



ZEuS

28. Jahrgang 2025
Seiten 1-162

01

ZEITSCHRIFT FÜR EUROPARECHTLICHE STUDIEN



Herausgeber

Marc Bungenberg
Christian Calliess
Thomas Giegerich
Michael Hahn
Torsten Stein[†]

İlke Göçmen

Taking Stock of Sixty Years of Association Law between the European Union and Türkiye: Case Law Reaching Its Limits and the Imperative for Normative Actions

Yann Hohdorf

Abnahmevereinbarungen und das System der aggregierten Nachfrage nach dem Critical Raw Materials Act im Widerspruch zum unionalen Kartellrecht?

Vinzenz Boddenberg

Europäische Öffentlichkeit – Konzeptionen und unionale Gestaltungsoptionen

Alexander Rospert

Zulässigkeit und Grenzen von protektionistischen Maßnahmen zugunsten des Finanzsektors im WTO-Recht



Nomos

Nomos
eLibrary

Herausgeber: Prof. Dr. Marc Bungenberg LL.M. (Lausanne) | Prof. Dr. Christian Calliess LL.M.Eur. | Prof. Dr. Thomas Giegerich LL.M. (Virginia) | Prof. Dr. Michael Hahn LL.M. (Michigan) | Prof. Dr. Torsten Stein†

Gründungsherausgeber: Prof. em. Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Georg Ress

Europa-Institut der Universität des Saarlandes · Sektion Rechtswissenschaft · Postfach 15 11 50 · D-66041 Saarbrücken

Redaktion: Bianca Böhme LL.M. | Prof. Dr. Jürgen Bröhmer | Dr. Christian von Buttlar LL.M. | Prof. Dr. Iris Canor | Karoline Dołgowski Master II en droit | Dr. Mareike Fröhlich LL.M. | Dr. Oskar Gstrein LL.M. | Prof. Dr. Robin van der Hout LL.M. | André Husheer | Dieter Lang LL.M.Eur. | Prof. Dr. Maria Meng-Papantoni | Prof. Dr. Zlatan Meškić | Dr. Kristina Müller | Prof. Dr. Alexander Proelß | Prof. Dr. Dagmar Richter | Rüdiger Sailer | Dr. Anne Thies LL.M. | Dr. Anja Trautmann LL.M. | Dr. Pieter Van Vaerenbergh LL.M. | Sebastian Ramelli LL.M.

Inhalt

İlke Göçmen

Taking Stock of Sixty Years of Association Law between the European Union and Türkiye: Case Law Reaching Its Limits and the Imperative for Normative Actions 3

Yann Hohdorf

Abnahmevereinbarungen und das System der aggregierten Nachfrage nach dem Critical Raw Materials Act im Widerspruch zum unionalen Kartellrecht? 46

Vinzenz Boddenberg

Europäische Öffentlichkeit – Konzeptionen und unionale Gestaltungsoptionen 77

Alexander Rospert

Zulässigkeit und Grenzen von protektionistischen Maßnahmen zugunsten des Finanzsektors im WTO-Recht 107

IMPRESSUM

Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)

ISSN 1435-439X

Schriftleitung: Dr. Philipp Reinhold (V.i.S.d.P.)

Lektorat: Lisa Vita Landes

Einsendungen bitte an: Europa-Institut der Universität des Saarlandes | Sektion Rechtswissenschaft | Postfach 15 11 50 | D-66041 Saarbrücken | Telefon (0681) 302 6653 | Fax (0681) 302 4879 | E-Mail zeus@europainstitut.de | www.zeus.nomos.de

Manuskripte und andere Einsendungen: Alle Einsendungen sind an die o. g. Adresse zu richten. Es besteht keine Haftung für Manuskripte, die unverlangt eingereicht werden. Sie können nur zurückgegeben werden, wenn Rückporto beigefügt ist. Die Annahme zur Veröffentlichung muss in Textform erfolgen. Mit der Annahme zur Veröffentlichung überträgt die Autorin/der Autor der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co.KG an ihrem/seinem Beitrag für die Dauer des gesetzlichen Urheberrechts das exklusive, räumlich und zeitlich unbeschränkte Recht zur Vervielfältigung und Verbreitung in körperlicher Form, das Recht zur öffentlichen Wiedergabe und Zugänglichmachung, das Recht zur Aufnahme in Datenbanken, das Recht zur Speicherung auf elektronischen Datenträgern und das Recht zur deren Verbreitung und Vervielfältigung sowie das Recht zur sonstigen Verwertung in elektronischer Form. Hierzu zählen auch heute noch nicht bekannte Nutzungsformen. Das in § 38 Abs. 4 UrhG niedergelegte zwingende Zweitverwertungsrecht der Autorin/des Autors nach Ablauf von 12 Monaten nach der Veröffentlichung bleibt hiervon unberührt. Eine eventuelle, dem einzelnen Beitrag oder der jeweiligen Ausgabe beigefügte Creative Commons-Lizenz hat im Zweifel Vorrang. Zum Urheberrecht vgl. auch die allgemeinen Hinweise unter www.nomos.de/urheberrecht.

Unverlangt eingesandte Manuskripte – für die keine Haftung übernommen wird – gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Es werden nur unveröffentlichte Originalarbeiten angenommen. Die Verfasser erklären sich mit einer nicht sinnentstellenden redaktionellen Bearbeitung einverstanden.

Urheber- und Verlagsrechte: Alle in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge sind urheberrechtlich geschützt. Das gilt auch für die veröffentlichten Gerichtsentscheidungen und ihre Leitsätze, soweit sie vom Einsendenden oder von der Schriftleitung erarbeitet oder redigiert worden sind. Der urheberrechtliche Schutz gilt auch im Hinblick auf Datenbanken und ähnliche Einrichtungen. Kein Teil dieser Zeitschrift darf außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes oder über die Grenzen einer eventuellen, für diesen Teil anwendbaren Creative Commons-Lizenz hinaus ohne schriftliche Genehmigung des Verlags in irgendeiner Form vervielfältigt, verbreitet oder öffentlich wiedergegeben oder zugänglich gemacht, in Datenbanken aufgenommen, auf elektronischen Datenträgern gespeichert oder in sonstiger Weise elektronisch vervielfältigt, verbreitet oder verwertet werden.

Namentlich gekennzeichnete Artikel müssen nicht die Meinung der Herausgeber/Redaktion wiedergeben.

Der Verlag beachtet die Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels e.V. zur Verwendung von Buchrezensionen.

Anzeigen: Verlag C.H. Beck GmbH & Co. KG | Media Sales | Dr. Jiri Pavelka | Wilhelmstraße 9 | 80801 München

Tel: (089) 381 89-687 | mediasales@beck.de

Verlag und Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung: Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG | Waldseestraße 3-5 | 76530 Baden-Baden | Telefon (07221) 2104-0 | Fax (07221) 2104-27 | www.nomos.de

Geschäftsführer: Thomas Gottlöber | HRA 200026, Mannheim

Bankverbindung: Sparkasse Baden-Baden Gaggenau: IBAN DE05 6625 0030 0005 0022 66 (BIC SOLADES1BAD)

Erscheinungsweise: Vierteljährlich

Preise für die Druckausgabe: Institutionen: Jahresabo 219,- €, Einzelheft: 37,- €.

Die Abopreise verstehen sich einschließlich der gesetzlichen Umsatzsteuer und zuzüglich Vertriebskostenanteil 18,- € bzw. Direktbeorderungsgebühr 1,90 € (Inland).

Die Rechnungsstellung erfolgt nach Erscheinen des ersten Heftes des Jahrgangs.

Der Digitalzugang wird in der Nomos eLibrary bereitgestellt.

Bestellungen über jede Buchhandlung und beim Verlag

Kundenservice: Telefon: +49-7221-2104-222 | Telefax: +49-7221-2104-285 | E-Mail: service@nomos.de

Kündigung: Abbestellungen mit einer Frist von sechs Wochen zum Kalenderjahresende

Adressenänderungen: Teilen Sie uns rechtzeitig Ihre Adressenänderungen mit. Dabei geben Sie bitte neben dem Titel der Zeitschrift die neue und die alte Adresse an.

Hinweis gemäß Art. 21 Abs. 1 DSGVO: Bei Anschriftenänderung kann die Deutsche Post AG dem Verlag die neue Anschrift auch dann mitteilen, wenn kein Nachsendeauftrag gestellt ist. Hiergegen kann jederzeit mit Wirkung für die Zukunft Widerspruch bei der Post AG eingelegt werden.

Taking Stock of Sixty Years of Association Law between the European Union and Türkiye: Case Law Reaching Its Limits and the Imperative for Normative Actions

İlke Göçmen*

Contents

A. Introduction	4
B. The Current Normative Framework of EU–Türkiye Association Law	6
I. Establishment of the Association: The Ankara Agreement	6
II. Regulating the Transitional Stage: The Additional Protocol	8
III. Defining the Final Stage: Key Association Council Decisions (Including Decision 1/95)	10
1. Decisions Relating to Workers: Decisions 2/76, 1/80 and 3/80	10
2. Decision Relating to Goods: Decision 1/95 (Defining the Final Stage)	12
C. The Current Judicial Interpretation of EU–Türkiye Association Law (The Case Law of the Court of Justice of the European Union)	15
I. Institutional Aspects	15
1. On the Status of Association Law under European Union Law	15
2. On the Effects of Association Law under European Union Law	16
3. On the Rule of Interpretation of Association Law	17
II. Substantive Aspects	19
1. Freedom of Establishment and to Provide Services	19
2. Free Movement of Workers	22
3. Free Movement of Goods	26

* İlke Göçmen is Professor and Head of Department of European Union Law at Ankara University, Türkiye. Email: igocmen@ankara.edu.tr. ORCID: 0000-0002-6076-1368. This manuscript can be considered a substantially expanded version of my lecture, *Introduction to European Union – Türkiye Association Law*, delivered at the Europa-Institut, Universität des Saarlandes, on 18 January 2024, during my visiting professorship as a Georg Forster Research Fellow. I extend my gratitude to Professors Marc Bungenberg and Thomas Giegerich for their warm hospitality throughout my stay, and to the Alexander von Humboldt Foundation for their generous support. Additionally, I submitted a chapter provisionally titled “European Union–Türkiye Association Law” for the second edition of the book *EU External Relations Law*, edited by Stefan Lorenzmeier, Roman Petrov, and Christoph Vedder. While the contents of this manuscript may partially overlap with that chapter, it adopts a distinct approach and addresses an original research question. The usual disclaimer applies.

D. Addressing Normative Gaps: Potential Actions	28
I. The Need for Normative Action	28
1. The Need Documented in Case Law	28
2. The Need Documented in Policy Papers	33
II. Types of Potential Normative Actions	35
E. Conclusion	38

Abstract

Sixty years have passed since the entry into force of the Ankara Agreement, which established an association between the European Union (EU) and Türkiye. Broadly speaking, during the first half of this period, the Parties established the current normative framework of the association, comprising primarily the Ankara Agreement itself, its Additional Protocol (1970), and several Association Council Decisions, particularly Nos. 1/80, 3/80, and 1/95. In the latter half, the Court of Justice of the European Union (CJEU) emerged as a pivotal actor through its rulings, which clarified that the instruments of association law form part of EU law, benefiting especially from the principles of direct effect and primacy. Today, it is evident that the CJEU has almost reached the limits of judicial interpretation. Both case law and policy papers underscore the pressing need for normative actions to revise and enhance the current framework. Against this backdrop, this manuscript aims to review sixty years of EU–Türkiye association law, focusing on its norm-making and judicial interpretation. It addresses the questions: How far has CJEU case law progressed, and how can normative actions resolve the remaining challenges?

Keywords: EU–Türkiye Association Law, Case Law, Ankara Agreement, Additional Protocol, Association Council Decisions, Effects of Association Law, Freedom of Establishment and to Provide Services, Free Movement of Workers, Free Movement of Goods, Revision of Association

A. Introduction

EU–Türkiye relations, which date back nearly to the inception of European integration, encompass two primary dimensions: *association* and *accession*.¹ The *association* relationship is rooted in the EU’s competence to conclude agreements establishing associations with third countries.² On July 31, 1959, Türkiye applied for association

1 One may add the migration cooperation relationship, which is based on the EU’s Visa Liberalisation Dialogue with Türkiye and the EU–Türkiye Readmission Agreement, respectively launched and signed on 16 December 2013, as a third aspect. For the former, see COM(2016) 278 final, and for the latter, see OJ L 134 of 7/5/2014, p. 3. Nonetheless, this aspect of the relationship has been at an impasse. See Göçmen, in: Legal Issues in Turkey – European Union Relations, pp. 47–64. For a work focusing generally on EU – Türkiye relations, see *Reiners/Turhan* (eds).

2 Art. 238 of the Treaty on EEC (now Art. of the 217 TFEU).

with the European Economic Community (EEC),³ shortly after its establishment. Subsequently, on September 12, 1963, the EEC (together with its Member States) and Türkiye signed the Ankara Agreement,⁴ which established an association between the parties and served as an interim step towards accession.⁵

In contrast, the *accession* relationship is primarily anchored in the EU's enlargement policy.⁶ On April 14, 1987, Türkiye applied for accession to the European Communities.⁷ On December 10-11, 1999, Türkiye was declared a candidate State destined to join the EU,⁸ shortly after the association entered its final stage. Accession negotiations officially opened on October 3, 2005,⁹ but have largely been at a standstill, particularly since the 2010s.¹⁰ If accession were to occur, Türkiye would become a Member State of the EU, marking the end of the association relationship. Yet, this has not materialized. Accordingly, the stagnation in the accession process underscores the contemporary relevance and importance of the association relationship, which forms the subject matter of this manuscript.

Against this backdrop, this manuscript aims to take stock of sixty years of association between the EU and Türkiye, focusing on both its norm-making and judicial interpretation. In this context, while normative activity under the EU-Türkiye association was relatively robust until the 2000s, it has since diminished due to a shift in focus toward the accession process. However, as Türkiye's accession to the EU remains unresolved, the legal relations between the parties – including the Customs Union – continue to be governed by association law, which was initially conceived as a transitional regime. Meanwhile, the Court of Justice of the European Union (CJEU), through its judgments, has clarified almost all aspects of the current normative framework. Consequently, association law has reached the limits of judicial interpretation, necessitating further normative action to advance.

Therefore, the research question explored in this manuscript is: Within the current normative framework of EU-Türkiye association law, how far has CJEU case law progressed, and how can normative actions address the unresolved issues? To address this question, the manuscript will proceed as follows: First, it will

3 *Bulletin of the European Economic Community*, October 1959, p. 22, available at: <http://aei.pitt.edu/56212/1/BUL038.pdf> (5/2/2025).

4 OJ L 361 of 31/12/1977, p. 29.

5 Respectively, see Arts. 1 and 28 of the Ankara Agreement.

6 Art. 237 of the Treaty on EEC (now Art. 49 of the TEU as amended by Treaty of Lisbon). For legal issues related to Türkiye's accession to the EU, see *Hillion*, ECLR 2007/2, pp. 269–284; *Tezcan/Idriz*.

7 See *Council of the European Communities General Secretariat*, Press Release, 5801/87 (Presse 55), Brussels, 14 April 1987, available at: <http://aei.pitt.edu/id/eprint/91040> (5/2/2025).

8 Conclusions of the Presidency, December 10–11, 1999, pt. 12.

9 Conclusions of the Presidency, December 16–17, 2004, pt. 22. See *Council of the European Union*, Press Release, 12514/1/05 REV 1 (Presse 241), Luxembourg, 3 October 2005, available at: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-12514-2005-REV-1/en/pdf> (5/2/2025).

10 See <https://www.ab.gov.tr/current-situation_65_en.html> (5/2/2025). Also see Conclusions of the Presidency, December 14–15, 2006, pt. 10.

outline the current normative framework of EU–Türkiye association law, providing essential context for subsequent judicial interpretations. Second, it will analyse the existing judicial interpretations of this framework as provided by the CJEU, demonstrating that judicial developments have nearly reached their limits. Third, it will examine the necessity for further normative action, as evidenced in both case law and policy papers, and explore the potential forms such actions could take.

B. The Current Normative Framework of EU–Türkiye Association Law

The current normative framework of EU–Türkiye association law consists mainly of the Ankara Agreement, which establishes the association (1); the Additional Protocol, which regulates the transitional stage of the association (2); and key Association Council Decisions, including Decision 1/95, which defines the final stage of the association.

I. Establishment of the Association: The Ankara Agreement

The Ankara Agreement, which established an *association* between the parties,¹¹ can first be clarified as an international agreement.¹² It was *signed* on September 12, 1963 between the EEC and its Member States (France, Germany, Italy, Belgium, Netherlands, and Luxembourg) on one side, and Türkiye on the other side.¹³ Thus, it is a “mixed agreement” under EU law terminology.¹⁴ It entered into force on December 1, 1964.¹⁵ It is concluded indefinitely and does not include specific provisions regarding termination; therefore, it is subject to the principles of public international law.

The Ankara Agreement, with *two aims* in mind, outlines *three stages* of the EU–Türkiye association. The *economic aim* is “to promote the continuous and balanced strengthening of trade and economic relations between the Parties”,¹⁶ and the *political aim* is pursuing “the accession of Türkiye to the [EU]”.¹⁷ Three *stages* refer to

11 Art. 1 of the Ankara Agreement. Association agreements have been defined as “more than commercial agreement, and naturally less than full membership”. *Schlob*, International Journal of Law Libraries 1977/1, p. 25.

12 For further discussion on the Ankara Agreement, see *Lasok*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 1991/1&2, pp. 27–37.

13 On Türkiye’s side, see OJ 11858 of 17/11/1964. On the EU’s side, see OJ L 361 of 31/12/1977, p. 29.

14 For instance, see *Van Elsuwege/Chamon*, pp. 15 ff. Moreover, this mixity can be subject to discussion. For instance, see *Leopold*, The International and Comparative Law Quarterly 26/1, p. 63; *Castillo de la Torre*, in: Eeckhout/Lopez-Escudero (eds.), p. 180.

15 See Arts. 31 and 32 of the Ankara Agreement.

16 Art. 2(1) of the Ankara Agreement.

17 Art. 28 of the Ankara Agreement. In this regard, as Boyle states, “the Ankara Agreement contemplated Turkey’s eventual full membership in the EEC.” *Boyle*, Netherlands Quarterly of Human Rights 2005/1, p. 3. For further discussion on Art. 28 of the Ankara Agreement, see *Lichtenberg*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 1998/1, pp. 144–145.

a preparatory stage, a transitional stage, and a final stage.¹⁸ During the *preparatory stage*, Türkiye receives assistance from the Community to strengthen its economy, preparing it for fulfilling obligations in the transitional and final stages.¹⁹ In the *transitional stage*, Türkiye and the Community progressively establish a customs union between themselves and align their economic policies to ensure the proper functioning of the association.²⁰ In the *final stage*, which is based on the customs union, Türkiye and the Community closely coordinate their economic policies.²¹

The Ankara Agreement employs two *means*, one primary and one ancillary. The *primary means* is the progressive establishment of a customs union (free movement of goods) between the Parties.²² While the customs union is intended to cover “all trade in goods”,²³ certain exceptions apply. Agricultural products are subject to the special rules of the EEC’s common agricultural policy,²⁴ the products falling within the scope of the European Coal and Steel Community (ECSC) are excluded.²⁵ The customs union involves eliminating customs duties, quantitative restrictions, and measures with equivalent effect between the parties, as well as Türkiye adopting the EEC’s common customs tariff and aligning with EEC’s other external trade rules.²⁶ The *ancillary means* involve progressively securing freedom of movement for workers, establishment, services, and capital.²⁷ Additionally, provisions related to transport, competition, taxation, and the approximation of laws within the framework of the Treaty establishing the EEC can be incorporated into the association.²⁸ Lastly, the Parties agree to establish a consultation procedure to coordinate their commercial policies towards third countries and safeguard mutual interests.²⁹

The Ankara Agreement foresees two *general principles*. The first one, the *principle of loyalty*, currently referred to as the principle of sincere cooperation, requires the Parties to take appropriate measures to fulfil the obligations of the Ankara Agreement and avoid measures that could hinder its objectives.³⁰ The second one, the *prohibition of discrimination on the basis of nationality*, requires the Parties to apply this prohibition within the scope of the Ankara Agreement, in line with Art. 7 of the Treaty establishing the EEC (today Art. 18 of the Treaty on EU as amended by Treaty of Lisbon).³¹

The Ankara Agreement establishes an *institutional framework* with the *Association Council* as its central organ. The Council’s primary role is to oversee the

18 Art. 2(3) of the Ankara Agreement.

19 Art. 3(1) of the Ankara Agreement.

20 Art. 4(1) of the Ankara Agreement.

21 Art. 5 of the Ankara Agreement.

22 Art. 2(2) of the Ankara Agreement.

23 Art. 10(1) of the Ankara Agreement.

24 Art. 11 of the Ankara Agreement.

25 Art. 26 of the Ankara Agreement.

26 Art. 10(2) of the Ankara Agreement.

27 Arts. 12, 13, 14, 19 and 20 of the Ankara Agreement.

28 Arts. 15 and 16 of the Ankara Agreement.

29 Art. 21 of the Ankara Agreement.

30 Art. 7 of the Ankara Agreement.

31 Art. 9 of the Ankara Agreement.

implementation and progressive development of the association.³² It is *composed* of representatives from the governments of the EU Member States, the EU Council, and Commission on one side, and members from the Turkish Government on the other.³³ Decisions are made *unanimously*.³⁴ The Council may *adopt* decisions either when the necessary powers are granted by the Ankara Agreement or, in the absence of such powers, to achieve the objectives of the Agreement during the association's implementation.³⁵ Specifically, the Council may establish committees to assist in its work or to facilitate the cooperation necessary for the association.³⁶ Additionally, the Council is responsible for periodically reviewing the functioning of the association.³⁷ Finally, it may resolve disputes concerning the Agreement, refer them to a court or tribunal (including the CJEU), or establish detailed rules for arbitration or other judicial procedures.³⁸

II. Regulating the Transitional Stage: The Additional Protocol

Additional Protocol, which governs the *transitional stage* of the association, is an international agreement. It was *signed* on November 13, 1970 between the EEC and its Member States (France, Germany, Italy, Belgium, Netherlands, and Luxembourg) on one side, and Türkiye on the other side.³⁹ In EU law terminology, it is classified as a “mixed agreement”.⁴⁰ The Protocol entered into force on January 1, 1973,⁴¹ and, together with its annexes, constitutes an integral part of the Ankara Agreement.⁴² It establishes the conditions, arrangements, and timetables for implementing the transitional stage of the association.⁴³

Aligned with the primary means of the association – the progressive establishment of a customs union –⁴⁴ the Additional Protocol provides detailed provisions on the free movement of goods. In brief, the Customs Union encompasses goods produced in the Community or Türkiye, as well as third-country goods in free circulation within the Community or Türkiye.⁴⁵ However, agricultural products are subject to a distinct regime: Türkiye is required to align its agricultural policy with the Community's common agricultural policy over a 22-year period.⁴⁶ At the end of

32 Art. 6 of the Ankara Agreement.

33 Art. 23 of the Ankara Agreement.

34 Art. 23 of the Ankara Agreement.

35 Art. 22(1 and 3) of the Ankara Agreement.

36 Art. 24 of the Ankara Agreement.

37 Art. 22(2) of the Ankara Agreement.

38 Art. 25 of the Ankara Agreement.

39 On Türkiye's side, see OJ 13915 of 17/11/1971. On the EU's side, see OJ C 113 of 24/12/73, p. 1.

40 See fn. 14.

41 See Art. 63(1 and 2) of the Additional Protocol.

42 Art. 62 of the Additional Protocol.

43 Art. 1 of the Additional Protocol.

44 Art. 2(2) of the Ankara Agreement.

45 Art. 2(1) of the Additional Protocol.

46 Art. 33(1) of the Additional Protocol.

this period, the Association Council will assess Türkiye's progress and, if successful, adopt the necessary provisions to achieve the free movement of agricultural products.⁴⁷ Furthermore, customs duties, quantitative restrictions, and measures with equivalent effect shall be *progressively* abolished over a period of at least 22 years,⁴⁸ based on *standstill* provisions.⁴⁹ Additionally, internal taxation that discriminates against similar products or protects other products is prohibited.⁵⁰ Lastly, Türkiye will align its legislation with the Community's common customs tariff over at least 22 years,⁵¹ and both parties may approximate their laws on customs matters as necessary for the effective functioning of the association,⁵² as well as seek to coordinate their commercial policies in relation to third countries.⁵³

The Additional Protocol also addresses the *ancillary means* of the association. The free movement of workers will be progressively established between 1976 and 1986, in accordance with decisions made by the Association Council.⁵⁴ Additionally, a prohibition is in place against discrimination based on nationality regarding the conditions of work and remuneration for Turkish workers employed in the Community.⁵⁵ Moreover, the Association Council is tasked with adopting social security measures for Turkish workers moving within the Community and for their families residing in the Community.⁵⁶ The freedom of establishment and to provide services will also be gradually established, in line with the decisions by the Association Council.⁵⁷ Furthermore, a standstill provision prohibits the introduction of new restrictions on these freedoms.⁵⁸ The free movement of payments and capital is outlined in vague terms.⁵⁹ Additionally, the Association Council is granted the necessary powers to adopt decisions to extend the transport provisions of the Treaty establishing the EEC to Türkiye,⁶⁰ apply the competition provisions of this Treaty,⁶¹ and implement a prohibition on discrimination based on nationality in the field of public procurement.⁶²

Lastly, the Additional Protocol establishes rules on certain *horizontal* matters. First, in the fields covered by this Protocol, Türkiye is prohibited from discriminating between Member States, their nationals or their companies and the Community is similarly prohibited from discriminating between Turkish nationals or Turkish

47 Art. 34(1) of the Additional Protocol.

48 Arts. 7–16 and 21–30 of the Additional Protocol.

49 Arts. 7(1), 22(1) and 23 of the Additional Protocol.

50 Art. 44(1) of the Additional Protocol.

51 Arts. 17–20 of the Additional Protocol.

52 Art. 6 of the Additional Protocol.

53 Art. 53 of the Additional Protocol.

54 Art. 36 of the Additional Protocol.

55 Art. 37 of the Additional Protocol.

56 Art. 39 of the Additional Protocol.

57 Art. 41(2) of the Additional Protocol.

58 Art. 41(1) of the Additional Protocol.

59 Arts. 50–53 of the Additional Protocol.

60 Art. 42 of the Additional Protocol.

61 Art. 43 of the Additional Protocol.

62 Art. 57 of the Additional Protocol.

companies.⁶³ Second, in these fields, Türkiye shall not receive more favourable treatment than that granted by Member States to one another under the Treaty establishing the EEC.⁶⁴ Third, the Parties may adopt necessary protective measures under specific circumstances, subject to certain procedural requirements.⁶⁵ Fourth, if a third state accedes to the Community, consultations will be held in the Association Council to address the mutual interests of the Community and Türkiye.⁶⁶

III. Defining the Final Stage: Key Association Council Decisions (Including Decision 1/95)

Although the Association Council has had the authority to further deepen the association, as envisioned not only in the Ankara Agreement but also in the Additional Protocol, its decisions were limited to improvements in the areas of free movement of workers and goods. Key decisions in the area of workers include 2/76, 1/80 and 3/80, while the primary decision regarding goods is 1/95, which also defines the final stage of the association.

1. Decisions Relating to Workers: Decisions 2/76, 1/80 and 3/80

Regarding workers, the key decisions are Association Council Decisions No. 2/76, 1/80 and 3/80.⁶⁷ Decision 2/76 pertains to the “first stage” (from 1 December 1976 to 1 December 1980),⁶⁸ while Decision 1/80 addresses the “second stage” (from 1 December 1980 to the present)⁶⁹ of the progressive establishment of the free movement of workers. Decision 3/80 concerns the application of the social security schemes for Turkish workers and their family members in the Member States. Since then, no further decisions have been made on this matter, resulting in a lack of a fully integrated regime for the free movement of workers. Therefore, generally, Decisions 1/80 and 3/80 contain the most advanced rules regarding workers.

The contents of Decision 1/80 can be summarised as follows.⁷⁰ A Turkish worker legally employed in a Member State is entitled to renew their work permit after one year with the same employer, change employers for the same occupation after three years, and freely access any paid employment of their choice after four years.⁷¹ Their family members are entitled to respond to any job offer after three years of legal residence and freely access any paid employment of their choice after five

63 Art. 58 of the Additional Protocol.

64 Art. 59 of the Additional Protocol.

65 Art. 60 of the Additional Protocol.

66 Art. 56 of the Additional Protocol.

67 For their texts, see <https://www.ab.gov.tr/files/_files/okk_eng.pdf> (5/2/2025).

68 Art. 1 of the Association Council Decision No. 2/76.

69 Art. 16 of the Association Council Decision No. 1/80.

70 For further discussion on Association Council Decision No. 1/80, see *Barnard*, pp. 393–401; *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, pp. 104–120, 123–125; *Peers*, pp. 418–423.

71 Art. 6(1) of the Association Council Decision No. 1/80.

years of legal residence.⁷² The children of Turkish workers who have completed vocational training in the host country may accept any job offer there, regardless of their length of residence, as long as one of their parents has been legally employed in that Member State for at least three years.⁷³ Turkish children legally residing in a Member State with employed parents shall have the same educational access to general education, apprenticeship, and vocational training as the children of nationals of that Member State.⁷⁴ There is a prohibition of discrimination based on nationality regarding the conditions of work and remuneration for Turkish workers employed in the Community.⁷⁵ The foregoing rights and advantages are also extended to nationals of Member States and their family members, provided they meet the specified conditions.⁷⁶ Furthermore, a standstill provision prohibits the introduction of new restrictions on access to employment.⁷⁷ Limitations may be applied to the above rules based on public policy, public security, or public health concerns.⁷⁸ Lastly, the Parties may adopt necessary protective measures under specific circumstances, subject to certain procedural requirements.⁷⁹

The contents of Decision 3/80 can be summarised as follows.⁸⁰ It applies to Turkish workers subject to the legislation of one or more Member States, their family members residing in a Member State, and the survivors of these workers.⁸¹ A “worker” is defined as anyone insured against social security contingencies under an employed persons’ scheme or a general scheme for all residents or workers, identifiable by the scheme’s administration, financing, or coverage of specified contingencies.⁸² Social security benefits covered by the Decision include: (a) sickness and maternity benefits; (b) invalidity benefits, including those intended for the maintenance or improvement of earning capacity; (c) old-age benefits; (d) survivors’ benefits; (e) benefits in respect of accidents at work and occupational diseases; (f) death grants; (g) unemployment benefits; (h) family benefits.⁸³ Persons covered by this Decision and residing in a Member State are entitled to the same rights and obligations under its social security laws as that state’s nationals, including participation in the governance of social security institutions.⁸⁴ The Decision also contains

72 Art. 7/1 of the Association Council Decision No. 1/80.

73 Art. 7/2 of the Association Council Decision No. 1/80.

74 Art. 9 of the Association Council Decision No. 1/80.

75 Art. 10 of the Association Council Decision No. 1/80.

76 Art. 11 of the Association Council Decision No. 1/80.

77 Art. 13 of the Association Council Decision No. 1/80.

78 Art. 14(1) of the Association Council Decision No. 1/80.

79 Art. 12 of the Association Council Decision No. 1/80.

80 For further discussion on Association Council Decision No. 3/80, see *Sieveking*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 2002/1, pp. 65–79; *Minderhoud*, *European Journal of Social Security* 2016/3, pp. 65–79.

81 Art. 2 of the Association Council Decision No. 3/80.

82 Art. 1(b) of the Association Council Decision No. 3/80.

83 Art. 4(1) of Association Council Decision No. 3/80.

84 Art. 3 of Association Council Decision No. 3/80.

specific provisions on waiving residence clauses,⁸⁵ revalorization of benefits,⁸⁶ and preventing the overlapping of benefits.⁸⁷ Finally, it includes special provisions on various categories of benefits, referencing the application of Regulation No. 1408/71 on social security schemes for employed persons and their families moving within the Community to the EU–Türkiye association framework.⁸⁸

2. Decision Relating to Goods: Decision 1/95 (Defining the Final Stage)

Regarding goods, the key decision is Association Council Decisions No. 1/95,⁸⁹ which lays down the rules for implementing the *final stage* of the association.⁹⁰

Decision 1/95 addresses the *scope of application* of the free movement of goods within the Customs Union. The Customs Union covers goods produced in the Community or Türkiye, as well as third-country goods in free circulation within the Community or Türkiye.⁹¹ However, its scope is limited to products other than agricultural products⁹² and processed agricultural products, insofar as they have been processed,⁹³ while agricultural products remain subject to special provisions.⁹⁴ Furthermore, the customs territory of the Customs Union comprises the customs territories of both the Community and Türkiye.⁹⁵

Decision 1/95 establishes the framework for *negative integration* concerning the free movement of goods within the Customs Union. It includes three key prohibitions: first, on customs duties and charges having equivalent effect on imports and exports between the Community and Türkiye;⁹⁶ second, on quantitative restrictions and measures having equivalent effect on such trade;⁹⁷ and third, on internal taxation that discriminates against similar products or protects other products.⁹⁸

Decision 1/95 establishes the framework for *positive integration* regarding the free movement of goods within the Customs Union, placing specific and general obligations on Türkiye.⁹⁹ Under *specific obligations*, for example, Türkiye under-

85 Art. 6 of Association Council Decision No. 3/80.

86 Art. 7 of Association Council Decision No. 3/80.

87 Art. 8 of Association Council Decision No. 3/80.

88 Arts. 10–19 of Association Council Decision No. 3/80.

89 On Türkiye's side, it was not published in the OJ. On the EU's side, see OJ L 35 of 13/2/1996, p. 1. For further discussion on Association Council Decision No. 1/95, see *Kabaalioglu*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 1998/1, pp. 113–140; *Peers*, *EJIL* 1996/4, pp. 411–430.

90 Art. 1 of the Association Council Decision No. 1/95. See Arts. 2 and 5 of the Ankara Agreement.

91 Art. 3(1, 2 and 4) of the Association Council Decision No. 1/95.

92 Art. 2 of the Association Council Decision No. 1/95.

93 Arts. 17–23 of the Association Council Decision No. 1/95.

94 Arts. 2 and 24–27 of the Association Council Decision No. 1/95.

95 Art. 3(3) of the Association Council Decision No. 1/95.

96 Art. 4 of the Association Council Decision No. 1/95.

97 Arts. 5–7 of the Association Council Decision No. 1/95.

98 Art. 50 of the Association Council Decision No. 1/95.

99 This is referred to as an “extensive programme”. See *Editorial Comments*, *CMLR* 2005/6, p. 1561.

took the incorporation of certain EU *acquis* related to the removal of technical barriers to trade,¹⁰⁰ protection of intellectual, industrial and commercial property,¹⁰¹ competition rules,¹⁰² customs provisions,¹⁰³ commercial policy,¹⁰⁴ and Common Customs Tariff and preferential tariff policies.¹⁰⁵ In addition to these specific commitments, Türkiye also bears a *general obligation* to harmonize its legislation with EU legislation, as far as possible, in areas of direct relevance to the operations of the Customs Union.¹⁰⁶ These areas include: “commercial policy and agreements with third countries comprising a commercial dimension for industrial products, legislation on the abolition of technical barriers to trade in industrial products, competition and industrial and intellectual property law and customs legislation”.¹⁰⁷ Moreover, the Association Council is empowered to expand this list of areas.¹⁰⁸

Decision 1/95 establishes several *institutional* provisions for the free movement of goods within the Customs Union. First, a *Joint Committee for the Customs Union* is created to facilitate the exchange views and information, make recommendations to the Association Council, and issue opinions to ensure the effective functioning of the Customs Union.¹⁰⁹ Second, there are detailed procedural rules – referred to as *consultation and decision procedures* – that complement Türkiye’s general obligation to harmonize its legislation with EU legislation in areas of direct relevance to the operations of the Customs Union.¹¹⁰ Third, *arbitration* is available solely for protective, safeguard, or rebalancing measures, and only if the Association Council fails to resolve the dispute within six months.¹¹¹ Finally, an *interpretation rule* stipulates that provisions of Decision 1/95, identical in substance to those of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), must be interpreted and applied to products within the Customs Union in accordance with the relevant rulings of the CJEU.¹¹²

For the sake of completeness, there are several more recent instruments concerning goods. First, on May 20, 1996, the Customs Cooperation Committee¹¹³ adopted measures to enable the functioning of the Customs Union mechanism

100 Art. 8 of Association Council Decision No. 1/95.

101 Art. 31 of Association Council Decision No. 1/95.

102 Art. 39 of Association Council Decision No. 1/95.

103 Art. 28 of Association Council Decision No. 1/95.

104 Art. 12 of Association Council Decision No. 1/95.

105 Arts. 13 and 16 of Association Council Decision No. 1/95.

106 Art. 54(1) of Association Council Decision No. 1/95.

107 Art. 54(2) of Association Council Decision No. 1/95.

108 Art. 54(2) of Association Council Decision No. 1/95.

109 Art. 52(1) of Association Council Decision No. 1/95.

110 Arts. 55–60 of Association Council Decision No. 1/95.

111 Arts. 61–62 of Association Council Decision No. 1/95.

112 Art. 66 of Association Council Decision No. 1/95.

113 See Association Council Decision No. 2/69.

through administrative cooperation,¹¹⁴ which was later replaced in 2006.¹¹⁵ Second, on July 25, 1996, the EU and Türkiye established a free trade area for the coal and steel products covered by the Treaty establishing the ECSC through a Free Trade Agreement.¹¹⁶ Third, on April 29, 1997, the Association Council adopted rules for preferential arrangements for certain processed agricultural products,¹¹⁷ which were replaced in 2007.¹¹⁸ Fourth, on February 25, 1998, the Association Council adopted rules for preferential arrangements for trade in agricultural products,¹¹⁹ which were last amended in 2018.¹²⁰ Finally, on May 15, 2006, the Association Council adopted procedural rules to implement the provision stating that once Türkiye enacts the provisions of the Community instrument(s) to remove technical barriers to trade in a specific product, trade in that product between the Parties will proceed according to those instrument(s).¹²¹

To sum up, norm-making activity under EU–Türkiye association was relatively *dynamic* until the early 2000s but has since diminished. This decline can be attributed to the predominant focus of EU–Türkiye relations on the accession process within the EU’s enlargement policy, which created an expectation that association law would naturally conclude with Türkiye’s EU membership. However, this expectation has not materialized; instead, EU–Türkiye relations have deteriorated, leading to *stagnation* in norm-making activity. In contrast, on the *judicial front*, the CJEU has played a proactive role in interpreting and enforcing association law, beginning with the *Demirel* decision in 1987, a trend that continues to this day.¹²²

114 Customs Cooperation Committee Decision No. 1/96. On the EU’s side, see OJ L 200 of 9/8/1996, p. 14.

115 Customs Cooperation Committee Decision No. 1/2001. On the EU’s side, see OJ L 98 of 7/4/2001, p. 31.

Customs Cooperation Committee Decision No. 1/2006. On the EU’s side, see OJ L 265 of 26/9/2006, p. 18.

116 On Türkiye’s side, see OJ 22714 of 1/8/1996. On the EU’s side, see OJ L 227 of 7/9/1996, p. 3. Also see Art. 26 of the Ankara Agreement. There is also Decision No. 2/99 of the Joint Committee which amended Protocol 1 of the Agreement. On the EU’s side, see OJ L 212 of 12/8/1999, p. 21.

117 Association Council Decision No. 1/97. On the EU’s side, see OJ L 126 of 17/5/1997, p. 26.

118 Association Council Decision No. 1/2007. On the EU’s side, see OJ L 202 of 31/7/2008, p. 50.

119 Association Council Decision No. 1/98. On the EU’s side, see OJ L 86 of 20/3/1998, p. 1.

120 Association Council Decision No. 1/2018. On the EU’s side, see OJ L 184 of 20/7/2018, p. 10.

121 Association Council Decision No. 1/2006. On the EU’s side, see OJ L 271 of 30/9/2006, p. 58. The list of the instrument(s) can be found in Association Council Decision No. 2/97. On the EU’s side, see OJ L 191 of 21/7/1997, p. 1.

122 For instance, according to Wiesbrock, “... the Court has taken an activist stance in EU–Turkey relations ...” and “... the Court has become the main motor of EU–Turkey integration ...”. Wiesbrock, *ELJ* 2013/3, p. 423.

C. The Current Judicial Interpretation of EU–Türkiye Association Law (The Case Law of the Court of Justice of the European Union)

The current judicial interpretation of EU–Türkiye association law may apply to either Türkiye or the EU. However, the effects of association law *in Türkiye* remain unsettled due to a lack of judicial decisions, particularly from the High Courts of Türkiye, and a lack of consensus in the literature.¹²³ In contrast, the effects of these sources *in the EU* have been clearly established, primarily due to extensive case law from the CJEU. Therefore, this section will focus on the judicial interpretation of association law within the EU legal order.¹²⁴

To assess the judicial interpretation of association law, two perspectives will be considered: institutional aspects (1) and substantive aspects (2). This analysis will outline the current state of case law and, where applicable, identify gaps in the case law while proposing potential solutions to address them.

I. Institutional Aspects

The *institutional aspects* of the judicial interpretation of EU–Türkiye association law includes the status of association law within EU law, the effects of these legal provisions, and the interpretative rules that guide their application.

1. On the Status of Association Law under European Union Law

The status of association law within EU law centres on whether these sources are considered part of EU law.¹²⁵ According to the *Demirel* decision, the provisions of the Ankara Agreement became an integral part of the EU legal system upon their entry into force.¹²⁶ This principle extends to other international agreements based on the Ankara Agreement, such as the Additional Protocol.¹²⁷ Similarly, as per the *Sevince* decision, the decisions of the Association Council are also regarded as integral to the EU legal system upon their entry into force.¹²⁸ What about the decisions of the other organs of the association, such as the Customs Cooperation Committee? In *C.A.S.* decision, the CJEU not only references one of its decisions under the heading “Legislation relating to the Association Agreement” but also

123 See *Göçmen*, Türkiye Barolar Birliği Dergisi 2020/139, pp. 253–284. In general, also see *Hoffmeister*, in: Ott/Inglis (eds.), pp. 209–220.

124 In this regard, also see *Rogers/Scannell/Walsh*, pp. 327–389.

125 See and *cf.* Art. 216(2) of the TFEU.

126 ECJ, Case 12/86, *Demirel*, judgment of 30 September 1987, ECLI:EU:C:1987:400, paras. 9, 7.

127 Art. 62 of the Additional Protocol.

128 ECJ, Case C-192/89, *Sevince*, judgment of 20 September 1990, ECLI:EU:C:1990:322, para.9. In this regard, for instance, according to Lichtenberg, such classification “... ensures a much higher level of legal certainty and protection...” *Lichtenberg*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 1998/1, p. 143.

appears to assign legal value to its provisions.¹²⁹ Therefore, it could be argued that the decisions of the other organs of the association may also be considered integral to the EU legal system upon their entry into force.

Next, what is the place of the sources of association law within the norm hierarchy of EU law? In the *Soysal* case, the CJEU, addressing this issue indirectly, reiterated the “primacy of international agreements concluded by the Community over provisions of secondary Community legislation” within the context of the Additional Protocol.¹³⁰ This principle applies also to the Ankara Agreement and to other international agreements based on it. Although there is no explicit case law regarding the decisions of the Association Council, following the reasoning in the *Sevince* decision – regarding their direct connection to the Ankara Agreement – it can be argued that the same principle should extend to them “in the same way as the Agreement itself”.¹³¹ Consequently, it can be argued that the sources of association law are positioned above the EU’s secondary law but below its primary law in terms of the norm hierarchy of EU law.

2. On the Effects of Association Law under European Union Law

The effects of association law under EU law can be addressed separately: first, in relation to the laws of the Member States, and second, within the framework of EU law itself.

In relation to the laws of the Member States, the principles of primacy, direct effect, consistent interpretation and state liability apply as equally to association law. It also operates in conjunction with the EU’s fundamental rights protection regime. The *Demirel* and *Sevince* decisions demonstrate that both the Ankara Agreement and other international agreements based on it, such as the Additional Protocol, as well as Association Council Decisions, are capable of being directly effective, considering their wording, purpose, and nature.¹³² However, their relevant provision is directly effective only when it “contains a clear and precise obligation which is not subject, in its implementation or effects, to the adoption of any subsequent measure”.¹³³ Flowing from the principle of primacy of EU law, where a provision of association law has direct effect, national authorities, particularly courts, must apply that law in its entirety and set aside any national law that may conflict with

129 ECJ, Case C-204/07 P, *C.A.S.*, judgment of 25 July 2008, ECLI:EU:C:2008:446, paras. 103–104, 124.

130 ECJ, Case C-228/06, *Soysal and Savatli*, judgment of 19 February 2009, ECLI:EU:C:2009:101, para. 59.

131 See ECJ, Case C-192/89, *Sevince*, judgment of 20 September 1990, ECLI:EU:C:1990:322, para. 9.

132 ECJ, Case 12/86, *Demirel*, judgment of 30 September 1987, ECLI:EU:C:1987:400, para. 14; ECJ, Case C-192/89, *Sevince*, judgment of 20 September 1990, ECLI:EU:C:1990:322, para. 14.

133 ECJ, Case 12/86, *Demirel*, judgment of 30 September 1987, ECLI:EU:C:1987:400, para. 14; ECJ, Case C-192/89, *Sevince*, judgment of 20 September 1990, ECLI:EU:C:1990:322, paras. 14 and 15.

it.¹³⁴ Although the principles of consistent interpretation and state liability have not been directly addressed in relation to association law by the CJEU, it can be argued, by analogy with its case law on EU external relations law, that they are applicable here.¹³⁵ Finally, where a situation falls within the scope of association law, similar to the case with EU internal market law freedoms, Member States must adhere to the EU fundamental rights regime.¹³⁶

Within the framework of EU law itself, association law can serve as a basis for reviewing legality, ensuring consistent interpretation, and requesting damages. While the CJEU has not directly addressed the review of EU acts' legality in relation to association law, it can be argued, by analogy with its case law on EU external relations law, that provisions of association law with direct effect can act as benchmarks for such reviews.¹³⁷ Moreover, the CJEU has, on one occasion, ruled that EU provisions must, as far as possible, be interpreted consistently with association law, although it has not elaborated on the specifics of this obligation.¹³⁸ Additionally, the CJEU has, on one occasion, stated that the EU may incur non-contractual liability if the relevant conditions are met, including the requirement that the provision of association law in question has direct effect.¹³⁹ Nevertheless, such claims have not yet been successfully invoked.¹⁴⁰

3. On the Rule of Interpretation of Association Law

Since the association law has legal effects within the EU legal order, a key question arises: how should the provisions of EU–Türkiye association law be *interpreted*?¹⁴¹ Specifically, if a provision of the EU's international agreement is similar or identical

134 ECJ, Case C-484/07, *Pehlivan*, judgment of 16 June 2011, ECLI:EU:C:2011:395, paras. 56, 64.

135 For the former, cf. ECJ, Case C-245/02, *Anheuser-Busch*, judgment of 16 November 2004, ECLI:EU:C:2004:717, para. 55. Cf. ECJ, Case C-228/06, *Soysal and Savatli*, judgment of 19 February 2009, ECLI:EU:C:2009:101, paras. 53, 58, 59. For the latter, cf. GC, Case T-52/99, *T Port*, judgment of 20 March 2001, ECLI:EU:T:2001:95, paras. 46, 51, 58–60.

136 See ECJ, Case C-70/18, *A and Others*, judgment of 3 October 2019, ECLI:EU:C:2019:823, para. 52.

137 Cf. GC, Case T-115/94, *Opel Austria*, judgment of 22 January 1993, ECLI:EU:T:1997:3, paras. 96, 99, 100, 102, 103, 119, 123, 135.

138 ECJ, Case C-228/06, *Soysal and Savatli*, judgment of 19 February 2009, ECLI:EU:C:2009:101, para. 59.

139 GC, Case T-367/03, *Yedaş*, judgment of 30 March 2006, ECLI:EU:T:2006:96, paras. 34, 35, 42, 49.

140 See ECJ, Case C-255/06 P, *Yedaş*, judgment of 30 March 2006, ECLI:EU:C:2007:414, para. 66. Cf. Nicola, American University International Law Review 2009/24, pp. 739–782.

141 Also see Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters, p. 102; Ott, Legal Issues of Economic Integration 2015/1, pp. 5–30.

to a provision of EU law, should it be interpreted in the same way as EU law?¹⁴² Addressing this question requires a distinction between the interpretation of provisions relating to the free movement of persons and services, and those concerning the free movement of goods under association law.

Regarding the *free movement of persons and services*, the CJEU has established a *rule of interpretation* in its case law. In *Bozkurt* and *Abatay and Sahin*, the Court ruled that the relevant provisions of association law should, insofar as possible, be interpreted in the same manner as EU internal market law.¹⁴³ This approach has led to the alignment of concepts like “worker”,¹⁴⁴ “family member”,¹⁴⁵ “public order”¹⁴⁶ and the “prohibition of discrimination on the basis of nationality”¹⁴⁷ with their counterparts in EU internal market law.

However, this parallelism has not been absolute. In the *Ziebell* and *Demirkan* cases, the CJEU deviated from this approach by comparing the objectives and context of association law with those of EU law. In *Ziebell*, the Court declined to extend the protections against expulsion under Directive 2004/38 – applicable to Union citizens – to Turkish nationals, as such protections were deemed outside the scope of association law.¹⁴⁸ Conversely, in *Demirkan*, the Court refused to interpret the freedom to provide services in Art. 41(1) of the Additional Protocol as including service recipients.¹⁴⁹ The *Ziebell* decision can be considered sound, as it is reasonable not to extend a scheme enjoyed by Union citizens (and thus outside EU internal market law) to association law. However, the *Demirkan* decision is more contentious, as it diverges from established interpretations of the freedom to provide services in EU internal market law.¹⁵⁰ Overall, apart from these, the CJEU has consistently interpreted provisions on the free movement of persons and services in alignment with EU internal market law, leaving no significant gaps in this respect.

142 Sometimes, the same interpretation may not lead to the same result, particularly when the regulatory frameworks differ significantly. See ECJ, Case C-72/09, *Rimbaud*, judgment of 28 October 2010, ECLI:EU:C:2010:645.

143 ECJ, Case C-434/93, *Bozkurt*, judgment of 6 June 1995, ECLI:EU:C:1995:168, para. 20; ECJ, joined cases C-317/01 and C-369/01, *Abatay and Sahin*, judgment of 21 October 2003, ECLI:EU:C:2003:572, para. 112. For analysis of the former decision, see *Foubert*, *Columbia Journal of European Law* 1995/3, pp. 515–523; *Peers*, *CMLR* 1996/1, pp. 103–112.

144 ECJ, Case C-1/97, *Birden*, judgment of 26 November 1998, ECLI:EU:C:1998:568, paras. 23–24.

145 ECJ, Case C-275/02, *Ayaz*, judgment of 30 September 2004, ECLI:EU:C:2004:570, paras. 44–45.

146 ECJ, Case C-349/06, *Polat*, judgment of 4 October 2004, ECLI:EU:C:2007:581, paras. 29–30.

147 ECJ, Case C-171/01, *Wählergruppe*, judgment of 3 May 2003, ECLI:EU:C:2003:260, paras. 72–73.

148 ECJ, Case C-371/08, *Ziebell*, judgment of 8 December 2011, ECLI:EU:C:2011:809, paras. 62, 60.

149 ECJ, Case C-221/11, *Demirkan*, judgment of 24 September 2013, ECLI:EU:C:2013:583, paras. 47, 63.

150 See *Hatzopoulos*, *CMLR* 51/2, pp. 663–664.

Regarding the *free movement of goods*, the *rule of interpretation* is codified in Art. 66 of Association Council Decision No. 1/95. This Article mandates that provisions of the Decision identical in substance to those of the [TFEU] must be interpreted and applied in conformity with the relevant case law of the CJEU. In the *Istanbul Lojistik* case, the only decision rendered to date, the Court ruled that Art. 4 of the Decision, being identical in substance to Art. 30 TFEU, should be interpreted in line with the CJEU's case law on the latter provision.¹⁵¹ Thus, Art. 66 *guarantees* the *same interpretation* of association law rules on the free movement of goods with their EU internal market counterparts.¹⁵² Nonetheless, further case law from the CJEU may be required to fully elaborate on this point.

II. Substantive Aspects

The *substantive aspects* of the judicial interpretation of EU–Türkiye association law encompass three subjects, each with varying degrees of *liberalisation*.¹⁵³ The first relates to the freedom of establishment and to provide services, which is essentially non-liberalised. The second pertains to the free movement of workers, which is liberalized to some extent. The third concerns the free movement of goods (Customs Union), which is essentially liberalised.

1. Freedom of Establishment and to Provide Services

The most advanced provision regarding the freedom of establishment and the freedom to provide services is Art. 41(1) of the Additional Protocol, commonly referred to as the standstill clause,¹⁵⁴ which has been substantially clarified through CJEU case law, starting with the confirmation of its direct effect in 2000.¹⁵⁵

The CJEU has elaborated on the scope *ratione personae* of Art. 41(1), distinguishing between the freedom of establishment and the freedom to provide services. The freedom of establishment, which entails *stable and continuous* activities,¹⁵⁶ applies to self-employed individuals¹⁵⁷ and undertakings (not yet been exemplified in case

151 ECJ, Case C-65/16, *Istanbul Lojistik*, judgment of 19 October 2017, ECLI:EU:C:2017:770, para. 38.

152 In this regard, also see *Tatham*, p. 147.

153 Cf. ECJ, Case C-629/16, *CX*, judgment of 11 July 2018, ECLI:EU:C:2018:556, para. 36. Also see *Tezcan/Idriz*, pp. 61–122. In this context, some studies examine association law through specific cross-cutting topics, such as the free movement of students or the issue of first admission of Turkish nationals into the territory of a Member State. Respectively, see *Hoogenboom*, *European Journal of Migration and Law* 2013/4, pp. 387–412; *Karayigit*, *European Journal of Migration and Law* 2011/4, pp. 411–441.

154 Also see *Baykal*, in: *Turkey-EC Association Law*, pp. 13–51; *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, pp. 118–122; *Göçmen*, *Ankara Law Review* 2011/1, pp. 71–109.

155 ECJ, Case C-37/98, *Savas*, judgment of 11 May 2000, ECLI:EU:C:2000:224, paras. 46–54.

156 Cf. ECJ, Case C-55/94, *Gebhard*, judgment of 30 November 1995, ECLI:EU:C:1995:411, paras. 25–27.

157 ECJ, Case C-138/13, *Dogan*, judgment of 10 July 2014, ECLI:EU:C:2014:2066, para. 31.

law).¹⁵⁸ In contrast, the freedom to provide services implies a *temporary* nature of activities.¹⁵⁹ Within this framework, it applies to self-employed individuals (not yet been exemplified in case law), undertakings¹⁶⁰ and – regardless of nationality – their workforce.¹⁶¹ However, unlike in EU internal market law, service recipients are excluded from this scope.¹⁶²

Turning to the scope *ratione materiae* of Art. 41(1) of the Additional Protocol, three remarks are necessary. First, this Article does not render relevant substantive law it replaces inapplicable, as a substantive rule would.¹⁶³ Instead, it operates as a *quasi-procedural* rule that determines which provisions of a Member State's legislation are applicable *ratione temporis*.¹⁶⁴ Second, within this framework, the standstill clause prohibits the introduction of new restrictions in several areas, all supported by case law: (i) first admission to the territory of a Member State,¹⁶⁵ including visa,¹⁶⁶ (ii) issues related to the freedom of establishment (including access to and exercise of this right),¹⁶⁷ (iii) freedom to provide services (including access to and exercise of this right),¹⁶⁸ (iv) family reunification,¹⁶⁹ and (v) expulsion.¹⁷⁰ Third, triggering Art. 41(1) requires a cross-border element between Türkiye and the EU.¹⁷¹ Overall, there appear to be no gaps in the interpretation of the scope of application of Art. 41(1) of the Additional Protocol.

158 Cf. ECJ, joined cases C-317/01 and C-369/01, *Abatay and Sahin*, judgment of 21 October 2003, ECLI:EU:C:2003:572, paras. 104–105.

159 See ECJ, Case C-55/94, *Gebhard*, judgment of 30 November 1995, ECLI:EU:C:1995:411, paras. 25–27..

160 ECJ, Case C-629/16, *CX*, judgment of 11 July 2018, ECLI:EU:C:2018:556, para. 53.

161 ECJ, joined cases C-317/01 and C-369/01, *Abatay and Sahin*, judgment of 21 October 2003, ECLI:EU:C:2003:572, para. 106.

162 ECJ, Case C-221/11, *Demirkan*, judgment of 24 September 2013, ECLI:EU:C:2013:583, para. 63.

163 ECJ, Case C-16/05, *Tum and Dari*, judgment of 20 September 2007, ECLI:EU:C:2007:530, para. 55.

164 *Ibid.*

165 *Ibid.*, paras. 55, 58, 60–61, 63, 69. Regarding Turkish workers, see ECJ, Case C-225/12, *Demir*, judgment of 7 November 2013, ECLI:EU:C:2013:725, para. 39.

166 ECJ, Case C-228/06, *Soysal and Savatli*, judgment of 19 February 2009, ECLI:EU:C:2009:101, paras. 48–51. For analysis of the decision, see Göçmen, Legal Issues of Economic Integration 2018/2, pp. 149–162; Kaya, in: Cengiz/Hoffmann (eds.), pp. 121–137.

167 ECJ, Case C-37/98, *Savas*, ECLI:EU:C:2000:224, para. 65. Regarding Turkish workers, see ECJ, joined cases C-317/01 and C-369/01, *Abatay and Sahin*, judgment of 21 October 2003, ECLI:EU:C:2003:572, para. 80.

168 ECJ, joined cases C-317/01 and C-369/01, *Abatay and Sahin*, judgment of 21 October 2003, ECLI:EU:C:2003:572, paras. 67, 111.

169 ECJ, Case C-138/13, *Dogan*, judgment of 10 July 2014, ECLI:EU:C:2014:2066, paras. 28–35.

170 Cf. ECJ, Case C-402/21, *S and E, C*, judgment of 9 February 2023, ECLI:EU:C:2023:77, paras. 57, 77.

171 ECJ, joined cases C-317/01 and C-369/01, *Abatay and Sahin*, judgment of 21 October 2003, ECLI:EU:C:2003:572, para. 108; ECJ, Case C-91/13, *Essent Energie Productie*, judgment of 11 September 2014, ECLI:EU:C:2014:2206, para. 34; ECJ, Case C-507/15, *Agro Foreign Trade*, judgment of 16 February 2017, ECLI:EU:C:2017:129, paras. 48–49.

The application of the standstill clause under Art. 41(1) of the Additional Protocol has been clarified by the CJEU through a series of inquiries. First, it must be determined whether a measure *restricts* the exercise of relevant freedoms.¹⁷² Second, a restriction is deemed *new* if it either intensifies existing practices at the Protocol's entry into force – January 1, 1973, for the original nine Member States,¹⁷³ or the EU accession date for others¹⁷⁴ – or reintroduces stricter practices after a period of relaxation.¹⁷⁵ Finally, a new restriction may be justified by an overriding reason in the public interest – such as the objective of ensuring the successful integration of third-country nationals¹⁷⁶ – if proportionality is observed;¹⁷⁷ otherwise, the pre-existing legal framework applies.¹⁷⁸

Lastly, the prohibition of discrimination on the basis of nationality under Art. 9 of the Ankara Agreement¹⁷⁹ appears to extend to the freedom of establishment and the provision of services. In the *CX* case, after determining that the national legislation in question could not be considered a new restriction,¹⁸⁰ the CJEU addressed *CX*'s argument that Austria's quota system violated Art. 9 by discriminating against Turkish hauliers on the basis of nationality.¹⁸¹ The Court concluded that Turkish hauliers were not specifically targeted by the quota system, as Austria had established similar agreements with other third countries.¹⁸² Additionally, hauliers established in the EU operate under a distinct regulatory framework requiring Community licences under Regulation No. 1072/2009.¹⁸³ Thus, the differing treatment stemmed from the distinct legal regimes applicable to EU hauliers and those from Türkiye or other third countries, rather than constituting unlawful discrimination.¹⁸⁴ The *CX* case illustrates that, pursuant to Art. 41 of the Additional Protocol read in conjunction with Art. 9 of the Ankara Agreement, discrimination based on nationality is, in principle, prohibited in situations falling within the scope of the former provision.

172 For instance, see ECJ, Case C-228/06, *Soysal and Savatli*, judgment of 19 February 2009, ECLI:EU:C:2009:101, paras. 55–57.

173 These Member States are Germany, France, Italy, Belgium, Netherlands, Luxembourg, United Kingdom, Ireland and Denmark. United Kingdom left the EU in 2020.

174 See ECJ, Case C-256/11, *Dereci and Others*, judgment of 15 November 2011, ECLI:EU:C:2011:734, para. 84.

175 *Ibid.*, para. 98.

176 ECJ, Case C-561/14, *Genc*, judgment of 12 April 2016, ECLI:EU:C:2016:247, para. 56. For analysis of the decision, see *Tezcan/Idriz*, CMLR 2017/1, pp. 263–280.

177 ECJ, Case C-138/13, *Dogan*, judgment of 10 July 2014, ECLI:EU:C:2014:2066, para. 37.

178 See ECJ, Case C-256/11, *Dereci and Others*, judgment of 15 November 2011, ECLI:EU:C:2011:734, para. 89.

179 For further discussion on Article 9 of the Ankara Agreement, see *Lasok*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 1991/18&2, p. 30.

180 ECJ, Case C-629/16, *CX*, judgment of 11 July 2018, ECLI:EU:C:2018:556, para. 54.

181 *Ibid.*, para. 55.

182 *Ibid.*, para. 56.

183 *Ibid.*, paras. 56–57.

184 *Ibid.*, para. 57.

2. Free Movement of Workers

The provisions governing the free movement of workers are set out in Association Council Decisions Nos. 1/80 and 3/80.¹⁸⁵ These decisions confer certain rights on Turkish workers and their family members and have been substantially clarified through CJEU case law.¹⁸⁶

First, as a common denominator, the scope *ratione personae* of these provisions requires the presence of either a Turkish “worker” or their “family member”. Similar to EU internal market law, the concept of a “worker” refers to a person engaged in effective and genuine activities, providing services under the direction of another person in exchange for remuneration for a specified period.¹⁸⁷ The concept of a “family member” primarily aligns with the scope defined in Art. 10(1) of the (repealed) Regulation No. 1612/68.¹⁸⁸ Accordingly, it includes the spouse, descendants under 21 years of age or dependents, and dependent relatives in the ascending line of both the worker and their spouse.¹⁸⁹ Moreover, this term is not restricted to the worker’s blood relations¹⁹⁰ and applies to family members regardless of their nationality.¹⁹¹ However, it remains uncertain whether the term “family member” under Decision 1/80 fully corresponds to its interpretation under Directive 2004/38.¹⁹²

Turkish workers are entitled to both a *work permit*, as stipulated in Art. 6 of Decision 1/80, and a *residence permit*, as interpreted by the CJEU. First, after one year of legal employment, a Turkish worker can renew their work permit for the same employer.¹⁹³ Second, after three years of legal employment with the same employer,¹⁹⁴ they may accept another offer of employment with an employer of their

185 In addition, for an analysis of the complementarity between Association Council Decisions No. 1/80 and 3/80 and the Long-Term Residents Directive (Directive 2003/109 OJ L 16 of 23/1/2004, p. 44) and the Family Reunification Directive (Directive 2003/86 OJ L 251 of 3/10/2003, p. 12), see *Groenendijk*, in: Baldaccini/Guild/Toner (eds.), pp. 442–443.

186 Also see *Barnard*, pp. 393–401; *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, pp. 104–120, 123–125; *Peers*, pp. 418–424; *Tezcan/Idriz*, CMLR 2009/5, pp. 1621–1665; *Wiesbrock*, ELJ 2013/3, pp. 422–442.

187 ECJ, Case C-1/97, *Birden*, judgment of 26 November 1998, ECLI:EU:C:1998:568, para. 25. As an example, see ECJ, Case C-188/00, *Kurz*, judgment of 19 November 2002, ECLI:EU:C:2002:694, paras. 30–36.

