

SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS  
GIUSEPPE TESAURO

vom 13. November 1997 \*

1. Die Vorabentscheidungsfrage in dieser Rechtssache, die der Präsident der Arrondissementsrechtbank Amsterdam dem Gerichtshof vorgelegt hat, gilt der Auslegung des Artikels 50 Absatz 6 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (nachstehend: TRIPS) im Anhang 1 C des Übereinkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (nachstehend: WTO).

Das vorliegende Gericht fragt insbesondere, ob eine Maßnahme des vorläufigen Rechtsschutzes nach den einschlägigen nationalen Vorschriften unter den Begriff der „einstweiligen Maßnahme“ im Sinne des Artikels 50 des TRIPS fällt.

### Rechtlicher Rahmen

2. Das WTO-Übereinkommen und die anderen in diesem Rahmen vereinbarten Übereinkommen, darunter das TRIPS, wurden im Namen der Gemeinschaft durch den Beschluß 94/800/EG des Rates vom 22. Dezember 1994 über den Abschluß der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen

Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986-1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in bezug auf die in ihre Zuständigkeit fallenden Bereiche genehmigt<sup>1</sup>. Diese Übereinkommen sind im Anhang des Beschlusses veröffentlicht<sup>2</sup>.

3. Teil III des TRIPS enthält Vorschriften, die die „Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums“ sichern sollen. Zu diesem Zweck „[stellen die] Mitglieder ... sicher, daß die in diesem Teil aufgeführten Durchsetzungsverfahren in ihrem Recht vorgesehen werden, um ein wirksames Vorgehen gegen jede Verletzung von unter dieses Übereinkommen fallenden Rechten des geistigen Eigentums einschließlich Eilverfahren zur Verhinderung von Verletzungshandlungen und Rechtsbehelfe zur Abschreckung von weiteren Verletzungshandlungen zu ermöglichen. Diese Verfahren sind so anzuwenden, daß die Einrichtung von Schranken für den rechtmäßigen Handel vermieden wird und die Gewähr gegen Mißbrauch gegeben ist“ (Artikel 41 Absatz 1). Außerdem ist vorgesehen, daß die „Gerichte ... befugt [sind], gegenüber einer Partei anzuordnen, daß eine Rechtsverletzung zu unterlassen ist, unter anderem um zu verhindern, daß eingeführte Waren, die eine Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums mit sich bringen, unmittelbar nach der Zollfreigabe in die in ihrem Zuständigkeitsbereich

1 — ABl. L 336, S. 1.

2 — Das TRIPS findet sich im ABl. L 336, S. 213.

\* Originalsprache: Italienisch.

liegenden Vertriebswege gelangen. Die Mitglieder sind nicht verpflichtet, diese Befugnisse auch in bezug auf einen geschützten Gegenstand zu gewähren, der von einer Person erworben oder bestellt wurde, bevor sie wußte oder vernünftigerweise hätte wissen müssen, daß der Handel mit diesem Gegenstand die Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums nach sich ziehen würde“ (Artikel 44 Absatz 1).

(2) Die Gerichte sind befugt, gegebenenfalls einstweilige Maßnahmen ohne Anhörung der anderen Partei zu treffen, insbesondere dann, wenn durch eine Verzögerung dem Rechteinhaber wahrscheinlich ein nicht wiedergutzumachender Schaden entstünde oder wenn nachweislich die Gefahr besteht, daß Beweise vernichtet werden.

...

Artikel 50 des TRIPS, um dessen Auslegung das vorliegende Gericht ersucht, lautet, soweit hier erheblich:

„(1) Die Gerichte sind befugt, schnelle und wirksame einstweilige Maßnahmen anzuordnen,

(4) Wenn einstweilige Maßnahmen ohne Anhörung der anderen Partei getroffen wurden, sind die betroffenen Parteien spätestens unverzüglich nach der Vollziehung der Maßnahmen davon in Kenntnis zu setzen. Auf Antrag des Antragsgegners findet eine Prüfung, die das Recht zur Stellungnahme einschließt, mit dem Ziel statt, innerhalb einer angemessenen Frist nach der Mitteilung der Maßnahmen zu entscheiden, ob diese abgeändert, aufgehoben oder bestätigt werden soll.

