mitgliedstaaten auf der Grundlage gemeinsamer Gepflogenheiten leisten und welche Verfahren in solchen Fällen für die Zusammenarbeit zwischen den Konsularbehörden gelten.

Der AEU-Vertrag lässt völlig offen, welcher von mehreren vor Ort vertretenen Mitgliedstaaten für die Betreuung welcher nicht vertretenen EU-Bürger zuständig ist. Auch der Kommissionsvorschlag sieht hier keine Regelung vor, stellt den Mitgliedstaaten aber anheim, Regelungen über eine „ständige Vertretung“ – allenfalls inklusive einer Lastenverteilung – zu vereinbaren.

10 KOM(2011) 881 endg. v. 14.12.2011.

11 Diese sieht kein ordentliches Gesetzgebungsverfahren und somit keine Mitentscheidung des Europäischen Parlaments, sondern lediglich dessen Anhörung vor.

12 Dabei muss sich die Definition des Begriffs der Familienangehörigen an Art. 2 u. Art. 3 Richtlinie 2004/38/EG des Europäischen Parlaments und des Rates über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. EU 2004 L 158/77 i.d.F. ABl. EU 2007 L 204/28, orientieren.

13 S. oben Fn. 3.

Weitere Bestimmungen des Richtlinienvorschlags betreffen

- die Koordinierung der Konsularbehörden vor Ort<sup>14</sup> u.a. durch Sitzungen zu Themen der konsularischen Zusammenarbeit sowie über die sichere Website des EAD Consular On-Line (Cool);
- die Koordinierung der nationalen Notfallplanungen für den Krisenfall;
- die Zusammenarbeit mit dem Empfangsstaat, sofern dieser keine Einwände gegen das Tätigwerden von EU-Mitgliedstaaten zugunsten der Bürger anderer EU-Mitgliedstaaten äußert: dazu schlägt die Kommission lapidar vor, „die notwendigen Maßnahmen zu ergreifen“.
- die Definition des sog. „federführenden Staates“ und dessen Unterstützung durch die EU sowie
- die – nicht zuletzt auch finanzielle – Lastenteilung in Krisensituationen: diese soll durch die Einführung eines einheitlichen Standardformulars vereinfacht werden, zumal die bisher vorgesehenen Rückerstattungsregelungen in der Praxis zu meist nicht angewandt worden seien.

Gemäß Art. 8 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WKK) kann eine konsularische Vertretung nach entsprechender Notifikation an ihren Empfangsstaats konsularische Aufgaben auch für einen dritten Staat wahrnehmen, wenn der Empfangsstaat dagegen keinen Einspruch erhebt. In ihrer Mitteilung<sup>15</sup> vertritt die Kommission dazu die Auffassung, dass eine derartige Notifikation durch sämtliche 27 Mitgliedstaaten durchzuführen wäre. Um die Verfahren in Zukunft zu erleichtern, legt sie den Mitgliedstaaten jedoch nahe, in künftige bilaterale Abkommen mit Drittstaaten systematisch eine Klausel aufzunehmen, wonach der Drittstaat der Wahrnehmung konsularischer Aufgaben durch sämtliche EU-Mitgliedstaaten zustimmt. Auf die praktischen Schwierigkeiten einer solchen Regelung geht die Kommission nicht weiter ein: in einem komplizierten Konsularfall wäre der – bloß vertretende – EU-Staat möglicherweise eben nicht der richtige Ansprechpartner.

## VI. Im Richtlinienvorschlag enthaltene Regelungen für den Krisenfall

Die Definition der konsularischen Aufgaben nach Art. 5 WKK wird in der Literatur üblicherweise als Dreiklang von Behörden-, Schutz- und Förderungsfunktionen zusammengefasst. Wie bereits dargestellt, kann die Wahrnehmung von Behördenfunktionen für andere Mitgliedstaaten im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten. Auch die Wahrnehmung der Förderungsfunktion für andere Mitgliedstaaten kann in der

14 Vorbehaltlich einer zentralen Vereinbarung durch die Außenministerien soll vor Ort entschieden werden, ob ein Vertreter eines Mitgliedstaats oder die Unionsdelegation den Vorsitz führt. Die im November 2010 angenommenen Leitlinien über den konsularischen Schutz hatten eine Übernahme des Vorsitzes durch den EAD von einer Genehmigung der zuständigen Brüsseler Gremien abhängig gemacht, doch blieb dies in der Praxis weitgehend unbeachtet: Derzeit führen die EU-Delegationen in Abuja, Baku, Belgrad, Chisinau, Hanoi, Moskau und Singapur den Vorsitz. Die Möglichkeit einer Delegation des Ratsvorsitzes vor Ort an eine EU-Delegation geht v.a. auf den Wunsch einiger kleinerer Mitgliedstaaten mit beschränktem internationalem Vertretungsnetz zurück.

15 S. oben Fn. 8.

Praxis schnell an ihre Grenzen stoßen, zumal die in Rede stehenden Interessen der Mitgliedstaaten – etwa im wirtschaftlichen oder kulturellen Bereich – durchaus im Wettstreit mit einander stehen können.

Anders ist es bei der konsularischen Schutzfunktion im eigentlichen Sinne, die v.a. in Krisenfällen vor große Herausforderungen gestellt wird. Ob die Krise nun politischer oder militärischer Natur ist, auf höhere Gewalt oder eine von Menschenhand verursachte Katastrophe zurückgeht – für die konsularische Betreuung spielt die Ursache der Krise ebenso wenig eine Rolle wie mögliche Unterschiede zwischen nationalen Regelungen: Im Krisenfall haben alle betroffenen Bürger vergleichbare Bedürfnisse nach Schutz von Leib und Leben, medizinischer Versorgung und Verbringung an einen sicheren Ort. Da geht es darum, die vorhandenen Mittel so wirksam und so synergetisch wie möglich zu nützen.

Zur Illustration möglicher Größenordnungen sei auf die Krisen des Jahres 2011 verwiesen: Schätzungen zufolge hielten sich zu Beginn des „Arabischen Frühlings“ über 100.000 EU-Bürger in den betroffenen Ländern auf, in Japan waren es zur Zeit der Fukushima-Krise geschätzte 37.000, der Vulkanausbruch in Island betraf im EU-Raum mehr als 100.000 Flüge. Für all diese Fälle hatte man bis dahin so gut wie keine Vorkehrungen getroffen. Vielmehr zeigt eine Analyse all dieser Krisen, dass die Zusammenarbeit der EU-Staaten vor Ort – ad hoc und informell – weitgehend gut funktionierte, die Mitgliedstaaten aber angesichts sehr unterschiedlicher Ressourcen – u.a. eines unterschiedlich großen Vertretungsnetzes – davor zurückscheuen, Betreuungsverpflichtungen für einander einzugehen. Wie in vielen anderen Politikbereichen lässt sich auch hier besondere Skepsis jenseits des Ärmelkanals orten.

Der Richtlinienvorschlag der Kommission sieht für den Krisenfall eine Reihe von Bestimmungen über Koordinierung (etwa der Notfallspläne) und Informationsaustausch (etwa über Evakuierungskapazitäten) vor. Bei Bedarf sollen – noch näher zu definierende – „bestehende Interventionsteams“ Unterstützung leisten können.

Frei nach dem Lead State-Konzept der NATO hatte man für den Krisenfall im Bereich der konsularischen Zusammenarbeit – schon vor einigen Jahren – die Idee der Ernennung „federführender Staaten“ entwickelt, die 2008 in – nicht rechtsverbindlichen – Leitlinien präzisiert worden war.<sup>16</sup> Das Konzept des federführenden Staats geht davon aus, dass der jeweilige EU-Ratsvorsitz – durch seine Kernaufgaben zu meist bis an die Grenzen seiner Belastbarkeit angespannt – oft überfordert wäre, wenn er sich auch noch um die Betreuung von in Krisensituationen geratenen EU-Bürgern in Drittstaaten kümmern müsste. Lead Nations sollen demnach jene Staaten sein, die im betreffenden Drittstaat über ausreichende Ressourcen verfügen, um die konsularische Betreuung von Bürgern anderer EU-Mitgliedstaaten übernehmen zu können.

16 Leitlinien der EU für die Umsetzung des Konzepts des federführenden Staates bei der konsularischen Zusammenarbeit, ABl. EU 2008 C 317/6.



Der Richtlinienvorschlag der Kommission<sup>17</sup> folgt in diesem Punkt den Vorgaben der Leitlinien des Rates aus 2008 weitgehend und fixiert u.a. folgende Eckpunkte: Die Übernahme der Funktion als Lead State wird – entweder im Vorhinein oder auch spontan im Krisenfall – freiwillig und per COREU – angekündigt. Die anderen Mitgliedstaaten können zwar binnen 30 Tagen ablehnen, müssen die Verantwortung für ihre Bürger in diesem Fall jedoch selbst übernehmen. Es ist durchaus möglich, dass sich zwei Staaten als Lead Nations melden (so geschehen u.a. in Marokko mit Frankreich und Spanien oder auch in Bhutan mit Dänemark und Österreich).

„Federführende Staaten“ tragen „eine besondere Verantwortung für die Bürger nicht verteilter Mitgliedstaaten“.<sup>18</sup> Sie müssen diese in ihre Notfallplanung einbeziehen, sie im Bedarfsfall an einen sicheren Ort evakuieren und deren Herkunftsländer informieren. Das Vorhandensein einer Lead Nation entbindet die anderen Mitgliedstaaten nicht von der Pflicht, den federführenden Staat – u.a. durch die Zurverfügungstellung von Ressourcen – zu unterstützen. Mangels einer Lead Nation vereinbaren die vor Ort vertretenen Mitgliedstaaten, welcher von ihnen die Hilfe für die Bürger nicht verteilter Mitgliedstaaten koordiniert. Für die Kommunikation mit den nicht vertretenen Mitgliedstaaten ist eine Kontaktstelle einzurichten. Der federführende Staat kann gegebenenfalls um Unterstützung durch Instrumente wie das EU-Katastrophenschutzverfahren und die Krisenbewältigungsstrukturen des EAD ersuchen.

Schon nach geltendem Recht besteht die Möglichkeit, dass vertretende EU-Mitgliedstaaten eine Erstattung ihrer Kosten fordern. In der Praxis ist dies bis dato jedoch kaum je erfolgt. Der Richtlinienvorschlag sieht für Krisensituationen nun „vereinfachte“ Rückerstattungsverfahren vor: Der vertretende Mitgliedstaat soll die Kosten auf den vertretenen Staat überwälzen können, ohne dass der betreute Bürger vorher zu einer Rückerstattung verpflichtet worden wäre. Insgesamt müsste eine Regelung über die finanzielle Lastenteilung den Balanceakt schaffen, weder einen Anreiz zum Trittbrettfahren für Mitgliedstaaten mit kleinem Vertretungsnetz noch eine Grundlage für die Querfinanzierung zugunsten von Mitgliedstaaten mit größerem Netz zu bieten.

Allfällige Schadensersatzforderungen von Bürgern werden im Richtlinienvorschlag nicht erwähnt. Die Kommission geht in ihrer Mitteilung<sup>19</sup> davon aus, dass diese im Konsultationsweg geklärt werden sollen.

Das Konzept des federführenden Staats erfreut sich in der Praxis steigender Bedeutung: Mit Jahresende 2011 hatten sich in 29 von 146 Drittstaaten, in denen mindestens ein Mitgliedstaat vertreten ist, federführende Nationen etabliert. Dies mag einerseits an der in allen EU-Mitgliedstaaten verordneten Sparpolitik liegen, andererseits aber auch am Bestreben, entsprechenden Aktivitäten des EAD zuvorzukommen.

<sup>17</sup> S. oben Fn. 10.

<sup>18</sup> Art. 16 Abs. 1 Richtlinienvorschlag (Fn. 10).

<sup>19</sup> S. oben Fn. 8.

Erste Diskussionen über den Richtlinienvorschlag machen deutlich, welche Aspekte sich als die Knackpunkte der Beratungen im Rat herauskristallisieren dürften: etwa der Rechtsanspruch auf konsularische Unterstützung; die praktischen Schwierigkeiten, wenn jeder Mitgliedstaat jeden anderen vertreten soll; das unterschiedliche Ausmaß des konsularischen Schutzes insbesondere im Hinblick auf Drittstaatsangehörige; die finanzielle Lastenverteilung und die künftige Rolle des EAD.

## VII. Verkehr mit Urkunden und deren Rechtswirkungen

Ein weiteres Rechtsetzungsprojekt der Kommission im konsularischen Bereich betrifft das im Zusammenhang mit dem konsularischen Schutz der EU-Bürger immer wieder auftauchende Thema des Verkehrs von Urkunden zwischen EU-Staaten und deren gegenseitige Anerkennung. Die Kommission hat diesem Fragekomplex im Dezember 2010 ein Grünbuch mit dem Titel „Weniger Verwaltungsaufwand für EU-Bürger: Den freien Verkehr öffentlicher Urkunden und die Anerkennung der Rechtswirkungen von Personenstandsurkunden erleichtern“<sup>20</sup> gewidmet. Darin verweist sie auf die Tatsache, dass zwölf Millionen EU-Bürger in einem Mitgliedstaat leben, dessen Staatsangehörigkeit sie nicht besitzen, und dass die Ausübung von deren Unionsbürgerrecht oft durch Hindernisse des Urkundenverkehrs erschwert werde. Mitgliedstaatliche Dokumente beurkunden nicht dieselben Inhalte<sup>21</sup> und werden daher erst nach Durchlaufen komplizierter Verfahren gegenseitig anerkannt. Die Kommission ortet Handlungsbedarf – sowohl was den Dokumentenverkehr betrifft als auch hinsichtlich der gegenseitigen Anerkennung der jeweiligen Rechtswirkungen<sup>22</sup> – und beruft sich dabei u.a. auf die Judikatur des EuGH im Fall *Dafe-ki*.<sup>23</sup>

Mit dem Grünbuch startete die Kommission einen öffentlichen Konsultationsprozess zu einigen der wichtigsten Fragestellungen in diesem Bereich: die Möglichkeiten einer Abschaffung bestimmter Formalitäten (Apostille), die Schaffung einer europäischen (elektronischen?) Clearingstelle für Dokumente ähnlich dem Binnenmarktinformationssystem IMI,<sup>24</sup> Einschränkungen der Übersetzungserfordernisse, Unterstützungsmöglichkeiten durch EU-Stellen, Regelungen für die Anerkennung der Rechtswirkungen von Dokumenten (Rechtswahlmöglichkeiten versus Anerkennung von Rechts wegen oder auf der Grundlage harmonisierter Kollisionsnormen). Dabei geht die Kommission nicht auf die Tatsache ein, dass verschiedene privatrechtliche Institute, wie z.B. Adoptionen, eingetragene Partnerschaften, Leihmutterchaften, Sorgerechte für Kinder, Geschlechtsumwandlungen, namensrecht-

20 KOM(2010) 747 endg. v. 14.12.2010.

21 Für eine Geburtsurkunde gibt es in den Mitgliedstaaten insgesamt mehr als 40 Vermerke, die nicht in allen anderen Mitgliedstaaten bekannt sind.

22 Von rund 122 Mio. Ehen in der EU haben ca. 16 Mio. (13%) einen Bezug zu einem anderen Mitgliedstaat.

23 EuGH, Rs. C-336/94 (*Dafe-ki*), Slg. 1997, I-6761, Rn. 19. Der EuGH erkannte, dass die Landesversicherungsanstalt Baden-Württemberg bei der Berechnung einer Pension gehalten ist, von Griechenland ausgestellte Urkunden anzuerkennen, es sei denn, deren Inhalt wäre konkret widerlegt worden.

24 Für den Austausch von Informationen über Berufsqualifikationen und Dienstleistungen durch die mitgliedstaatlichen Behörden.

liche Bestimmungen, Unterhaltsbestimmungen etc., in verschiedenen Mitgliedstaaten unterschiedlich geregelt sind.

Erklärtes Ziel der Kommission ist es, 2013 einen Rechtsetzungsvorschlag auf der Basis der Rückmeldungen zu diesem Konsultationsprozess zu präsentieren.

## VIII. Krisenmanagement in der EU

Bemühungen um gemeinsames Krisenmanagement haben in der EU eine lange – wenn auch etwas unübersichtliche Tradition. Im Laufe der Jahrzehnte wurden – komplementär zu den nationalstaatlichen Bemühungen – zahlreiche sektorielle Krisenreaktionsmechanismen entwickelt, die zumeist nicht zwischen internen und externen Krisen unterscheiden: Entsprechende Instrumente bestehen etwa in den Bereichen Gesundheit, Terrorbekämpfung, Migration, Energie, Entwicklungspolitik, Sicherheit etc. Sie sind bei gut zwei Dutzend unterschiedlichen Kommissionsdienststellen bzw. verschiedenen europäischen Agenturen angesiedelt.

2006 unternahm der nunmehrige Kommissar *Michel Barnier* im Auftrag des damaligen österreichischen EU-Ratsvorsitzes und des Kommissionspräsidenten den Versuch, eine Weiterentwicklung der bestehenden Strukturen zu konzipieren. Ergebnis war eine Studie mit dem Titel „For a European Civil Protection: Europe Aid“, die zwölf konkrete Ideen zum Krisenmanagement im Allgemeinen und zum konsularischem Krisenmanagement im Besonderen enthielt.<sup>25</sup>

Seither werden diese Überlegungen weitergeführt, bis dato freilich eher als eine Reihe von Parallelaktionen, denn als strukturiertes Gesamtkonzept.