188 ECJ, Case C-275/02, *Ayaz*, judgment of 30 September 2004, ECLI:EU:C:2004:570, para. 45.

189 Art. 10(1) of Regulation No. 1612/68.

190 ECJ, Case C-275/02, *Ayaz*, judgment of 30 September 2004, ECLI:EU:C:2004:570, para. 46.

191 ECJ, Case C-451/11, *Dülger*, judgment of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2012:504, para. 65. For a case of double nationality, see ECJ, joined cases C-7/10 and C-9/10, *Kahveci and Inan*, judgment of 29 March 2012, ECLI:EU:C:2012:180, para. 41.

192 Cf. ECJ, Case C-451/11, *Dülger*, judgment of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2012:504, paras. 51, 64.

193 See ECJ, Case C-230/03, *Sedef*, judgment of 10 January 2006, ECLI:EU:C:2006:5, para. 44.

194 See *Ibid.*; ECJ, Case C-4/05, *Güzeli*, judgment of 26 October 2006, ECLI:EU:C:2006:670, para. 49.

choice, provided it is within the same occupation. Third, after four years of legal employment (three of which must be with the same employer),¹⁹⁵ Turkish workers gain free access to any paid employment of their choice within that Member State. Among other rights, they also acquire the right to seek new employment.¹⁹⁶ Although not explicitly regulated in Decision 1/80, the CJEU has ruled that the rights conferred by Art. 6 necessarily imply a corresponding right of residence for the individuals concerned.¹⁹⁷

The family members of Turkish workers are entitled to both a *work permit*, as stipulated in Art. 7 of Decision 1/80, and a *residence permit*, as interpreted by the CJEU. As a preliminary observation, Art. 7 draws a distinction between family members and children, aiming to afford distinct and tailored treatment to children compared to other family members of a Turkish worker.¹⁹⁸ Accordingly, children may assert rights either as part of the family unit or independently in their own capacity.¹⁹⁹ Family members are entitled to respond to any job offer after three years of legal residence and to access freely any paid employment of their choice after five years of legal residence.²⁰⁰ Notably, in contrast to Turkish workers to whom Art. 6(1) applies, the status of family members under Art. 7 is not contingent upon engagement in paid employment.²⁰¹ Furthermore, children who have completed vocational training in the host country may accept any job offer there, provided that one of their parents has been legally employed in that Member State for at least three years, regardless of their own length of residence.²⁰² Although not explicitly regulated in Decision 1/80, the CJEU has ruled that the rights conferred by Art. 7 necessarily imply a corresponding right of residence for the individuals concerned.²⁰³

The aforementioned rights may, however, be terminated under certain circumstances. First, they may be revoked on grounds of public order, security, and

195 See ECJ, Case C-230/03, *Sedef*, judgment of 10 January 2006, ECLI:EU:C:2006:5, para. 44.

196 See ECJ, Case C-171/95, *Tetik*, judgment of 23 January 1997, ECLI:EU:C:1997:31, para. 30.

197 ECJ, Case C-36/96, *Günaydin*, judgment of 30 September 1997, ECLI:EU:C:1997:445, para. 26.

198 ECJ, Case C-502/04, *Torun*, judgment of 16 February 2016, ECLI:EU:C:2006:112, paras. 18, 23.

199 ECJ, Case C-210/97, *Akman*, judgment of 19 November 1998, ECLI:EU:C:1998:555, para. 34.

200 See ECJ, Case C-451/11, *Dülger*, judgment of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2012:504, para. 29. For the time periods, see ECJ, joined Cases C-508/15 and C-509/15, *Ucar and Kilic*, judgment of 21 December 2016, ECLI:EU:C:2016:986, para. 76.

201 ECJ, Case C-325/05, *Derin*, judgment of 18 July 2007, ECLI:EU:C:2007:442, para. 56.

202 ECJ, Case C-210/97, *Akman*, judgment of 19 November 1998, ECLI:EU:C:1998:555, para. 25. For the “age” of the child, see ECJ, Case C-502/04, *Torun*, judgment of 16 February 2016, ECLI:EU:C:2006:112, para. 27.

203 ECJ, Case C-325/05, *Derin*, judgment of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2007:442, para. 51; ECJ, Case C-453/07, *Er*, judgment of 25 September 2008, ECLI:EU:C:2008:524, para. 31; ECJ, Case C-502/04, *Torun*, judgment of 16 February 2016, ECLI:EU:C:2006:112, para. 20.

health.²⁰⁴ In this context, these grounds are generally interpreted alignment with their meanings under EU internal market law, providing not only substantive protections²⁰⁵ but also procedural safeguards.²⁰⁶ However, Turkish workers do not benefit from the enhanced protection framework afforded to Union citizens under Directive 2004/38.²⁰⁷ Second, for Turkish workers, these rights may be terminated if they have definitively ceased to be part of the labour force because they no longer have any realistic prospect of rejoining it or have exceeded a reasonable time limit for finding new employment.²⁰⁸ Similarly, for family members, these rights may be terminated if they have left the territory of the relevant Member State for an extended period without a legitimate reason.²⁰⁹

Turkish workers and their family members are also entitled to *protection against discrimination based on nationality*.²¹⁰ First, for Turkish workers, Art. 10 of Decision 1/80 provides this protection concerning remuneration and other conditions of work, aligning with analogous provisions in EU internal market law.²¹¹ However, CJEU rulings suggest that the provision does not extend to “employment in the public service”, reflecting a similar limitation in EU internal market law.²¹² Second, for Turkish workers and their family members (as defined under the Decision), Art. 3 of Decision 3/80²¹³ extends this protection to include social security benefits.²¹⁴ Third, for Turkish children, Art. 9 of Decision 1/80 specifically safeguards their access to courses of general education, apprenticeship and vocational training.²¹⁵ As in EU internal market law, the prohibition of discrimination encompasses

204 Art. 14 of the Association Council Decision No. 1/80.

205 ECJ, Case C-340/97, *Nazli*, judgment of 10 February 2000, ECLI:EU:C:2000:77, para. 56; ECJ, Case C-303/08, *Bozkurt*, judgment of 22 December 2010, ECLI:EU:C:2010:800, paras. 55–60.

206 ECJ, Case C-340/97, *Nazli*, judgment of 10 February 2000, ECLI:EU:C:2000:77, para. 56.

207 ECJ, Case C-371/08, *Ziebell*, judgment of 8 December 2011, ECLI:EU:C:2011:809, paras. 58–74.

208 ECJ, Case C-383/03, *Dogan*, judgment of 10 July 2014, ECLI:EU:C:2005:436, para. 23.

209 ECJ, Case C-453/07, *Er*, judgment of 25 September 2008, ECLI:EU:C:2008:524, para. 30; ECJ, Case C-502/04, *Torun*, judgment of 16 February 2016, ECLI:EU:C:2006:112, para. 25.

210 Also see *Tobler*, Ankara Law Review 2010/1, pp. 1–28.

211 ECJ, Case C-171/01, *Wählergruppe*, judgment of 8 May 2003, ECLI:EU:C:2003:260, paras. 85 and 88.

212 *Ibid.*, paras. 90–92. Although the legal basis for this conclusion has not been explicitly discussed, it can be argued that it derives from Art. 60 of the Additional Protocol, which stipulates that Türkiye shall not receive more favourable treatment than that granted by Member States to one another under the TEEC. For such an argument, for instance see ECJ, Case C-451/11, *Dülger*, judgment of 19 July 2012, ECLI:EU:C:2012:504, para. 63.

213 Moreover, Art. 3 of the Association Council Decision No. 3/80 is subject to the specific provisions of the same Decision. In this context, the Akdas case is noteworthy, where the CJEU determined that Art. 6 of the Decision also possesses direct effect. ECJ, Case C-485/07, *Akdas*, judgment of 26 May 2011, ECLI:EU:C:2011:346, paras. 74, 99–100.

214 ECJ, Case C-262/96, *Sürül*, judgment of 18 December 1997, ECLI:EU:C:1999:228, para. 94.

215 ECJ, Case C-374/03, *Gürol*, judgment of 7 July 2005, ECLI:EU:C:2005:435, para. 36.

both direct and indirect discrimination.²¹⁶ Direct discrimination may only be justified on grounds of public order, security, and health,²¹⁷ provided the principle of proportionality is respected. Indirect discrimination, however, can also be justified by reference to other public interests,²¹⁸ again subject to proportionality. Finally, these provisions reflect the broader principle of non-discrimination on grounds of nationality enshrined in Art. 9 of the Ankara Agreement.²¹⁹ Where specific provisions do not apply but the situation still falls within the scope of association law, Art. 9 may serve as a supplementary safeguard.

Lastly, Art. 13 of Decision 1/80, commonly referred to as the *standstill clause*, prohibits the introduction of new restrictions on access to employment for Turkish workers and their family members. This Article has been determined to share the same type, purpose, and meaning as the Art. 41(1) of the Additional Protocol.²²⁰ While these two Articles differ in scope *ratione personae*, they share the same scope *ratione materiae* and the same principles governing the application of the standstill clause.²²¹ Thus, for any Turkish worker or family member benefiting from this prohibition, the explanations regarding Art. 41(1) apply *mutatis mutandis* to Art. 13 as well.²²² It is worth noting, however, that no cases have been decided thus far specifically concerning family members under Art. 13.²²³

216 For direct discrimination see ECJ, Case C-171/01, *Wählergruppe*, judgment of 8 May 2003, ECLI:EU:C:2003:260, para. 58. For indirect discrimination see ECJ, Case C-373/02, *Öztürk*, judgment of 28 April 2004, ECLI:EU:C:2004:232, paras. 54 and 57. See ECJ, Case C-374/03, *Gürol*, judgment of 7 July 2005, ECLI:EU:C:2005:435, para. 44. Also see *Tezcan/Ildriz*, CMLR 2009/5, pp. 1645–1646.

217 Art. 14 of the Association Council Decision No. 1/80. However, this suggestion has not been settled yet with regard to Association Council Decision No. 3/80.

218 See ECJ, Case C-373/02, *Öztürk*, judgment of 28 April 2004, ECLI:EU:C:2004:232, para. 66.

219 ECJ, Case C-171/01, *Wählergruppe*, judgment of 8 May 2003, ECLI:EU:C:2003:260, para. 59; ECJ, Case C-373/02, *Öztürk*, judgment of 28 April 2004, ECLI:EU:C:2004:232, para. 49; ECJ, Case C-171/13, *Demirci and Others*, judgment of 14 January 2015, ECLI:EU:C:2015:8, para. 50.

220 See ECJ, Case C-242/06, *Sahin*, judgment of 17 September 2009, ECLI:EU:C:2009:554, para. 65.

221 See ECJ, Case C-225/12, *Demir*, judgment of 7 November 2013, ECLI:EU:C:2013:725, paras. 32–42.

222 See “1. Freedom of Establishment and to Provide Services”, p. 15.

223 Cf. ECJ, Case C-561/14, *Genc*, judgment of 12 April 2016, ECLI:EU:C:2016:247, paras. 36–37.

3. Free Movement of Goods

The provisions most likely to be applied under the free movement of goods²²⁴ are Arts. 4, 5–7, and 50 of Association Council Decision No. 1/95, which prohibit customs duties and charges having equivalent effect, quantitative restrictions or measures having equivalent effect, and discriminatory or protective internal taxation, respectively. Notably, the scope of Decision 1/95 is limited to products other than agricultural products²²⁵ and excludes agricultural products²²⁶ and processed agricultural products, except insofar as they have undergone processing.²²⁷ The CJEU has ruled on the first of these provisions only once, in 2017, but that ruling has offered clear guidance on the interpretation of the other provisions. The limited number of decisions concerning Decision 1/95 may also be partly attributed to its restricted scope *ratione materiae*.

The prohibition of customs duties and charges having equivalent effect, as regulated by Art. 4 of Decision 1/95, was subject to interpretation in the *Istanbul Lojistik* case.²²⁸ Under the framework of Art. 66 of this Decision, the CJEU interpreted Art. 4 in alignment with Art. 30 of the TFEU.²²⁹ Consequently, the CJEU clarified that “any pecuniary charge, however small and whatever its designation and mode of application, which is imposed unilaterally on goods by reason of the fact that they cross a frontier, and which is not a customs duty in the strict sense, constitutes a charge having equivalent effect”.²³⁰ They are prohibited without any possibility of justification.²³¹

The other prohibitions related to the free movement of goods have not been interpreted by the CJEU but are likely to align with their EU law counterparts, flowing from the reasoning in the *Istanbul Lojistik* case.²³² Briefly, in line with Art. 110 TFEU, Art. 50 of Decision 1/95 will likely be interpreted to allow states to set their own tax systems, provided they avoid *discrimination* between imported and *similar* domestic products²³³ and *protection* for *other* domestic products over imported

224 Additionally, it might not be possible to exhaust all the potential avenues. For example, the CJEU ruled that Art. 47 of the Association Council Decision No. 1/95, which imposes an obligation on the authorities of the importing State to require the importer to indicate the origin of the products concerned on the customs declaration, has direct effect. ECJ, Case C-372/06, *Asda Stores*, judgment of 13 December 2007, ECLI:EU:C:2007:787, para. 90.

225 Art. 2 of the Association Council Decision No. 1/95.

226 Arts. 2 and 24–27 of the Association Council Decision No. 1/95.

227 Arts. 17–23 of the Association Council Decision No. 1/95.

228 Also see Göçmen, Legal Issues of Economic Integration 2018/3, pp. 289–298.

229 ECJ, Case C-65/16, *Istanbul Lojistik*, judgment of 19 October 2017, ECLI:EU:C:2017:770, para. 38.

230 *Ibid.*, paras. 39, 44.

231 *Ibid.*, paras. 40–41, 44, 49.

232 See *Ibid.*, paras. 38, 44.

233 Cf. ECJ, Case 148/77, *Hansen*, judgment of 10 October 1978, ECLI:EU:C:1978:173, para. 17; ECJ, Case 196/85, *Commission v. France*, judgment of 7 April 1987, ECLI:EU:C:1987:182, para. 6.

ones.²³⁴ Concisely, in line with Art. 34-36 TFEU, Art. 5-7 of Decision 1/95 will likely be interpreted to prohibit quantitative restrictions and measures capable of hindering intra-Customs Union trade, whether directly or indirectly, actually or potentially.²³⁵ These restrictions may only be justified by explicit derogations under Art. 7 of Decision 1/95 if they are directly discriminatory, or by an overriding reason in the public interest if they are not directly discriminatory, provided the principle of proportionality is observed.²³⁶ Nonetheless, further clarification from the CJEU on these prohibitions would be beneficial.

While not all possibilities for future judicial interpretation can be exhaustively outlined, two potential areas stand out.²³⁷ First, the interpretation of Art. 5-7 of Decision 1/95 may extend to the application of the principle of mutual recognition in intra-Customs Union trade. Under this principle, goods legally produced and marketed in one Party should, as a rule, be marketable in another Party.²³⁸ Although the European Commission is not the final interpreter of EU law, it has affirmed in its interpretative communication that Türkiye is also subject to this principle through Art. 5-7, read in conjunction with Art. 66 of Decision 1/95.²³⁹

Second, the interpretation of Art. 9 of Decision 1/95, read in connection with Decision 1/2006, may have significant implications for trade between the Parties. According to Art. 9, once Türkiye enacts the provisions of the relevant EU instrument(s) to remove technical barriers to trade for a specific product, trade in that product between the Parties will be governed by those instrument(s).²⁴⁰ Art. 1 of Decision 1/2006 further stipulates that the Customs Union Joint Committee will issue a statement confirming Türkiye's effective enactment of these provisions.²⁴¹ According to the website of Türkiye's Ministry of Trade, two such statements have been issued.²⁴² Consequently, judicial interpretation may further clarify the legal framework for trade between the Parties, as governed by the relevant EU instrument(s).

234 Cf. ECJ, Case 170/78, *Commission v. United Kingdom*, judgment of 12 July 1983, ECLI:EU:C:1980:53, para. 27.

235 Cf. ECJ, Case 8/74, *Dassonville*, judgment of 11 July 1974, ECLI:EU:C:1974:82, para. 5.

236 Cf. ECJ, Case C-21/88, *Du Pont*, judgment of 20 March 1990, ECLI:EU:C:1990:121, para. 14; ECJ, Case C-265/06, *Commission v. Portugal*, judgment of 10 April 2008, ECLI:EU:C:2007:784, para. 37.

237 See fn. 223.

238 Cf. ECJ, Case 120/78, *Cassis de Dijon*, judgment of 20 February 1979, ECLI:EU:C:1979:42, para. 14.

239 *European Commission*, Interpretative Communication on Facilitating the Access of Products to the Markets of Other Member States: The Practical Application of Mutual Recognition (Text with EEA relevance) OJ C 265 of 4/11/2003, p. 2, pt. 2.2., fn. 18.

240 Art. 9 of the Association Council Decision No. 1/95. The list of the instrument(s), see fn. 121.

241 Art. 1 of the Association Council Decision No. 1/2006.

242 See <<https://trade.gov.tr/data/5b8f964d13b8761f041fea14/a3d2d3cb942ef8cd0d7ff3aa7d35a0ba.pdf>> (5/2/2025). Also see <<https://www.trade.gov.tr/legislation/product-safety-and-technical-regulation/general-rules-and-procedures-on-technical-regulations-and-standards>> (5/2/2025).

To sum up, on the *judicial front*, the CJEU has assumed a proactive role in enforcing association law, beginning with the *Demirel* decision in 1987, a trend that continues to the present day.²⁴³ As a result, it is reasonable to assert that a significant portion of association law has been interpreted by the CJEU, aiming for alignment with EU internal market law to the extent possible. Accordingly, judicial activity is approaching its limits,²⁴⁴ indicating a need to reinvigorate the law of integration through association. This can be achieved by activating normative activity.

D. Addressing Normative Gaps: Potential Actions

As demonstrated above, judicial activity is nearing its limits within the existing normative framework, necessitating normative action. This need is evidenced not only in case law but also in policy papers (1). Potential normative actions can take two forms: either through international agreements and/or Association Council decisions (2).

I. The Need for Normative Action

The current normative framework under association law was originally designed as a transitional regime.²⁴⁵ However, especially over the past decade, the need to revise this framework has increasingly emerged.²⁴⁶ This necessity is evidenced through both case law and policy papers.

1. The Need Documented in Case Law

While it is not feasible to exhaustively cover all cases that highlight the necessity of deepening association law, five key decisions of the CJEU will be analysed chronologically to illustrate this need.²⁴⁷

The *Taflan-Met* case (1996) concerns Association Council Decision No. 3/80, which governs *social security schemes* for Turkish workers and their family members

243 For instance, according to the *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, the CJEU's case law "shows how influential the interpretative function of a court can be". *Boeles/den Heijer/Lodder/Wouters*, p. 125.

244 For instance, according to Wiesbrock, "... the Court has [pushed] the limits of judicial competences to the limits. ...". *Wiesbrock*, ELJ 2013/3, p. 424.

245 See *Neuwahl*, *European Foreign Affairs Review* 1999/4, pp. 37–62; *Peers*, *EJIL* 1996/4, pp. 411–430; *Pirim*, *Legal Issues of Economic Integration* 42/1, pp. 31–56.

246 Also see *Mathis*, *Legal Issues of Economic Integration* 2013/4, pp. 291–296; *Göral/Dartan*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 2016/2, pp. 1–31; *Bilgin*, *Athens Journal of Mediterranean Studies* 2018/2, pp. 123–136.

247 In addition, according to Lasok, the *Sevince* decision "demonstrates the weakness of the Ankara Agreement and inaction if not impotence of the Council of Association on whose decisions the implementation of the Agreement depends". *Lasok*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 1991/1&2, p. 45.

in the Member States.²⁴⁸ The CJEU affirmed that Decision 3/80 became binding upon its adoption.²⁴⁹ However, the Court ruled that Art. 12 and 13 of the Decision required supplementation and implementation by a subsequent EU act, rendering them without direct effect.²⁵⁰ As a result, individuals cannot rely on these provisions before national courts.²⁵¹

The *Taflan-Met* case, along with subsequent developments in the field of social security schemes, underscores the pressing need for normative action. In 1983, the Commission proposed a Council Regulation to establish supplementary detailed rules for implementing Decision 3/80.²⁵² However, as no such regulation could be adopted by the 2010s, the Commission shifted its approach.²⁵³ It proposed a new decision to be adopted by the Association Council to replace Decision 3/80, aiming to reflect advancements in EU social security coordination and to fully implement its principles.²⁵⁴ In the same year, the Council adopted a position on behalf of the EU within the Association Council to pursue this goal.²⁵⁵ Consequently, in 2013, the Commission withdrew its earlier proposal for a Council Regulation.²⁵⁶ Despite these efforts, no decision has been adopted by the Association Council to date to replace Decision 3/80.²⁵⁷

The *Asda Stores* (2007) case concerns, among other issues, the application of *trade defence instruments*, other than safeguards, under association law.²⁵⁸ Asda Stores, a UK-based company, imported colour television receivers (CTVs) into the UK, which were assembled in Türkiye by Vestel, a Turkish company.²⁵⁹ However, the customs authorities determined that the true places of origin of the CTVs were China and Korea, both of which were subject to anti-dumping measures, and thus imposed anti-dumping duties.²⁶⁰ Asda Stores argued, among others points, that these anti-dumping duties were established on the basis of provisions adopted by the

248 ECJ, Case C-277/94, *Taflan-Met*, judgment of 10 September 1996, ECLI:EU:C:1996:315.

249 *Ibid.*, para. 22.

250 *Ibid.*, paras. 33, 38.

251 *Ibid.*, para. 38.

252 COM(1983)13, OJ C 110 of 25/4/1983, p. 1.

253 Additionally, Regulation No. 1231/2010 extends the provisions of Regulation No. 883/2004 and Regulation No. 987/2009 to nationals of third countries who are not already covered by these Regulations solely on the basis of their nationality. OJ L 344 of 29/12/2010, p. 1.

254 COM(2012)152 final.

255 Council Decision 2012/776, OJ L 340 of 13/12/2012, p. 19. Although this Council Decision was challenged in annulment proceedings, it ultimately withstood the legal scrutiny. ECJ, Case C-81/13, *United Kingdom v. Council*, ECLI:EU:C:2014:2449, para. 68. For an analysis of the decision, see *Melin*, Maastricht Journal of European and Comparative Law 2015/3, pp. 440–452.

256 OJ C 109 of 16/4/2013, p. 7.

257 Also see *Sieveking*, Marmara Araştırmaları Dergisi 2002/1, pp. 65–79; *Minderhoud*, European Journal of Social Security 2016/3, pp. 65–79.

258 ECJ, Case C-372/06, *Asda Stores*, judgment of 13 December 2007, ECLI:EU:C:2007:787.

259 *Ibid.*, para. 23.

260 *Ibid.*, paras. 25–26.

Commission in violation of its obligations, relying on provisions related to anti-dumping duties in the Additional Protocol and Association Council Decision No. 1/95.²⁶¹ The CJEU ruled that neither Art. 47 of the Additional Protocol nor Art. 44 of Decision 1/95 have direct effect, meaning they do not allow individual operators to invoke these provisions in order to resist the payment of anti-dumping duties normally due.²⁶²

The *Asda Stores* case highlights the normative possibilities already envisaged by association law concerning the application of trade defence instruments. Aside from Art. 47 of the Additional Protocol, which outlines rules for the transitional period (spanning twenty-two years), Art. 44 of Decision 1/95 grants the Association Council the authority to suspend the application of trade defence instruments. However, this can only occur if Türkiye has implemented the competition rules, state aid control, and other relevant components of the EU's *acquis* and ensured their effective enforcement.²⁶³ The rationale behind this is to provide safeguards against unfair competition in Türkiye that are comparable to those within the EU internal market. In the absence of such a decision, trade defence instruments continue to apply between the Parties.

The *Agro Foreign Trade & Agency* (2017) case concerns the limits of *freedom to provide services* under association law.²⁶⁴ Agro, a Turkish company, entered into a commercial agency contract with Petersime, a Belgian company, in 1992.²⁶⁵ The contract was automatically renewed each year unless terminated by either party and was governed by Belgian law, with jurisdiction assigned to the courts of Ghent, Belgium.²⁶⁶ After Petersime decided to terminate the contract in 2013, Agro sought compensation for the termination before the Ghent courts.²⁶⁷ While Agro relied on the protection afforded to commercial agents by the Belgian Commercial Agency Contracts Act of 1995, which incorporates Directive 86/653,²⁶⁸ Petersime argued that this law did not apply to the case.²⁶⁹

The CJEU ruled as follows in this case. It initially concluded that a commercial agent operating under a commercial agency contract in Türkiye is not covered by the provisions of Directive 86/653, regardless of whether the principal is based in a Member State.²⁷⁰ It then examined whether the applicability of Directive 86/653 to commercial agents established in Türkiye could arise from association law.²⁷¹ By

261 *Ibid.*, para.75.

262 *Ibid.*, paras. 85–88, 91.

263 See *Ibid.*, para. 85.

264 ECJ, Case C-507/15, *Agro Foreign Trade*, judgment of 16 February 2017, ECLI:EU:C:2017:129.

265 *Ibid.*, paras. 14–15.

266 *Ibid.*, para. 15.

267 *Ibid.*, para. 16.

268 OJ L 382 of 31/12/1986, p. 17.

269 ECJ, Case C-507/15, *Agro Foreign Trade*, judgment of 16 February 2017, ECLI:EU:C:2017:129, para. 17.

270 *Ibid.*, para. 35.

271 *Ibid.*, para. 37.

comparing the objectives and context of association law with those of EU law, the Court determined that the protection system outlined in Directive 86/653 cannot be extended to such agents.²⁷² Furthermore, this conclusion is unaffected by Türkiye's transposition of the directive into its national law, since "such a transposition results not from an obligation imposed by the Association Agreement, but from the will of that third State".²⁷³ Lastly, the Court held that Art. 41(1) of the Additional Protocol, the standstill provision, does not apply in this case because the situation falls outside its scope, as Agro does not provide services in Belgium.²⁷⁴

The *Agro Foreign Trade & Agency* case exemplifies the limitations of the current normative framework under association law and highlights the potential complementarity between the association and accession relationships. Regarding the first point, the Art. 41(1) of the Additional Protocol is the most advanced provision concerning the freedom of establishment and to provide services between the Parties. However, even if it could be applicable in this case, it would not render the substantive law it replaces inapplicable in the same manner as a substantive rule would.²⁷⁵ Regarding the second point, the ruling implicitly emphasizes that even if Türkiye transposed an EU act – in this case Directive 86/653 – into its national law, as part of adopting the EU's *acquis* under the accession negotiations,²⁷⁶ it does not have automatic consequences for association law. However, if such a transposition were the result of association law, for instance, stemming from an Association Council decision under Art. 41(2) of the Additional Protocol, it would completely alter the legal situation.²⁷⁷ This reveals the potential complementarity between the association and accession relationships.²⁷⁸

The *CX* (2018) case concerns *international road transport*, particularly *transport quotas*, under association law, highlighting the consequences of the incomplete normative framework between the freedoms.²⁷⁹ The central issue is that a Turkish undertaking can only transport goods by road to Austria, or through its territory, if it holds a permit issued by the Austrian authorities, within the limits of a quota established under the bilateral agreement between Austria and Türkiye.²⁸⁰ The CJEU held that the free movement of goods, the freedom to provide services, and transport are distinct matters, each governed by different rules and subject to varying degrees of market liberalisation.²⁸¹ Based on the purpose of the relevant measure, it falls within the field of transport services, rather than the free movement of

272 *Ibid.*, para. 45.

273 *Ibid.*, para. 46.

274 *Ibid.*, paras. 49–50.

275 ECJ, Case C-16/05, *Tum and Dari*, judgment of 20 September 2007, ECLI:EU:C:2007:530, para. 55.

276 See fn. 9.

277 Cf. ECJ, Case C-507/15, *Agro Foreign Trade*, judgment of 16 February 2017, ECLI:EU:C:2017:129, para. 46.

278 Also see *Mathis*, Legal Issues of Economic Integration 2013/4, pp. 292–293.

279 ECJ, Case C-629/16, *CX*, judgment of 11 July 2018, ECLI:EU:C:2018:556.

280 *Ibid.*, para. 35.

281 *Ibid.*, para. 36.

goods.²⁸² In this regard, despite being empowered to do so by Art. 42 of the Additional Protocol, the Association Council has not yet taken any decisions to extend the EU law on transport services to Türkiye.²⁸³ Thus, in the absence of such decisions, the conditions for access of Turkish undertakings to the EU transport market remain governed by the laws of the Member States.²⁸⁴ Lastly, there seems to be no infringement of Art. 41(1) of the Additional Protocol, as no new restrictions arise within the field of transport services.²⁸⁵

The *Kolin* (2024) case concerns *public procurement*, again highlighting the limitations of the current normative framework under association law.²⁸⁶ The central question here is whether a Turkish economic operator can invoke Directive 2014/25,²⁸⁷ which pertains to procurement in certain sectors, to challenge a decision made by a Member State regarding the awarding of a public contract.²⁸⁸ According to the CJEU, based on Art. 43 of Directive 2014/25, where the EU has an international agreement with a third country, such as the Agreement on Government Procurement (GPA), which guarantees access to public procurement, economic operators from those countries may invoke the provisions of Directive 2014/25 to challenge procurement decisions.²⁸⁹ However, Türkiye is not considered such a third country, especially since there has been no decision by the Association Council to mutually open public procurement markets, despite Art. 57 of the Additional Protocol empowering it to do so.²⁹⁰ Lastly, there seems to be no infringement of Art. 41(1) of the Additional Protocol, as no new restrictions arise within the field of public procurement.²⁹¹ Thus, given that association law does not have the ability to alter the legal situation, Kolin, a Turkish economic operator, cannot rely on Directive 2014/25 to challenge procurement decisions.²⁹²

Both the *CX* and the *Kolin* cases highlight areas with untapped potential within the association law framework. Despite the Association Council being empowered to act under the Additional Protocol since 1973, it has not adopted decisions in the fields of transport services or public procurement. Although the contested measures in both cases fell within the scope of the standstill clause in Art. 41(1) of the Additional Protocol, the clause did not affect the outcomes, as no infringements were found. These cases, decided in 2018 and 2024 respectively, underscore how the growing volume of commercial relations between the EU and Türkiye has reached a point where the absence of such decisions is increasingly difficult to justify.

282 *Ibid.*, paras. 37, 43.

283 *Ibid.*, para. 46.

284 *Ibid.*, para. 47.

285 *Ibid.*, paras. 50, 54.

286 ECJ, Case C-652/22, *Kolin*, judgment of 22 October 2024, ECLI:EU:C:2024:910.

287 OJ L 94 of 28/3/2014, p. 243.

288 ECJ, Case C-652/22, *Kolin*, judgment of 22 October 2024, ECLI:EU:C:2024:910, para. 39.

289 *Ibid.*, paras. 41–43.

290 *Ibid.*, paras. 48–49.

291 *Ibid.*, para. 50.

292 *Ibid.*, para. 51.

In addition to the need to revise the existing normative framework of association law, as demonstrated by the case law, several policy papers also emphasize this necessity, highlighting areas where reform and modernization are required.

2. The Need Documented in Policy Papers

The policy papers commonly reference the term EU–Türkiye trade framework, established under the association law, and emphasize the need for its revision, primarily due to its perceived obsolescence.²⁹³ This revision encompasses both procedural and substantive dimensions.

The *procedural* dimension of the revision of EU–Türkiye trade framework unfolds as follows. First, in February 2014, EU and Türkiye “established a joint Senior Officials Working Group which was tasked to study the options for the modernisation of [trade framework]”.²⁹⁴ Second, on March 28, 2014, the World Bank published a report titled: “Evaluation of the EU – Turkey Customs Union”, which was requested by Commission.²⁹⁵ Third, on May 12, 2015, EU and Türkiye reached an agreement to enhance the trade framework.²⁹⁶ Fourth, on March 18, 2016, with the so-called “EU–Turkey Statement”, both parties welcomed ongoing work on upgrading the Customs Union.²⁹⁷ Fifth, on December 21, 2016, the Commission requested authorisation from the Council to open negotiations with Türkiye to improve the trade framework.²⁹⁸ Sixth, on June 26, 2018, the Council noted that: “no further work towards the modernisation of the EU–[Türkiye] Customs Union is foreseen”.²⁹⁹ Hence, although there has been an intention to enhance the EU–Türkiye trade framework, negotiations have not yet been initiated.

The *substantive* dimension of the revision of EU–Türkiye trade framework can be outlined as follows.³⁰⁰ On one hand, there are issues related to the *modernisation*

293 *European Commission*, Inception Impact Assessment: Enhancement of EU-Turkey bilateral trade relations and modernisation of the EU-Turkey Customs Union, p. 1. (“Inception Impact Assessment”) <http://ec.europa.eu/smart-regulation/roadmaps/docs/2015_trade_035_turkey_en.pdf> (5/2/2025).

294 *European Commission*, Impact Assessment, Accompanying the document Recommendation for a Council Decision authorising the opening of negotiations with Turkey on an Agreement on the extension of the scope of the bilateral preferential trade relationship and on the modernisation of the Customs Union, SWD(2016) 475 final, p. 6. (“SWD(2016) 475 final”).

295 <<https://www.worldbank.org/content/dam/Worldbank/document/eca/turkey/tr-eu-customs-union-eng.pdf>> (5/2/2025).

296 SWD(2016) 475 final, p. 6.

297 <<https://www.consilium.europa.eu/en/press/press-releases/2016/03/18/eu-turkey-statement/>> (5/2/2025), pt. 7.

298 COM(2016) 830. This document is accompanied by SWD(2016) 475 final.

299 *Council of the European Union*, Council Conclusions on Enlargement and Stabilisation and Association Process, Brussels, 26 June 2018, pt. 35. <<https://www.consilium.europa.eu/media/35863/st10555-en18.pdf>> (5/2/2025).

300 Besides, it was accepted by the parties (EU and Turkey) that “... there is a need to address these shortcomings in a single comprehensive ‘package’...” SWD(2016) 475 final, p. 22.

of customs union between the parties, often referred to as “design problems”.³⁰¹ Firstly, concerning Türkiye’s alignment with EU’s Common Commercial Policy in general, and EU’s Free Trade Agreements (FTAs) with third countries in particular,³⁰² Türkiye *lacks* legal mechanisms to ensure that third countries engage in parallel FTAs with her.³⁰³ Secondly, regarding Türkiye’s alignment with EU’s related economic and technical *acquis*,³⁰⁴ Türkiye faces challenges due to *insufficient* legal mechanisms enabling its participation in decision-making and shaping processes.³⁰⁵ Thirdly, concerning the dispute settlement mechanism between the EU and Türkiye,³⁰⁶ it is deemed *ineffective* as it is subject to political consensus by the parties, thereby impacting its efficacy.³⁰⁷

On the other hand, there are issues related to the *enhancement* of EU–Türkiye bilateral preferential trade framework (BPTF). Firstly, under the current BPTF, trade between parties is (fully) liberalised primarily in relation to goods, excluding agricultural products.³⁰⁸ Consequently, to align with the EU’s recent practices with other third countries, additional *areas* of deep integration, such as agricultural products, services, and public procurement, need to be addressed to enhance this framework.³⁰⁹ Secondly, in line with EU’s recent practice with other third countries,³¹⁰ other *rules* aimed at fostering “a stable legal and economic environment”,³¹¹ such as those concerning trade and sustainable development (TSD),³¹² need to be incorporated to enhance this BPTF.³¹³

The need to revise the normative framework of association law is evident from both case law and policy papers. These insights underline the importance of exploring potential normative actions to address these deficiencies.

301 SWD(2016) 475 final, p. 19. For a discussion on asymmetry in the EU’s association policy, see *Alkan*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi 19/2, pp. 382–391.

302 See Arts. 16 and 54 of the Association Council Decision No. 1/95.

303 SWD(2016) 475 final, p. 15.

304 See Arts. 54–60 of the Association Council Decision No. 1/95.

305 SWD(2016) 475 final, p. 15.

306 See Art. 25 of the Ankara Agreement and Art. 61 and 62 of the Association Council Decision No. 1/95.

307 SWD(2016) 475 final, pp. 15–16. Also see ECJ, Case C-251/00, *Ilumitronica*, judgment of 14 November 2002, ECLI:EU:C:2002:655, paras. 72–73.

308 Cf. Association Council Decision No. 2/2000.

309 SWD(2016) 475 final, p. 19.

310 See SWD(2016) 475 final, p. 48.

311 SWD(2016) 475 final, p. 11.

312 Also see *Akdoğan; Göçmen*, in: Legal Issues in Turkey – European Union Relations, pp. 143–185; *Hoffmeister/Siemer*, ZEuS 2024/3, pp. 269–304.

313 SWD(2016) 475 final, p. 20.

II. Types of Potential Normative Actions

The revision of the EU–Türkiye association law framework, assuming it aims to enhance rather than loosen the existing normative framework,³¹⁴ could be achieved through one or both of the following types of normative actions: international agreements and/or Association Council decisions.³¹⁵ What follows is a comparative analysis of these instruments.

First, the *effects* of these instruments differ. While Association Council decisions are considered an integral part of the EU legal system upon their entry into force,³¹⁶ their status within the Turkish legal order remains unclear.³¹⁷ On the other hand, international agreements between the Parties are also considered part of the EU legal system upon their entry into force.³¹⁸ Although there has been no specific ruling from the Turkish High Courts, they will likely become part of the Turkish legal system upon entry into force, having the force of law.³¹⁹ Nevertheless, their precise effects within the Turkish legal order require further exploration, given the absence of relevant decisions concerning association law.

Second, these instruments differ in terms of the *matters* they can regulate. On the one hand, the Association Council may adopt decisions in two scenarios:³²⁰ either when the necessary powers are expressly granted by the Ankara Agreement or another international agreement, such as the Additional Protocol,³²¹ or, in the absence of such powers, when necessary to achieve the objectives of the Ankara Agreement during the implementation of the association.³²² As demonstrated above,

314 For the potential *scenarios* in the revision of the EU–Türkiye trade framework, see SWD(2016) 475 final, pp. 22–26. It is worth noting that, according to the Commission’s Impact Assessment in 2015, both parties deemed the enhancement of the existing normative framework more likely than its loosening, given the prevailing political context at the time. See SWD(2016) 475 final, pp. 24–25. In this regard, for an argument in favour of broader and deeper economic integration between the parties, see Özer, *Turkish Studies* 2020/3, pp. 436–461. Conversely, for a perspective advocating a shift from the customs union to a free trade agreement, see Colares/Durmus, *Journal of International Economic Law* 2019/1, pp. 99–123.

315 For the potential *method*, see Inception Impact Assessment, p. 3. Also see Göçmen, *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi* 2016/1, pp. 85–115. In addition, according to Lasok, “... the efficacy of the Agreement depends entirely upon the action or inaction of the [Council of Association]”. Lasok, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 1991/1&2, p. 46.

316 ECJ, Case C-192/89, *Sevince*, judgment of 20 September 1990, ECLI:EU:C:1990:322, para. 9.

317 See Göçmen, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi* 2020/139, pp. 253–284.

318 ECJ, Case 12/86, *Demirel*, judgment of 30 September 1987, ECLI:EU:C:1987:400, paras. 9, 7.

319 Art. 90 of the Turkish Constitution OJ 17863 of 9/11/1982.

320 Art. 22(1 and 3) of the Ankara Agreement.

321 See Art. 62 of the Additional Protocol.

322 Cf. Art. 352 of the TFEU. Also cf. ECJ, Opinion 2/94, *Accession of the Community to the European Human Rights Convention*, ECLI:EU:C:1996:140.

these powers include, for instance, agricultural products,³²³ services,³²⁴ and public procurement.³²⁵ However, the matters that can be regulated by Association Council decisions are confined to these boundaries.³²⁶ On the other hand, the EU and Türkiye may conclude international agreements between themselves, likely based on the Ankara Agreement, which could address fields beyond the remit of the Association Council, subject, among other considerations, to the principle of conferral within the EU.³²⁷

Third, these instruments differ in terms of the *procedure* by which they are adopted. With regard to *international agreements*, the *preliminary issue* is whether the EU has the competence to act, and if so, to what extent. Starting with the *existence* of this competence, the EU, for example, has competence under its Common Commercial Policy (CCP) to act in the areas of agricultural products,³²⁸ services,³²⁹ and public procurement.³³⁰ Additionally, these areas should be considered as falling within Art. 217 TFEU, since, as AG Kokott stated, “if Art. 217 TFEU permits the far-reaching step of establishing an association between the Union and a third country, it must, *a fortiori*, also serve as the legal basis for *ad hoc* measures to modify, extend, or further develop an existing association”.³³¹ Furthermore, as the CJEU ruled, “Art. 217 TFEU necessarily empowers the [EU] to guarantee commitments towards third countries in all the fields covered by the [TFEU]”.³³²

Turning to the *extent* of this competence, it is linked to whether the EU can conclude the international agreement alone or in conjunction with its Member States. Using agricultural products, services, and public procurement as examples, these areas fall under the EU’s exclusive competence under the CCP.³³³ Moreover, as Eeckhout states, since Art. 217 TFEU “enabled the [EU] to undertake commitments in all the areas covered by the Treaty”, “it would therefore not require much creative effort or loss of subject matter to design association agreements in such a way that they may be concluded as pure EU agreements”.³³⁴ In this context, the recently signed but not yet concluded association agreement between the EU and Andorra

323 Art. 34 of the Additional Protocol. See Art. 11 of the Ankara Agreement.

324 Art. 41(2) of the Additional Protocol. See Arts. 13 and 14 of the Ankara Agreement.

325 Art. 48 of the Association Council Decision No. 1/95. See Art. 57 of the Additional Protocol.

326 Cf. ECJ, Case C-277/94, *Taflan-Met*, judgment of 10 September 1996, ECLI:EU:C:1996:315, para. 18.

327 Art. 5(2) of the TFEU.

328 Art. 207(1) of the TFEU. See ECJ, Opinion 1/94, *Competence of the Community to conclude international agreements concerning services and the protection of intellectual property*, ECLI:EU:C:1994:384, paras. 29, 34.

329 Art. 207(1) of the TFEU. Cf. *Ibid.*, paras. 36–53.

330 Art. 207(1) of the TFEU. See ECJ, Case C-652/22, *Kolin*, judgment of 22 October 2024, ECLI:EU:C:2024:910, paras. 54–61.

331 Opinion of AG Kokott, Case C-81/13, *United Kingdom v. Council*, judgment of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2114, para. 29.

332 ECJ, Case C-81/13, *United Kingdom v. Council*, judgment of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2449, para. 61.

333 Art. 3(1) in conjunction with 207(1) of the TFEU.

334 Eeckhout, p. 219.

and San Marino reflects the current practice of using Art. 217 TFEU as a legal basis, with its broad coverage and the EU as the sole party.³³⁵ Based on this reasoning, the EU could be the sole party to an agreement with Türkiye, despite the fact that the original Ankara Agreement is a mixed agreement.³³⁶

Nonetheless, if the EU chooses to conclude such an agreement jointly with its Member States,³³⁷ the following considerations emerge. First, mixed agreements require close cooperation between Member States and EU throughout the negotiation and conclusion phases, as well as in the implementation of the commitments undertaken.³³⁸ Second, as illustrated by the Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) between Canada and the EU and its Member States, it is possible to provisionally apply the sections of the agreement falling within the EU's competence while awaiting the completion of the procedures necessary for its formal conclusion.³³⁹ Similarly, following the CJEU's Opinion 2/15 on the EU–Singapore Free Trade Agreement,³⁴⁰ an agreement may be split into two parts: one falling within the EU's exclusive competence and the other outside it.³⁴¹ Third, as exemplified by the Istanbul Convention,³⁴² in the context of mixed agreements, the EU may conclude the agreement without awaiting the common accord of Member States to bind themselves in areas falling within their respective competences.³⁴³

The *procedure* for concluding international agreements, determined by the chosen legal basis,³⁴⁴ proceeds as follows. As noted above, at least one legal basis for such an agreement will likely be Art. 217 TFEU. The process begins with the Commission submitting *recommendations* to the Council regarding the initiation of negotiations and serving as the *negotiator* if negotiations commence.³⁴⁵ The Council acts *unanimously* to open negotiations, adopt negotiating directives, authorize the signing of the agreement, and ultimately conclude it.³⁴⁶ The European Parliament's

335 COM(2024) 189 final.

336 See fn. 14.

337 See *Chalmers/Davies/Monti*, p. 650.

338 ECJ, Case C-246/07, *Commission v. Sweden*, judgment of 20 April 2010, ECLI:EU:C:2010:203, para. 73.

339 Council Decision 2017/38, OJ L 11 of 14/1/2017, p. 1080.

340 ECJ, Opinion 2/15, *Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore*, ECLI:EU:C:2017:376.

341 See Council Decision 2018/1599, OJ L 267 of 25/10/2018, p. 1 and Council Decision 2018/1676, OJ L 279 of 9/11/2018, p. 1. Also see *Svoboda*, Croatian Yearbook of European Law and Policy 2019/15, pp. 205–207.

342 See ECJ, Opinion 1/19, *Istanbul Convention*, ECLI:EU:C:2021:198, para. 274.

343 Council Decision 2023/1075, OJ L 143I of 2/6/2023, p. 1 and Council Decision 2023/1076, OJ L 143I of 2/6/2023, p. 4. According to the eur-lex, six EU Member States have not yet ratified the convention themselves. See <<https://eur-lex.europa.eu/EN/legal-content/summary/eu-accession-to-the-istanbul-convention.html>> (5/2/2025).

344 ECJ, Case C-94/03, *Commission v. Council*, judgment of 10 January 2006, ECLI:EU:C:2006:2, paras. 34–36.

345 Arts. 218(3) and 207(3) of the TFEU and Art. 17(1) of the TEU as amended by the Treaty of Lisbon.

346 Art. 218(2 and 8/2) of the TFEU.

consent is required for the agreement's conclusion.³⁴⁷ Additionally, the CJEU may be consulted to provide a *binding opinion* on whether the proposed agreement is compatible with EU law.³⁴⁸

With regard to *Association Council decisions*, the *procedure* unfolds as follows. The Association Council is *composed* of representatives from the governments of the EU Member States, the EU Council, and the Commission on one side, and representatives from the Turkish Government on the other.³⁴⁹ Decisions are adopted *unanimously*.³⁵⁰ The key question here is how the EU side determines its vote. Similar to the discussion above concerning international agreements, this depends on the legal basis, which also delineates the existence and extent of the EU's competence.³⁵¹ At least one legal basis is likely to be Art. 217 TFEU, which reflects the EU's exclusive competence in this context. Additionally, a specific procedure applies to establishing the positions to be adopted on the EU's behalf in a body established by an agreement, except in cases involving acts that supplement or amend the institutional framework of the agreement.³⁵² In such cases, the Council, *upon* a proposal from the Commission, adopts the position by a *qualified majority*, *without* requiring the approval of the European Parliament.³⁵³ Furthermore, based on the interpretation of the term "agreement" in the case law,³⁵⁴ the CJEU may be consulted to provide a *binding opinion* on whether the proposed decision aligns with EU law.³⁵⁵

After examining the current normative framework of association law, its interpretation by the CJEU, and the need for as well as the types of potential normative action, several conclusions can be drawn.

E. Conclusion

This manuscript aimed to review sixty years of EU–Türkiye association law. After outlining the current normative framework, it examined the progress of CJEU case law within that framework and assessed the need for normative actions to address unresolved issues. The analysis concludes that judicial interpretation has reached its limits, highlighting the urgent need for further normative action, a need that is also recognized in policy papers, particularly in light of Türkiye's ongoing non-accession to the EU.

347 Art. 218(6/a/(i)) of the TFEU.

348 Art. 218(11) of the TFEU.

349 Art. 23 of the Ankara Agreement.

350 Art. 23 of the Ankara Agreement.

351 See *Heliskoski*, in Hillion/Koutrakos (eds.), pp. 146–154..

352 Art. 218(9) of the TFEU. See *Eeckhout*, p. 208.

353 Art. 218(8 and 9) of the TFEU and ECJ, Case C-81/13, *United Kingdom v. Council*, judgment of 18 December 2014, ECLI:EU:C:2014:2449, para. 66. Also see *Neuwahl*, CMLR 33/1, pp. 51–68.

354 ECJ, Opinion 1/75, *OECD Understanding on a Local Cost Standard*, ECLI:EU:C:1975:145, pp. 1359–1360. Cf. ECJ, Case C-233/02, *France v. Commission*, judgment of 23 March 2004, ECLI:EU:C:2004:173, para. 45.

355 Art. 218(11) of the TFEU.

From a *substantive* perspective, the deficiencies in EU–Türkiye association law arise from its incomplete internal market framework.³⁵⁶ These shortcomings primarily concern areas already recognized in the current normative framework but have not been fully implemented or acted upon. Examples from case law – such as social security schemes³⁵⁷ in *Taflan-Met* (1996), trade defence instruments³⁵⁸ in *Asda Stores* (2007), international road transport and quotas³⁵⁹ in *CX* (2018), and public procurement³⁶⁰ in *Kolin* (2024) – illustrate that while association law has the potential to evolve, its development has been inconsistent. Similarly, areas identified in policy papers, such as agricultural products,³⁶¹ services,³⁶² and (again) public procurement,³⁶³ demonstrate a persistent lack of structured progress.³⁶⁴ Interestingly, the CJEU has implicitly suggested that transposition of EU law into Turkish law, when grounded in association law, may carry legal effects.³⁶⁵ Türkiye’s alignment of its national legislation with various EU laws – particularly those governing the internal market – as part of its accession process,³⁶⁶ alongside its association relationship,³⁶⁷ presents an opportunity to create a more coherent and structured legal framework that bridges the association and accession processes. However, for the association relationship to remain viable in the long term, it must evolve beyond mere legislative approximation toward a clearly defined and functionally effective model of integration. As substantive economic integration deepens, the accompanying institutional framework must develop in parallel, ensuring it is sufficiently robust to support and sustain this enhanced relationship.

From a *procedural* perspective, these deficiencies could be addressed through new international agreements, Association Council decisions, or a hybrid approach. Each mechanism has advantages and constraints. First, while international agreements, once ratified, provide a robust legal foundation within the respective legal orders, the status of Association Council decisions in Türkiye’s legal order remains contentious. Second, international agreements can address a broader range of issues, whereas Association Council decisions are more limited in scope. Third, international agreements involve formal treaty-making procedures that are often lengthy

356 Cf. Arts. 2(2), 12, 13, 14, 19 and 20 of the Ankara Agreement. In this regard, for instance, according to Lichtenberg, “... the basic principles structuring the Association [include] the four freedoms constituting the internal market...” *Lichtenberg*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 1998/1, pp. 142–143.

357 Art. 39 of the Additional Protocol and Association Council Decision No. 3/80.

358 Art. 47 of the Additional Protocol and Art. 44 of the Association Council Decision No. 1/95.

359 Art. 42 of the Additional Protocol.

360 Art. 48 of the Association Council Decision No. 1/95. See Art. 57 of the Additional Protocol.

361 Art. 34 of the Additional Protocol. See Art. 11 of the Ankara Agreement.

362 Art. 41(2) of the Additional Protocol. See Art. 13 and 14 of the Ankara Agreement.

363 See fn. 358.

364 SWD(2016) 475 final, p. 19.

365 Cf. ECJ, Case C-507/15, *Agro Foreign Trade*, judgment of 16 February 2017, ECLI:EU:C:2017:129, para. 46.

366 See fn. 9.

367 See Art. 54(1) of the Association Council Decision No. 1/95.

and complex, whereas Association Council decisions, adopted by an established body, are not subject to such procedural intricacies. In sum, international agreements offer a stronger legal foundation but involve complex ratification processes, while Association Council decisions provide a more flexible alternative but suffer from legal uncertainty within Türkiye's legal order. Ultimately, neither mechanism can function without political commitment, which remains the decisive challenge.³⁶⁸

Moving forward, if there is sufficient political will,³⁶⁹ the association relationship is broad enough – both substantively and procedurally – to address key issues and reinforce its legal foundation.³⁷⁰ However, a passive, reactive approach – relying solely on judicial interpretation or incremental technical adjustments – will no longer suffice. A proactive, forward-looking strategy is essential. One approach is to strengthen the association framework, making it institutionally more robust, economically deeper, and adaptable to the extension of other EU policies, ultimately bridging the association and accession processes. Depending on the EU's trajectory,³⁷¹ this could eventually result in full membership for Türkiye or an alternative form of membership. At the very least, immediate steps must be taken to consolidate the legal framework,³⁷² ensuring that the association relationship remains relevant and responsive to contemporary challenges.

Bibliography

- AKDOĞAN, SAİDE ESRA, *Decrypting Sustainability in EU Free Trade Agreements: Substantive Content and the Enforceability of the Trade and Sustainable Development Chapters*, 1st edition, Netherlands, 2024
- ALKAN, UFUK, *Association Policy of the European Union and the Asymmetry Question*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2020, Vol. 19(2), pp. 365–400
- BARNARD, CATHERINE, *The Substantive Law of the EU: The Four Freedoms*, 6th edition, Oxford, 2019

368 See *European Commission/High Representative*, Joint Communication to the European Council, State of play of EU-Türkiye political, economic and trade relations, JOIN(2023) 50 final, pp. 10–11. Conclusions of the Presidency, April 17–18, 2024, pt. 9–10. Joint Statement by Executive Vice-President Dombrovskis and Minister of Trade Bolat at the EU-Türkiye High-Level Dialogue on Trade, July 8, 2024, <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/statement_24_3684> (5/2/2025).

369 On the importance of “will”, see *Lasok*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 1991/1&2, p. 29.

370 For instance, according to Lichtenberg, Ankara Agreement “... constitutes a reliable and effective basis for... facilitating a partial integration of [Türkiye] into the [EU]”. *Lichtenberg*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 1998/1, p. 144. In addition, according to *Lasok*, Ankara Agreement “... reveals a great potential as a framework agreement for a fruitful association leading to full membership”. *Lasok*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi 1991/1&2, p. 47.

371 For instance, see COM(2017) 2025 final.

372 See *Peers*, EJIL 1996/4, p. 428.

- BAYKAL, SANEM, *Turkey-EC Association Law and Recent Developments Regarding the Freedom of Establishment and Free Movement of Services*, in: *Turkey-EC Association Law*, 1st edition, İstanbul, 2010, pp. 13–51
- BİLGİN, A ASLI, *The Need for a Modernized EU-Turkey Customs Union: The Problems and the Solution Suggestions*, *Athens Journal of Mediterranean Studies*, 2018, Vol. 4(2), pp. 123–136
- BOELES, PIETER; DEN HEIJER, MAARTEN; LODDER, GERRIE; WOUTERS, KEES, *European Migration Law*, 2nd edition, Antwerp, 2014
- BOYLE, KEVIN, *Turkey and Accession to the European Union*, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2005, Vol. 23(1), pp. 3–6
- CASTILLO DE LA TORRE, FERNANDO, *The Court of Justice and External Competences after Lisbon: Some Reflections on the Latest Case Law*, in: Eeckhout, Piet; Lopez-Escudero, Manuel (eds.), *The European Union's External Action in Times of Crisis*, 1st edition, Oxford, 2016, pp. 129–186
- CHALMERS, DAMIAN; GARETH DAVIES; GIORGIO MONTI, *European Union Law*, 2nd edition, Cambridge, 2010
- COLARES, JUSCELINO F; DURMUŞ, MUSTAFA T, *TURK-SWITCH: The Tariff-Leverage and Legal Case for Turkey's Switch from EU-Turkey Customs Union to FTAs with the European Union and Beyond*, *Journal of International Economic Law*, 2019, Vol. 22(1), pp. 99–123
- EDITORIAL COMMENTS, *Turkey's Quest for Membership of the European Union*, *Common Market Law Review*, 2005, Vol. 42(6), pp. 1561–1566
- EECKHOUT, PIET, *EU External Relations Law*, 2nd edition, Oxford, 2012
- FOUBERT, PETRA, *Case C-434/93, Ahmet Bozkurt v. Staatssecretaris van Justitie, 1995 E.C.R. I-1475*, *Columbia Journal of European Law*, 1995, Vol. 1/3, pp. 515–523
- GÖÇMEN, İLKE, *Trade and Sustainable Development Chapters in EU's Trade Agreements and Their Potential Impact on Revision of EU – Türkiye Trade Framework*, in: *Legal Issues in Turkey – European Union Relations*, 1st edition, Ankara, 2022, pp. 143–185
- GÖÇMEN, İLKE, *Visa Issue between EU and Türkiye*, in: *Legal Issues in Turkey – European Union Relations*, 1st edition, Ankara, 2022, pp. 47–64
- GÖÇMEN, İLKE, *1/95 Sayılı Ortaklık Konseyi Kararı Türk Hukukunda Etki Doğurur Mu: Malların Serbest Dolaşımının Üç Alt Unsuru Temelinde Bir Değerlendirme*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 2020, No. 149, pp. 253–284
- GÖÇMEN, İLKE, *Revealing the Potential of the EU – Turkey Customs Union: Case C-65/16, Istanbul Lojistik, 19 October 2017, ECLI:EU:C:2017:770*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2018, Vol. 45(3), pp. 289–298

- GÖÇMEN, İLKE, *Avrupa Birliği ile Türkiye Arasındaki Gümrük Birliğinin Güncellenmesinin Yöntemi ve Usulü: Avrupa Birliği Açısından Bir Bakış*, Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi, 2016, Vol. 15(1), pp. 85–115
- GÖÇMEN, İLKE, *Freedom of Establishment and to Provide Services: A Comparison of the Freedoms in European Union Law and Turkey – EU Association Law*, Ankara Law Review, 2011, Vol. 8(1), pp. 71–109
- GÖÇMEN, İLKE, *To Visa, or Not to Visa: That is the (only) Question, or is it? Case C-228/06 Mehmet Soysal and Ibrahim Savatli v. Bundesrepublik Deutschland [2009] ECR I-1031*, Legal Issues of Economic Integration, 2010, Vol. 37(2), pp. 149–162
- GÖRAL, EMİRHAN; DARTAN, MUZAFFER, *The Customs Union in the Context of EU – Turkey Relations: An Evolution of Current Debates*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, 2016, Vol. 24(2), pp. 1–31
- GROENENDIJK, KEES, *The Long Term Residents Directive, Denizship and Integration*, in: Baldaccini, Anneliese; Guild Elspeth; Toner, Helen (eds.) *Whose Freedom, Security and Justice?: EU Immigration and Asylum Law and Policy*, 1st edition, Oxford, 2007, pp. 429–449
- HATZOPOULOS, VASSILIS, *Turkish Service Recipients under the EU-Turkey Association Agreement: Demirkan*, Common Market Law Review, 2014, Vol. 51(2), pp. 647–664
- HELISKOSKI, JONI, *Adoption of Positions under Mixed Agreements*, in: Hillion, Christophe; Koutrakos, Panos (eds.), *Mixed Agreements Revisited: The EU and its Member States in the World*, 1st edition, Oxford, 2010, pp. 138–159
- HILLION, CHRISTOPHE, *Negotiating Turkey's Membership to the European Union. Can the Member States Do as They Please?*, European Constitutional Law Review, 2007, Vol. 3(2), pp. 269–284
- HOFFMEISTER, FRANK, *International Agreement in the Legal Orders of the Candidate Countries: Introduction*, in: Ott, Andrea; Inglis, Kirstyn (eds.), *Handbook on European Enlargement: A Commentary on the Enlargement Process*, 1st edition, The Hague, 2002, pp. 209–220
- HOFFMEISTER, FRANK; SIEMER, ANTONIA, *The Legal Significance of Trade and Sustainability Chapters in EU Free Trade Agreements*, Zeitschrift für Europarechtliche Studien, 2024, Vol. 27(3), pp. 269–304
- HOOGENBOOM, ALEXANDER, *Turkish Nationals and the Right to Study in the European Union: A Progressive Interpretation*, European Journal of Migration and Law, 2013, Vol. 15(4), pp. 387–412
- KABAALIOĞLU, HALUK, *The Customs Union: A Final Step before Turkey's Accession to the European Union?*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, 1998, Vol. 6(1), pp. 113–140

- KARAYİĞİT, MUSTAFA TAYYAR, *Vive la Clause de Standstill: The Issue of First Admission of Turkish Nationals into the Territory of a Member State within the Context of Economic Freedoms*, *European Journal of Migration and Law*, 2011, Vol. 13(4), pp. 411–441
- KAYA, GÖZDE, *Free Movement of Turkish Citizens after the Soysal Judgment*, in: Cengiz, Firat; Hoffmann, Lars (eds.), *Turkey and the European Union: Facing New Challenges and Opportunities*, 1st Edition, London, 2014, pp. 121–137
- LASOK, DOMINIK, *The Ankara Agreement: Principles and Interpretation*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi* 1991, Vol. 1(1&2), pp. 27–47
- LEOPOLD, PATRICIA M, *External Relations Power of EEC in Theory and in Practice*, *The International and Comparative Law Quarterly*, 1977, Vol. 26(1), pp. 54–80
- LICHTENBERG, HAGEN, *Turkey and the European Union*, *Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi*, 1998, Vol. 6(1), pp. 141–147
- MATHIS, JAMES H, *Happy Golden Anniversary, EU: Turkey Customs Union*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2013, Vol. 40(4), pp. 291–296
- MELIN, PAULINE, *The Search of EU Competence(s) for the Externalization of Social Security Coordination – Where There's a Will, There's a Way*, *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2015, Vol. 22(3), pp. 440–452
- MINDERHOUD, PAUL, *Social Security Rights under Decision No 3/80 of the EEC-Turkey Association Council: Developments in the EU and in the Netherlands*, *European Journal of Social Security*, 2016, Vol. 18(3), pp. 268–285
- NEUWAHL, NANETTE, *EU-Turkey Customs Union: A Balance, but No Equilibrium*, *European Foreign Affairs Review*, 1999, Vol. 4, pp. 37–62
- NEUWAHL, NANETTE, *The European Parliament and Association Council Decisions: The example of Decision 1/95 of the EC/Turkey Association Council*, *Common Market Law Review*, 1996, Vol. 33(1), pp. 51–68
- NICOLA, FERNANDA G, *Promises of Accession: Reassessing the Trade Relationship between Turkey and the European Union Conference: Turkey: At the Crossroads of Secular West and Traditional East*, 2008, *American University International Law Review*, 2009, Vol. 24, pp. 739–782
- OTT, ANDREA, *The EU-Turkey Association and Other EU Parallel Legal Orders in the European Legal Space*, *Legal Issues of Economic Integration*, 2015, Vol. 42(1), pp. 5–30
- ÖZER, YONCA, *External Differentiated Integration between Turkey and the European Union: The Customs Union and its Revision*, *Turkish Studies*, 2020, Vol. 21(3), pp. 436–461
- PEERS, STEVE, *Case C-434/93, Ahmet Bozkurt v. Staatssecretaris van Justitie, Judgment of 6 June, 1995*, *Common Market Law Review*, 1996, Vol. 33(1), pp. 103–112

- PEERS, STEVE, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3rd edition, Oxford, 2012
- PEERS, STEVE, *Living in Sin: Legal Integration Under the EC-Turkey Customs Union*, European Journal of International Law, 1996, Vol. 7(4), pp. 411–430
- PİRİM, CEREN ZEYNEP, *The EU – Turkey Customs Union: From a Transitional to a Definitive Framework?*, Legal Issues of Economic Integration, 2015, Vol. 42(1), pp. 31–56
- REINERS, WULF; TURHAN, EBRU (Eds), *EU – Turkey Relations: Theories, Institutions, and Policies*, 1st edition, Switzerland, 2021
- ROGERS, NICOLA; SCANNELL, RICK; WALSH, JOHN, *Free Movement of Persons in the Enlarged European Union*, 2nd edition, United Kingdom, 2012
- SCHLOH, BERNHARD, *Some Remarks on the External Relations of the European Communities*. International Journal of Law Libraries, 1977, Vol. 5(1), pp. 23–27
- SIEVEKING, KLAUS, *Social Security for Turkish Citizens in the European Union: The Scope of Association Council Decision EEC-Turkey No. 3/80 from the German Perspective*, Marmara Avrupa Araştırmaları Dergisi, 2002, Vol. 10(1), pp. 65–79
- SVOBODA, ONDREJ, *The Common Commercial Policy after Opinion 2/15: No Simple Way to Make Life Easier for Free Trade Agreements in the EU*, Croatian Yearbook of European Law and Policy, 2019, Vol. 15, pp. 189–214
- TATHAM, ALLAN F, *Enlargement of the European Union*, 1st edition, Netherlands, 2009
- TEZCAN/İDRİZ, NARİN, *Legal Constraints on EU Member States in Drafting Accession Agreements: The Case of Turkey*, 1st edition, Netherlands, 2023
- TEZCAN/İDRİZ, NARİN, *Family Reunification under the Standstill Clauses of EU-Turkey Association Law: Genc*, Common Market Law Review, 2017, Vol. 54(1), pp. 263–280
- TEZCAN/İDRİZ, NARİN, *Free Movement of Persons between Turkey and the EU: To Move or not to Move? The Response of the Judiciary*, Common Market Law Review, 2009, Vol. 46(5), pp. 1621–1665
- TOBLER, CHRISTA, *Equal Treatment of Migrant Turkish Citizens in the EU: Contrasting the Kahveci Case with the Olympique Lyonnais Case*, Ankara Law Review, 2010, Vol. 7(1), pp. 1–28
- WIESBROCK, ANJA, *Political Reluctance and Judicial Activism in the Area of Free Movement of Persons: The Court as the Motor of EU – Turkey Relations?*, European Law Journal, 2013, Vol. 19(3), pp. 422–442

VAN ELSUWEGE, PETER; CHAMON, MERIJN, *The Meaning of “Association” under EU Law – A Study on the Law and Practice of EU Association Agreements*, Study for the AFCO Committee (PE 608.861), 2019



© İlke Göçmen

Abnahmevereinbarungen und das System der aggregierten Nachfrage nach dem Critical Raw Materials Act im Widerspruch zum unionalen Kartellrecht?