...

a) um die Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zu verhindern, und insbesondere, um zu verhindern, daß Waren, einschließlich eingeführter Waren unmittelbar nach der Zollfreigabe, in die innerhalb ihres Zuständigkeitsbereichs liegenden Vertriebswege gelangen;

(6) Unbeschadet des Absatzes 4 werden aufgrund der Absätze 1 und 2 ergriffene einstweilige Maßnahmen auf Antrag des Antragsgegners aufgehoben oder auf andere Weise außer Kraft gesetzt, wenn das Verfahren, das zu einer Sachentscheidung führt, nicht innerhalb einer angemessenen Frist eingeleitet wird, die entweder von dem die Maßnahmen

b) um einschlägige Beweise hinsichtlich der behaupteten Rechtsverletzung zu sichern.

anordnenden Gericht festgelegt wird, sofern dies nach dem Recht des Mitglieds zulässig ist, oder, wenn es nicht zu einer solchen Festlegung kommt, 20 Arbeitstage oder 31 Kalendertage, wobei der längere der beiden Zeiträume gilt, nicht überschreitet.

(7) Werden einstweilige Maßnahmen aufgehoben oder werden sie aufgrund einer Handlung oder Unterlassung des Antragstellers hinfällig oder wird in der Folge festgestellt, daß keine Verletzung oder drohende Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums vorlag, so sind die Gerichte befugt, auf Antrag des Antragsgegners anzuordnen, daß der Antragsteller dem Antragsgegner angemessenen Ersatz für durch diese Maßnahmen entstandenen Schaden zu leisten hat.

(8) Soweit einstweilige Maßnahmen aufgrund von Verwaltungsverfahren angeordnet werden können, müssen diese Verfahren Grundsätzen entsprechen, die im wesentlichen den in diesem Abschnitt dargelegten gleichwertig sind.“

4. Bezüglich der einschlägigen nationalen Rechtsvorschriften ist vor allem darauf hinzuweisen, daß nach Artikel 289 der niederländischen Zivilprozeßordnung „[i]n allen Rechtssachen, in denen aus Gründen der Dringlichkeit unter Berücksichtigung der Interessen der Parteien eine sofortige einst-

weilige Maßnahme erforderlich ist, ... ein entsprechender Antrag in einer Sitzung gestellt werden [kann], die der Präsident zu diesem Zweck an den dafür von ihm festgesetzten Werktagen abhält“ (Absatz 1). Für diesen Fall bestimmt Artikel 290 Absatz 2, daß die Parteien freiwillig vor dem Präsidenten erscheinen können, daß der Antragsteller dabei von einem Rechtsanwalt vertreten werden muß, während der Antragsgegner persönlich erscheinen oder sich durch einen Rechtsanwalt vertreten lassen kann. Beiden Parteien ist daher die Möglichkeit zu kontradiktorischer Verhandlung gewährleistet.

Die einstweilige Maßnahme des Präsidenten, die mit Gründen versehen ist und schriftlich ergeht, kann beim Gerichtshof (Berufungsgericht) binnen zwei Wochen nach ihrer Verkündung auch dann angefochten werden, wenn sie keinen vollstreckbaren Titel darstellt (Artikel 295 Absätze 1, 2 und 3). Ein etwaiges Rechtsmittel gegen die Entscheidung des Gerichtshof muß binnen sechs Wochen nach ihrer Verkündung eingelegt werden (Artikel 295 Absatz 4). Schließlich bestimmt Artikel 292 der Zivilprozeßordnung, daß die einstweiligen Maßnahmen der Entscheidung zur Hauptsache nicht vorgehen. Die Wirksamkeit der einstweiligen Maßnahme hängt jedoch nicht von der Durchführung eines Verfahrens zur Hauptsache ab, und ein Termin, bis zu dem das Verfahren zur Hauptsache eingeleitet werden muß, ist ebenfalls nicht vorgesehen. Zu diesem Punkt darf noch ergänzt werden, daß, wie auch im Vorlageurteil hervorgehoben wird, die Parteien zwar die Befugnis haben, parallel ein Verfahren zur Hauptsache zu betreiben, aber „in Rechtsstreitigkeiten aufgrund des TRIPS die Entscheidung im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes in der Praxis als endgültig behandeln“.