Für das konsularische Krisenmanagement – in gewisser Weise die Königsdisziplin der konsularischen Betreuung – gilt damit aber eine seltsam unübersichtliche Rechtslage: In welchem Verhältnis der bestehende Wildwuchs an Strukturen zum oben erwähnten Richtlinienvorschlag über den konsularischen Schutz von Unionsbürgern im Ausland<sup>26</sup> stehen soll, bleibt bis auf weiteres unklar. In der Praxis hat sich freilich eine Reihe von Instrumenten entwickelt, auf denen sich durchaus aufbauen lässt.

Die sog. Cocon-Gruppe, die im Rahmen der Gemeinsamen Außen- und Sicherheitspolitik der EU (GASP) entstanden ist und normalerweise Orientierungen für die konsularische Zusammenarbeit der Mitgliedstaaten vorgibt, ist ein Gremium, das im Krisenfall virtuell in Form von Telekonferenzen zusammentritt und das Krisenmanagement koordiniert. Die Kommunikation läuft dabei über die Website *CooL*, die in 23 Sprachen operationell ist. Neben Reisehinweisen und Informationen über das Vertretungsnetz der Mitgliedstaaten werden auf diesem Weg auch Nachrichten und praktische Informationen, wie etwa über Evakuierungsmöglichkeiten, ausgetauscht. Teilbereiche von *CooL* stehen auch (EWR-)Drittstaaten zur Verfügung, andere sind ausschließlich den von den Mitgliedstaaten nominierten Kontaktpersonen zugänglich.

<sup>25</sup> Europäische Kommission, 9.5.2006.

<sup>26</sup> S. oben Fn. 10.

Daneben haben verschiedene EU-Organe ihre eigenen Mechanismen entwickelt: Als erster Schritt wurde 2001 im Rahmen der Umsetzung des Vertrags von Nizza bei der Kommission das sog. Beobachtungs- und Informationszentrum für den Katastrophenschutz geschaffen (Monitoring and Information Centre, MIC). Es dient der Koordination der Zivilschutzaktivitäten der Mitgliedstaaten und der Unterstützung für diejenigen Staaten, in denen Katastrophen ausgebrochen sind. Die Website des MIC dient dem Informationsaustausch, als Frühwarnsystem und als Katastrophenmanagement. Im Krisenfall bemisst das MIC den Bedarf an Hilfsmaterial und schreibt diesen unter den Mitgliedstaaten aus. Der Mechanismus kann grundsätzlich auch für die Evakuierung von EU-Bürgern aus Drittstaaten herangezogen werden. Eine Kofinanzierung der von einem Mitgliedstaat ausgelegten Transportkosten durch das MIC ist prinzipiell möglich, hat sich in der Praxis aber meist als zu langsam erwiesen. Der erste große Auslandseinsatz des MIC erfolgte während der Libanonkrise 2006. Damals wurde für die Evakuierung der EU-Bürger eine Drehscheibe in Zypern eingerichtet, für die die zypriotischen Behörden europäische Verstärkung anforderten.

Beim Ratssekretariat wurde 2006 – als leicht verspätete Reaktion auf den Tsunami des Jahres 2004 – das sog. „EU Emergency and Crisis Coordination Arrangement (CCA)“ angesiedelt, das die Reaktion auf Großkrisen erleichtern soll und mit einer Website verbunden ist.

Im November 2007 wurde zusätzlich ein „Verfahren der Zusammenarbeit für den Katastrophenschutz“ eingeführt, das auch für den konsularischen Schutz von EU-Bürgern bei Katastrophen im Ausland herangezogen werden kann. Mit dem Civil Protection Instrument steht dafür ein eigenes Finanzierungsinstrument zur Verfügung. Sobald das Verfahren ausgelöst wird, gibt das MIC als operatives Zentrum des Katastrophenschutzverfahrens den Zugang zu den für Katastrophenschutzsätze zur Verfügung stehenden nationalen Ressourcen der 31 EWR-Staaten und Kroatiens frei. Je nach Fall kann dies etwa die Entsendung von Zivilschutzexpertenteams oder auch medizinische Versorgung und Opferidentifizierung beinhalten. Dass dieser Mechanismus bisher nur selten – und nie in vollem Ausmaße – aktiviert wurde, mag u.a. gerade an der angestrebten Verkürzung der Verfahren liegen, die notgedrungen eine Beschneidung der Rechte des Rates mit sich bringt. Immerhin hat das CCA bei den Terroranschlägen in Mumbai 2008 eine Rolle gespielt (sechs verwundete Europäer wurden mit einem schwedischen Met Evac-Flugzeug evakuiert). Auch während der Krisen in Libyen, Georgien, Haiti und Pakistan kam das CCA teilweise zum Einsatz.

Da das CCA nach den bisherigen Erfahrungen allgemein als nicht optimal eingestuft wurde, hat man Ende 2010 eine Überprüfung durch eine „Gruppe der Freunde der Präsidentschaft“ eingeleitet.

Seit dem Jahr 2010 ortet die Kommission eine starke Intensivierung der Beanspruchung des MIC infolge einer Häufung von Krisen verschiedenster Art. In Hinblick darauf und angesichts der anlaufenden Verhandlungen über den mehrjährigen EU-

Finanzrahmen 2014 – 2020 hat die Kommission einen Vorschlag<sup>27</sup> präsentiert, der sowohl den Zivilschutzmechanismus als auch das zugehörige Finanzierungsinstrument auf eine neue Basis stellen soll. Der Vorschlag sieht u.a. vor, dass das MIC zu einem Krisenreaktionszentrum weiterentwickelt, ein Gemeinsames Krisenkommunikations- und Informationssystem sowie inter-operable Module geschaffen werden, die von den Mitgliedstaaten für den Krisenfall eingemeldet und zur Verfügung gestellt werden. Alle diese Instrumente sollen auch für konsularische Einsätze zur Verfügung stehen, wobei „nicht-vertretene“ EU-Bürger ausdrücklich erwähnt werden.

Damit soll dem Erfordernis einer kontinuierlichen und besser koordinierten Notfallplanung Rechnung getragen werden.

Möglichkeiten einer strukturierten Zusammenarbeit dieses Zivilschutzmechanismus mit dem Ratssekretariat und dem EAD bleiben dabei – entgegen den Ankündigungen in der ursprünglichen Kommissionsmitteilung – seltsam unerwähnt.

## IX. Europäischer Auswärtiger Dienst im Krisenmanagement

Auch der EAD hat – ungeachtet der Tatsache, dass seine Rolle im Krisenfall noch nicht ganz geklärt ist – bereits gewisse Strukturen geschaffen: Er betreibt im Rahmen der Crisis Response and Operational Coordination (CROC) ein sog. „Situation Center“ (SITCEN), das die internationale Sicherheitslage permanent verfolgt und EU-Delegationen<sup>28</sup> sowie Mitgliedstaaten bei der Krisenbewältigung unterstützt. Während des Arabischen Frühlings hat das Zentrum eine erste Bewährungsprobe bestanden.

Ebenso wie Kommission und Rat betreibt auch der EAD eine Website, die die Reihenhinweise und Erreichbarkeiten der Mitgliedstaaten ersichtlich darstellt.<sup>29</sup> Die CCA des Rates stuft er als zu unklar und mühsam ein. Der EAD plädiert für eine gemeinsame Informationsgrundlage („situational awareness“) und eine koordinierte Kommunikationspolitik gegenüber der Öffentlichkeit. Er hat ferner auch Beobachterstatus bei einer – NATO-nahen – zwischenstaatlichen Vereinbarung zur Koordinierung der Evakuierung von Zivilisten (NCG).

Ein gewisses Konkurrenzverhältnis zwischen den verschiedenen Organen lässt sich also nicht leugnen. Angesichts der eher unklaren Abgrenzung der Kompetenzen im Vertrag von Lissabon mag dies auch nicht weiter verwundern: Art. 35 EUV sieht nicht mehr und nicht weniger vor, als dass die diplomatischen und konsularischen Vertretungen sowie die EU-Delegationen zur Umsetzung des konsularischen Schutzanspruchs der EU-Bürger beitragen. Im Beschluss des Rates über Organisation und Arbeitsweise des EAD<sup>30</sup> heißt es dazu in Art. 5 Abs. 10 freilich etwas

27 Vorschlag für eine Entscheidung des Europäischen Parlaments und des Rates für einen EU-Zivilschutzmechanismus, KOM(2011) 934 endg. v. 20.12.2011.

28 Zu den Delegationen der EU s. K. Schmalenbach in diesem Heft auf S. 205.

29 Abrufbar über <http://ec.europa.eu/consularprotection/index.action>.

30 Beschluss 2010/427/EU des Rates v. 26.7.2010 über die Organisation und die Arbeitsweise des Europäischen Auswärtigen Dienstes, ABl. EU 2010 L 201/30. S. dazu B. Martenczuk in diesem Heft auf S. 189.

kryptisch, dass eine solche Unterstützung ressourcenneutral zu erfolgen hat. Die Formulierung geht auf die Handschrift bestimmter – leicht zu erratender – Mitgliedstaaten zurück, wirft aber gleichzeitig die Frage auf, wie man sich eine solche Unterstützung in der Praxis vorzustellen hat: Bis dato bestehen zwischen der Zentrale des EAD in Brüssel und den EU-Delegationen des EAD keine gesicherten Kommunikationsverbindungen, auch sonstige technische Einrichtungen erscheinen optimierungsbedürftig. Die arbeitsrechtlichen Regelungen sehen vor, dass das EAD-Personal im Krisenfall eher in Sicherheit gebracht als zur konsularischen Unterstützung europäischer Bürger eingesetzt wird.

Dennoch geht die Hohe Vertreterin in ihrem – aufgrund des Ratsbeschlusses über die Arbeitsweise des EAD Ende 2011 vorgelegten Bericht über den EAD<sup>31</sup> davon aus, dass letzterer in Zukunft eine verstärkte Rolle spielen wird – nicht nur im Krisenmanagement (u.a. durch die Schaffung einer Krisenplattform aller zuständigen politischen Akteure der europäischen Institutionen sowie durch die Sicherstellung von Synergien etwa zwischen vorhandenen Bereitschaftsdiensten), sondern auch bei der konsularischen Betreuung.

Dies alles zeigt, dass die Entwicklung derzeit im Fluss ist. Die Mitgliedstaaten empfinden die bei den verschiedenen EU-Organen angesiedelten bestehenden Krisenmanagementstrukturen als schwer durchschaubar, vermissen das nötige konsularische Know how und warnen vielfach vor dem Aufbau von Parallelstrukturen. Die meisten von ihnen würden jedoch Vorbereitungen für eine bessere gemeinsame Risikoeinschätzung, den Austausch sicherheitsrelevanter Informationen, die Möglichkeit der Nutzung gemeinsamer Infrastrukturen, den Ausbau technischer Kapazitäten zum konsularischen Informationsaustausch und die Übernahme der Funktion einer konsularischen Erstanlaufstelle durch den EAD befürworten.

## X. Conclusio

Möglichkeiten der Diskussion dieser und anderer Überlegungen werden sich in absehbarer Zukunft in vielfacher Weise ergeben: Auf der Tagesordnung der Union stehen zurzeit u.a. die konkrete Ausgestaltung der Solidaritätsklausel in Art. 222 AEUV, die Umsetzung der Strategie der internen Sicherheit, die neben organisierter Kriminalität, Bekämpfung des Terrorismus und der Cyberkriminalität sowie den Grenzschutz auch Krisenmanagement erwähnt, die Reform des Zivilschutzmechanismus sowie die Definition der Funktionen der neuen Akteure nach dem Vertrag von Lissabon.

31 The European External Action Service, Report by the High Representative to the European Parliament, the Council and the Commission.





# **VI.**

## **Der Einfluss der Europäischen Union auf das Völkerrecht**



# Der Beitrag der EU zur Entwicklung des allgemeinen Völkerrechts

Von Philip Bittner und Gregor Schusterschitz, Wien\*

## I. Einleitung

Spätestens seit der Mitte des vorigen Jahrhunderts haben internationale Organisationen als partielle Völkerrechtssubjekte wesentlich zur Entwicklung des Völkerrechts beigetragen. Dies gilt gleichermaßen für die Europäischen Gemeinschaften (EG) und – spätestens seit dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon – für die Europäische Union (EU) in Nachfolge der vorherigen EU und der EG. Als Völkerrechtssubjekt handelt die EU im Rahmen des Völkerrechts und bedient sich der Instrumente des Völkerrechts: die EU schließt völkerrechtliche Verträge, beteiligt sich an internationalen Gerichtsverfahren als Klägerin, Beklagte und Intervenientin oder gibt Erklärungen mit völkerrechtlicher Relevanz ab.

Durch ihren supranationalen Charakter und ihre weitreichenden, stets wachsenden Zuständigkeiten in mittlerweile fast allen Bereichen des staatlichen Handelns unterscheidet sich die EU jedoch maßgeblich von vielen anderen internationalen Organisationen. Dies hat sich auch in ihrer völkerrechtlichen Praxis und ihrem Beitrag zur Entwicklung des Völkerrechts niedergeschlagen.

Eine systematische Untersuchung des Beitrags der EU zur Entwicklung des Völkerrechts wurde bereits von *Frank Hoffmeister* in seinem 2008 erschienen Aufsatz „The Contribution of EU Practice to International Law“<sup>1</sup> vorgenommen. Hier wird im Folgenden auf einige rezente Beispiele aus der Praxis des Völkerrechtsbüros des österreichischen Außenministeriums eingegangen, die den Einfluss der Besonderheiten der EU auf das allgemeine Völkerrecht verdeutlichen sollen. Der Schwerpunkt liegt dabei auf dem Völkervertragsrecht und dem Projekt der VN-Völkerrechtskommission (International Law Commission – ILC) zur Verantwortlichkeit internationaler Organisationen. Die Darstellung erfolgt bewusst aus mitgliedstaatlicher Perspektive.

## II. Völkervertragsrecht

Die EU verfügt über eine extensive Praxis mit völkerrechtlichen Verträgen, die von der Vertragsgestaltung und dem Abschluss über die Auslegung bis hin zur Geltendmachung der Verantwortlichkeit für Vertragsverletzungen reicht. Dabei wirkt sich die europäische Integration nicht nur auf völkerrechtliche Verträge der EU, sondern auch auf völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten untereinander und

\* MMag. Dr. Philip Bittner ist Leiter des Referats für Internationales Wirtschafts- und Umweltrecht im Bundesministerium für europäische und internationale Angelegenheiten (BMeiA); MMag. Gregor Schusterschitz ist Leiter der Abteilung für allgemeines Völkerrecht im BMeiA. Die Ansicht der Autoren entspricht nicht notwendigerweise der Position des BMeiA.

1 *F. Hoffmeister*, The Contribution of EU Practice to International Law, in: Cremona (Hrsg.), Developments in EU External Relations Law, 2008, S. 37.

mit Drittstaaten aus. Nicht nur die Europäische Kommission bzw. der Ratsvorsitz als Vertreter der EU nach außen tragen zu dieser Praxis bei, sondern in beachtlichem Maße auch der EuGH, dessen Aussagen zum Völkervertragsrecht als Spruchpraxis eines internationalen Gerichts rezipiert werden.<sup>2</sup> Die folgenden Beispiele konzentrieren sich vornehmlich auf die durch die Besonderheiten der EU bedingten Entwicklungen sowie auf deren Auswirkungen auf die mitgliedstaatliche Vertragsgestaltung.

## 1. Neuartige Vertragskonstruktionen

Der Großteil der an die EU übertragenen Kompetenzen ist der Kategorie der geteilten Zuständigkeiten zuzuordnen, in welcher eine komplexe Gemengelage aus EU-Kompetenzen und bei den Mitgliedstaaten verbliebenen Kompetenzen besteht. Gemäß der *AETR*-Rechtsprechung des EuGH<sup>3</sup> verschiebt sich die Außenkompetenz laufend: Demnach kommt der EU die Außenvertretungskompetenz dann zu, wenn der überwiegende Teil des Regelungsbereichs durch Sekundärrecht abgedeckt ist.<sup>4</sup> D.h., eine Aussage zur Außenkompetenz ist weder bei Abschluss eines Vertrags noch danach dauerhaft möglich. Nun werden völkerrechtliche Verträge in der Regel nicht entlang der EU-internen Kompetenzverteilung gestaltet, sondern nach Maßgabe eines konkret identifizierten Regelungsdefizits. Die interne Kompetenzverteilung spielt daher auch auf völkerrechtlicher Ebene, insbesondere bei der Bestimmung der Vertragsparteien auf EU-Seite, eine Rolle und brachte zum Teil sehr komplexe Vertragskonstruktionen hervor.