Yann Hohdorf^{*}

Inhalt	
A. Einführung	48
B. Problemaufriss	49
C. Akteure im Rohstoffmarkt	52
I. Anbieterseite	52
II. Nachfragerseite	53
D. Abnahmevereinbarungen (Art. 17 CRMA) am Maßstab des Art. 101 AEUV	53
I. Unternehmerische Verhaltenskoordination	54
II. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	57
E. Aggregierte Nachfrage (Art. 25 CRMA) am Maßstab des Art. 101 AEUV	58
I. Unternehmerische Verhaltenskoordination	58
II. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs	61
F. Bereichsausnahmen	62
I. Art. 101 Abs. 3 AEUV	62
1. Wirtschaftliche Betrachtung	62
2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher	63
3. Ergebnis	64
II. Critical Raw Materials Act	64
III. Art. 173 Abs. 1 AEUV	65
IV. Art. 346 AEUV	66
V. Art. 10 VO (EG) Nr. 1/2003	69
G. Art. 102 AEUV	70
H. Zusammenfassung und Schluss	71

* Der Verfasser ist Student der Rechtswissenschaft an der Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg. Der vorliegende Beitrag entstand im Rahmen eines Seminars, betreut von Prof. Dr. Marc Bungenberg, LL.M. (Lausanne), zum Thema „Aktuelle Herausforderungen des Europäischen und Internationalen Wirtschaftsrechts“ während eines Auslandssemesters an der Université de Lausanne.

Abstract

Der vorliegende Beitrag analysiert die kartellrechtlichen Implikationen des *Critical Raw Materials Act* (CRMA) der Europäischen Union, insbesondere hinsichtlich der neu eingeführten Instrumente der Abnahmevereinbarungen (Art. 17 CRMA) und der aggregierten Nachfragesysteme (Art. 25 CRMA). Eine wettbewerbsrechtliche Untersuchung zeigt, dass beide Instrumente, die unter anderem zur Sicherung der strategischen Rohstoffversorgung konzipiert wurden, tatbestandlich unter Art. 101 Abs. 1 AEUV fallen, da sie zu einer Koordinierung des unternehmerischen Verhaltens führen. Eine Rechtfertigung kann zwar über die Freistellungsregelung des Art. 101 Abs. 3 AEUV aufgrund nachweisbarer wirtschaftlicher Vorteile und angemessener Verbraucherbeteiligung erreicht werden, ist jedoch an das fortdauernde Vorliegen dieser Voraussetzungen gebunden. Der CRMA selbst kann als sekundärrechtlicher Akt keine eigenständige Rechtfertigungsgrundlage bieten, und auch Art. 173 AEUV zur Industrieförderung scheidet aufgrund des expliziten Vorrangs des Wettbewerbsrechts als Rechtfertigungsgrund aus. Die Arbeit verdeutlicht damit die rechtliche Prekarität der CRMA-Instrumente, deren Zulässigkeit maßgeblich von der dauerhaften Erfüllung der Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV abhängen.

Offtake Agreements and the System of Aggregated Demand under the Critical Raw Materials Act contrary to Union Antitrust Law?

This article analyses the antitrust implications of the Critical Raw Materials Act (CRMA) of the European Union, in particular with regard to the newly introduced instruments of off-take agreements (Art. 17 CRMA) and systems of aggregated demand (Art. 25 CRMA). An analysis under competition law shows that both instruments, which were designed, among other things, to secure the strategic supply of raw materials, fall within the scope of Art. 101(1) TFEU, as they lead to the coordination of business behaviour. Although justification can be achieved via the exemption provision of Art. 101(3) TFEU on the basis of demonstrable economic advantages and appropriate consumer participation, this is linked to the continued existence of these conditions. As an act of secondary law, the CRMA itself cannot provide an independent basis for justification, and Art. 173 TFEU on industrial promotion can also be ruled out as a justification due to the explicit primacy of competition law. The work thus illustrates the legal precariousness of the CRMA instruments, the admissibility of which depends largely on the permanent fulfilment of the exemption requirements of Art. 101(3) TFEU.

Keywords: Critical Raw Material Act, EU Law, Ressources, Raw Materials Law, Supply Chain Security, Competition Law, Antitrust Law, Strategic Autonomy

A. Einführung

Die Wirtschaft der Europäischen Union im Allgemeinen und die deutsche Wirtschaft im Speziellen ist hochgradig von bestimmten, sog. kritischen Rohstoffen,¹ abhängig. Insbesondere, um die ehrgeizigen Ziele der Europäischen Union in den Bereichen der grünen und digitalen Transformation, aber auch im Bereich der Verteidigungsautonomie zu erreichen, ist eine beständige und nachhaltige Ressourcenversorgung unerlässlich.

Im Zuge dessen erscheint es höchstproblematisch, dass viele Mitgliedstaaten,² und auch die Europäische Union in einer Gesamtbetrachtung,³ hochgradig abhängig von den Importen dieser kritischen Rohstoffe aus Drittstaaten sind. Die Problematik fasert sich in zwei Dimensionen auf: Einerseits stehen viele der Exportstaaten im politischen Wettbewerb zur Europäischen Union. Sie sind häufig keine stabilen Demokratien, sondern regelmäßig Diktaturen oder Staaten mit erodierenden Regierungssystemen.⁴ Durch die starke Importabhängigkeit der Europäischen Union fördert sie also mittelbar oder sogar unmittelbar solche Staaten, die zur Europäischen Union im Systemwettbewerb stehen. Besonders die Importabhängigkeit zu China fällt ins Auge.⁵ Diese beträgt bei Rohstoffen und Mineralien insgesamt 75 % und bei Seltenerdmetallen sogar 91 %.⁶ Die Volksrepublik China wird von vielen als systemischer Rivale und teilweise sogar als systemischer Feind der Europäischen Union gesehen.⁷ Darüber hinaus ist die Konzentration an kritischen Rohstoffen auf dem afrikanischen Kontinent sehr groß.⁸ Diese werden zwar in afrikanischen Staaten ge-

- 1 Rohstoff bezeichnet nach Art. 2 Nr. 1 Critical Raw Materials Act, „einen verarbeiteten oder unverarbeiteten Stoff, der als Input für die Herstellung von Zwischen- oder Endprodukten verwendet wird, mit Ausnahme von Stoffen, die überwiegend als Lebensmittel, Futtermittel oder Brennstoff verwendet werden“. Eine Auflistung der strategischen und kritischen Rohstoffe findet sich in den Anhängen I und II zum Critical Raw Material Act.
- 2 Für Deutschland: FAZ, Deutschland bei 14 kritischen Rohstoffen komplett auf Import angewiesen, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/wirtschaft/deutschland-bei-14-rohstoffen-komplett-auf-import-angewiesen-18533285.html> (11/2/2025).
- 3 *Banque France*, Critical raw materials: the dependence and vulnerabilities of the EU, abrufbar unter: <https://www.banque-france.fr/en/publications-and-statistics/publications/critical-raw-materials-dependence-and-vulnerabilities-eu> (11/2/2025); *Grohöl/Veeb*, S. 8, Tabelle C.
- 4 Vgl. *Schulze*, Security of Supply in Times of Geo-economic Fragmentation, abrufbar unter: https://www.swp-berlin.org/publications/products/comments/2024C15_SecurityOfSupply.pdf (11/2/2025).
- 5 Vgl. *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags*, Kritische Rohstoffe aus Afrika für die Energiewende in Deutschland, WD 5 – 3000 – 091/23 2024, S. 10.
- 6 *Matthes*, Importseitiges De-Risking von China im Jahr 2023. Eine Anatomie hoher deutscher Importabhängigkeiten von China, IW-Report, Nr. 18, 2024, Köln, S. 11 Tabelle 3-1.
- 7 *Lau*, China won't like the sound of EU commissioner hearings. Here's why., abrufbar unter: <https://www.politico.eu/article/eu-commission-braces-tougher-relationship-china-trade-kaja-kallas/> (6.2.2025); *Small/Glaser*, China: From Systematic Rival to Systematic Threat, abrufbar unter: <https://www.gmfus.org/news/china-systemic-rival-systemic-threat> (6.2.2025).
- 8 *Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestags*, Kritische Rohstoffe aus Afrika für die Energiewende in Deutschland, WD 5 – 3000 – 091/23, 2024, S. 10ff.

fördert, aber an anderer Stelle final verarbeitet.⁹ Die Hauptlast dieser Verarbeitung erfolgt in China.¹⁰ Die reale Abhängigkeit von der Volksrepublik im Bezug auf die kritischen Rohstoffe ist also noch höher, da die Europäische Union hauptsächlich die dort verarbeiteten Rohstoffe importiert und selbst über wenig Raffinerien zur Aufbereitung der Rohstoffe verfügt. Diese politische Problemstellung lässt sich allerdings kaum durch eine Verordnung zur Sicherstellung der Rohstoffversorgung lösen, denn dafür ist sie zu vielschichtig. Dieser Beitrag soll sich daher auf die die rechtliche und ökonomische Dimension des Themas konzentrieren.

Die Unternehmen im Unionsmarkt sind auf einen steten Zufluss von Rohstoffen zur Aufrechterhaltung ihrer Produktion angewiesen. Es ist davon auszugehen, dass im Zuge der grünen und digitalen Transformation¹¹ und im Auf- bzw. Ausbau der strategischen Autonomie, nicht zuletzt begründet durch die Wahl von Donald Trump zum Präsidenten der Vereinigten Staaten,¹² immer mehr respektive andere Rohstoffe, die eine noch größere Importabhängigkeit zur Folge hätten, benötigt werden, um mit anderen Staaten mithalten zu können und die wirtschaftliche Prosperität der Europäischen Union aufrechtzuerhalten.

B. Problemaufriss

Der eingangs beschriebenen wirtschaftlichen Dimension soll vom EU-Gesetzgeber durch die Verabschiedung des *Critical Raw Materials Act* (CRMA)¹³ begegnet werden.¹⁴ Darin werden verschiedene Instrumente eingeführt, die die Rohstoffversorgung der Europäischen Union absichern und von einzelnen Produzentenländern unabhängiger machen sollen.¹⁵ Die Lieferketten sollen also diversifiziert werden.¹⁶ Ein weiteres Ziel ist die Stärkung und Ertüchtigung derjenigen Unionswirtschaftszweige, die stark von importierten Rohstoffen abhängen.¹⁷ Speziell um diese Ziele zu erreichen, plant der Unionsgesetzgeber, sich zweier Instrumente zu bedienen:

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Ibid.*

¹¹ Brüggenmann/Levinger, Rohstoffbedarf und -sicherheit in Zeiten der grünen und digitalen Transformation, abrufbar unter: <https://www.kfw.de/PDF/Download-Center/Konzepte/Research/PDF-Dokumente-Fokus-Volkswirtschaft/Fokus-2022/Fokus-Nr.-3-99-September-2022-Rohstoffsicherheit.pdf> (11/2/2025).

¹² Deutschlandfunk, Der Wahlsieg Trumps und die Auswirkungen auf EU, NATO und Ukraine, abrufbar unter: <https://www.deutschlandfunk.de/us-wahl-trump-nato-eu-ukraine-100.html#Bedeutung-fuer-Deutschland-Europa> (11/2/2025).

¹³ Verordnung (EU) 2024/1252 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. April 2024 zur Schaffung eines Rahmens zur Gewährleistung einer sicheren und nachhaltigen Versorgung mit kritischen Rohstoffen und zur Änderung der Verordnungen (EU) Nr. 168/2013, (EU) 2018/858, (EU) 2018/1724 und (EU) 2019/1020, ABl. L 2024/1252 vom 3. März 2024.

¹⁴ Erwägungsgrund Nr. 2 CRMA.

¹⁵ Quecke/Eilebrecht, EuZW 2024/11, S. 493.

¹⁶ Schäffer/Hach, ZRP 2023/7, S. 207.

¹⁷ Erwägungsgrund Nr. 49 CRMA.

Abnahmevereinbarungen, die in Art. 17 CRMA geregelt sind, und sogenannten aggregierten Nachfragesystemen, deren Inhalt in Art. 25 CRMA bestimmt ist.

Die Abnahmevereinbarungen nach Art. 17 CRMA sollen von der Kommission so ausgestaltet werden, dass potenzielle Abnehmer Gebote unter Angabe von Menge, Qualität, Preis (oder -spanne) der gegenständlichen Rohstoffe abgeben können.¹⁸ Die Anbieter sollen, spiegelbildlich dazu, die Möglichkeit erhalten, Angebote unter Einschluss der gleichen Informationen abzugeben.¹⁹ Die Kommission stellt dann unter Abgleich der abgegebenen An- und Gebote den Kontakt zwischen den zukünftigen Parteien her.²⁰ Es entstehen also neue Kontaktnetze zwischen den an der Vereinbarung beteiligten Parteien, die durch die Kommission ermöglicht werden. Ein Vertragsschluss selbst folgt durch diese Kontaktherstellung allerdings nicht.

Das System der aggregierten Nachfrage nach Art. 25 CRMA soll dergestalt eingerichtet werden, dass Nachfragerunternehmen in der Europäischen Union ihren Bedarf an strategischen Rohstoffen an die Kommission melden und diese sodann mit den vornehmlich drittstaatlichen Lieferanten in Kontakt tritt, um den Bedarf der Unionsunternehmen decken zu können.²¹ Dieses System soll für alle Unternehmen im Binnenmarkt zugänglich sein.²² Hier wird also nicht nur der Kontakt zwischen Unternehmen neu hergestellt. Vielmehr holt die Kommission selbst Angebote ein.²³ Ob diese Angebote dann lediglich an die teilnehmenden Unternehmen auf Nachfrageseite weitergeleitet werden, oder ob die Kommission im Wege einer Art Stellvertretung selbst anhand der gesammelten oder aggregierten Nachfrage den Vertragsschluss mit den Projektträgern vornimmt, ist nicht eindeutig geklärt. Zwar lässt sich aus dem Wortlaut keine genaue Definition entnehmen. Die amtliche Überschrift des Art. 25 CRMA spricht allerdings von „Gemeinsame[r] Beschaffung“. Im funktionalen Vergleich zu Art. 17 CRMA würde sich ein handfester Unterschied nur ergeben, wenn die Kommission selbst als Vertragspartnerin auftreten würde. Dies würde auch den erhofften Synergieeffekt verstärken, der zur Makulatur verkäme, wenn die Union erneut lediglich den Kontakt zwischen der Parteien der Vereinbarung herstellen würde.

Ein systematischer Vergleich mit der Verordnung über mehr Solidarität durch eine bessere Koordinierung der Gasbeschaffung, zuverlässige Preis-Referenzwerte (sic!) und den grenzüberschreitenden Austausch von Gas²⁴ bietet sich nach Erwägungsgrund 49 S. 3 CRMA²⁵ an. Demnach soll die Kommission die Erfahrungen der VO (EU) 2022/2567 berücksichtigen. Eine Bindungswirkung ist allerdings nicht vorgesehen, sodass diese VO lediglich eine Indizwirkung für die Auslegung

18 Art. 17 Abs. 2 CRMA.

19 Art. 17 Abs. 3 CRMA.

20 Art. 17 Abs. 4 CRMA.

21 Art. 25 Abs. 1 S. 1 CRMA.

22 Art. 25 Abs. 4 CRMA.

23 Art. 25 Abs. 1 S. 1 CRMA.

24 VO (EU) 2022/2576 über mehr Solidarität durch eine bessere Koordinierung der Gasbeschaffung, zuverlässige Preis-Referenzwerte und den grenzüberschreitenden Austausch von Gas, ABl. L335 v. 29.12.2022 (fortan VO (EU) 2022/2567).

25 Spricht im Kontext der VO (EU) 2022/2576 von einer „ähnlichen Bemühung“.

des CRMA haben kann. In Erwägungsgrund 8 S. 3 VO (EU) 2022/2567 ist normiert, dass die Unternehmen, die ihre Nachfrage aggregierend weitergegeben haben, diese Nachfrage selbst befriedigen müssen. Dies können sie entweder einzeln erledigen, wodurch sich keine Vorteil durch die Nachfrageaggregation ergeben würde, oder in koordinierter Art und Weise mit anderen Gasabnehmern, sodass auch hier eine Unternehmensvereinbarung vorliegen könnte. In Erwägungsgrund 13 VO (EU) 2022/2567 wird ein System angedacht, welches die Unternehmen, die ihre Nachfrage an die Kommission²⁶ weitergegeben haben, an diese weitergegebene Nachfrage bindet. Eine Weitergabe des Nachfragegebots würde dann also wie ein rechtlich bindendes Kaufgebot wirken, und damit der Kommission nicht nur die Kontaktvermittlung zuspülen.

In einer Gesamtbetrachtung lässt sich die Rolle der Kommission im System der aggregierten Nachfrage ohne höchstrichterliche Rechtsprechung nicht genau identifizieren. Sicher ist jedenfalls, dass die Kommission anders als in Art. 17 CRMA nicht nur die bloße Kontaktvermittlerin ist, sondern eine tragende Rolle beim Vertragsschluss über die kritischen Rohstoffe einnimmt. Ob sie dabei nur Empfangsvertreterin der Nachfrager ist, wie der Vergleich zur VO (EU) 2022 /2567 vermuten lässt, oder der Vertragsschluss in Form eines Insigengeschäfts gleichzeitig bei der Kommission erfolgt, kann hier nicht abschließend geklärt werden.

Beide Instrumente – Abnahmevereinbarungen und das System der aggregierten Nachfrage – stellen wirtschaftspolitische Eingriffe in den primärrechtlich garantierten Binnenmarkt²⁷ und das darin zum Ausdruck kommende *Bekenntnis zur sozialen Marktwirtschaft*,²⁸ welches die weitestgehende Vermeidung staatlicher Interventionen in die Wirtschaftsordnung voraussetzt,²⁹ dar.

Darüber hinaus könnte ein Zielkonflikt mit den wettbewerbsrechtlichen Vorgaben des Unionsrechts aus den Art. 101ff. AEUV vorliegen. Auch das europäische Wettbewerbsrecht erschließt sich nur im Gesamtkontext der freien³⁰ Marktwirtschaft. Das Wettbewerbsrecht soll gerade solche Verhaltensweisen unterbinden, die den freien Warenverkehr zwischen den Mitgliedstaaten verhindern oder erschweren.³¹ Der CRMA könnte also ein gut gemeintes Instrument zur Reduzierung von Abhängigkeiten von anderen Staaten sein, welches aber den Binnenmarkt (als Ganzes oder jedenfalls einzelne Akteure in diesem) durch die Ermöglichung von *de lege lata* wettbewerbsrechtlich wenigstens fragwürdigen Übereinkommen tatsächlich schwächt.

26 In der VO (EU) 2022/2567 wird von Dienstleistern gesprochen. Nach Art. 7 dieser Verordnung übernehmen die Dienstleister allerdings die Rolle, die im CRMA der Kommission zugeschrieben wird, bzw. kann die Kommission nach Art. 25 Abs. 8ff. CRMA ihre Aufgaben ebenso an einen Dienstleister auslagern, sodass der Begriff des Dienstleisters in der VO (EU) 2022/2567 der Verständlichkeit und Einheitlichkeit halber in Kommission gem. CRMA abgeändert wird.

27 Vgl. nur Art. 3 Abs. 3 UAbs. 1 S. 1, 2 EUV und Art. 26 Abs. 1 AEUV.

28 Kingreen, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 345 AEUV, Rn. 3.

29 Vgl. Immenga/Mestmäcker, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Einleitung, Rn. 22.

30 Im Sinne einer sozialen Marktwirtschaft.

31 Art. 101 Abs. 1 AEUV; vgl. auch Schroeder, GK Europarecht, § 19 Rn. 8 f.

Zu untersuchen ist also, inwiefern die beiden Instrumente der Abnahmevereinbarung und der aggregierten Nachfrage – falls und soweit sie in der Praxis angewendet werden (was abzuwarten bleibt) – gegen geltendes EU-Wettbewerbsrecht verstoßen, ob die Vorschriften dergestalt vertragskonform ausgelegt werden können, dass ein Wettbewerbsrechtsverstoß nicht besteht und letztlich, ob bzw. wie diese potentiellen Verstöße entweder durch eine primärrechtskonforme Auslegung der gegenständlichen Artikel vermieden oder wiederum gerechtfertigt werden könnten.

Denkbar sind im Falle einer Verletzung wettbewerbsrechtlicher Verbotsnormen die Rechtfertigungsgründe gemäß Art. 101 Abs. 3 AEUV bzw. eine Freistellung nach Art. 102 AEUV. Auch der CRMA selbst könnte, soweit er die unionsverfassungsrechtlichen Anforderungen erfüllt, *eo ipso*-Rechtfertigungsgrund sein.

C. Akteure im Rohstoffmarkt

Um zu ermitteln, ob die *Abnahmevereinbarungen* und das System der *aggregierten Nachfrage* tatsächlich wettbewerbsrechtswidrige Übereinkommen oder Vereinbarungen bewirken, gilt es erst einmal, die Akteure im europäischen Rohstoffmarkt zu identifizieren.

I. Anbieterseite

Der CRMA konstatiert in Erwägungsgrund 49, dass der europäische Markt „sich auf die Angebotsseite [konzentriere]“. Dadurch wird die Verhandlungsmacht der Verkäufer, also der Anbieter, gestärkt und die Preise für die Nachfrager stiegen bei stagnierender Qualität.³² Eine Begriffserklärung der Anbieter im CRMA bleibt aus. Der Anbieterbegriff wird allerdings in Art. 17 Abs. 4 CRMA kontextualisiert: Die Union stellt den Kontakt zwischen den „Projektträgern strategischer Projekte und den für ihr Projekt infrage kommenden [...] Abnehmern her.“ Bei den Anbietern handelt es sich also um die Projektträger i.S.d. Art. 17 Abs. 4 CRMA. Der Begriff des Projektträgers ist wiederum in Art. 2 Nr. 17 CRMA legaldefiniert als ein „Unternehmen (...), das ein Rohstoffprojekt entwickelt“. Leider wurde das Kernelement des Rohstoffprojekts in der gesamten Verordnung nicht definiert. Es wird lediglich in den Erwägungsgründen Nr. 5, 14, 19, 26 und 34 verwendet im Sinne eines unbestimmten Rechtsbegriffs. Gemeint könnten damit nur jegliche Unternehmungen sein, die irgendeine Verbindungen zu Rohstoffen,³³ deren Gewinnung oder Verwertung oder dem Erwerb oder der Veräußerung aufweisen. Es fällt also anders gesagt jedes Unternehmen, deren Geschäftstätigkeit sich konkret auf Rohstoffe bezieht oder mit diesen in sonstiger Weise in Verbindung steht, unter den Begriff.

³² Erwägungsgrund Nr. 49 CRMA.

³³ Rohstoffe sind nach Art. 2 Nr. 1 CRMA definiert als „Rohstoff bezeichnet einen verarbeiteten oder unverarbeiteten Stoff, der als Input für die Herstellung von Zwischen- oder Endprodukten verwendet wird, mit Ausnahme von Stoffen, die überwiegend als Lebensmittel, Futtermittel oder Brennstoff verwendet werden“.

Durch die unpräzise bzw. fehlende Konkretisierung der angesprochenen Rohstoffprojekte wird der personelle Anwendungsbereich der Artt. 17 und 25 CRMA tendenziell weit gedehnt. Er bezieht damit viele Unternehmen ein, ungeachtet der Tätigkeitserstreckung, der Größe, der Rechtsform oder der Wirtschaftlichkeit.

Die bloße Definition der Anbieterseite schränkt den Anwendungsbereich der Artt. 17 und 25 also nicht ein, sie dehnt ihn aus. Durch die Erweiterung des Schutzbereiches der Artt. 17, 25 muss es im Gegenzug auch eine größere Bandbreite an möglichen Rechtfertigungsgründen geben. Dies ergibt sich schon daraus, dass ein einheitlicher Schutzgehalt gewährleistet sein muss. Darauf wird zurückzukommen sein.³⁴

II. Nachfragerseite

Auf der Nachfragerseite ist der CRMA dankenswerterweise konkreter geworden. Abnehmer sind in Art. 2 Nr. 15 legaldefiniert als „Unternehmen, [die] mit einem Projektträger eine Abnahmevereinbarung geschlossen ha[ben]“. Abnahmevereinbarungen sind in der folgenden Nr. 16 definiert und meinen „jede vertragliche Vereinbarung zwischen einem Unternehmer und einem Projektträger, die die Verpflichtung eines Unternehmers beinhaltet (...) Rohstoffe zu beschaffen, oder eine Verpflichtung seitens des Projektträgers, dem Unternehmer die Möglichkeit dazu zu geben“. Es mangelt auch hier an einer konkreten Definition, sodass an die Ausführung zur Anbieterseite verwiesen kann.

D. Abnahmevereinbarungen (Art. 17 CRMA) am Maßstab des Art. 101 AEUV

Durch Art. 17 CRMA werden Abnahmevereinbarungen zwischen Rohstoffunternehmen (Projektträgern auf Anbieterseite und Abnehmern) geschlossen. Entlang dieser Vereinbarungen stellt die Kommission dann den Kontakt zwischen den beteiligten Unternehmen her. Fraglich ist nun, ob der Eingang bzw. Abschluss einer solchen Vereinbarung zwischen den Parteien auch eine rechtswidrige Vereinbarung i.S.d. Art. 101 AEUV darstellt.

Zur Tatbestandsmäßigkeit des Art. 101 Abs. 1 AEUV müssen die Unternehmen taugliche Adressaten der Norm sein, es muss eine rechtswidrige Form der Verhaltenskoordinierung vorliegen und durch diese Verhaltenskoordinierung muss eine tatsächlich spürbare Wettbewerbsbeschränkung vorliegen, die auch den zwischenmitgliedstaatlichen Handel tangiert.³⁵

Wie bereits dargelegt, unterliegen praktische alle Unternehmen, die in irgendeiner Weise am Rohstoffmarkt partizipieren dem Art. 17 CRMA.³⁶ Tatbestandlich fallen unter den Art. 101 Abs. 1 AEUV Unternehmen in einem funktionalen Sinne,³⁷ also

³⁴ Siehe sogleich unter F.

³⁵ Vgl. *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), vor Art. 101 AEUV.

³⁶ Siehe oben B.

³⁷ *Stockenhuber*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 51.

„jede eine wirtschaftliche Tätigkeit ausübende Einheit, unabhängig von ihrer Rechtsform und der Art ihrer Finanzierung.“³⁸ Der Anwendungsbereich ist hier also vergleichbar weit gefasst und Unternehmen, die in den Tatbestand des Art. 17 CRMA fallen, fallen tatbestandlich gleichsam unter den des Art. 101 Abs. 1 AEUV.³⁹

I. Unternehmerische Verhaltenskoordination

Das Hauptaugenmerk liegt auf der konkreten Form der unternehmerischen Verhaltenskoordination. Bei den sog. Abnahmevereinbarungen nach Art. 17 CRMA kommen gerade die Absprachen der Unternehmen in Form kartellrechtswidriger vertikaler Vereinbarungen zwischen Unternehmen nach Art. 101 Abs. 1 Alt. 1 AEUV in Betracht. Eine solche Vereinbarung liegt vor, wenn Unternehmen (rechtlich bindend oder nicht)⁴⁰ gemeinsam und übereinstimmend den Willen zum Ausdruck bringen, sich im Markt in bestimmter Weise zu verhalten.⁴¹

Bei den zu untersuchenden Abnahmevereinbarungen geben die Parteien Gebote bzw. Angebote ab. Diese enthalten Informationen über Menge, Qualität, Preis (oder -spanne) und die geplante Bindungsdauer der Gebote.⁴² Der gemeinsame Wille zum vorteilhaften Vertragsschluss ist jeder wirtschaftlich agierenden Einheit inhärent und daher kein tauglicher Anknüpfungspunkt. Die an Abnahmevereinbarungen teilnehmenden Unternehmen könnten jedoch durch die bloße Teilnahme an ihnen den erforderlichen übereinstimmenden Marktverhaltenswillen bilden und ausdrücken. Die Unternehmen, die ihre Nachfrage in dem von der Kommission eingerichteten System anmelden, haben ein Interesse daran, ihren Bedarf an kritischen Rohstoffen möglichst kosteneffizient zu decken. Dafür geben sie die oben

38 EuGH, Rs. 55/96, *Job Centre coop*, Urteil v. 18. Juni 1997, ECLI:EU:C:1997:603, Rn. 21; EuGH, Rs. 244/94, *Fédération Française des Sociétés d'Assurance*, Urteil v. 16. November 1995, ECLI:EU:C:1995:392; EuGH, Rs. 205/03, *FENIN*, Urteil v. 11. Juli 2006, ECLI:EU:C:2006:453; EuGH, T-138/07, *Schindler Holding*, Urteil v. 18. Juli 2013, ECLI:EU:T:2013:362, Rn. 65; ebenso ABl. L 243 v. 19.9.1994 L 243, S. 1.

39 Auf die einzelnen Abgrenzungsfragen kann hier nicht eingegangen werden; sie werden aber durchaus konstruktiv diskutiert. Es ergeben sich jedoch keine Änderungen für die spezielle Anwendung des Art. 17 CRMA, sodass auf die allgemeinen Grundsätze, die zur Fragestellung entwickelt wurden, verwiesen werden kann. Instrukтив z.B. Zimmer, in: Immeng/Mestmäcker (Hrsg.), Art. 101 Abs. 1 AEUV, der sich auch mit der Fragestellung von Unternehmen in öffentlicher Hand beschäftigt, denen im Rohstoffmarkt gerade auf internationaler Ebene auch schon vor dem CRMA durchaus einige Relevanz zukam.

40 Schröter/Vormizeele, in: Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 40; EuGH, Rs. C-277/87, *Sandoz*, Urteil v. 14. Oktober 1999, ECLI:EU:C:1999:499, Rn. 13.

41 EuGH, Rs. 41/69, *ACF Chemiefirma*, Urteil v. 15. Juli 1970, ECLI:EU:C:1970:71, Rn. 112; EuGH, Rs. 209/78, *van Landewyck*, Urteil v. 29. Oktober 1980, ECLI:EU:C:1980:248, Rn. 86; EuGH, Rs. T-7/89, *Hercules Chemicals*, Urteil v. 12. Dezember 1991, Rn. 256; EuGH, Rs. T-347/94, *Mayr Melnhof*, Urteil v. 14. April, 1998, ECLI:EU:T:1998:101, Rn. 65; EuGH, Rs. T-41/96, *Bayer*, Urteil v. 26. Oktober 2000, ECLI:EU:T:2000:242, Rn. 67, 69; EuGH, Rs. T-99/04, *AC Treuhand*, Urteil v. 8. Juli 2008, ECLI:EU:T:2008:256, Rn. 118.

42 Vgl. Art. 17 Abs. 2, 3 CRMA.

aufgelisteten Informationen Preis. Diese bloßen Abnahmevereinbarungen sind noch keine bindenden Verträge.⁴³ Allerdings wissen durch die Teilnahme am System der Abnahmevereinbarungen beide Parteien – sowohl Abnehmer als auch Projektträger – von der nachgefragten bzw. bereitgestellten Menge an kritischen Rohstoffen. Wenn beide Parteien also im System der Abnahmevereinbarung einen übereinstimmenden Willen zum Ausdruck zu bringen, entsteht zwischen den beiden Akteuren, die diesen übereinstimmenden Willen haben eine stille Übereinkunft, sich entsprechend ihres in der Abnahmevereinbarung kundgetanen Willens zu verhalten. Die Unternehmen, die diese Abnahmevereinbarungen eingehen, stehen naturgemäß auf verschiedenen Stufen der Produktions- und Wettbewerbskette. Es handelt sich also um Vereinbarungen in der vertikalen Ebene.⁴⁴

Die genaue Rolle der Kommission bleibt allerdings genauer zu untersuchen. Die Kommission könnte im Rahmen einer sog. *Hub and Spoke*-Konstellation die Unternehmensvereinbarungen auf vertikaler Ebene nicht nur vereinfachen, sondern sie könnte integraler Bestandteil der Koordinierung sein. Dies würde dazu führen, dass die Kommission selbst Teil dieser Konstellation zwischen Abnehmern und Projektträgern werden würde und sich, das wird noch zu untersuchen sein, damit selbst in die Schusslinie des Kartellrechts begibt.

Um zur Frage zu gelangen, inwieweit die Kommission tatsächlich an der *inter partes* Konstellation beteiligt ist, gilt es die Voraussetzungen der *Hub and Spoke*-Konstellation zu untersuchen. Eine einheitliche europäische Rechtsprechung oder Regulierungstendenz hat sich dazu bisher nicht herausgebildet.⁴⁵ Eindeutig ist, dass die Kommission – im Bild der Kommission als *Hub* zu sehen – die von dem Projektträger (erste *Spoke*) erhaltenen Informationen an die Abnehmer (zweite *Spoke*) weitergeben muss.⁴⁶ Allerdings müssen die *Spokes* subjektive Elemente vorweisen, um die zufällige Weitergabe oder Nutzung von Informationen, ohne Kenntnis oder Billigung durch Rohstoffunternehmen oder Abnehmer, zu verhindern.⁴⁷ Die Projektträger geben ihre Gebote allerdings nicht im Wissen oder mit dem zugrundelie-

43 Dies ergibt sich zwingend aus den gleichen systematischen Erwägungen, die oben unter B für eine Bindungswirkung der Maßnahmen nach Art. 25 CRMA sprechen. Dazu sogleich auch noch unter E.I. Ob und wie in den bloßen Abnahmevereinbarungen selbst schon eine rechtliche Bindungswirkung zu sehen ist, ist unklar. Es wird davon auszugehen sein, dass, da die Europäische Kommission nur Kontaktmittlerin ist, sich der Vertragsschluss nach dem nationalen (oder internationalen) Privatrecht der Parteien richtet, welches sich wiederum nach den Parteivereinbarungen im konkreten Einzelfall richtet. Jedenfalls steht die eventuell fehlende rechtliche Bindungswirkung der Abnahmevereinbarung einer kartellrechtswidrigen Absprache nicht entgegen.

44 Vgl. Seeliger, in: Wiedemann (Hrsg.), § 11 Rn. 78.

45 Hainz/Benditz, EuZW 2012/18, S. 686, mit rechtsvergleichendem Hinweis zur Rechtsprechung des Britischen Court of Appeal (*Argos Ltd. and Littlewoods Ltd. v Office of Fair Trading* [2006] EWCA Civ 1318; *JJB Sports Plc v Office of Fair Trading* [2006] CAT 27).

46 Hainz/Benditz, EuZW 2012/18, S. 686.

47 Die Annahme von einer zufälligen Weitergabe von Informationen verbietet sich nicht zuletzt, da Zuwiderhandlungen gegen das Kartellrecht „angesichts ihrer Art und der Art und Schwere der derentwegen verhängten Sanktionen von persönlicher Natur [sind]“ EuGH, Rs. C-49/92, *Hüls*, Urteil v. 8. Juli 1999, ECLI:EU:C:1999:358, Rn. 78.

genden Willen an die Kommission ab, dass die Kommission diese Informationen dann an die Abnehmer weitergibt und sich die beiden Parteien darüber koordinieren. Die Projektträger machen sich lediglich ein System zu nutze, welches von der Kommission eingerichtet wird. Es fehlt also an einer aktiven Handlung der Kommission im Rahmen der tatsächlichen Informationsweitergabe, die für das Vorliegen einer *Hub and Spoke*-Konstellation zwingend erforderlich wäre. Diese Feststellung gilt es allerdings im Rahmen des Art. 25 CRMA mit einer aktiveren Rolle der Kommission erneut zu erörtern.

Es ist mitnichten so, dass alle Teilnehmer, die im Rahmen der Abnahmevereinbarung An- oder Gebote abgeben, Teil einer solchen Vereinbarung werden. Analogien zu einer Idee der verbotenen Frucht, die alle Akteure, die mittelbar an einem System teilnehmen, welches auch zu kartellrechtswidrigen Vereinbarungen führt, ebenso zu kartellrechtswidrig Handelnden zu erklären, verbieten sich also. Allerdings besteht bei übereinstimmendem Willen eben doch eine Übereinkunft oder Vereinbarungen zwischen den Akteuren, die korrespondierende Abnahme- oder Anbietungserklärungen abgegeben haben. Die beiden Beteiligten bringen schließlich konkludent den Willen zum Ausdruck, sich entsprechend ihrer Erklärungen im Markt zu verhalten.⁴⁸ Anhand einer hypothetischen Bewertung der Rechtslage, bei Nichtbestehen der Abnahmevereinbarungen, lässt sich das Ergebnis veri- oder falsifizieren. Würden die Unternehmen ihre An- und Gebote nicht auf einer von der Kommission gestellten Ebene sammeln, sondern nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten, würden die Angebote bilateral zwischen den potentiellen Parteien abgegeben. Sie hätten also keine Indizwirkung auf andere Unternehmen und würden damit auch keine indirekte Handlungsverpflichtung für die Wettbewerber entfalten.

Denkbar ist nun, dass die Kommission nach dem strengen Wortlaut von Art. 17 Abs. 1 Hs. 2 CRMA verpflichtet ist, eine wettbewerbskonforme Regelung zu treffen, das System also überhaupt nur so ausgestalten dürfte, soweit es mit dem Wettbewerbsrecht vereinbar ist. Man könnte das oben besprochene System unter rein wettbewerbsrechtlichen Gesichtspunkten derart ausgestalten, dass die Parteien anonym sind. Dadurch könnte eine Absprache definitionsgemäß schon ausgeschlossen werden. Ohne die Gegenpartei nicht zu kennen, kann man sich mit ihr auch nicht verständigen. Es ist allerdings für die Kommission überhaupt nicht zwingend, das System anonym auszugestalten. Der Art. 17 Abs. 1 Hs. 2 CRMA spricht nur von der Vereinbarkeit mit dem Wettbewerbsrecht insgesamt. Es folgt daraus keine Anforderung, nach der etwa die Erfüllung einzelner Tatbestandsmerkmale von zum Beispiel Art. 101 AEUV ausgeschlossen werden müsste. Insofern ist es nach dem reinen Wortlaut des Art. 17 Abs. 1 Hs. 2 CRMA erst einmal unproblematisch, dass Unternehmensvereinbarungen durch das Insitut der aggregierten Nachfrage geschaffen werden.

⁴⁸ Dass die beiden Erklärungen eventuell nicht einander zurechenbar abgegeben worden sind, ist *prima facie* irrelevant. Der ausgedehnte Tatbestand des Art. 101 Abs. 1 AEUV wird entsprechend durch einen weit ausgelegten Rechtfertigungskatalog eingefangen, sodass auf Tatbestandsebene keine strengen Wertungs- oder Zurechnungskorrekturen vorzunehmen sind. Siehe dazu sogleich unter F.I.

II. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Zu prüfen bleibt nach der Feststellung einer kollusiven Zusammenarbeit die Auswirkung in Form einer Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs mit Auswirkung auf den zwischenmitgliedstaatlichen Handel nach Art. 101 Abs. 1 a.E. AEUV. Um eine solche Auswirkung auf den Wettbewerb zu prüfen, bedarf es einer handfesten Wettbewerbsdefinition. Weder Art. 101 AEUV⁴⁹ noch der neugefasste Art. 3 Abs. 3 EUV über den Binnenmarkt⁵⁰ enthalten eine solche Definition. Durch seine Verankerung in einem Zusatzprotokoll⁵¹ und durch die Wirkung des Art. 51 EUV hat der *funktionale* Wettbewerb⁵² jedoch denselben rechtlichen Status, wie wenn er in den Verträgen selbst geregelt worden wäre. Nach früherer Vorstellung der Kommission ist Wettbewerb am effizientesten, wenn er frei, redlich, unverfälscht und wirksam ist.⁵³ Die Kommission hat sich zusehends von dieser Betrachtungsweise abgewandt und ihr Hauptaugenmerk auf die Konsumentenwohlfaht gelegt.⁵⁴ Die Rechtsprechung der europäischen Gerichte ist dieser Linie (bisher) nicht gefolgt,⁵⁵ sondern hält an einer wettbewerbsfreiheitlichen Betrachtungsweise, die den Markt als solchen mit seiner funktionsweise als wenigstens *auch* geschütztes Gut erkennt, fest.⁵⁶ Aus dieser marktwirtschaftlichen Orientierung lässt sich dann der Kern des Art. 101 Abs. 1 AEUV nach dem *EuGH* schärfen: Vereinbarungen, die Unternehmen dazu zwingen, bestimmte Handlungen vorzunehmen oder zu unterlassen, die also dazu führen, gegen das sog. „Selbstständigkeitspostulat“⁵⁷ der Unternehmen zu verstoßen, schränken den *Wettbewerb* ein.⁵⁸

Grundsätzlich werden Unternehmen nicht in ihrer wirtschaftlichen Eigenständigkeit dadurch beschnitten, dass die Europäische Union in Form der Kommission als Mittlerin zwischen potentiellen Nachfragern und Anbietern fungiert und dadurch kollusive Unternehmensvereinbarungen ermöglicht oder zumindest begünstigt. Es entsteht aber eine Art Parallelrohstoffmarkt, bei dem die ursprünglichen Regeln der marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung, also die freie Kontraktion anhand von Kriterien wie Qualität, Preis, Lieferzeit u.a. zwischen den Parteien ausgeschaltet werden. Indem die Kommission als Maklerin fungiert, die Abnehmer mit Anbietern

49 Schröter/Vormizeele, in: Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 73.

50 Vgl. Behrens, EuZW 2008, S. 193; Weitbrecht/Mühle, EuZW 2010/9, S. 327.

51 ABl. 2010/C 83/309 v. 30.3.2010.

52 Zum Begriff vgl. EuGH, Rs. 27/76, *Metro/Saba*, Urteil v. 22. Oktober 1986, ECLI:EU:C:1986:399, Rn 20; EuGH, Rs. C-453/99, *Courage*, Urteil v. 20. September 2001, ECLI:EU:C:2001:465, Rn 27.

53 Schröter/Vormizeele, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 73; Stockenhuber, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 Abs. 1 AEUV, Rn. 116; Kommission, I. Wettbewerbsbericht (1971), REP. COM. 1971, Einleitung, S. 11 ff.

54 Weizsäcker, WuW 2007/11, S. 1078, 1078ff.

55 Immenga, EuZW 2010, S. 601.

56 EuGH, Rs. C-8/08, *T-Mobile Netherlands*, Urteil v. 4. Juni 2009, ECLI:EU:C:2009:343, Rn. 38; Immenga, EuZW 2010, S. 601 (601).

57 EuGH, Rs. 40/73, *Suiker Unie*, Urteil v. 16. Dezember 1975, EU:C:1975:78, Rn. 40–48; EuGH, Rs. 172/80, *Züchner*, Urteil v. 14. Juli 1981, ECLI:EU:C:1981:178.

58 Emmerich, EuR 1971, S. 295, 314 ff.

zusammenbringt, zwingt sie Unternehmen mittelbar, im System der Abnahmevereinbarungen nach Art. 17 CRMA zu partizipieren. Die Unternehmen werden also zwar nicht zum Abschluss für sie nachteiliger Verträge (ob als Abnehmer oder als Anbieter) gezwungen, sie werden aber mittelbar dazu gebracht, sich auf diesem besonderen durch die Kommission organisierten „Marktplatz“ zu präsentieren. Sie werden also durchaus in ihrer unternehmerischen Selbstbestimmung behindert. Nach dem *EuGH* liegt hierin eine Wettbewerbsbeschränkung, auch wenn die Kommission das im Lichte ihrer neuen Definition des Wettbewerbs⁵⁹ womöglich anders sehen würde.

Diese Wettbewerbsbeschränkung hat auch potentiell die Möglichkeit, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten einzuschränken.

Insofern liegt in den Abnahmevereinbarungen nach Art. 17 CRMA eine tatbestandliche Unternehmensvereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV.

Ob diese Vereinbarungen tatsächlich kartellrechtswidrig sind, oder ob etwaige Rechtfertigungsgründe oder Bereichsausnahmen einschlägig sind, ist unter *F* zu untersuchen.

E. Aggregierte Nachfrage (Art. 25 CRMA) am Maßstab des Art. 101 AEUV

Auch in dem System der sog. aggregierten Nachfrage nach Art. 25 CRMA könnte eine solche Unternehmenskoordination liegen, die den Tatbestand des Kartellverbots nach Art. 101 Abs. 1 AEUV erfüllt.

Der personelle Anwendungsbereich ist mit dem des Art. 17 CRMA deckungsgleich. Fraglich ist also nur, ob auch in der Aggregation der Nachfrage eine unternehmerische Verhaltenskoordination liegt und ob diese potentiell eine nachteilige Auswirkung auf den Wettbewerb hat.

I. Unternehmerische Verhaltenskoordination

Das von der Kommission eingerichtete und betriebene System zur Bündelung der Nachfrage unterscheidet sich in der unmittelbaren und aktiven Rolle der Kommission von dem im vorherigen Abschnitt behandelten System der Abnahmevereinbarungen. Hier agiert die Kommission selbst als Ansprechpartnerin für die Nachfrager, nimmt die Nachfragewünsche in sich auf (aggregiert sie) und tritt dann im Außenverhältnis selbst als Nachfragerin in Kontakt mit den Anbietern. Die Unternehmen, die mit ihren Lieferwünschen an die Kommission herantreten, sprechen sich also nicht bilateral mit den anderen Unternehmen in ihrem Lager oder auf Anbieterseite ab, sondern nutzen eine Mittelsperson. Es ist nur durch Schaffung des Bündelungssystems nicht garantiert, dass die beteiligten Unternehmen sich nicht mehr untereinander absprechen. Falls die Unternehmen sich neben dem System

⁵⁹ Siehe oben C.II. Fn. 34.

Absprechen oder Vereinbarungen treffen, steht dafür der reguläre kartellrechtliche Sanktionskatalog bereit.

Es ist aus einer rechtlichen Betrachtung heraus unbeachtlich, ob sich die Unternehmen nur im Rahmen des Bündelungssystems abstimmen, wodurch die Verhaltenskoordination gerechtfertigt werden könnte; oder gleichzeitig über die „regulären“ Kommunikationswege, wobei dann härtere Anforderungen an die Rechtfertigung gestellt werden.⁶⁰ Die Mittelsperson in Form der Kommission wiederum agiert am Ende vergleichbar wie die Unternehmen selbst bei den Abnahmevereinbarungen: Sie ermöglicht solche Vereinbarungen erst. Hier kommt die oben⁶¹ erwähnte *Hub and Spoke*-Konstellation also erneut zum Tragen. Die Kommission fungiert als *Hub* und leitet Informationen der Projektträger an die Abnehmer weiter. Ohne sie würde der Informationstransfer und damit die Koordination nicht stattfinden. Die Kommission nimmt also – anders als im Rahmen des durch Art. 17 CRMA eingerichteten Systems – eine aktive Rolle ein. Alle drei Parteien, also Projektträger, Kommission und Abnehmer, erfüllen auch die bei der *Hub and Spoke*-Konstellation erforderliche *subjektive* Komponente. Diese besteht in einer bewussten Zusammenarbeit, die den Wettbewerb ersetzt.⁶² Die Projektträger geben ihre Informationen gerade mit der Absicht und dem Wissen an die Kommission weiter, dass diese sie an die Abnehmer weiterreicht.

Zur Erfüllung der *Hub and Spoke*-Konstellation unter Einbeziehung der Kommission muss sie taugliche Beteiligte in kartellrechtlichen Verfahren sein, also dem Kartellrecht selbst unterworfen. Für die Kommission gibt es dazu weder einen normativen Anknüpfungspunkt noch gefestigte Rechtsprechung des *EuGH*. Allerdings ist es einhellig anerkannt, dass Mitgliedstaaten selbst akzessorisch an unternehmerischen Kartellverstößen beteiligt sein können.⁶³ Der *EuGH* hat vier Fallgruppen entwickelt, anhand derer mitgliedstaatliche Maßnahmen dem Kartellrecht unterworfen werden. Es ist erforderlich, dass der Mitgliedstaat die Kartellabsprachen vorschreibt, sie erleichtert, deren Wirkung verstärkt oder seine Regelungskompetenz an privatwirtschaftliche Unternehmen abtritt.⁶⁴ Die Fallgruppen für die Unterwerfung der Mitgliedstaaten könnte auch auf die Kommission anwendbar sein. Da eine explizite Rechtsgrundlage dafür im Primärrecht nicht vorhanden ist, bietet sich ein Rückgriff auf den abstrakten Grundsatz der Unionstreue an. Die Unionstreue ergibt sich aus den Verträgen und historisch bedingt aus der Rechtsprechung des *EuGH*.⁶⁵ Ausdruck der Unionstreue ist Art. 4 Abs. 3 EUV, der die loyale Achtung und Unterstützung des gemeinsamen Ziels der Vertragserfüllung und -überwachung durch Union und Mitgliedstaaten verbietet. Hieraus ergibt sich allerdings immer

60 Siehe dazu F.

61 Siehe dazu D.I.

62 *EuGH*, Rs. C-49/92, *Anic Partecipazioni*, Urteil v. 8. Juli 1999, ECLI:EU:C:1999:356, Rn. 115.

63 *Schweitzer/Mestmäcker*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Artt. 37, 106 AEUV, Rn. 135.

64 *EuGH*, Rs. C-267/86, *van Eycke*, Urteil v. 21. September 1988, ECLI:EU:C:1988:427, Rn. 16; stRspr.

65 *EuGH*, Rs. 230/81, *Luxemburg/Parlament*, Urteil v. 10. Februar 1983, ECLI:EU:C:1983:32, Rn. 37.

noch keine unmittelbare Unterwerfung der Kommission unter das Wettbewerbsrecht. Die historische Rechtsprechung hat die Unionstreue hingegen als die gegenseitige Pflicht zur partnerschaftlichen Zusammenarbeit, sowohl der Mitgliedstaaten, als auch der Gemeinschaftsorgane,⁶⁶ definiert. Hier werden also auch die Gemeinschaftsorgane direkt dem Tatbestand unterworfen. Die Kommission darf also, genauso wenig wie einzelne Mitgliedstaaten, gegen geltendes Kartellrecht verstoßen. Allerdings ist die Kommission als *Hub* an der kartellrechtswidrigen Verhaltenskoordination der Projektträger und Abnehmer beteiligt. Sie erfüllt also zumindest den Tatbestand der Koordination nach Art. 101 Abs. 1 AEUV. Die Sanktionsmöglichkeiten für sie sind natürlich andere als für die Unternehmen. Maximal könnten einzelne Mitgliedstaaten ein Vertragsverletzungsverfahren gem. Art. 259 AEUV anstreben. Darüber hinaus hat sich die Kommission selbstverständlich politisch zu verantworten.

Für die einzelnen Unternehmen ist die Situation allerdings vergleichbar mit den Abnahmevereinbarungen. Auch hier findet eine Koordination zwischen Unternehmen auf verschiedenen Stufen der Wirtschaftskette statt, es handelt sich also um vertikale Absprachen bzw. Vereinbarungen. Die Unternehmen in beiden Lagern vereinbaren Preise und sonstige Beschaffungsvereinbarungen⁶⁷ miteinander, sie bedienen sich dazu nur einer Mittelsperson. Das ändert also nichts an der im Innenverhältnis zwischen den teilnehmenden Unternehmen vorliegenden Willensübereinstimmung zu einer bestimmten Verhaltensweise im Markt.⁶⁸ Da der Wettbewerb grundlegend geschützt ist, kann eine Einengung des Schutzbereiches des Art. 101 AEUV auf unmittelbare Koordination nicht bestehen.⁶⁹

Bedenkenswert ist noch Art. 25 Abs. 2 CRMA. Dieser soll eine Wettbewerbsbeschränkung gerade verhindern. Allerdings geht es dabei, anders als anhand des Wortlauts zu vermuten, nicht um die generelle Wettbewerbsverzerrung. Lediglich der Markt für „jeden [einzelnen] strategischen Rohstoff“ soll untersucht werden, um in diesem Submarkt eine Wettbewerbsverzerrung zu verhindern. Es wird also keine Gesamtschau des Rohstoffmarktes angestellt, die die Wettbewerbsverzerrungen auf der Gesamtebene sichtbar machen würde und ggf. zu einem Nachjustieren des gemeinsamen Beschaffungssystems führen könnte. Demnach wird auch keine

66 *Ibid.*; siehe auch zum historischen und dogmatischen Hintergrund *Unruh*, EuR 2002/1, S. 41, 45f.

67 Vgl. Art. 25 Abs. 5 CRMA.

68 Siehe zu dieser Definition oben C.I. Fn. 28.

69 Auch wenn zur genauen Behandlung einer mittelbaren unternehmerischen Verhaltenskoordination keinen Informationen auffindbar ist, ist der Wettbewerb in „all seinen Erscheinungsformen“ geschützt, *Schröter/Vormizeele*, in: Groeben/Schwarze/Hatje, Art. 101 AEUV, Rn. 77. Das muss im Ergebnis schon deshalb gelten, da lediglich ein Zurechnungszusammenhang zwischen der Willensübereinstimmung und der (konkludenten) Vereinbarung bestehen muss. Wenn sich eine Partei nun einer mittelbaren Hilfsperson bedient, ist dieser innere Zusammenhang keineswegs ausgeschlossen. Zu diskutieren wird allerdings im Rahmen der Rechtfertigung sein, ob die Beteiligung der Kommission den Kausalzusammenhang zwischen innerer Willensbestätigung und tatsächlich irgendwie manifestierter Vereinbarungen unterbrechen lässt bzw. welche Anforderungen an diesen Zusammenhang noch zustellen sein werden, wenn die Kommission selbst aktiv wird.

Selbstkontrolle des Systems durch den CRMA selbst erfolgen, was dazu hätte führen können, dass eine wettbewerbsrechtswidrige Koordinierung, wie sie im obigen Absatz ausgeführt wurde, gar nicht eintritt. Eine mittelbare unternehmerische Verhaltenskoordination liegt also vor.

II. Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs

Die Verhaltenskoordination muss auch den Wettbewerb beschränken. Die Ausführungen zum generellen Wettbewerbsbegriff gelten grundsätzlich fort. Der Art. 25 Abs. 5 CRMA räumt allerdings seinem Wortlaut nach den teilnehmenden Unternehmen eine größere Mitbestimmung ein, als es der Art. 17 CRMA tut. Der Abs. 5 eröffnet den Nachfragern das Aushandeln der Bedingungen der Beschaffungsvereinbarungen auf einer „transparenten Grundlage“. Dies ist allerdings sachlogisch erforderlich und negiert nicht den Eingriff in das „Selbstständigkeitspostulat“ der Unternehmen.⁷⁰ Die Unternehmen treten, indem sie sich an die Kommission mit dem Wunsch nach einer Nachfrageaggregation wenden, ihren Verhandlungsspielraum im Verhältnis zu den Anbietern ab. Ihr einziger Vertragspartner ist in dieser Situation die Kommission, nicht mehr die einzelnen Unternehmen auf Anbieterseite. Wenn die Unternehmen also keine Möglichkeit hätten, an der konkreten Beschaffungsvereinbarung, die sie ja schlussendlich verpflichten (und begünstigen) soll, zu partizipieren, würden grundsätzliche Erwägungen der Vertragsfreiheit und der Parteiautonomie außer Acht gelassen.

Auch wenn also festzuhalten ist, dass den auf Nachfrageseite partizipierenden Unternehmen eine stückweise Mitbestimmung, im Rahmen des Erforderlichen, eingeräumt wurde, wird das „Selbstbestimmungspostulat“ der Unternehmen schon tatbestandlich nicht auf Seite der Anbieter geschützt. Der Maßstab ist allerdings nicht der positive Schutz des Selbstbestimmungspostulats, sondern im Gegenteil das Vorliegen einer Verletzung dieses Postulats. Im vorliegenden Fall holt die Kommission Angebote ein, die die aggregierte Nachfrage des Unionsmarktes abdecken soll. Für die Anbieter, die keinen Zuschlag erhalten bzw. anderen Anbietern mit ihren Angeboten in Belangen des Preises oder der Qualität unterlegen sind, entfällt dadurch die Gelegenheit, ihre Produkte dennoch an den Verbraucher zu bringen. Durch die Nachfrageaggregation wird der Markt transparenter, als er es ohnehin wäre. Auch wenn dies auf Nachfragerseite hinsichtlich der Qualität der angebotenen Waren und hinsichtlich der Preise möglicherweise vorteilig wirken mag, entstehen dadurch messbare wirtschaftliche Nachteile für die anbietenden Unternehmen. Es liegt also eine konkrete Unternehmensvereinbarung i.S.d. Art. 101 Abs. 1 AEUV vor, die zu messbaren wirtschaftlichen Nachteilen auf Seite der anbietenden Unternehmen führt. Dieses Nachfragekartell hat auch das Potenzial, den mitgliedstaatlichen Handel maßgeblich zu behindern.

⁷⁰ Siehe schon oben C.II. Fn. 37.

F. Bereichsausnahmen

Beide durch den CRMA neu eingeführten Systeme zur Sicherstellung der Versorgung mit kritischen Rohstoffen, Abnahmevereinbarungen und das von der Kommission verantwortete System der Nachfrageaggregation, erfüllen tatbestandlich den Art. 101 Abs. 1 AEUV. Allerdings gilt es mögliche Rechtfertigungsgründe nicht außer Acht zu lassen. Zu erst⁷¹ ist an die in Art. 101 Abs. 3 AEUV normierte Freistellungsregel zu denken.

I. Art. 101 Abs. 3 AEUV

Um eine solche Freistellung anzunehmen, ist erforderlich, dass die Vereinbarung der Unternehmen die Verbraucher angemessen beteiligt und erfolgt ist, um die Warenerzeugung oder -verteilung zu verbessern oder um zum wirtschaftlichen und technischen Fortschritt beizutragen.

1. Wirtschaftliche Betrachtung

Um also die nachteiligen Effekte der Kooperation zwischen Unternehmen auszugleichen, ist ein messbarer positiver wirtschaftlicher Effekt erforderlich.⁷² Um eine Freistellung erhalten zu können, müssen mit der Vereinbarung also so spürbare objektiv messbare Vorteile hervorgehen, die die mit der Vereinbarung verbundenen Nachteile für den Gesamtwettbewerb auszugleichen vermögen.⁷³ Der alternativ geforderte technische oder wirtschaftliche Fortschritt ist wenig fassbar.⁷⁴ Es kommt aber auch nicht auf eine scharfe Trennung der Alternativen an; sodass auch die Kommission diese nicht als zweckdienlich erachtet.⁷⁵ Der CRMA wurde gerade

71 Auch wenn Verordnungen wie die VO (EU) Nr. 330/2010 oder VO (EU) 1217/2010 in Einzelfällen präziser sein mögen und daher vorrangig anzuwenden wären, verbietet sich eine abstrakte Prüfung der Voraussetzungen. Es bleibt abzuwarten wie und inwiefern die im CRMA eingeführten Maßnahmen tatsächlich von den einzelnen Rohstoffunternehmen umgesetzt wird und in welcher Art und Weise dann Vereinbarungen im Zusammenspiel mit Forschungs- und Entwicklungspartnerschaften entstehen werden. Auch ist daher eine abstrakte Prüfung der Voraussetzungen der VO (EU) Nr. 330/2010 wegen der Marktanteile nicht zielführend. Es ist schlicht nicht absehbar, welche Vereinbarungen zwischen den Wettbewerbern geschlossen werden, und demnach auch, welche Marktanteile wie zwischen den Parteien verteilt sein werden. Eine Freistellungsprüfung, für die es auf den Einzelfall ankommt, kann also nicht abgebildet werden.

72 Vgl. Bekanntmachung der Kommission – Leitlinien zur Anwendung von Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag, ABl. 2004 C 101, 97 Rn. 59.

73 StRspr und Praxis der Kom.: vgl. EuGH, Rs. 58/64, *Consten und Grundig*, Urteil v. 13. Juli 1966, ECLI:EU:C:1966:41; EuGH, Rs. 218/78, *van Landewyck*, Urteil v. 29. Oktober 1980, ECLI:EU:C:1980:248, Rn. 185; *Schuhmacher*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim, Art. 101 AEUV, Rn. 281.

74 Vgl. *Ulrich*, ZHR 1973/137, S. 134 (162).

75 Ebd.; Vgl. ABl. C 101/2 v. 27.4.2004, Rn. 59; *Schuhmacher*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 281.

verabschiedet, um Versorgungsengpässe zu minimieren,⁷⁶ und die Voraussetzungen für eine für die grüne und digitale Transformation erforderliche leistungsstarke Wirtschaft in der Union bereitzustellen.⁷⁷ Durch die Abnahmevereinbarungen findet auch gerade eine Bündelung der Ressourcen auf Anbieter- und Abnehmerseite statt, sodass ein objektiver Effizienzgewinn zu beobachten sein wird.⁷⁸ Nach der wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt also ein positiver Effekt dergestalt vor, dass er die nachteiligen Effekte durch die Absprache auszugleichen vermag.

2. Angemessene Beteiligung der Verbraucher

Fraglich ist aber weiterhin, ob auch die Verbraucher angemessen an diesen Erfolgen beteiligt wurden. Dieses zusätzliche Kriterium ergibt sich klar aus dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 3 AEUV. Zudem ist es Ausfluss des verwendeten Wettbewerbsbegriffs.⁷⁹ Von funktionierendem Wettbewerb profitieren nämlich auch die am Binnenmarkt partizipierenden Verbraucher.⁸⁰ Die Verbraucherbegünstigung ist als eigenes Tatbestandsmerkmal zu prüfen. Sie muss sich auf einen Mehrwert an Begünstigung im Vergleich zur bloßen volkswirtschaftlichen Gesamtprofitabilität beziehen, da sonst kein Mehrwert zur wirtschaftlichen Begünstigung aus einer gesamtvolkswirtschaftlichen Perspektive vorläge.⁸¹ Verbraucher sind damit alle mittelbaren oder unmittelbaren Abnehmer,⁸² allerdings solche nicht, die als Teilnehmer einer Vereinbarung selbst von Effizienzgewinnen bloß durch die Vereinbarung profitieren.⁸³ Bei den Abnahmevereinbarungen und dem System der aggregierten Nachfrage profitieren die Unternehmen, die an den System partizipieren. Allerdings profitieren mittelbar die Verbraucher durch eventuell geringere Preise und durch jedenfalls eine abgesichertere Lieferkette, die zu steigender Produktivität in der Sekundärproduktion⁸⁴ führt und dadurch für die Abnehmer vorteilhaft ist. Es liegt eine objektiv vorteilhafte Situation für die Verbraucher durch die Vereinbarungen

76 Erwägungsgrund Nrr. 11, 37 CRMA.

77 Erwägungsgrund Nr. 1 CRMA.

78 Vgl. ABl. L 31 v. 4.2.1972, Rn. 29 – *Man/Saviem*; ABl. L 030 v. 5.2.1976, III.1 – *Bayer/Gist-Brocades* zum generellen Effizienzgewinn bei der Ressourcenbündelung.