## Sachverhalt und Vorlagefrage

5. Kommen wir zum Sachverhalt. Die französische Kommanditgesellschaft auf Aktien Hermès International (nachstehend: Hermès) ist aufgrund von internationalen Eintragungen, die für die Benelux-Staaten die Nummern R 196 756 und R 199 735 tragen, Inhaberin der Wortmarke „Hermès“ und der Wort- und Bildmarke „Hermès“. Hermès befaßt sich mit dem Entwurf, der Herstellung und dem Vertrieb von Produkten, darunter Krawatten, auf denen sie die erwähnten Wort- und/oder Bildmarken anbringt. Diese Krawatten, die über ein selektives System vertrieben werden, werden in den Niederlanden von der Galerie & Faïence BV in Scheveningen und der Boutique le Duc in Zeist verkauft.

Am 21. Dezember 1995 ließ Hermès mit Genehmigung des Präsidenten der Arrondissementsrechtbank (nachstehend: vorlegendes Gericht) bei der Firma FHT Marketing Choice BV (nachstehend: FHT) 10 und bei Dritten 453 Krawatten beschlagnahmen, die von FHT vertrieben wurden und mit der Marke „Hermès“ versehen waren. Hermès reichte sodann am 2. Januar 1996 beim vorlegenden Gericht einen Antrag auf Erlaß einstweiliger Maßnahmen ein mit dem Antrag, der Antragsgegnerin FHT aufzugeben, die Verletzung der Urheber- und Markenrechte abzustellen, insbesondere die Gesamtzahl der erworbenen und bereits verkauften Krawatten anzugeben sowie die Krawatten bis zu ihrer Herausgabe in Verwahrung zu halten. Außerdem beantragte Hermès, FHT zu verurteilen, ihr den erlittenen Schaden zu ersetzen. Im Rahmen ihres Antrags auf vorläufigen Rechtsschutz

ersuchte Hermès das vorliegende Gericht weiter, ihr gemäß Artikel 50 Absatz 6 des TRIPS eine Frist von vierzehn Tagen für die Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache zu setzen, die mit (etwaiger) Einreichung eines Antrags der FHT auf Aufhebung der im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes erlassenen Maßnahmen oder nach Ablauf von drei Monaten nach Erlaß der Maßnahmen durch das vorliegende Gericht beginne, da für die FHT dann die Frist zur Einreichung eines solchen Antrags abgelaufen sei.

6. Das vorliegende Gericht, das zwar die Nachahmung der Krawatten für glaubhaft gemacht hielt, nicht hingegen, daß FHT in gutem Glauben gehandelt habe, gab dem Antrag von Hermès statt, mit Ausnahme des Antrags auf Zahlung eines Vorschusses auf den Schadensersatz.

Bei der Frage der Fristen sah sich das vorliegende Gericht indessen nicht in der Lage, dem Antrag stattzugeben, weil nach Artikel 50 Absatz 6 des TRIPS für das Recht des Antragsgegners, die Aufhebung der einstweiligen Maßnahmen zu beantragen, eine Befristung nicht vorgesehen sei, so daß der Termin für die Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache nicht auf den Ablauf von drei Monaten nach Verstreichen einer der FHT zur Stellung eines Aufhebungsantrags gesetzten Frist festgesetzt werden könne. Das vorliegende Gericht hat jedoch erwogen, ob es nicht trotzdem notwendig sei, einen Termin für die Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache festzusetzen, was dann zu bejahen sei, wenn eine Maßnahme gemäß Artikel 289 der

niederländischen Zivilprozeßordnung eine einstweilige Maßnahme im Sinne des Artikels 50 des TRIPS sei.