Hier sind zunächst die bilateralen gemischten Abkommen mit Drittstaaten zu erwähnen, also Abkommen, die von der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und einem Drittstaat andererseits geschlossen werden.<sup>5</sup> Ihrer Natur nach sind sie bilaterale Abkommen, doch eine der beiden Seiten besteht aus einer internationalen Organisation (vor dem Vertrag von Lissabon allenfalls sogar aus mehr als einer Organisation) und ihren – derzeit 27 – Mitgliedstaaten. Das bilaterale Abkommen hat daher in gewisser Weise einen multilateralen Charakter. Im Völkerrecht werden solche Verträge gelegentlich „multipartite Verträge“<sup>6</sup> genannt. Neu ist allerdings der Aspekt der Kompetenzverteilung. Da den gemischten Abkommen ein eigener Beitrag gewidmet ist, wird an dieser Stelle nicht näher auf sie eingegangen.<sup>7</sup>

2 Vgl. z.B. EuGH, Rs. C-162/96 (Racke), Slg. 1998, I-3588. Dieses Urteil betraf u.a. die Suspendierung von Verträgen und wurde deshalb in der einschlägigen Literatur zitiert, z.B. A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2000, S. 241 f.; T. Giegerich, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012, Art. 62 WVK, Rn. 37, 105 f.; H. Krieger, in: Dörr/Schmalenbach (Hrsg.), *Vienna Convention on the Law of Treaties. A Commentary*, 2012, Art. 65 WVK, Rn. 8, 39.

3 EuGH, Rs. 22/70 (Kommission/Rat), Slg. 1971, 263; P. Eeckhout, *External Relations of the European Union. Legal and Constitutional Foundations*, 2004, S. 59.

4 S. dazu W. Obwexer in diesem Heft auf S. 49.

5 Vgl. z.B. Freihandelsabkommen zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Republik Korea andererseits, ABl. EU 2011 L 127/6.

6 A. McNair, *The Law of Treaties. British Practice and Opinions*, 1938, S. 5.

7 S. dazu A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S. 75.

Die sog. „horizontalen Abkommen“ der EU mit Drittstaaten im Luftverkehrsbereich sind ein gänzlich neuer Typ von Abkommen, der aus der Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten resultiert. Der internationale Luftverkehr ist nach wie vor weitgehend vom bilateralen Ansatz geprägt, d.h. Staaten schließen miteinander bilaterale Luftverkehrsabkommen, um den planmäßigen Fluglinienverkehr zwischen zwei Staaten zu ermöglichen. Während das Verhältnis zwischen EU-Mitgliedstaaten durch das Unionsrecht geregelt ist,<sup>8</sup> bedarf es im Verhältnis zu Drittstaaten weiterhin der bilateralen Luftverkehrsabkommen. Aus diesem Grund wurden, obwohl gemäß der *AETR*-Doktrin Unionszuständigkeit besteht, die Mitgliedstaaten sekundärrechtlich ermächtigt, weiterhin bilaterale Luftverkehrsabkommen zu unterhalten und abzuschließen (sofern sie nicht den EU-Grundfreiheiten widersprechen).<sup>9</sup> Es besteht daher weiterhin ein enges Netz solcher Abkommen, die sich in ihrer Struktur sehr ähnlich sind und deren Kernelement in der Einräumung von Verkehrsrechten besteht. In den sog. *Open Skies*-Urteilen hat der EuGH lediglich einige Bestimmungen dieser Abkommen, allen voran die Eigentümerklausel, als unionsrechtswidrig qualifiziert,<sup>10</sup> weshalb eine Anpassung dieser Abkommen und in weiterer Folge auch aller anderen Luftverkehrsabkommen der Mitgliedstaaten erforderlich wurde. Soweit kein gemischtes Luftverkehrsabkommen mit einem Drittstaat<sup>11</sup> abgeschlossen wurde, welches die bilateralen Abkommen der Mitgliedstaaten ersetzt, entwickelte die EU die Praxis der sog. „horizontalen Abkommen“ über bestimmte Aspekte von Luftverkehrsdiensten. Durch ein solches horizontales Abkommen, welches die EU alleine mit einem Drittstaat schließt (reines EU-Abkommen), werden alle im Anhang zum Abkommen angeführten bilateralen Luftverkehrsabkommen der Mitgliedstaaten mit diesem Drittstaat in jenen Bereichen angepasst, die in die Zuständigkeit der EU fallen.<sup>12</sup> Völkervertragsrechtlich gesehen wird eine Vertragsänderung durch einen Vertrag mit einem anderen Völkerrechtssubjekt vorgenommen, und zwar durch einen Vertrag mit der EU anstelle des jeweiligen Mitgliedstaats.

Eine solche Vertragsänderung durch ein anderes Völkerrechtssubjekt bedarf natürlich der Zustimmung des Vertragspartners. Während einige Staaten diese Konstruktion akzeptieren konnten, waren etwa die USA durchaus kritisch. Im Abkom-

8 Vgl. grundsätzlich Verordnung (EWG) Nr. 2407/92 des Rates v. 23.7.1992 über die Erteilung von Betriebsgenehmigungen an Luftfahrtunternehmen, ABl. EG 1992 L 240/1; Verordnung (EWG) Nr. 2408/92 des Rates v. 23.7.1992 über den Zugang von Luftfahrtunternehmen der Gemeinschaft zu Strecken des innergemeinschaftlichen Flugverkehrs, ABl. EG 1992 L 240/8; Verordnung (EWG) Nr. 2409/92 des Rates v. 23.7.1992 über Flugpreise und Luftfrachtraten, ABl. EG 1992 L 240/15.

9 Vgl. Verordnung (EG) Nr. 847/2004 über die Aushandlung und Durchführung von Luftverkehrsabkommen zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten, ABl. EU 2004 L 157/7.

10 EuGH, Rs. C-475/98 (Kommission/Österreich), Rs. C-471/98 (Kommission/Belgien), Rs. C-467/98 (Kommission/Dänemark), Rs. C-469/98 (Kommission/Finnland), Rs. C-476/98 (Kommission/Deutschland), Rs. C-472/98 (Kommission/Luxemburg), Rs. C-466/98 (Kommission/Großbritannien) und Rs. C-468/98 (Kommission/Schweden), Slg. 2002, I-9575.

11 Vgl. z.B. Luftverkehrsabkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und den USA andererseits, ABl. EU 2007 L 134/4.

12 Vgl. z.B. Abkommen zwischen der EG und der Regierung der Republik Indien über bestimmte Aspekte von Luftverkehrsdiensten, ABl. EU 2008 L 273/9; Abkommen zwischen der EG und den Vereinigten Arabischen Emiraten über bestimmte Aspekte von Luftverkehrsdiensten, ABl. EU 2008 L 28/21.

men zwischen der EG und den USA über die Zusammenarbeit bei der Regelung der Sicherheit der Zivilluftfahrt<sup>13</sup> wurde von einer Beendigung oder Anpassung der bilateralen Abkommen abgesehen. Vielmehr verpflichteten sich beide Seiten zu entsprechenden Anpassungsmaßnahmen, wobei sich die EU lediglich dazu verpflichten konnte, „im Rahmen der Verträge“ die Anpassungsmaßnahmen der Mitgliedstaaten zu „gewährleisten“. Die anzupassenden bilateralen Abkommen sind in der Beilage zum Abkommen aufgelistet.<sup>14</sup> Dies entspricht dem klassischen völkerrechtlichen Zugang im Unterschied zu den horizontalen Abkommen.

Es stellt sich also die Frage, ob die horizontalen Abkommen noch den völkervertragsrechtlichen Regeln über Vertragsänderung und *lex posterior* entsprechen oder schon darüber hinausgehen.

## 2. Definition der EU-Vertragspartei

Im Fall von geteilten Zuständigkeiten kann die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten immer nur zu einem konkreten Zeitpunkt identifiziert werden. Die fortschreitende Übertragung von Kompetenzen im Rahmen der geteilten Zuständigkeiten kann dazu führen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses eines gemischten Abkommens einige Kompetenzen noch den Mitgliedstaaten zufallen, später aber – aufgrund der unionsinternen Entwicklungen – der EU. Gleichzeitig muss dem Vertragspartner aber in völkerrechtlich verbindlicher Weise dargelegt werden, wer auf Unionsseite für welche Verpflichtungen aus dem Abkommen einzustehen hat. Um dem dynamischen Charakter der Kompetenzverteilung und der völkerrechtlichen Festlegung gegenüber dem Vertragspartner gleichzeitig Rechnung tragen zu können, hat sich bei bilateralen gemischten Abkommen eine bestimmte Definition der „EU-Vertragspartei“ entwickelt. Diese wird definiert als „Europäische Union *oder* ihre Mitgliedstaaten“ oder „die Europäische Union *und* ihre Mitgliedstaaten im Rahmen ihrer sich aus den Verträgen ergebenden Zuständigkeiten“. <sup>15</sup> Diese Lösung ist unionsrechtlich nachvollziehbar, aber völkerrechtlich nicht unproblematisch, da sich der Adressat der Verpflichtung für den Drittstaat nach Maßgabe EU-interner Vorgänge ändern kann.

## 3. Schlussklauseln

Die Definition der EU-Vertragspartei wirkt sich auch auf die Schlussklauseln bilateralen gemischter Abkommen aus. Dies betrifft insbesondere die Bestimmungen über das Inkrafttreten und die allenfalls vorgesehene vorläufige Anwendung. Bilaterale gemischte Abkommen enthalten oft die typische Inkrafttretensbestimmung, dass – wörtlich – „die Vertragsparteien einander“ den Abschluss ihrer in-

13 ABl. EU 2011 L 291/3.

14 Vgl. Art. 16 Abkommen EG – USA (Fn. 13) und dessen Beilage 1.

15 Vgl. z.B. Art. 1.2 Freihandelsabkommen mit Korea (Fn. 5); Hervorhebung durch die Autoren.

nerstaatlichen Verfahren notifizieren.<sup>16</sup> Allein aufgrund des Wortlauts bleibt jedoch unklar, wer hier wem notifizieren soll. Es stellt sich die Frage, ob jeder Mitgliedstaat nun selbst dem Drittstaat den Abschluss seiner internen Verfahren notifizieren soll oder ob dies allenfalls über die EU kanalisiert wird. Hier steht also der multilaterale Charakter des bilateralen gemischten Abkommens im Vordergrund, da es nicht nur zwei Notifikationen gibt, sondern neben der Notifikation der EU und des Drittstaats auch jene der einzelnen Mitgliedstaaten. In der Praxis hat sich eine Art Depositärfunktion des Generalsekretariats des Rates herausgebildet. Dieses sammelt die Notifikationen der Mitgliedstaaten und übermittelt diese gebündelt an den Vertragspartner.

Die Definition der EU-Vertragspartei verursacht v.a. Probleme bei der Bestimmung des Umfangs der vorläufigen Anwendung. Oft bleibt unklar, ob nur die EU alleine in ihrem Zuständigkeitsbereich vorläufig anwenden soll oder auch die Mitgliedstaaten, sodass das gesamte Abkommen vorläufig zur Anwendung gelangen könnte.<sup>17</sup> Da eine Reihe von Mitgliedstaaten verfassungsrechtliche Probleme mit einer vorläufigen Anwendung haben (so auch Österreich vor Abschluss des parlamentarischen Genehmigungsverfahrens), kann sich diese daher nicht auf deren Teil des Abkommens beziehen. Versuche, den EU-Teil, in dem eine vorläufige Anwendung leichter möglich ist, klarer zu definieren, scheitern immer wieder, gerade auch an der unklaren und dynamischen unionsinternen Kompetenzverteilung.

Insgesamt ist im Laufe der Jahre allerdings auch eine Verbesserung bemerkbar. So enthalten manche neuere Abkommen nun die ausdrückliche Festlegung des Depositärs oder exaktere Angaben der Notifikationswege.<sup>18</sup>

#### 4. EU-Gleitklauseln

Die Kompetenzverteilung hat auch Auswirkungen auf die Gestaltung der Verträge der Mitgliedstaaten mit Drittstaaten, v.a. bei Verträgen im Bereich der geteilten Zuständigkeiten. Soweit die Union ihre Zuständigkeit noch nicht ausgeübt hat, steht es den Mitgliedstaaten frei, völkerrechtliche Verträge mit Drittstaaten abzuschließen. Schließt ein Mitgliedstaat in einem Bereich der geteilten Zuständigkeiten einen solchen Vertrag, hat er die Möglichkeit einer künftigen Ausübung der entsprechenden Zuständigkeit durch die EU zu berücksichtigen. Denn ein zum Zeitpunkt des Abschlusses unionsrechtskonformer Vertrag kann im Laufe der Zeit unionsrechtswidrig werden, wenn sich die Union entscheidet, die den Vertragsgegenstand betreffende Zuständigkeit auszuüben, und zwar in einer Art und Weise, die zu Unvereinbarkeiten des Vertrags des Mitgliedstaats mit dem Unionsrecht führt.

16 Vgl. z.B. Art. 92 Abs. 1 Europa-Mittelmeer-Abkommen zur Gründung einer Assoziation zwischen den EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Arabischen Republik Ägypten andererseits, ABl. EU 2004 L 304/39.

17 Vgl. z.B. Art. 15 Abs. 5 Freihandelsabkommen mit Korea (Fn. 5).

18 Vgl. z.B. Art. 26 Luftverkehrsabkommen mit den USA (Fn. 11) oder Art. 98 Abs. 3 Übergangsabkommen für ein Wirtschaftspartnerschaftsabkommen zwischen der EG und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Vertragspartei Zentralafrika andererseits, ABl. EU 2009 L 57/2, das grundsätzlich auch auf Seiten des Vertragspartner eine multilaterale Struktur vorsieht.



Für Österreich bestand dieses Problem u.a. beim Abkommen über den Bau der South Stream- Gaspipeline,<sup>19</sup> die russisches Erdgas über österreichisches Gebiet transportieren und in das europäische Netz einspeisen soll. Die EU hat durch den Vertrag von Lissabon den Bereich Energie ausdrücklich als geteilte Zuständigkeit übertragen bekommen, aber schon zuvor Kompetenzen im Energiebereich wahrgenommen, auch im hier relevanten Erdgassektor.<sup>20</sup> Bei den Verhandlungen musste zum einen sichergestellt werden, dass bestehendes Unionsrecht unberührt blieb, und zum anderen, dass künftige unionsrechtliche Entwicklungen im Energiebereich nicht mit dem Abkommen in Konflikt geraten können.

Während das bestehende Unionsrecht bekannt war und jeweils bei den entsprechenden Bestimmungen des Abkommens berücksichtigt werden konnte,<sup>21</sup> musste für künftiges Unionsrecht eine allgemeine Kompatibilitätsklausel gefunden werden. Als Lösung bot sich die sogenannte EU-Gleitklausel an. Mit dieser soll sichergestellt werden, dass künftigen Entwicklungen im Unionsrecht ohne Verletzung des Abkommens Rechnung getragen werden kann. Ansonsten könnte Österreich in die Situation kommen, sich zwischen einer Unionsrechtsverletzung und einer Verletzung des bilateralen Abkommens mit Russland entscheiden zu müssen. Der EuGH hatte eine solche Gleitklausel im Verfahren gegen Österreich über die Transferbestimmung in einigen Investitionsschutzabkommen als geeignet angesehen, Unvereinbarkeiten zu beheben.<sup>22</sup> Im Wesentlichen sieht die Gleitklausel in Art. 11 Abs. 2 South Stream-Abkommen vor, dass „[d]ieses Abkommen [...] keinerlei Pflichten der einzelnen Vertragsparteien [berührt], welche sich aus deren Mitgliedschaft in einer Organisation der regionalen Wirtschaftsintegration ergeben.“

Völkerrechtlich bedeutet die Gleitklausel jedoch eine dynamische Modifikation des Abkommens nach Maßgabe des sich entwickelnden Unionsrechts. Für den Vertragspartner Russland brachte dies natürlich eine gewisse Unsicherheit bzw. Unberechenbarkeit in die Vertragsbeziehung mit Österreich, da er nicht absehen konnte, wie sich seine Rechte und Pflichten verändern würden. Angesichts der relevanten Investitionssumme und einer Projektlaufzeit von mehreren Jahrzehnten waren dies berechtigte Bedenken. Russland verlangte daher im Gegenzug eine Haftung Österreichs im Fall einer Berufung auf die Gleitklausel. Österreich könnte dann den Vertrag nach Maßgabe des Unionsrechts modifizieren, müsste aber den Russland dadurch entstandenen Schaden ersetzen. Der russische, von Österreich aber wesentlich vereinfachte Vorschlag lehnte sich an Art. 27 der ILC Staatenverantwortlichkeits-

19 Abkommen zwischen der Regierung der Republik Österreich und der Regierung der Russischen Föderation über die Zusammenarbeit beim Bau und Betrieb der Erdgas-Pipeline auf dem Hoheitsgebiet der Republik Österreich, BGBl. III Nr. 39/2011.

20 Art. 4 Abs. 2 lit. i AEUV; zu Erdgas vgl. insbes. Richtlinie 2003/55/EG über gemeinsame Vorschriften für den Erdgasinnenmarkt und zur Aufhebung der Richtlinie 98/30/EG, ABl. EU 2003 L 176/57, sowie die bei den Verhandlungen schon bekannte gleichnamige Richtlinie 2009/73/EG, ABl. EU 2009 L 211/94, welche die Richtlinie 2003/55/EG mittlerweile ersetzt hat.

21 Vgl. insbes. Art. 5 South-Stream Abkommen (Fn. 19), welcher u.a. den Netzzugang Dritter betrifft und mit der Richtlinie 2003/55/EG, ABl. EU 2003 L 176/57, in Einklang gebracht werden musste.