79 Siehe schon D.II.

80 *Schuhmacher*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 312; vgl. auch *Wolf*, in: MüKo Europ WettbR, Art. 101 AEUV, Rn. 955.

81 Vgl. zum bloßen wirtschaftlichen Mehrwert oben V.1.a; vgl. auch Weiß, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 162; *Hengst*, in: Bunte (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Angemessene Beteiligung der Verbraucher am entstehenden Gewinn, Rn. 392.

82 *KommE* v. 13. 7. 1983, ABl. 1983 Nr. L 224/19, Rn. 9 (Rockwell/Iveco); 22. 12. 1987, ABl. 1988 Nr. L 50/18, Rn. 38 (Enichem/ICI); *Ellger*, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Art. 101 Abs. 3 AEUV, Rn. 224.

83 *Schuhmacher*, in: Grabitz/Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 314.

84 Sekundärproduktion meint hier explizit nicht den Letztabnehmer, sondern einen Zwischenabnehmer mit selbstständiger Wertschöpfung, der an einen weiteren Zwischenabnehmer oder an den Letztabnehmer weiterveräußert; vgl. auch *Europäische Kommission* 75/74/EWG – IV/560, ABl. 1975 L 29, 11 – *Duro-Dyne/Europair*.

vor, die den bloßen volkswirtschaftlichen Effizienzgewinn übersteigt. Damit sind die Verbraucher angemessen beteiligt.

3. Ergebnis

Eine Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist somit grds. denkbar. Der trotz des vermeintlich klaren Wortlauts des Abs. 3 rein deklaratorischen Nichtanwendbarerklärung durch die Kommission bedarf es dafür nicht zusätzlich.⁸⁵

II. Critical Raw Materials Act

Die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV ist allerdings eine bloße Momentaufnahme. Die Rechtfertigung, die ja streng akzessorisch an den wirtschaftlichen Vorteilen und der angemessenen Verbraucherbeteiligung hängt, erlischt unmittelbar, wenn eines dieser beiden Tatbestandsmerkmale nicht mehr vorliegt. Falls dann keine weiteren Rechtfertigungsgründe vorliegen, würden alle diejenigen Unternehmen, die Absprachen in der skizzierten Weise treffen oder im System der aggregierten Nachfrage partizipieren gegen das Europäische Kartellrecht verstoßen. Es ist daher geboten, nach weiteren Rechtfertigungsgründen zu suchen. Ein solcher könnte der CRMA selbst *eo ipso* sein.

In der Europäischen Union genießt das Primärrecht, also die Gründungsverträge, die Charta der Grundrechte der EU und einige ungeschriebene Regeln, absoluten Geltungsvorrang vor dem europäischen Sekundärrecht, also den aufgrund des Prinzips der begrenzten Einzelmächtigung (vgl. Art. 5 Abs. 2 EUV) erlassenen Rechtsätzen (vgl. Art. 289 AEUV).⁸⁶

Der CRMA ist eine Verordnung nach Art. 288 Abs. 2 AEUV.⁸⁷ Es handelt sich damit um Sekundärrecht. Bei den Bestimmungen zum Wettbewerbsrecht aus Art. 101 AEUV handelt es sich jedoch um Primärrecht. Auch wenn es durchaus denkbar ist, dass der Anwendungsbereich eines sekundären Unionsrechtsakts weiter reicht als der des primären Vertragsrechts,⁸⁸ kann doch sekundäres Recht niemals unionales Primärrecht in seinem Geltungsanspruch beschneiden.⁸⁹ Zwar mag man gegen dieses grundlegende Prinzip einwenden, dass das Primärrecht nicht als „Grenze, sondern als Motor“⁹⁰ der Binnenmarktintegration zu verstehen sei.⁹¹ Da-

85 Deringer, EuZW 2000/1, S. 5 (7); zur konkreten Rechts- und Regelungsnatur der sog. Gruppenfreistellungen durch Art. 101 Abs. 3 AEUV sei nur auf die sehr ausführlichen Einlassungen und Vorschläge von Schröter/Vormizeele, in: Groeben/Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 101 AEUV, Rn. 271ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen verwiesen.

86 Vgl. EuGH, Rs. C-26/62, *van Gend and Loos*, Urteil v. 5. Februar 1963, EU:C:1963:1; Herdegen, § 8 Rn. 4, 60.

87 Siehe ABL L 2024/1252 v. 2.5.2024.

88 EuGH, Rs. C-456/98, *Centrosteeel*, Urteil v. 17. July 2000, ECLI:EU:C:2000:402, Rn. 13.

89 Schiff, EuZW 2015/23, S. 899 (901) m. w. N.

90 Schönberger, EuR 2003/4, S. 600, 621.

91 Vgl. auch Schiff, EuZW 2015/23, S. 899, 901.

durch ließe sich dann auch der CRMA als – wenn man das Bild *Schönebergers* bedienen möchte – Gaspedal definieren, der die Binnenmarktintegration und die dahinterstehenden Ziele, die in der digitalen und grünen Transformation Ausfluss finden,⁹² weiter voranbringt. Aus unionsverfassungsrechtlicher Perspektive kann dieser Gedanke aber nicht fruchten. Der Art. 1 Abs. 3 S. 1 EUV bildet das rechtliche Rahmenkonstrukt der Union.⁹³ Diese rechtliche Doktrin gilt es durch Sekundärrechtsakte mit Inhalt zu füllen, nicht jedoch, sie auszuhebeln.⁹⁴ Auch wenn also zuzugestehen ist, dass das Sekundärrecht natürlich das im Sinne eines Korsetts ausgestaltete Primärrecht konkretisieren muss, so kann es nicht als formelhafter Kompromiss im Zwischenraum von Primär- und Sekundärrecht⁹⁵ die rechtlichen Grundwertungen der Union und damit auch die dezidiert in Art. 10 Abs. 2 EUV verbrieft Mitbestimmung der Mitgliedstaaten unterspülen.⁹⁶ Es lässt sich also festhalten, dass der CRMA, eben weil er einfaches Sekundärrecht ist, in keinem Fall die Wertungen des unionalen Primärrechts außer Geltung setzen kann. Mithin kann er auch keine *eo ipso*-Rechtfertigung für die durch ihn goutierten Unternehmensvereinbarungen darstellen.

III. Art. 173 Abs. 1 AEUV

Es gilt an eine neben Art. 101 AEUV weitere primärrechtliche Vorschrift, nämlich den Art. 173 AEUV zu denken. In der Norm wird festgeschrieben, dass die Europäische Union die Industrie bei der Anpassung an Veränderungen unterstützen und ein Substrat für fruchtbare Industrieentwicklung bieten soll. Auch wenn nicht scharf umrissen ist, wie der Industriebegriff zu deuten ist,⁹⁷ kann sicher davon ausgegangen werden, dass die Rohstoffbranche, als produzierendes und verarbeitendes Gewerbe⁹⁸ unter den Industriebegriff fällt. Die Europäische Union hat also nach Maßgabe des Art. 173 Abs. 1 AEUV die Aufgabe, die Rohstoffbranche als Ganzes⁹⁹ zu stützen. Als besondere Zweckbestimmung wird die Anpassungsfähigkeit der Industrie an strukturelle Veränderungen genannt. Als strukturelle Veränderung wird hauptsächlich der zunehmenden kompetitiver werdende Weltmarkt gesehen.¹⁰⁰ Ob nun die Anpassungsfähigkeit der Unternehmen verbessert oder speziell beschleunigt werden soll, ist nicht endgültig geklärt.¹⁰¹ Jedenfalls muss die Europäische Uni-

92 Siehe oben E.I.

93 Vgl. *Pechstein*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 1 EUV, Rnn. 16f.

94 Vgl. *Schiff*, EuZW 2015/23, S. 899 (901); mit abweichender Meinung und weiteren Nachweisen *Schönberger*, EuR 2003/4, S. 600 (622).

95 So wohl nur *Schönberger*, EuR 2003/4, S. 600, 622.

96 Konzise *Schiff*, EuZW 2015/23, S. 899, 902.

97 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 173, Rn. 4f.; vgl. *Teichner*, S. 8 ff.

98 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 173, Rn. 5.

99 Dies meint nicht nur Primärproduzenten, sondern auch das verarbeitende Gewerbe oder Rohstoffhändler.

100 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 173, Rn. 18.

101 In der englischen und französischen Ausfertigung wird von beschleunigen gesprochen, in der deutschen Version von verbessern. Instruktiv *Hellmann*, S. 16 f.

on dahingehend wirken, den betroffenen Industrieunternehmen bei der Adaption behilflich zu sein. Im CRMA wird selbst häufig aufgeführt, dass die Projektträger Unterstützung bei der Anpassung beim digitalen und grünen Wandel benötigen.¹⁰² Dementsprechend liegt der Gedanken nahe, dass die Europäische Union auch entsprechend kartellrechtswidrige Systeme kreieren darf, und die Kreierung vielleicht sogar geboten ist, um diese Anpassung zu vereinfachen. Allerdings schränkt der Art. 173 AEUV seine Anwendbarkeit durch Abs. 3 UAbs. 2 unmittelbar wieder ein. Der europäische Gesetzgeber hat hier eine wertende Gewichtung vorgenommen und dem Schutz der Wettbewerbsfreiheit in Form des Kartellrechts eine höhere Stellung eingeräumt als der Industrieförderung. Insofern kann Art. 173 AEUV nicht als Rechtfertigungs- oder Freistellungsgrund für einen Verstoß gegen Art. 101 AEUV herhalten.

IV. Art. 346 AEUV

Als weiterer Rechtfertigungsgrund kommt allerdings noch eine nächste unionale Primärvorschrift in Betracht, nämlich der Art. 346 AEUV. Dieser gestattet grundsätzlich unionsrechtswidrige Maßnahmen einzelner Mitgliedstaaten, damit diese besondere Sicherheits- oder Verteidigungsmaßnahmen treffen können.¹⁰³ Besondere Sicherheits- oder Verteidigungsmaßnahmen müssen dabei entweder der inneren oder äußeren Sicherheit dienen.¹⁰⁴ Der CRMA beansprucht an vielfacher Stelle für sich, die kritischen Rohstoffe auch für Verteidigungsindustrie vorzuhalten.¹⁰⁵ Auch wenn wirtschaftliche Interessen allein nie genügen,¹⁰⁶ geht es im CRMA um die Belange der Verteidigungsindustrie. Plastisch gesprochen also (auch) um Waffen, Munition, Rüstung.¹⁰⁷ Diese Gegenstände sind regelmäßig verteidigungs- bzw. sicherheitsrelevant.¹⁰⁸ Es ist allerdings unklar, ob der CRMA durch sein Selbstverständnis, die Rohstoffsicherheit *auch* für verteidigungsrelevante Nutzungszwecke zu gewährleisten, allein ausreicht um die eng auszulegende¹⁰⁹ Ausnahmewirkung des Art. 346 AEUV auszulösen.

102 Beispielhaft Erwägungsgründe Nr. 1, Nr. 6, Nr. 24, Nr. 37, Nr. 39 und Art. 2 Nr. 30, Art. 20 Abs. 1 lit. e CRMA.

103 *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 346 AEUV, Rn. 1.

104 EuGH, Rs. C-70/94, *Werner*, Urteil v. 17. Oktober 1996, ECLI:EU:C:1996:328, Rn. 25.

105 Vgl. Erwägungsgründe Nr. 1, 2, 6, 24 und sogar qua Definition nach Art. 2 Nr. 30 CRMA. Der Verteidigungsbegriff in Art. 21 Abs. 1 CRMA stellt allerdings nur deklaratorisch fest, dass Art. 346 AEUV Anwendung findet, was aber durch die Anwendungshierarchie auch ohne Klarstellung eindeutig war.

106 *Dittert*, in: Groeben/Schwartze/Hatje (Hrsg.), Art. 346 AEUV, Rn. 5; *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 346 AEUV, Rn. 4.

107 Vgl. nochmals Erwägungsgrund Nr. 1 und Art. 2 Nr. 30 CRMA.

108 *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 346 AEUV, Rn. 4.

109 Sogar von einer sehr restriktiven Auslegung spricht *Dittert*, in: Groeben/Schwartze/Hatje (Hrsg.), Art. 346 AEUV, Rn. 5.

Es ist nicht so, dass alleinige Verteidigungsvorhaben automatisch, schon ihres Wesens nach, den Tatbestand des Art. 346 AEUV erfüllen.¹¹⁰ Richtigerweise muss dargelegt werden, dass ohne die gegenständliche Maßnahme die in Rede stehenden überwiegenden Sicherheitsinteressen konkret gefährdet sind.¹¹¹

Zumindest die Absichtsbekundung der Union im CRMA muss also so weitgehend sein, dass die Sicherheitsinteressen bei ihrem Nichterfüllen bedeutend gefährdet sind. Die Sicherheitsinteressen der Europäischen Union befinden sich akut im Wandel und die äußere Sicherheit ist durch ein unvorhersehbares Weltgeschehen ebenso gefährdet,¹¹² wie die öffentliche Ordnung und innere Sicherheit durch Extremisten aller Couleur.¹¹³ Für die Verteidigungsindustrie sind zahlreiche Rohstoffe, die im CRMA als *kritische* Rohstoffe aufgeführt sind,¹¹⁴ dringend erforderlich.¹¹⁵ Es ist also davon auszugehen, dass die Gewährleistung der Versorgungssicherheit dieser *kritischen* Rohstoffe tatsächlich immanent erforderlich für die Sicherstellung der Verteidigungsfähigkeit der Union ist.

Allerdings ist Art. 346 AEUV als Ausnahmeregelung bloß für die Mitgliedstaaten gedacht, die der Gefahr für innere Ordnung oder äußere Sicherheit gegenüberstehen. Art. 17 CRMA regelt einen rein privatwirtschaftlichen Sachverhalt. Es geht um Vereinbarungen und andere Formen der Verhaltenskoordinierung zwischen Unternehmen, die als solche gegen europäisches Kartellrecht verstoßen. Eine Legitimation durch Art. 346 AEUV kommt also schon daher nicht in Betracht, dass die tatbestandlichen Mitgliedstaaten keine Akteure, die selbst gegen Unionsrecht verstoßen, sind.

Zu denken ist allerdings an eine analoge Anwendung der Regelung. Dafür ist es erforderlich, dass einerseits eine planwidrige Regelungslücke vorliegt. Der europäische Gesetzgeber müsste dafür einen tatsächlichen Lebenssachverhalt nicht bedacht und infolge dieser Verkennung keine Regelung über ihn getroffen haben.¹¹⁶ Die Regelungslücke muss in Art. 346 AEUV bestehen. Der Unionsgesetzgeber hat im Vertragswerk diese Ausnahmeregel für die Mitgliedstaaten getroffen. In der Norm wird es den Mitgliedstaaten explizit gestattet, vom Vertragswerk abzuweichen, falls Be-

110 EuGH, Rs. 742/19, *Dory*, Urteil v. 28. January 2021, ECLI:EU:C:2003:146, Rn. 31; *Friton*, NZBau 2021/6, S. 362, 363.

111 Vgl. *Friton/Wolf*, *Procurement Law Journal* 2020/2, S. 89, 91 ff. m.w.N.

112 Jeweils exemplarisch: *Ehrhardt/Böge*, Wie geht es weiter in Syrien, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ausland/nach-dem-sturz-assads-wie-geht-es-weiter-in-syrien-110161687.html> (11/2/2025); *Feuerbach*, Trump droht Verbündeten mit Austritt aus der NATO, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/ukraine/ukraine-liveticker-trump-droht-verbundenen-mit-austritt-aus-der-nato-faz-19030454.html> (8/12/2024).

113 *Frasch*, Anfangsverdacht der Terrorfinanzierung, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/politik/inland/is-sympathisant-in-haft-anfangsverdacht-der-terrorfinanzierung-110157704.html> (11/2/2025); *Euler*, Dieser Mord geht uns alle an, abrufbar unter: <https://www.faz.net/aktuell/rhein-main/fuenf-jahre-nach-der-ermordung-gedenkfeier-fuer-wal-ter-luebcke-in-kassel-19759610.html> (11/2/2025).

114 Siehe Anhang 1 Abschnitt 1 CRMA.

115 *Pavel/Tzimas*.

116 Vgl. *Canaris*, S. 39; auch mit instruktiver dogmatischer Betrachtung der Regelungslücke im Allgemeinen: *Maus*, ZfPW 2023/1, S. 25.

lange der Waffen- oder Munitionsherstellung tangiert sind. Eine gesicherte Rohstoffversorgung wird nicht explizit aufgelistet. Es ist aber deutlich, dass die Europäische Union durch die Ausnahmeregelung die militärische Ausrüstung der Mitgliedstaaten unter besonderen Schutz stellen wollte. Mittlerweile ist auch die sichere Versorgung mit Rohstoffen ein wesentlicher Bestandteil der Sicherheitsinteressen der Europäischen Union. Es wurde also verkannt, dass für die gesicherte Herstellung von Waffen und Munition eine sichere und stetige Rohstoffversorgung unerlässlich ist. Nur so lässt sich erklären, dass die Rohstoffversorgung nicht ausdrücklich in dem Ausnahmetatbestand des Art. 346 AEUV aufgeführt wurde. Eine planwidrige Regelungslücke liegt also vor.

Andererseits müsste auch eine Interessengleichheit gegeben sein. Bei Art. 346 AEUV sind die Mitgliedstaaten im Ergebnis trotz unionsrechtswidriger Handlungen von den Folgen eines Vertragsverletzungsverfahrens gem. der Art. 258, 259 AEUV ausgenommen.¹¹⁷ Das Interesse besteht also in der Freistellung einzelner Akteure aufgrund eines alterioren Motivs, nämlich dem Verteidigungsinteresse. Dieses Vertragsverletzungsverfahren kann die Kommission (oder in Einzelfällen die Mitgliedstaaten)¹¹⁸ nur gegen die Vertragspartner, also die (anderen) Mitgliedstaaten, verhängen. Die Kommission hat über den Weg des Vertragsverletzungsverfahrens keinen Einfluss auf einzelne Unternehmen. Eine Freistellung vom Vertragsverletzungsverfahren, welches Unternehmen nie direkt treffen kann, ergibt demnach logisch keinen Sinn. Die Interessenlage beim Art. 346 AEUV in einer Anwendung auf einen Mitgliedstaat und einer analogen Anwendung auf Unternehmen, die vom CRMA eingeführte Vereinbarungen nach Art. 17 treffen, liegen nicht vor. Die Interessengleichheit ist also ausgeschlossen.

Etwas anderes könnte sich allerdings für die in Art. 25 CRMA eingeführten Vereinbarungen ergeben. Dort werden einerseits Unternehmen dazu gebracht, Gebote an die Kommission abzugeben, die dann von ihr an andere Unternehmen hergetragen werden. Hier sind also nicht nur privatwirtschaftliche Unternehmen an den Vereinbarungen beteiligt, sondern auch die Kommission als Intermediärin. Die Problemstellung bei Art. 25 CRMA ist jedoch gleich gelagert wie bei Art. 17 CRMA. Der Wortlaut des Art. 346 AEUV bindet nur die Mitgliedstaaten, nicht die teilnehmenden Unternehmen. Wie oben dargelegt,¹¹⁹ ist die Kommission allerdings selbst als sog. *Hub* Teil einer tatbestandlich kartellrechtswidrigen Konstellation. Auch sie fällt allerdings aus der unmittelbaren Anwendung des Art. 346 AEUV heraus, da dieser nur für Mitgliedstaaten gilt und nicht für die Hüterin der Verträge selbst, die Kommission. Da die Kommission allerdings nur wegen ihrer Pflicht zu unionstreuem Handeln überhaupt in den Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV fällt, drängt sich die Problematik auf, ob die Kommission im Zuge dieser Unionstreue auch das Privileg der Freistellung genießen können müsste. Es stellt sich also insbesondere

117 Vergleiche zur genauen Rechtsnatur des Instruments auch *Kokott*, in: Streinz (Hrsg.), Art. 346 AEUV, Rn. 2 f.

118 Vgl. *Kotzur/Dienelt*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirchmair (Hrsg.), Art. 259 AEUV, Rn. 1 ff.

119 Siehe oben E.I.

die Frage der analogen Anwendung des Art. 346 AEUV auf Unternehmen und die Kommission auf. Im Bezug auf die Unternehmen ergeben sich keine Unterschiede zum Prüfungsmaßstab des Art. 17 CRMA und eine analoge Anwendung scheidet aus. Die Lage der Kommission könnte jedoch eine andere sein. Wie bereits dargelegt,¹²⁰ liegt die erforderliche planwidrige Regelungslücke vor. Erneut ist die vergleichbare Interessenlage erforderlich. Art. 346 AEUV soll vor einem Vertragsverletzungsverfahren, ursprünglich gem. Art. 258 AEUV durch die Kommission vorangetrieben, schützen. Allerdings ist auch die Kommission selbst der Rechtsaufsicht durch den *EuGH* unterworfen, Art. 263 AEUV. Auch gegen sie kann also ein Verletzungsverfahren angestrengt werden. Wie festgestellt ist die Union Kartellrechtssubjekt.¹²¹ Wenn sie dem positiven Recht unterworfen ist, muss sie die gleichen Freistellungsmöglichkeiten besitzen, wie die anderen Kartellrechtssubjekte, die durch ein Vertragsverletzungsverfahren sanktioniert werden könnten. Dies ist namentlich die Freistellung nach Art. 346 AEUV. Wenn also nun – wie es der Fall ist –,¹²² die Koordinierung zur Sicherstellung der Sicherheitsinteressen der Union erforderlich ist, so ist die Ermöglichung dieser Koordinierung als *Hub* durch die Kommission durch Art. 346 AEUV vom Anwendungsbereich des Art. 101 AEUV ausgenommen und damit nicht rechtswidrig.

Eine Freistellung der Unternehmen ist also – anders als eine der Kommission – nicht im Wege des Art. 346 AEUV möglich, sondern nur in den engen Grenzen und abhängig vom konkreten Fall nach Art. 101 Abs. 3 AEUV.¹²³

V. Art. 10 VO (EG) Nr. 1/2003

Auch denkbar wäre die Feststellung der Nichtanwendbarkeit der Kartellrechtsvorschriften gem. Art. 10 VO (EG) Nr. 1/2003.¹²⁴ Der Weg zu dieser Norm wird über die Verweisung in Erwägungsgrund 49 S. 3 CRMA¹²⁵ auf die VO 2022/2576, die wiederum in Art. 11 auf die Freistellung weiterverweist, eröffnet. Diese Nichtanwendbarkeitsfeststellung der Kommission ist keine Freistellung im engeren Sinne. Vielmehr kann sie Rechtssicherheit verschaffen, indem sie feststellt, dass die Freistellungsvoraussetzungen des Art. 101 Abs. 3 AEUV vorliegen.¹²⁶ Um überhaupt eine Entscheidung herbeizuführen, ist das Allgemeininteresse an einer Feststellung des Rechtsverhältnisses erforderlich.¹²⁷ Das Vorliegen dieser Tatbestandsvoraussetzung liegt im Ermessen der Kommission.¹²⁸ In der Literatur haben sich zwei Fallgruppen herausgebildet, in denen eine Kontrolle im öffentlichen Interesse liegen

120 Siehe oben F.IV am Ende.

121 Siehe oben E.I.

122 Siehe oben F.IV.

123 Siehe dazu oben F.I.

124 VO (EG) Nr. 1/2003 zur Durchführung der in den Artikeln 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln, ABl. L 1 v. 4.1.2003, S. 1.

125 Siehe schon oben B.

126 Wirtz, in: MüKo Europ WettbR, Art. 10 VO (EG) 1/2003, Rn. 1.

127 Ibid.

128 Vgl. Sauer/Vollrath, in: Schulte/Just (Hrsg.), Art. 10, Rn. 4.

würde. Ein Fall liegt in der Klärung einer neuen oder ungelösten Rechtsfrage, der andere in der Harmonisierung der in den Mitgliedstaaten unterschiedlichen Verwaltungspraxis.¹²⁹ Da zum neuen CRMA (noch) keine mitgliedstaatliche Verwaltungspraxis entstanden ist, liegt der einzige Anwendungsfall in der Klarstellung einer neuen oder ungelösten Rechtsfrage. Diese kann durchaus darin bestehen, ob und inwieweit durch den CRMA öffentliche Interessen gefördert werden.¹³⁰ Allerdings würde die Kommission, selbst wenn sie das öffentliche Feststellungsinteresse als gegeben ansieht, lediglich das Rechtsverhältnis feststellen,¹³¹ welches bereits im Rahmen des Art. 101 Abs. 3 AEUV begutachtet wurde. Eine eigene Gestaltungswirkung besteht in der Feststellung der Nichtanwendbarkeit in keinem Fall.

G. Art. 102 AEUV

Es sei auch noch kurz auf den Art. 102 AEUV, also das Ausnutzen einer beherrschenden Marktstellung eingegangen.

Der Rohstoffmarkt wird von wenigen, dafür sehr dominanten, Spielern geprägt.¹³² Eine marktbeherrschende Stellung liegt vor, wenn eine Gesamtbetrachtung, insbesondere unter Einbeziehung von Faktoren wie Marktstruktur, Marktanteile, Marktzutrittschancen¹³³ und weiteren Anknüpfungsmomenten zum Ergebnis gelangt, dass eine marktbeherrschende Situation vorliegt.

Ob nun bei einzelnen Unternehmen eine solche marktbeherrschende Stellung vorliegt, die zur eigenen Konsolidation ausgenutzt wird, lässt sich abstrakt unmöglich beantworten und hängt maßgeblich von der Entwicklung auch in Folge der Verabschiedung des CRMA ab. Schon jetzt ist allerdings festzuhalten, dass diejenigen, die mit dem besten Angebot auf eine aggregierte „Nachfragesalve“ der Kommission reagieren, höchstwahrscheinlich eine solche herausragende Marktbeherrschungsstellung innehaben. Dies ist darin begründet, dass der Anbietermarkt für Rohstoffe sehr klein ist. Der Marktzutritt ist durch Schürf-, Veredelungs-, und Logistikkosten sehr erschwert, wodurch sich wenige, aber dafür große konsolidierte Marktteilnehmer gebildet haben.

Falls nun in der Zukunft einige der Rohstoffunternehmen eine solche marktbeherrschende Stellung innehaben, wird erneut zu klären sein, ob das Ausnutzen dieser Stellung nicht gerechtfertigt werden kann. Art. 102 AEUV kennt unmittelbar keine Rechtfertigungsgründe. Eine etwaige analoge Anwendung der Rechtferti-

129 *Commission Staff*, The Proposal for a new regulation implementing, SEC (2001) 1828; *Wirtz*, in: *MüKo Europ WettbR* Bd. 1, Art. 10 VO (EG) 1/2003, Rn. 5.

130 Vgl. schon oben F.I.

131 *Wirtz*, in: *MüKo Europ WettbR* Bd. 1, Art. 10 VO (EG) 1/2003, Rn. 5.

132 Auch wenn es keine eindeutigen Studien zur Anzahl der Unternehmen gibt, die im Rohstoffmarkt agieren, ist die Abhängigkeit von bestimmten Anbieterländern eindeutig. Wenn nun auf Anbieterseite (Staats-)unternehmen agieren, liegt auch die Vermutung einer marktbeherrschenden Stellung nahe, vgl. auch *Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages*, Dokumentation „Abhängigkeit deutscher Unternehmen von Rohstoffimporten“, WD 5 – 3000 – 110/22, 2022.

133 *Dittrich*, in: *Moosmayer/Lösler*, Corporate Compliance, Art. 24, Rn. 21ff.

gungsnorm des Art. 101 Abs. 3 AEUV scheitert schon an der planwidrigen Regelungslücke.¹³⁴ Es gibt keine Anhaltspunkte für eine planwidrige Regelungslücke des europäischen Gesetzgebers.¹³⁵

Falls also eines Tages Unternehmen des Rohstoffsektors eine so ausgeprägte Marktmacht haben sollten, dass sie diese nachträglich für den Gesamtmarkt missbrauchen könne, wird dieses Verhalten nicht gerechtfertigt, wenn sich diese Marktmacht durch eine vom CRMA und damit der Union unterstützten Art und Weise Bahn bricht.

Eine Rechtfertigung nach dem CRMA selbst und nach dem Art. 346 AEUV scheidet ebenso aus.¹³⁶

H. Zusammenfassung und Schluss

Die Europäische Union hat zum Schutz der Lieferketten von sensiblen, sog. kritischen Rohstoffen, eine Verordnung verabschiedet, den CRMA. Dieser sieht zwei maßgebliche Instrumente zur Absicherung der Lieferketten vor: Nachfragevereinbarungen und ein System der aggregierten Nachfrage. Im Ergebnis hat sich gezeigt, dass beide Systeme nach der grundsätzlichen Systematik nicht mit dem Unionskartellrecht *de lege lata* vereinbar sind. Sie verstoßen gegen die Verträge insbesondere gegen die Norm des Art. 101 Abs. 1 AEUV. Allerdings erfahren auch beide Mechanismen eine mögliche Rechtfertigung durch die Freistellung nach Art. 101 Abs. 3 AEUV. Im Ergebnis gibt es also tatbestandlich rechtswidrige Vereinbarungen, die allerdings unter die Freistellung fallen und dadurch ihre Rechtswidrigkeit verlieren.

Damit ist kein Schaden angerichtet: Alle Unternehmen, die (in Zukunft) solche Vereinbarungen abschließen (sollten) sind durch die Freistellung legitimiert und verhalten sich gesetzestreu.

Auch die Kommission, die zwar als *Hub* Teil dieser fragwürdigen Konstellation ist, ist nach Art. 346 AEUV von den Folgen eines Verstoßes gegen Art. 101 Abs. 1 AEUV befreit.

Allerdings, und das darf nicht vergessen werden, handelt es sich immer noch um tatbestandlich kartellrechtswidrige Kooperationen. Die materiell bestehenden Freistellungen sind lediglich Momentaufnahmen und Vorteile überwiegen nur jetzt gerade die aktuellen Nachteile. Diese Nachteile, die insbesondere den „freien“ Markt treffen, der ein wichtiges Prinzip der Europäischen Union ist,¹³⁷ werden allerdings

134 Eine Rechtfertigung durch Art. 102 AEUV ist nicht schlechthin ausgeschlossen, sondern insbesondere bei maßgeblichen Effizienzgewinnen möglich und üblich. Insoweit sei auf die Ausführung zu Art. 101 Abs. 3 AEUV unter F.I. und die Ausführungen der Kommission unter Mitteilung der Kommission — Erläuterungen zu den Prioritäten der Kommission bei der Anwendung von Artikel 82 des EG-Vertrags auf Fälle von Behinderungsmissbrauch durch marktbeherrschende Unternehmen, ABl. C 45 vom 24.2.2009, S. 7 (12) verwiesen.

135 Vgl. Körber, in: Immenga/Mestmäcker (Hrsg.), Einleitung FKVO; EuGH, Rs. 66/86, *Ahmed Saeed*, Urteil v. 11 April 1989, ECLI:EU:C:1989:140, Rn. 32.

136 Siehe oben F.II und F.III.

137 Siehe oben B.

durch den CRMA überhaupt erst geschaffen. Durch den CRMA wurden Unternehmen regelrecht animiert, sich tatbestandlich kartellrechtswidrig zu verhalten und damit dem Binnenmarkt im Speziellen und der Marktwirtschaft im Allgemeinen zu schaden, ganz einfach darum, weil die Vorteile aktuell überwiegen.

Dennoch reiht sich dieser Rechtssatz, der CRMA, in ein Muster an neuer Gesetzgebung und der Wandlung des europäischen Wettbewerbsbegriffs von einem marktfreiheitlichen hin zu einem konsumenten(über-)freundlichen, ein.

Nicht nur beim CRMA wurde die „Last“ der Verhandlung von den Verbrauchern abgewälzt auf eine kollektive Ebene. Die Kommission soll als Nachfrager agieren, weil die Unternehmen allein zu schwach in ihrer Verhandlungsposition sind. Dieses Vorhaben belastet aber die Anbieter, die nicht mit der Kommission kontrahieren können oder wollen über alle Maßen. Das ist auch der Grund, warum es normalerweise auch aus kartellrechtlicher Perspektive nichtig wäre. Die Union sollte sich nicht in dieser Art und Weise auf die Seite einer Vertragspartei schlagen, ohne dabei die Belange der anderen Partei im Blick zu haben.

Dabei hilft es auch wenig, wenn die Union laut CRMA die wettbewerbsrechtlichen Themen im Fokus zu behalten verspricht. Auch wenn der Wortlaut sich für eine wettbewerbskonforme Anwendung stark macht, steht das im eklatanten Widerspruch zur geplanten Ausgestaltung der Systeme. Eine wettbewerbsrechtlich-konforme Auslegung ist schlicht nicht möglich, ohne die Kerneffekte der Instrumente, also das Schaffen von Synergien in den Lieferketten, in die Sinnlosigkeit zu führen.

Letzten Endes hat die Union ein Gesetz verabschiedet, welches einerseits Unternehmen, um in den Genuss vermeintlicher Effizienzgewinne zu kommen, dazu bringt, ihre Handlungsautonomie stückweise aus der Hand zu geben. Dies ist an sich unproblematisch, sofern Unternehmen, die sich nicht an diesen Absprachen beteiligen, keine Nachteile erfahren, die nicht rein ökonomischer Natur sind.

Andererseits hat die Union Anreize geschaffen, Anbieter systematisch zu benachteiligen, weil ihnen die Handelspartner ausgehen, sofern die Kommission die Nachfrage sammelt.

All diese Nachteile wurden in Kauf genommen für das hohe Gut der Effizienzsteigerung der Lieferketten und insbesondere deren Absicherung. In so schwierigen Zeiten, in denen sich die Europäische Union im außenpolitischen Kontext aktuell bewegt, ist es auch tatsächlich elementar wichtig, genug Ressourcen zu horten, um die Produktion von allerlei Gütern, gerade aber natürlich von Rüstungsgütern und Verteidigungsmitteln, stets zu gewährleisten.

Auch wenn der CRMA also einige Fehler mit auf die Welt gebracht hat und bemerkenswerte fundamentale Prinzipien der Europäischen Union weniger hochgehalten werden, als es vielleicht einmal der Anspruch war. Der Hintergedanke ist so aufrichtig wie überzeugend. Die Europäische Union muss sich unabhängiger von der Importwirtschaft insbesondere im Rohstoffbereich machen oder zumindest ihr Lieferketten insoweit diversifizieren, als das ein einziger Ausfall nicht zum Kollaps der gesamten Lieferkette führt.

Um dieses Ziel, hauptsächlich auch im Bereich der Verteidigungsautonomie zu erfüllen, erscheint es tauglich, auch die Wettbewerbsregeln in beschränktem Maße einzuschränken.

Auch wenn immer noch nicht einleuchtet, wieso die Union nicht einen Rechtsatz gewählt hat, der durch stärkere Vorgaben das Risiko von einschneidenden Wettbewerbsbeschränkungen minimiert, ist es im Lichte einer Gesamtabwägung gut hinnehmbar, dass solche Vereinbarungen nach Art. 101 Abs. 3 AEUV gerechtfertigt sind und sie trotz der negativen marktwirtschaftlichen Auswirkungen weiterhin im CRMA kodifiziert bleiben.

Bibliographie

- BEHRENS, PETER, *Der Wettbewerb im Vertrag von Lissabon*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2008, S. 193
- CANARIS, CLAUS-WILHELM, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem*; 1. Auflage, Berlin, 1964
- DERINGER, ARVED, *Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EG-Vertrag*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2000, Heft 1, S. 5–11
- DITTERT, DANIEL, *Art. 346 AEUV*, in: Groeben, Hans von der; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- DITTRICH, JÖRG, § 24. *Kartellrecht*, in: Moosmayer, Klaus; Lösler, Thomas (Hrsg.), *Corporate Compliance. Handbuch der Haftungsvermeidung im Unternehmen*, 4. Auflage, München, 2024
- ELLGER, REINHARD, *Art. 101 Abs. 3 AEUV*, in: Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1. EU-Kartellrecht, 7. Auflage, München, 2025
- EMMERICH, VOLKER, *Die Auslegung v. Art. 85 I EWGV dch. die bisherige Praxis der Komm.*, EuR, 1971, S. 295
- FRITON, PASCAL, *Verteidigungsbeschaffung über internationale Organisationen. Zulässige Gestaltungsmöglichkeit oder rechtswidrige Umgehung?*, Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht, 2021, Jg. 22, Heft 6, S. 362–368
- FRITON, PASCAL; WOLF, FLORIAN, *The Protection Of “Key Defence And Security Technology” Under The Revised German Public Procurement Law And Its Compatibility With Article 346 TFEU*, Procurement Law Journal, 2020, No. 2, S. 89–99
- GROHOL, MILAN; VEEH, CONSTANZE, *Study on the Critical Raw Materials for the EU*, Luxembourg, 2023

- HAINZ, JOSEF; BENDITZ, ROBERT, *Indirekter Informationsaustausch in Hub and Spoke-Konstellationen – Der Teufel steckt im Detail*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2012, Jg. 17, Heft, 18, S. 686–690
- HELLMANN, RAINER, *Europäische Industriepolitik: Zwischen Marktwirtschaft und Dirigismus*, 1. Auflage, Baden-Baden, 1994
- HENGST, DANIELA, *Art. 101 AEUV*, in: Bunte, Hermann-Josef (Hrsg.), *Kartellrecht*, 14. Auflage, München, 2022
- HERDEGEN, MATTHIAS, *Europarecht*, 24. Auflage, München, 2024
- IMMENGA, ULRICH, *Die Wettbewerbspolitik der Kommission und ihr Richter*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2010, Jg. 21, Heft 16, S. 601–640
- IMMENGA, ULRICH; MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM, *Einleitung*, in: Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1: EU-Kartellrecht, 6. Auflage, München, 2019
- KINGREEN, THORSTEN, *Art. 345 AEUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München 2022, S. 2613–2616
- KOKOTT, JULIANE, *Art. 346 AEUV*, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, München, 2018
- KÖRBER, TORSTEN, *Einleitung FKVO*, in: Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 3. Deutsche und Europäische Fusionskontrolle, 6. Auflage, München, 2020
- KOTZUR, MARKUS; DIENELT, ANNE, *Art. 259 AEUV*, in: Geiger, Rudolf; Khan, Daniel-Erasmus; Kotzur, Markus; Kichmaier, Lando (Hrsg.), *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, 7. Auflage, München, 2023
- MAUS, CAROLIN, *Die Analogiefähigkeit im Falle einer bewussten Regelungslücke*, Zeitschrift für die gesamte Privatrechtswissenschaft, 2023, Jg. 9, Heft 1, S. 25–34
- PAVEL, CLAUDIU; TZIMAS, EVANGELOS, *Raw materials in the European defence industry*, 1. Auflage, Luxemburg, 2016
- PECHSTEIN, MATTHIAS, *Art. 1 EUV*, in: Streinz, Rudolf (Hrsg.), *EUV/AEUV. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 3. Auflage, München, 2018
- QUECKE, JUSTUS; EILEBRECHT, JOHANNA, *Verordnung über kritische Rohstoffe. Neue Anreize für die europäische Rohstoffindustrie?*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2024, Jg. 35, Heft 11, S. 493–498

- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 173 AEUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München 2022
- SCHÄFFER, JOHANNES; HACH, JAKOB, *Kritische Rohstoffe, EU-Handelspolitik – und der Blick nach Afrika*, *Zeitschrift für Rechtspolitik*, 2023, Jg. 56, Heft 7, S. 207–209
- SCHIFFE, ALEXANDER, *Sekundär- und Primärrecht? Zur Anwendung der Dienstleistungsrichtlinie auf Inlandssachverhalte*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2015, Jg. 26, Heft 23, S. 899–904
- SCHÖNBERGER, CHRISTOPH, *Normenkontrolle im EG-Föderalismus: Die Logik gegenläufiger Hierarchisierungen im Gemeinschaftsrecht*, *Europarecht*, 2003, Jg. 38, Heft 4, S. 600–627
- SCHÖTER, HELMUTH; VORMIZEELE, PHILIPP VOET VON, *Art. 101 AEUV*, in: Groeben, Hans von der; Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht. Vertrag über die Europäische Union. Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union. Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- SCHROEDER, WERNER, *Grundkurs Europarecht*, 8. Auflage, München, 2024
- SCHUHMACHER, FLORIAN, *Art. 101 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union Band 1. EUV/AEUV*, 83. Ergänzungslieferung, München, 2024
- SCHULTE, JOSEF; JUST, CHRISTOPH, *Kartellrecht*, 2. Auflage, Köln, 2016
- SCHWEITZER, HEIKE; MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM, *Art. 37, 106 AEUV*, in: Immenga, Ulrich; Mestmäcker, Ernst-Joachim (Hrsg.), *Wettbewerbsrecht*, Band 1. *EU-Kartellrecht*, 7. Auflage, München, 2025
- KIRCHHOFF, WOLFGANG; SEELIGER, DANIELA, *§ 11 Die Beurteilung der verschiedenen Arten von Vertriebsverträgen unter besonderer Berücksichtigung der Vertikal-GVO Nr. 330/2010 und der dazu erlassenen Leitlinien*, in: Wiedemann, Gerhard (Hrsg.), *Handbuch des Kartellrechts*, 4. Auflage, München, 2020
- STOCKENHUBER, PETER, *Art. 101 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union Band 1. EUV/AEUV*, 83. Ergänzungslieferung, München, 2024
- STOCKENHUBER, PETER, *vor Art. 101 AEUV*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union Band 1. EUV/AEUV*, 83. Ergänzungslieferung, München, 2024
- TEICHNER, TOBIAS, *Industrieförderung durch Industriepolitik*, 1. Auflage, Hamburg, 2018
- ULLRICH, HANS, *Ausschließliche Patentlizenzen im Gemeinsamen Markt*, *Zeitschrift für das gesamte Handels und Wirtschaftsrecht*, 1973, Jg. 137, S. 134–169

- UNRUH, PETER, *Die Unionstreue / Anmerkungen zu einem Rechtsgrundsatz der Europäischen Union*, Europarecht, 2002, Jg. 37, Heft 1, S. 41–66
- WEIß, WOLFGANG, *Art. 101 AEUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München 2022
- WEITBRECHT, ANDREAS; MÜHLE, JAN, *Europäisches Kartellrecht 2009*, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, 2010, Jg. 21, Heft 9, S. 327–333
- WEIZSÄCKER, CARL CHRISTIAN VON, *Konsumentenwohlfahrt und Wettbewerbsfreiheit – Über den tieferen Sinn des “Economic Approach”*, Wirtschaft und Wettbewerb, 2007, Jg. 27, Heft 11, S. 1078–1084
- WOLF, MAIK, *Art. 101 AEUV*, in: Säcker, Franz Jürgen; Bien, Florian; Meier-Beck, Peter; Montag, Frank (Hrsg.), *Münchener Kommentar zum Wettbewerbsrecht*, 4. Auflage, München, 2023



© Yann Hohdorf

Europäische Öffentlichkeit – Konzeptionen und unionale Gestaltungsoptionen

Vinzenz Boddenberg*

Inhalt

A. Einleitung und Hinführung zum Untersuchungsgegenstand	79
B. Öffentlichkeit und ihre Bedeutung im demokratischen Meinungsbildungsprozess	80
I. Öffentlichkeit als Diskursraum – eine soziologische Begriffsannäherung	80
II. Öffentlichkeit und Demokratie	82
C. Die europäische Öffentlichkeit: Realität oder Utopie?	84
I. Herausforderungen für das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit	84
1. Das „Unionsvolk“ – Zur Homogenität in europäischen Kommunikationsräumen	85
2. Einheit in Vielfalt – Mehrsprachigkeit als Hindernis europäischer Öffentlichkeitskonstruktion	86
II. Thesenartige Darstellung europäischer Öffentlichkeitskonzeptionen: Die Idee einer europäischen Verbundöffentlichkeit	87
1. Die europäische Super-Öffentlichkeit – weder wünschenswert noch realistisch	88
2. Die europäische Verbundöffentlichkeit	89
III. Zwischenfazit	92
D. Integrationspotenzial von Unionsinstrumenten – Kann die EU bei der Gestaltung und Förderung einer europäischen Öffentlichkeit mitwirken?	92
I. Primärrechtliche Verankerung europäischer Öffentlichkeitsvorstellungen im Sinne einer deliberativen Vermittlungssphäre mit legitimatorischer Funktion	93
II. Die Förderung von Öffentlichkeit – ein unionsverfassungsrechtlicher Auftrag?	95
III. Die Bedeutung von Öffentlichkeitsarbeit – unionale Kommunikationspolitik als Beitrag zur europäischen Verbundöffentlichkeit	96
IV. Integration durch Recht – Verrechtlichung von Öffentlichkeit	97

* Der Verfasser ist Doktorand und wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Europarecht, Völkerrecht und Öffentliches Recht von Prof. Dr. Thomas Giegerich, LL.M. (Virginia) an der Universität des Saarlandes.

V. Soft-Law Instrumente der EU zur Förderung einer europäischen Öffentlichkeit	100
VI. Schlussfolgerungen – Potenzial unionaler Maßnahmen zur Gestaltung europäischer Öffentlichkeit	101
E. Fazit	102

Abstract

Sofern die legitimatorische Vermittlungsleistung deliberativer Öffentlichkeitsmodelle im *Habermas'schen* Sinne anerkannt wird, kann dieses Funktionsverständnis von Öffentlichkeit im europäischen Mehrebenensystem zur Legitimation unionaler Herrschaftsgewalt beitragen. Es stellt sich die Frage, wie europäische Öffentlichkeit konzipiert werden kann. Ausgehend von der föderalen Struktur der Europäischen Union und den sprachlichen und kulturellen Besonderheiten der Mitgliedstaaten kann nicht von einer einheitlichen europäischen Öffentlichkeit ausgegangen werden. Vielmehr sind Europäisierungsprozesse von national oder sprachlich geprägten (Teil-) Öffentlichkeiten erkennbar, die in einer europäischen Verbundöffentlichkeit münden. Im europäischen Primärrecht finden sich zahlreiche Bestimmungen, die auf einen europäischen Kommunikationsraum Bezug nehmen. Auch das europäische Demokratieprinzip setzt die Existenz einer gemeinsamen Öffentlichkeit voraus. Neben der Informationspolitik der Union kann insbesondere jüngst erlassenes Kommunikationssekundärrecht dazu beitragen, die Europäisierung von Öffentlichkeiten zu fördern. Aufgrund der gesellschaftlichen Struktur von Öffentlichkeit sollte das Potenzial unionaler Maßnahmen zur Öffentlichkeitsgestaltung nicht überschätzt werden. Gleichwohl bietet das Modell der europäischen Verbundöffentlichkeit einen geeigneten Anknüpfungspunkt für weitere Integrationsprozesse.

European Public Sphere – Conceptions and Shaping Options

If the legitimizing function of deliberative public sphere models is recognized in the sense that *Habermas* suggests, this functional understanding of the public sphere can contribute to legitimizing authority of the European Union within the European multi-level system. The question arises as to how a European public sphere can be conceived. Given the Union's federal structure and the linguistic and cultural particularities of its member states, a uniform European public sphere cannot be assumed. Rather, processes of Europeanization of nationally or linguistically influenced (partial) public spheres can be observed, which converge to form a European composite public sphere. The primary law contains numerous provisions referring to a European communication space. Moreover, the European principle of democracy presupposes the existence of a common public sphere. In addition to the Union's information policy, the recently adopted secondary communication law can contribute to the promotion of Europeanized public spheres. However, given the societal structure of the public sphere, the potential of Union action should not

be overestimated. Nevertheless, the model of a European composite public sphere provides a useful reference point for further integration processes.

Keywords: European Public Sphere; Deliberative Public Sphere Model; Democracy and European Primary Law; European Secondary Communication Law; Integration through Law

A. Einleitung und Hinführung zum Untersuchungsgegenstand

Realität oder Utopie – die Idee eines vereinten Europas kann nur gelingen, wenn es einen öffentlichen Raum gibt, in dem die Unionsbürgerinnen und Unionsbürger ihre Meinungen austauschen, diskutieren und eine gemeinsame Identität bilden können. Die schon seit dem Vertrag von Maastricht diskutierte Forderung, europäische Öffentlichkeit zu gestalten, findet durch jüngst erlassenes europäisches Kommunikationssekundärrecht neuen Aufschwung.¹

Zwar ist die Akzeptanz der Unionsbürger für die Union insgesamt laut aktueller Umfragen entgegen bisweilen skizzierter Schreckensszenarien weiterhin hoch.² Die Wahlergebnisse bei den vergangenen Wahlen zum Europäischen Parlament lassen jedoch Zweifel an einer integrationsfreundlichen Interpretation dieser Umfrageergebnisse aufkommen, wenn Parteien erstarken, die der Union ein Demokratiedefizit attestieren und ihr auch deshalb grundsätzlich kritisch gegenüberstehen.³ Dieser Pauschalkritik soll ein konstruktiver Beitrag entgegengesetzt werden, der sich mit der Frage auseinandersetzt, wie die supranationale Herrschaftsgewalt der Union einen demokratischen Legitimationsgewinn verzeichnen kann.

1 Siehe etwa: *Ingold*, EuR 2024/6, S. 550 ff.; *Roß*, EuR 2023/5, S. 469 ff.

2 Eurobarometer-Umfragen im Auftrag und unter Koordinierung der Europäischen Kommission, Standard Eurobarometer 102 – Herbst 2024, abrufbar unter: <https://europa.eu/eurobarometer/surveys/detail/3215> (22/1/2025). Nach diesen Umfragen haben 44 Prozent der Unionsbürger ein positives Bild der Union, 17 Prozent hingegen ein negatives Bild, wobei die Zahlen sich seit einigen Jahren auf diesem Niveau verfestigen. Interessant ist, dass den Unionsinstitutionen im Vergleich zu den nationalen Parlamenten und Regierungen in steigender Tendenz am ehesten vertraut wird.

3 Die rechtspopulistische *Alternative für Deutschland* (AfD) hält Europa für undemokratisch (Wahlprogramm der Alternative für Deutschland für die Wahl zum Europäischen Parlament am 9.6.2024, S. 9, abrufbar unter: https://www.afd.de/wp-content/uploads/2023/12/AfD_EW_Programm_2024.pdf [22/1/2025]). Ähnlich behauptet es die rechtspopulistische französische Partei *Rassemblement National*, welche pauschal das europäische Entscheidungsverfahren kritisiert (Wahlprogramm des Rassemblement National für die Wahl zum Europäischen Parlament am 9.6.2024, S. 12, abrufbar unter: <https://rassemblementnational.fr/documents/202411-programme-europeennes.pdf> [22/1/2025]). Beide Parteien konnten in den vergangenen Europawahlen Gewinne verzeichnen (Wahlergebnisse vergleichbar auf der Webseite des Europäischen Parlaments, abrufbar unter <https://results.elections.europa.eu/de/Tools/vergleichs-tool/> [22/1/2025]). Auch linkspopulistische Parteien diagnostizieren einen Reformbedarf für demokratische Entscheidungsprozesse. *Die Linke* etwa spricht von einer „Demokratieblockade“ (Wahlprogramm der Partei Die Linke für die Wahl zum Europäischen Parlament am 9.6.2024, S. 79, abrufbar unter: https://www.die-linke.de/fileadmin/user_upload/Europawahlprogramm.pdf [10.2.2025]), wenngleich sie bei den vergangenen Wahlen keine Gewinne verzeichnen konnte.

Die Entstehung europäischer Öffentlichkeit steht als interdisziplinäre Forschungsfrage im engen Zusammenhang mit der demokratietheoretischen Einbettung des europäischen Integrationsprozesses. Es soll daher erarbeitet werden, ob es eine europäische Öffentlichkeit gibt und wie diese zur demokratischen Legitimation unionaler Herrschaftsgewalt beitragen kann. Gegenstand der Untersuchung ist darüber hinaus die Frage, wie die Union die Entstehung bzw. Förderung einer europäischen Öffentlichkeit anregen oder unterstützen kann.

Zunächst soll aus soziologischer Sicht skizziert werden, was Öffentlichkeit ist und welche Rolle sie in einer Demokratie spielt (B.). Daraufhin wird untersucht, wie eine europäische Öffentlichkeit konzipiert werden kann, um den eigenen Dynamiken und Strukturen europäischer Entscheidungs- bzw. Integrationsprozesse gerecht zu werden (C.). Im Anschluss ist der Frage nachzugehen, welche Instrumente im Handlungskasten der Union existieren, um eigenständig zur Gestaltung einer europäischen Öffentlichkeit beizutragen (D.).

B. Öffentlichkeit und ihre Bedeutung im demokratischen Meinungsbildungsprozess

Bevor die unionsspezifischen Besonderheiten bei der Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit betrachtet werden, muss die Bedeutung von Öffentlichkeit für Gesellschaften im Allgemeinen skizziert werden. Zunächst wird ein soziologisches Öffentlichkeitsverständnis zugrunde gelegt, welches Öffentlichkeit als Kommunikationsraum zum Meinungsaustausch begreift (B.I.). Im Anschluss wird im Lichte der deliberativen Demokratietheorie die Bedeutung dieses Kommunikationsraumes für die demokratische Legitimation von Herrschaftsgewalt verdeutlicht (B.II.).

I. Öffentlichkeit als Diskursraum – eine soziologische Begriffsannäherung

In einem ersten Schritt muss eine definitorische Annäherung an den aus der Soziologie stammenden und entwickelten Öffentlichkeitsbegriff gewagt werden. Diese Untersuchung kann keine vollständige Aufarbeitung unterschiedlicher soziologischer Öffentlichkeitsmodelle leisten.⁴ Stattdessen soll nach einer kurzen Darstellung des dieser Arbeit zugrundeliegenden Verständnisses die Bedeutung von Öffentlichkeit in einer Demokratie erläutert werden (B.II.).

Der Begriff der „Öffentlichkeit“ wird nach allgemeiner terminologischer Lesart mit dem allgemein Zugänglichen assoziiert, also mit dem, was nicht geheim ist.⁵ Insofern wurde Öffentlichkeit lange Zeit als Sphäre begriffen, die im Gegensatz zur Privatsphäre weitgehend barrierefrei und für jedermann zugänglich ist, wobei der Bezug zu staatlichen Angelegenheiten im Vordergrund stand. *Jürgen Habermas* hat

4 Hierzu etwa *Offerhaus*, S. 32 ff. Die Autorin kategorisiert bestehende Öffentlichkeitsmodelle im Lichte ihrer demokratietheoretischen Hintergründe. Eine andere Kategorisierung findet sich in: *Eder/Kantner*, in: *Die Europäisierung nationaler Gesellschaften*, S. 307 ff..

5 Hierzu und zum Folgenden: *Schwaiger*, S. 18.

in seinem Werk „Strukturwandel in der Öffentlichkeit“ von 1962 eine umfangreiche historische und theoretische Aufarbeitung des Öffentlichkeitsbegriffs gewagt.⁶ Unabhängig von der Frage, ob es sich dabei um ein idealisiertes Funktionsverständnis von Öffentlichkeit handelt,⁷ soll im Folgenden sein Öffentlichkeitsbegriff für die Untersuchung erarbeitet und genutzt werden.

Im Zeitalter der Aufklärung veränderte sich die feudalabsolutistische Öffentlichkeit zu einer bürgerlichen Öffentlichkeit.⁸ Dies kann als Abkehr von einem repräsentativen Öffentlichkeitsmodell begriffen werden, in dem sich die öffentliche Meinung kraft fürstlicher bzw. monarchistischer Macht bildet.⁹ Die bürgerliche Öffentlichkeit ergänzen die Bürger als Publikum. Das Publikum ist „Subjekt der Öffentlichkeit“¹⁰ und „Träger der öffentlichen Meinung“.¹¹ Öffentlichkeit entsteht also erst dann, wenn das Öffentliche, vermittelt durch einen Sprecher, vom Publikum wahrgenommen wird.

Habermas begreift Öffentlichkeit als Sphäre im Sinne eines Raumes zum kommunikativen Austausch für den Bürger.¹² Er formuliert drei konstitutive Anforderungen an Öffentlichkeit.¹³ Hierzu gehört erstens der allgemeine Zugang des Individuums zum Kommunikationsraum,¹⁴ der sich im 18. bzw. 19. Jahrhundert für das Bürgertum in Tischgesellschaften, Salons oder Kaffeehäusern institutionalisierte. Zweitens werde in der Öffentlichkeit über das für die Allgemeinheit Relevante berichtet. Drittens erfordere Öffentlichkeit die Unabhängigkeit des Publikums, was bedeutet, dass jedermann, unabhängig von Status oder Bildungsstand, Zugang zum Kommunikationsraum haben muss. Diese Voraussetzungen erlauben eine normative Anreicherung des Öffentlichkeitsbegriffs, die *Habermas* als *bürgerliche Öffentlichkeit* begreift: In diesem Kommunikationsraum kann die öffentliche Meinung in der Form gebildet werden, dass unterschiedliche Auffassungen in einem Diskurs auf der Grundlage von Argumenten ausgetauscht werden.¹⁵

Ausgehend von diesem Modell ließe sich Öffentlichkeit wie folgt beschreiben: Öffentlichkeit ist eine Kommunikationssphäre, in der Meinungs- und Willensbil-

6 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit.

7 So etwa: *Schwaiger*, S. 18, 24.

8 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 69 ff.

9 *Brosda*, S. 107 f.

10 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 55.

11 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 55.

12 Zur Eigenschaft der Öffentlichkeit als Sphäre im Sinne eines Kommunikationsraumes ausführlich: *Brosda*, S. 103 ff.

13 Hierzu und zum Folgenden: *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 97-99. Diese Differenzierung ebenso treffend: *Schwaiger*, S. 18 f.

14 Auch *Imhof* wies darauf hin, dass Öffentlichkeit die Möglichkeit Jedermanns beschreibt, Zugang zur Öffentlichkeit zu erlangen (*Imhof*, in: Seismographische Funktion von Öffentlichkeit im Wandel, S. 24 f.). Der Autor arbeitete heraus, dass sich der Bürger erst durch die potentielle Partizipation in der Öffentlichkeit als Mitglied einer Gesellschaft wahrnehmen könne (*Schwaiger*, S. 20). Dadurch wird die Teilhabe an der Gesellschaft an den gemeinsamen Kommunikationsraum geknüpft.

15 *Schwaiger*, S. 19. Vgl. *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 345.

dungsprozesse im Austausch der Bürger untereinander stattfinden.¹⁶ Begreifen wir also Öffentlichkeit als Raum kommunikativen Austausches, müssen Foren zu solch einem Austausch bestimmt werden. Klassischerweise sind die Medien, insbesondere die Massenmedien, Arenen öffentlicher Meinungsbildung.¹⁷ Daneben kommen digitale Möglichkeiten des Meinungsaustausches über soziale Netzwerke, Webinare o.Ä. sowie physische Zusammenkünfte, zu denen etwa parlamentarische Gremien oder Konferenzen zählen, in Betracht.

II. Öffentlichkeit und Demokratie

Das dargestellte Verständnis verdeutlicht die zentrale Bedeutung von Öffentlichkeit für die demokratische Legitimation von Herrschaftsgewalt. Unter Berücksichtigung seiner demokratiethoretischen Funktion wird der Öffentlichkeitsbegriff um weitere normative Elemente ergänzt. An dieser Stelle soll keine umfassende Aufarbeitung von Öffentlichkeitsmodellen vor ihrer demokratiethoretischen Verständniskulisse erfolgen. Es soll vielmehr die Bedeutung von Öffentlichkeit als Kommunikationsphäre zur Meinungs- und Willensbildung für demokratische Entscheidungsfindungsprozesse aufgezeigt werden.

Habermas entwickelte das Modell einer *deliberativen Demokratie*, in der ein auf Rationalität beruhender kommunikativer Austausch rechtliche Legitimität öffentlicher Entscheidungsergebnisse schaffe.¹⁸ Sofern man seiner Diskurstheorie folgt, nach der im Idealzustand der rationale Austausch der besten Argumente zum optimalen Ergebnis führt,¹⁹ kann die Prozeduralisierung der Diskurstheorie als Mittel zur Legitimitätssteigerung demokratischer Entscheidungen eingesetzt werden. *Habermas* geht davon aus, dass in der Zivilgesellschaft, in Ausschüssen sowie in sonstigen Gremien oder Zusammenschlüssen mehrere Ebenen für eine fachkonforme Auseinandersetzung existieren, sodass Diskurse, bevor sie den parlamentarischen Entscheidungsprozess durchlaufen, zunächst im diskursiven Mehrebenensystem gefiltert werden.²⁰ Das ermögliche eine Optimierung demokratischer Entscheidungs-

16 Ähnlich: *Franzius*, KritV 2003/4, S. 327; *Ingold*, EuR 2024/6, S. 543; *Schmidt*, EuR 2024/4, S. 361; *Neidhardt*, in: Öffentlichkeit, öffentliche Meinung, soziale Bewegungen, S. 7.

17 Statt aller: *Koopmans/Pfetsch*, S. 4 f. Die Autoren beleuchten die Doppelfunktion der Medien als Vermittler und Teilnehmer im öffentlichen Kommunikationsraum (*Koopmans/Pfetsch*, S. 6 ff.). Auch: *Vike-Freiberga/Däubler-Gmelin/Hammersley/Poiates Pessoa Maduro*, S. 10. Kritisch zur Transformation der Öffentlichkeit wegen der Massenmedien: *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 275 ff. Hier kritisiert *Habermas*, dass Massenmedien zunehmend die Funktion einnehmen, öffentliche Meinung zu formen, ohne als Plattform für einen gleichberechtigten kommunikativen Austausch zu fungieren.

18 Hierzu: *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 349–383.

19 *Habermas* stellt das kommunikative Handeln dem strategischen Handeln gegenüber. Während strategisches Handeln auf die Durchsetzung eigener Interessen abzielt, ist kommunikatives Handeln darauf ausgerichtet, durch Argumentation und Verständigung einen Konsens zu erreichen (*Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns, S. 385 ff.).

20 Hierzu und zum Folgenden: *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 359 f., 448 f. Zusammenfassend: *Liese*, S. 17 f.

findung, da im Laufe des Diskurses im Sinne eines rationalen Austausches eine öffentliche Meinung gebildet werde, die sich im bestmöglichen parlamentarischen Entscheidungsergebnis manifestiert. Die Ausübung von Herrschaftsgewalt durch Gesetze ist dann im Idealfall das Ergebnis eines rationalen kommunikativen Austausches der besten Argumente. Insofern könnte Öffentlichkeit zur Legitimität politischer Entscheidungen beitragen.

Ein liberal-repräsentatives Öffentlichkeitsmodell hingegen stellt das Ergebnis von Entscheidungsfindung durch Repräsentanten in den Vordergrund, ohne zwingend einen diskursiven Austausch zwischen den Bürgern zu fordern.²¹ Diesem Verständnis folgend wäre die Konstruktion einer Kommunikationssphäre kein notwendiges Element eines demokratischen Gemeinwesens. Die Partizipationsfunktion von Öffentlichkeit tritt zurück. Öffentlichkeit wird auf ein System der Beobachtung begrenzt, in dem das Publikum durch Vermittler wie Medien über das Handeln der Hoheitsgewalt informiert werden. Ein Funktionsverständnis, Öffentlichkeit auf ihre informatorische Vermittlungsleistung zu reduzieren, widerspricht der hier vertretenen Konzeption von deliberativer Öffentlichkeit, die normativ auch die Partizipation des Publikums ermöglichen soll.