7. Das vorliegende Gericht hat daher, um entscheiden zu können, ob Hermès eine Frist für die Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache zu setzen sei oder nicht, den Gerichtshof um Vorabentscheidung folgender Frage ersucht:

Fällt eine einstweilige Maßnahme, wie sie z. B. in den Artikeln 289 ff. der niederländischen Zivilprozeßordnung vorgesehen ist, wonach beim Präsidenten des Gerichts eine sofortige einstweilige Maßnahme beantragt werden kann, unter den Begriff der einstweiligen Maßnahme im Sinne des Artikels 50 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums?

### Vorbemerkungen

8. Der Wortlaut dieser Frage zeigt, daß das vorliegende Gericht Zweifel weder an der Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Auslegung des Artikels 50 des TRIPS noch an der unmittelbaren Geltung dieser Vorschrift zugunsten einzelner vor den nationalen Gerichten hat. Im Vorlageurteil hat es allerdings ausdrücklich (und lapidar) bemerkt,

daß zum einen das TRIPS, da es von der Gemeinschaft als solcher ratifiziert worden sei, „als Teil des Gemeinschaftsrechts zu gelten hat mit der Folge, daß der Gerichtshof für ein Vorabentscheidungsersuchen nach Artikel 177 EG-Vertrag zuständig ist“, und daß zum anderen Artikel 50 des Übereinkommens „unmittelbare Wirkung zukommt“.

In dieser Hinsicht ist indessen darauf hinzuweisen, daß, anders als das vorliegende Gericht anzunehmen scheint, die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Auslegung des Artikels 50 des TRIPS und die unmittelbare Wirkung dieser Vorschrift nicht als zweifelsfrei und noch viel weniger als anerkannt gelten können. Der Umstand nämlich, daß die Zuständigkeit zum Abschluß des TRIPS nach dem Gutachten 1/94 des Gerichtshofes<sup>3</sup> zwischen der Gemeinschaft und den Mitgliedstaaten geteilt ist, macht die Prüfung der Frage erforderlich, ob die hier in Rede stehende Regelung in die Zuständigkeit der Gemeinschaft oder in die der Mitgliedstaaten fällt und ob für den letztgenannten Fall der Gerichtshof gleichwohl zuständig ist, dem vorlegenden Gericht Auslegungshinweise zu geben. Schließlich darf bei der angeblichen unmittelbaren Wirkung der betreffenden Vorschrift nicht vergessen werden, daß eine solche Wirkung in der Rechtsprechung des Gerichtshofes den Bestimmungen des GATT (1947) bisher abgesprochen worden ist<sup>4</sup>, so daß zumindest geprüft werden muß, bis zu welchem Punkt und in welchem Umfang sich die Lage bezüglich der Bestimmungen des WTO-Übereinkommens und der des TRIPS geändert hat.

3 — Gutachten vom 15. November 1994 über die Zuständigkeit der Gemeinschaft für den Abschluß völkerrechtlicher Abkommen auf dem Gebiet der Dienstleistungen und des Schutzes des geistigen Eigentums (Slg. 1994, I-5267).

4 — Vgl. die unten in den Fußnoten 39, 42 und 44 zitierten Urteile.

9. Dies sind mithin die beiden Fragen, die hier beantwortet werden müssen, bevor mit der inhaltlichen Prüfung der eigentlichen Vorlagefrage begonnen werden kann. Auf diese Fragen hat sich überdies, und sicherlich nicht zufällig, die Aufmerksamkeit der Staaten und der Organe gerichtet, die in diesem Verfahren Erklärungen abgegeben haben.

### Zur Zuständigkeit des Gerichtshofes

10. Ausgangspunkt dieser Prüfung muß naturgemäß das genannte Gutachten 1/94 sein. Der Gerichtshof, der u. a. darüber zu befinden hatte, ob die Europäische Gemeinschaft für den Abschluß sämtlicher Teile des Übereinkommens zur Gründung der Welt-handelsorganisation über die handels-bezogenen Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums einschließlich des Handels mit gefälschten Erzeugnissen gemäß Artikel 113 des Vertrages oder gemäß diesem Artikel in Verbindung mit den Artikeln 100a und/oder 235 dieses Vertrages zuständig ist, ist nämlich zu dem Ergebnis gekommen, daß „die Zuständigkeit für den Abschluß des TRIPS zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten geteilt ist“<sup>5</sup>.