22 EuGH, Rs. C-205/06 (Kommission/Österreich), Slg. 2009, I-1301, Rn. 41 f.

artikel<sup>23</sup> an, welcher die Haftung eines Staates vorsieht, der eine völkerrechtliche Verpflichtung verletzt hat, sich aber auf Umstände berufen kann, welche die Rechtswidrigkeit ausschließen, wie z.B. Selbstverteidigung, höhere Gewalt oder Notstand. Obwohl in diesem Fall also keine Staatenverantwortlichkeit für die Verletzung einer völkerrechtlichen Verpflichtung eintritt, muss der verletzende Staat dennoch für den entstandenen Schaden aufkommen. Die Weiterentwicklung des Unionsrechts begründet jedoch im allgemeinen Völkerrecht keinen Umstand, welcher die Rechtswidrigkeit ausschließt, weshalb eine ausdrückliche Bestimmung in den Vertrag aufgenommen werden musste. Da es um den Schutz der getätigten Investition ging, wurde die Haftung mit der Höhe der noch nicht amortisierten Direktinvestition begrenzt.<sup>24</sup>

Die Notwendigkeit von Gleitklauseln ist unbestritten, schränkt die Verhandlungsposition von Mitgliedstaaten bei der Gestaltung ihrer Verträge jedoch spürbar ein. Es besteht die Gefahr, gegenüber dem Vertragspartner schon allein wegen der Gleitklausel, also möglichem künftigen Unionsrecht, Kompromisse in der Substanz machen zu müssen. Ebenso ist die Position des Drittstaats zu verstehen, der einer Modifikation nach Maßgabe des künftigen Unionsrechts wenig abgewinnen kann und dementsprechend eine Gegenleistung für sein Zugeständnis verlangt. Dies vereinfacht nicht unbedingt die Verhandlungen z.B. über die Anpassung der bilateralen Investitionsschutzabkommen, die Österreich in Umsetzung des einschlägigen Vertragsverletzungs-Urteils des EuGH<sup>25</sup> führt. Die Position des Mitgliedstaats wird dadurch einerseits geschwächt, andererseits aber in manchen Fällen auch gestärkt, da eine Reihe von Drittstaaten Verhandlungen mit den Mitgliedstaaten gegenüber Verhandlungen mit der Union bevorzugen und ein Unionsabkommen mit dem Drittstaat eben oftmals die Alternative wäre (z.B. im Luftverkehr und bald auch im Investitionsschutz).

## 5. Vertragsschlusskompetenz

Das Unionsrecht hat auch zu neuen Entwicklungen im Bereich der Völkerrechtssubjektivität und der Vertragsschlusskompetenz geführt, und zwar u.a. durch die Einrichtung von Agenturen. Agenturen sind unabhängige Einrichtungen, die durch Sekundärrechtsakte geschaffen werden und die mit einer besonderen, meist technischen oder wissenschaftlichen Aufgabe betraut sind. Den Agenturen wird in den Gründungsrechtsakten meist ausdrücklich Rechtspersönlichkeit sowie Rechts- und

23 UN Doc. A/RES/56/83.

24 Art. 11 Abs. 2 zweiter u. dritter Satz South Stream Abkommen (Fn. 19).

25 EuGH, Rs. C-205/06 (Kommission/Österreich), Slg. 2009, I-1301.

Geschäftsfähigkeit in den Mitgliedstaaten eingeräumt.<sup>26</sup> Eine eigene Völkerrechtssubjektivität der Agenturen wurde jedoch gerade in der Literatur eher verneint.<sup>27</sup> Da das EG-Privilegienprotokoll für die Regelung des Status einer Agentur oftmals als nicht ausreichend angesehen wurde, haben Sitzstaaten allerdings Amtssitzabkommen abgeschlossen.<sup>28</sup> Dies setzt aber zumindest eine beschränkte Völkerrechtssubjektivität und Vertragsschlusskompetenz voraus. Auch Österreich hat solche Amtssitzabkommen abgeschlossen: zunächst mit der Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit<sup>29</sup> und später mit der Nachfolgeinstitution, der Agentur der EU für Grundrechte.<sup>30</sup> Vor Abschluss des Amtssitzabkommens mit der Beobachtungsstelle hat sich Österreich eingehend mit deren Völkerrechtssubjektivität beschäftigt und kam zum Ergebnis, dass eine partielle Völkerrechtspersönlichkeit mit Vertragsschlusskompetenz hinsichtlich eines Amtssitzabkommens bestehe. Dem liegen im Wesentlichen zwei Argumente zugrunde: Erstens waren die Bestimmungen über die Rechtspersönlichkeit und die Rechts- und Geschäftsfähigkeit in der Gründungsverordnung fast identisch mit den entsprechenden Bestimmungen des EGV.<sup>31</sup> Im Sinne einer systematischen Interpretation musste den Begriffen „Rechtspersönlichkeit“ und „Rechts- und Geschäftsfähigkeit“ in der Verordnung daher dieselbe Bedeutung wie im EG-Vertrag gegeben werden. D.h., eine Völkerrechtspersönlichkeit war grundsätzlich gegeben, wenn auch nur partiell.<sup>32</sup> Zweitens gab es bereits eine Praxis von Amtssitzabkommen anderer Sitzstaaten von Agenturen, auf der Österreich aufbauen konnte.

Nach Inkrafttreten des Amtssitzabkommens wollte Österreich dieses gemäß Art. 102 VN-Satzung registrieren. Das Vertragsbüro der VN lehnte dies aber zunächst ab, da es die Vertragsschlusskompetenz der Beobachtungsstelle bezweifelte. Maßgeblich dafür war sicher auch die ausdrückliche Bestimmung in der Gründungsverordnung, dass die Beobachtungsstelle zur Erfüllung ihrer Aufgaben nicht selbst völkerrechtliche Abkommen mit internationalen Organisationen und Drittstaaten schließen konnte, sondern nur die EG im Namen der Beobachtungsstelle.<sup>33</sup> Österreich konnte das Vertragsbüro mit den obgenannten Argumenten jedoch überzeugen, und das Amtssitzabkommen wurde registriert. Dasselbe wiederholte sich bei der Registrierung des Amtssitzabkommens mit der EU-Grundrechteagentur.

26 Vgl. z.B. Art. 111 Verordnung (EG) Nr. 40/1994 des Rates v. 20.12.1993 über die Gemeinschaftsmarke, ABl. EG 1994 L 11/1; Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 1035/97 des Rates v. 2.6.1997 zur Einrichtung einer Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, ABl. EG 1997 L 151/1; Art. 23 Verordnung (EG) Nr. 168/2007 des Rates v. 15.2.2007 zur Errichtung einer Agentur der EU für Grundrechte, ABl. EU 2007 L 53/1; w. N. s. G. Schusterschitz, *European Agencies as Subjects of International Law*, IOLR 2004, S. 163, 167, Fn. 25.

27 Vgl. G. Schusterschitz, *European Agencies* (Fn. 26), S. 169 ff., mit einer Darstellung der Literatur.

28 Z.B. Dänemark, Italien, Portugal und Griechenland, s. G. Schusterschitz, *European Agencies* (Fn. 26), S. 172 ff.

29 Amtssitzabkommen zwischen der Republik Österreich und der Europäischen Stelle zur Beobachtung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, BGBl. III Nr. 84/2001, nicht mehr in Kraft.

30 Amtssitzabkommen zwischen der Republik Österreich und der Agentur der EU für Grundrechte, BGBl. III Nr. 10/2011.

31 Vgl. Art. 6 Verordnung (EG) Nr. 1035/97 (Fn. 26) sowie Art. 281 u. Art. 282 EGV.

32 Diese Argumentation wurde ausführlich dargestellt in G. Schusterschitz, *European Agencies* (Fn. 26), S. 179 ff.

33 Art. 7 Abs. 3 Verordnung (EG) Nr. 1035/97 (Fn. 26).

Aus völkerrechtlicher Sicht ist bemerkenswert, dass ein partielles Völkerrechtssubjekt mit entsprechender Vertragsschlusskompetenz durch EU-Sekundärrecht, also – in der völkerrechtlichen Terminologie – durch Organisationsrecht, geschaffen wurde.

## 6. Völkerrechtliche Verträge der Mitgliedstaaten untereinander

Sofern in gewissen Bereichen keine Unionskompetenz gegeben war, haben die Mitgliedstaaten schon immer untereinander völkerrechtliche Verträge abgeschlossen. Zuletzt erfolgte dies jedoch in einem Schlüsselbereich der europäischen Integration, nämlich der Wirtschafts- und Währungspolitik. In diesem Bereich wurde zum einen der Vertrag über einen Europäischen Stabilitätsmechanismus (ESM-Vertrag) und zum anderen der Vertrag über Stabilität, Koordinierung und Steuerung in der Wirtschafts- und Währungsunion (Fiskalpakt) abgeschlossen.<sup>34</sup> Während dem ESM-Vertrag nur die Eurostaaten angehören werden, wird der Fiskalpakt unter 25 EU-Mitgliedstaaten abgeschlossen. Gerade beim Fiskalpakt sind zwei Punkte hervorzuheben, die auf bemerkenswerte Weise Auswirkungen auf das Völkerrecht haben, und zwar die Schiedsklausel und die Inkrafttretensbestimmungen.

In Art. 8 Fiskalpakt wird der EuGH als Streitbeilegungsorgan der Vertragsparteien im Einklang mit Art. 273 AEUV benannt. Die Benennung eines Streitbeilegungsorgans ist ein typischer Bestandteil völkerrechtlicher Verträge. Art. 8 Abs. 2 Fiskalpakt enthält jedoch die Möglichkeit, dass der EuGH Strafzahlungen verhängt, wenn ein Mitgliedstaat gegen die in Art. 3 Abs. 2 Fiskalpakt vorgesehene Verpflichtung (Einführung einer Schuldenbremse) verstoßen hat. Völkerrechtliche Streitbeilegungsregime kennen nur die Geltendmachung von Schadenersatzsprüchen, nicht aber Zahlungsverpflichtungen bei Verstößen gegen völkerrechtliche Pflichten, die keinen konkreten Schaden verursacht haben (das Urteil des EuGH gemäß Art. 8 Fiskalpakt wäre ein reines Feststellungsurteil).

Art. 14 Abs. 2 Fiskalpakt sieht ein Inkrafttreten nach Hinterlegung der zwölften Ratifikationsurkunde vor. Für Staaten, die nach diesem Zeitpunkt ratifizieren, enthält er aber keine subjektive Inkrafttretensklausel mehr. Art. 14 Abs. 3 und 4 Fiskalpakt regeln nur die Anwendbarkeit des Vertrags, und zwar für Eurostaaten mit objektivem Inkrafttreten bzw. mit Ratifikation und für Nichteurostaaten mit Beitritt zum Euro bzw. vor diesem Zeitpunkt mit Erklärung der Anwendung bestimmter Teile des Vertrags. Daher stellt sich die Frage, wann der Vertrag für Staaten in Kraft tritt, die nicht zu den ersten zwölf ratifizierenden Staaten gehören. Ist Anwendbarkeit mit Inkrafttreten gleichzusetzen (wohl schwierig für Nichteurostaaten)? Oder kommt subsidiär die Regel des Art. 24 Abs. 3 Wiener Vertragsrechtskonvention zur Anwendung, wonach der Vertrag mit Hinterlegung der Ratifikationsurkunde in Kraft tritt (und dann unter Umständen noch nicht anwendbar ist)?

34 Vgl. RV 1725 u. 1731 BlgNR XXIV. GP.

### III. Verantwortlichkeit internationaler Organisationen

Eine für die EU maßgebliche Entwicklung im Völkerrecht war die Arbeit der ILC an den Regeln über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit internationaler Organisationen (in der Folge: ILC-Artikel).<sup>35</sup> Die ILC versuchte im Wesentlichen, die Regeln über die Staatenverantwortlichkeit an den besonderen Charakter internationaler Organisationen anzupassen. Eines der Probleme war dabei die Vielfalt an verschiedenen Typen von Organisationen, die mit einem Regelwerk erfasst werden mussten. Die EU, vertreten durch die Europäische Kommission, hat aktiv durch zahlreiche Stellungnahmen versucht, auf ihre Besonderheiten und die Unterschiede zu anderen Organisationen aufmerksam zu machen.

Das Hauptanliegen der EU war die Berücksichtigung des mittelbaren Vollzugs, also die Durchführung von Unionsrecht durch die Organe der Mitgliedstaaten (vgl. Art. 291 Abs. 1 AEUV). Hier wird die EU als Normsetzer tätig, vollzieht aber ihre Normen nicht selbst, sondern durch die Organe der Mitgliedstaaten. Der mittelbare Vollzug ist allerdings nicht ohne weiteres mit dem von der ILC gewählten Ansatz kompatibel, der die Zurechenbarkeit der verletzenden Handlung zur Organisation als eine der Voraussetzungen für deren völkerrechtliche Verantwortlichkeit definiert (vgl. Art. 4 lit. a sowie Art. 6-9 ILC-Artikel). Zentrales Element der Regeln über die Zurechenbarkeit ist die Kontrolle. Im mittelbaren Vollzug hat die EU jedoch gerade keine Kontrolle über die durchführenden mitgliedstaatlichen Organe, da diese gegenüber ihrem mitgliedstaatlichen Zentralorgan weisungsgebunden bleiben.<sup>36</sup> Damit ist die verletzende Handlung dem jeweiligen Mitgliedstaat zuzurechnen und dieser ist dann auch völkerrechtlich verantwortlich, nicht jedoch die EU als Normsetzer. Gleichzeitig haben Mitgliedstaaten aber auf Grund von zwingendem Unionsrecht keine Handlungsalternative.<sup>37</sup>

Deutlich zeigt sich diese Problematik am klassischen Beispiel der Zollverwaltung. Das Unionsrecht wird durch die Zollorgane der Mitgliedstaaten vollzogen, über die die EU selbst keine Kontrolle ausübt. Daher wäre etwa ein WTO-widriges Verhalten im Zollbereich dem oder den Mitgliedstaaten zuzurechnen, obwohl sie nur Unionsrecht vollziehen. Die Mitgliedstaaten sind aber der falsche Adressat, um ein WTO-konformes Verhalten sicherzustellen. Dazu müsste man sich an die EU als Norm-

<sup>35</sup> ILC-Bericht 2011, UN Doc. A/66/10, S. 54 ff.

<sup>36</sup> Das Kriterium der Kontrolle wird zwar nur bei der Zurverfügungstellung (Art. 7 ILC-Artikel) ausdrücklich genannt, liegt aber implizit auch der Zurechnung von Handlungen eines Organs (Art. 6 ILC-Artikel) zugrunde. Zur fehlenden Kontrolle der EU über Unionsrecht durchführende Organe der Mitgliedstaaten s. P. J. Kuijper / E. Paasivirta, Further Exploring International Responsibility: The European Community and the ILC's Project on Responsibility of International Organizations, IOLR 2004, S. 111, 126.

<sup>37</sup> Dieses Problem steht auch im Zentrum des Beitritts der EU zur EMRK, weil sich Konventionsverletzungen durch die Mitgliedstaaten durch zwingendes Unionsrecht ergeben können. Um die EU als Verantwortliche ansprechen zu können, sieht Art. 6 Abs. 2 EUV den Beitritt der EU zur EMRK vor. S. dazu R. Uerpman-Witzack in diesem Heft auf S. 167.

setzer wenden. In WTO-Streitschlichtungsverfahren wurde dies bereits anerkannt.<sup>38</sup>

Diese Situation ließe sich grundsätzlich mit den ILC-Artikeln lösen, die auch eine Verantwortlichkeit unabhängig von der Zurechenbarkeit vorsehen, und zwar bei Völkerrechtsverletzungen durch Staaten aufgrund von bindenden Beschlüssen einer internationalen Organisation (vgl. Art. 17 ILC-Artikel). Eine solche Verantwortlichkeit der EU wäre aber eine zusätzliche und würde den Unionsrecht vollziehenden Mitgliedstaat nicht entlasten (vgl. Art. 19 ILC-Artikel). Die EU hat in ihren Stellungnahmen aber nachdrücklich darauf hingewiesen, dass sie alleine die Verantwortung für die in ihrem Zuständigkeitsbereich übernommenen völkerrechtlichen Verpflichtungen tragen wolle und müsse.<sup>39</sup> Und das nicht nur, weil ausschließlich die EU einen als völkerrechtswidrig beanstandeten Unionsrechtsakt aufheben kann, sondern auch, weil sie anderen nicht die Entscheidung über ihre Verantwortlichkeit und letztlich implizit über ihre interne Kompetenzverteilung überlassen will.<sup>40</sup>

Die ILC kam dem Anliegen der EU nach Berücksichtigung des mittelbaren Vollzugs jedoch nicht nach und sah zunächst auch keinen ausreichenden Nachweis für das Bestehen eines Sonderregimes.<sup>41</sup> In diesem Zusammenhang gab die ILC der EGMR-Judikatur,<sup>42</sup> welche den Unionsrecht vollziehenden Mitgliedstaat bislang nicht aus der Verantwortung entlassen will, mehr Gewicht als der WTO-Judikatur, welche die EU als alleinigen Adressaten grundsätzlich akzeptierte. Gegen Ende ihrer Arbeit schwächte die ILC ihre ablehnende Haltung allerdings etwas ab. In ihrem Kommentar zu Art. 64 ILC-Artikel betreffend Sonderregime stellt die ILC die WTO-Judikatur der EGMR-Judikatur lediglich gegenüber und lässt damit offen, ob nun ein Sonderregime hinsichtlich der Zurechenbarkeit entstanden ist.<sup>43</sup>

Eine weitere (wohl nicht wirklich gerechtfertigte) Sorge der EU war die Anwendung der ILC-Artikel auf das Verhältnis zwischen der EU und ihren Mitgliedstaaten.<sup>44</sup> Damit würde aber das Unionsrecht als eine vom Völkerrecht autonome Rechtsordnung unterlaufen werden. Aus diesem Grund wollte die EU ihr Sekundärrecht nicht unter das Völkerrecht subsumieren. Das EU-Sekundärrecht ist aber in der völkerrechtlichen Terminologie nichts anderes als Organisationsrecht („rules of the orga-

38 Vgl. z.B. den *LAN-Fall*, WTO Panel Report, European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment, WT/DS62/R, WT/DS67/R, WT/DS68/R, v. 5.2.1998; ausführliche Analyse in F. Hoffmeister, *Litigating against the European Union and its Member States – Who Responds under the ILC’s Draft Articles on International Responsibility of International Organizations?*, EJIL 2010, S. 723, 731 ff.