Diese deliberative Funktion von Demokratie und Öffentlichkeit ist im europäischen Rechtsraum anerkannt, was sich am Beispiel der deutschen Verfassungsrechtsprechung illustrieren lässt. Das Bundesverfassungsgericht vertritt, dass Demokratie kein bloß formales Zurechnungsprinzip sei, sondern „vom Vorhandensein bestimmter vorrechtlicher Voraussetzungen abhängig [sei], wie einer ständigen freien Auseinandersetzung zwischen sich begegnenden sozialen Kräften, Interessen und Ideen, in der sich auch politische Ziele klären und wandeln [...] und aus der heraus eine öffentliche Meinung den politischen Willen verformt“.²² Es erkennt also die Notwendigkeit eines Kommunikationsraumes an, in dem Parteien, Verbände, Presse und Rundfunk ihre Funktion sowohl als „Medium als auch Faktor dieses Vermittlungsprozesses“²³ wahrnehmen. Später knüpfte das Bundesverfassungsgericht an die Behauptung, bei Bestandsanalyse *de lege lata* noch keine europäische Öffentlichkeit erkennen zu können, die verfassungsrechtliche Notwendigkeit bestimmte Integrationsgrenzen zu formulieren.²⁴ Ohne eine europäische Öffentlichkeit bestünden

21 *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 58 ff., 345; *Ders.*, Faktizität und Geltung, S. 359. Hierzu ausführlich etwa: *Gerhards*, S. 2 f.; auch: *Offerhaus*, S. 32 ff. Die Autorin kategorisiert bestehende Öffentlichkeitsmodelle im Lichte ihrer demokratietheoretischen Hintergründe. Eine andere Kategorisierung findet sich in: *Ritzi*, S. 179 ff.

22 BVerfGE 89, 155 (185).

23 BVerfGE 89, 155 (185). Dabei können die anschließenden Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur demokratischen Legitimation durch Rückkopplung an das Europäische Parlament bzw. die mitgliedstaatlichen Parlamente durchaus als Anlehnung an die deliberative Demokratietheorie verstanden werden (BVerfGE 89, 155 [185 f.]). Ähnlich können die Ausführungen im Lissabon-Urteil gedeutet werden, die Selbstbestimmung des Volkes an einen Raum öffentlicher Meinungsbildung zu knüpfen (BVerfGE 123, 267 [341 f.]).

24 BVerfGE 123, 267 (359).

Demokratiedefizite, die in nationalen Kommunikationsräumen bewältigt werden müssten.²⁵

Das deliberative Öffentlichkeitsmodell hat daher normative Funktionen. Öffentlichkeit dient zum einen der kommunikativen Vermittlung zwischen der Herrschaftsgewalt und den Bürgern. Das Publikum, welches sich im *Habermas'schen* Sinne aus den Bürgern konstituiert, wird über das Handeln der Herrschaftsgewalt informiert.²⁶ Das schafft Transparenz hoheitlichen Handelns und Kontrolle durch den Bürger, sodass Öffentlichkeit eine Kontrollfunktion erfüllt.²⁷ Darüber hinaus hat Öffentlichkeit eine Partizipationsfunktion, indem sie den Bürgern eine Möglichkeit der Teilhabe an der Bildung der öffentlichen Meinung einräumt. Die Institutionalisierung deliberativer Kommunikationsräume trägt damit zur legitimatorischen Vermittlung hoheitlicher Entscheidungen bei, da diese im Idealfall zunächst Gegenstand eines öffentlichen Diskurses waren, in dem sich das Entscheidungsergebnis als öffentliche Meinung etablierte. Insofern hat Öffentlichkeit im beschriebenen Sinne eine demokratiekonstruierende Bedeutung und ist keine hinreichende, aber doch notwendige Bedingung für das Funktionieren einer Demokratie.²⁸ Die Verknüpfung von Demokratie und Öffentlichkeit ist Ausgangspunkt des Untersuchungsgegenstandes dieser Arbeit. Denn im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses wird die Bewältigung bestehender Demokratiedefizite zunehmend relevant. Wenn man nun die Einsicht teilt, demokratische Willensbildung setze einen gemeinsamen Kommunikationsraum voraus, muss für die Stärkung der demokratischen Legitimation unionalen Handelns die Frage beantwortet werden, ob es eine europäische Öffentlichkeit gibt bzw. wie sie sich konstruieren ließe (C.II.).

C. Die europäische Öffentlichkeit: Realität oder Utopie?

An dieser Stelle wird die Frage behandelt, wie europäische Öffentlichkeit konstruiert werden kann. Im ersten Schritt werden ausgewählte Herausforderungen für das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit dargestellt (C.I.). Die gewonnenen Erkenntnisse sollen helfen zu beurteilen, ob und in welcher Form europäische Öffentlichkeit im Sinne eines trans- oder supranationalen Kommunikationsraumes zum Austausch zur Meinungs- und Willensbildung existiert bzw. wie sie konzipiert werden kann (C.II.).

I. Herausforderungen für das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit

Die Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit bringt Herausforderungen mit sich, die aus den Spezifika einer supranationalen Union resultieren. Es soll ausge-

25 BVerfGE 123, 267 (359).

26 Vgl. *Franzius*, KritV 2003/4, S. 327; *Roß*, EuR 2023/5, S. 470.

27 Hierzu und zum Folgenden: *Descamps*, in: Europa von A bis Z, S. 229.

28 *Franzius*, KritV 2003/4, S. 329; *Franzius/Preuß*, S. 137; *Ingold*, EuR 2024/6, S. 547; *Koopmans/Pfetsch*, S. 3.

wählten Herausforderungen nachgegangen werden, um erste Ansätze zur Konturierung europäischer Öffentlichkeit zu liefern. Hierfür soll zunächst gezeigt werden, warum die Verknüpfung von Öffentlichkeit mit dem Volk überholt ist (C.I.1.). Anschließend wird den Hindernissen nachgegangen, die sich aus der Mehrsprachigkeit des Unionsraumes für die Öffentlichkeitskonstruktion ergeben (C.I.2.).

1. Das „Unionsvolk“ – Zur Homogenität in europäischen Kommunikationsräumen

Eine Herausforderung europäischer Öffentlichkeitskonstruktion ist, dass es kein Staatsvolk im herkömmlichen Sinne auf Unionsebene gibt. Wenn Öffentlichkeit nun als Kommunikationssphäre zwischen dem Volk auf der einen und den Staatsorganen auf der anderen Seite begriffen wird, ließe sich aufgrund der spezifischen Eigenschaft der Unionsbürger eine europäische Öffentlichkeit nicht konstruieren.²⁹ Denn obwohl mit dem Institut der Unionsbürgerschaft im Sinne der Art. 9 EUV, Art. 20 ff. AEUV die herkömmliche Stellung des bloßen Marktbürgers überwunden werden konnte,³⁰ müssten die Unionsbürger dann in ihrer Gesamtheit ein Volk darstellen.

Ohne vertieft auf die terminologischen Besonderheiten des Volksbegriffs einzugehen, soll an dieser Stelle ausreichen, Volk als Gesamtheit der Staatsangehörigen zu begreifen.³¹ Die Unionsbürgerschaft vermag jedoch noch keine dem staatsbürgerrechtlichen Näheverhältnis vergleichbare Bindung zu begründen.³² Insofern weicht ein solches kollektivistisches Demokratiemodell einer individualistischen Konzeption im europäischen Primärrecht,³³ was sich nicht zuletzt im Institut der Unionsbürgerschaft manifestiert.³⁴ Wird berücksichtigt, dass es in absehbarer Zeit mit einiger Sicherheit kein das klassische Begriffsverständnis von Staatsvolk erfüllendes Unionsvolk geben wird,³⁵ muss also auf Unionsebene ein Verständnis genutzt werden, dass von einem kollektivistischen Verständnis abweicht und den Unionsbürger als Individuum in den Vordergrund stellt.³⁶

29 *Franzius*, KritV 2003/4, S. 327.

30 Ausführlich etwa: *Schönberger*, in: Hilf/Nettesheim (Hrsg.), Art. 20 AEUV, Rn. 7 ff. Zur Bedeutung der Unionsbürgerschaft zur Förderung europäischer Öffentlichkeit noch: D.I.

31 BVerfGE 83, 37 (51).

32 Etwa: *Khan/Schäfer*, in: Geiger/Khan/Kotzur/Kirschmair (Hrsg.), Art. 20 AEUV, Rn. 2. Gleiches gilt, wenn man das Volk als Gesamtheit der Personen begreift, die sich in einem ersten Schritt eine Verfassung gegeben haben (so: *Franzius/Preuß*, S. 30). Herren der Verträge sind aber nach wie vor die Mitgliedstaaten, sodass eine Emanzipation unionaler Entscheidungsfindung vom Willen der Mitgliedstaaten, um die einzige Legitimationsquelle im Willen der Gesamtheit der Unionsbürger zu sehen, nicht bzw. nur in begrenzten Maßen erkennbar ist. Einen ersten Ansatz bieten etwa die Wahlen zum Europäischen Parlament.

33 *Ruffert*, in: Calliess/Ruffert (Hrsg.), Art. 9 EUV, Rn. 28; *Franzius/Preuß*, S. 32 ff.

34 *Ingold*, EuR 2024/6, S. 547.

35 Diese Entwicklung würde nach hier vertretener Definition die Emanzipierung der Union vom mitgliedstaatlichen Willen bedeuten und damit wohl die Staatswerdung der Union.

36 *Franzius* und *Preuß* sprechen von einer *lebendigen Demokratie* (*Franzius/Preuß*, S. 35 ff.).

Hier muss die erste Erkenntnis zur Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit ansetzen: Eine simple Kopie mitgliedstaatlicher Öffentlichkeitsmodelle auf Unionsebene wird der Komplexität europäischer Integrationsprozesse nicht gerecht.³⁷ Es müssen Strukturen bestehen, die es den Unionsbürgern erlauben, in einem zu konstruierenden Diskursraum in einen kommunikativen Austausch zu treten, um an den Entscheidungen unionaler Herrschaftsgewalt mitzuwirken. Die europäische Öffentlichkeit ist nicht einem Volk im herkömmlichen Sinne vorbehalten, sondern muss frei zugänglich sein und eine ungehinderte grenzüberschreitende Kommunikation gewährleisten.³⁸ Unionsbürger sollen grundsätzlich Zugang zu dieser Sphäre erhalten, ohne dass die Unionsbürgerschaft zwingend Zugangsvoraussetzung sein muss. Erst dann wird das *Habermas'sche* Ideal eines deliberativen Öffentlichkeitsmodells, zu dem jedermann Zugang hat, erfüllt.³⁹

2. Einheit in Vielfalt – Mehrsprachigkeit als Hindernis europäischer Öffentlichkeitskonstruktion

Darüber hinaus schwebt über der Herausforderung europäischer Öffentlichkeitskonstruktion das Damoklesschwert unterschiedlicher Sprachen im Unionsraum.⁴⁰ Das Entstehen europäischer Öffentlichkeit könnte schnell zu einem unmöglichen Unterfangen werden. An dieser Stelle sei am Beispiel der Schweiz und Belgiens auf das Problem mehrsprachiger Nationalstaaten hingewiesen, in denen fragmentierte Kommunikationsräume entlang der Sprachregionen existieren.

Lokale und regionale Medien können als Akteure Teilöffentlichkeiten formen, nationale Medien können dagegen eine gesamtgesellschaftliche Öffentlichkeit darstellen.⁴¹ In Belgien wird die Öffentlichkeit als gravierend fragmentiert beschrieben, was vor allem an dem Mangel nationaler Medien liege, seit dem selbst die öffent-

37 *Franzius/Preuß*, S. 36. Anders argumentieren *Eder* und *Kantner*, die bereits ein „Volk“ im Raum europäischer Öffentlichkeit ausmachen, ohne sich der Volkseigenschaft von Unionsbürgern definitiv zu nähern (*Eder/Kantner*, in: *Die Europäisierung nationaler Gesellschaften*, S. 327).

38 Ähnlich argumentiert *Voß*, indem er darauf verweist, dass die Öffentlichkeitskonstruktion bei der Nationswerdung europäischer Nationalstaaten anfangs auch ein bloßes Imaginativ darstellte (*Voß*, *Mehr Öffentlichkeit für Europa*, abrufbar unter: https://paneuropa.org/mehr-oeffentlichkeit-fuer-europa_id153 [22/1/2025]). Er stellt sogar die These auf, dass die gemeinsame Öffentlichkeit erst die Entstehung eines Staatsvolkes durch einen gemeinsamen öffentlichen Diskurs ermögliche. Zur Notwendigkeit des freien Zugangs zur Öffentlichkeit schon: *Habermas*, *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, S. 97-99.

39 Hierzu schon oben: B.I.

40 Darauf wies auch schon das Bundesverfassungsgericht hin, wenn es eine notwendige vorrechtliche Voraussetzung einer Demokratie darin erkennt, dass der Bürger mit der Hoheitsgewalt in einer Sprache kommunizieren kann (BVerfGE 89, 155 [185]).

41 So ausdrücklich am Beispiel der Schweiz: *Arens*, *Medien im Föderalismus*, abrufbar unter: <https://chstiftung.ch/ch-blog/medien-im-foederalismus-ein-integraler-bestandteil?.com> (22/1/2025).

lich finanzierten Medien 1960 an die Sprachregionen angepasst wurden.⁴² In der Schweiz hingegen existieren nationale Medien, die eine gesamtgesellschaftliche Öffentlichkeit auf nationaler Ebene schaffen.⁴³ Als gesamtschweizerisch tätige Medien sind z.B. „20 Minuten“ (TX-Gruppe) sowie die öffentlich finanzierte „SRG SSR“ zu nennen.

An dem Beispiel der Schweiz wird deutlich, dass das Bestehen fragmentierter Öffentlichkeiten aufgrund unterschiedlicher Sprachen nicht zwingend der Entstehung einer gesamtgesellschaftlichen Öffentlichkeit entgegensteht.⁴⁴ Dennoch sind auch im digitalen Zeitalter sprachliche Verständnisschwierigkeiten als faktische Zugangshindernisse zu Kommunikationsräumen zu begreifen. Für die Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit müssen die tatsächlichen Kommunikationsbarrieren, die sich aus den sprachlichen Unterschieden ergeben, berücksichtigt werden.

II. Thesenartige Darstellung europäischer Öffentlichkeitskonzeptionen: Die Idee einer europäischen Verbundöffentlichkeit

Inwieweit die Existenz einer europäischen Öffentlichkeit im Sinne einer gemeinsamen Kommunikationssphäre anzunehmen ist, ist vordergründig eine empirische Frage, der sich aus soziologischer Perspektive genähert werden kann. Ob ein frei zugänglicher und ungehinderter grenzüberschreitender Kommunikationsraum besteht, wird etwa ausgehend vom Umfang der Berichterstattung über europäische Themen in nationalen Medien untersucht.⁴⁵ Die empirisch-soziologische Untersuchung muss an dieser Stelle dahinstehen. Es soll vielmehr die theoretische Frage erörtert werden, welche Konzeptionen europäischer Öffentlichkeit existieren und inwiefern die Union zur Konstruktion unionaler Kommunikationssphären beitragen kann.

In dieser Arbeit wird die These, europäische Öffentlichkeit entlang klassischer Öffentlichkeitsmodelle im Sinne einer einheitlichen gesamteuropäischen Öffentlichkeit zu konstruieren, verworfen (C.II.1.). Es wird gezeigt, dass es in einem Europa der Einheit in Vielfalt europäisierte Teilöffentlichkeiten gibt. Die Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit durch Vernetzung mitgliedstaatlich geprägter Teil-

42 Arens, Medien im Föderalismus, abrufbar unter: <https://chstiftung.ch/ch-blog/medien-im-foederalismus-ein-integraler-bestandteil?.com> (22/1/2025). Ausführlich zur historischen Entwicklung hin zu einer politischen Fragmentierung entlang der Sprachgrenzen: *Deschouwer*, S. 18 ff.

43 Hierzu und zum Folgenden: Arens, Der Schweizer Medienföderalismus im Check, abrufbar unter: <https://chstiftung.ch/ch-blog/der-schweizer-medienfoederalismus-im-check> (22/1/2025).

44 Zu einfach macht es sich indes Voß, indem er ohne weitere Belege vorzutragen die These vertritt, Sprachbarrieren würden überschätzt werden (Voß, Mehr Öffentlichkeit für Europa, abrufbar unter: https://paneuropa.org/mehr-oeffentlichkeit-fuer-europa_id153 [22/1/2025]). Der Einfluss politischer Themen und Strukturen auf die Bildung einer Öffentlichkeit sei wesentlich größer als eine gemeinsame Sprache.

45 Zum empirischen Vorgehen beim Messen europäischer Öffentlichkeit: Risse, in: Europäische Öffentlichkeit, S. 140 f.

öffentlichkeiten könnte in der Entstehung einer *europäischen Verbundöffentlichkeit* münden (C.II.2.).

1. Die europäische Super-Öffentlichkeit – weder wünschenswert noch realistisch

Es könnte eine europäische „Super-Öffentlichkeit“ als Kommunikationsraum *sui generis* bestehen.⁴⁶ Das wäre ein einheitlicher grenzüberschreitender Kommunikationsraum, der ohne Zugangshindernisse ein Forum zum deliberativen Austausch zwischen den Unionsbürgern bietet. Eine solche europäische Öffentlichkeit könnte entstehen, wenn themenspezifisch gesamteuropäisch diskutiert wird.⁴⁷ Der Diskurs ist aber nur dann ein genuin europäischer Diskurs, wenn entsprechende europäische Gremien bzw. gesamteuropäische Medien oder sonstige Plattformen existieren, die einen einheitlichen europäischen Diskursraum anbieten und so als Arenen kommunikativen Austausches fungieren.⁴⁸ Oft sind themenbezogene Diskurse noch immer national ausgerichtet, was auch an der massenmedialen Berichterstattung in den Mitgliedstaaten liegt. Sofern es tatsächlich europäische Diskursräume gibt, sind sie in der Regel an ein Fachpublikum gerichtet und daher nicht gleichermaßen inklusiv.⁴⁹ Eine mit den Massenmedien vergleichbare Wirkung im Sinne einer legitimatorischen Funktion für unionale Herrschaftsgewalt scheidet hier aber aufgrund der Selektivität fachspezifischer Diskurse aus.

Richtig ist, dass bereits europäische Foren für einen gemeinsamen Diskurs existieren. Zu denken ist etwa an das Europäische Parlament, das nicht etwa nach der mitgliedstaatlichen Herkunft seiner Abgeordneten, sondern nach politischer Ausrichtung in staatenunabhängige Fraktionen gegliedert ist. Insofern gibt es bereits vereinzelt europäische Arenen zum diskursiven Austausch. Diese Kommunikationsräume sind allerdings nicht für jedermann zugänglich und in der Regel einem kleinen Kreis vorbehalten.⁵⁰ Der Austausch der Abgeordneten im Europäischen Parlament kann also nicht dem *Habermas'schen* Kriterium der allgemeinen Zugänglichkeit entsprechen. Bei Betrachtung der legitimatorischen und partizipatorischen Funktion von Öffentlichkeit in deliberativen Demokratie-Modellen (B.II.) können elitäre Teilöffentlichkeiten keinen nennenswerten Beitrag zur Konstrukti-

46 Diese These wird, soweit ersichtlich, häufig aufgeworfen, aber nicht vertreten. Statt aller: *Peters*, EuR 2004/3, S. 377, Fn. 9 m.w.N. Die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts können so gedeutet werden, dass sich Kommunikationsräume im Laufe der Zeit auch im institutionellen Rahmen der EU entwickeln könnten (BVerfGE 89, 155 [185]). Darin aber die Konstruktion einer europäischen Gesamtöffentlichkeit zu erkennen, ist zu weitgehend (auch: *Ingold*, EuR 2024/6, S. 545).

47 *Descamps*, in: *Europa von A bis Z*, S. 228.

48 Insofern wird die zwischen verschiedenen Ebenen der Öffentlichkeit unterschieden. Hier handelt es sich dann um die sog. Themenöffentlichkeit (ausführlich zu Öffentlichkeits-ebenen: *Gerhards/Neidhardt*, S. 19 ff.).

49 *Descamps*, in: *Europa von A bis Z*, S. 228; *Koopmans/Pfetsch*, S. 7. Siehe zum Erfordernis der Inklusivität bei dem *Habermas'schen* Verständnis einer deliberativen Demokratie: B.II.

50 Zum Erfordernis der allgemeinen Zugänglichkeit B.I.

on einer gesamteuropäischen Öffentlichkeit *sui generis* leisten. Dafür wären etwa europaweit agierende (Massen-)Medien als Foren des diskursiven Austausches erforderlich.⁵¹ Eine gesamteuropäische Öffentlichkeit, die für jedermann allgemein zugänglich ist und eine mit den Massenmedien vergleichbare Kommunikationssphäre bietet, existiert aber noch nicht.⁵²

Zwar ließe sich in Anbetracht rapider Digitalisierungsprozesse eine Transnationalisierung von Öffentlichkeiten wegen des grenzüberschreitenden Potenzials sozialer Netzwerke annehmen. Die Diskussion spezifischer Ereignisse ist aber auch dann themenbezogen und bietet kein institutionalisiertes Forum für stetigen diskursiven Austausch, sondern formt sich spontan als Themenöffentlichkeit. Außerdem treten sprachliche Barrieren hier gleichermaßen zum Vorschein.⁵³

Die bloße Hochzoning nationaler Öffentlichkeitskonzeptionen kann für gesamteuropäische Diskursräume daher nicht fruchtbar gemacht werden.⁵⁴ Das folgt zum einen aus der Heterogenität der Unionsbürger in ihren national oder regional geprägten Echoräumen. Zum anderen stellen Sprachbarrieren, kulturelle Unterschiede und vielfältige Identitätsvorstellungen Hindernisse für die Schaffung einer einheitlichen europäischen Öffentlichkeit dar.⁵⁵ Es ist daher weder zu erwarten noch wünschenswert, von einer europäischen Gesamtöffentlichkeit zu sprechen.

2. Die europäische Verbundöffentlichkeit

Wenn aber die demokratiestiftende Funktion von Öffentlichkeit berücksichtigt wird, stellt sich die Frage, wie solche Kommunikationssphären auf europäischer Ebene strukturell zu konstruieren sind. Die überwiegende Autorenschaft bestreitet nicht, dass fragmentierte (Teil-) Öffentlichkeiten in Europa existieren, die sich jedenfalls auch an den Staatsgrenzen europäischer Mitgliedstaaten orientieren und damit staatlich ausgerichtet sind.⁵⁶ Diskursive Austauschprozesse finden diesem Konzept folgend noch immer maßgeblich innerhalb national ausgerichteter Kommunikationsräume statt. Erkennbar sind allerdings Europäisierungsprozesse dieser

51 *Heft/Pfetsch*, in: *European Public Spheres*, S. 32.

52 Zu denken wäre hier an Arte oder Euronews als erster paneuropäischer Nachrichtensender. Gleiches gilt für POLITICO, einer globalen Nachrichtenorganisation, die auch eine spezifisch europäische Sparte betreibt (abrufbar unter: <https://www.politico.eu> [31/1/2025]). Ihre Reichweite innerhalb der EU ist aber eher gering (*Thomaß*, *Europäische Öffentlichkeit*, in: *Journalistikon – Das Wörterbuch für Journalistik*, abrufbar unter: <https://journalistikon.de/europaeische-oeffentlichkeit/> (22/1/2025)).

53 Hierzu umfassend: *Habermas*, *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und deliberative Politik*; *Eisenegger/Prinzing/Ettinger/Blum* (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit*.

54 Hierzu bereits C.I.1.

55 *Heft/Pfetsch*, in: *European Public Spheres*, S. 32. Ausführlich zu den Sprachbarrieren: *Kraus*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, S. 111 ff.

56 Vgl. *Franzius*, *KritV* 2003/4, S. 329; *Franzius/Prenß*, S. 136 f.; *Trenz*, *IPG* 2006/1, S. 120. Anders indes *Peters*, die davon ausgeht, dass es keine an mitgliedstaatliche Hoheitsgebiete gekoppelte Teilöffentlichkeiten gibt. Vielmehr gebe es in Europa ein Netz pluraler Teilöffentlichkeiten (*Peters*, *EuR* 2004/3, S. 376).

Teilöffentlichkeiten. Das bedeutet, dass die Fragmentierung der Kommunikationsräume durch Vernetzung und Bezugnahme auf jeweils andere Diskursräume überwunden werden kann.⁵⁷

Diese Tendenz kann im Wege der Berichterstattung über europäische Themen befördert werden, welche die Mitgliedstaaten gleichermaßen betreffen und daher eine gegenseitige Bezugnahme ermöglichen.⁵⁸ Dagegen ließe sich wiederum vortragen, dass die Medienberichterstattung über europäische Themen nicht selten an nationalen Besonderheiten und den eigenen Vor- oder Nachteilen orientiert ist.⁵⁹ Das mag zwar zutreffen, ist aber letztlich in regionalen Teilöffentlichkeiten national eingebetteter Kommunikationsräume nicht anders, in denen spiegelbildlich regionale Argumente besonders eingehend gewürdigt werden.⁶⁰ Insofern ist entscheidend, dass europäische Themen synchron mit gemeinsamen Bezügen zueinander und unter den gleichen bzw. ähnlichen Relevanzgesichtspunkten diskutiert werden.⁶¹ Durch die Einbeziehung europäischer Akteure und Argumente in den nationalen Diskurs über europäische Themen kann eine Vernetzung der Kommunikationssphären entstehen, die in einer *europäischen Verbundöffentlichkeit* kulminieren kann.⁶² Diese Öffentlichkeitskonzeption ist mit Sicherheit kein Produkt einer linearen Entwicklung.⁶³ Empirisch belegt ist vielmehr, dass gesamteuropäische Ereignisse wie die Europawahlen oder die Eurokrise temporär transnationale kommunikative Austauschprozesse hervorrufen, diese indes nach einiger Zeit auch wieder abklingen.⁶⁴ Dieser Befund ist aber letztlich nicht entscheidend, da der Diskurs über europäische Themen ohnehin erst dann besonders zur demokratischen Legitimation unionalen Handelns beitragen kann, wenn es um wichtige und aufsehenerregende Prozesse oder Ereignisse geht. Dass etwa Medienberichterstattung trotz ihrer Funktion in der Öffentlichkeit zu einem gewissen Grad selektiv ist, muss daher nicht verwundern.⁶⁵

57 Vgl. *Franzius/Preuß*, S. 139 f.; *Koopmans/Pfetsch*, S. 3; *Risse*, in: *European Public Spheres*, S. 144 ff. Dieser Prozess wird in der Soziologie auch als *vertikale Europäisierung* bezeichnet (*Trenz*, IPG 2006/1, S. 121).

58 Die Einbeziehung europäischer Themen bzw. Akteure in den nationalen Diskurs wird als *vertikale Europäisierung* bezeichnet (*Trenz*, IPG 2006/1, S. 121). Hierzu: *Gerhards*, S. 6 f.; *Köhler/Otto*. Ausführlich zur Messbarkeit der Europäisierung von Öffentlichkeitsphären: *Heft/Pfetsch*, in: *European Public Spheres*, S. 36 ff.

59 *Franzius/Preuß*, S. 140.

60 Siehe am Beispiel der Belgiens und der Schweiz: C.I.2.

61 *Descamps*, in: *Europa von A bis Z*, S. 228; *Eder/Kantner*, in: *Die Europäisierung nationaler Gesellschaften*, S. 326.

62 Den Begriff ebenfalls verwendend: *Calliess/Hartmann*, S. 142. *Calliess* und *Hartmann* betonen, europäisierte Öffentlichkeit stelle keine europäische Öffentlichkeit dar (*Calliess/Hartmann*, S. 138). Da sich die Autoren selbst nicht streng an die terminologische Unterscheidung halten, beziehen sie sich bei Verwendung des Begriffs „europäische Öffentlichkeit“ am ehesten auf einen unter C.II.1. skizzierten einheitlichen europäischen Kommunikationsraum. In dieser Arbeit wird die europäische Verbundöffentlichkeit, die sich aus europäisierten Teilöffentlichkeiten konstituiert, als ein Modell für eine europäische Öffentlichkeit begriffen (ähnlich: *Landfried*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, S. 126).

63 Ausführlich zu der schrittweisen Europäisierung nationaler Öffentlichkeiten: *Risse*, S. 127 ff.

64 *Descamps*, in: *Europa von A bis Z*, S. 229.

65 Vgl. auch: *Trenz*, IPG 2006/1, S. 122.

Für ein solches Öffentlichkeitsverständnis streitet auch die Struktur der EU als föderaler Verbund aus Union und Mitgliedstaaten. Insoweit ist die Konstruktion einer Verbundöffentlichkeit an die föderale EU-Struktur insgesamt angelehnt.⁶⁶ Berücksichtigt man die legitimatorische Vermittlungsleistung deliberativer Öffentlichkeitsmodelle, so kann die europäische Verbundöffentlichkeit am ehesten der dualen Legitimationsstruktur nach Art. 10 Abs. 2 EUV gerecht werden.⁶⁷ Neben der nationalen Öffentlichkeit kann eine europäische Verbundöffentlichkeit einen Beitrag zur Legitimation unionaler Herrschaftsgewalt leisten.

Diese Konzeption ist auch auf die Mehrsprachigkeit in der Union zurückzuführen (C.I.2.). In einer europäischen Verbundöffentlichkeit treten Unionsbürger in einem ersten Schritt nach wie vor mit der Teilöffentlichkeit in Kontakt, zu der keine faktischen Zugangshindernisse wie Sprachbarrieren existieren. Erst durch die Vernetzung der Teilöffentlichkeiten untereinander kann es gelingen, europäische Themen unter ähnlichen Relevanzgesichtspunkten und mit gegenseitiger Bezugnahme zu diskutieren. Dabei können mehrsprachige Mitgliedstaaten als Vorbild für die Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit fungieren.

Es wurde gezeigt, dass Diskurse, auch wenn sie sich europäisieren, weiterhin in nationalen Kommunikationsräumen ausgefochten werden. Folgt man nun der strukturellen Konzeption „europäisierte[r] Teilöffentlichkeiten“,⁶⁸ ist die europäische Verbundöffentlichkeit mangels eigener Kommunikationssphäre *sui generis* im Vergleich zu nationalen Kommunikationsräumen defizitär. Aus diesem Öffentlichkeitsdefizit ließen sich, sofern man einem deliberativen Demokratieverständnis folgt, Demokratiedefizite ableiten.⁶⁹

Es ist aber nicht zwingend nachvollziehbar, dass die Vernetzung von Teilöffentlichkeiten im Sinne einer europäischen Verbundöffentlichkeit nicht ausreicht, um einem deliberativen Demokratiemodell gerecht zu werden. Dass eine einheitliche „Super-Öffentlichkeit“ erforderlich ist, um von belastbaren deliberativen Prozessen zu sprechen, ist jedenfalls begründungsbedürftig. Eine Begründung, die an die strukturellen Schwächen einer europäischen Verbundöffentlichkeit anknüpft, lässt sich indes nicht finden. Ein vertieftes Eingehen auf das deliberative Demokratiemodell soll an dieser Stelle unterbleiben. Richtig ist, dass *Habermas* einen idealisierten kommunikativen Austausch skizziert, zu dem ungehinderter Zugang besteht.⁷⁰ Dies kann vor dem Hintergrund sprachlicher und kultureller Barrieren bezweifelt werden. Dieser Befund trifft indes nur insofern zu, als dass man europäische Öffentlichkeit konzeptionell als Kopie national ausgerichteter Kommunikationsräume begreift.⁷¹ Das Entstehen deliberativer Prozesse in vernetzten europäi-

66 Ähnlich: *Calliess/Hartmann*, S. 138 f., 145.

67 Vgl. *Calliess/Hartmann*, S. 138. Hierzu noch: D.II.

68 Begriff stammt von *Peters* (*Peters*, EuR 2004/3, S. 379). Der Begriff soll hier synonym mit dem Konzept einer europäischen Verbundöffentlichkeit verwendet werden.

69 *Franzius*, KritV 2003/4, S. 329. *Franzius* meint, es fehle an alltäglichen Deliberationsprozessen der europäischen Zivilgesellschaft.

70 Vgl. *Habermas*, Strukturwandel der Öffentlichkeit, S. 97 f.

71 *Franzius/Preuß*, S. 36.

sierten Teilöffentlichkeiten kann aber kaum bestritten werden. Auch hier sei auf die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts verwiesen, das von „europäische[r] Öffentlichkeit in ihren jeweiligen staatlichen Resonanzräumen“⁷² spricht. Die Einbeziehung von europäischen Positionen und Akteuren zur zeitgleichen Diskussion europäischer Themen unter ähnlichen Relevanzgesichtspunkten ruft dann deliberative Prozesse hervor, wenn Argumente zwischen den Diskursräumen ausgetauscht und andere Perspektiven gewürdigt werden.⁷³ Daher kann sich eine europäische Verbundöffentlichkeit dem deliberativen Demokratieverständnis nach *Habermas'* *schem* Ideal annähern.

III. Zwischenfazit

Es wurde untersucht, wie sich Öffentlichkeit mit seinem legitimatorischen Funktionspotenzial auch auf europäischer Ebene nutzen lässt. Es konnte gezeigt werden, dass für eine europäische Öffentlichkeit eine Vernetzung und gegenseitige Einbeziehung national bzw. an Sprachgrenzen ausgerichteter (Teil-) Öffentlichkeiten am geeignetsten erscheint, um im Rahmen deliberativer Austauschprozesse unionale Maßnahmen weitergehend demokratisch zu legitimieren. Die Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit führt daher zu einem Legitimationsgewinn für die unionale Herrschaftsgewalt. Zur Bezeichnung dieser Öffentlichkeitskonzeption wird der Begriff der europäischen Verbundöffentlichkeit benutzt.

D. Integrationspotenzial von Unionsinstrumenten – Kann die EU bei der Gestaltung und Förderung einer europäischen Öffentlichkeit mitwirken?

Nachdem die Frage, wie eine europäische Öffentlichkeit aussehen könnte, untersucht wurde, sollen nunmehr Integrationspotenziale unionaler Maßnahmen zur Öffentlichkeitskonstruktion bzw. -förderung skizziert werden. Die betrachteten Instrumente erheben nicht den Anspruch der Vollständigkeit. Vielmehr sollen die folgenden Überlegungen die These untermauern, dass die Entwicklung einer europäischen Verbundöffentlichkeit ein gesellschaftlicher Prozess ist, der durch bestimmte Maßnahmen zwar gefördert, aber nicht ersetzt werden kann. Öffentlichkeit als Kommunikationsraum ist im europäischen Primärrecht verankert (D.I.). Das europäische Demokratieprinzip setzt die Existenz einer europäischen Öffentlichkeit voraus (D.II.). Die Öffentlichkeitsarbeit von Unionsorganen und -institutionen kann die Präsenz europäischer Themen in der Berichterstattung steigern und so Öffentlichkeit fördern (D.III.). Es stellt sich die Frage, ob sekundärrechtliche Maßnahmen der EU eine Verrechtlichung von (Teil-) Öffentlichkeiten bewirken können (D.IV.). Nachdem die Bedeutung von weichen Instrumenten wie Förderprogrammen oder Initiativen beleuchtet wurde (D.V.), soll in einer Schlussbetrachtung das

72 BVerfGE 123, 267 (359).

73 Vgl. *Franzius/Preuß*, S. 139 f.

Integrationspotenzial unionaler Maßnahmen zur Öffentlichkeitsgestaltung bewertet werden (D.VI.).

I. Primärrechtliche Verankerung europäischer Öffentlichkeitsvorstellungen im Sinne einer deliberativen Vermittlungssphäre mit legitimatorischer Funktion

Zunächst werden Ansätze im Primärrecht aufgezeigt, die Öffentlichkeitsbezug vorweisen. In Art. 9 EUV, Art. 20 ff. AEUV findet die Unionsbürgerschaft ihre normative Verankerung in den Unionsverträgen. Die Bedeutung der Unionsbürgerschaft zur Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit wird unterschiedlich bewertet. Teilweise wird darin ein „politisches Medium transnationaler deliberativer Öffentlichkeitsräume in der Europäischen Union“⁷⁴ gesehen. Deliberative Öffentlichkeit erfordert nicht nur Foren zum kommunikativen Austausch, sondern auch die Bereitschaft und den Willen des Publikums, an diesem Austausch zu partizipieren. Indem Staatsangehörige der Mitgliedstaaten adressiert und mit Rechten und Pflichten ausgestattet werden, kann die Partizipationsbereitschaft dieser Personengruppe als rechtliche Zurechnungsgemeinschaft gesteigert werden. Die identitätsstiftende Bedeutung der Unionsbürgerschaft kann die Unionsbürger zur Teilnahme am diskursiven Austausch in einer europäischen Verbundöffentlichkeit ermutigen.⁷⁵ Andere Autoren bestreiten indes ein nennenswertes Integrationspotenzial der Unionsbürgerschaft.⁷⁶

Bei näherer Betrachtung kann die Unionsbürgerschaft durchaus identitätsfördernd wirken. Die Unionsbürger sind taugliches Publikum im Rahmen eines europäisierten Diskurses, sodass diese Vorbedingung für das Entstehen von Öffentlichkeit durch das Institut der Unionsbürgerschaft erfüllt wird.⁷⁷ Dennoch sollte das öffentlichkeitskonstruierende Potenzial der Unionsbürgerschaft nicht überschätzt werden. Eine europäische Verbundöffentlichkeit lässt sich in der Lebenswirklichkeit erst durch Vernetzung und gegenseitige Bezugnahme von national oder sprachlich ausgerichteten Kommunikationsräumen erreichen, nicht durch die Einführung des Rechtsinstituts der Unionsbürgerschaft. Dieses leistet aber einen Beitrag dazu, dass Akteure, die in der Öffentlichkeit agieren, wie z.B. Medienschaffende, für die Bedeutung europäischer Integrationsprozesse und damit für die Relevanz europäischer Themen bei der Informationsbeschaffung und -vermittlung für ihre Rezipienten sensibilisiert werden.

Daneben sollten bei der Konstruktion einer europäischen Öffentlichkeit die Kommunikationsgrundrechte der Grundrechtecharta (GRC) nicht außer Acht gelassen werden. Neben der Meinungs- und Informationsfreiheit gemäß Art. 11 Abs. 1

⁷⁴ *Calliess/Hartmann*, S. 139.

⁷⁵ Dieser Gedankengang findet sich in: *Calliess/Hartmann*, S. 141. Die Autoren gehen sogar weiter und erklären die Unionsbürgerschaft zur notwendigen Bedingung für die Herausbildung einer Verbundöffentlichkeit auf europäischer Ebene (*Calliess/Hartmann*, S. 144).

⁷⁶ Vgl. nur *Roß*, EuR 2023/5, S. 472.

⁷⁷ Insofern sind die Unionsbürger geeignetes Publikum zur Konstruktion einer europäischen Verbundöffentlichkeit (*Peters*, EuR 2004/3, S. 375, 376 f.).

GRC weisen die Versammlungs-, Vereinigungsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GRC) und die Kunst- und Wissenschaftsfreiheit (Art. 13 GRC) als Kommunikationsfreiheiten Öffentlichkeitsbezug auf.⁷⁸ Medien besitzen, wie gezeigt, eine besondere Relevanz in deliberativen Öffentlichkeiten. Insofern ist die Pflicht zur Achtung der Medienfreiheit und der Medienpluralität nach Art. 11 Abs. 2 GRC zu würdigen. Die europäische Verbundöffentlichkeit wird so grundrechtlich überformt. Dass die Mitgliedsstaaten nach Maßgabe von Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC nur bei der Durchführung von Unionsrecht an die GRC gebunden sind, spricht wiederum für die Konstruktion einer europäischen Verbundöffentlichkeit unter Berücksichtigung der föderalen Struktur der Union.⁷⁹ Primärrechtlich deutet der begrenzte Anwendungsbereich der GRC also darauf hin, eine europäische Verbundöffentlichkeit nicht zulasten nationaler Kommunikationssphären zu entwickeln, sondern von der Europäisierung der Kommunikationssphären erst dann auszugehen, wenn der Diskurs inhaltlich oder politisch europäisch überformt ist (arg. ex. Art. 51 Abs. 1 Satz 1 GRC). Bei nüchterner Bestandsaufnahme kann aus den Unionsgrundrechten und ihrer richterlichen Interpretation *de lege lata* aber noch keine umfassende und kohärente Öffentlichkeitsdogmatik abgeleitet werden.⁸⁰

Einen Öffentlichkeitsbezug weist auch das Recht auf demokratische Teilhabe nach Art. 10 Abs. 3 EUV auf, das durch politische Parteien institutionalisiert wird und dadurch zum europäischen politischen Bewusstsein und zum Ausdruck des Willens der Unionsbürger beitragen soll (Art. 10 Abs. 4 EUV). Aufgrund der partizipatorischen Funktion von Öffentlichkeit müssen auch die Europäische Bürgerinitiative (Art. 11 Abs. 4 EUV i.V.m. Art. 24 Abs. 1 AEUV) und das Petitionsrecht beim Europäischen Parlament (Art. 24 Abs. 2 AEUV i.V.m. Art. 227 AEUV) als primärrechtliche Institute mit Öffentlichkeitsbezug bewertet werden.⁸¹ Die (politische) Partizipation der Unionsbürger kann, sei es durch die Teilnahme an den Wahlen zum Europäischen Parlament, der Mitwirkung in Parteien auf europäischer Ebene,⁸² oder durch einen Dialog zwischen Union und Verbänden⁸³ bzw. der Zivilgesellschaft, integrierende Funktion haben. Es werden europäische Kommunikationsräume und Austauschplattformen geschaffen.⁸⁴ Zwar ist dem Primärrecht keine klare Öffentlichkeitsdogmatik zu entnehmen. Es konnte aber gezeigt werden, dass es primärvertragliche Anknüpfungspunkte für die Entwicklung einer europäischen Öffentlichkeit gibt.

78 Hierzu und zum Folgenden auch: *Ingold*, EuR 2024/6, S. 549.

79 Hierzu schon: C.II.2.

80 *Ingold*, EuR 2024/6, S. 549.

81 *Descamps*, in: Europa von A bis Z, S. 229.

82 Politische Parteien auf Unionsebene tragen dazu bei, den politischen Willen der Unionsbürger zum Ausdruck zu bringen (Art. 12 Abs. 2 GRC). Umfassend zur Funktion von europäischen Parteien: *Pieperschneider*, in: Europäische Öffentlichkeit, 237 ff.

83 Zu denken wäre etwa an den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss (Art. 13 Abs. 4 EUV, Art. 300 ff. AEUV).

84 Vor dieser Verständniskulisse spricht *Ingold* von einer „aktiven Öffentlichkeitssphäre“ (*Ingold*, EuR 2024/6, S. 548).

II. Die Förderung von Öffentlichkeit – ein unionsverfassungsrechtlicher Auftrag?

Der legitimatorische Mehrwert europäischer Öffentlichkeit für unionale Herrschaft wirft die Frage auf, ob sich aus dem unionalen Demokratieprinzip gemäß Art. 2 Satz 1 Fall 3 EUV nicht sogar eine Pflicht zur Förderung europäischer Öffentlichkeit ergibt. Das würde voraussetzen, dass die Existenz einer europäischen Öffentlichkeit, sei es in der hier bevorzugten Konzeption einer Verbundöffentlichkeit, notwendige Bedingung ist, um dem europäischen Demokratieverständnis gerecht zu werden.

Zur Konkretisierung des unionsspezifischen Demokratiebegriffs sind die gemeinsamen mitgliedstaatlichen Verfassungsverständnisse heranzuziehen.⁸⁵ Daneben stellt die Europäische Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) eine Rechtserkenntnisquelle zur Deutung des unionalen Demokratieverständnisses dar.⁸⁶ Der Europarat betont die Bedeutung deliberativer Prozesse. Er erkennt ihr Potenzial für die Stärkung repräsentativer Demokratien und deutet an, dass derartige Ansätze vermehrt in den Konventionsstaaten zum Einsatz kommen.⁸⁷ Normativ konturiert wird das europäische Demokratieprinzip aus Art. 2 Satz 1 Fall 3 EUV in Art. 9 ff. EUV. Es treten die besonderen partizipatorischen Elemente nach Art. 10 Abs. 3, 11 EUV zutage, die Deliberation fördern und den Unionsbürgern verstärkte Beteiligungsmöglichkeiten einräumen.

Eine umfassende Aufarbeitung des europäischen Demokratiekonzepts soll hier unterbleiben. Sicher ist, dass der EuGH sich bislang noch nicht dazu geäußert hat, ob Demokratie eine die Herrschaftsgewalt kontrollierende und mit ihr kommunizierende Öffentlichkeit erfordert. Die unter D.I. dargestellten primärvertraglichen Erwägungen deuten darauf hin, dass sich das unionale Demokratiekonzept zunehmend auf eine europäische Öffentlichkeitsphäre bezieht, die neben den national geprägten Öffentlichkeiten einen zusätzlichen Legitimationsstrang zu den Unionsbürgern schafft. Dieses Verständnis ist auch Ausdruck der dualen Legitimationsstruktur des Art. 10 Abs. 2 EUV.⁸⁸ Unionale Herrschaftsgewalt stützt sich also einerseits auf die Verantwortlichkeit der im Rat vertretenen Minister vor ihren nationalen Parlamenten (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 2 EUV) und andererseits auf das Europäische Parlament (Art. 10 Abs. 2 UAbs. 1 EUV). Wird der zusätzliche le-

85 Vgl. Art. 6 Abs. 3 EUV. Unter B.II. wurde bereits herausgearbeitet, dass das Bundesverfassungsgericht einem deliberativen Demokratiemodell folgt.

86 Dies gilt, obwohl die Union formal der EMRK noch nicht beigetreten ist. Zum einen sind alle EU-Mitgliedstaaten Konventionsparteien. Zum anderen ist etwa in Art. 6 Abs. 3 EUV die besondere Bedeutung der EMRK zur unionsvertraglichen Auslegung anerkannt. Insofern ziehen viele Autoren die EMRK zur Konkretisierung der Werte nach Art. 2 EUV heran (siehe nur: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 2 EUV, Rn. 22; *Haratsch*, EuR-Beih 2018/1, S. 76 ff.; *Hilf/Schorkopf*, in: *Hilf/Nettesheim* (Hrsg.), Art. 2 EUV, Rn. 28.

87 Europarat, Empfehlung CM/Rec(2023)6 of the Committee of Ministers to member States on deliberative democracy, 6.9.2023.

88 Hierzu schon D.I. Auch: *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Hrsg.), Art. 2 EUV, Rn. 23.

gitimatorische Mehrwert von Öffentlichkeit anerkannt,⁸⁹ kann der unionsunmittelbare Legitimationsstrang gestärkt werden. Insofern ist es sinnvoll, europäische Öffentlichkeit als Bestandteil des unionalen Demokratiekonzepts zu werten. Klar ist, dass sich das unionsspezifische Demokratieprinzip von den Verständnissen der Mitgliedstaaten emanzipiert und insofern unionsautonom auszulegen ist. Die primärrechtlichen Anknüpfungspunkte für die partizipative Beteiligung von Unionsbürgern und die Förderung diskursiver Austauschprozesse sprechen aber dafür, europäische Öffentlichkeit als konstitutive Voraussetzung europäischer Demokratie zu verstehen.

Normativ anknüpfend an das Demokratieprinzip gemäß Art. 2 Satz 1 Fall 3, 9 ff. EUV ließe sich dann gar die These formulieren, die Union treffe im Rahmen ihrer Kompetenzen eine Rechtspflicht zur Förderung europäischer Öffentlichkeit. Das Demokratieprinzip verpflichtet die Union zur demokratischen Verfasstheit.⁹⁰ Sofern dies aber die Existenz einer europäischen Öffentlichkeit voraussetzt, könnte sich daraus sogar eine Verpflichtung zur Förderung ebenjener ableiten lassen. Dieser Ansatz ist von der Justiziabilität und der Durchsetzung der Werte des Art. 2 EUV zu trennen und betrifft vielmehr die Frage, ob die Pflicht der Union, demokratisch verfasst zu sein, impliziert, alle verfügbaren Mittel einsetzen zu müssen, um diesen Zustand zu erreichen. Die Bejahung einer Pflicht zur Förderung von Öffentlichkeit hätte jedenfalls keine kompetenzerweiternde Wirkung, könnte die Union aber dazu verpflichten, an der Förderung von Öffentlichkeit im Rahmen des bestehenden Kompetenzgefüges mitzuwirken.

III. Die Bedeutung von Öffentlichkeitsarbeit – unionale Kommunikationspolitik als Beitrag zur europäischen Verbundöffentlichkeit

Nachdem sich im Jahr 1992 der Ratifikationsprozess des Vertrages von Maastricht unerwartet schwierig gestaltete, erkannte die Union die Notwendigkeit einer Kommunikations- und Informationspolitik, die durch gute Öffentlichkeitsarbeit zur demokratischen Legitimation unionalen Handelns beitragen sollte.⁹¹ Dieser Strategiewechsel zeigte sich in zahlreichen Aktionsplänen und Handlungspapieren in den kommenden Jahren und demonstrierte den neuen kommunikationspolitischen Willen der Union.⁹² Unionsbürger müssen zur Wahrnehmung ihres Wahlrechts und Ausübung ihrer Meinungsäußerungsfreiheit zumindest die Möglichkeit haben, sich Informationen über die Tätigkeit der sie betreffenden Herrschaftsgewalt zu

⁸⁹ Vgl. B.II.

⁹⁰ Vgl. *Haag*, in: Schwarze/Hatje (Hrsg.), Art. 10 EUV, Rn. 5.

⁹¹ *Mast*, ZaÖRV 2021/2, S. 445.

⁹² Zur geschichtlichen Entwicklung der Öffentlichkeitsarbeit der EU: *Mast*, ZaÖRV 2021/2, S. 444 ff.

verschaffen.⁹³ Zwar könnten Medien diese Informationsfunktion in einem demokratischen Gemeinwesen erfüllen. Dabei sind sie aber selbst zur Berichterstattung über europäische Themen maßgeblich auf Öffentlichkeitsarbeit der Unionsorgane bzw. -institutionen angewiesen.⁹⁴ Darüber hinaus ermöglicht Öffentlichkeitsarbeit die Integration europäischer Akteure in die Medienberichterstattung.⁹⁵

An dieser Stelle tritt die Bedeutung von Öffentlichkeitsarbeit für die Förderung einer europäischen Öffentlichkeit hervor. Die sinnvolle mediale Befassung mit europäischen Themen setzt eine adäquate Informationspolitik von Institutionen und Organen der Union voraus.⁹⁶ Diese Notwendigkeit hat die Union bereits erkannt,⁹⁷ obwohl die Transparenz der Entscheidungsfindung in der Union noch immer kritisiert wird.⁹⁸ Insofern ist Öffentlichkeitsarbeit notwendige Bedingung für das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit.⁹⁹ Die Befassung mit europäischen Themen und die Einbeziehung von Entscheidungsträgern der Unionsebene in die national bzw. sprachlich geprägten (Teil-) Öffentlichkeiten tragen zur Vernetzung derselben bei. Insofern kann Öffentlichkeitsarbeit die Europäisierung von Diskursen befördern. Dabei trägt *Mast* zutreffend vor, dass die „Öffentlichkeitsarbeit der Europäischen Union [...] keine lebendige europäische Öffentlichkeit als Vorbedingung demokratischer Legitimation erzwingen [kann]“.¹⁰⁰ Innerhalb einer Reihe unionaler Instrumente zur Förderung bzw. Konstruktion von Öffentlichkeit besitzt die Kommunikationspolitik der Unionsinstitutionen und -organe aber große Bedeutung, da so die Befassung mit europäischen Themen in der fragmentierten europäischen Öffentlichkeitslandschaft angeregt wird.

IV. Integration durch Recht – Verrechtlichung von Öffentlichkeit

Zunehmend weisen Sekundärrechtsakte einen Bezug zu einem unionsweiten Kommunikationsraum auf. Zu denken ist insbesondere an das jüngst verabschiedete

93 Vgl. BVerfGE 27, 71 (81 f.). Genauso liest sich Art. 19 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte vom 10.12.1948, wonach die Meinungsfreiheit das Recht umfasst, über Medien jeder Art und ohne Rücksicht auf Grenzen Informationen zu suchen, zu empfangen und zu verbreiten.

94 Hierzu und zum Folgenden: *Mast*, ZaÖRV 2021/2, S. 457 f.

95 Dadurch wird der Prozess der vertikalen Europäisierung von Teilöffentlichkeiten befördert (hierzu Fn. 58).

96 Zwingend erforderlich ist dabei das Einhalten bestimmter Qualitätsvorgaben. Werden Mindestanforderungen adäquater Kommunikationspolitik nicht eingehalten, ist ein Beitrag zur demokratischen Legitimation des Handelns der EU nicht zu erwarten. Genau deshalb hat *Mast* ausführlich ausgehend vom kommunikationspolitischen Modell von *Christoph O. Meyer* Anforderungen an die Öffentlichkeitsarbeit der Unionsorgane formuliert (*Mast*, ZaÖRV 2021/2, S. 460 ff.).

97 Eine Übersicht zu den Informationsmöglichkeiten findet sich auf der Webseite der Union: https://european-union.europa.eu/principles-countries-history/principles-and-value/s/access-information_de (22/1/2025).

98 Umfassend hierzu: *Bröhmer*, S. 313 ff.

99 *Mast*, ZaÖRV 2021/2, S. 477.

100 *Mast*, ZaÖRV 2021/2, S. 457. Ähnlich auch: *Jopp/Kleine*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, S. 251.

Europäische Medienfreiheitsgesetz (EMFA)¹⁰¹ und das Gesetz über digitale Dienste (DSA).¹⁰² Diese Rechtsakte sind nur ausgewählte Beispiele einer Reihe rechtlicher Maßnahmen im europäischen Kommunikationssekundärrecht.

Das DSA dient der Schaffung eines sicheren, vorhersehbaren und vertrauenswürdigen Online-Umfelds (Art. 1 Abs. 2 DSA) und adressiert Vermittlungsdienste, die in der Union ansässig sind oder sich an Nutzer in der Union richten (Art. 2 Abs. 1 DSA). Besonders relevant für die Konstruktion einer deliberativen Öffentlichkeits-sphäre ist der Umstand, dass auch soziale Medien als Online-Plattformen bestimmten Pflichten unterworfen werden.¹⁰³ Daneben betrifft das EMFA erstmalig sämtliche in der Union agierende Mediendiensteanbieter.¹⁰⁴ Indem es die europäische Medienlandschaft in Abkehr zu ihrer bisherigen Regulierungspraxis¹⁰⁵ erstmalig in ihrer Gesamtheit adressiert, schafft sie eine europäische Medienlandschaft als rechtliche Zurechnungskategorie.¹⁰⁶ Die Bedeutung der Medien in deliberativen Öffentlichkeiten sollte nicht unterschätzt werden.¹⁰⁷ Davon ausgehend die europäische Medienlandschaft als „homogene Größe“¹⁰⁸ zu bezeichnen, wäre aber zu weitgehend. Das EMFA harmonisiert in bestimmten Bereichen den normativen Hintergrund, vor dem sich Medienschaffende in der Union betätigen. Dennoch bestehen in weiten Teilen auch nach Erlass des EMFA Regelungsunterschiede in dem aufgrund seiner Kulturrelevanz souveränitätssensiblen Bereich nationalen Medienrechts.¹⁰⁹

101 VO (EU) 2024/1083 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11.4.2024 zur Schaffung eines gemeinsamen Rahmens für Mediendienste im Binnenmarkt und zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU (Europäisches Medienfreiheitsgesetz), ABl. L vom 17.4.2024, S. 1 ff.

102 VO (EU) 2022/2065 des europäischen Parlaments und des Rates vom 19.10.2022 über einen Binnenmarkt für digitale Dienste und zur Änderung der Richtlinie 2000/31/EG (Gesetz über digitale Dienste), ABl. L 277 vom 27.10.2022, S. 1 ff.

103 Diese unterliegen als Hostingdiensteanbieter einem Pflichtenkatalog nach dem DSA (VO (EU) 2022/2065, ABl. 277 vom 27.10.2022, S. 5).

104 Vgl. Art. 2 Nr. 2 EMFA.

105 Die Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste indes betraf nur audiovisuelle Medien, nicht etwa Printerzeugnisse oder den Hörfunk (Richtlinie 2010/13/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 10. März 2010 zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste [Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste], ABl. L 95 vom 15.4.2010, S. 1 ff., geändert durch Richtlinie [EU] 2018/1808 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. November 2018 zur Änderung der Richtlinie 2010/13/EU zur Koordinierung bestimmter Rechts- und Verwaltungsvorschriften der Mitgliedstaaten über die Bereitstellung audiovisueller Mediendienste [Richtlinie über audiovisuelle Mediendienste] im Hinblick auf sich verändernde Marktgegebenheiten, ABl. L 303 vom 28.11.2018, S. 69 ff.).

106 Roß, EuR 2023/5, S. 470.

107 Hierzu schon B.I.

108 Roß, EuR 2023/5, S. 470.

109 Zur Einstufung des EMFA als Rechtsakt im Sinne einer Mindestharmonisierung das zunächst unveröffentlichte Gutachten des Juristischen Dienstes des Rates der EU (Rat der EU, 8089/23, S. 8 f., abrufbar unter: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-8089-2023-INIT/de/pdf> [22/1/2025]).

Beispielhaft hervorzuheben zur Beurteilung des öffentlichkeitsfördernden Potentials europäischen Kommunikationsrechts sind die Aufsichtsstrukturen im DSA¹¹⁰ und im EMFA.¹¹¹ Mit Einführung des Europäischen Gremiums für Mediendienste (Art. 8 ff. EMFA) und des Europäischen Gremiums für digitale Dienste (Art. 61 ff. DSA) werden Möglichkeiten zur strukturierten Kooperation und Zusammenarbeit geschaffen. Die Zusammenarbeit nationaler Medienregulierungsbehörden oder -stellen bzw. Koordinatoren für digitale Dienste trägt zu einer Vernetzung in Aufsichtsfragen bei. Beispielsweise kann eine nationale Medienregulierungsbehörde oder -stelle jederzeit die eines anderen Mitgliedstaats um Kooperation ersuchen. Dazu zählt insbesondere der Austausch von Informationen und die gegenseitige Unterstützung bei der Umsetzung medienrechtlicher Pflichten aus dem Unionsrecht (Art. 14 Abs. 1 EMFA). Für die strukturierte Kooperation zwischen den nationalen Medienaufsichtsbehörden bzw. -stellen legt das Europäische Gremium für Mediendienste Verfahrens Anforderungen fest (Art. 14 Abs. 7 EMFA). Das kann wiederum die Europäisierung nationaler Kommunikationsräume fördern, da aufsichtsrechtliche Ansätze und Durchsetzungsmechanismen in den Foren neuer Institutionen dialogisch ausgetauscht werden.

Das EMFA und das DSA reihen sich als Regelungsansätze in eine Integrationsstrategie ein, die sich mit der Begriffsformel „Integration durch Recht“¹¹² umschreiben lässt. Dieser Ansatz kann auf die Konstruktion von Öffentlichkeit in der Union übertragen werden.¹¹³ Europäische Integrationsprozesse, in diesem Fall die Konstruktion einer gemeinsamen Verbundöffentlichkeit, könnten durch Rechtssetzung befördert werden. Darin kann der Versuch liegen, sich Öffentlichkeit „herbeizukodifizieren“.

Die Harmonisierung der Regelungen in europäischen Kommunikationsräumen und ihre Vernetzung etwa im Rahmen gefestigter Aufsichtsstrukturen kann zur Zusammenarbeit verpflichten. Die Herausbildung einer europäischen Verbundöffentlichkeit kann folglich auch das Resultat einer zumindest in ihren Grundanforderungen harmonisierten Kommunikationssphäre sein. Zu beachten bleibt, dass Öffentlichkeit stets ein Produkt der Lebenswirklichkeit in Europa ist. Rechtliche Maßnahmen können zwar mit gesellschaftlichen Vorgängen in Wechselwirkung treten, um integrative Prozesse anzustoßen bzw. zu verstärken. Eine europäische Verbundöffentlichkeit kann aber nach hier vertretener Auffassung nicht allein durch das „scharfe Schwert des Rechts“ errichtet werden, sondern wird erst durch die Ver-

110 Zur transnationalen Vernetzung der Aufsichtsstrukturen beim DSA: *Buchheim/Schrenk*, NVwZ 2024/1-2, S. 3.

111 Aufgrund der eingeführten Kooperationsmöglichkeiten mitgliedstaatlicher Medienregulierungsbehörden oder -stellen wird auch von einer europäischen „Netzwerkverwaltung“ gesprochen (so: *Gerhold*, in: Ferreau (Hrsg.), § 6 EMFA, Rn. 7 ff.).

112 Etwa: *Haltern*, in: Theorien der europäischen Integration, S. 339 ff. Zur Möglichkeit und zum Potenzial der Integration durch Recht zur Legitimation politischen Handelns jüngst ausführlich: *Lautsch*, S. 78 ff.

113 Dies ebenfalls erkennend: *Roß*, EuR 2023/5, S. 471; *Ingold*, EuR 2024/6, S. 567.

netzung von Akteuren mitgliedstaatlich ausgerichteter Öffentlichkeiten praktisch erlebbar.¹¹⁴

V. Soft-Law Instrumente der EU zur Förderung einer europäischen Öffentlichkeit

Neben Rechtsakten können auch „weiche“, nicht bindende Maßnahmen der Unionsorgane dazu beitragen, europäisierte Kommunikationssphären zu schaffen. Zu denken ist etwa an das Programm Kreatives Europa, das Leitprogramm der Europäischen Kommission zur Unterstützung des Kultursektors und des audiovisuellen Sektors.¹¹⁵ Neben dem besonderen Öffentlichkeitsbezug des audiovisuellen Medienbereichs¹¹⁶ kann auch der Kultursektor in seiner identitätsstiftenden Funktion zur Gestaltung einer europäischen Öffentlichkeit beitragen.

Ziel des Programms sind unter anderem die Förderung der künstlerischen und kulturellen Zusammenarbeit auf europäischer Ebene oder die Förderung der politischen Zusammenarbeit.¹¹⁷ Im Aktionsbereich Kultur werden bspw. länderübergreifende Kooperationsprojekte, europäische Netzwerke zwischen Organisationen des Kultur- und Kreativsektors aus unterschiedlichen Ländern und europaweite Plattformen für den Kultur- und Kreativsektor unterstützt.¹¹⁸ Im Aktionsbereich Medien sollen etwa europäische unabhängige Produktionsgesellschaften, der länderübergreifende Austausch von Erfahrungen oder die Vernetzung von Entscheidungsträgern in der Politik und dem audiovisuellen Sektor gefördert werden.¹¹⁹ Dabei werden Mittel in Höhe von 2,44 Milliarden Euro zwischen 2021 und 2027 zur Verfügung gestellt.¹²⁰

Die Vernetzung von Kultur- und Medienschaffenden in der Union kann vor dem Hintergrund ihrer Rolle in der Öffentlichkeitssphäre einen Beitrag zur Europäisierung nationaler Kommunikationsräume leisten. Medienschaffende sind besonders wichtige Akteure innerhalb von Öffentlichkeit. Sie bieten ein Forum zur Informationsvermittlung und sind darüber hinaus selbst Akteure in der Öffentlichkeit und beteiligen sich am diskursiven Meinungs- und Willensbildungsprozess.¹²¹ Die Vernetzung untereinander schärft das Bewusstsein für unterschiedliche Meinungen

114 Ähnlich: *Schorkopf*, S. 154.

115 VO (EU) 2021/818 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2021 zur Einrichtung des Programms Kreatives Europa (2021 bis 2027) und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1295/2013, ABl. L 189 vom 28.5.2021, S. 34.

116 Die besondere Bedeutung audiovisueller Medien ist auch in der Rechtsprechung des EGMR verankert, der audiovisuellen Medien aufgrund ihrer unmittelbaren Wirkung besondere Wichtigkeit im demokratischen Diskurs beimisst (EGMR, Nr. 28470/12, *NIT s.r.l. v. Moldawien*, Urteil v. 5. April 2022, Rn. 182; Nr. 38433/09, *Centro Europa 7 S.r.l. und Di Stefano v. Italien*, Urteil v. 7. Juni 2012, Rn. 132).