Der Gerichtshof ist zu diesem Ergebnis aufgrund der Feststellung gelangt, daß das

geistige Eigentum trotz seiner Beziehungen zum Handelsverkehr nicht zur Handels-politik gehöre. Der Gerichtshof hat zunächst den Fall von Maßnahmen zur Vermeidung der Einfuhr nachgemachter Waren in die Gemeinschaft abgetrennt, der bereits Gegenstand einer gemeinschaftlichen Regelung auf der Grundlage des Artikels 113 war und daher in die ausschließliche äußere Zuständigkeit der Gemeinschaft fiel. Im übrigen hat der Gerichtshof zwar die Verknüpfung mit dem Handelsverkehr und die möglichen Auswirkungen auf diesen anerkannt, dies aber nicht als ausreichend angesehen, um die Bestimmungen über das geistige Eigentum in den spezifischen Anwendungsbereich des Artikels 113 und damit in den Bereich der ausschließlichen äußeren Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen zu lassen<sup>6</sup>. Nach Ansicht des Gerichtshofes kann eine solche Zuständigkeit auch nicht auf alternative Rechtsgrundlagen wie die Artikel 100a und/oder 235 des Vertrages oder auf die Parallelität interner und externer Kompetenzen gegründet werden. Hierzu hat der Gerichtshof zum einen ausgeführt, daß diese Artikel nicht als solche geeignet seien, eine ausschließliche Gemeinschaftszuständigkeit zu begründen, und er hat zum anderen den Grundsatz bekräftigt, daß eine ausschließliche externe Zuständigkeit nur nach Maßgabe interner Befugnisse entstehen kann, die für den gesamten in Rede stehenden Sektor effektiv ausgeübt wurden, und nur dann, wenn eine Parallelität notwendig ist, damit

6 — Einer der Gründe, die zu diesem Schluß geführt haben, war, daß sonst durch Übereinkommen mit Drittländern zur Harmonisierung des Schutzes des geistigen Eigentums auf Welt- und zugleich Gemeinschaftsebene die Verfahren und die Abstimmungsregeln hätten geändert werden können, die im Vertrag für den Bereich der Harmonisierung des Sektors in den Artikeln 100, 100a und 235 verankert sind und die von denen des Artikels 113 abweichen. Der Gerichtshof hat ferner klargestellt, daß der früheren Praxis der Gemeinschaft, auf der Grundlage von Artikel 113 autonome Maßnahmen zu erlassen oder in externe Abkommen aufzunehmen, vor allem deshalb keine Bedeutung zukommen könne, weil es sich in diesen Fällen um reine Ergänzungsmaßnahmen gehandelt habe (Rand-nrn. 60 bis 70).

5 — Gutachten 1/94 (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 105).

die interne Zuständigkeit wirksam ausübt werden kann<sup>7</sup>.

11. Soweit hier von Bedeutung, sei ferner darauf hingewiesen, daß einige Mitgliedstaaten in ihren Stellungnahmen in Zusammenhang mit dem Gutachten 1/94 geltend gemacht hatten, daß „die Bestimmungen des TRIPS über die Maßnahmen, die zur Gewährleistung eines wirksamen Schutzes der Rechte an geistigem Eigentum zu treffen sind, wie die Gewährleistung eines gerechten und billigen Verfahrens, die Vorschriften über die Beibringung von Beweismitteln, das Recht zur Äußerung, die Begründung der Entscheidungen, das Klagerecht, die  *einstweiligen Maßnahmen*  und den Schadensersatz, in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen“. Hierauf hat der Gerichtshof geantwortet, daß die „Gemeinschaft ... mit Sicherheit eine Zuständigkeit für die Harmonisierung der nationalen Vorschriften in diesen Bereichen [hat], soweit sich diese, wie es in Artikel 100 EG-Vertrag heißt, „unmittelbar auf die Errichtung oder das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirken“. Die Gemeinschaftsorgane hätten bisher ihre