39 Schriftliche Stellungnahmen der Europäischen Kommission zur Arbeit der ILC, UN Doc. A/CN.4/545 S. 19 f., A/CN.4/556, S. 5 f., und A/CN.4/637, S. 37 f.

40 Schriftliche Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Arbeit der ILC, UN Doc. A/CN.4/582, S. 23.

41 ILC-Bericht 2005, UN Doc. A/60/10, S. 96.

42 Vgl. insbes. EGMR, *Bosphorus/Irland*, Nr. 45036/98, Urteil v. 30.6.2005; ausführliche Analyse in C. Ryngaert, *The European Court of Human Rights’ Approach to the Responsibility of Member States in Connection with Acts of International Organizations*, ICLQ 2011, S. 997.

43 ILC-Kommentar zu Art. 64 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn 32), S. 168 ff.

44 Schriftliche Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Arbeit der ILC, UN Doc. A/CN.4/637, S. 19 f. und 25.



nization“),<sup>45</sup> dessen Verletzung grundsätzlich auch die Verantwortlichkeit der Organisation gegenüber ihren Mitgliedstaaten auslösen kann (vgl. Art. 10 ILC-Artikel). Allerdings ist die Frage der Qualifikation des Unionsrechts als „Sondervölkerrecht“ oder als völlig autonome Rechtsordnung vielleicht ideologisch wichtig, aber hier von geringer praktischer Auswirkung, da Art. 64 ILC-Artikel ausdrücklich autonomen Regelungen internationaler Organisationen<sup>46</sup> den Vorrang einräumt. Die ILC hat sich letztlich zur Frage der Qualifikation des Unionsrechts als autonome Rechtsordnung nicht festgelegt und in ihrem Kommentar lediglich darauf hingewiesen, dass die Rechtsnatur des Organisationsrechts zu einem gewissen Grad kontrovers sei. Zumindest führt sie aber die EU-Position unter Erwähnung des EuGH-Urteils *Costa/ENEL*<sup>47</sup> an.<sup>48</sup>

Die Europäische Kommission ging in ihren Stellungnahmen auch auf andere Besonderheiten wie die Übertragung weitgehender Kompetenzen oder die direkt und unmittelbar anwendbaren Rechtsakte ein.<sup>49</sup> Insgesamt blieb die ILC jedoch gegenüber den von der Europäischen Kommission vorgebrachten Anliegen eher zurückhaltend. Gerade das Hauptanliegen, die Berücksichtigung des mittelbaren Vollzugs, fand nicht den gewünschten Niederschlag. Allerdings gab die ILC in der Einführung zu ihrem Kommentar offen zu, dass vielen Artikeln nur eine sehr begrenzte Praxis zugrunde liege und deshalb der Aspekt der Fortentwicklung des Völkerrechts gegenüber der Kodifikation deutlich überwiege.<sup>50</sup> Insofern ist das letzte Wort noch nicht gesprochen, und es wird weitgehend von der künftigen Praxis abhängen, inwiefern den Rechtsansichten der EU – etwa beim mittelbaren Vollzug – gefolgt wird. Sollte sich durch den EMRK-Beitritt der EU die Möglichkeit einer alleinigen Verantwortung der EU ergeben, wird dies sicherlich auch die weiteren Diskussionen über den mittelbaren Vollzug in Richtung der Stellungnahme der Europäischen Kommission beeinflussen. Die ILC griff im Zusammenhang mit anderen Fragen aber durchaus auf EU-Praxis zurück. Im Kommentar zu den ILC-Artikeln findet EU-Praxis Erwähnung, u.a. zu folgenden Themen: völkerrechtliche Definition des Schadens;<sup>51</sup> Nichtanerkennung von Situationen, die durch schwere Völkerrechtsverletzungen entstanden sind;<sup>52</sup> Erschöpfung der innerstaatlichen Rechtsmittel als Voraussetzung für die Zulässigkeit von Ansprüchen;<sup>53</sup> gemeinsame Verantwort-

45 Vgl. Art. 2 Abs. 1 lit. j Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge zwischen Staaten und internationalen Organisationen oder zwischen internationalen Organisationen (1986) u. Art. 2 lit. b ILC-Artikel.

46 Für die EU s. z.B. Art. 340 AEUV und die einschlägige Rechtsprechung des EuGH, insbes. verb. Rs. C-6/90 u. C-9/90 (Francovich u.a.), Slg. 1991, I-5357.

47 EuGH, Rs. 6/64 (*Costa/ENEL*), Slg. 1964, 1307.

48 ILC-Kommentar zu Art. 10 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 99 f.

49 Schriftliche Stellungnahme der Europäischen Kommission zur Arbeit der ILC, UN Doc. A/CN.4/454, S. 5 ff.

50 ILC-Kommentar, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 69 f.

51 Unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-63/09 (Walz gegen Clickair SA), Slg. 2010, I-4239; vgl. ILC-Kommentar zu Art. 31 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 124.

52 Unter Bezugnahme auf die Erklärung der EG über Richtlinien zur Anerkennung von Staaten, ILM 1992, S. 1485 ff.; vgl. ILC-Kommentar zu Art. 42 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 135 f.

53 In Zusammenhang mit einem Streit vor dem ICAO-Rat, vgl. ILC-Kommentar zu Art. 45 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 141 f.



lichkeit;<sup>54</sup> Geltendmachung von erga-omnes-Verpflichtungen;<sup>55</sup> Gegenmaßnahmen.<sup>56</sup>

#### IV. Schlussbemerkung

Das Völkerrecht steht dem Wesen „Europäische Union“ noch immer mit sehr viel Vorsicht gegenüber. Während die EU die Tendenz hat, das Völkerrecht aus einer unionsrechtlichen Perspektive zu sehen und unionsrechtlich motivierte Sonderregeln oder -konstruktionen zu schaffen, versucht das Völkerrecht zunächst, die EU in das System des allgemeinen Völkerrechts zu integrieren und sie in dessen Begriffen zu erfassen. Dies lässt sich sowohl an den Beispielen aus der völkervertraglichen Praxis der EU als auch an der Diskussion innerhalb der ILC zu den Anliegen der EU sehen. Der von der ILC verfolgte Ansatz entspricht sicherlich der Haltung der Mehrheit in der Staatengemeinschaft. Gleichzeitig ist zu vermerken, dass sich viele Staaten in verschiedenen Bereichen auch auf den von der EU vorgeschlagenen Weg einlassen und damit zu einem wachsenden Korpus an Praxis beitragen. Das Völkerrecht reagiert durchaus auf den besonderen Akteur EU, aber wohl nicht immer mit der Geschwindigkeit, die das Unionsrecht kennt und die sich die EU manchmal erwarten würde.

54 Unter Bezugnahme auf EuGH, Rs. C-316/91 (Parlament gegen Rat), Slg. 1994, I-625; vgl. ILC-Kommentar zu Art. 48 ILC-Artikel, ILC Bericht 2011 (Fn. 35), S. 144.

55 Dies betrifft insbes. die EU-Praxis, schwere Menschenrechtsverletzungen zu rügen und allenfalls auch autonom zu sanktionieren; vgl. ILC-Kommentar zu Art. 49 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 147.

56 In Zusammenhang mit der WTO vgl. ILC-Kommentar zu Art. 51 ILC-Artikel, ILC-Bericht 2011 (Fn. 35), S. 150.



# Der Beitrag der EU zur Entwicklung des besonderen Völkerrechts

Von Frank Hoffmeister, Brüssel\*

## I. Einleitung

Nach Art. 21 Abs. 2 lit. b EUV besteht ein Auftrag der Europäischen Union (EU) darin, „die Grundsätze des Völkerrechts zu festigen und zu fördern“. Darüber hinaus spricht Art. 3 Abs. 5 S. 2 EUV vom Beitrag der Union zur „strikten Einhaltung und Weiterentwicklung des Völkerrechts“. Damit geht der Lissabonner Vertrag über das seit jeher bestehende Gebot hinaus, völkerrechtliche Verträge einzuhalten (Art. 216 AEUV). Vielmehr sind die EU-Institutionen aufgefordert, sich aktiv im Völkerrechtsverkehr einzubringen. Einerseits sollen sie etwaigen Erosionsgefahren entgegenwirken und bestehende Grundsätze „festigen“. Andererseits sollen die EU-Organe das Völkerrecht „fördern“, also eine völkerrechtsfreundliche Grundhaltung einnehmen und einen Beitrag zur Weiterentwicklung des Völkerrechts leisten. Damit fügt sich das EU-Primärrecht in einem Trend jüngerer Verfassungen weltweit ein, auch im außenpolitischen Bereich materielle Zielvorgaben von verfassungsrechtlichem Gewicht zu machen.<sup>1</sup>

Im gegenständlichen Beitrag soll der Schwerpunkt auf neuere<sup>2</sup> Entwicklungen im besonderen<sup>3</sup> Völkerrecht gelegt werden. Völkerrechtlich relevant erscheinen insbesondere die Vertragspraxis und offiziellen Erklärungen der Union. Wichtig sind auch die Stellungnahmen der Kommission in völkerrechtlichen Streitverfahren sowie Urteile des Gerichtshofs der Union zu völkerrechtlichen Fragen.

## II. Handels- und Investitionsrecht

Als wichtiger Motor bei der internationalen Normsetzung im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts<sup>4</sup> war die Union treibende Kraft in den Verhandlungen zur Gründung der Welthandelsorganisation im Jahr 1994 und stand hinter dem Abschluss des 1998 in Kraft getretenen Energiecharta-Vertrags.<sup>5</sup> Weniger bekannt ist jedoch das Wirken der Union innerhalb derartiger Vertragsregime – hier soll exemplarisch der Einsatz für eine offene Rechtsquellenlehre im WTO- und Investitionsrecht nachgezeichnet werden.

\* Dr. Frank Hoffmeister ist Professor (Teilzeit) an der Freien Universität Brüssel und stellvertretender Kabinettschef des EU-Handelskommissars Karel De Gucht. Der Beitrag gibt die persönliche Meinung des Autors wieder.

1 J. Larik, Shaping the international order as a Union objective and the dynamic internationalisation of constitutional law, CLEER working papers 2011/5, S. 36 f.

2 Vgl. den Überblick über die Praxis bis 2008 bei F. Hoffmeister, Der Beitrag der Europäischen Union zur Entwicklung des Völkerrechts, in: Pache/Schorkopf (Hrsg.), Die Europäische Union nach Lissabon, 2009, S. 59 ff.

3 Zu neueren Entwicklungen im allgemeinen Völkerrecht s. Ph. Bittner/G. Schusterschitz in diesem Heft auf S. 233.

4 M. Cremona, The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity, 41 CMLRev. 2004, S. 553, 557.

5 Vgl. zur Rolle der EU als Initiator und treibende Kraft zur Gründung des Energiecharta-Vertrags E. Paasivirta, The European Union and the Energy Sector: the case of the Energy Charter Treaty, in: Koskeniemi (Hrsg.), International law aspects of the European Union, 1998, S. 197, 199.

## 1. Anwendbares Recht im WTO Streitbeilegungsverfahren

Schon früh hat das Berufungsgremium festgestellt, dass das WTO-Recht gemäß dem klassischen Auslegungskanon des Art. 31 WVK auszulegen sei. Insbesondere dürfe das WTO-Recht nicht in „klinischer Isolation“ vom Völkerrecht gelesen werden.<sup>6</sup> Weniger klar ist allerdings, wie genau andere völkerrechtliche Rechtsnormen innerhalb der WTO-Rechtsordnung herangezogen werden dürfen. Stellen sie nur eine Auslegungshilfe für das GATT und andere WTO-Übereinkommen dar, oder könnte man darüber hinausgehen und völkerrechtliche Rechtsnormen in einem Streitfall auch anderweitig zur Anwendung kommen lassen?

### a) Hormon-Fall

Interessantes Anschauungsmaterial bietet diesbezüglich der *Hormon-Fall*. Obwohl der Vorsorgegrundsatz im Jahr 1992 als Prinzip Nr. 15 in der Rio-Erklärung einen prominenten Platz in der internationalen Debatte zu Umwelt und Entwicklung eingenommen hatte, spielte er im Rahmen der Uruguay-Runde handelspolitisch keine Rolle. So fand er in dem Abkommen über Tier- und Pflanzenschutzmaßnahmen (SPS-Abkommen) keinen direkten Eingang. Kurz nach Inkrafttreten des Abkommens stellte sich jedoch die wichtige Frage, ob ein allgemeiner (umwelt-)völkerrechtlicher Grundsatz bestehe, demzufolge Staaten aus Gründen der Vorsorge Handelsbeschränkungen erlassen dürfen, wenn keine wissenschaftlich nachgewiesene Gefahr von einem Nahrungsmittel ausgehe, wohl aber ein diesbezügliches Risiko nicht ausgeschlossen werden könne. Die EU hatte ein Importverbot für Fleisch von Rindern erlassen, die mit Wachstumshormonen behandelt waren. Es konnte nicht auf Art. 5.7 SPS-Abkommen gestützt werden, weil es als definitive Maßnahme konzipiert war, diese Vorschrift aber nur vorläufige Maßnahmen zulässt. Also stellte sich die Union auf den Standpunkt, eine nach Art. 5.1. SPS-Abkommen geforderte Risikoabschätzung vorgenommen zu haben. In diesem Zusammenhang sei auch der völkerrechtliche Grundsatz der Vorsorge als Teil des Gewohnheitsrechts zu beachten. Mit anderen Worten: Die Union vertrat die Auffassung, dass Art. 5.1 SPS-Abkommen mit Rückgriff auf einen völkergewohnheitsrechtlichen Satz weit ausgelegt werden könne.

Das Panel wies diese Rechtsauffassung zurück. Es befand, dass das Vorsorgeprinzip nicht den Wortlaut der Art. 5.1 und 5.2 SPS-Abkommen überspielen könne. Dies gelte umso mehr, als das Prinzip seinen spezifischen Ausdruck (nur) in Art. 5.7 des Abkommens gefunden habe, der für den Fall gerade nicht relevant sei.<sup>7</sup> Das Berufungsgremium bestätigte diesen Gedankengang. Auch wenn unklar sei, ob das Vorsorge-Prinzip bereits zum allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatz erstarkt sei, könne es doch keinesfalls einen Rechtfertigungsgrund bilden, der sich nicht aus-

6 Appellate Body Report, US-Gasoline, WT/DS2/AB/R, S. 17.

7 Panel Report, EC-Hormones, WT/DS48/R (Canada), paras. 8.160 f.; Panel Report, EC-Hormones, WT/DS26/R (USA), paras. 8.157 f.

drücklich im Text des SPS-Abkommens niedergeschlagen habe. Außerdem sei das Prinzip bereits in Art. 5.7 sowie in Art. 3.3 und 6. Erwgr. der Präambel enthalten.<sup>8</sup> Freilich gewährte das Berufungsgremium durchaus eine Flexibilität bei der Frage, wie eine angemessene Risikoabschätzung durchzuführen sei. Es verwies nämlich darauf, dass der Regulator nicht der Mehrheit oder der überwiegenden Meinung folgen müsse, sondern seine Entscheidung durchaus auf eine qualifizierte Mindermeinung stützen dürfe.<sup>9</sup> Damit hat das Berufungsgremium in der Sache doch einen wesentlichen Punkt des Vorsorgeprinzips innerhalb des Art. 5.1 verwendet, nämlich die Gewährung einer gewissen Flexibilität bei der politischen Betrachtung der wissenschaftlichen Beweislage.<sup>10</sup> Das Vorbringen zur Bedeutung eines Satzes des besonderen Völkerrechts seitens der Union ist also technisch zurückgewiesen worden – gleichwohl lässt sich behaupten, dass ihre Rechtsauffassung die Rechtsprechung positiv beeinflusst hat, diesem Grundsatz der Sache nach in Art. 5.1 Raum zu verschaffen.