117 VO (EU) 2021/818, ABl. L 189 vom 28.5.2021, S. 44 f.

118 VO (EU) 2021/818, ABl. L 189 vom 28.5.2021, S. 55 f.

119 VO (EU) 2021/818, ABl. L 189 vom 28.5.2021, S. 56 f.

120 VO (EU) 2021/818, ABl. L 189 vom 28.5.2021, S. 46.

121 *Koopmans/Pfetsch*, S. 6 ff. Sie sind also „Medium als auch Faktor dieses Vermittlungsprozesses“ (BVerfGE 89, 155 [185]).

oder Informationsvermittlungsansätze. Die Zusammenarbeit regt dazu an, sich im Rahmen der eigenen Wirkungssphäre auf die Meinungen bzw. Ansätze von Kultur- und Medienschaffenden in anderen Kommunikationsräumen zu beziehen. Ihre Vernetzung untereinander ist jedenfalls ein Mittel, einen europäisierten Kommunikationsraum zu fördern.

VI. Schlussfolgerungen – Potenzial unionaler Maßnahmen zur Gestaltung europäischer Öffentlichkeit

Es konnte gezeigt werden, dass die Union über unterschiedliche Instrumente verfügt, um an der Gestaltung einer Verbundöffentlichkeit im Sinne eines vernetzten Kommunikationsraumes, in dem im Wege deliberativer Prozesse demokratische Meinungs- und Willensbildung erfolgt, mitzuwirken. Die primärrechtlichen Ansätze mit Öffentlichkeitsbezug allein können keine Wunder bewirken. Verfassungstheoretisch treten aber erste Anknüpfungspunkte zur Konstruktion eines europäischen Öffentlichkeitsverständnisses hervor. Diese bieten noch kein kohärentes Bild einer europäischen Öffentlichkeit. Das Institut der Unionsbürgerschaft und die unionsgrundrechtliche Ausdifferenzierung der Kommunikationsfreiheiten in der GRC beziehen sich auf einen näher auszugestaltenden europäischen Kommunikationsraum. Es wurde gezeigt, dass diese primärrechtlichen Verankerungsansätze dem Modell einer europäischen Verbundöffentlichkeit im Sinne vernetzter Kommunikationsräume am ehesten entsprechen, ohne dass eine eindeutige Öffentlichkeitsdogmatik ableitbar wäre. Das unionsspezifische Demokratieprinzip setzt nach dem hier vertretenen Verständnis die Existenz einer europäischen Öffentlichkeit voraus, um unionales Handeln zusätzlich legitimatorisch zu untermauern. Daraus könnte sich gar eine Pflicht zur Förderung von Öffentlichkeit ergeben. Die Wahrnehmung der Kommunikationsgrundrechte und des Wahlrechts durch die Unionsbürger kann wiederum im Wege unionaler Öffentlichkeitsarbeit effektiviert werden. Erst durch die Zurverfügungstellung einer hinreichenden Informationsgrundlage gelingt die Einbeziehung europäischer Themen und Akteure in mitgliedstaatlich strukturierte Öffentlichkeitsräume. Daneben kann die Union sowohl durch sekundärrechtliche Maßnahmen als auch durch die Verwendung von „weichen“ Instrumenten wie der finanziellen Förderung der Zusammenarbeit von Medien- und Kulturschaffenden zur Vernetzung von Teilöffentlichkeiten beitragen.

Das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit steht in Wechselwirkung mit einer fortschreitenden europäischen Integration, in welcher die Union als politischer Akteur zunehmend in Erscheinung tritt und entlang ihres Kompetenzgefüges rechtliche und politische Entwicklungen mitgestaltet. Insofern ist die Europäisierung mitgliedstaatlich geprägter (Teil-) Öffentlichkeiten auch abhängig von dem politischen Machtfaktor, der der Union zukommt. Erkennt die Union ihr Potenzial bei der Förderung von Öffentlichkeit und nutzt sie die ihr zur Verfügung stehenden Gestaltungsoptionen, kann ihr Handeln von einer kritischen europäischen Öffentlichkeit begleitet werden. Im Zuge der Inanspruchnahme von Kompetenzen und der

Ausweitung der unionsrechtlich überformten Bereiche wird die Entstehung einer europäischen Öffentlichkeit zusätzlich angeregt.

Bei wertender Gesamtbetrachtung tritt die beschränkte faktische Wirkung unionaler Instrumente zur Öffentlichkeitsgestaltung hervor. Ein niedrigschwelliges Mittel zur Konstruktion eines gemeinsamen Kommunikationsraumes existiert nicht. Es konnten erste gute Ansätze, um das Entstehen europäischer Öffentlichkeit anzuregen, erarbeitet werden. Die unionalen Impulse müssen aber vor einer Verständniskulisse erfolgen, die die gesellschaftliche Struktur von Öffentlichkeit würdigt. Öffentlichkeit lässt sich nicht verrechtlichen und von oben oktroyieren.¹²² Vielmehr handelt es sich um kommunikative Austauschprozesse in deliberativen Öffentlichkeitsräumen, die ein Produkt der Lebenswirklichkeit der Unionsbürger sind. Angesichts der mitgliedstaatlichen und sprachlichen Ausrichtung europäischer Kommunikationssphären erscheint es daher notwendig, ihre Vernetzung und die Information über europäische Themen durch Akteure auf Unionsebene zu fördern. Das faktische Entstehen einer europäischen Verbundöffentlichkeit bleibt indes ein gesellschaftlicher Aushandlungsprozess, in welchem die Union bloß einen Beitrag leisten kann.

E. Fazit

Die Bedeutung von Öffentlichkeit zur Legitimation von Herrschaftsgewalt sollte auch für die supranationale Union fruchtbar gemacht werden. Klar ist, dass es nicht gelingen wird, von heute auf morgen eine europäische Öffentlichkeit zu konstruieren, die an die Vermittlungsleistung national geprägter Diskursräume mit vielfältigen Partizipationsmöglichkeiten herankommt. Dieser Befund sollte aber nicht zum Aufgeben anregen. Das Modell der europäischen Verbundöffentlichkeit als Produkt europäisierter Teilöffentlichkeiten bietet einen Ausgangspunkt für weitere Integrationsprozesse. Die Union ist inzwischen selbst Akteur der Öffentlichkeitskonstruktion geworden. Ihr stehen einige Handlungsinstrumente zur Verfügung. Wichtig wird aber sein, Öffentlichkeit als gesellschaftlichen Aushandlungsprozess zu begreifen, der erst in der Lebenswirklichkeit der Unionsbürger faktisch zur Geltung kommt. Insofern muss das beschränkte Potenzial unionaler Maßnahmen zu der Einsicht führen, Öffentlichkeit als Prozess „von unten“ zu begreifen. Hierbei kann die Union aber Prozesse anregen, die in Wechselwirkung mit nationalen Maßnahmen und gesellschaftlichen Entwicklungen treten, um im Wege der gegenseitigen Verstärkung in einer europäischen Verbundöffentlichkeit zu münden. Europäische Öffentlichkeit wird dann vom theoretischen Konzept zur gelebten Realität.

122 Ähnlich, wenn auch etwas pauschalierend: *Schorckopf*, S. 157.

Bibliographie

- BRÖHMER JÜRGEN, *Transparenz als Verfassungsprinzip – Grundgesetz und Europäische Union*, Tübingen, 2004
- BROSDA, CARSTEN, *Diskursiver Journalismus – Journalistisches Handeln zwischen kommunikativer Vernunft und mediensystemischem Zwang*, Wiesbaden, 2008
- BUCHHEIM, JOHANNES; SCHRENK, MARKUS, *Der Vollzug des Digital Services Act – Strukturen und Probleme eines vielfach verschränkten Rechts- und Vollzugsregimes*, NVwZ 2024, Jg. 43, Heft 1-2, S. 1–8
- CALLIESS, CHRISTIAN; HARTMANN, MORITZ, *Zur Demokratie in Europa: Unionsbürgerschaft und europäische Öffentlichkeit*, Tübingen, 2014
- DERS., *Art. 2 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), *EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta*, 6. Auflage, München, 2022
- DESCAMPS, CARMEN, *Europäische Öffentlichkeit*, in: *Europa von A bis Z – Taschenbuch der europäischen Integration*, Weidenfeld, Werner; Wessels, Wolfgang; Funda, Tekin (Hrsg.), 16. Auflage, Wiesbaden, 2023, S. 227–230
- DESCHOUWER, KRIS, *The Politics of Belgium – Governing a Divided Society*, 2. Auflage, Hampshire, 2012
- EDER, KLAUS; KANTNER, CATHLEEN, *Transnationale Resonanzstrukturen in Europa – Eine Kritik der Rede vom Öffentlichkeitsdefizit*, in: *Die Europäisierung nationaler Gesellschaften*, Bach, Maurizio (Hrsg.), Wiesbaden, 2000, S. 306–331
- EISENEGGER, MARK; PRINZING, MARLIS; ETTINGER, PATRIK; BLUM, ROGER (Hrsg.), *Digitaler Strukturwandel der Öffentlichkeit – Historische Verortung, Modelle und Konsequenzen*, Wiesbaden, 2021
- FRANZIUS, CLAUDIO, *Europäische Öffentlichkeit und europäische Verfassung*, *KritV* 2003, Vol. 86(4), S. 325–339
- FRANZIUS, CLAUDIO; PREUSS, ULRICH K., *Die Zukunft der europäischen Demokratie*, Baden-Baden, 2012
- GERHARDS, JÜRGEN, *Das Öffentlichkeitsdefizit der EU im Horizont normativer Öffentlichkeitstheorien*, 1-20, als Online-Quelle verfügbar auf der Internetseite des Demokratieforums Wien, abrufbar unter: <https://www.polsoz.fu-berlin.de/soziologie/arbeitsbereiche/seniorprofessur/mitarbeiter/lehrstuhlinhaber/dateien/2002-Gerhards-Oeffentlichkeitsdefizit-der-EU-im-Horizont-normativer-Oeffentlichkeitstheorien.pdf> (22/1/2025)
- GERHARDS, JÜRGEN; NEIDHARDT, FRIEDHELM, *Strukturen und Funktionen moderner Öffentlichkeit – Fragestellungen und Ansätze*, WZB Discussion Paper, No. FS III 90–101, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung (WZB), Berlin, 1990

- GERHOLD, MAXIMILIAN, § 6, in: Ferreau, Jörg Frederik (Hrsg.), *Das neue EU-Medienfreiheitsgesetz – European Media Freedom Act (EMFA)*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2025
- HAAG, MARCEL, *Art. 10 EUV*, in: Schwarze, Jürgen; Hatje, Armin (Hrsg.), *Europäisches Unionsrecht – Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union, Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, 7. Auflage, Baden-Baden, 2015
- HARATSCH, ANDREAS, *Democracy – A Value common to the Member States of the European Union*, EuR-Beiheft 1 2018, S. 73–83
- HABERMAS, JÜRGEN, *Strukturwandel der Öffentlichkeit – Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main, Neuauflage 1990
- DERS., *Theorie des kommunikativen Handelns*, Band 1, Handlungsrationalität und gesellschaftliche Rationalisierung, Frankfurt am Main, 11. Auflage, 2019 (Erstaufgabe 1995)
- DERS., *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main, 7. Auflage, 2019 (Erstaufgabe 1998)
- DERS., *Ein neuer Strukturwandel der Öffentlichkeit und deliberative Politik*, Berlin 2022
- HALTERN, ULRICH, *Integration durch Recht*, in: Theorien der europäischen Integration, Bieling, Hans-Jürgen; Lerch, Marika (Hrsg.), Wiesbaden, 2012, S. 339–358
- HEFT, ANNETT; PFETSCH, BARBARA, *Theorizing communication flows within a European public sphere*, in: *European Public Spheres – Politics Is Back*, Risse, Thomas (Hrsg.), Cambridge, 2015, S. 29–52
- HILF, MEINHARD; SCHORKOPF, FRANK, *Art. 2 EUV*, in: Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band I, EUV/AEUV, 83. Ergänzungslieferung – Stand Juli 2024, München
- IMHOF, KURT, *Die seismographische Qualität der Öffentlichkeit*, in: *Seismographische Funktion von Öffentlichkeit im Wandel*, Bonfadelli, Heinz; Blum, Roger; Imhof, Kurt; Jarren, Otfried (Hrsg.), 1. Auflage, Wiesbaden, 2008
- INGOLD, ALBERT, *Europäische Öffentlichkeit: Entwicklungen an der Schnittstelle von Legitimations- und Kommunikationsordnung*, EuR 2024, Jg. 59, Heft 6, S. 541–569
- JOPP, MATHIAS; KLEINE, MAREIKE, *Multiplikatoren europäischer Öffentlichkeit: Die Rolle der europäischen Institutionen*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, Franzius, Claudio; Preuß, Ulrich K. (Hrsg.), Baden-Baden, 2004, S. 249–260

- KHAN, DANIEL-ERASMUS; SCHÄFFER, CORNELIA, *Art. 20 AEUV*, in: Geiger, Rudolf; Kahn, Daniel-Erasmus; Kotzur, Markus; Kirchmair, Lando (Hrsg.), *Vertrag über die Europäische Union, Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union*, 7., überarbeitete Auflage, München, 2023
- KÖHLER, ANDREAS; OTTO, KIM, *Die Medienberichterstattung deutscher Medien in der griechischen Staatsschuldenkrise*, IMK Study, No. 45, Hans-Böckler-Stiftung, abrufbar unter: <https://www.econstor.eu/bitstream/10419/148243/1/85388093X.pdf> (22/1/2025)
- KRAUS, PETER A., *Vielfalt als Herausforderung: Die Bedeutung von Sprachpolitik im Prozess der Gestaltung europäischer Öffentlichkeit*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, Franzius, Claudio; Preuß, Ulrich K. (Hrsg.), Baden-Baden, 2004, 105-121
- KOOPMANS, RUUD; PFETSCH, BARBARA, *Towards a Europeanised Public Sphere? – Comparing Political Actors and the Media in Germany*, ARENA Working Paper 23/03
- LANDFRIED, CHRISTINE, *Das Entstehen einer europäischen Öffentlichkeit*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, Franzius, Claudio; Preuß, Ulrich K. (Hrsg.), Baden-Baden, 2004, S. 123–137
- LAUTSCH, EVA RICARDA, *Integration durch Recht*, Tübingen, 2023
- LIESE, PHILIP, *Demokratische Sittlichkeit in Faktizität und Geltung – Rekonstruktion und Beurteilung ihrer Funktion als Voraussetzung für postkonventionelle Sozialintegration*, Berlin, 2021, Masterarbeit, abrufbar unter: <https://refubium.fu-berlin.de/handle/fub188/32278> (22/1/2025)
- MAST, TOBIAS, *Gute Öffentlichkeitsarbeit und die Europäische Union*, *ZaÖRV* 2021, Jg. 81, Heft 2, S. 443–478
- NEIDHARDT, FRIEDHELM, *Öffentlichkeit, öffentliche Meinung, soziale Bewegungen*, in: *Öffentlichkeit, öffentliche Meinung, soziale Bewegungen*, Neidhardt, Friedhelm (Hrsg.), Wiesbaden, 1994, S. 7–41
- OFFERHAUS, ANKE, *Die Wahrnehmung der Europäischen Union und ihrer Mitgliedsstaaten in der deutschen Tagesberichterstattung – Eine empirische Untersuchung zur Beschreibung der Ausbildung einer Europäischen Öffentlichkeit*, Leipzig, 2002, Magisterarbeit, abrufbar unter: <https://userpage.fu-berlin.de/~gerhards/offerhaus/magisterarbeit.pdf> (22/1/2025)
- PETERS, ANNE, *Europäische Öffentlichkeit im europäischen Verfassungsprozess*, *EuR* 2024, Jg. 39, Heft 3, S. 375–392
- PIEPENSCHNEIDER, MELANIE, *Die Rolle der europäischen Parteien*, in: *Europäische Öffentlichkeit*, Franzius, Claudio; Preuß, Ulrich K. (Hrsg.), Baden-Baden, 2004, S. 237–247

- RISSE, THOMAS, *Auf dem Weg zu einer europäischen Kommunikationsgemeinschaft: Theoretische Überlegungen und empirische Evidenz*, in: Europäische Öffentlichkeit, Franzius, Claudio; Preuß, Ulrich K. (Hrsg.), Baden-Baden, 2004, 139–153
- DERS., *A community of Europeans? – Transnational Identities and Public Spheres*, Ithaca, 2010
- DERS., *European public spheres, the politicization of EU affairs, and its consequences*, in: European Public Spheres – Politics Is Back, Risse, Thomas (Hrsg.), Cambridge, 2015, S. 141–164
- RITZI, CLAUDIA, *Die Postdemokratisierung der Öffentlichkeit: Kritik zeitgenössischer Demokratie – theoretische Grundlagen und analytische Perspektiven*, Wiesbaden, 2014
- ROß, LEO, *European Media Freedom Act und Kernfragen der europäischen Integration*, EuR 2023, Jg. 58, Heft 5, S. 450–474
- RUFFERT, MATTHIAS, *Art. 9 EUV*, in: Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.), EUV/AEUV. Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta, 6. Auflage, München, 2022
- SCHMIDT, SUSANNE K., *Öffentlichkeit: Grenzen des Sagbaren*, EuR 2024, Jg. 59, Heft 4, S. 361–374
- SCHÖNBERGER, CHRISTOPH, *Art. 20 AEUV*, in: Hilf, Meinhard; Nettesheim, Martin (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, Band I, EUV/AEUV, 83. Ergänzungslieferung – Stand Juli 2024, München
- SCHORKOPF, FRANK, *Der Europäische Weg – Geschichte und Gegenwart der Europäischen Union*, 3., aktualisierte und erweiterte Auflage, Tübingen, 2020
- SCHWAIGER, LISA, *Gegen die Öffentlichkeit – Alternative Nachrichtenmedien im deutschsprachigen Raum*, Bielefeld, 2022
- TRENTZ, HANS-JÖRG, *Europäische Öffentlichkeit und die verspätete Politisierung der EU*, IPG 2006, Heft 1, S. 117–133
- VÍKE-FREIBERGA, VAIRA; DÄUBLER-GMELIN, HERTA; HAMMERSLEY, BEN; POIARES PESSOA MADURO, LUÍS MIGUEL, *A free and pluralistic media to sustain European democracy*, The Report of the High Level Group on Media Freedom and Pluralism, Januar 2013



Zulässigkeit und Grenzen von protektionistischen Maßnahmen zugunsten des Finanzsektors im WTO-Recht

Alexander Rospert*

Inhalt

A. Einführung: Protektionistische Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten	110
B. Problemaufriss: Verstoß gegen Liberalisierungspflichten des WTO-Rechts durch „Bail-Out-Packages“	111
I. Rechtsquellen des WTO-Rechts zu Finanzdienstleistungen	111
1. Einführung	111
2. Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)	111
3. Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen (Anlage 1 FDL)	113
4. Understanding on Commitments in Financial Services	115
II. Vorliegen eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten	116
1. Verstoß gegen Art. XV GATS	116
2. Verstoß gegen Art. II GATS	117
3. Verstoß gegen Art. XVII GATS	117
4. Ergebnis	118
C. Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten	119
I. Kriterium der Gleichartigkeit („Likeness“)	119
1. Einführung	119
2. Gleichartigkeit („Likeness“) zwischen heimischen und ausländischen Banken	119
3. Gegenansicht: „aims and effects“-Test	121
a) Darstellung	121
b) Dogmatische Einwände gegen „aims and effects“-Test	122
c) Faktische Einwände gegen „aims and effects“-Test	123
II. Sec. C. 1. des Understanding on Commitments in Financial Services	124
1. Einführung	124
2. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Inländerbehandlung: Offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten	125
3. „Bereichsausnahme“: Keine normale Durchführung der üblichen Geschäfte	126

* Der Verfasser ist Rechtsanwalt und Mitglied der Praxisgruppen Kartell- und Vergaberecht (European Regulatory) in der Sozietät K&L Gates LLP am Standort Berlin.

4. „Bereichsausnahme“: Kein Zugang zu letzten Finanzierungsmöglichkeiten	127
III. „Prudential Carve-Out“	128
1. Einführung	128
2. Rechtsnatur	129
3. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen („Prudential Reasons“)	130
a) Problemaufriss	130
b) Begriffsdefinition	132
1) Diskussion: Einbeziehung von „Conduct of Business Rules“ bzw. „Rules of Conduct“	132
2) Diskussion: Einbeziehung von Subventionen/ Rettungsmaßnahmen	134
aa) Eine Ansicht: Beschränkung auf regulatorische Maßnahmen	135
bb) Andere Ansicht: Einbeziehung von Rettungsmaßnahmen	136
cc) Stellungnahme	137
4. Verbot der Umgehung der Verpflichtungen oder Pflichten eines Mitglieds (Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL)	138
a) Problemaufriss	138
b) Inhalt des „Umgehungsverbots“: Streitstand und Stellungnahme	139
1) Keine Einschränkung Wirkung auf den „Prudential Carve-Out“	139
2) Geltungserhaltende Reduktion	140
3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. VI Abs. 1 GATS	140
4) „Good Faith/Chapeau“ gem. Art. XX GATT	142
5) WTO- Panel: Rationaler kausaler Zusammenhang („rational relationship“)	143
c) Stellungnahme: Inhalt des „Umgehungsverbots“ unter Berücksichtigung der Entscheidung Argentina – Financial Services und dem Grundsatz des „Chapeau“	145
d) Anwendung auf „Bail-Out-Packages“	148
1) Unterschiedslose Anwendung auf Finanzdienstleistungsunternehmen	148
2) Protektionistische/Diskriminierende Rettungsmaßnahmen	148
3) Regulatorische Maßnahmen	152
D. Zusammenfassung und Ausblick	153

Abstract

Protektionistische Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten, insbesondere in Form von sog. „Rettungspaketen“ („Bail-Out-Packages“), aber auch solche regulatorischer Art, rücken in Zeiten tiefgreifender Wirtschaftskrisen regelmäßig in den Fokus von Politik und Öffentlichkeit. Obwohl das WTO-Recht mit den einschlägigen GATS-Bestimmungen und Ausnahmeregelungen wie dem „Prudential Carve-Out“ einen umfassenden Rechtsrahmen bietet, bleiben zahlreiche Fragen zur rechtlichen Zulässigkeit und zu den Grenzen solcher Maßnahmen unbeantwortet. Die erstmalige Anrufung der WTO-Streitbeilegung im Fall *Argentina – Financial Services* hat einige Fragen zumindest teilweise geklärt. Dennoch bleiben zahlreiche Streitpunkte bestehen und es sind neue Fragen aufgetaucht, die in Ermangelung eines nachfolgenden Streitbeilegungsverfahrens zu erheblicher Rechtsunsicherheit geführt haben und weiterhin einer Klärung bedürfen. Dies betrifft insbesondere den Inhalt des „Verbots“ der Vermeidung von Vereinbarungen oder Verpflichtungen nach Ziff. 2 lit. (a) S. 2 Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen sowie die Prüfung der Verhältnismäßigkeit auf der Grundlage des „Chapeau“ des Art. XX GATT. Vor diesem Hintergrund untersucht der Autor umfassend die WTO-rechtlichen Anforderungen und Grenzen von Rettungspaketen und Regulierungsmaßnahmen zugunsten des Finanzsektors, zeigt die ungelösten Rechtsfragen auf und stellt mögliche Lösungsansätze vor.

Admissibility and limits of protectionist measures in favour of the financial sector under WTO law

Protectionist measures in favor of financial institutions, in particular in the form of “bail-out packages”, as well as those of regulatory nature, regularly become the focus of political and public attention in times of far-reaching economic crises. Although WTO law provides a comprehensive legal framework in the form of relevant GATS provisions and exemptions such as the “prudential carve-out”, numerous questions regarding the legal admissibility and limits of such measures remain unanswered. The first-time invocation of the WTO dispute settlement bodies in the *Argentina – Financial Services* case at least partially clarified some issues. Nevertheless, numerous points of contention remain and new issues have arisen that, in the absence of subsequent dispute settlement proceedings, have led to considerable legal uncertainty and still require clarification. This concerns in particular the content of the “prohibition” of avoiding commitments or obligations according to paragraph 2(a) sentence 2 Annex on Financial Services as well as the consideration of proportionality based on the “chapeau” of Article XX GATT. Against this background, the author comprehensively examines the WTO law requirements and limits of “bail-out packages” and regulatory measures in favor of the financial sector, and highlights the unresolved legal issues, while presenting possible approaches for solution.

A. Einführung: Protektionistische Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten

Protektionistischen Maßnahmen zugunsten von Finanzinstituten geraten bei Auftreten tiefgreifender wirtschaftlicher Krisen regelmäßig in das Zentrum politischer und öffentlicher Aufmerksamkeit. Solche krisenbedingten Maßnahmen lassen sich im Wesentlichen in zwei Kategorien unterteilen: 1) „*Bail-Out-Packages*“¹ und 2) hier als „*sonstige*“ bezeichnete Maßnahmen, vor allem aufsichtsrechtlicher Natur.

„Bail-Outs“ von Finanzinstituten² spielten besonders während der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 eine wichtige Rolle mit einem darüber hinausgehenden weitreichenden und dauerhaften Einfluss auf das entsprechende Beihilferegime, wie insbesondere die auf den einschlägigen Kommissionsmitteilungen beruhenden Bankenrettungspakete der EU-Mitgliedstaaten³ bzw. vergleichbare Rettungsmaßnahmen beispielsweise der USA.

Nachdem die WTO-rechtliche Zulässigkeit und Grenzen von „Bail-Out-Packages“ zugunsten des Finanzsektors⁴ und insbesondere damit zusammenhängende Ausnahmeregelungen wie der „*Prudential Carve-Out*“ lange Zeit fast vollständig ungeklärt waren, erfolgte durch die Entscheidungen der WTO-Streitbeilegungsorgane in der Sache *Argentina – Financial Services*⁵ in den Jahren 2015 und 2016 eine zumindest teilweise Klärung einiger Fragen. Dennoch verbleiben zahlreiche

1 Mit einem „Bail-Out“ bezeichnet man im wirtschaftlichen Sinne eine Maßnahme zur Rettung einer Institution im Falle drohender Zahlungsunfähigkeit auf dem Weg einer Entschuldung oder der Bereitstellung neuer Kredite durch Dritte (vgl. <https://www.bundesbank.de/dynamic/action/de/startseite/glossar/723820/glossar?firstLetter=B&contentId=651766#anchor-651766>, dort auch zum folgenden Text (8/2/2025)).

2 Begünstigte von „Bail-Out“-Maßnahme können sowohl privatwirtschaftliche Unternehmen als auch staatliche Institutionen sein, wobei nur erstere Gegenstand dieses Aufsatzes sind. In letztere Kategorie gehören die im Rahmen der *Euro-Staatsschulden-Krise* geleisteten Hilfen in Form des „*Rettungspakets*“ der Eurozone und des IWF zugunsten Griechenlands, aber auch des sog. „*Euro-Rettungsschirmes*“ für alle Euro-Staaten, bestehend aus dem Europäischen Finanzstabilisierungs-Mechanismus (EFSM – VO (EU) Nr. 407/2010 zur Einführung eines europäischen Finanzstabilisierungsmechanismus, ABl. L 118 v. 12.5.2010, S. 1) und der befristeten Europäischen Finanzstabilisierungs-Fazilität (EFSF). Auch der dauerhafte Europäische Stabilisierungsmechanismus (ESM – Vertrag zur Errichtung des Europäischen Stabilitätsmechanismus v. 2.2.2012 – BGBl. 2012 II, S. 983) zur Ablosung des EFSM und EFSF, eine eigenständige, außerhalb des Unionsrechts stehende, internationale Finanzorganisation, fällt unter diese Kategorie. (Vgl. zu diesen Maßnahmen: Herrmann, EuZW 2010, S. 413, 414; Herrmann, EuZW 2012, S. 805, 805 f.; Herrmann, in: Kadelbach, S. 79, 84 ff., 95 ff.; Nettesheim, in: Kadelbach, S. 31, 34 ff., 45 f.).

3 Eine Bezeichnung dieser Bankenrettungspakete als „*Bail-Out-Package*“ ist im deutschen juristischen Sprachgebrauch zwar unüblich, in englischsprachigen Publikationen indes gebräuchlich: So etwa zum deutschen Bankenrettungspaket: Beinert/Burmeister/Tries, Fn. 1 zu S. 129.

4 Neben „Bail-Out-Packages“ können Bankenrettungen auch auf der Grundlage von individuellen *ad-hoc*-Maßnahmen erfolgen. Diese beinhalten i.d.R. aber die gleichen (Beihilfe-)instrumente wie „Bail-Out-Packages“.

5 WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R.

strittige Punkte und es entstanden zudem neue Fragestellungen, die mangels folgender Streitbeilegungsverfahren zu einer erheblichen Rechtsunsicherheit führen und weiterhin einer Klärung bedürfen.

Dieser Aufsatz befasst sich im Folgenden mit den WTO-rechtlichen Voraussetzungen von „Bail-Out-Packages“ zugunsten von Finanzsektors und insbesondere den noch offenen Rechtsfragen, wobei auch aufsichtsrechtliche Maßnahmen Berücksichtigung erfahren.

B. Problemaufriss: Verstoß gegen Liberalisierungspflichten des WTO-Rechts durch „Bail-Out-Packages“

I. Rechtsquellen des WTO-Rechts zu Finanzdienstleistungen

1. Einführung

Den rechtlichen Rahmen für die WTO-rechtliche Bewertung von Maßnahmen in Bezug auf Finanzdienstleistungen bilden im Allgemeinen die Liberalisierungspflichten des *General Agreement on Trade in Services*⁶ (GATS), von denen von denen die Pflichten zur Meistbegünstigung (Art. II GATS), zur Gewährung des Marktzugangs (Art. XVI GATS) und des Grundsatzes der Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) sowie im Besonderen die für den Sektor der Finanzdienstleistungen geltenden Sonderregelungen wie insbesondere die Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen⁷ (*Annex on Financial Services*) und das *Understanding on Commitments in Financial Services*⁸ („Vereinbarung über Verpflichtungen bezüglich Finanzdienstleistungen“).

2. Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)

Das GATS selbst bildet nur ein Rahmenabkommen mit wenigen unmittelbaren Verpflichtungen der Vertragsparteien, verschiedenen Verhandlungsaufträgen, institutionellen Bestimmungen und Definitionsnormen.⁹ Es unterscheidet zwischen „allgemeinen Pflichten und Disziplinen“ (Teil II), die für alle Mitglieder gleichermaßen gelten und für diese unmittelbare Pflichten begründen,¹⁰ und den „spezifischen Verpflichtungen“ (Teil III),¹¹ bei denen es sich gewissermaßen um die „eigentlichen Liberalisierungsverpflichtungen“¹² des GATS handelt. Letztere bedürfen besonderer individueller Vereinbarungen zwischen den Mitgliedern, um hinsichtlich einzelner

6 BGBl. 1994 II, S. 1643; ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 190.

7 Im Folgenden: „Anlage 1 FDL“.

8 BGBl. 1994 II, S. 1675.

9 Weiß/Obler/Bungenberg, Rn. 851; Herrmann/Weiß/Obler, Rn. 835.

10 Michaelis, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 19; Obler, ZEuS 2002/2, S. 321, 351; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 38.

11 Vgl. Weiß/Obler/Bungenberg, Rn. 851; Herrmann/Weiß/Obler, Rn. 835; Michaelis, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 19; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 38.

12 Weiss, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 38.

Dienstleistungssektoren Öffnungsverpflichtungen einzugehen.¹³ Das Ergebnis der Liberalisierungsbemühungen stellt *keine Harmonisierung* der nationalen Vorschriften dar, sondern einen von Mitglied zu Mitglied unterschiedlichen Abbau handelsbeschränkender Regelungen.¹⁴

Die *Meistbegünstigungspflicht* („Most-Favoured-Nation-Treatment“) gemäß Art. II:1 GATS ist ein Diskriminierungsverbot, welches den WTO-Mitgliedern verbietet, Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer eines anderen WTO-Mitglieds rechtlich oder faktisch¹⁵ schlechter zu stellen als vergleichbare Dienstleistungen oder Dienstleistungserbringer aus dritten WTO-Mitgliedsstaaten oder sonstigen Drittländern,¹⁶ unabhängig vom jeweiligen Grad der Liberalisierung des betroffenen Marktes.¹⁷ Art. II:2 GATS gestattet den Mitgliedern, mit der Meistbegünstigungspflicht unvereinbare Maßnahmen unter der Bedingung aufrechtzuerhalten, dass diese Maßnahmen in die Anlage zu Ausnahmen von Art. II GATS aufgenommen worden sind. Diese Ausnahmen müssen „positiver“ Natur¹⁸ und darauf ausgerichtet sind, Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern einzelner anderer WTO-Mitglieder eine bessere Behandlung zu gewähren.¹⁹

Aus dem Eingehen einer spezifischen *Marktzugangsverpflichtung* gemäß Art. XVI:1 GATS folgt die Bindung des Mitglieds hinsichtlich der Regulierung des Marktzugangs in Form eines Mindeststandards, der nicht unterschritten werden darf.²⁰ Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer anderer WTO-Mitglieder dürfen in einem Dienstleistungssektor nicht weniger günstig behandelt werden, als in der Liste festgelegt worden ist. Die Etablierung des Mindeststandards führt zugleich zu einem „Standstill-Effekt“, da das betreffende WTO-Mitglied nachfolgend keine Maßnahmen mehr ergreifen kann, die seinen spezifischen Marktzugangsver-

13 Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 851, 874, 878; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 835, 862; Ohler, ZEuS 2002/2, S. 321, 351; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 99; Weiss, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 38.

14 Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 851; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 835; Weiss, CMLR 1995/5, S. 1177, 1206.

15 Vgl. Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 869; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 853; WTO Appellate Body Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (*EC – Bananas III*), Report v. 9 September 1997, WT/DS27/AB/R, Rn. 233; WTO Panel Report, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (*EC – Bananas III*), Report v. 22 Mai 1997, WT/DS27/RW/ECU, Rn. 6.95.

16 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 40; Barth, EuZW 1994, S. 455, 456; Jarreau, N.C.J.Int'l L&Com.Reg. 1999/1, S. 1, 62; Koehler, S. 103; Pitschas, RIW 2003/9, S. 676, 680.

17 Barth, EuZW 1994, S. 455, 456; Eckert, S. 138; Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 869; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 853; Weiss, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 18.

18 So Kampf, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 80; Kampf, Int. T.L.R. 1998/3, S. 111, 117.

19 Kampf, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 80; Kampf, Int. T.L.R. 1998/3, S. 111, 117; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 57.

20 Vgl. Michaelis, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 50; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 104, dort auch zum folgenden Text.

pfllichten widersprechen bzw. das dadurch festgelegte Maß der Marköffnung vermindern.²¹

Der Grundsatz der Inländerbehandlung („National Treatment“) gemäß Art. XVII GATS ist darauf ausgerichtet, zwischen inländischen und ausländischen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern ein „*level playing field*“ im Sinne von gleichen Wettbewerbsbedingungen, einschließlich der Gewährung von Subventionen, zu gewährleisten.²² Demnach ist es unzulässig, Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer eines anderen WTO-Mitglieds ungünstiger zu behandeln als vergleichbare inländische Dienstleistungen und Dienstleistungserbringer. Art. XVII:2 GATS stellt es dabei in das Ermessen der WTO-Mitglieder, ob sie in- und ausländischen Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern eine formal identische oder formal unterschiedliche Behandlung gewähren, solange es dabei nicht zu einer de jure- oder de facto-Diskriminierung kommt.²³

3. Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen (Anlage 1 FDL)

Die Erste Anlage zu Finanzdienstleistungen²⁴ (Annex on Financial Services) stellt einen „wesentlichen Bestandteil“ des GATS dar (vgl. Art. XXIX GATS). Sie trägt den spezifischen Eigenheiten des Finanzsektors, insbesondere in regulatorischer Hinsicht, Rechnung²⁵ und passt mit gewissen Sondervorschriften die allgemeinen Regeln des GATS den Besonderheiten dieses Sektors an.²⁶ Sie gewährt insbesondere die Einhaltung der Souveränitätsrechte der Vertragsparteien in den Bereichen des Aufsichtsrechts, der Geld- und Währungspolitik.²⁷

Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL enthält eine umfassende Definition des Begriffs der „Finanzdienstleistungen“.²⁸ Unter einer „Finanzdienstleistung“ ist jede Dienstleistung finanzieller Art zu verstehen, die von einem Finanzdienstleistungserbringer eines Mitglieds angeboten wird. „Finanzdienstleistungen“ schließen alle Versicherungsdienstleistungen und versicherungsbezogenen Dienstleistungen sowie alle Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen ein (vgl. Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL). Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL enthält zudem eine Liste der Aufzählung typischer

21 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 105; Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 879; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 862.

22 Vgl. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), Rn. 112 f.; Weiss, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 5, Rn. 42. Eingehend zum Gebot der Inländerbehandlung bei der Gewährung von Subventionen Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Fn. 244, dort auch m.w.N.

23 Vgl. Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 883; Gkoutzini, Int'l. Law. 2005/4, S. 877, 900; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 867; Michaelis, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 69; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 111; Krajewski, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 464; Ohler, ZEuS 2002/2, S. 321, 354.

24 Im Folgenden: „Anlage 1 FDL“.

25 Kokott, RIW 2000/6, S. 401 f.

26 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 168.

27 Kokott, RIW 2000/6, S. 401, 402.

28 Vgl. Kokott, RIW 2000/6, S. 401, 402.

Formen des Finanzdienstleistungsgeschäfts mit 16 verschiedenen Gruppen internationaler Finanzgeschäfte sowie zahlreiche Untergruppen.²⁹

Trotz dieser bereits sehr umfassenden Aufzählung der Finanzdienstleistungsgeschäfte ist *umstritten*, ob diese als abschließend zu verstehen ist. Dies wird teilweise unter Berufung auf deren ausführlichen Charakter bejaht.³⁰ Demgegenüber wird mit überzeugenden Argumenten die abschließende Natur der Aufzählung verneint, so dass es den Verhandlungsparteien frei steht, weitere Finanzdienstleistungen den GATS-Bestimmungen zu unterstellen.³¹ Der Geltungsbereich des GATS ist sowohl im Hinblick auf die verschiedenen Erscheinungsformen des internationalen Dienstleistungshandels als auch in Bezug auf die internationalen Finanzdienstleistungsgeschäfte sehr weit gefasst.³² Zudem weist auch Sec. B. 7. des Understanding on Commitments in Financial Services (siehe dazu S. 115, Ziff. B.I.4) auf den nicht abschließenden Begriff der Finanzdienstleistungen im Welthandelsrecht hin, indem jede neue Finanzdienstleistung von denjenigen Personen ausgeübt werden kann, die sich rechtmäßig im Hoheitsgebiet eines anderen Mitglieds niedergelassen haben.³³

Ziff. (1) lit. a) Anlage 1 FDL definiert den *sachlichen Anwendungsbereich* des GATS im Finanzdienstleistungssektor: Demnach gilt die Anlage „[...] für Maßnahmen, welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen *beeinträchtigen*“³⁴. Eine Definition des Begriffs des „Beeinträchtigen“ existiert allerdings weder in der Anlage noch im GATS, ist aber wohl nicht anders zu interpretieren als in Art. I:1 GATS.³⁵ Hierfür spricht, dass die Anlage 1 FDL nach Art. XXIX GATS einen wesentlichen Bestandteil des GATS darstellt und Ziff. (1) lit. a) Anlage 1 FDL dieselbe Formulierung verwendet wie Art. I:1 GATS.³⁶

Besondere Bedeutung im Kontext von „Bail-Out-Packages“ besitzt die Regelung des sog. „Prudential Carve-Out“ in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL: Diese Regelung ermöglicht es WTO-Mitgliedern, *aufsichtsrechtliche Maßnahmen* u.a. zum Schutz von Investoren, Anlegern, Versicherungsunternehmen und Personen, denen gegenüber ein Erbringer von Finanzdienstleistungen treuhänderische Verpflichtungen hat, ergreifen zu dürfen. Zum anderen erlaubt diese Vorschrift WTO-Mitgliedern auch, Maßnahmen zu treffen, die die Integrität und Stabilität des Finanzsystems

29 Vgl. Kokott, RIW 2000/6, S. 401, 402.

30 So Jarreau, N.C.J.Int'l L&Com.Reg. 1999/1, S. 1, 56.

31 Vgl. Kokott, RIW 2000/6, S. 401, 402; Ohler, ZEuS 2002/2, S. 321, 348; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 632, Rn. 19.

32 Vgl. Kokott, RIW 2000/6, S. 401, 402; Ohler, ZEuS 2002/2, S. 321, 348; Alexander, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570 f.; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 621, Rn. 2.

33 Ohler, ZEuS 2002/2, S. 321, 348.

34 Hervorhebung durch den Verfasser. Parallel zu derselben Problematik bei Art. I:1 GATS sollte trotz des Wortlauts der amtlichen deutschen Übersetzung der Anlage 1 FDL, welche von „beeinträchtigen“ spricht, richtigerweise von „berühren“ bzw. „betreffen“ oder „auswirken“ die Rede sein, da dies dem authentischen Wortlaut – „affecting“ (engl.) bzw. „affectent“ (franz.) – eher entspricht.

35 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 470; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 630 f., Rn. 16.

36 von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 630 f., Rn. 16.

schützen.³⁷ Solche Maßnahmen dürfen indes nach dieser Regelung nur beibehalten werden, soweit sie nicht von dem betreffenden WTO-Mitglied zur *Umgehung* seiner Liberalisierungsverpflichtungen benutzt werden.³⁸

4. Understanding on Commitments in Financial Services

Bei dem Understanding on Commitments in Financial Services³⁹ („Vereinbarung über Verpflichtungen bezüglich Finanzdienstleistungen“) handelt es sich um eine Vereinbarung, die von einer Mehrzahl der Mitgliedstaaten der OECD (Organisation for Economic Co-operation and Development) sowie der EU auf freiwilliger Basis übernommen wurde und Mindestanforderungen an die nationalen Liberalisierungszugeständnisse im Finanzdienstleistungsbereich festlegt.⁴⁰ Das Understanding stellt gewissermaßen eine „alternative“ Herangehensweise der beteiligten Staaten dar, einen höheren Grad an Liberalisierung herbeizuführen, als dies mit dem Abschluss des WTO-Übereinkommens erzielt wurde.⁴¹ Das Understanding ist im Gegensatz zu den Anlagen kein wesentlicher Bestandteil des GATS. Es besitzt einen alleinstehenden rechtlichen Status innerhalb der WTO-Rechtsordnung als Rechtsakt *sui generis*.⁴²

Das Understanding besitzt keine rechtliche Bindungswirkung *per se*, sondern entfaltet diese durch Bezugnahme in den Listen spezifischer Zugeständnisse der Mitglieder.⁴³ Es handelt sich damit lediglich um eine Option für ihre Listen spezifischer Verpflichtungen nach dem Meistbegünstigungsprinzip.⁴⁴

Das Understanding statuiert in seiner Sec. A. eine sog. *Standstill-Klausel*, welche nachträgliche Verschärfungen der Bedingungen des Marktzugangs für Banken und Finanzdienstleister sowie die Einführung der Inländerbehandlung beschränkender Maßnahmen verbietet.⁴⁵ Eine nachträgliche nationale Regelungsbefugnis im Sinne

37 Der genaue Anwendungsbereich und die Grenzen des „*Prudential Carve-Out*“ sind im Einzelnen hoch umstritten; siehe hierzu S. 128 ff., Ziff. C.III.

38 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84, dort auch m.w.N. *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, S. 47.

39 BGBl. 1994 II, S. 1675.

40 *Kokott*, RIW 2000/6, S. 401, 402; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.) E 26, Rn. 85; *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 650, Rn. 1.

41 Vgl. *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, S. 48; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 623, Rn. 5, dort auch zum folgenden Text. Vgl. auch *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570.

42 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 650 f. Rn. 2; S. 651 f., Rn. 3.

43 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 650 Rn. 1; S. 651, Rn. 2.

44 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 651 Rn. 3. *Alexander*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 561, 570 Fn. 28.

45 Vgl. *Stoll/Schorkopf*, Rn. 603; *Vabldiek*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), § 53 KWG, Rn. 171; *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 85; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 653, Rn. 5.

einer Verschärfung der Bedingungen des Marktzugangs besteht dann nur noch im Rahmen des sog. „Prudential Carve-Out“ (siehe dazu S. 128 ff., Ziff. C.III).⁴⁶

Aus Sec. B. 7. des Understanding in Gesamtschau mit Ziff. (5) lit. a) Anlage 1 FDL ergibt sich zudem ein sehr weiter Begriff der Finanzdienstleistungen, wonach Finanzdienstleistungen i.S.d. GATS alle Versicherungsdienstleistungen sowie Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen sind.⁴⁷ Die Gruppe der Bank- und sonstigen Finanzdienstleistungen betrifft die Kerngeschäftsfelder Einlagen- und Vermögensverwaltung, Kreditvergabe, Zahlungsverkehr, Wertpapier und Geldmarktgeschäfte.⁴⁸

Besonders relevant ist schließlich Sec. C. 1. des Understanding, wonach den Finanzdienstleistungserbringern anderer WTO-Mitglieder, die im Hoheitsgebiet des betreffenden WTO-Mitglieds niedergelassen sind, der Zugang zu den von staatlichen Stellen betriebenen Zahlungs- und Verrechnungssystemen sowie zu *offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten* zu gewähren ist, soweit sie für die normale Durchführung der üblichen Geschäfte zur Verfügung stehen.⁴⁹

II. Vorliegen eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten

1. Verstoß gegen Art. XV GATS

Fraglich ist, ob in „Bail-Out-Packages“ enthaltene Maßnahmen einen Verstoß gegen Art. XV GATS darstellen können. Diese Vorschrift enthält allerdings keine spezifischen Verpflichtungen in Bezug auf Subventionen an Dienstleistungserbringer.⁵⁰ Art. XV GATS untersagt den Mitgliedern nicht, ihre inländischen Dienstleistungserbringer zu subventionieren.⁵¹ Das GATS weist insoweit einen grundlegenden Unterschied zu den WTO-Regeln über den Warenhandel auf, die im „Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen“⁵² (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* – ASCM bzw. SCM) Subventionen in die Kategorien der verbotenen und anfechtbaren Subventionen unterteilen sowie Ausgleichs- und Gegenmaßnahmen vorsehen.⁵³

Folglich kann kein Mitgliedstaat ein WTO-Streitbeilegungsverfahren wegen eines „Bail-Out-Packages“ auf der Grundlage eines Verstoßes gegen Art. XV GATS einleiten. Einem WTO-Mitglied, welches sich durch die Subventionen eines anderen Mitglieds beeinträchtigt sieht, steht es zwar frei, dieses Mitglied um Konsultationen

46 Vgl. *Vahldiek*, in: Boos/Fischer/Schulte-Mattler (Hrsg.), § 53 KWG, Rn. 171; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 657 f., Rn. 14.

47 Vgl. *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 11; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 348; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 12.

48 *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 11, dort auch zum folgenden Text.

49 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 181.

50 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 471.

51 *Michaelis*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 20, Rn. 107; *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 97.

52 ABl. L 336 v. 23.12.1994, S. 156.

53 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 97.

zu ersuchen; das um Konsultationen ersuchte WTO-Mitglied ist nicht verpflichtet, dem inhaltlichen Anliegen des ersuchenden Mitglieds zu entsprechen, sondern ist nur gehalten, dieses Gesuch wohlwollend zu prüfen (vgl. Art. XV:2 GATS). Weitere Abhilfemaßnahmen für sich das durch die Subventionen beeinträchtigt sehende WTO-Mitglied stellt das GATS nicht bereit.⁵⁴ Somit sieht das GATS auch nicht die Möglichkeit vor, bei handelsverzerrenden Subventionen *unilaterale Ausgleichsmaßnahmen* zu ergreifen.

2. Verstoß gegen Art. II GATS

Als Maßnahme, die den Handel mit Dienstleistungen i.S.d. Art I:1 GATS beeinträchtigt, unterliegt die Bewilligung von Subventionen der Meistbegünstigungspflicht des Art. II:1 GATS.⁵⁵ Daraus folgt, dass ein WTO-Mitglied bei der Gewährung von Subventionen an einen ausländischen Dienstleistungserbringer solche aus anderen Mitgliedstaaten nicht weniger günstig behandeln darf; mithin müssen bei Vorliegen der gleichen objektiven Voraussetzungen Subventionen auch an Dienstleistungserbringer aus anderen Mitgliedstaaten gewährt werden.

Sofern ein WTO-Mitglied beabsichtigt, Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern einzelner anderer WTO-Mitglieder eine bessere Behandlung zu gewähren, die über die spezifischen Verpflichtungen des betreffenden WTO-Mitglieds hinsichtlich gleichartiger Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer hinausgehen, ist ihm dies nur auf der Grundlage der Ausnahmeregelung des Art. II:2 GATS möglich.⁵⁶ Voraussetzung hierfür ist, dass diese Maßnahmen in die Anlage zu Ausnahmen von Art. II GATS aufgenommen worden sind.

Eine weitere Möglichkeit für WTO-Mitglieder bei der Anwendung von „Bail-Out-Packages“ vom Grundsatz der Meistbegünstigung abzurücken, stellt Art. V GATS dar, welcher eine horizontale Ausnahme vom Meistbegünstigungsgrundsatz zugunsten regionaler Integrationsverbände (wie z.B. die EU) enthält.

3. Verstoß gegen Art. XVII GATS

Hat ein WTO-Mitglied eine uneingeschränkte spezifische Verpflichtung gem. Art. XVII:1 GATS übernommen, so kann die exklusive Vergabe von Subventionen an inländische Dienstleistungserbringer einen Verstoß gegen Grundsatz der Inländerbehandlung begründen.⁵⁷ Dies könnte beispielsweise der Fall sein bei der Gewährung von Garantien nur für Einlagen in Banken mit Sitz in dem Staat, der das „Bail-Out-Package“ erlassen hat⁵⁸ oder ein Zugang zu Refinanzierungsmaßnahmen

54 *Sánchez Rydelski*, S. 320, dort auch zum folgenden Text.

55 *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), § 20, Rn. 107; *Gauthier/O'Brian/Spencer*, in: *Sauvé/Stern*, S. 165, 177.

56 Siehe hierzu S. 112, Ziff. B.I.2.

57 *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 909; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 891; *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), § 20, Rn. 107; *Gauthier/O'Brian/Spencer*, in: *Sauvé/Stern*, S. 165, 177.

58 Vgl. das Beispiel bei *Herrmann*, in: *Herrmann/Krajewski/Terhechte* (Hrsg.), S. 465, 466.

ausschließlich für Banken mit inländischem Hauptsitz oder inländischen Mehrheits-eignern.

Die von der WTO-Rechtsprechung⁵⁹ vorgegebenen Kriterien für die Geltendmachung eines Verstoßes gegen Art. XVII GATS werden im Falle der diskriminierenden Gewährung von Beihilfemaßnahmen zugunsten einheimischer Finanzinstitute regelmäßig vorliegen: „Bail-Out-Packages“ stellen Maßnahmen dar, die den Handel mit Dienstleistungen i.S.d. Art. I:1 GATS *beeinträchtigen bzw. berühren*.⁶⁰ Insbesondere handelt es sich bei „Bail-Out-Packages“ um eine „Maßnahme“ i.S.d. Art. XXVIII lit. a) GATS. Den Kreis der möglichen Maßnahmenformen zieht diese Norm weit:⁶¹ In einer nicht abschließenden⁶² Aufzählung werden dort Gesetze, sonstige Regeln, Verfahren, Beschlüsse und Verwaltungshandeln genannt. Aus dieser weit gefassten Definition, welche „Verwaltungshandeln“ und Handeln „in sonstiger Form“ einbezieht, lässt sich herleiten, dass eine Maßnahme nicht notwendig die Qualität eines Rechtsaktes haben muss, sondern jegliches Handeln eines Mitglieds, welches sich als Beeinträchtigung des Dienstleistungshandels in seinem Hoheitsgebiet erweist, erfasst wird.⁶³ Dies beinhaltet somit auch staatlich veranlasste Realakte.⁶⁴ Damit werden „Maßnahmen“ i.S.d. Art. XXVIII lit. a) GATS bei staatlichen „Bail-Out-Packages“ bei praktisch allen von Mitgliedstaaten diesbezüglich ergriffenen Maßnahmen vorliegen, etwa in Form von Gesetzen, Verordnungen o.ä., aber auch bei der Gewährung einer Beihilfe auf der Grundlage eines Real- oder Verwaltungsaktes.

4. Ergebnis

Somit ist festzuhalten, dass in „Bail-Out-Packages“ enthaltene Maßnahmen, soweit diese eine Bevorteilung heimischer Banken beinhalten, insbesondere einen Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS einen darstellen können. Auch kann ein Verstoß gegen die Meistbegünstigungspflicht nach Art. II:1 GATS vorliegen, soweit Banken aus einzelnen WTO-Mitgliedstaaten im Vergleich zu solchen aus anderen Mitgliedstaaten eine bevorzugte Behandlung gewährt wird und keine Ausnahmeregelung gemäß Art. II:2 GATS getroffen wurde oder keine Privilegierung gemäß Art. V GATS zugunsten regionaler Integrationsverbände vorliegt.

59 WTO Panel, China – Measures affecting Trading Rights and Distribution Services for certain Publications and Audiovisual Entertainment Products (*China – Publications and Audiovisual Products*), Report v. 12. August 2009, WT/DS363/R, Rn. 7.962, 7.970, 7.972; WTO Panel, China – Certain Measures affecting Electronic Payment Services (*China – Electronic Payment Services*), Report v. 16. Juli 2012, WT/DS413/R, Rn. 7.641.

60 Vgl. hierzu *Herrmann*, in: *Herrmann/Krajewski/Terhechte* (Hrsg.), S. 465, 469 f., dort auch zum folgenden Text.

61 *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), § 20, Rn. 39.

62 Vgl. Wortlaut: „oder in sonstiger Form“.

63 Vgl. *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), § 20, Rn. 39; *Koehler*, S. 99 f.; *Zacharias*, in: *Wolfrum/Stoll/Feinäugle*, S. 54 Rn. 49.

64 *Michaelis*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), § 20, Rn. 39.

C. Rechtfertigung eines Verstoßes gegen Liberalisierungspflichten

I. Kriterium der Gleichartigkeit („Likeness“)⁶⁵

1. Einführung

Ein WTO-Mitglied, das eine protektionistische Agenda zur Bevorteilung heimischer Banken durch „Bail-Out-Packages“ verfolgen möchte, könnte versuchen, sich darauf zu berufen, dass zwischen den bevorzugt unterstützten heimischen Finanzdienstleistungen bzw. Finanzdienstleistern und ihren ausländischen Konkurrenten keine Vergleichbarkeit („Likeness“) gegeben ist und daher schon *tatbestandmäßig kein Verstoß* gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung vorliege. Diese Argumentation ließe sich sowohl auf den Grundsatz der Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS als auch auf die Meistbegünstigungspflicht gem. Art. II:1 GATS entsprechend übertragen. Fraglich ist, ob diese Argumentation dogmatisch tragfähig wäre.

2. Gleichartigkeit („Likeness“) zwischen heimischen und ausländischen Banken

Wann zwei Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringer als „gleich“ bzw. „gleichartig“ anzusehen sind, ist schon grundsätzlich umstritten.⁶⁶ Dies gilt insbesondere auch in Bezug auf Banken und Finanzdienstleistungen.⁶⁷

Grundsätzlich kann gemäß der Rspr. der WTO-Streitbeilegungsorgane davon ausgegangen werden, dass zwei Dienstleistungserbringer insoweit als „gleichartig“

⁶⁵ Eine Erörterung des Kriteriums der „Gleichartigkeit“ an dieser Stelle, welche die Rechtfertigung von Verstößen gegen Liberalisierungspflichten bzw. deren Schranken zum Gegenstand hat, ist dogmatisch nicht ganz korrekt: *Es handelt sich vielmehr um einen vorgelagerten Prüfungspunkt*. Wenn keine Vergleichbarkeit zwischen heimischen und ausländischen Dienstleistungen bzw. Dienstleistungserbringern vorliegt, kann schon tatbestandsmäßig kein Verstoß gegen die Inländerbehandlung (Art. XVII GATS) bei einer Diskriminierung letzterer vorliegen (Entsprechendes gilt für den Grundsatz der Meistbegünstigung). Indes werden WTO-Mitglieder, die mit einer selektiven Maßnahmengewährung protektionistische Ziele zugunsten heimischer Banken verfolgen wollen, vermutlich versuchen darzulegen, dass schon eine Vergleichbarkeit zwischen heimischen und ausländischen Banken nicht vorliegt und damit kein Verstoß gegen den Grundsatz der Inländerbehandlung, bevor sie sich der Unsicherheit der Berufung auf die im Folgenden dargestellten Rechtfertigungsgründe aussetzen. Aus Gründen der Übersichtlichkeit und des thematischen Zusammenhangs wird das Kriterium der „Gleichartigkeit“ in Bezug auf seine Besonderheiten für Finanzdienstleistungen und Finanzdienstleistungserbringer daher an dieser Stelle behandelt.

⁶⁶ Vgl. Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 46 ff.; Pitschas, RIW 2003, S. 676, 680; Bäuml, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), WTO, Rn. 150 sowie dort Fn. 2 f; Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 869; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 853.

⁶⁷ Vgl. De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 44; Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 515, 518.

anzusehen sind, als sie dieselben Dienstleistungen erbringen.⁶⁸ Die Übertragbarkeit des Kriteriums des Wettbewerbsverhältnisses auf Art. II:2 GATS wird nach allgemeiner Ansicht bejaht⁶⁹ und wurde vom WTO Appellate Body in der Entscheidung *Argentina – Financial Services* bestätigt.⁷⁰ Zu berücksichtigen ist in diesem Zusammenhang, dass der Handel mit Dienstleistungen eine stärkere subjektive Komponente aufweist als der Handel mit Waren und der persönliche Konnex zwischen Dienstleistungserbringer und -empfänger ein großes Gewicht hat.⁷¹ Zudem werden die Charakteristik und Qualität der Finanzdienstleistungen in einem hohen Maße durch die individuellen Fähigkeiten und Eigenschaften der Dienstleistungserbringer geprägt.⁷²

Auch im Bankensektor gilt somit die grundsätzliche Erwägung, dass die Beurteilung, ob zwei Dienstleistungen gleich bzw. gleichartig sind, auf der Grundlage der *einzelfallbezogenen* Analyse der Marktverhältnisse und der Wettbewerbsbeziehungen zwischen den zu vergleichenden Dienstleistungen zu erfolgen hat.⁷³ Ebenfalls zu berücksichtigen in diesem Zusammenhang sind die aus der weiten Natur des Begriffs der Dienstleistung abgeleitete *weite Definition* des Wettbewerbsverhältnisses⁷⁴ und der Umstand, dass die Verpflichtung zur Inländerbehandlung gleiche Wettbewerbsbedingungen sicherstellen soll.⁷⁵

68 Vgl. WTO Panel, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 11 Februar 2000, WT/DS139/R & WT/DS142/R, Rn. 10.248; vgl. auch WTO, Appellate Body, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 31. Mai 2000, WT/DS139/AB/R & WT/DS142/AB/R, Rn. 171 ff.

69 Um nicht alle zu nennen: Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 869; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 853; Bäuml, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt, WTO Rn. 150 f.; Koehler, S. 104 f.; Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 50; Pitschas, RIW 2003/9, S. 676, 680.

70 WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.31.

71 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 50.

72 Vgl. De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 44 f.

73 Vgl. De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 45; Sumar/Sutter/van der Ven, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 497 f.; Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 869; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 853; Bäuml, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), WTO Rn. 151; WTO Appellate Body, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.22; WTO Appellate Body, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 31. Mai 2000, WT/DS139/AB/R & WT/DS142/AB/R, Rn. 171 ff.; WTO Panel, China – Certain Measures affecting Electronic Payment Services (*China – Electronic Payment Services*), Report v. 16. Juli 2012, WT/DS413/R, Rn. 7.700 ff.

74 Vgl. Gkoutzinis, Int'l. Law. 2005/4, S. 877, 898 f.; WTO Panel, Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry (*Canada – Automotive Industry*), Report v. 11. Februar 2000, WT/DS139/12 & WT/DS142/12. Gegen eine weite Definition im Zusammenhang mit der „Gleichartigkeit“ insbes. im Zshg. mit Finanzdienstleistungen: Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 518.

75 Vgl. De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 45.

In erster Linie entscheidet sich ein Kunde für eine bestimmte Finanzdienstleistung und nicht für eine bestimmte Bank.⁷⁶ Nur soweit die Eigenschaften einer Bank relevant für die Entscheidung eines Konsumenten sind, eine bestimmte Finanzdienstleistung aus dem Marktangebot auszuwählen, sind diese Finanzdienstleistungen „gleichartig“.

In der Wahrnehmung der Kunden werden Banken mit mehrheitlich ausländischen Anteilseignern, welche eine kommerzielle Präsenz in dem die Subvention gewährenden Mitgliedstaat unterhalten, als im Wesentlichen „gleiche“ Dienstleistungen mit heimischen Banken erbringend erscheinen.⁷⁷ Dies gilt insbesondere für den Privatkundenmarkt, wo die Finanzdienstleistungen mehr oder weniger „standardisiert“ sind, aber auch wohl auch für den Geschäftskundensektor. Die von den Banken bereitgestellten Dienstleistungen werden sich im Fall einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat nur unwesentlich voneinander unterscheiden, da die sich im ausländischen Besitz befindlichen Banken genauso die im „Gastland“ geltenden bankengesetzlichen und aufsichtsrechtlichen Vorschriften erfüllen müssen wie heimische Banken und für sie das örtliche Vertragsrecht ebenfalls gilt.⁷⁸

3. Gegenansicht: „aims and effects“-Test

a) Darstellung

Eine Gegenansicht lehnt die entsprechende Übertragung der für die Bestimmung der „Gleichartigkeit“ i.R.d. des GATT entwickelten weiten Kriterien auf den Dienstleistungssektor im Allgemeinen und Finanzdienstleistungen im Besonderen wegen der spezifischen Charakteristiken dieser Sektoren und des den Mitgliedern zugedachten großen regulatorischen Spielraums ab.⁷⁹ Stattdessen will diese einschränkende Ansicht den in der prä-WTO-Ära vom Panel in seiner Entscheidungspraxis zum GATT 1947 entwickelten „aims and effects“-Test auch auf Unterstützungsmaßnahmen für Banken anwenden, um zu bestimmen, ob zwei Banken/Finanzdienstleistungen „gleich“ sind.⁸⁰

Der „aims and effects“-Test beruht auf der Überlegung, dass die Zielsetzung der Inländerbehandlung in Art. III:1 GATT sei, protektionistische Maßnahmen zu verbieten. Sonstiges staatliches Verhalten solle jedoch nicht ausgeschlossen werden, so dass der Zweck der Maßnahmen in die Auslegung des Begriffs des „gleichartigen

76 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45, dort auch zum folgenden Text.

77 So auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45.

78 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45. Dieser hebt dort (a.a.O. Fn. 60) allerdings auch hervor, dass die Wahrnehmung der Kunden und damit auch deren Konsumententscheidung eine andere sein kann, wenn es sich um rein online bereitgestellte Dienstleistungen handelt.

79 So *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 518.

80 Siehe *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 518 ff.; vgl. zu dieser Ansicht auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 45 ff.