## b) Airbus-Fall

Im *Airbus*-Fall ergab sich eine weitere hoch spannende Kontroverse über die Bedeutung von besonderen Völkerrechtsquellen für die WTO-Streitbeilegung. Die USA warfen vier Mitgliedstaaten der Union (Deutschland, Frankreich, Spanien, Vereinigtes Königreich) vor, mit sog. Entwicklungsdarlehen für Airbus unzulässige Subventionen gewährt und dem amerikanischen Konkurrenten Boeing Schaden zugefügt zu haben. Die Union wies darauf hin, dass Art. 4 eines bilateralen Abkommens zwischen den USA und der EG aus dem Jahr 1992<sup>11</sup> Höchstgrenzen für derartige Darlehen vertraglich fixiert habe. Da sich die europäische Seite immer an diese Vereinbarung gehalten habe, könne auch kein Verstoß gegen das 1995 in Kraft getretene WTO-Subventionsübereinkommen vorliegen. Die USA argumentierten wiederum, das bilaterale Abkommen sei für den Streit ohne Belang, weil es nicht zu den im Anhang des WTO-Übereinkommens aufgezählten und damit vom Streitbeilegungsabkommen „abgedeckten“ Abkommen gehöre. Die Union argumentierte daraufhin zweierlei: erstens stelle das 1992-Abkommen einen anwendbaren Rechtsatz nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK, der bei der Auslegung des Subventionsbegriffes nach Art. 1.1 lit. b WTO-Subventionsübereinkommen in einem Rechtsstreit zwischen den beiden Vertragsparteien zur Anwendung komme. Soweit sich die EU an das bilaterale Abkommen gehalten habe, liege schon keine Vorteil und somit keine unzulässige Beihilfe vor. Zweitens stelle das Abkommen eine relevante Tatsache

8 Appellate Body Report, EC-Hormones, WT/DS25/AB/, WT/DS48/AB/R, §§ 123-125.

9 Appellate Body Report, EC-Hormones, (Fn. 8), § 194

10 D. Prévost, What role for the precautionary principle in WTO law after Japan-Apples?, Journal of Trade & Environment Studies Volume 2 (4), 2005, S. 1, 5.

11 Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Regierung der Vereinigten Staaten von Amerika über die Anwendung des GATT-Übereinkommens über den Handel mit Zivilluftfahrzeugen auf den Handel mit Großraum-Zivilluftfahrzeugen, ABl. EG 1992 L 301/32.

dar, um beurteilen zu können, welche Darlehensbedingungen ein privater Investor verlangt hätte.<sup>12</sup>

Das Panel ließ die dogmatische Frage offen, ob Art. 4 des 1992-Abkommens als Interpretationshilfe nach Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK herangezogen werden könne, weil es die Auffassung vertrat, dieser Artikel beziehe sich nicht auf den Beihilfegriff nach dem WTO-Subventionsabkommen.<sup>13</sup> Auf Berufung der Union ging der Appellate Body diesen Punkt wesentlich differenzierter an. Zunächst teilte er ausdrücklich die EU-Auffassung, derzufolge Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK den Grundsatz der „systemischen Integration“ enthalte, so wie dies bereits die ILC in ihrem Bericht zur Fragmentation des Völkerrechts herausgearbeitet hatte.<sup>14</sup> Deshalb sei es – entgegen der US-amerikanischen Auffassung<sup>15</sup> und dem Panelbericht zu EG-Biotech<sup>16</sup> – nicht erforderlich, dass eine völkerrechtliche Regel von allen WTO-Mitgliedern getragen werden müsse, bevor sie innerhalb der WTO-Rechtsordnung herangezogen werden könne.<sup>17</sup> Damit anerkannte das Welthandelsgericht, dass Art. 31 Abs. 3 lit. c WVK grundsätzlich als „Eingangstür“ für WTO-fremde Völkerrechtsnormen dienen könne. Allerdings sei Art. 4 des 1992-Abkommens für die Auslegung des Begriffs des „Vorteils“ in Art. 1.1 lit. b WTO-Subventionsübereinkommen nicht einschlägig. Denn obwohl er augenscheinlich Disziplinen für Beihilfen im Luftfahrtsektor aufstelle, so schweige er doch zu der Frage, ob das Einhalten dieser Disziplinen als marktkonform angesehen werden könne.<sup>18</sup> Genau so wenig könne die Bestimmung einen relevanten „Fakt“ für die Bestimmung des Markts darstellen, weil sie Regierungshandeln und nicht das Handeln privater Financiers betreffe.<sup>19</sup> Folglich erzielte die EU auch hier nur einen Teilerfolg. Sie unterlag in der Sache – das 1992-Abkommen kam in diesem WTO-Rechtsstreit nicht als eine Art besonderer Rechtfertigungsgrund zur Anwendung –, erreichte aber, dass der Appellate Body einen methodisch nachvollziehbaren Weg anerkannte, in der Zukunft auch WTO-fremdes Recht zur Auslegung des Welthandelsrechts heranzuziehen.

## 2. Anwendbares Recht in Investitionsschutzstreitverfahren

Bereits vor Inkrafttreten des neuen Art. 207 AEUV, mit dem die Handelspolitik um den Bereich der direkten Auslandsinvestitionen erweitert wurde,<sup>20</sup> übte die Union diesbezüglich implizite Außenkompetenzen aus. Der wichtigste Fall war der Ab-

12 Zusammenfassung der EU Position in: Appellate Body Report, EC and certain Member States – Measures affecting trade in certain large civil aircraft, WT/DS316/AB/R, paras. 78 ff.

13 Panel Report, EC and certain Member States – Measures affecting trade in certain large civil aircraft, WT/DS316/R, para. 7.389.

14 ILC Report on Fragmentation, UN Doc. A/CN.4/L.682 v. 13.4.2006.

15 Zusammenfassung der US Position in: Appellate Body Report, EC and certain Member States – Measures affecting trade in certain large civil aircraft, WT/DS316/AB/R, paras. 310 ff.

16 Panel Report, EC – Biotech, WT/DS291/R, para. 7.68.

17 Appellate Body Report, EC and certain Member States (Fn. 15), para. 846.

18 Appellate Body Report, EC and certain Member States (Fn. 15), paras. 847 ff.

19 Appellate Body Report, EC and certain Member States (Fn. 15), paras. 852 f.

20 S. ausführlich M. Bungenberg, Die Kompetenzverteilung zwischen EU und Mitgliedstaaten „nach Lissabon“, in: Bungenberg/Griebel/Hindelang (Hrsg.), Internationaler Investitionsschutz und Europarecht, 2010, S. 81 ff.

schluss des Energiecharta-Vertrags als gemischtes Abkommen.<sup>21</sup> Somit wurde auch die EG Vertragspartei, und sie erklärte sich bereit, von Investoren verklagt zu werden. Gleichwohl ist bis dato noch keine Klage gegen die EU erhoben worden, wohl aber eine Reihe von Klagen gegen Mitgliedstaaten. Dabei können sich im Einzelfall wiederum grundlegende Fragen stellen, wenn ein derartiger Fall einen wichtigen EU-Bezug aufweist. Das gilt insbesondere für Zurechnungsfragen, die sich auf die Zulässigkeit der Klage auswirken (Ist der Mitgliedstaat oder die EU der richtige Klagegegner?<sup>22</sup> Kann ein EU-Unternehmen eine Klage gegen einen anderen EU-Mitgliedstaat einreichen?)<sup>23</sup>, als auch für Fragen des materiellen Rechts im Rahmen der Begründetheit.

So erhob beispielsweise im Fall *AES* ein Investor Klage gegen Ungarn mit der Begründung, Eingriffe in einen langfristigen Energieabnahmevertrag hätten gegen den Grundsatz der fairen Behandlung verstoßen. Die ungarische Regierung wiederum verteidigte sich u.a. damit, dass sie auch in Erwartung einer Beihilfeentscheidung der Kommission gezwungen gewesen sei, gewisse Förderelemente im Vertrag zurückzunehmen. Die EU-Kommission intervenierte als nichtstreitende Partei und legte – erstmals in der Geschichte dieses Völkerrechtszweiges – einen umfangreichen Schriftsatz zu materiell-rechtlichen Fragen des Investitionsrechts vor. Auch hier fand der systemische Ansatz der EU zur Rechtsquellenlehre ihren Niederschlag in der Rechtsprechung. Das ICSID-Tribunal stellt in seinem Schiedsspruch mehrfach fest, dass vage Begriffe des Energiechartavertrags wie „rational“, „vernünftig“, „willkürlich“ oder „transparent“ vor dem Hintergrund der europarechtlichen Dimension des Falles angewendet werden sollten.<sup>24</sup> Im anhängigen Fall *Electrabel v. Ungarn*<sup>25</sup> stellen sich ähnliche grundsätzliche Fragen. In diesem Fall sind einige ungarische Maßnahmen angegriffen worden, die in Umsetzung einer Staatsbeihilfen-Entscheidung der EU-Kommission ergangen sind. Wiederum intervenierte die Kommission und es darf mit Spannung erwartet werden, ob und wie das Tribunal einen direkten Konflikt zwischen Investitions- und Europarecht vermeiden wird.

### III. See- und Umweltrecht

#### 1. Seerecht

Als Partei des UN-Seerechtsübereinkommens<sup>26</sup> ist die Union an die grundlegenden Regeln der „Verfassung der Meere“ gebunden und im Streitbeilegungsmechanismus eingebunden. Hier lassen sich zwei erfreuliche Entwicklungen berichten. Ers-

21 Beschluss des Rates 98/181/EG, EGKS, Euratom v. 23.9.1997, ABl. EG 1998 L 69/1.

22 Vgl. F. Hoffmeister, Litigating against the European Union and its Member States – who responds under the ILC's Draft Articles on International Responsibility of international organisations?, EJIL 2010, S. 723.

23 Dazu C. Tietje, The Applicability of the Energy Charter Treaty in ICSID Arbitration of EU Nationals vs. EU Member States, Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht 78, 2008.

24 ICSID Tribunal, AES Summit Generation Limited and AES-Tisza Erőmű Kft v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/22), Schiedsspruch v. 23.10.2010, § 7.6.9 u. § 10.3.16.

25 ICSID Tribunal, Electrabel v. Republic of Hungary (ICSID Case No. ARB/07/19).

26 Beschluss des Rates 98/392/EG v. 23.3.1998, ABl. EG 1998 L 179/1.



tens hat die Union Ende 2009 mit Chile einen fast zehnjährigen Streit durch ein Abkommen friedlich beigelegt.<sup>27</sup> Zweitens hat sie sich auf Wunsch der Parteien in den Grenzstreit zwischen Kroatien und Slowenien eingebracht, nachdem die slowenische Regierung eine Reihe von Verhandlungskapiteln Kroatiens während des Beitrittsprozesses blockiert hatte. Auf Vermittlung des damaligen Erweiterungskommissars *Olli Rehn* einigten sich die Nachbarländer darauf, ein spezielles Schiedsgericht einzurichten.<sup>28</sup> Der auf einer Brüsseler Vorlage beruhende Vertragstext vom November 2009 sieht dabei eine interessante Differenzierung des anwendbaren Rechts vor. Während die Abgrenzung der Seegrenze zwischen beiden Ländern auf der Grundlage allein der Prinzipien des Völkerrechts erfolgen soll (Art. 3 Abs. 1 lit. a und Abs. 4 lit. a des Schiedsvertrags), wird die Frage des slowenischen Zugangs zur Hohen See („junction“) und das Regime zur Nutzung der relevanten Gewässer gemäß Art. 3 Abs. 1 lit. b und c und Art. 4 lit. b auf der Basis von *“international law, equity and the principle of good neighbourly relations in order to achieve a fair and just result by taking into account all relevant circumstances”* zu entscheiden sein. Dieser Passus verdeutlicht, dass der Grundsatz der guten nachbarschaftlichen Beziehungen im Rahmen der Union als Rechtsgrundsatz gehandhabt wird, was sich zuvor bereits aus Art. 3 und 4 des Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommens mit Kroatien<sup>29</sup> ergeben hatte. Darin könnte ein sehr wichtiger Beitrag der Union für die Fortentwicklung des Seevölkerrechts im europäischen Raum liegen. Denn bekanntlich beharrt die Union auch nach wie darauf, dass im Rahmen des Beitrittsverfahrens der Türkei eine vorherige gerichtliche Klärung des Ägäis-Disputs mit Griechenland erfolgen müsse.<sup>30</sup> Auch hier könnte der Schlüssel darin liegen, ein Schiedsgericht einzusetzen, dass nicht allein auf der Grundlage des SRÜ entscheidet, sondern darüber hinaus auf Wunsch der Parteien auch den europäischen Grundsatz der gutnachbarschaftlichen Beziehungen zur Anwendung brächte. Es darf daher mit Spannung erwartet werden, wie das slowenisch-kroatische Schiedsgericht mit den von beiden Parteien unter Vermittlung des EU-Erweiterungskommissars *Stefan Füle* ernannten Richtern *Gilbert Guillaume* (Präsident), *Bruno Simma* und *Vaughan Lowe* sowie den von Slowenien (*Jernej Sekolec*) und Kroatien (*Budislav Vukas*) ernannten Richtern diesen Streit entscheiden wird.

27 ITLOS Order 2009/1 v. 16.12.2009.

28 Zu den Einzelheiten der Verhandlungsgeschichte vgl. *F. Hoffmeister*, The European Union and the peaceful settlement of international disputes, *Chinese Journal of International Law* 2012, S. 77, 102 f.

29 ABl. EU 2006 L 26/3.

30 Ausführlich *F. Hoffmeister*, The Aegean Conflict – an Unsettled Dispute in Turkey’s Accession Course, in: Giegerich (Hrsg.), *A Wiser Century? – Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the Second Hague Peace Conference*, 2009, S. 493 ff.

## 2. Umweltrecht

### a) Weitentwicklung des völkerrechtlichen Klimaregimes

Bekanntlich hat der Europäische Rat vom 10./11. Dezember 2009 das ambitionierte Ziel der Union aufgestellt, bis zum Jahr 2020 die CO<sub>2</sub>-Emissionen um 20% im Verhältnis zu 1990 zu reduzieren. Das Ziel könne sogar auf 30% aufgestockt werden, sollten die übrigen entwickelten Länder mitziehen und auch die Entwicklungsländer einen angemessenen Beitrag leisten. Als Partei des Kyoto-Abkommens<sup>31</sup> setzte sich die Union somit auf der Vertragsstaatenkonferenz in Kopenhagen (2010) stark für eine Verlängerung von international verbindlichen Reduktionszielen ein.<sup>32</sup> Zwar gelang es ihr, das Ziel, die Erderwärmung auf 2% in dem politischen Text des „Copenhagen Accord“ zu verankern. Im Übrigen stellte es aber eine Enttäuschung dar, dass keine neuen verbindlichen Ziele vereinbart werden konnten.<sup>33</sup> Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang, dass die Mitgliedstaaten der Kommission im Vorfeld von Kopenhagen wegen Streitigkeiten über den Umfang der gemischten Kompetenzen im Umweltbereich<sup>34</sup> keine Verhandlungsrichtlinien erteilten und die europäische Stimme von den anwesenden Staats- und Regierungschefs nur unzureichend erhoben wurde. Gegen Ende der Verhandlungen spielte die EU sogar nur eine marginale Rolle. Diese institutionelle Fehlentwicklung wurde dann für die nächste Vertragsstaatenkonferenz glücklicherweise korrigiert. In Cancun 2010 traten die Kommission und die Präsidentschaft als Tandem auf, was das Gewicht der EU-Position nicht unerheblich vergrößerte. Die 16. Vertragsstaatenkonferenz etablierte einen „grünen Fonds“, einen neuen Technologie-Mechanismus, „fast-track“ Finanzierung für wichtige Klimaprojekte und einen Referenzrahmen für Waldbewirtschaftung. Hinzu tritt die Absichtserklärung der Vertragsstaaten auf der 17. Vertragsstaatenkonferenz in Durban im November/Dezember 2011, den Nachfolgevertrag für Kyoto bis spätestens 2015 abzuschließen. Auch dieses Ergebnis lässt sich zum Teil auf das beharrliche Eintreten der EU und ihrer Mitgliedstaaten zurückführen, die mit den am wenigsten entwickelten Ländern, Inselstaaten und einigen afrikanischen Partnern eine erfolgreiche Allianz gegenüber den weniger ambitionierten Staaten wie USA, China und Indien aufbauen konnten.

### b) Extraterritorialität im Umweltrecht

Besteht am Eintreten der Union für multilaterale Regime somit kein Zweifel, so stößt dieser Ansatz schnell an Grenzen. Ein wichtiger Fall ist hier die Bekämpfung

31 ABl. EG 2002 L 130/4.

32 Zur Rolle der EU in Kopenhagen 2009 siehe die Analyse von L. Groen u. A. Niemann, EU actorness and effectiveness under political pressure at the Copenhagen Conference, [http://www.euce.org/eusa/2011/papers/5i\\_groen.pdf](http://www.euce.org/eusa/2011/papers/5i_groen.pdf).

33 Vgl. Mitteilung der Kommission zur internationalen Klimapolitik nach Kopenhagen, KOM(2010) 86 endg. v. 9.3.2010, S. 3.

34 Zu den gemischten Kompetenzen s. A. Kumin/Ph. Bittner in diesem Heft auf S. 75.

der Verschmutzung durch Luftfahrzeuge. Trotz intensiver Bemühungen innerhalb der internationalen Luftfahrtorganisation ICAO ergab sich dort keine Mehrheit für ein neues Rechtsinstrument zur Einführung eines Emissionsabgaben- und Handelssystems.<sup>35</sup> Die Union beschloss daher im Jahr 2008, ihr eigenes System zum Handel mit Verschmutzungszertifikaten auf diesen Bereich auszudehnen.<sup>36</sup> Daher fallen Luftfahrten ab 1. Januar 2012 in den Anwendungsbereich der Richtlinie 2003/87/EG.<sup>37</sup> Sämtliche Flugzeuge, welche von einem europäischen Flughafen abheben oder auf einem solchen landen, sind abgabepflichtig. Dies betrifft auch Flüge, die von einem Drittland aus nach Europa zielen oder von Europa aus ein Drittland ansteuern.

Auf Vorlage eines britischen Gerichts wurde der EuGH mit der wichtigen Frage konfrontiert, ob durch den Einbezug von Flugraum außerhalb des europäischen Hoheitsbereichs nicht eine unzulässige extraterritoriale Ausübung von Zuständigkeiten vorliege. Neben der Chicago-Konvention, dem Kyoto-Protokoll und einem bilateralen Luftfahrtabkommen rügten die Beschwerdeführer auch einen Verstoß gegen das Völkergewohnheitsrecht. Die ersten beiden Rügen konnten leicht zurückgewiesen werden – denn die Union ist nicht an die Chicago-Konvention gebunden (und eine etwaige Funktionsnachfolge ist noch nicht vollständig erfolgt),<sup>38</sup> und die Bemühungspflicht nach Art. 2 Abs. 2 Kyoto-Protokoll, Treibhausgase aus dem Luftverkehr im Rahmen der ICAO zu regeln, stellte keinen justiziablen Standard dar.<sup>39</sup> Die eigentlich interessante Frage war daher, ob das Völkergewohnheitsrecht es untersagt, Flugaktivitäten außerhalb des EU-Luftraums mit einer Abgabe zu belegen, nur weil der Flug am Anfang oder am Ende mit EU-Territorium in Berührung kommt. Oder steht die Regelungshoheit über den extraterritorialen Luftraum nicht – ausschließlich – dem Flaggenstaat zu?

Die Generalanwältin *Juliane Kokott* verneinte diese Frage mit dem Argument, eine derartige Ausschließlichkeit bestehe nur im Seerecht aufgrund von Art. 92 SRÜ. Für eine analoge Norm im Luftrecht gebe es nicht genügend Anhaltspunkte.<sup>40</sup> Außerdem lehnte sie es ab, die übrigen Grundsätze des Gewohnheitsrechts zu prüfen, weil sie nicht geeignet seien, die Rechtstellung Einzelner zu betreffen.<sup>41</sup> Freilich wies die Generalanwältin hilfsweise darauf hin, dass durch Abflug oder Ankunft ein Berührungspunkt mit dem EU-Territorium vorliege, was – ähnlich wie bei extraterritorialen Kartellabsprachen mit Auswirkung auf EU-Territorium – als hinreichender Anknüpfungspunkt anerkannt sei. Somit sei selbst bei Prüfung der Jurisdiktionsregeln kein Verstoß gegen Gewohnheitsrecht gegeben, weil sich die Union auf das Territorialitätsprinzip berufen könne.<sup>42</sup> Eine Berücksichtigung der Gesamt-

35 Entschließung A35-5 der 35. ICAO Versammlung v. September 2004.

36 Richtlinie 2008/101/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 19.11.2008, ABl. EU 2009 L 8/3.

37 Richtlinie 2003/87/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13.10.2003, ABl. EU 2003 L 275/32.

38 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 57 ff.

39 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 73 ff.

40 *GA Kokott*, Schlussanträge v. 6.10.2011 in der Rs C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 130 ff.

41 *GA Kokott*, Schlussanträge v. 6.10.2011 in der Rs C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 135.

42 *GA Kokott*, Schlussanträge v. 6.10.2011 in der Rs C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 148 ff.

flugstrecke sei letztlich Ausdruck des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit und entspreche dem umweltrechtlichen Verursacherprinzip.<sup>43</sup> Schließlich sei auch die Souveränität von Drittstaaten nicht beeinträchtigt. Auch sie könnten Geschehnisse außerhalb des eigenen Luftraums regeln und etwaige Doppelbelastungen für Unternehmen seien völkerrechtlich – ähnlich wie bei der Doppelbesteuerung im internationalen Steuerrecht – nicht verboten.<sup>44</sup>

Der EuGH vollzog demgegenüber eine überraschende Wende bei der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Grundsätze. Er hielt es anders als die Generalanwältin für möglich, das gerügte Sekundärrecht direkt anhand der Grundsätze über die Jurisdiktionsausübung im See- und allgemeinen Völkerrecht zu überprüfen, weil die Richtlinie unionsrechtliche Verpflichtungen für die Kläger begründen könnte.<sup>45</sup> Dies ist eine erfreuliche Korrektur der restriktiven *Intertanko*-Rechtsprechung, in der der Gerichtshof noch befunden hatte, dass die im SRÜ kodifizierten Jurisdiktionsregeln nicht als Prüfungsmaßstab für Sekundärrecht herangezogen werden könnten, weil das Abkommen im Wesentlichen nur Rechte und Pflichten der Vertragsparteien enthalte.<sup>46</sup>

In der materiell-rechtlichen Frage folgte der EuGH der Generalanwältin und stellte wie sie stark auf das Territorialitätsprinzip ab. Die Anwendung der Richtlinie knüpfe nämlich an der physischen Präsenz eines Luftfahrzeugs im Hoheitsgebiet eines Mitgliedstaats der Union an – sie unterläge daher der „uneingeschränkten Hoheitsgewalt der Union“.<sup>47</sup> Im Übrigen sei der Umstand, dass bestimmte Verschmutzungsakte außerhalb der EU erfolgten, nicht geeignet, die uneingeschränkte Anwendbarkeit des Unionsrechts in Frage zu stellen,<sup>48</sup> wobei er zur Unterstützung u.a. das berühmte *Zellstoff*-Urteil aus dem Wettbewerbsrecht heranzog.<sup>49</sup>

Dieser Vergleich steht jedoch auf wackligen Füßen. Im Wettbewerbsrecht lässt sich die extraterritoriale Dimension dadurch rechtfertigen, dass sich die vertragswidrige Absprache auf den gemeinsamen Binnenmarkt „auswirkt“ – so hat es auch der EuGH im *Zellstoff*-Urteil selbst formuliert.<sup>50</sup> Das Auswirkungsprinzip steht dem Territorialitätsprinzip in der Tat nahe, denn ob eine Absprache innerhalb der EU oder außerhalb der EU erfolgt, ist zweitrangig, solange nur der wirtschaftliche Schaden auf EU-Territorium nachzuweisen ist. Im gegenständlichen Fall liegt eine solche Auswirkung auf EU-Territorium gerade nicht vor: es geht darum, schädliche Auswirkungen für die internationale Umwelt und das Weltklima einzudämmen, und zwar von Flugabschnitten, die auch außerhalb des EU-Territoriums vorgenommen

43 GA Kokott, Schlussanträge v. 6.10.2011 in der Rs C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 153.

44 GA Kokott, Schlussanträge v. 6.10.2011 in der Rs C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 157 ff.

45 EuGH, Urteil v. 21.12.2011, Rs. C-366/10 (Air Transport Association), Rn. 109.

46 EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 53 ff. Zur Bindung der EU an das allgemeine Völkerrecht s. A. Epiney in diesem Heft auf S. 25.

47 EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 125.

48 EuGH, Rs. C-308/06 (Intertanko), Slg. 2008, I-4057, Rn. 129.

49 EuGH, verb. Rs. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 u. C-125/85 bis C-129/85 (Ahlström Osa-kehtyitiö u.a./Kommission), Slg. 1988, 5193, Rn. 15 ff.

50 EuGH, verb. Rs. C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 u. C-125/85 bis C-129/85 (Ahlström Osa-kehtyitiö u.a./Kommission), Slg. 1988, 5193, Rn. 13.

werden. In Wirklichkeit macht die EU also gar nicht das Territorialitätsprinzip geltend, sondern hält sich befugt, stellvertretend für die Weltgemeinschaft die globale Umwelt schützen zu dürfen, weil eine Aufteilung der Schutzverantwortung durch die Staatengemeinschaft innerhalb der ICAO gerade nicht vorliegt.

Dieser Gedanke ist korrekt – sollte aber ehrlicherweise eher mit dem Begriff der Universaljurisdiktion im Umweltvölkerrecht versehen werden, als mit einer verunglückten Anleihe an das Territorialitätsprinzip. Abflug oder Landung innerhalb der EU ist nur der Anlass, nicht aber der Grund für das Eingreifen der Union – ähnlich, wie ein Strafverfahren aufgrund der Universaljurisdiktion für schwerste Verbrechen in vielen Ländern nur dann eingeleitet wird, wenn sich der Verdächtige auf dem Boden des Staats befindet. Der Staat will dadurch nicht sein eigenes Territorium schützen, sondern v.a. das Verbrechen außerhalb seines Territoriums ahnden, und greift aus Praktikabilitätsgründen auf denjenigen zu, der sich innerhalb seines Jurisdiktionsbereichs begeben hat. Die Ausführungen der Generalanwältin zum Verursacherprinzip würden sich in diese Logik auch besser einfügen: Gerade weil es international gefordert ist, den Verschmutzungsverursacher zur Verantwortung zu ziehen, kann jeder Staat die Schutzlücke füllen, die dadurch entsteht, dass kein Staat ausschließlich zuständig ist, Luftverschmutzungen außerhalb seines Hoheitsgebiets zu ahnden. Natürlich wäre es für die Generalanwältin oder den Gerichtshof schwer gewesen, die Existenz eines solchen völkergewohnheitsrechtlichen Satzes zu behaupten. Andererseits hätten sie auf die konzeptuelle Möglichkeit einer Universaljurisdiktion im Umweltvölkerrecht hinweisen können, was wiederum die weitere internationale Entwicklung in diesem Bereich hätte befruchten können.

### c) Umweltklauseln in Handelsverträgen

Schließlich kann noch auf eine bemerkenswerte neue Vertragspraxis der Union hingewiesen werden, in Handelsverträge Klauseln zur nachhaltigen Entwicklung aufzunehmen. So erhebt etwa Art. 3 Abs. 1 des Wirtschaftspartnerschaftsabkommens der EU mit den karibischen Staaten (CARIFORUM) von 2008<sup>51</sup> die nachhaltige Entwicklung zum Vertragsziel. Art. 3 Abs. 2 der Vorschrift erläutert, dass diesbezüglich die „menschlichen, kulturellen, wirtschaftlichen, sozialen, gesundheitlichen und umweltbezogen besten Interessen ihrer jeweiligen Bevölkerung und der zukünftigen Generationen“ zu beachten seien. Wesentlich präziser wird das Thema bereits im Freihandelsabkommen mit Südkorea angegangen.<sup>52</sup> Dort handelt Kapitel 13 sowohl die Frage nach Sozial- und Arbeitsstandards als auch nach Umweltstandards ab. Art. 13.5 stellt in seinem Abs. 1 Konsultationspflichten auf, und nach dem Abs. 2 wird die Einhaltung multilateraler Übereinkünfte zugleich eine bilaterale Pflicht. Sehr wichtig ist auch die Stillhalteklausele nach Art. 13.7, demzufolge keine Partei ihre Umwelt- oder Sozialstandards senken soll, um dadurch Handel und Investitionen zwischen den Parteien zu beeinflussen. Hier liegt eine klare Anerken-

51 ABl. EU 2008 L 289/81.

52 ABl. EU 2011 L 127/6.

nung der Idee, dass Investitionsförderung nicht durch Absenkung von arbeitsrechtlichen oder umweltrechtlichen Standards erfolgen soll. Außerdem wird ein Dialog unter Einbezug der Zivilgesellschaft eingerichtet (Art. 13.13). Freilich fehlt ein harter Sanktionsmechanismus. Wird während Regierungskonsultationen kein Einvernehmen hergestellt, kann ein Expertengremium Empfehlungen aussprechen, um deren Umsetzung sich die Parteien lediglich bemühen (Art. 13.15 Abs. 2). Eine Befolgungspflicht oder gar ein Rechtfertigungsgrund für die Aussetzung des Abkommens entsteht durch einen derartigen Expertenbericht jedoch nicht. Ein drittes Beispiel stellt das derzeit im Europäischen Parlament behandelte Freihandelsabkommen mit Peru und Kolumbien<sup>53</sup> dar. Der einschlägige Titel IX betont ein Recht zur Regulierung beider Seiten,<sup>54</sup> enthält aber gleichfalls das Verbot des Rückschritts.<sup>55</sup> Zur Überwachung wird auf heimische Mechanismen (Art. 281) und den Dialog der Zivilgesellschaft gesetzt (Art. 282).

Die Union steuert hiermit einen Mittelweg. Einerseits wird das Thema Umweltschutz zum verbindlichen Standard im Vertragstext erklärt, der echte materiellrechtliche Pflichten auslöst. Andererseits ist der Durchsetzungsmechanismus bewusst weicher gefasst als im Falle der Menschenrechtsklauseln, bei denen ein Verstoß zur Aussetzung des Abkommens führen kann. Auch die Rolle der Zivilgesellschaft ist „eingehengt“. Anders als in der NAFTA, wo „citizens submissions“ zugelassen sind, besteht ein institutioneller Dialog mit repräsentativen Kräften. Im Europäischen Parlament scheint die Auffassung vorzuherrschen, dass die EU in diesem Punkt noch punktuell nachbessern müsse.<sup>56</sup> Klar ist allerdings auch, dass ein förmlicher Durchsetzungsmechanismus die Chancen stark reduziert, dass ein Vertragspartner der EU überhaupt ein solches Kapitel akzeptieren würde. Insofern kann erwartet werden, dass der Beitrag der Union zu diesem Punkt sich eher in den Grenzen des Korea- oder Peru/Kolumbien-Modells halten wird, nämlich ein Gebot der nachhaltigen Entwicklung mit Rückschrittsverbot aber ohne Sanktionsbefugnis zum Vertragsinhalt zu machen.

53 Abrufbar unter [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc\\_147704.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2011/march/tradoc_147704.pdf).

54 Art. 268 EU-Peru/Kolumbien-Freihandelsabkommen (Fn. 53) lautet: „Recognising the sovereign right of each Party to establish its domestic policies and priorities on sustainable development, and its own levels of environmental and labour protection, consistent with the internationally recognised standards and agreements referred to in Articles 269 and 270, and to adopt or modify accordingly its relevant laws, regulations and policies; each Party shall strive to ensure that its relevant laws and policies provide for and encourage high levels of environmental and labour protection.”

55 Art. 277 EU-Peru/Kolumbien-Freihandelsabkommen (Fn. 53) lautet: „(1) No Party shall encourage trade or investment by reducing the levels of protection afforded in its environmental and labour laws. Accordingly, no Party shall waive or otherwise derogate from its environmental and labour laws in a manner that reduces the protection afforded in those laws, to encourage trade or investment. (2) A Party shall not fail to effectively enforce its environmental and labour laws through a sustained or recurring course of action or inaction, in a manner affecting trade or investment between the Parties.”

56 Entschließung des Europäischen Parlaments A7-312/2010 v. 25.11.2010, Rn. 22 <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P7-TA-2010-0434&language=EN>.



## IV. Menschenrechtsschutz und Völkerstrafrecht

### 1. Internationaler Menschenrechtsschutz

#### a) Unterwerfung der Union unter die Europäische Menschenrechtskonvention

Mit Art. 6 Abs. 2 EUV verfügt die Union nunmehr über eine Rechtsgrundlage, der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) beizutreten und sich der Gerichtsbarkeit des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) zu unterwerfen. Der Entwurf des Beitrittsabkommens liegt inzwischen vor.<sup>57</sup> Aus völkerrechtlicher Sicht bleibt der Vorgang atemberaubend – denn erstmals akzeptiert eine internationale Organisation eine externe gerichtliche Kontrolle ihrer menschenrechtlich relevanten Praxis. Hier spielt die Union eine echte Vorreiterrolle, auch wenn zu erwarten ist, dass es auf absehbare Zeit keine vergleichbaren Fälle geben wird. Wer etwa die Diskussionen über den Rechtsschutz gegen die Praxis des UN-Sanktionsausschuss gegenüber mutmaßlichen Terroristen betrachtet (ein Ombudsmann, der nichtverbindliche Empfehlungen aussprechen darf, stellt hier das im VN-System weitestgehende Schutzsystem dar), der wird erkennen, dass es für eine rechtsverbindliche Unterwerfung etwa der VN unter ein internationales Menschenrechtsgremium oder sogar -gericht noch erheblicher Anstrengungen bedarf.

#### b) Menschenrechtsklauseln in Verträgen

Neben der jüngst erfolgten eigenen „Unterwerfung“ hat sich die Union seit jeher auch dafür eingesetzt, den völkerrechtlichen Kern der Menschenrechte und die einschlägigen Vertragsregime durch ihre Außenpolitik zu stärken. Bekannt ist die Bezugnahme auf die Allgemeine Menschenrechtserklärung und die beiden VN-Pakte in zahlreichen Kooperations- oder Handelsverträgen der Union mit Drittstaaten. Derartige Klauseln finden sich in den einschlägigen Vertragsregimen mit den Ländern des Mittelmeerraums, Lateinamerikas und Afrikas. Sie ermöglichen es der Union, vertraglich zugesicherte Finanzierungsprojekte auszusetzen, was v.a. im AKP-Bereich von Bedeutung war.<sup>58</sup> Heutzutage sind die einschlägigen Grundlagen in Art. 1 und Art. 96 Cotonou-Vertrag niedergelegt, auf deren Grundlage sich eine weitgehende Praxis bei Militärputschs oder massiven Menschenrechtsverstößen entwickelt hat.<sup>59</sup> Außerdem unterhält die Union mit über 40 Ländern Menschen-

57 Dok. des Europarates CDDH (2011) 009 v. 14.10.2011. S. dazu R. Uerpman-Witzack in diesem Heft auf S. 167 u. M. Kloth in diesem Heft auf S. 155.