Ware“ hineinzulesen sei. Wenn zwei Waren unterschiedlich behandelt würden, müsse zunächst geklärt werden, ob die Ungleichbehandlung auf protektionistischen Beweggründen beruhe.⁸¹ Zu prüfen sei vor allem, ob die weniger günstige Behandlung der eingeführten Produkte auf einer Unterscheidung beruhe, die gerade zum Schutz der inländischen Produkte getroffen wurde.⁸² Ergebe sich nach der Betrachtung der Zielsetzung („*aim*“) und der Auswirkung („*effect*“) einer Maßnahme, dass diese den Schutz der heimischen Wirtschaft nach Art. III:1 GATT bezwecke und bewirke, lägen gleichartige Produkte vor.⁸³

Die Ansicht, die den „*aims and effects*“-Test auf Banken übertragen möchte, will auch zwischen Banken, die miteinander in einem Wettbewerbsverhältnis stehen, unter Berücksichtigung der Zielsetzung von Bankenunterstützungsmaßnahmen, nicht notwendigerweise eine „Gleichartigkeit“ annehmen. Zielsetzung der Bankenunterstützungsmaßnahmen ist es, die Stabilität des Finanzsystems und der Wirtschaft sicherzustellen. Damit kann zum einen argumentiert werden, dass Banken, die sich in Schwierigkeiten befinden, nicht „gleichartig“ mit grundsätzlich gesunden Banken sind.⁸⁴ Zum anderen liege keine „Gleichartigkeit“ zwischen einheimischen und ausländischen Banken vor.⁸⁵ Wenn eine einheimische Bank wegen des Ausbleibens von Unterstützungsmaßnahmen Bankrott ginge, würde dies eine Kettenreaktion im einheimischen Finanzsystem mit Auswirkungen auf weitere einheimische Banken auslösen, während ausländische Tochterunternehmen mit einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat auf eine Unterstützung durch ihre Muttergesellschaften zurückgreifen könnten, wenn sie Liquiditäts- oder Solvenzprobleme erfahren sollten.

b) Dogmatische Einwände gegen „aims and effects“-Test

Gegen diese Ansicht sprechen indes schon folgende dogmatische Erwägungen:

- 1) Der *unkörperliche und subjektive* Charakter von Dienstleistungen und ihre starke Prägung durch den persönlichen Konnex zwischen Dienstleistungserbringer und Dienstleistungsempfänger spricht gerade für eine weitere Auslegung des Begriffs der „Gleichartigkeit“ als bei Waren und nicht, wie von dieser Ansicht argumentiert, engere.

81 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B.I.1. Rn. 40; GATT Panel, United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, Report v. 19. Juni 1992, DS23/R – BISD 39S/206, Rn. 5.25.

82 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B.I.1. Rn. 40; GATT Panel, United States – Taxes on Automobiles, DS 31/R (unadopted), Rn. 5.9 f.

83 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B.I.1. Rn. 40; GATT Panel, United States – Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages, Report v. 19. Juni 1992, DS23/R – BISD 39S/206, Rn. 5.73 f.; GATT Panel, United States – Taxes on Automobiles, Report v. 11. Oktober 1994, DS 31/R (unadopted), Rn. 5.7 ff.

84 Vgl. hierzu *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 7, 45.

85 So *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 519 f., dort auch zum folgenden Text.

- 2) Zudem hat der „aims and effects“-Test schon in der nachfolgenden WTO-Rechtsprechung zum GATT *seit dem Jahre 1996 keinen Bestand* mehr gehabt, wo eine Rückkehr zu warenbezogenen Kriterien erfolgte und Zweck und Auswirkung der in Rede stehenden Maßnahme nicht geprüft und berücksichtigt wurde.⁸⁶ Diese Auslegung wurde durch den Appellate Body in späteren Verfahren bestätigt⁸⁷ und sogar auf den Bereich der Dienstleistungen ausgedehnt.⁸⁸
- 3) Schließlich ist auch die *unterschiedliche Zielsetzung* der Inländerbehandlung in Art. III:1 GATT mit der von Art. XVII GATS zu beachten: Während die Inländerbehandlung in Art. III:1 GATT protektionistische Maßnahmen verbieten soll,⁸⁹ zielt die Inländerbehandlung in Art. XVII GATS darauf ab, lediglich ein „level playing field“ im Sinne von gleichen Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten.⁹⁰
- 4) Teilweise wird argumentiert, dass verschiedene Freihandelsabkommen wie etwa die *NAFTA und bilaterale Investitionsschutzabkommen* einen „aims and effects“-Test im Zusammenhang mit Inländerbehandlungsverpflichtungen, welche Ähnlichkeit mit Art. XVII GATS aufweisen, enthalten.⁹¹ Dem ist aber entgegenzuhalten, dass dies für eine Auslegung von Vorschriften des GATS nach völkerrechtlichen Grundsätzen nur einen möglichen Anhaltspunkt darstellen kann und keinesfalls die Rechtsansicht aller WTO-Mitglieder zum Ausdruck bringt, sondern gerade nur die der an diesen Abkommen beteiligten Nationen, und auch nur zu denjenigen Zwecken, zu denen diese Abkommen geschlossen wurden.

c) Faktische Einwände gegen „aims and effects“-Test

Zudem begegnet diese Ansicht auch *faktischen* Einwänden:

- 1) Ob eine Bank in einer Finanzkrise Unterstützung – beispielsweise aus einem „Bail-Out-Package“ – erhält oder nicht, kann für die Entscheidung der Kunden sehr wohl relevant sein. Gerade weil Banken in der Außenwahrnehmung von den Kunden als im Wesentlichen „gleich“ wahrgenommen werden (dies gilt im

86 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 406; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 514; *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch* (Hrsg.), B. I.1. Rn. 42; WTO Appellate Body, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages (Japan – Alcoholic Beverages II)*, Report v. 4. Oktober 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, Abschnitt G u. H.

87 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 413; WTO Appellate Body, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, Report v. 9. September 1997, WT/DS27/AB/R, Rn. 216.

88 Vgl. *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 413; WTO Appellate Body, *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas (EC – Bananas III)*, Report v. 9. September 1997, WT/DS27/AB/R, Rn. 241.

89 *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch* (Hrsg.), B. I.1. Rn. 40.

90 Vgl. *Pitschas*, in: *Prieß/Berrisch* (Hrsg.), B. II. Rn. 112; *Weiss*, in: *Tietje/Nowrot* (Hrsg.), § 5, Rn. 42 f.

91 Vgl. *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: *Herrmann/Krajewski/Terhechte* (Hrsg.), S. 514, 519.

besonders starken Maße im Privatkundenbereich), die angebotenen Dienstleistungen sich nur in Nuancen voneinander unterscheiden und für die Kundenentscheidung in aller Regel die Nationalität der Anteilseigner der Bank keine Rolle spielt (sofern sie ihnen überhaupt bekannt sein sollte), kann ein Faktor wie der Erhalt staatlicher Unterstützungsmaßnahmen eine entscheidende Rolle für die Kunden spielen. In einer Finanz- und Wirtschaftskrise ist das Verhalten der Marktteilnehmer in einem allgemeinen Klima der Unsicherheit in einem hohen Maße von psychologischen Kriterien beeinflusst; die Unterstützung einer Bank, insbesondere durch Garantien auf Einlagen, ist für die Entscheidung der Kunden maßgeblich, da sie ihrem „Sicherheitsbedürfnis“ entgegenkommt. Nicht unterstützte (ausländische) Banken müssen damit rechnen, dass Kunden ihre Einlagen abziehen und auf Banken, deren Einlagen vom Staat gesichert werden, übertragen.⁹²

- 2) Das Argument, dass die Insolvenz einheimischer Banken zu einer Kettenreaktion im einheimischen Finanzsystem mit Auswirkungen auf weitere einheimische Banken führen könne, während ausländische Tochterunternehmen mit einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat auf eine Unterstützung durch ihre Muttergesellschaften zurückgreifen könnten und deshalb eine „Gleichartigkeit“ nicht vorliege, verfängt ebenfalls nicht. Angesichts der starken internationalen Verflechtungen des Interbankenmarktes wirkt die Vorstellung, dass Kettenreaktionen nur auf Banken mit einer bestimmten Eigentümerstruktur beschränkt blieben, geradezu naiv.

II. Sec. C. 1. des Understanding on Commitments in Financial Services

1. Einführung

Die Regelungen des Understanding on Commitments in Financial Services modifizieren und ergänzen die in dem GATS enthaltenen Pflichten.⁹³ Im Rahmen von diskriminierenden „Bail-Out-Packages“ kommt den Regelungen des Understanding potentiell eine besondere Rolle zu, sind doch viele Industriestaaten, insbesondere die USA und die Mehrheit der Mitgliedstaaten der EU, spezifische Verpflichtungen auf der Grundlage des Understanding eingegangen.⁹⁴

Relevant ist in diesem Zusammenhang insbesondere die Regelung in *Sec. C. 1. des Understanding*, die sich auf spezifische Verpflichtungen betreffend das Gebot der Inländerbehandlung bezieht:

92 Vgl. auch *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 498; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 55 f.

93 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; *Leroux*, J.W.T. 2002/3, S. 413, 414. Allgemein zum Understanding on Commitments in Financial Services siehe S. 115, Ziff. B.I.4.

94 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 40.

„Under terms and conditions that accord national treatment, each Member shall grant to financial service suppliers of any other Member established in its territory access to payment and clearing systems operated by public entities, and to official funding and refinancing facilities available in the normal course of ordinary business. This paragraph is not intended to confer access to the Member's lender of last resort facilities.“⁹⁵

Das bedeutet, dass den Erbringern von Finanzdienstleistungen anderer WTO-Mitglieder, die im Hoheitsgebiet des betreffenden WTO-Mitglieds (1) niedergelassen sind, der Zugang zu den von (2) staatlichen Stellen betriebenen Zahlungs- und Verrechnungssystemen sowie zu *offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten* zu gewähren ist, soweit sie für die (3) *normale Durchführung der üblichen Geschäfte* zur Verfügung stehen.⁹⁶ Soweit diese Voraussetzungen in Bezug auf die in „Bail-Out-Packages“ eines Mitgliedstaates enthaltenen Maßnahmen erfüllt sein sollten, wäre dieser Mitgliedstaat daher verpflichtet, den in seinem Hoheitsgebiet niedergelassenen Banken eines andere WTO-Mitglieds Zugang zu diesen Maßnahmen zu gewähren.

2. Eröffnung des Anwendungsbereichs der Inländerbehandlung: Offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten

Fraglich ist allerdings, ob die in einem „Bail-Out-Package“ enthaltenen Maßnahmen überhaupt offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten („official funding and refinancing“) gleichkommen oder zumindest ähneln und Finanzinstituten daher auf der Grundlage von Sec. C. 1. des Understanding der Zugang zu diesen zu gewähren ist.

Insbesondere könnte in Bezug auf Beihilfemaßnahmen, die der Absicherung von Einlagen bei Finanzinstituten dienen (wie insbesondere Garantien) argumentiert werden, dass es sich um mit offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten zumindest vergleichbare Maßnahmen handelt, da Einlagen das Hauptrefinanzierungsinstrument von kommerziellen Banken darstellen und die Maßnahmen den Zugriff auf diese Spargelder und Einlagen sicherstellen.⁹⁷

Dieser Argumentation lässt sich freilich entgegenhalten, dass viele der in den „Bail-Out-Packages“ enthaltenen Maßnahmen schon gar *nicht* unter die Begriffe „Finanzierungs- oder Refinanzierungsmöglichkeit“ subsumtionsfähig sind:

Dies trifft insbesondere im Fall der staatlichen Garantien auf Einlagen zu, die im üblichen Sprachgebrauch nicht als von den Begriffen „Finanzierungs- oder Refinanzierungsmöglichkeit“ abgedeckt zu verstehen sind.⁹⁸ Auch Entlastungsmaßnahmen für wertgeminderte *Aktiva* wird man schwerlich als eine solche offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeit ansehen können. Eine andere Sichtweise

95 Hervorhebungen durch den Verfasser.

96 Vgl. *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 181.

97 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472.

98 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472.

könnte höchstens bei *Rekapitalisierungsregelungen* zugunsten von Finanzinstituten angebracht sein. Auch die Bereitstellung „Liquiditätshilfen“ durch Zentralbanken, wie sie etwa die „Bankenmitteilung“ der Europäischen Kommission vorsieht,⁹⁹ könnten als von der Kategorie der offiziellen Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeit erfasst angesehen werden, indes sind gem. Ziff. (1) lit. b) i) Anlage 1 FDL die Tätigkeiten einer Zentralbank (wie auch einer Währungsbehörde oder sonstigen öffentlichen Stelle in Ausübung von Geld- oder Währungspolitik) nicht vom GATS erfasst.

3. „Bereichsausnahme“: Keine normale Durchführung der üblichen Geschäfte

Selbst wenn man sich auf den Standpunkt stellt, dass es sich bei in „Bail-Out-Packages“ enthaltenen Maßnahmen um „offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten“ handelt, ist zu beachten, dass der Regelungsgehalt von Sec. C. 1. bezüglich des Gebots der Inländerbehandlung auf die „normale Durchführung der üblichen Geschäfte“ („the normal course of business“) beschränkt ist. Daher könnte für ein WTO-Mitglied auf dieser Grundlage eine „Rechtfertigungsmöglichkeit“¹⁰⁰ für diskriminierende Maßnahmen bestehen: „Bail-Out-Packages“ sind auf die Bewältigung einer schweren Finanzkrise ausgerichtet und damit eher als eine Art „Notstandsmaßnahme“ zu charakterisieren, worauf sich diese Regelung wohl nicht bezieht.¹⁰¹

Aus dieser Feststellung ergibt sich als *Folgeproblematik*, ob sich für ein WTO-Mitglied im Bereich der Finanzdienstleistungen der Umfang der Inländerbehandlung allein nach Maßgabe der Sec. C. 1. des Understanding richtet, wenn dieses Mitglied spezifische Verpflichtungen unter Zugrundelegung des Understanding eingegangen ist.¹⁰² Konsequenter weitergedacht würde sich bei Bejahung dieser Frage ergeben, dass ein solches WTO-Mitglied für Beihilfemaßnahmen in Krisensituationen nicht an den Grundsatz der Inländerbehandlung gebunden wäre. Für diese Interpretation spricht der Einführungsparagraph des Understanding:

„Participants in the Uruguay Round have been enabled to take on specific commitments with respect to financial services under the General Agreement on Trade in Services (here in after referred to as the “Agreement”) on the basis of an *alternative approach to that covered by the provisions of Part III of the Agreement.*“¹⁰³

99 ABl. C 216/01 v. 30.7.2013, siehe dort Rn. 62, sog. „*emergency liquidity assistance*“.

100 Tatsächlich handelt es sich dogmatisch gesehen eher um eine Bereichsausnahme.

101 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 662, Rn. 24.

102 Vgl. De Meester, JIEL 2010/1 2010, S. 27, 41, dort auch zum folgenden Text.

103 Hervorhebungen durch den Verfasser. Übersetzung: „Den Teilnehmern der Uruguay-Runde wurde die Möglichkeit eingeräumt, bei der Übernahme spezifischer Verpflichtungen in Bezug auf Finanzdienstleistungen im Rahmen des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen (im Folgenden als „Übereinkommen“ bezeichnet) anders als in Teil III des Übereinkommens bestimmt vorzugehen.“

Die Formulierung „an alternative approach to that covered by the provisions of Part III of the agreement“ („anders als in Teil III des Übereinkommens bestimmt vorzugehen“) könnte dahingehend ausgelegt werden, dass der Inhalt des Understanding an die Stelle des Teils III des GATS tritt und damit auch die dort enthaltenen Regelungen zur Inländerbehandlung verdrängt.¹⁰⁴

Diese Argumentation würde jedoch zu dem *widersprüchlichen Ergebnis* führen, dass WTO-Mitglieder, die spezifische Verpflichtungen auf der Grundlage des Understanding eingegangen sind, nicht dazu verpflichtet wären, ausländische Finanzdienstleistungserbringer durch Notstandsmaßnahmen zu unterstützen, während Mitglieder, die den traditionellen Listenansatz gewählt haben, hierzu angehalten wären. Ziel des Understanding ist es aber, einen höheren Grad der Marktliberalisierung im Bereich der Finanzdienstleistungen zu erreichen, als sonst zu erwarten wäre.¹⁰⁵ Es ist deshalb nicht davon auszugehen, dass es die Intention der Verfasser des Understanding war, den Anwendungsbereich der Inländerbehandlungspflicht einzuschränken.¹⁰⁶

Während somit gute Argumente dafür sprechen, dass es sich bei Maßnahmen¹⁰⁷ in „Bail-Out-Packages“ faktisch nicht um solche der „normalen Durchführung der üblichen Geschäfte“ handelt, ist es nicht überzeugend anzunehmen, dass dies wiederum eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der Inländerbehandlung auf der Grundlage des Sec. C. 1. des Understanding begründen könnte.

4. „Bereichsausnahme“: Kein Zugang zu letzten Finanzierungsmöglichkeiten

Die Verpflichtung aus Sec. C. 1 des Understanding schließt gemäß dem letzten Satz der Regelung nicht den Zugang zu den für Notfälle vorgesehenen letzten Finanzierungsmöglichkeiten („lender of last resort facilities“) eines WTO-Mitglieds ein:¹⁰⁸

Fraglich ist, ob man bestimmte Maßnahmen von „Bail-Out-Packages“, wie beispielsweise Garantien oder Rekapitalisierungen, als „für Notfälle vorgesehene letzte Finanzierungsmöglichkeiten“ ansehen kann. Für eine solche Betrachtungsweise spricht jedenfalls die Berücksichtigung der Umstände, unter denen solche Krisenmaßnahmen initiiert werden.¹⁰⁹

Auch wenn man damit in dieser Regelung vertretbar einen „Rechtfertigungsgrund“¹¹⁰ für diskriminierende Beihilfemaßnahmen sehen kann, ist allerdings eine *zeitliche Grenze* für solche Maßnahmen zu beachten: Diese dürften nur so lange als

104 Vgl. hierzu *Trachtman*, C.J.T.L. 1995/1, S. 37, 69.

105 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 178; *Trebilcock/Howse*, S. 81.

106 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 42.

107 Deren Eigenschaft als „offizielle Finanzierungs- und Refinanzierungsmöglichkeiten“ unterstellt, was bereits zweifelhaft ist.

108 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Fn. 423.

109 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472.

110 Tatsächlich handelt es sich dogmatisch gesehen eher um eine Bereichsausnahme.

zulässig zu erachten sein, wie eine Finanzkrise andauert bzw. bis eine Stabilisierung auf den Finanzmärkten eingetreten ist.¹¹¹¹¹²

Darüber hinaus erscheint es *nicht* vollends überzeugend, *jegliche* Notfallmaßnahmen als „letzte Finanzierungsmöglichkeiten“ („lender of last resort facilities“) anzusehen, da unter diesem Begriff üblicherweise Finanzierungsmöglichkeiten verstanden werden, die von einer Zentralbank oder Finanzbehörde in einer Situation zur Verfügung gestellt werden, in der temporäre Liquiditätsengpässe bestehen oder der Finanzmarkt austrocknet.¹¹³ Bestimmte Maßnahmen – wie etwa Garantien auf Bankeinlagen – verfolgen demgegenüber den Zweck, sicherzustellen, dass eine Finanzierung über den Markt via Spareinlagen für inländische Banken weiterhin erfolgen kann.¹¹⁴ Zudem lässt sich argumentieren, dass der Liquiditätsbedarf von Banken von bestimmten (krisenbedingten) Ereignissen, wie etwa durch den Abzug von Spareinlagen, nicht zwingend übermäßig negativ beeinflusst wird.¹¹⁵

Solche Maßnahmen unterliegen daher weiterhin dem Grundsatz der Inländerbehandlung, so dass auch ausländischen Finanzinstituten mit einer kommerziellen Präsenz in dem betreffenden Mitgliedstaat der Zugang zu diesen Maßnahmen zu gewähren ist, soweit das Mitglied entsprechende spezifische Verpflichtungen eingegangen ist und keinen Vorbehalt für staatliche Beihilfen in Krisensituationen in seinen Listen erklärt hat.¹¹⁶

Eine andere Sichtweise ist indes gerechtfertigt, soweit die betreffenden Beihilfemaßnahmen als für „Notfälle vorgesehene letzte Finanzierungsmöglichkeiten“ eingestuft werden können, wie etwa *Rekapitalisierungsmaßnahmen* oder von Zentralbanken zur Verfügung gestellte *Kreditfazilitäten*, so dass sich die Pflicht zur Inländerbehandlung nicht auf diese erstreckt.¹¹⁷

III. „Prudential Carve-Out“

1. Einführung

Bei dem in Ziff. 2 lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL enthaltenen „*Prudential Carve-Out*“ („Vorsorgliche Ausnahmen“) handelt sich um eine ergänzende Regelung zu Art. VI

111 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472. In der Literatur vertreten wird weiterhin eine Art „Verhältnismäßigkeitsprüfung“ unter Berücksichtigung von Grundsätzen des „moralischen Risikos“, vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 43.

112 Zu der entsprechenden Diskussion einer solchen zeitlichen Grenze für Maßnahmen auf der Grundlage des „Prudential Carve-Out“, vgl. S. 151 f., Ziff. C.III.4.d)bb)4).

113 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 42 f.

114 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472 f.

115 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

116 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 43.

117 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 43; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 662, Rn. 24.

GATS über die Grenzen der innerstaatlichen Regulierung des Dienstleistungshandels:¹¹⁸

„Notwithstanding any other provisions of the Agreement, a Member shall not be prevented from taking *measures for prudential reasons*, including for the protection of investors, depositors, policy holders or persons to whom a fiduciary duty is owed by a financial service supplier, or to *ensure the integrity and stability of the financial system*.“¹¹⁹

Es handelt sich bei diesen sog. „Vorsorglichen Ausnahmen“ um *aufsichtsrechtliche Maßnahmen*, welche WTO-Mitglieder u.a. zum Schutz von Investoren, Anlegern, Versicherungsunternehmen und Personen, denen gegenüber ein Erbringer von Finanzdienstleistungen treuhänderische Verpflichtungen hat, ergreifen dürfen. Zudem erlaubt es diese Vorschrift WTO-Mitgliedern auch, Maßnahmen zu treffen, die die Integrität und Stabilität des Finanzsystems schützen. Wie aus dem Wortlaut dieser Vorschrift („including“) hervorgeht, handelt es um eine beispielhafte Aufzählung.¹²⁰

2. Rechtsnatur

Die Bestimmung der Rechtsnatur des „Prudential Carve-Out“ ist bezogen auf den konkreten Anwendungsfall protektionistischer Maßnahmen zugunsten einheimischer Finanzdienstleistungserbringer relevant, da sich daraus im Falle eines Rechtsstreits vor den WTO-Streitbeilegungsorganen ergibt, welche Partei die Darlegungs- und Beweislast zu tragen hat.¹²¹

Nach einer zur Rechtsnatur des „Prudential Carve-Out“ vertretenen Ansicht hat diese Regelung *bloßen deklaratorischen Charakter*, weil die Befugnis der WTO-Mitglieder, derartige Maßnahmen zu treffen, durch andere Bestimmungen des GATS nicht negiert wird.¹²² Insoweit sei diese Norm vor allem als Ausdruck des von den WTO-Mitgliedern verspürten Bedürfnisses zu sehen, entsprechende aufsichtsrechtliche Maßnahmen treffen zu müssen, um die Nutzer finanzieller Dienstleistungen und das Finanzsystem als solches gegen Ausfallrisiken zu schützen.

Dem gegenüber wird nach anderer Ansicht argumentiert, dass es sich bei dem „Prudential Carve-Out“ um eine *Ausnahme von den GATS-Verpflichtungen* (oder zumindest deren „Schranke“ bzw. einen Rechtfertigungstatbestand) handelt, welche

118 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 171.

119 Hervorhebungen durch den Verfasser.

120 von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634, Rn. 22.

121 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.812.

122 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 171, dort auch zum folgenden Text.

es den Mitgliedern erlaubt, restriktive Maßnahmen zu ergreifen, um ihrer Aufsichtspflicht im Bereich der Finanzdienstleistungen nachzukommen.¹²³

Letztere Ansicht, welche in dem „Prudential Carve-Out“ eine Ausnahmeregelung bzw. Rechtfertigungsgrund/„Schranke“ sieht, die eine Rechtfertigung von Maßnahmen ermöglicht, welche gegen Pflichten des GATS verstoßen, erschien schon vor der Entscheidung *Argentina – Financial Services* aus dogmatischen Gründen vorzuzugswürdig, da es wenig überzeugend ist anzunehmen, dass den WTO-Mitgliedern ohne weiteres die Befugnis zusteht, aufsichtsrechtliche Maßnahmen ergreifen zu dürfen, wenn diese in Ermangelung einschlägiger Bedingungen oder Qualifikationen in der Liste spezifischer Verpflichtungen einen Verstoß gegen der Grundsatz der Inländerbehandlung durch das so handelnde Mitglied darstellen würden.¹²⁴ Zudem spricht die Bezugnahme auf die Verpflichtungen der Mitglieder bzw. dessen Auslegung *e contrario* für die Annahme eines Rechtfertigungsgrundes.¹²⁵ Diese Ansicht wurde dementsprechend durch das Panel in der Rechtssache *Argentina – Financial Services* bestätigt.¹²⁶ Daraus folgt die praktische Konsequenz, das dasjenige WTO-Mitglied, welche sich auf den „Prudential Carve-Out“ beruft, die Darlegungs- und Beweislast dafür trägt, dass die Voraussetzungen diese Ausnahmeregelung erfüllt sind.¹²⁷

3. Aufsichtsrechtliche Maßnahmen („Prudential Reasons“)

a) Problemaufriss

Damit auf Grundlage des „Prudential Carve-Out“ ein WTO-Mitglied „Bail-Out“-Maßnahmen, die in Widerspruch zu Art. XVII GATS stehen, ergreifen kann, wäre Voraussetzung, dass es sich bei diesen Maßnahmen um „aus Gründen der Aufsichtspflicht“ ergriffene Maßnahmen handelt. Die Zielsetzung der einschlägigen Maßnahmenpakete legt dies nahe: „Schutz von Einlegern“ und „Sicherung der Integrität und Stabilität seines Finanzsystems“ sind einige der in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL beispielhaft aufgezählten Gründe, welche einschlägig sein könnten, da beispielsweise ohne die Garantie auf Spareinlagen die Gefahr eines „Run“ der Einleger

123 *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 56; *Herrmann*, in: *Herrmann/Krajewski/Terhechte* (Hrsg.), S. 465, 473; *Weiß/Ohler/Bungenberg*, Rn. 920; *Herrmann/Weiß/Ohler*, Rn. 902; *Leroux*, JWT 2002/3, S. 413, 430; *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 355; *Sethe/Lehmann*, in: *Tietje/Nowrot* (Hrsg.), § 15, Rn. 14; *Trebilcock/Howse*, S. 380; *von Boggandy/Windsor*, in: *Wolfrum/Stoll/Feinäugle* (Hrsg.), S. 634 Rn. 22.

124 Vgl. *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 871 ff.; *Cottier/Krajewski*, JIEL 2010/3, S. 817, 826; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 37 ff., 61 f.

125 Vgl. *Herrmann*, in: *Herrmann/Krajewski/Terhechte* (Hrsg.), S. 465, 473. Siehe zur Auslegung der Norm auch: S. 139 ff., Ziff. C.III.4.b).

126 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.814.

127 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.816.

auf Banken mit der Folge eines „melt down“ des Finanzsystems besteht.¹²⁸ Möglich wäre auch die Argumentation, dass es ohne Garantien oder Rekapitalisierungen zu einer Insolvenz von Finanzinstituten mit den daraus resultierenden systemischen Risiken für das Finanzsystem kommen würde.¹²⁹

Fraglich sind allerdings die *Reichweite und der Inhalt* dieser Bestimmung. Es ist unklar, welcher Natur diese im authentischen englischen Wortlaut als „measures for prudential reasons“ bezeichneten Maßnahmen sind. Dies führt zu erheblichen Rechtsunsicherheiten in der Praxis.

Eine möglichst frühzeitige Einigung unter den WTO-Mitgliedern über die Interpretation des „Prudential Carve-Out“ wäre wegen sich abzeichnender Meinungsverschiedenheiten über die Auslegung dieser Vorschrift außerordentlich wünschenswert gewesen, war aber schon während der Uruguay-Runde an grundlegenden Differenzen gescheitert.¹³⁰ Klarheit zu offenen Auslegungsfragen daher ist nur über eine Anrufung der WTO-Streitbeilegungsinstanzen zu erreichen,¹³¹ wobei eine solcher u.a. diplomatischer Bedenkenentgegenstehen.¹³² Folglich ist es zu einer Anrufung lange Zeit nicht gekommen.¹³³ Erst durch die Entscheidung der WTO-Streitbeilegungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services*¹³⁴ wurden in einem gewissen Umfang einige der im Zusammenhang mit dem Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“ bestehenden Fragestellungen geklärt, wobei insbesondere hinsichtlich der Erstreckung auf Rettungsmaßnahmen wie beispielsweise „Bail-Out Packages“ sowie die damit zusammenhängenden Rechtfertigungsmöglichkeiten auch weiterhin noch Ungewissheiten verbleiben.¹³⁵

Nicht auszuschließen ist, dass einigen WTO-Mitgliedern ein gewisses Maß an Rechtsunklarheit und der daraus folgende große Interpretationsspielraum durchaus willkommen ist, ermöglicht dies doch den Rückzug auf den Standpunkt, dass es sich

128 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

129 Vgl. hierzu auch van Aaken/Kurtz, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 59.

130 Kampf, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84. Siehe auch Wang, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601 ff.; Gkoutzinis, Int'l. Law 2005/4, S. 877, 902 f.

131 Kampf, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84, dort auch zum folgenden Text. Zu dieser Problematik auch: Weiss, in: Fassbender et. al (Hrsg.), S. 335, 352.

132 Vgl. zu den widerstreitenden Ansichten: Kampf, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84; Kampf, Int. T.L.R. 1997/5, S. 155, 158; Key, International Affairs 1999/1, S. 61, 68; Key, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 965; sowie: Key, International Affairs 1999/ 1, S. 61, 68; Tietje/Finke/Dietrich, S. 36; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 636, Rn. 24; Yokoi-Arai, ICLQ 2008/3, S. 613, 639 f.

133 Vgl. auch Wang, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 602 f.

134 WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R.

135 Vgl. die Ausführungen unter S. 134 ff. Ziff.C.III.3b)2).

bei einer umstrittenen Maßnahme um eine „Prudential Measure“ handelt, welche konsequenterweise auch keine Auflistung spezifischer Beschränkungen erfordert.¹³⁶

In der *Literatur* wird daher auch zum „Prudential Carve-Out“ moniert, dass nicht auszuschließen ist, dass sie von einigen WTO-Mitgliedern als Vorwand für die Beibehaltung handelsbeschränkender und protektionistischer Maßnahmen missbraucht wird.¹³⁷

b) Begriffsdefinition

1) Diskussion: Einbeziehung von „Conduct of Business Rules“ bzw. „Rules of Conduct“

Einer Auslegung, dass es sich bei „Bail-Out“-Maßnahmen um aus Gründen der Aufsichtspflicht“ ergriffenen Maßnahmen handelt, könnte entgegengehalten werden, dass das übliche Verständnis des Begriffs *Aufsichtspflichten/aufsichtsrechtliche Maßnahmen* („*Prudential Measures/Standards*“)¹³⁸ eher auf regulatorische Maßnahmen hinweist, welche Banken bestimmte Pflichten auferlegen,¹³⁹ wie beispielsweise Anforderungen für die Erteilung einer Banklizenz oder Mindestkapitalanforderungen.

Gerade im angloamerikanischen Finanzmarktrecht werden unter „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ herkömmlich nur die Aufsichtsmaßnahmen („*Domestic Regulation*“) gefasst, welche die institutionellen Voraussetzungen der Tätigkeit von Finanzinstituten sicherstellen sollen.¹⁴⁰ Dies sind organisatorische und strukturelle Vorgaben wie eine angemessene Kapitalausstattung, ein zuverlässiges Risikomanagement, Dokumentations- und Aufzeichnungspflichten etc.

Vertreten wird in der *Literatur*, dass angesichts des Umstands, dass der gesamte Wertpapierhandel vom GATS erfasst wird und dessen Beaufsichtigung üblicherweise auch im Wege von „Rules of Conduct“ (Vorgaben bei der Ausführung von konkreten Dienstleistungen) erfolgt, der Begriff der „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen“

136 Vgl. hierzu: *Panourgias*, S. 17; *von Bogdandy/Windsor*, in: *Wolfrum/Stoll/Feinäugle* (Hrsg.), S. 634, Rn. 22; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 875; *Wang*, in: *Alexander/Andenas* (Hrsg.), S. 601, 604 f., 611 f.; *Yokoi-Arai*, ICLQ 2008/3, S. 613, 639 f.; WTO Council for Trade in Services – Special Session, Communication from the European Communities and Their Member States, Report v. 22. Dezember 2000, S/CSS/W/39, Rn. 20. Zu den verschiedenen Standpunkten der WTO-Mitglieder siehe: WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 25 May 2000, Report v. 29 Juni 2000, S/FIN/M/26, Rn. 21 ff.; WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 13 Juli 2000, Report v. 23. August 2000, S/FIN/M/27, Rn. 24. ff.

137 Vgl. *Kampf*, Int. T.L.R. 1995/5, S. 157, 163; *Kampf*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), E 26, Rn. 84.

138 Diese Argumentation trifft in diesem Fall sowohl auf den englischen Originalwortlaut als auch die üblichen deutschen Übersetzungen des Begriffs zu.

139 Vgl. *Herrmann*, in: *Herrmann/Krajewski/Terhechte* (Hrsg.), S. 465, 473, dort auch zum folgenden Text.

140 Vgl. *Sethe/Lehmann*, in: *Tietje/Nowrot* (Hrsg.), § 15, Rn. 17; *Sethe*, in: *Schäfer/Sethe/Lang* (Hrsg.), § 5, Rn. 108 dort auch jeweils zum folgenden Text.

weit zu verstehen ist.¹⁴¹ Andernfalls würde das GATS laut dieser Argumentation einen Systembruch innerhalb der Finanzdienstleistungen verursachen.

Zugunsten dieser Ansicht spricht, dass sich die Zielsetzung dieser Maßnahmen im Rahmen dessen bewegt, was der Wortlaut der Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL vorgibt: Pflichten etwa zur Wahrung der Interessen der Kunden, zur sorgfältigen und bestmöglichen Ausführung der Dienstleistung, zu Aufklärung und Information lassen sich unter den Zweck des Schutzes von Investoren oder Einlegern subsumieren. Daher wird eine genaue Abgrenzung im Kontext des „Prudential Carve-Out“ zwischen „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen“ und „Rules of Conduct“ oft nicht möglich sein und ist in Anbetracht des Schutzzwecks der Norm auch nicht zweckdienlich.¹⁴²

Diese Ansicht zugunsten einer weiten Auslegung wurde durch die WTO-Streit-schlichtungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services* bestätigt.¹⁴³ In diesem Streitbeilegungsverfahren, in dem sich ein Mitgliedstaat (Argentinien) erstmalig auf die Ausnahmebestimmung des „Prudential Carve-Out“ berief, wandte sich ein anderer Mitgliedstaat (Panama) gegen insgesamt acht verschiedene Maßnahmen¹⁴⁴ Argentiniens in Form von Steuer-, Finanztransaktions-, Kapitalmarktzugangs-, Registrierungs- und Devisenmaßnahmen.¹⁴⁵ Das Panel entschied ausdrücklich, dass eine einschränkende Auslegung, nach der der Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“ lediglich für „Domestic Regulation“ eröffnet sei, abzulehnen ist und diese Ausnahmeregelung auf *jede* von einem Mitgliedstaat „aus Gründen seiner Aufsichtspflichten“ („for prudential reasons“) getroffene Maßnahme Anwendung finden kann,¹⁴⁶ was durch den Appellate Body bestätigt wurde.¹⁴⁷

141 So *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.), § 13, Rn. 13; *Sethe*, in: Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg.), § 5, Rn. 108, dort auch jeweils zum folgenden Text. Vgl. hierzu auch in der Folgeauflage: *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

142 Vgl. auch *Panourgias*, S. 13 f.

143 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS453/R, Rn. 7.826 ff.; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.253 ff.; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 15, 17.

144 Siehe im Einzelnen zu diesen Maßnahmen: WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 2.9 ff.

145 Vgl. *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 15; WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.812; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.246.

146 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.847; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

147 WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.262, 6.272.

2) Diskussion: Einbeziehung von Subventionen/Rettungsmaßnahmen

Die Beantwortung der Frage der Einbeziehung von „Rules of Conduct“ in den Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“ lässt indes keine weiteren Schlüsse hinsichtlich der Frage zu, ob es sich auch bei den in „Bail-Out-Packages“ enthaltenen Maßnahmen, wie etwa Garantien und Rekapitalisierungen, um „aus Gründen der Aufsichtspflicht“ ergriffene Maßnahmen handelt. Die vorangegangene Diskussion bzgl. der Einbeziehung der „Rules of Conduct“ in den „Prudential Carve-Out“ stellt gegenüber der Problematik der „Bail-Out-Packages“ ein „Minus“ dar, da es sich hierbei um eine Auslegung handelt, die bei gegenteiliger Ansicht eine noch weitergehende Einschränkung des „Prudential Carve-Out“ bedeuten würde. Allerdings ist diese Auslegung aber für die Zulässigkeit bestimmter Nebenpflichten/Auflagen für Begünstigte aus „Bail-Out-Packages“ relevant.

Die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* erlaubt diesbezüglich nur in eingeschränktem Maße Schlussfolgerungen: Zwar ließe sich deren Feststellung, dass der „Prudential Carve-Out“ auf jede von einem Mitgliedstaat aus Gründen seiner Aufsichtspflichten getroffene Maßnahme Anwendung finden kann („covers all types of measures affecting the supply of financial services within the meaning of paragraph 1(a) of the said Annex“),¹⁴⁸ auch dahingehend auslegen, dass in „Bail-Out-Packages“ enthaltene Maßnahmen ebenfalls erfasst sein sollen. Demgegenüber muss aber berücksichtigt werden, dass es sich bei den verfahrensgegenständlichen Maßnahmen¹⁴⁹ um solche handelte, welche *unzweifelhaft als regulatorische Maßnahmen* (einschließlich „Rules of Conduct“) anzusehen sind. Rettungsmaßnahmen waren hingegen nicht Gegenstand der Entscheidung, so dass diesbezüglich ein Rest an Ungewissheit verbleibt.

Die genaue Reichweite des „Prudential Carve-Out“ kann daher nur versucht werden über eine Auslegung dieser Norm zu ermitteln. Diese ist in der *Literatur* umstritten,¹⁵⁰ wobei im Wesentlichen *zwei Richtungen* zu unterscheiden sind:

148 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.847; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.262, 6.272; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

149 Siehe im Einzelnen zu diesen Maßnahmen: WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 2.9 ff. und 7.853 ff.

150 Vgl. Wang, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 605 ff.; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 56; *Eckert*, S. 151; *Kampf*, Int. T.L.R. 1995/5, S. 157, 163; *Kampf*, Int. T.L.R. 1997/5, S. 155, 158; *Krajewski*, National Regulation and Trade Liberalization in Services, S. 47; *Lester/Mercurio/Davies*, S. 667; *Panourgias*, S. 9 ff.; *Nicolaidis/Trachtman*, in: *Sauvé/Stern*, S. 241, 255; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.), § 13, Rn. 13; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17; *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 34; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 875; *von Bogdandy/Windsor*, in: *Wolfrum/Stoll/Fein-äule* (Hrsg.), S. 634 f., Rn. 22; *Yokoi-Arai*, ICLQ 2008 57/3, S. 613, 638 f.

aa) Eine Ansicht: Beschränkung auf regulatorische Maßnahmen

Eine Ansicht in der Literatur – die wohl als überwiegend anzusehen ist – leitet aus dem Wortlaut und den in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL enthaltenen Regelungszielen ab, dass der „Prudential Carve-Out“ nur *regulatorische Maßnahmen* im Sinne eines völkerrechtlich anerkannten Standards im Finanzaufsichtsrecht umfasst.¹⁵¹

Die EU und einige andere WTO-Mitglieder haben hierfür eine Orientierung an aufsichtsrechtlichen Mindeststandards internationaler Organisationen, die zur Einführung einheitlicher Standards in der Aufsicht von Finanzinstituten beitragen, wie beispielsweise des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht (Basel Committee on Banking Supervision), der Internationalen Organisation der Wertpapieraufsichtsbehörden (International Organization of Securities Commissions – IOSCO) und der Internationalen Vereinigung der Versicherungsaufsichtsbehörden (International Association of Insurance Supervisors – IAIS) vorgeschlagen.¹⁵² Auf diese Weise ließe sich gewissermaßen ein einheitlicher Standard dessen gewinnen, was von den meisten Mitgliedern als „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ angesehen wird,¹⁵³ auch wenn es sich bei dem Regelwerk dieser als „Behördennetzwerks“ zu verstehenden Gremien nicht um völkerrechtliche „Rechtsquellen“ im eigentlichen Sinn handelt.¹⁵⁴

Wesentliches Argument dieser Ansicht ist, dass das übliche Verständnis des Begriffs „Aufsichtspflichten/aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ („Prudential Measures“) eher auf regulatorische Maßnahmen hinweist, welche Banken bestimmte *Pflichten auferlegen*, wie etwa Anforderungen für die Erteilung einer Banklizenz oder Mindestkapitalanforderungen oder sonstige Maßnahmen zur Vermeidung von (systemischen) Risiken.¹⁵⁵ Für diese Auslegung spricht somit das *Wortlautargument* unter Zugrundelegung des üblichen Wortsinns. Ein weiteres Argument dieser einschränkenden Ansicht war zudem auch ein Verweis auf die *Gesetzessystematik*, da Ziffer (2) der Anlage 1 FDL die Überschrift „Innerstaatliche Vorschriften“ („Domestic Regulation“) trägt, was eher einen Bezug zu Art. VI GATS nahelegte.¹⁵⁶ Allerdings

151 Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 920; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 902; Ohler, ZEuS 2002/2, S. 321, 355; Key, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 965 f.; Sethe/Lehmann, in: Tietje (Hrsg.) § 13, Rn. 13; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 634 Rn. 22; Yokoi-Arai, ICLQ 2008/3, S. 613, 647.

152 Yokoi-Arai, ICLQ 2008/3, S. 613, 639; WTO Council for Trade in Services – Special Session, Communication from the European Communities and Their Member States, Document, Report v. 22. Dezember 2000, S/CSS/W/39, Rn. 20; WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 25 May 2000, Report v. 29. Juni 2000, S/FIN/M/26, Rn. 22, 26, 28; WTO Committee on Trade in Financial Services, Report of the Meeting Held on 13 July 2000, Report v. 23. August 2000, S/FIN/M/27, Rn. 25, 27, 34, 37 f. Vgl. auch De Meester, JIEL 2008/3, S. 609, 644 f.; Key, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 983.

153 Vgl. auch Yokoi-Arai, ICLQ 2008/3, S. 613, 647. Anders hingegen Wang, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 609 f., 614, der den Standards dieser internationalen Organisationen im Kontext der Definition des „Prudential Carve-Out“ keine übermäßige Bedeutung beimessen will.

154 Vgl. Ohler, in: Ruffert (Hrsg.), § 10, Rn. 41.

155 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

156 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

wurde in der Entscheidung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* (s.o.) insbesondere eine Beschränkung auf Maßnahmen im Sinn des Art. VI GATS explizit verworfen und daher wären, selbst wenn man dieser Ansicht folgen würde, über reine finanzaufsichtsrechtliche Maßnahmen hinaus zumindest auch „Rules of Conduct“ in den Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“ einzubeziehen.¹⁵⁷

Diese Ansicht verweist neben einer einschränkenden Wortlautauslegung zusätzlich darauf, dass über regulatorische Maßnahmen hinausgehende Maßnahmen keine geeigneten Anreize an Banken zu setzen in der Lage sind, die sie dazu anhalten würden, ein weniger risikoreiches Verhalten einzugehen.¹⁵⁸ Solche Rettungsmaßnahmen könnten durch das Wissen um eine staatliche Intervention im Falle negativer Konsequenzen sogar einen gegenteiligen Effekt bewirken und zur Entstehung eines „moralischen Risikos“ („moral hazard“) beitragen.

bb) Andere Ansicht: Einbeziehung von Rettungsmaßnahmen

Eine andere Strömung in der Literatur will demgegenüber auch *Rettungsmaßnahmen* in den „Prudential Carve-Out“ mit einbeziehen¹⁵⁹ und verweist darauf, dass eine Auslegung des „Prudential Carve-Out“ anhand des Wortlauts nicht zwingend eine Beschränkung auf rein regulatorische und damit präventive Maßnahmen gebietet.¹⁶⁰ Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL enthält eine Bezugnahme auf die „*Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems*“.¹⁶¹ Auch eine Auslegung, an der „gewöhnlichen Bedeutung“ von Bestimmungen, sowie deren „Zusammenhang“ und „Ziel und Zweck“ orientiert, hat daher diese explizite Zielsetzung des „Prudential Carve-Out“ zu berücksichtigen.

Somit sind staatliche Maßnahmen, welche durch die Hilfe an einzelne Banken Spill-Over-Effekte auf andere Banken und eine daraus resultierende Systemkrise verhindern sollen, als aus „Gründen der Aufsichtspflicht“ ergriffene Maßnahmen anzusehen. Solche, über eine rein regulatorische Zielsetzung hinausgehend Rettungsmaßnahmen, dienen der Sicherstellung der Integrität und Stabilität des Finanz-

157 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.826. ff. und insbes. 7.847; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, 14. April 2016, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.253 ff.; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 17.

158 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 57 f., dort auch zum folgenden Text und m.w.N. zu dieser Ansicht.

159 *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 56 ff.; *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520 f.; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 59; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 874 f.; wohl auch *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 609; *Gkoutzinis*, Int'l. Law. 2005/4, S. 877, 903; *Hermekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 15. Einschränkung der *Panourgias*, S. 14 f., der aber zumindest Maßnahmen mit dem Charakter eines „*lender of last resort*“ erfasst sehen möchte.

160 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 58.

161 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 58; *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520, dort auch zum folgenden Text.

systems wie auch dem Schutz von Einlegern.¹⁶² Eine Ansicht, die dies verneint, würde zudem die besondere Bedeutung von Maßnahmen von „für Notfälle vorgesehenen letzten Finanzierungsmöglichkeiten“ („lenders of last resort“, zum Begriff siehe S. 127 f., Ziff. C.II.4) für den Schutz von Einlegern und die Finanzstabilität verkennen.¹⁶³

cc) Stellungnahme

Die wohl überwiegende Ansicht in der Literatur sieht in dem „Prudential Carve-Out“ gem. Ziffer (2) Anlage 1 FDL nur ein Mittel, über das ein WTO-Mitglied regulatorische Maßnahmen einführen kann, welche nicht in dessen Listen von Beschränkungen oder Ausnahmen aufgenommen wurden. Damit würde sich der Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“ im wesentlichen auf *finanzaufsichtsrechtliche Bestimmungen* wie etwa Mindestkapitalreserven oder Banklizenzierungsaufgaben beschränken. Die dogmatische Begründung für diese Ansicht – soweit eine solche überhaupt erfolgt – erschöpft sich allerdings zumeist in dem Wortlautargument.

Ein Grund für diesen Umstand mag darin liegen, dass befürchtet wird, der „Prudential Carve-Out“ könnte von einigen WTO-Mitgliedern als Vorwand für handelsbeschränkende und protektionistische Maßnahmen missbraucht werden.¹⁶⁴

Auch wenn diese Gefahr durchaus besteht, bietet das WTO-rechtliche Regelwerk zu Finanzdienstleistungen andere Möglichkeiten, dieser Missbrauchsgefahr vorzubeugen, die dennoch eine weitere Auslegung des „Prudential Carve-Out“ und damit eine größere Flexibilität für die Mitglieder bei der Anwendung krisenbedingter Maßnahmen zulassen: So ließe sich zum einen mit einem Teil der Literatur¹⁶⁵ argumentieren, dass in der Formulierung „aus aufsichtsrechtlichen Gründen“ („for prudential reasons“) der Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL sprachlich ein *direkter Zusammenhang* zwischen der in Frage stehenden *Maßnahme und ihrer Zielsetzung* impliziert wird. Eine anhand der Nationalität des Finanzdienstleisters diskriminierende Maßnahme, die nur einheimischen Dienstleistern zugutekommt, *läuft der Zielsetzung solcher Maßnahmen zuwider*. Derartige Maßnahmen untergraben das Vertrauen der Konsumenten und des Marktes in die ausländischen Banken und können auf diese Weise das „ausländische“ Segment des Bankenmarktes eines Mitglieds und damit über systemische Effekte dessen gesamten Bankenmarkt weiter destabilisieren.¹⁶⁶

Selbst wenn man diese Ansicht als zu weitgehend und den Wortlaut der Regelung überstrapazierend ansieht, kann über das in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL enthal-

162 Vgl. *Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520; *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 59; *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 874 f.

163 Vgl. *Panourgias*, S. 14.

164 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84; *Yokoi-Arai*, ICLQ 2008/3, S. 613, 640.

165 Siehe *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499.

166 Vgl. *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499.

tene „Umgehungsverbot“ sichergestellt werden, dass WTO-Mitglieder diskriminierende Maßnahmen nicht zu protektionistischen Zwecken missbrauchen, ohne die Möglichkeit solcher Maßnahmen bei entsprechender Indikation per se auszuschließen.¹⁶⁷

Darüber hinausgehend sind bei der Bestimmung des Anwendungsbereichs des „Prudential Carve-Out“ auch die in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL angeführten „Schutzgüter“ zu berücksichtigen.¹⁶⁸ WTO-Mitglieder dürfen auf der Grundlage dieser Regelung Maßnahmen insbesondere zum „Schutz von Investoren“ und zur „Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems“ ergreifen.

Über den strengen Wortsinn des Begriffs „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ („Prudential Measures“) hinausgehend – der eine Beschränkung auf rein regulatorische Mittel vielleicht noch rechtfertigen mag – ist daher der *systematische Zusammenhang* dieses Begriffs zu beachten, dessen Zusammenstehen mit den genannten „Schutzgütern“ in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL für eine Ausdehnung des „Prudential Carve-Out“ auf alle Maßnahmen spricht, die der *Erreichung dieser Ziele dienen*, und somit auch auf interventionistische Maßnahmen wie etwa Beihilfen. Bei dem Schutz von Bankenkunden und der Funktionsfähigkeit der Finanzmärkte (Systemstabilität) handelt es sich um anerkannte Ziele der Finanzmarktaufsicht¹⁶⁹ und damit konsequenterweise um „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“. Im Übrigen spricht auch die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services*, wonach „*alle Maßnahmen*“,¹⁷⁰ welche die Erbringung von Finanzdienstleistungen berühren,¹⁷¹ vom Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“¹⁷² erfasst sein sollen für diese Auslegung, wenngleich Rettungsmaßnahmen nicht Gegenstand dieser Entscheidung waren und daher diesbezüglich ein Rest an Ungewissheit verbleibt.

4. Verbot der Umgehung der Verpflichtungen oder Pflichten eines Mitglieds (Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL)

a) Problemaufriss

Auch wenn die Regelung des „Prudential Carve-Out“ nach der hier vertretenen Auslegung einem WTO-Mitglied die Möglichkeit einräumt, in „Bail-Out-Packa-

167 Siehe dazu S. 138, Ziff. C.III.4.

168 Für eine entscheidende Berücksichtigung des Zusammenhangs zwischen gewähltem Mittel und der aufsichtsrechtlichen Zielsetzung spricht sich auch aus: *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644.

169 Vgl. *Ohler*, in: Ruffert (Hrsg.), § 10, Rn. 76, 80.

170 Im Originalwortlaut: „[...] covers all types of measures affecting the supply of financial services within the meaning of paragraph 1(a) of the said Annex [...]“.

171 Vgl. zum Begriff des „berühren“ Fn. 34.

172 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.847; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.262.

ges“ enthaltenen Rettungsmaßnahmen zu ergreifen und diese einen diskriminierenden Charakter haben können, bedeutet das nicht, dass der „Prudential Carve-Out“ schrankenlos wirkt: Ein WTO-Mitglied, welches diskriminierende Maßnahmen implementiert hat, könnte damit einen Verstoß gegen seine Pflicht aus Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL begehen. Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL, welche im Wesentlichen einen Rechtfertigungsgrund enthält, Maßnahmen trotz eines Verstoßes gegen das GATS beizubehalten,¹⁷³ enthält in deren Satz 2 eine Einschränkung dieser Vorschrift:

„Where such measures do not conform with the provisions of the Agreement, they shall *not* be used as a means of *avoiding the Member's commitments or obligations* under the Agreement.“¹⁷⁴

Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL enthält damit eine Einschränkung des „Prudential Carve-Out“ dahingehend, dass ein WTO-Mitglied diese aufsichtsrechtlichen Maßnahmen *nicht* dazu benutzen darf, um seine allgemeinen Pflichten unter dem GATS, einschließlich der aus Art. VI GATS folgenden Pflichten, oder seine spezifischen Verpflichtungen, *zu umgehen*.¹⁷⁵

Umstritten ist indes, welchen genauen Inhalt dieses in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL geregelte „Umgehungsverbot“ hat.¹⁷⁶ Aus Anlage 1 FDL selber geht nicht hervor, was im Einzelnen unter dem Begriff der „Umgehung“ („avoiding“) zu verstehen ist.¹⁷⁷ Das Umgehungsverbot gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL war bislang nicht Gegenstand der Auslegung eines WTO-Streitbeilegungsorgans, auch nicht in dem Fall *Argentina – Financial Services*,¹⁷⁸ so dass diesbezüglich keine Klärung vorliegt. Im Einzelnen werden *folgende Ansätze* zur Auslegung der Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL vertreten:

b) Inhalt des „Umgehungsverbots“: Streitstand und Stellungnahme

1) Keine Einschränkung auf den „Prudential Carve-Out“

Eine Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL vertretene Ansicht – der auch einige WTO-Mitglieder zu folgen scheinen¹⁷⁹ – argumentiert, dass dem Wortlaut der Präambel zum GATS, in dem das „Recht der Mitglieder, die Erbringung von Dienstleistungen in ihrem Hoheitsgebiet *zu regeln und neue Vorschriften* hierfür einzuführen“¹⁸⁰ erwähnt wird, zu entnehmen sei, dass diese Regelung keine einschränkende Wirkung

173 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.

174 Hervorhebungen durch den Verfasser.

175 *Pitschas*, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 172; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18.

176 Vgl. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 34 f.

177 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.

178 *Sethe/Lehmann* in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18.

179 Vgl. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35, dort auch zum folgenden Text.

180 In der englischen Originalfassung: “[...] right of Members *to regulate, and to introduce new regulations*, on the supply of services within their territories [...]“.

auf den „Prudential Carve-Out“ haben könne. Zudem betone der „Prudential Carve-Out“ das Recht der Mitglieder, aufsichtsrechtliche Maßnahmen „ungeachtet etwaiger sonstiger Bestimmungen“ des GATS ergreifen zu können.

Gegen diese Ansicht sprechen indes *systematische Gründe*: Zum einen ermächtigt Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL die Mitglieder nur, ungeachtet „etwaiger sonstiger Bestimmungen des Übereinkommens“ aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu ergreifen und bezieht sich damit nicht auf Satz 2 der gleichen Vorschrift.¹⁸¹ Zum anderen stellt die Präambel ein Mittel zur Auslegung von Ziel und Zweck des Übereinkommens dar, kann aber nicht bestehende Rechte und Pflichten aus diesem abändern; das „Recht zu Regeln“ wird *nur innerhalb der bestehenden Verpflichtungen* gewährleistet. Zudem berücksichtigt diese Auffassung nicht den Charakter des „Prudential Carve-Out“ als Ausnahmeregelung bzw. „Schranke“ zu den GATS-Verpflichtungen und Rechtfertigungsgrund eines Verstoßes gegen diese.¹⁸² Satz 2 der Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL bildet dann eine „Schranken-Schranke“ des Rechtfertigungsgrundes nach Satz 1.

2) Geltungserhaltende Reduktion

Eine Stimme in der Literatur vertritt den Ansatz, dass die den ersten Halbsatz dieser Regelung einschränkende Aussage darauf schließen lässt, dass aufsichtsrechtliche Maßnahmen, die nicht mit den allgemeinen Pflichten eines Mitglieds aus dem GATS bzw. seinen spezifischen Verpflichtungen konform gehen, jedenfalls GATS-konform anzuwenden sind.¹⁸³ Insoweit wird von einer „geltungserhaltenden Reduktion“ dieser Maßnahmen ausgegangen.¹⁸⁴

Diese Ansicht geht aber wohl auf die Interpretation zurück, dass die Regelung des „Prudential Carve-Out“ bloßen deklaratorischen Charakters sei, weil die Befugnis der WTO-Mitglieder, derartige Maßnahmen zu treffen, durch andere Bestimmungen des GATS nicht negiert wird. Diese Interpretation des „Prudential Carve-Out“ ist wie die vorgenannte aber aus den gleichen dogmatischen Gründen abzulehnen.¹⁸⁵ Zudem ist es schwer vorstellbar, wie eine derartige „geltungserhaltende Reduktion“ in der Praxis aussehen würde, da es ja das Wesen dieser aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ist, den Verpflichtungen eines Mitglieds *zuwider zu laufen*, etwa weil dieses sich keine entsprechende Ausnahme für derartige Maßnahmen in seinen Verpflichtungslisten vorbehalten hat.

3) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gemäß Art. VI Abs. 1 GATS

Eine weitere in der Literatur vertretene Auslegungsmöglichkeit zu dem „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL sieht darin eine Ausprägung des *Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit* gem. Art. VI Abs. 1 GATS bzw. hält diese

181 Vgl. Tietje/Finke/Dietrich, S. 35, dort auch zum folgenden Text.

182 Siehe dazu S. 129 f., Ziff. C.III.2.

183 Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Rn. 172.

184 So Pitschas, in: Prieß/Berrisch (Hrsg.), B. II. Fn. 383.

185 Siehe dazu S. 139 f., Ziff. C.III.4.b)1).

Norm neben der Vorschrift des „Prudential Carve-Out“ – zumindest solange kein Konflikt zwischen den beiden Normen besteht¹⁸⁶ – für anwendbar.¹⁸⁷ Damit müssten die auf der Grundlage des „Prudential Carve-Out“ ergriffenen Maßnahmen die Anforderungen gem. Art. VI Abs. 1 GATS erfüllen, d.h. aus Gründen der Aufsichtspflichten des Mitglieds (zum Beispiel zum Schutz des Finanzsystems und/oder der Investoren und Anleger) erfolgen und angemessen sein.¹⁸⁸ Die Mitglieder, welche die aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ergreifen, müssten daher den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit achten und insbesondere von mehreren zur Auswahl stehenden geeigneten aufsichtsrechtlichen Maßnahmen die *mildeste* anwenden.¹⁸⁹

Diese Ansicht wird sich allerdings vor dem Hintergrund der Entscheidung des Panel in der Sache *Argentina – Financial Services* in dieser Form nicht aufrechterhalten lassen: Demnach ist *explizit keine* Voraussetzung für die Rechtfertigung von Maßnahmen über den „Prudential Carve-Out“, dass diese auch verhältnismäßig sind. Begründet wird dies durch das Panel mit dem Wortlaut der Vorschrift, die anders als sonstige Ausnahmenvorschriften des WTO-Rechts, keinen Bezug zur Angemessenheit („necessity“) enthalte.¹⁹⁰

Im übrigen ist dieses Argument des Panel weder neu noch frei von dogmatischen Schwächen: Dass der „Prudential Carve-Out“ sich von den anderen Ausnahmeregelungen des GATS (Art. XIV GATS und Art. XIVbis GATS) dadurch unterscheidet, dass bei diesen nur „erforderliche“¹⁹¹ bzw. „notwendige“¹⁹² Maßnahmen von den Verpflichtungen des GATS ausgenommen sind, während demgegenüber beim „Prudential Carve-Out“ *alle* aufsichtsrechtlichen Maßnahmen („Prudential Measures“) ausgenommen sind, wurde bereits vor der Entscheidung in der Sache *Argentina – Financial Services* von Teilen der Literatur thematisiert.¹⁹³ Allerdings wurde dem

186 Hiermit dürfte wohl die Frage eines in Art. VI Abs. 1 GATS enthaltenen Diskriminierungsverbots gemeint sein.

187 Vgl. *Leroux*, JWT 2002/3, S. 413, 431; *Sethe*, in: Schäfer/Sethe/Lang (Hrsg.) § 5, Rn. 109; *Sethe/Lehmann*, in: Tietje (Hrsg.), § 13, Rn. 14; *Vahldiek*, BKR 2003, S. 971, 972; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23.

188 Vgl. *Vahldiek*, BKR 2003/3, S. 971, 972; *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23; dort auch zum folgenden Text.

189 *Vahldiek*, BKR 2003/3, S. 971, 972.

190 WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.884; *Sethe/Lehmann* in: Tietje/Nowrot (Hrsg.) § 15, Rn. 17 u. Fn. 41.

191 Im englischen Originalwortlaut: „necessary“. Das bedeutet, dass *kein gleich gut geeignetes milderes Mittel* zur Erreichung des Regelungsziels ersichtlich sein darf (vgl. *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, Rn. 477).

192 Auch hier im englischen Original: „necessary“, daher kein Unterschied zu Art. XIV GATS, der in der deutschen Übersetzung von „erforderlich“ spricht. Die entsprechenden Maßnahmen müssen zur *Wahrung der Sicherheit* des Mitglieds erfolgen.

193 Vgl. *Key*, in: Macrory/Appleton/Plummer (Hrsg.), S. 955, 965; *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644; *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 34; *Yokoi-Arai*, ICLQ 2008/3, S. 613, 640. Vgl. auch *Wang*, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 603 f., 611, der aus der im „Prudential Carve-Out“ nicht enthaltenen Voraussetzung der Erforderlichkeit bzw. Notwendigkeit wohl etwas zu weitgehend folgert, dass diese Vorschrift einen subjektiven Charakter hat und es ihr an detaillierten Standards und Schranken fehlt („[...] lacks detailed standards and limitations.“).

schon damals entgegengehalten, dass selbst im Fall der Nichtanwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes eine diskriminierende Maßnahme der Verfolgung eines geltend gemachten aufsichtsrechtlichen Zieles *tatsächlich und ernsthaft* dienen muss, was denklogisch nur schwer möglich erscheint, wenn dieser diskriminierende Charakter hierfür nicht erforderlich ist, da es dann schon an der *Geeignetheit* der Maßnahme zur Erreichung ihres Zieles fehlt.¹⁹⁴ Die diskriminierende Maßnahme würde dann nichts anderes als einen Protektionismus einheimischer Finanzdienstleistungserbringer darstellen.

4) „Good Faith/Chapeau“ gem. Art. XX GATT

Ein weiterer zu Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verteilter Ansatz¹⁹⁵ besagt, dass es sich bei dieser Norm um eine Regelung handelt, die den Missbrauch des „Prudential Carve-Out“ in ihrer Eigenschaft als Ausnahmenvorschrift für versteckte opportunistische und protektionistische Maßnahmen verhindern soll und der zumindest eine Pflicht zur Ausübung eines „Good Faith“¹⁹⁶ entnommen werden kann. Der Grundsatz des „Good Faith“ wird aus der Auslegung der Präambel des Art. XX GATT („Chapeau“) durch den Appellate Body¹⁹⁷ hergeleitet, welcher zugleich einen allgemeinen Rechtsgrundsatz des Völkerrechts darstellt.¹⁹⁸ Der Appellate Body hat die Aussage getroffen, dass eine spezielle Ausprägung dieses Grundsatzes des „Good Faith“ die Doktrin des „Abus des Droit“ ist, welcher Staaten die missbräuchliche Ausübung ihrer Rechte verbietet.¹⁹⁹

Nach dem „Chapeau“ des Art. XX GATT dürfen die zum Schutze der in Art. XX GATT aufgezählten Rechtsgüter dienenden Maßnahmen „nicht so angewendet werden, dass sie zu einer *willkürlichen und ungerechtfertigten Diskrimi-*

194 Vgl. von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635 Rn. 24; De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 61 f., dort auch zum folgenden Text. Vgl. hierzu auch S. 149 f., Ziff. C.III.4)d)2)2).

195 Vgl. Leroux, J.W.T. 2002/3, S. 413, 430 f.; Sethe/Lehmann in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18; van Aaken/Kurtz, JIEL 2009/4, S. 859, 876; dort auch zum folgenden Text. So auch De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 59 f.; Keustermans/Tanghe/Tobback/Vanhoenacker, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 514, 520; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23 f. Vgl. auch zu dieser Ansicht Tietje/Finke/Dietrich, S. 35. Im Übrigen wird auch von Stimmen in der Literatur, die der Auffassung des Panel in der Entscheidung *Argentina – Financial Services* zum „Prudential Carve-Out“ dahingehend folgen, dass die Verhältnismäßigkeit der Maßnahmen keine Voraussetzung ist, vertreten, dass ein Mindeststandard von Treu und Glauben gem. der Rechtsprechung des Appellate Body in *US – Shrimps* gilt (vgl. Sethe/Lehmann, in: Tietje/Nowrot (Hrsg.), § 15, Rn. 18).

196 Nach deutschem Rechtsverständnis am ehesten mit dem Begriff „Treu und Glauben“ vergleichbar.

197 WTO Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (*US – Shrimp*), Report v. 12. Oktober 1998, WT/DS58/AB/R, Rn. 158.

198 Insoweit kann eine gewisse Analogie zum Begriff einer „Schranken-Schranken“ in der deutschen Grundrechtsdogmatik gezogen werden, vgl. Weiß/Ohler/Bungenberg, Rn. 528; Herrmann/Weiß/Ohler, Rn. 523.

199 Vgl. WTO Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products (*US – Shrimp*), Report v. 12. Oktober 1998, WT/DS58/AB/R, Rn. 158.

nierung zwischen Ländern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, oder zu einer *verschleierten Beschränkung* des internationalen Handels führen“.²⁰⁰²⁰¹

Eine Interpretation in Anlehnung an den „Chapeau“ von Art. XX GATT hat den Vorteil, dass dabei auf die bestehende umfangreiche Rechtsprechung zu dieser Norm und insbesondere folgende Aussage des Appellate Body zurückgegriffen werden kann:²⁰²

„[...] the chapeau serves to ensure that Members' rights to avail themselves of exceptions are *exercised reasonably*, so as *not to frustrate* the rights accorded to other Members by the substantive rules of the GATS.“²⁰³²⁰⁴

Der Appellate Body legt den „Chapeau“ von Art. XX GATT somit dahingehend aus, dass diese Norm einen Rechtsmissbrauch von Ausnahmenvorschriften zu protektionistischen Zwecken durch WTO-Mitglieder verhindern soll.²⁰⁵ Es wird daher in der Literatur vertreten, dass sich diese Argumentation auf den Begriff der „Umgehung“ („avoiding“) in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL wegen der Ähnlichkeit der Formulierungen und Normzwecke übertragen lässt.²⁰⁶ Auch zwischen den beteiligten Parteien Panama und Argentinien bestand im Fall *Argentina – Financial Services* insoweit Übereinstimmung darin, dass die akademische Literatur das Umgehungsverbot in Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL als äquivalent mit der Pflicht zur Ausübung des „Good Faith“ auslegt, aus welcher das Erfordernis eines *rationalen Zusammenhangs* zwischen der Maßnahme und dem verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziel folgen soll.²⁰⁷

5) WTO- Panel: Rationaler kausaler Zusammenhang („rational relationship“)

In dem Streitbeilegungsverfahren *Argentina – Financial Services* griff das Panel die von Argentinien (und teilweise Panama) vorgebrachte Argumentation eines Erfor-

200 Hervorhebungen durch den Verfasser.

201 In der englischen Originalfassung: „[...] such measures are not applied in a manner which would constitute a means of *arbitrary or unjustifiable discrimination* between countries where the same conditions prevail, or a *disguised restriction* on international trade [...]“.

202 Vgl. von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23; Tietje/Finke/Dietrich, S. 35.

203 WTO Appellate Body, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (*US – Gambling and Betting*), Report v. 7. April 2005, WT/DS285/AB/R, Rn. 339 unter Bezugnahme auf WTO Appellate Body, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline (*US – Gasoline*), Report v. 29. April 1996, WT/DS2/AB/R, Rn. 22.

204 Hervorhebungen durch den Verfasser.

205 Vgl. Tietje/Finke/Dietrich, S. 35.

206 Vgl. De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 60.

207 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.803. Im englischen Originalwortlaut: „Panama agrees with Argentina that the academic literature has described the second sentence of the prudential exception as equivalent to a good faith obligation that requires a *rational relationship of means and ends between the measure taken and the prudential objective pursued*.“

dernisses eines *rationalen kausalen Zusammenhangs* („*rational relationship*“) zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem vorgebrachten aufsichtsrechtlichen Ziel auf, allerdings *ohne* dabei weiter auf die Erwägungen des Grundsatzes des „Good Faith“ bzw. „Chapeau“ (s.o. S. 142 f., Ziff. C.III.4.b)4)) einzugehen.

Ausgehend von dem englischen Originalwortlaut der Regelung „for prudential reasons“ („aus aufsichtsrechtlichen Gründen“ bzw. „aus Gründen seiner Aufsichtspflichten“) in Ziff. 2 lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL betonte das Panel die Bedeutung, die es der Verwendung des Wortes „for“ in der Formulierung „for prudential reasons“ beimaß und schlussfolgerte, dass dieses „einen rationalen Zusammenhang von Ursache und Wirkung zwischen der Maßnahme und dem aufsichtsrechtlichen Grund bezeichnet“. ²⁰⁸ Ein Mitgliedstaat, der sich zur Rechtfertigung einer Maßnahme auf den „Prudential Carve-Out“ beruft, muss daher nachweisen, dass in ihrer Gestaltung, Struktur oder Aufbau („design, structure or architecture“) ein rationaler kausaler Zusammenhang zwischen der betreffenden Maßnahme und dem angegebenen aufsichtsrechtlichen Grund besteht. Als zentralen Aspekt dieses rationalen kausalen Zusammenhangs bezeichnete das Panel die *Angemessenheit* („*adequacy*“) der Maßnahme im Hinblick auf den aufsichtsrechtlichen Grund, worunter es allerdings *nicht* die Berücksichtigung von *Verhältnismäßigkeitserwägungen* i.S.d. deutschen Rechtsverständnis (jedenfalls in Bezug auf Erforderlichkeit und Angemessenheit) verstand, sondern ob die Maßnahme dazu beiträgt, die *gewünschte Wirkung* zu erzielen, was nur von Fall zu Fall unter Berücksichtigung der Besonderheiten der jeweiligen Situation und des jeweiligen Rechtsstreits beurteilt werden kann. ²⁰⁹

In diesem Kontext ist hervorzuheben, dass das Panel das Erfordernis des rationalen kausalen Zusammenhangs als eigenständiges Tatbestandsmerkmal ²¹⁰ für die

208 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.891, dort auch zum folgenden Text. Im englischen Originalwortlaut: „Hence, it seems to us that the use of the word “for” in the phrase “measures for prudential reasons” denotes a *rational relationship of cause and effect between the measure and the prudential reason*. Thus, the Member taking the measure in question must demonstrate that in its design, structure or architecture there is a rational relationship of *cause and effect between the measure it seeks to justify under paragraph 2(a) and the prudential reason provided*. A central aspect of this rational relationship of cause and effect is the *adequacy of the measure to the prudential reason, that is, whether the measure, through its design, structure and architecture, contributes to achieving the desired effect*. Whether a measure has been taken “for prudential reasons”, that is, whether there is a rational relationship of cause and effect between the measure and the reason, can only be *determined on a case-by-case basis*, taking account of the particular characteristics of each situation and each dispute“. Vgl. ebenfalls Rn. 7.883, 7.889, 7.898, 7.905, 7.911, 7.938, 7.942.

209 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.891, 7.905, 7.911, 7.938, 7.942.

210 Systemisch ist daher die Behandlung des Merkmals des „rationalen kausalen Zusammenhangs im Zusammenhang mit der Diskussion des „Umgehungsverbots“ gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL nicht ganz korrekt. Aus Gründen der Darstellung der Rechtfertigung von aufsichtsrechtlichen Maßnahmen und der sich daraus ergebenden dogmatischen Konsequenzen für den Inhalt des „Umgehungsverbots“ wurde die Thematik an dieser Stelle behandelt.

Rechtfertigung einer Maßnahme über den „Prudential Carve-Out“ ansah und auf die gesonderte Frage, ob die gegenständlichen Maßnahmen gegen das Umgehungsverbot der Ziff. 2 lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verstießen, mangels Vorliegens eines solchen kausalen Zusammenhangs im konkreten Fall – und damit der nicht gegebenen Entscheidungserheblichkeit – nicht mehr einging.²¹¹

c) Stellungnahme: Inhalt des „Umgehungsverbots“ unter Berücksichtigung der Entscheidung Argentina – Financial Services und dem Grundsatz des „Chapeau“

Die Entscheidung des Panel in dem Verfahren *Argentina – Financial Services* wirft hinsichtlich des genauen Regelungsgehalts des „Umgehungsverbots“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL einige Fragen auf, die klärungsbedürftig erscheinen:

Ausgangspunkt dieser Überlegung ist die Einordnung des Erfordernisses eines „rationalen kausalen Zusammenhangs“ zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziel durch das Panel als *eigenständiges Tatbestandsmerkmal* des „Prudential Carve-Out“, welches systematisch nicht als Unterpunkt des „Umgehungsverbots“ geprüft wurde.

Auch leitete das Panel dogmatisch die Erforderlichkeit eines „rationalen kausalen Zusammenhangs“ *ausschließlich aus dem Wortlaut* der Vorschrift ab und ging nicht weiter auf eine Herleitung dieses Tatbestandsmerkmals aus der wirtschaftsvölkerrechtlich verankerten Pflicht zur Ausübung eines „Good Faith“ bzw. „Chapeau“ ein, obwohl sich eine solche rechtsdogmatisch gut begründen ließe und auch in der akademische Literatur vertreten wird (was wiederum als Tatsache von den beteiligten Parteien insoweit auch nicht in Zweifel gezogen wurde).

Die grundsätzliche Anwendbarkeit des „Chapeau“ im Rahmen des „Prudential Carve Out“ bzw. „Umgehungsverbots“ wurde durch das Panel wiederum offengelassen und jedenfalls nicht ausdrücklich verworfen. Allerdings wurde die Berücksichtigung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. VI GATS im Rahmen des „Prudential Carve Out“ vom Panel explizit abgelehnt und darüber hinaus auch nicht auf den Inhalt sowie die Voraussetzungen des „Umgehungsverbots“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL eingegangen.

Somit bestehen auch nach der Entscheidung des Panel im Fall *Argentina – Financial Services* noch insoweit ungeklärte Rechtsfragen. Im Prinzip verbleibt aber nach gegenwärtigem Stand *kein eigenständiger Anwendungsbereich mehr für das „Umgehungsverbot“*, wenn die Rechtsprechung des Panel, welche die Voraussetzungen des „rationalen kausalen Zusammenhangs“ bzw. der „Geeignetheit“ dogmatisch nicht beim „Chapeau“ bzw. „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verortet und die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach

211 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.945; WTO Appellate Body, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 14. April 2014, WT/DS 453/AB/R, Rn. 6.245.

Art. VI GATS kategorisch verneint, konsequent zu Ende gedacht würde. Hierfür hätte aber weder vom Gesichtspunkt der Rechtssystematik noch aus Gründen der tatsächlichen Anwendbarkeit eine zwingende Notwendigkeit bestanden:

Zunächst wird in der Literatur vielfach kein zwingender gegenseitiger Ausschluss zwischen den beiden Auslegungsmöglichkeiten, ob das „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL in Anlehnung an den „Chapeau“ des Art. XX GATT auszulegen ist oder eine Bezugnahme auf Art. VI Abs. 1 GATS enthält, angenommen, so dass einer parallelen und ergänzenden Anwendung dogmatisch keine Bedenken entgegenstehen würden.²¹²

Auch ließe sich gegenüber der Argumentation des Panel in Bezug auf die Nichterwähnung eines Verhältnismäßigkeitserfordernisses beim „Prudential Carve-Out“ einwenden, dass eine solche nicht mehr zwingend gesondert erforderlich ist, da im Rahmen des „Prudential Carve-Out“ ergriffene Maßnahmen als Gegenstand innerstaatlicher Regelungen naturgemäß in den Anwendungsbereich des Art. VI GATS fallen.²¹³

Wenn das „Umgehungsverbot“ auf eine Art und Weise ausgelegt wird, wie der „Chapeau“ des Art. XX GATT, mithin als ein Verbot von „willkürlicher und ungerechtfertigter Diskriminierung“ (und nicht als ein schrankenloses Erfordernis der Nicht-Diskriminierung),²¹⁴ dann besteht auch kein Konflikt zwischen den beiden Ansätzen und dieses liefe auf eine im Wesentlichen inhaltsgleiche Garantie wie bei Art. VI Abs. 1 GATS bzw. gegenseitige Ergänzung der Ansätze bei der Anwendung aufsichtsrechtlicher Maßnahmen hinaus. Diskriminierende Maßnahmen wären demnach nur dann WTO-Rechtskonform und kein Fall des von Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verbotenen Protektionismus, wenn kein milderes Mittel zur Verfügung stünde und der diskriminierende Charakter der Maßnahmen gerade *erforderlich* für die Erreichung des *beabsichtigten Zwecks* der Finanzmarktstabilität ist.²¹⁵

Jedenfalls ergibt sich nach jeglichen Interpretationsansätzen somit eine Auslegung des „Prudential Carve-Out“, die den Mitgliedern bei der Auswahl der aufsichtsrechtlichen Mittel einen großen Ermessensspielraum beließe.²¹⁶ Dieser findet seine Grenze dort, wo diese Mittel *ausschließlich oder hauptsächlich protektionistischen Zielen* dienen.²¹⁷ Das Vorliegen protektionistischer Ziele kann dabei angenommen werden, wenn die gewählten Mittel nicht zur Erreichung der mit ihnen beabsichtigten Ziele (etwa Einlegerschutz und Finanzmarktstabilität) geeignet oder angemessen sind.

212 Vgl. etwa Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474; Leroux, JWT 2002/3, S. 413, 430 f.; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 23 f.

213 Vgl. Obler, ZEuS 2002/2, S. 321, 355.

214 Vgl. De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 59.

215 Vgl. auch De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 61; von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635 f., Rn. 24, dort auch zum folgenden Text.

216 Vgl. von Bogdandy/Windsor, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635 f., Rn. 24, dort auch zum folgenden Text.

217 Vgl. auch De Meester, JIEL 2010/1, S. 27, 61; Wang, in: Alexander/Andenas (Hrsg.), S. 601, 605.

Soweit man dennoch der Rechtsprechung des Panel im Fall *Argentina – Financial Services* folgen sollte und die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nach Art. VI GATS unter Verweis auf das Wortlautargument ablehnt, verbleibt aber immer noch Raum für die Berücksichtigung von Erwägungen des „Good Faith“ bzw. „Chapeau“, die vom Panel im Rahmen des „Prudential Carve-Out“ nicht explizit ausgeschlossen wurde.

Gegen eine entsprechende Anwendung der zu dem „Chapeau“ von Art. XX GATT entwickelten Grundsätze auf den „Prudential Carve-Out“ werden von *einer Ansicht* aus Gründen des unterschiedlichen Wortlautes der beiden Regelungen dogmatische Bedenken angeführt sowie angezweifelt ob den Streitschlichtungsorganen der WTO ein derartig großer Einfluss auf die Auslegung des „Prudential Carve-Out“ zugebilligt werden sollte.²¹⁸

Insgesamt ist diese Ansicht aber als *zu formalistisch geprägt abzulehnen*: Auch wenn der Wortlaut der beiden Regelungen Abweichungen aufweist, finden sich doch genug inhaltliche Parallelen, um von einer im Wesentlichen gleichen Zielrichtung auszugehen. Zudem handelt es sich bei dem „Chapeau“ nach einhelliger Ansicht um eine Ausprägung des allgemeinen völkerrechtlichen Grundsatzes des „Good Faith“ bzw. „Abus des Droit“, der auch dem Wortlaut der Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL entnommen werden kann, ohne diesen zu überstrapazieren.²¹⁹

Somit kann festgehalten werden, dass das Panel „ohne dogmatische Not“ den Anwendungsbereich des „Umgehungsverbots“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verengt und gleichzeitig die Gelegenheit ausgelassen hat, diesbezüglich für Rechtsklarheit, insbesondere auch im Hinblick auf die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes sowie des „Chapeau“ bzw. „Good Faith“ zu sorgen. So ist Entscheidung des Panel im Fall *Argentina – Financial Services* vor allem politisch motiviert zu sehen, um eine potentiell heikle Diskussion dieser Punkte sowie allgemein des Inhalts des „Umgehungsverbots“ zu umgehen.

Es bleibt abzuwarten, ob die WTO-Streitschlichtungsorgane diese dogmatisch verengte Rechtsprechung in Zukunft aufrechterhalten werden oder ob nicht zumindest das Erfordernis der „Geeignetheit“ bzw. des „rationalen kausalen Zusammenhangs“ systematisch beim „Umgehungsverbot“, ggfls. unter Bezugnahme auf den „Chapeau“, verortet wird. Dies wäre dogmatisch konsequent und würde in erheblichem Maße zur Rechtsklarheit beitragen, zumal wie hier ausgeführt, bei konsequenter Anwendung der genannten Rechtsgrundsätze weiterhin ein ausreichender Spielraum für die WTO-Mitglieder für Maßnahmen zur Verfolgung aufsichtsrechtlicher Ziele verbleiben würde. Zu bedenken ist, dass die in diesem Verfahren gegenständlichen mitgliedstaatlichen Maßnahmen „lediglich“ regulatorischen Charakters waren (wenngleich zumindest in Bezug auf die Einbeziehung der „Rules of Conduct“ eine sinnvolle und richtige Klarstellung erfolgte) und daher in einem Fall, der

218 So *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 35, siehe dort auch im Einzelnen bzgl. der vorgebrachten dogmatischen Bedenken.

219 Vgl. zu entspr. Nachw.: Fn. 195.

„Bail-Out“-Maßnahmen und deren Rechtfertigung betreffen würde, vielleicht eine Entscheidung anders ausfallen würde.

d) Anwendung auf „Bail-Out-Packages“

1) Unterschiedslose Anwendung auf Finanzdienstleistungsunternehmen

„Bail-Out-Packages“, die vorsehen, dass von ihren Maßnahmen – seien diese präventiv-regulatorischer Art oder Rettungsmaßnahmen in Form von Beihilfen – sowohl inländische als auch ausländische Finanzdienstleistungsunternehmen erfasst sind und daher keine „ungerechtfertigte Diskriminierung“ darstellen (i.e. nicht protektionistischen Zielen dienen),²²⁰ werden i.d.R. diesbezüglich keinen WTO-rechtlichen Bedenken begegnen.

2) Protektionistische/Diskriminierende Rettungsmaßnahmen

Problematischer hingegen sind „Bail-Out-Packages“, bei denen WTO-Mitglieder bezüglich des Zugangs zu Rettungsmaßnahmen nach der Herkunft des potenziellen Leistungsempfängers differenzieren und diese nur „einheimischen“ – also solche mit mehrheitlich inländischen Anteilseignern – Finanzdienstleistungserbringern zur Verfügung stellen möchten.

Solche Maßnahmen müssen sich an dem „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL messen lassen; bei einem Verstoß gegen dessen Voraussetzungen wären diese Maßnahmen nicht mehr von dem „Prudential Carve-Out“ erfasst und würden folglich einen Verstoß gegen die Verpflichtungen des Mitglieds, insbes. zu Inländerbehandlung gem. Art. XVII GATS²²¹ darstellen, wenn nicht das Mitglied einen entsprechenden Vorbehalt in seiner Liste spezifischer Verpflichtungen erklärt hat. Ob ein Verstoß gegen das Umgehungsverbot vorliegt, ist im Einzelfall mit einer *schwierigen Abwägungsentscheidung*²²² verbunden:

- 1) Ein Argument für solche Maßnahmen könnte darin bestehen, dass der Grundgedanke sowohl der Anlage 1 FDL als auch des Understanding on Commitments in Financial Services eine Auslegung dahingehend nahelegt, dass WTO-Mitglieder keine Verantwortlichkeit trifft, eine „Bail-Out“-Maßnahme in Form von letzten Finanzierungsmöglichkeiten („lender of last resort facilities“) zugunsten von ausländischen Banken vorzunehmen, die in ihrem Hoheitsgebiet eine Geschäftstätigkeit ausüben.²²³ Demnach würde die Verantwortung für die Rettung von ausländischen Tochtergesellschaften nicht bei den WTO-Mitgliedern liegen, in dem diese tätig sind, sondern bei den Staaten, in dem die jeweilige Muttergesellschaft ihren Sitz hat.

220 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.

221 Eine entsprechende spezifische Verpflichtung des Mitglieds vorausgesetzt.

222 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474.

223 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 474, dort auch zum folgenden Text.

Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass es sich bei in ausländischem Eigentum stehenden Tochterunternehmen um von der Muttergesellschaft selbstständige Geschäftseinheiten handelt.²²⁴ Diese sind an die Lizenzierungsanforderungen des Staates, in dem sie tätig sind, gebunden und unterliegen zudem auch der Aufsicht durch die Regulierungsbehörden dieses Staates.

Dem in diesem Zusammenhang oft angeführten Risiko, dass ausländischen Banken versucht sein könnten, Rettungsmaßnahmen anderer Staaten und dabei insbesondere deren Garantieregelungen dazu zu nutzen, um zur eigenen Entlastung toxische Vermögenswerte an ihre ausländischen Tochtergesellschaften zu transferieren, kann dadurch begegnet werden, dass diese Tochtergesellschaften dem aufsichtsrechtlichen Geltungsbereich der die Rettungsmaßnahmen durchführenden Staaten unterliegen, welche die Übertragung von Vermögenswerten von der ausländischen Muttergesellschaft auf die Tochtergesellschaften überwachen und beschränken können.²²⁵

- 2) Im Lichte der Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* wird sich der Ansatz, im Zusammenhang mit dem „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL Erwägungen der „Erforderlichkeit“ bzw. des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes zu berücksichtigen – trotz dogmatisch überzeugender Argumente – in der Praxis nicht mehr aufrechterhalten lassen. Soweit aber in der Literatur²²⁶ bereits vor dieser Rechtsprechung gefordert worden war, dass der handelnde Staat darlegen können muss, warum dem von ihm verfolgten Zweck, also i.d.R. dem Schutz von Einlegern und der Finanzmarktstabilität, *gerade durch die diskriminierende Natur der Maßnahmen gedient wäre*, da andernfalls die in Frage stehende Maßnahmen nicht geeignet zur Verwirklichung des mit ihr verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziels wären,²²⁷ ergeben sich durch das vom Panel dargelegte Erfordernis eines rationalen kausalen Zusammenhangs („rational relationship“) vergleichbare²²⁸ praktische Konsequenzen:

Aufgrund der eigentümlichen Charakteristiken des Bankenmarktes ist dieser geprägt durch vielfältige Verflechtungen zwischen den auf einem nationalen Markt (und über diesen hinausgehend) operierenden Finanzinstituten mit einem starken Grad an gegenseitiger Abhängigkeit bei der Kreditvergabe und

224 *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499, dort auch zum folgenden Text.

225 *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499 f.

226 Vgl. *von Bogdandy/Windsor*, in: Wolfrum/Stoll/Feinäugle (Hrsg.), S. 635, Rn. 24; *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61 f. A.A. *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 36.

227 Ansonsten würde ein Verstoß gegen das „Umgehungsverbot“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL wegen des Verfolgens reiner protektionistischer Ziele vorliegen, da das betreffende WTO-Mitglied nicht darlegen könnte, dass es das geltend gemachte aufsichtsrechtliche Ziel mit diesen Maßnahmen *tatsächlich und ernsthaft* verfolgt.

228 Wenn auch dogmatisch anders verortet, da das Panel ohne genauere Darlegung von Gründen dieses Erfordernis als eigenständiges Tatbestandsmerkmal des „Prudential Carve-Out“ und nicht im Rahmen des „Umgehungsverbots“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL behandelt, womit im Ergebnis ein eigenständiger Anwendungsbereich des „Umgehungsverbots“ abgeschnitten wird, vgl. S. 145 ff., Ziff. C.III.4.c).

Sicherstellung von Liquidität. Hinzu kommt ein oft von irrationalen, stark an mehr oder weniger „diffusen“ Kriterien des Vertrauens geleitetes Verhalten der Bankkunden. Ein nach Nationalität diskriminierendes Verhalten, welches ausländische Banken, die in dem jeweiligen WTO-Mitgliedstaat eine kommerzielle Präsenz unterhalten, von den Hilfsmaßnahmen ausschließt, könnte theoretisch nur dann vom „Prudential Carve-Out“ erfasst sein, wenn diesen ausländischen Banken ein geringeres Maß an systemischer Relevanz zukommt als begünstigten inländischen Banken, was nur sehr selten der Fall sein wird.²²⁹ Maßnahmen, die nach der Nationalität des Finanzdienstleistungsunternehmens, etwa anhand der Herkunft seiner Anteilseigner, diskriminieren, werden daher i.d.R. schon *nicht geeignet sein*, die mit ihnen verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziele zu verwirklichen und es damit am Vorliegen eines rationalen kausalen Zusammenhangs („rational relationship“) zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem vorgebrachten aufsichtsrechtlichen Ziel fehlen lassen. Solche Maßnahmen würden daher einen bloßen Protektionismus einheimischer Finanzdienstleistungserbringer darstellen.²³⁰ Auf die Stabilität des Finanzsystems haben sie hingegen keinen positiven Effekt: Sie tragen durch eine Untergrabung des Vertrauens von Konsumenten und Finanzmarkt in die nicht unterstützten „ausländischen“ Finanzinstitute zu deren erhöhter Anfälligkeit bei.²³¹ Aus Gründen der Aufsichtspflicht bzw. Vorsorge würde es daher eine viel sinnvollere und effektivere Maßnahme zur Verwirklichung der angestrebten aufsichtsrechtlichen Ziele darstellen, wenn die Garantien/Beihilfemaßnahmen auch auf ausländische Banken ausgedehnt würden.²³² Ansonsten bleiben diese Maßnahmen ohne positive Auswirkungen auf die gesamtwirtschaftliche Lage und Stabilität des Finanzsystems und stellen im Ergebnis lediglich einen Protektionismus zugunsten einheimischer Finanzinstitute dar.²³³ Folglich erscheint die Schlussfolgerung konsequent, dass bei solchen Maßnahmen der erforderliche *rationale kausale Zusammenhang* zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem vorgebrachten aufsichtsrechtlichen Ziel *nicht erfüllt ist*.

- 3) Auch wenn laut Rechtsprechung des Panel in dem Fall *Argentina – Financial Services* der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit als solcher im Rahmen des „Prudential Carve-Out“ nicht anwendbar ist, wurde wiederum die grundsätzliche Anwendbarkeit des „Chapeau“ offengelassen und jedenfalls nicht

229 Vgl. auch *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61.

230 Vgl. *De Meester*, JIEL 2010/1, S. 27, 61 f.; *De Meester*, JIEL 2008/3, S. 609, 644. Vgl. zur Frage inwieweit das Finanzsystem von Entwicklungsländern von protektionistischen Maßnahmen zugunsten von einheimischen Finanzinstituten profitieren könnte (was i.E. aber als bestenfalls ungewiss angesehen wird): *Tietje/Finke/Dietrich*, S. 13 f., 21.

231 Vgl. *Sumar/Sutter/van der Ven*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 499.

232 Vgl. *Herrmann*, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 473.

233 Siehe etwa die Beispiele bei *van Aaken/Kurtz*, in: Evenett/Hoekman/Cattaneo (Hrsg.), S. 53, 55 f., wo in einigen Ländern infolge der Bevorzugung einheimischer Finanzinstitute bei Garantieregelungen ein Abzug der Einlagen von ausländischen Banken mit Übertragung zu den einheimischen Banken stattfand.

ausdrücklich verworfen.²³⁴ Da nach überzeugender Ansicht zwischen dem „Verhältnismäßigkeitsgrundsatz“ sowie dem „Chapeau“ kein sich gegenseitig ausschließendes dogmatisches Verhältnis besteht, bleibt damit auch in Zukunft noch ein gewisser Spielraum für die Berücksichtigung von mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vergleichbaren Erwägungen bei der Auswahl der aufsichtsrechtlichen Maßnahmen.

Solange allerdings das Verhältnis zwischen dem Anwendungsbereich des „Umgehungsverbots“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL sowie des „Chapeaus“ durch die WTO-Streitschlichtungsorgane ungeklärt bleibt, wird diesbezüglich erhebliche Rechtsunsicherheit bestehen.

- 4) Weiterhin stellt sich im Zusammenhang mit der Geeignetheit der Maßnahmen (und auch dem allerdings vom Panel verworfenen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit) die Frage, inwieweit ein *zeitliches Element* bezüglich der getroffenen Maßnahmen zu berücksichtigen ist: Es sprechen überzeugende Gründe dafür, dass selbst eine grundsätzlich zulässige diskriminierende Maßnahme *nur so lange aufrechterhalten* werden darf, wie das aufsichtsrechtliche Ziel dies erforderlich macht.²³⁵ Nach dieser Ansicht erfüllen Maßnahmen, die nicht eingestellt werden, sobald die krisenbedingten Auswirkungen soweit abgeklungen sind, dass die Wirtschaft des WTO-Mitglieds sich ausreichend erholt hat und die Stabilität des Finanzsystems nicht mehr gefährdet ist, nicht mehr ihren Zweck und stellen eine Umgehung der Verpflichtungen eines Mitglieds, insbesondere zur Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS, dar.

Allerdings hat das Panel in seiner Entscheidung *Argentina – Financial Services* diesbezüglich einen einschränkenden Ansatz vertreten: Die Argumentation Panamas, dass „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ („Prudential Measures“) ihrer Natur nach „übergangsweise, provisorisch oder kurzfristig“ sein müssten, lehnte das Panel ab, da dieser Begriff zum einen in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL, der hingegen von „aus Gründen der Aufsichtspflicht ergriffene Maßnahmen“ („measures for prudential reasons“) spricht, keine Verwendung findet.²³⁶ Neben diesem sehr formalistischen Argument verwies das Panel zum anderen darauf, dass sich seiner Auffassung nach aus der gewöhnlichen Bedeutung der Worte „Prudential Measures“ keine zeitliche Begrenzung entnehmen ließe, weder in Bezug auf die „Gründe“ noch auf die „Maßnahmen“.

Allerdings relativierte das Panel diese Aussagen, die sich vermeintlich dahingehend interpretieren ließen, dass dem „Prudential Carve-Out“ keine zeitliche Grenze für die auf seiner Grundlage ergriffenen Maßnahmen innewohnen

234 Vgl. hierzu sowie zum folgenden Text: S. 145 ff., Ziff. C.III.4.c).

235 Vgl. Herrmann, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 465, 472; Sumar/Sutter/van der Ven, in: Herrmann/Krajewski/Terhechte (Hrsg.), S. 493, 500, dort auch zum folgenden Text.

236 Vgl. WTO Panel, *Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (Argentina – Financial Services)*, Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.890: „Firstly, we recall that, as indicated earlier, the expression "prudential measures" does not appear as such in paragraph 2(a), since that paragraph refers to "measures for prudential reasons". Vgl. dort auch zum folgenden Text.

würde (was im Übrigen bereits wegen der vom Panel in dieser Entscheidung betonten Notwendigkeit eines „rationalen kausalen Zusammenhangs“ zwischen der betreffenden Maßnahme, und dem angegebenen aufsichtsrechtlichen Ziel zweifelhaft erschiene):

Zwar hielt das Panel fest, dass selbst wenn man davon ausgehen würde, dass der Anwendungsbereich des „Prudential Carve-Out“ auf Situationen „unmittelbarer Gefahr“ („imminent danger“) beschränkt wäre, eine solche Situation dauerhafte Maßnahmen erfordern kann, um zu verhindern, dass sich ähnliche Situationen in Zukunft wiederholen.²³⁷ Im Folgenden betonte es aber, dass die *Natur der Situation, die ein bestimmtes aufsichtsrechtliches Ziel bedroht, ausschlaggebend ist für die Natur der zu ergreifenden Maßnahme*: Daher kann es sich bei den in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL vorgesehenen Maßnahmen um dringende Maßnahmen zur Bewältigung eines unmittelbar drohenden Risikos, *um vorübergehende oder vorläufige Maßnahmen oder sogar um ständige (oder dauerhafte) Maßnahmen* handeln, die selbst dann getroffen werden könnten, wenn keine unmittelbare Gefahr für die in Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL genannten Motive oder Gründe bestehen würde.

Auch wenn diese Fragestellung für das gegenständliche Verfahren nicht entscheidungserheblich war, so dass konkrete einzelfallbezogene Ausführungen dazu ausblieben, so lässt sich dennoch die Schlussfolgerung ziehen, dass selbst wenn nach Ansicht des Panel die ergriffenen Maßnahmen nicht zwangsläufig kurzfristig oder übergangsweise sein müssen, dennoch ein *kausaler Zusammenhang zwischen konkreter Situation, betroffenem aufsichtsrechtlichem Ziel und ergriffener Maßnahme bestehen muss*.²³⁸ Im Ergebnis dürfte dies bereits auf die von den Vertretern der Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes dargelegten Grundsatz hinauslaufen, dass die ergriffenen Maßnahmen nur so lange aufrechterhalten werden dürfen, wie das aufsichtsrechtliche Ziel dies konkret erfordert, wobei die zulässige Länge und Dauerhaftigkeit der Maßnahmen stark von den Umständen des Einzelfalls abhängen wird.

3) Regulatorische Maßnahmen

Während diskriminierende „Bail-Out“-Maßnahmen in der Regel gegen Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verstoßen, ist bei präventiv-regulatorischen Maßnahmen eine differenzierende Betrachtungsweise angebracht. Denkbar sind hier als mögliche Maßnahmen etwa Mindestkapitalreserven oder Aufenthaltspflichten für Manager.²³⁹

237 Vgl. WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.890, dort auch zum folgenden Text.

238 Vgl. hierzu auch WTO Panel, Argentina – Measures Relating to Trade in Goods and Services (*Argentina – Financial Services*), Report v. 30. September 2015, WT/DS453/R, Rn. 7.891.

239 Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84.

Verschiedene WTO-Mitglieder haben derartige regulatorische Anforderungen auch ohne vorherige Beschränkung in ihren Verpflichtungslisten unter Berufung auf den „Prudential Carve-Out“ getroffen,²⁴⁰ wozu sie nach der hier vertretenen Ansicht grundsätzlich auch berechtigt sind, da der „Prudential Carve-Out“ insoweit als Rechtfertigungsgrund fungiert.

Allerdings sind Mindestkapitalanforderungen, die zwischen inländischen und ausländischen Finanzdienstleistungsunternehmen zu Lasten letzterer diskriminieren wohl wiederum nur als Vorwand für handelsbeschränkende und protektionistische Maßnahmen einzustufen, da solche Maßnahmen zum Schutze von Einlegern und der Integrität und Stabilität des Finanzsystems nicht geeignet sind.

D. Zusammenfassung und Ausblick

Grundsätzlich stellt die WTO-Rechtsordnung in Bezug auf Finanzdienstleistungen ein geeignetes Regime dar, um diese vor Protektionismus und Diskriminierung zu schützen, während gleichzeitig das legitime Interesse der WTO-Mitglieder auf einen ausreichenden flexiblen Spielraum für aufsichtsrechtliche Maßnahmen berücksichtigt bleibt. Ein grundsätzliches, dem GATS systemimmanentes, Problem stellt der gewählte Listenansatz und die daraus resultierende flexible Gestaltung der Liberalisierungszusagen im Finanzdienstleistungsbereich dar, der im Ergebnis zu einer starken Fragmentierung und Unübersichtlichkeit der Rechtslage führt.²⁴¹ Als besonders sensibler Sektor sind die Finanzdienstleistungen hiervon in hervorgehobenem Maße betroffen, da sich viele Mitglieder einen umfangreichen Regelungsspielraum vorbehalten wollen.

Soweit sich ein Mitglied allerdings zu einer möglichst weitgehenden Liberalisierung seines Finanzdienstleistungssektors (überwiegend) ohne Beschränkungen verpflichtet hat, verbleibt ihm mangels einschlägiger Ausnahmenormen des GATS nur noch ein sehr eingeschränkter Spielraum für protektionistische Maßnahmen. In Frage kommen hierfür nur Sec. C. 1. des Understanding und der „Prudential Carve-Out“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL.

Soweit es sich um Rekapitalisierungsregelungen und sonstige Finanzspritzen handelt, ist nach Sec. C. 1 letzter Satz des Understanding ein WTO-Mitglied nicht dazu verpflichtet, ausländischen Finanzdienstleistungserbringern den Zugang zu den für „Notfälle vorgesehenen letzten Finanzierungsmöglichkeiten“ („lender of last resort facilities“) zu gewähren. Alle anderen Maßnahmen, also etwa Garantien zur Einlagensicherung, unterfallen weiterhin der Verpflichtung zur Inländerbehandlung.

Darüber hinaus besteht für ein WTO-Mitglied trotz einer Verpflichtung zu einer umfassenden Liberalisierung seines Finanzdienstleistungssektors die Möglichkeit, über den „Prudential Carve-Out“ gemäß Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL, „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ zu treffen.

²⁴⁰ Vgl. *Kampf*, in: Grabitz/Hilf (Hrsg.), E 26, Rn. 84.

²⁴¹ Vgl. etwa *Ohler*, ZEuS 2002/2, S. 321, 360: „An Atomisierung grenzende Zersplitterung der einzelnen Liberalisierungspflichten“.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der „Prudential Carve-Out“ gem. Ziff. (2) lit. a) Anlage 1 FDL nicht das einfache Instrument für WTO-Mitglieder ist, ihre einheimischen Banken im Rahmen von „Bail-Out-Packages“ bevorzugt zu behandeln, als welches es auf den ersten Blick erscheint. Diese Norm ist mit einer Reihe offener Rechtsfragen behaftet, von denen zwar in Bezug auf einige davon durch die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services* ein gewisses Maß an Klarheit geschaffen werden konnte, während wiederum andere weiterhin offen blieben. Zudem wurden dort neue Fragen aufgeworfen, die weiterhin einer Klärung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane warten.

Zwar stellt der „Prudential Carve-Out“ eine Norm dar, welche es den Mitgliedstaaten erlaubt, Maßnahmen zu treffen, die gegen ihre Verpflichtungen aus dem GATS verstoßen, ohne dass zuvor ein entsprechender Vorbehalt in den Listen gem. Art. XX GATS erklärt wurde, da der „Prudential Carve-Out“ diesbezüglich eine Ausnahmeregelung bzw. Rechtfertigungsgrund/„Schranke“ ist. Auch scheinen die in Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL beispielhaft aufgezählten „aufsichtsrechtlichen Gründe“ für eine Rechtfertigung diskriminierender Maßnahmen zu sprechen.

Allerdings ist in einem erheblichen Umfang *umstritten, welchen genauen Inhalts der Begriff der „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen“ („Prudential Measures“) ist.*

Aufgrund der Entscheidung der WTO-Streitbeilegungsorgane in dem Fall *Argentina – Financial Services* besteht zumindest Klarheit, dass „Conduct of Business rules“ bzw. „Rules of Conduct“ vom Begriff der „aufsichtsrechtlichen Maßnahmen“ erfasst sind, wobei schon zuvor die überzeugenderen Argumente dies nahelegten. Darüber hinausgehend ist jedoch weiterhin höchst unklar, ob mit dem Begriff „aufsichtsrechtliche Maßnahmen“ nur präventiv-regulatorische Maßnahmen, die den Finanzdienstleistungsunternehmen Pflichten wie beispielsweise Mindestkapitalanforderungen auferlegen, gemeint sind oder auch Subventionen/Rettungsmaßnahmen, wie beispielsweise in „Bail-Out-Packages“.

Nach der hier vertretenen Auffassung können sich WTO-Mitglieder auf den „Prudential Carve-Out“ gem. Ziff. (2) S. 1 lit. a) Anlage 1 FDL berufen, um sowohl präventiv-regulatorische Maßnahmen als auch Rettungsmaßnahmen/Subventionen entgegen ihren eingegangenen Verpflichtungen – insbesondere der Inländerbehandlung nach Art. XVII GATS – zu ergreifen, selbst wenn sie nicht zuvor einen entsprechenden Vorbehalt in ihren Listen gem. Art. XX GATS erklärt haben. Dies schließt grundsätzlich auch das Recht zu diskriminierenden aufsichtsrechtlichen Maßnahmen ein.

Die Möglichkeit für die Mitglieder zur Rechtfertigung von Verstößen gegen GATS-Verpflichtungen durch den „Prudential Carve-Out“ besteht allerdings *nicht schrankenlos*: Zwar scheidet eine entsprechende Anwendung des Kriteriums der „Erforderlichkeit“ bzw. „Notwendigkeit“ gem. Art. XIV GATS und Art. XIVbis GATS im Rahmen des „Prudential Carve-Out“ nach Ziff. (2) lit. a) S. 1 Anlage 1 FDL – wie von den WTO-Streitbeilegungsorganen im Fall *Argentina – Financial Services* bestätigt – aus systematischen Gründen aus. Grundsätzlich setzt das „Umgehungsverbot“ gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL

dem „Prudential Carve-Out“ nach der eigentlich vorgesehenen Regelungssystematik Grenzen. Diese Regelung, wonach solche Maßnahmen „nicht als Mittel zur Umgehung der Verpflichtungen oder Pflichten eines Mitglieds“ benutzt werden dürfen, wird als Ausprägung des völkerrechtlichen Grundsatzes des „Good Faith“ in vergleichbarer Weise wie die Präambel des Art. XX GATT („Chapeau“) verstanden, wobei nach überzeugender Ansicht Erwägungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit gem. Art. VI Abs. 1 GATS ebenfalls Berücksichtigung finden können. Im Ergebnis würden demnach solche Maßnahmen gegen dieses „Umgehungsverbot“ verstoßen, die ausschließlich oder hauptsächlich protektionistischen Zielen dienen.

Allerdings haben die WTO-Streitbeilegungsorganen im Fall *Argentina – Financial Services* die Gelegenheit verpasst, den Anwendungsbereich und Regelungsgehalt des „Umgehungsverbots“ gem. Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL zu klären und diese Norm durch systematisch fragwürdige Auslegung praktisch ohne eigenen Anwendungsbereich gelassen.

Durch das *vermeintlich neue Tatbestandsmerkmal* des „rationalen kausalen Zusammenhangs“ zwischen der ergriffenen Maßnahme und dem verfolgten aufsichtsrechtlichen Ziel eröffnet sich indes die Möglichkeit, Anforderungen an die Maßnahmen zu berücksichtigen, welche zuvor unter dem Gesichtspunkt der „Geeignetheit“ diskutiert wurden: Maßnahmen, die typischerweise Gegenstand von „Bail-Out-Packages“ sind, wie etwa Garantien oder Rekapitalisierungen, werden in der Regel diskriminierungsfrei gewährt werden müssen. Zwar können diese von WTO-Mitgliedern im Grundsatz bevorzugt an inländische Finanzdienstleistungsunternehmen gewährt werden, doch sind solche Maßnahmen aus Gründen der Eigenheiten des Finanzmarktes und der systemischen Relevanz *in der Regel nicht geeignet* (und weisen mithin nicht den erforderlichen „rationalen kausalen Zusammenhang“ auf), um zur Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems beizutragen und damit im Ergebnis bloße protektionistische Maßnahmen zugunsten inländischer Banken. Das Gleiche gilt für Maßnahmen, die auf den Schutz von Einlegern, Investoren etc. ausgerichtet sind, denn Gründe für eine Differenzierung zwischen Banken mit Präsenz im Inland anhand der Teilhaberstruktur der jeweiligen Banken sind nicht ersichtlich, da dies im Ergebnis in einer Diskriminierung der inländischen Einleger resultieren würde, was dem Zweck des Einlegerschutzes zuwiderläuft.

Auch regulatorische Maßnahmen wie Mindestkapitalanforderungen sind grundsätzlich durch den „Prudential Carve-Out“ abgedeckt, doch wird eine diskriminierende Anwendung solcher Maßnahmen ebenfalls gegen das „Umgehungsverbot“ aus Ziff. (2) lit. a) S. 2 Anlage 1 FDL verstoßen und im Ergebnis ausschließlich oder hauptsächlich protektionistischen Zielen dienen, da sachliche Gründe für eine Differenzierung im Interesse der Ziele des Schutzes der Anleger und der Sicherung der Integrität und Stabilität des Finanzsystems nicht ersichtlich sind. Eine andere Betrachtungsweise kann bei Maßnahmen wie Aufenthaltspflichten für Manager der mit „Bail-Out-Packages“ unterstützten ausländischen Banken angebracht sein, um auf diese Weise das „moralische Risiko“ zu begrenzen.

Ob sich darüber hinaus aus dem völkerrechtlichen Grundsatz des „Good Faith“ bzw. des „Chapeau“ noch weitere Anforderungen ergeben, die Rahmen des „Um-

gehungsverbots“ gem. Ziff. (2) lit. a) S.2 Anlage 1 FDL berücksichtigt werden könnten, wurde vom Panel in dem Fall *Argentina – Financial Services* zwar nicht ausgeschlossen, doch wird diese – wie auch weitere noch offene – Frage(n) vorbehaltlich weiterer Streitbeilegungsverfahren, vorläufig ungeklärt bleiben.

Die mangelnde Bereitschaft der WTO-Mitglieder, WTO-Streitbeilegungsorgane anzurufen, lässt dies aber als eher unwahrscheinlich erscheinen und führte dazu, dass es bezüglich von Reichweite und Inhalt des „Prudential Carve-Out“ lange Zeit an jeglicher Klarstellung durch die WTO-Streitbeilegungsorgane fehlte. Selbst im Zuge der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009, welche eine Fülle an entsprechenden nationalen Maßnahmen zugunsten des Finanzsektors mit sich brachte, blieb die Anrufung der Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* ein Einzelfall. Der Eindruck kann daher nicht vermieden werden, dass vielen WTO-Mitgliedern die Unklarheit bei Definition und Grenzen der vom „Prudential Carve-Out“ erfassten Maßnahmen willkommen, wenn nicht sogar von ihnen befördert ist, um sich einen möglichst großen Handlungsspielraum zu erhalten.²⁴² Gewisse unklare und zweifelhafte Ausführungen der WTO-Streitbeilegungsorgane im Fall *Argentina – Financial Services* sind wohl auch vor diesem Hintergrund zu sehen. Dennoch zeigt sich darin weniger eine Schwäche der Regelungskonzeption der WTO-Rechtsordnung zum Dienstleistungsrecht im Allgemeinen und zu Finanzdienstleistungen im Besonderen, sondern eher eine der Praxis der Mitglieder. Insofern wäre ein spezielles Übereinkommen zu Subventionen im Dienstleistungsbereich, wie es in Form des ASCM zum Warenhandel existiert, zwar übersichtlichkeitshalber wünschenswert, aus reinen Rechtserwägungen aber keinesfalls unerlässlich.

Die angeführten Probleme im Zusammenhang mit der WTO-Rechtsordnung für Finanzdienstleistungen werden indes auf Dauer nur über eine Harmonisierung sowohl der Liberalisierungszusagen – zuvorderst der Meistbegünstigungspflicht und der Inländerbehandlung – als auch einer Harmonisierung aufsichtsrechtlicher Bestimmungen und innerstaatlicher Regulierung zu lösen sein. Das GATS selber, das auf den Abbau nationaler Handelshemmnisse abzielt, ohne gleichzeitig Standards für eine Harmonisierung anzubieten,²⁴³ kann dies nicht leisten. Insbesondere ein vergleichbares Beihilferegime wie das der EU, welches eine Verhinderung von Wettbewerbsverfälschungen und Subventionswettläufen bei gleichzeitiger effektiver Bereitstellung von Rettungsmaßnahmen für Finanzinstitute gewährleistet, existiert im WTO-Maßstab nicht.²⁴⁴ Somit besteht immer die Möglichkeit, dass gewisse Staaten (insbesondere außerhalb der EU) diese Lücke der internationalen Wirt-

242 Beispielsweise ist während der Finanz- und Wirtschaftskrise 2008/2009 die Unterstützung von ausländischen Finanzinstituten durch „Bail-Out-Packages“ auch von Seiten von WTO-Mitgliedern, die keine formelle *de jure*-Diskriminierung vornahmen, die absolute Ausnahme geblieben und nur in wenigen Einzelfällen erfolgt (Vgl. die Nachw. bei *van Aaken/Kurtz*, JIEL 2009/4, S. 859, 865 f.; *van Aaken/Kurtz*, in: *Evenett/Hoekman/Cattaneo* (Hrsg.), S. 53, 64 ff.; *Petrovic/Tutsch*, ECB Legal Working Paper No. 8.

243 *Hernekamp*, in: *Hilf/Oeter* (Hrsg.), § 21, Rn. 16.

244 Vgl. *Herrmann*, WiVerw 2010/1, S. 36, 46, dort auch zum folgenden Text.

schaftsverfassung nutzen, um ihrer Finanzindustrie einen Vorteil zu verschaffen und damit auch die Bemühungen anderer Staaten und multilateraler Organisationen um Gewährleistung gleicher Wettbewerbsbedingungen im Finanzdienstleistungsbereich konterkarieren. Ob in absehbarer Zeit hinsichtlich der Einführung einheitlicher internationaler aufsichtsrechtlicher Maßnahmen und Standards für Finanzdienstleistungen ein Fortschritt zu erwarten ist, erscheint angesichts des Beispiels der 2001 begonnenen und seit 2017 faktisch eingestellten Doha-Runde („Doha Development Agenda“ – DDA) mit ihrer über einen längeren Zeitraum ergebnislos gebliebenen Reformdiskussion zweifelhaft.²⁴⁵

Bibliographie

- VAN AAKEN, ANNE; KURTZ, JÜRGEN, *Part I Chapter 5 Can International Economic Law Constrain Protectionism?*, in: Evenett, Simon J.; Hoekman, Bernard M.; Cattaneo, Olivier (eds.), *Effective Crisis Response and Openness: Implications for the Trading System*, 1st edition, London, 2009, S. 53–72
- VAN AAKEN, ANNE; KURTZ, JÜRGEN, *Prudence or Discrimination? Emergency Measures, the Global Financial Crisis and International Economic Law*, *Journal of International Economic Law*, 2009, Vol. 12(4), S. 859–894
- ALEXANDER, KERN, *Chapter Fifteen The GATS and Financial Services: Liberalisation and Regulation in Global Financial Markets*, in: Alexander, Kern; Andenas, Mads (eds.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 561–600
- BARTH, DIETRICH, *Das Allgemeine Übereinkommen über den internationalen Dienstleistungshandel (GATS)*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 1994, S. 455–460
- BÄUMLER, JELENA, 131a. WTO, in: Krenzler, Horst Günter; Herrmann, Christoph; Niestedt, Marian (Hrsg.), *EU-Außenwirtschafts und Zollrecht*, 23. Ergänzungslieferung, München, 2024
- BEINERT, DIETER; BURMEISTER, FRANK; TRIES, HERMAN-JOSEF, *Mergers and Acquisitions in Germany*, 1st edition, München, 2009
- BERRISCH, GEORG, *B.I.1. Das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994)*, in: Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, 1. Auflage, München, 2003, S. 71–168
- VON BOGDANDY, ARMIN; WINDSOR, JOSEPH, *Annex on Financial Services*, in: Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Feinäugle, Clemens (eds.), *WTO – Trade in Services [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6]*, 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 618–639

245 Vgl. *Hernekamp*, in: Hilf/Oeter (Hrsg.), § 21, Rn. 16, dort auch m.w.N; *Martin/Mercurio*, JITLP 2017/1, S. 49.

- VON BOGDANDY, ARMIN; WINDSOR, JOSEPH, *Understanding on Commitments in Financial Services*, in: Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Fein-äugle, Clemens (eds.), *WTO – Trade in Services* [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6], 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 647–666
- COTTIER, THOMAS; KRAJEWSKI, MARKUS, *What Role for Non-Discrimination and Prudential Standards in International Financial Law?*, *Journal of International Economic Law*, 2010, Vol. 13(3), S. 817–835
- ECKERT, MARTIN GEORGES, *Die Liberalisierung internationaler Finanzdienstleistungen durch das General Agreement on Trade in Services (GATS) – Unter besonderer Berücksichtigung internationaler Bankdienstleistungen*, 1. Auflage, Hamburg, 1997
- GAUTHIER, GILLES; O'BRIAN, ERIN; SPENCER, SUSAN, *Chapter 7 Déjà Vu, or New Beginning for Safeguards and Subsidies Rules in Services Trade?*, in: Sauvé, Pierre; Stern, Robert M. (eds.), *GATS 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization*, 1st edition, Washington D.C., 2000, S. 165–183
- GKOUTZINIS, APOSTOLOS, *International Trade in Banking Services and the Role of the WTO: Discussing the Legal Framework and Policy Objectives of the General Agreement on Trade in Services and the Current state of Play in the Doha Round of Trade Negotiations*, *The International Lawyer*, 2005, Vol. 39(4), S. 877–914
- HERNEKAMP, JULIANE, § 21 *Ausgewählte Dienstleistungssektoren*, in: Hilf, Meinhard; Oeter, Stefan (Hrsg.), *WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2010
- HERRMANN, CHRISTOPH, *Annex: ELSA Moot Court Competition (EMC2) 2012–2013, The Bench Memorandum: Fixitania – Certain Measures Affecting Financial Services and Influencing the Exchange Rate*, in: Herrmann, Christoph; Krajewski, Markus; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2014, 1st edition, Berlin Heidelberg, 2013, S. 465–493
- HERRMANN, CHRISTOPH, *Folgen der Finanzkrise für die Währungsunion*, in: Kadelbach, Stefan (Hrsg.), *Nach der Finanzkrise – Rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2012, S. 79–104
- HERRMANN, CHRISTOPH, *Die Bewältigung der Euro-Staatsschulden-Krise an den Grenzen des deutschen und europäischen Währungsverfassungsrechts*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2012, S. 805–812
- HERRMANN, CHRISTOPH, *Griechische Tragödie – der währungsverfassungsrechtliche Rahmen für die Rettung, den Austritt oder den Ausschluss von überschuldeten Staaten aus der Eurozone*, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2010, S. 413–418

- HERRMANN, CHRISTOPH, *Beihilfenrecht als Schönwetterrecht? Die Beihilfenüberwachung in der Europäischen Union während der Finanz- und Wirtschaftskrise*, Gewerbearchiv – Zeitschrift für Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2010, Heft 1, S. 36–46
- HERRMANN, CHRISTOPH; WEISS, WOLFGANG; OHLER, CHRISTOPH, *Welthandelsrecht*, 2. Auflage, München, 2007
- JARREAU, J. STEVEN, *Interpreting the General Agreement on Trade in Services and the WTO Instruments Relevant to the International Trade of Financial Services: The Lawyer's Perspective*, North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation, 1999, Vol. 25(1), S. 1–74
- KAMPF, ROGER, E 26. *Finanzdienstleistungen*, in: Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, Band V: Sekundärrecht: Außenwirtschaftsrecht, 40. Ergänzungslieferung, München, 2009
- KAMPF, ROGER, *Financial services in WTO: third time lucky*, International Trade Law & Regulation, 1998, Vol. 4(3), S. 111–123
- KAMPF, ROGER, *Liberalisation of financial services in the GATS and domestic regulation*, International Trade Law & Regulation, 1997, Vol. 3(5), S. 155–166
- KAMPF, ROGER, *A step in the right direction: the interim deal on financial services in the GATS*, International Trade Law & Regulation, 1995, Vol. 1(5), S. 157–166
- KEUSTERMANS, JAN-FREDERIK; TANGHE, PAULIEN; TOBBACK, CLAIRE; VANHOENACKER, JULIE, *Annex: ELSA Moot Court Competition (EMC2) 2012–2013, Submission of the Respondent: Fixitania: Certain Measures Affecting Financial Services and Influencing the Exchange Rate*, in: Herrmann, Christoph; Krajewski, Markus; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), *European Yearbook of International Economic Law 2014*, 1st edition, Berlin/Heidelberg, 2013, S. 514–534
- KEY, SYDNEY J., *Chapter 20. Financial Services*, in: Macrory, Patrick F.J.; Appleton, Arthur E.; Plummer, Michael G. (eds.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, Volume I, 1st edition, New York, 2005, S. 955–988
- KEY, SYDNEY J., *Trade liberalization and prudential regulation: the international framework for financial services*, International Affairs, 1999, Vol. 75(1), S. 61–75
- KOEHLER, MATTHIAS, *Das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) – Rahmenregelung zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungsverkehrs unter besonderer Berücksichtigung des grenzüberschreitenden Personenverkehrs von Dienstleistungsanbietern*, 1. Auflage, Berlin, 1999
- KOKOTT, JULIANE, *Liberalisierung der Finanzdienstleistungen im Rahmen der WTO – Auswirkungen auf Deutschland, Österreich und die Schweiz*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2000, Heft 6, S. 401–407

- KRAJEWSKI, MARKUS, *Wirtschaftsvölkerrecht*, 5. Auflage, Heidelberg, 2021
- KRAJEWSKI, MARKUS, *National Regulation and Trade Liberalization in Services – The Legal Impact of the General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy*, 1st edition, The Hague/London/New York, 2003
- LESTER, SIMON; MERCURIO, BRYAN; DAVIES, ARWEL, *World Trade Law – Texts, Materials and Commentary*, 2nd edition, Oxford/Portland, 2012
- LEROUX, ERIC H., *Trade in Financial Services under the World Trade Organization*, *Journal of World Trade*, 2002, Vol. 36(3), S. 413–442
- MARTIN, ANTOINE; MERCURIO, BRYAN, *Doha dead and buried in Nairobi: lessons for the WTO*, *Journal of International Trade Law and Policy*, 2017, Vol. 16(1), S. 49–66
- DE MEESTER, BART, *The Global Financial Crisis and Government Support for Banks: What Role for the GATS?*, *Journal of International Economic Law*, 2010, Vol. 13(1), S. 27–63
- DE MEESTER, BART, *Testing European Prudential Conditions for Banking Mergers in the Light of Most Favoured Nation in the GATS*, *Journal of International Economic Law*, 2008, Vol 11(3), S. 609–647
- MICHAELIS, MARTIN, § 20 *Dienstleistungshandel (GATS)*, in: Hilf, Meinhard; Oeter, Stefan (Hrsg.), *WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels*, 2. Auflage, Baden-Baden, 2010
- NETTESHEIM, MARTIN, *Staatshilfen aus Sicht des Europarechts und der Verfassung*, in: Kadelbach, Stefan (Hrsg.), *Nach der Finanzkrise – Rechtliche Rahmenbedingungen einer neuen Ordnung*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2012, S. 31–78
- NICOLAIDIS, KALYPSO; TRACHTMAN, JOEL P., *Chapter 10 From Policed Regulation to Managed Recognition in GATS*, in: Sauvé, Pierre; Stern, Robert M. (eds.), *GATS 2000 – New Directions in Services Trade Liberalization*, 1st edition, Washington D.C., 2000, S. 241–282
- OHLER, CHRISTOPH, § 10 *Finanzmarktregulierung und -aufsicht*, in: Ruffert, Matthias (Hrsg.), *Enzyklop die des Europarechts [EnzEuR]*, Band 5: Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, 1. Auflage, Baden-Baden, 2013, S. 611–670
- OHLER, CHRISTOPH, *Der Status von Finanzdienstleistungen in EGV und GATS*, *Zeitschrift für Europarechtliche Studien (ZEuS)*, 2002, Vol. 5/2, S. 321–360
- PANOURGIAS, LAZAROS E., *Banking Regulation and World Trade Law – GATS, EU and “Prudential” Institution Building*, 1st edition, Oxford/Portland, 2006
- PETROVIC, ANA; TUTSCH, RALF, *National Rescue Measures in Response to the Current Financial Crisis*, ECB Legal Working Paper No. 8 (06/07/2009)

- PITSCHAS, CHRISTIAN, *Die Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels im Rahmen des GATS*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 2003, Heft 9, S. 676–689
- PITSCHAS, CHRISTIAN, *B. II. Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)*, in: Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, 1. Auflage, München, 2003, S. 495–564
- SÁNCHEZ RYDELSKI, MICHAEL, *EG und WTO Antisubventionsrecht – Ein konzeptioneller Vergleich der EG Antisubventions-Verordnung mit den Beihilfevorschriften des EG-Vertrages unter Berücksichtigung des Subventionsübereinkommens der WTO*, 1. Auflage, Baden-Baden, 2001
- SETHE, ROLF, § 5 *Aufsichtsrecht der Vermögensverwaltung*, in: Schäfer, Frank A.; Sethe, Rolf; Lang, Volker (Hrsg.), *Handbuch der Vermögensverwaltung*, 3. Auflage, München, 2022, S. 112–247
- SETHE, ROLF; LEHMANN, MATTHIAS, § 15 *Internationales Bank- und Finanzdienstleistungsrecht*, in: Tietje, Christian; Nowrot, Karsten (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Berlin, 2021, S. 762–848
- SETHE, ROLF; LEHMANN, MATTHIAS, § 13 *Internationales Bank- und Finanzdienstleistungsrecht*, in: Tietje, Christian (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 2. Auflage, Berlin, 2015, S. 656–731
- STOLL, PETER-TOBIAS; SCHORKOPF, FRANK, *WTO – World Economic Order, World Trade Law* [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 1], 1st edition, Leiden/Boston, 2006
- SUMAR, AL-AMYN; SUTTER, DERRICK; VAN DER VEN, COLETTE M., *Annex: ELSA Moot Court Competition (EMC2) 2012–2013, Submission of the Complainant: Fixitania: Certain Measures Affecting Financial Services and Influencing the Exchange Rate*, in: Herrmann, Christoph; Krajewski, Markus; Terhechte, Jörg Philipp (eds.), *European Yearbook of International Economic Law* 2014, 1st edition, Berlin/Heidelberg, 2013, S. 493–513
- TIETJE, CHRISTIAN; FINKE, JASPER; DIETRICH, DIEMO, *Liberalization and Rules on Regulation in the Field of Financial Services in Bilateral Trade and Regional Integration Agreements – A Scientific Study*, 1st edition, Halle, 2010
- TRACHTMAN, JOEL P., *Trade in Financial Services under GATS, NAFTA and the EC: A Regulatory Jurisdiction Analysis*, *Columbia Journal of Transnational Law*, 1995, Vol. 34(1), S. 37–122
- TREBILCOCK, MICHAEL J.; HOWSE, ROBERT, *The Regulation of International Trade*, 3rd edition, London/New York, 2005
- VAHLDIEK, WOLFGANG, § 53 KWG, in: Boos, Karl-Heinz; Fischer, Reinfrid; Schulte-Mattler, Hermann (Hrsg.), *Kreditwesengesetz: Kommentar zu KWG und Ausführungsvorschriften*, 4. Auflage, München, 2012
- VAHLDIEK, WOLFGANG, *GATS und Bankaufsichtsrecht*, *Zeitschrift für Bank- und Kapitalmarktrecht*, 2003, Heft 3, S. 971–976

- WANG, WEI, *Chapter Sixteen The Prudential Carve-out*, in: Alexander, Kern; Andenas, Mads (eds.), *The World Trade Organization and Trade in Services*, 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 601–614
- WEISS, FRIEDL, § 5 *Internationaler Dienstleistungshandel*, in: Tietje, Christian; Nowrot, Karsten (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, 3. Auflage, Berlin, 2021, S. 249–283
- WEISS, FRIEDL, *Finanzkrise und internationales öffentliches Recht*, in: Fassbender, Bardo; Wendehorst, Christiane; de Wet, Erika; Peters, Anne; Michaels, Ralf; Tietje, Christian; Merkt, Hanno; Weiss, Friedl; von Hein, Jan (Hrsg.), *Paradigmen im internationalen Recht – Implikationen der Weltfinanzkrise für das internationale Recht*, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht – Band 45*, 1. Auflage, Heidelberg, 2012, S. 335–363
- WEISS, FRIEDL, *The General Agreement on Trade in Services 1994*, *Common Market Law Review*, 1995, Vol. 32(5), S. 1177–1225
- WEISS, WOLFGANG; OHLER, CHRISTOPH; BUNGENBERG, MARC, *Welthandelsrecht*, 3. Auflage, München, 2022
- YOKOI-ARAI, MAMIKO, *GATS's Prudential Carve Out in Financial Services and its Relation with Prudential Regulation*, *International & Comparative Law Quarterly*, 2008, Vol. 57(3), S. 613–648
- ZACHARIAS, DIANA, *Article I GATS*, in: Wolfrum, Rüdiger; Stoll, Peter-Tobias; Feinäugle, Clemens (eds.), *WTO – Trade in Services [Max Planck Commentaries on World Trade Law, Vol. 6]*, 1st edition, Leiden/Boston, 2008, S. 31–70



© Alexander Rospert