58 F. Hoffmeister, Menschenrechts- und Demokratiekláuseln in den vertraglichen Außenbeziehungen der EU, 1998, S. 452 ff.

59 L. Bartels, Human Rights and Democracy Clauses in the EU's international agreements, Europäisches Parlament, 2005, S. 32 ff. m.w.N., [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/droi/2005/363284/EXPO-DROI\\_ET\(2005\)363284\(PAR00\)\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/etudes/droi/2005/363284/EXPO-DROI_ET(2005)363284(PAR00)_EN.pdf).



rechtsdialoge, die es erlauben, unterhalb der Schwelle der Sanktionen zur Verbesserung der Lage beizutragen.<sup>60</sup>

### c) Handelspräferenzen für die Einhaltung von internationalen Standards

Darüber hinaus hat die Union in ihrem Allgemeinen Präferenzsystem ein Anreizsystem geschaffen. Nach dem sogenannten „ASP plus“ erhalten diejenigen Entwicklungsländer, welche internationale Standards im Bereich des Menschenrechtsschutzes einhalten, besonders gute Präferenzen. Umgekehrt können derartige Präferenzen entzogen werden, wenn die Versprechungen nicht eingehalten werden. Eine Suspendierung der Präferenzen erfolgte etwa gegenüber Burma (Myanmar) angesichts weit verbreiteter Zwangsarbeit (seit 1997). Auch Sri Lanka schied 2009 aus, weil die Regierung sich nicht den Vorwürfen stellen wollte, beim Kampf gegen die tamilischen Tiger massiv das humanitäre Völkerrecht verletzt zu haben. Einen interessanten aktuellen Fall stellt schließlich Pakistan dar. Das mit den USA verbündete islamische Land hat am 23. Juni 2010 die beiden VN-Pakte ratifiziert, zugleich aber weitreichende „Scharia“-Vorbehalte eingelegt. Zugleich hat die pakistanische Regierung erklärt, dass sie die Zuständigkeit des VN-Menschenrechtsausschusses nach Art. 41 Zivilpakt nicht anerkenne.

Für die Kommission ist dieses Vorgehen nicht akzeptabel. So hat sie in ihrem Vorschlag zur Reform des Allgemeinen Präferenzsystems besonderen Wert auf die Ansichten der einschlägigen Menschenrechtsorgane gelegt, um über die Zuerkennung von Begünstigungen informiert entscheiden zu können. Ein Land müsse daher „ohne Vorbehalte“ die Zuständigkeit von Vertragsorganen anerkennen, um sich zu qualifizieren (Art. 14 Abs. 1 lit. d des Kommissionsvorschlags).<sup>61</sup> Darüberhinaus haben viele Mitgliedstaaten<sup>62</sup> auch individuell den Versuch Pakistans abgewehrt, die Zuständigkeit des Menschenrechtsausschusses auszuschließen. Denn – so etwa die Regierung Österreichs – gerade die Einsetzung eines Überwachungsorgans gehöre zum Gegenstand und Grund eines modernen Menschenrechtsinstruments.<sup>63</sup> Andere Mitgliedstaaten wie Italien oder Ungarn haben diesen Punkt in ihrem Einwand allerdings nicht gerügt, sondern nur den allgemeinen „Scharia“-Vorbehalt kritisiert.

60 A. Rosas, *Is the EU a Human Rights Organisation?*, CLEER Working Papers 2011/1, S. 13.

61 KOM(2011) 241 endg v. 10.5.2011.

62 Österreich, Griechenland, Tschechien, Slowakei, Finnland, Frankreich, Vereinigtes Königreich, Lettland, Estland, Portugal, Schweden, Polen, Belgien, Irland, Niederlande, Deutschland, (s. die Auflistung unter [http://www.bayefsky.com/html/pakistan\\_t2\\_ccpr.php](http://www.bayefsky.com/html/pakistan_t2_ccpr.php)).

63 Der österreichische Einwand v. Juni 2011 lautet in diesem Punkt: „Austria further considers that the Committee provided for in Art. 40 of the Covenant has a pivotal role in the implementation of the Covenant. The exclusion of the competence of the Committee is not provided for in the Covenant and in Austria's view incompatible with the object and purpose of the Covenant. Austria therefore objects to this reservation“.

#### d) Zurückweisung von inakzeptablen Vorbehalten

Diese führt schließlich in die wichtige Praxis der Union über, sich in der Ratsarbeitsgruppe „Völkerrecht“ (COJUR)<sup>64</sup> regelmäßig über Vorbehalte von Drittstaaten zu völkerrechtlichen Verträgen auszutauschen. Dabei machen Menschenrechtsverträge einen großen Anteil aus. Auch wenn nach wie vor Differenzen zwischen den Mitgliedstaaten über die Rechtsfolge eines inakzeptablen Vorbehalts bestehen, so lässt sich feststellen, dass im Laufe der Jahre mehr und mehr EU-Mitgliedstaaten dazu übergegangen sind, gegen Vorbehalte zu protestieren.<sup>65</sup> Damit hat sich die Union als eine Art „watchdog“ etabliert, welche durch ihr systematisches Vorgehen dafür sorgt, dass fragliche Vorbehalte in den zuständigen Abteilungen in den Mitgliedstaaten mit der notwendigen Aufmerksamkeit geprüft und ggf. verurteilt werden.

### 2. Völkerstrafrecht

Abschließend noch einige kurze Bemerkungen zur Rolle der Union bei der Weiterentwicklung des Völkerstrafrechts.

#### a) Eigene Verfolgung internationaler Kriegsverbrecher

Zunächst kann festgehalten werden, dass für zahlreiche Mitgliedstaaten der Union die Verfolgung internationaler Kriegsverbrecher ein wichtiges Anliegen ist. Die Strafgesetzbücher etwa Irlands, Tschechiens, Dänemarks, Finnlands, Frankreichs, Deutschlands, Luxemburgs, der Niederlande, Belgiens, Spaniens und des Vereinigten Königreichs begründen eine Zuständigkeit für schwere Verbrechen wie Genozid, Verbrechen gegen die Menschlichkeit oder Kriegsverbrechen. Freilich gibt es eine Reihe von Einschränkungen, wie z.B. das Erfordernis des Aufenthalts des mutmaßlichen Kriegsverbrechers auf dem eigenen Territorium, das Erfordernis der eigenen Staatsangehörigkeit oder die Vorschaltung einer spezifischen Ermächtigung seitens der Exekutive oder der Justiz. Den europäischen Systemen gemeinsam ist jedoch der grundlegende Gedanke, dass gewisse Kernstraftaten weltweit zu ächten sind, und sich nur bei der praktischen Verfolgung eine gewisse Arbeitsteilung zwischen den Staaten nach Gesichtspunkten der Territorialität, Nationalität und Effektivität ergeben sollte.

Mit dieser Bejahung einer weitgehenden Universaljurisdiktion erschien die Europäische Union in gewisser Sicht als ein gemeineuropäischer Strafraum für internationale Kriegsverbrecher. Jedenfalls erhoben einige afrikanische Staaten gegenüber der Union den Vorwurf, die europäische Praxis greife in ihre Souveränität über.

64 Zum Mandat u. zur Arbeitsweise dieses Gremiums s. *F. Hoffmeister*, COJUR, in: Oxford Reports on International Law, 2009.

65 *F. Hoffmeister*, The contribution of EU practice to international law, in: Cremona (Hrsg.), Developments in EU External Relations Law, 2008, S. 37, 69 ff.

Daraufhin setzten die EU und die Afrikanischen Union eine gemischte Expertengruppe ein. Deren Bericht zeigte eingehend, dass viele afrikanische Staaten den Grundsatz der Universaljurisdiktion selbst in ihren nationalen Rechtssystemen anerkannt haben,<sup>66</sup> weswegen grundsätzliche rechtliche Bedenken in dieser Hinsicht gegenstandslos wurden. Außerdem wurde klargestellt, dass die Praxis der EU-Mitgliedstaaten keineswegs politisch selektiv ist, da Fälle auch gegenüber Verdächtigen aus nichtafrikanischen Staaten angestrengt wurden.<sup>67</sup> Freilich stellte die Expertengruppe auch einige Empfehlungen an, im Umgang mit internationaler Strafverfolgung vorsichtiger zu werden.<sup>68</sup>

## b) Einsatz für den Internationalen Strafgerichtshof

Am 14. März 2012 hat der Internationale Strafgerichtshof im Fall *Lubanga*<sup>69</sup> sein erstes Urteil gefällt, und man kann ohne Übertreibung sagen, eine solches Urteil hätte es ohne den tatkräftigen Einsatz der EU wohl nie gegeben.

Zwar ist die Union mangels Zuständigkeit selbst keine Vertragspartei des Romstatuts (sie verfügt über ein Kooperationsabkommen), wohl aber sämtliche ihrer Mitgliedstaaten. Sie war eine der treibenden Kräfte während der Verhandlungsphase und hat gemäß einer Gemeinamen Position zur Stärkung des Strafgerichtshofs<sup>70</sup> seit seiner Gründung 2002 unzählige Démarchen und Seminare in Drittländern durchgeführt, um für den Beitritt zu werben. Auch in den eigenen Reihen wurde durchaus Druck ausgeübt – das beständige Wiederholen des Themas in den europäischen Gremien führte sicher mit dazu, dass die tschechische Republik schließlich als letzter Mitgliedstaat seine Ratifikationsurkunde im April 2009 hinterlegte.

Neben diesen „Fördermaßnahmen“ wehrte die Union auch Versuche anderer Staaten ab, die Legitimität des Strafgerichtshofs zu untergraben. Bekannt ist etwa die Erarbeitung einer europäischen Position zum Versuch der *Bush*-Regierung, mit bilateralen Abkommen die Auslieferung von US-Soldaten an den Strafgerichtshof vertraglich zu verhindern. Die Union wirkte dem aktiv entgegen, was zum Beispiel dazu führte, dass Beitrittskandidaten von der Unterzeichnung derartiger Verträge absahen.<sup>71</sup> Auch erinnert die Union Vertragsstaaten und Nichtvertragsstaaten – gemäß UN-Sicherheitsratsresolution 1593 (2005) – ständig daran, dass Verdächtige nach Den Haag zu überstellen sind, wenn ein Haftbefehl gegen sie vorliegt. Selbiges gilt, wenn ein Flüchtiger sich in ein anderes ICC oder Nicht-ICC Land begibt. So dürfte etwa die Reisetätigkeit des angeklagten sudanesischen Machhabers *Al-Ba-*

66 EU-AU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Council Document 8672/1/09 Rev. 1 v. 16.4.2009, S. 27, paras. 15 ff.

67 EU-AU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Council Document 8672/1/09 Rev. 1 v. 16.4.2009, S. 27 para. 26.

68 EU-AU Expert Report on the Principle of Universal Jurisdiction, Council Document 8672/1/09 Rev. 1 v. 16.4.2009, S. 27, para. 46.

69 The Prosecutor v. Thomas Lubanga Dvilo, ICC-01/04-01/06.

70 Gemeinsamer Standpunkt 2001/443/GASP v. 11.6.2001, ABl. EG 2001 L 155/19, zuletzt geändert durch Entscheidung des Rates 2011/168/GASP v. 21.3.2011, ABl. EU 2011 L 76/56.

71 S. z.B. den Fortschrittsbericht zu Rumänien, KOM(2002) 700 endg. v. 9.10.2002.

shir bereits eine zweistellige Anzahl von Erklärungen der Hohen Vertreterin für Außen- und Sicherheitspolitik sowie Démarchen der Union ausgelöst und dazu beigetragen haben, dass er seine Reiseziele nach wie vor äußerst vorsichtig aussucht. Schließlich hat die Union auch intensiv darüber beraten, wie der Strafgerichtshof materiell-rechtlich und institutionell weiter zu entwickeln ist. So wird in der Unterarbeitsgruppe „Völkerstrafrecht“ von COJUR das Vorgehen der EU-Mitgliedstaaten in der Vertragsstaatenkonferenz koordiniert – trotz unterschiedlicher Interessenlage der beiden ständigen Sicherheitsratsmitglieder Frankreich und Großbritannien war dies für die Weichenstellung in Kampala zur Konkretisierung des Straftatbestands der Aggression im Juni 2010 von Bedeutung.

## V. Schluss

Die Praxis der EU spielt eine immer größere Rolle in vielen Bereichen des besonderen Völkerrechts. So konnte gezeigt werden, dass sie in allen großen Kodifikationsvorhaben der jüngeren Zeit (WTO 1994, SRÜ 1982/1994, Kyoto-Protokoll 1999, Rom-Statut 1998) eine treibende Kraft gewesen ist. Unterhalb des Einsatzes für die Schaffung multilateraler Vertragsregime steht jedoch auch eine fein verästelte Praxis zur weiteren Ausdifferenzierung dieser Gebiete. So gibt es Unionspositionen zur Rechtsquellenlehre in der WTO und dem internationalen Investitionsschutzrecht genauso wie grundlegende Ausführungen zur Universaljurisdiktion im Völkerstrafrecht. Eine jüngere Praxis zu Verschmutzungszertifikaten im Luftverkehr dürfte nach hier vertretener Auffassung als Vorbote für die Anerkennung der Universaljurisdiktion auch im Umweltvölkerrecht gedeutet werden. Nicht zu unterschätzen sind auch die zahlreichen Einwürfe der Union für ein wertgebundenes Völkerrecht, wie im Bereich des internationalen Menschenrechtsschutzes (Einwände gegen Vorbehalte, Menschenrechtsklauseln) oder beim seerechtlichen Umweltschutzregime. Als höchst bedeutsam darf schließlich der Beitrag der Union zur effektiven Beilegung des Grenzstreits Slowenien/Kroatien eingestuft werden. Diese wenigen aktuellen Beispiele zeigen deutlich die zunehmende Bedeutung der EU im Völkerrecht. Was früher vielleicht als Orchideenfach für einige wenige Völker- und Europarechtler galt, bedarf heute intensiver fachübergreifender Forschung, weil die europäische Praxis stetig fortschreitet und in immer weitere Gebiete eindringt. Ja, die EU beeinflusst die Entwicklung des besonderen Völkerrechts, und zwar durchaus in eine vielversprechende Richtung.



Neu

Die Idee der Europäischen Wirtschaftsintegration verwirklicht sich in den verschiedenen Sektoren des öffentlichen wie privaten Wirtschaftsrechts. Die prinzipielle Prägung dieses Rechts durch Grundfreiheiten und Grundrechte wird vertieft und überformt durch europäisches Sekundärrecht, das einerseits die Integration fortzuschreiben sucht, andererseits aber auch politische Wertungen transportiert

– jeweils mit enormen Auswirkungen auf das nationale Recht.

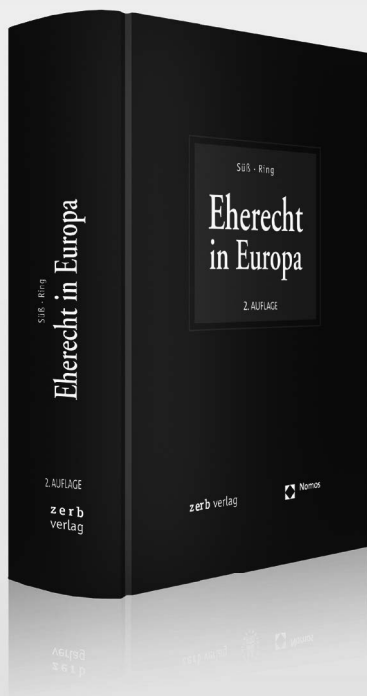
**Das neue Handbuch** liefert die notwendige Detailanalyse der einzelnen Regelungen, zeigt Defizite auf und gibt Handlungsoptionen und Beratungssicherheit für die Beurteilung nationaler Fallkonstellationen vor dem Hintergrund der Europäischen Integration.

Weitere Informationen: [www.nomos-shop.de/14](http://www.nomos-shop.de/14)

## Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht

Gleich Band 5 der Enzyklopädie Europarecht

Herausgegeben von Prof. Dr. Matthias Ruffert



s Handbuch „Eherecht in Europa“ enthält  
F die anwaltliche und notarielle Tätigkeit  
roogene übersichtliche Berichte zum Ehe-  
cht in den für die Praxis wichtigsten euro-  
schen Staaten. Der Schwerpunkt liegt auf  
n Ehwirkungen und Scheidungsfolgen,  
schließlich der vertraglichen Gestaltungs-

möglichkeiten sowie Hinweisen auf die nic  
eheliche Lebensgemeinschaft und die glei  
geschlechtliche Partnerschaft. Dargestellt w  
das materielle Recht einschließlich der pr  
tisch bedeutsamen Aspekte des Verfahre  
rechts, des IPR und des internationalen V  
fahrensrechts.

Weitere Informationen: [www.nomos-shop.de/146](http://www.nomos-shop.de/146)

Eherecht in Europa

<https://doi.org/10.5771/9783845243481> - Generiert durch IP 218.73.218.38, am 21.01.2028, 03:38:56. © Urheberrechtlich geschützter Inhalt. Ohne gesonderte Erlaubnis ist jede urheberrechtliche Nutzung untersagt, insbesondere die Nutzung des Inhalts im Zusammenhang mit, für oder in KI-Systemen, KI-Modellen oder Generativen Sprachmodellen.