Zuständigkeit auf dem Gebiet der „Durchsetzung der Rechte an geistigem Eigentum“ nicht ausgeübt, „abgesehen von der Verordnung Nr. 3842/86 über das Verbot der Überführung nachgeahmter Waren in den zollrechtlich freien Verkehr ...“<sup>8</sup>

Der Gerichtshof hat es mit anderen Worten abgelehnt, den Bereich der Maßnahmen zum Schutz der Rechte des geistigen Eigentums als einen den Mitgliedstaaten vorbehaltenen Bereich zu verstehen, weil mit Sicherheit eine Zuständigkeit der Gemeinschaft zur Harmonisierung auch dieses Bereichs besteht, wenn dies sich auf das Funktionieren des Gemeinsamen Marktes auswirkt; zugleich aber hat er anerkannt, daß diese Zuständigkeit bisher im internen Rahmen nicht oder allenfalls am Rande ausgeübt worden sei und daher die Voraussetzung für die Ableitung einer ausschließlichen externen Zuständigkeit der Gemeinschaft nicht erfüllt sei. Im wesentlichen konnte daher für den eigentlichen Kern der Vorschriften über den Schutz der Rechte des geistigen Eigentums eine ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft nach außen zum Zeitpunkt des Gutachtens nur als potentiell angesehen werden. Bis heute hat sich, wie sich im Laufe des Verfahrens gezeigt hat, daran nichts geändert. Das Problem bleibt daher unverändert bestehen, d. h., die Zuständigkeit zum Abschluß eines Übereinkommens wie des TRIPS bleibt zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft

7 — Das Gutachten hebt insoweit hervor, daß eine Parallelität entsteht, wenn im Gemeinschaftsbereich gemeinsame Vorschriften erlassen wurden, auf die sich internationale Verpflichtungen auswirken könnten (Randnr. 102). Die Zuständigkeit zum Abschluß des TRIPS könne indessen keine ausschließliche sein, weil im Bereich des geistigen Eigentums zwar Rechtsakte des abgeleiteten Rechts in Ausübung der entsprechenden internen Zuständigkeit erlassen worden seien, indessen nur eine teilweise Harmonisierung stattgefunden habe und in anderen Bereichen keinerlei Harmonisierung vorgesehen oder verwirklicht worden sei (Randnr. 103). Nach Auffassung des Gerichtshofes ließ sich eine ausschließliche externe Zuständigkeit auch nicht aus einem bestimmten Verständnis des Gutachtens 1/76 vom 26. April 1977 (Slg. 1977, 741) herleiten, wonach der einfachen Zuweisung einer internen Zuständigkeit zur Verwirklichung eines bestimmten Ziels (z. B. des Zusammenhalts des Binnenmarktes) notwendig und implizit eine externe Zuständigkeit entsprechen muß. Der Gerichtshof hat nämlich in seinem Gutachten 1/94 das Gutachten 1/76 — allerdings ohne eingehendere Erläuterung — neu interpretiert und dessen Tragweite auf den damaligen konkreten Fall beschränkt (Randnrn. 85 und 100).

8 — Gutachten 1/94 (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 104, Hervorhebung von mir).

geteilt<sup>9</sup>, und insbesondere die Zuständigkeit zur Vereinbarung von Vertragsbestimmungen, für die die Gemeinschaft (noch und allein) potentiell zuständig ist, steht nach wie vor den Mitgliedstaaten zu.

12. Es bedarf nun kaum des Hinweises, daß in dem uns hier beschäftigenden Fall die Bestimmung des TRIPS, die der Gerichtshof auslegen soll, einstweilige Maßnahmen betrifft, einen Bereich also, in dem die Gemeinschaft im internen Bereich ihre (potentielle) Zuständigkeit noch nicht (wirksam) ausgeübt hat und der daher grundsätzlich in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fällt.

Berücksichtigt man dies, so scheint sich als Ergebnis aufzudrängen, daß die Gemeinschaft für diese Art von Bestimmungen nicht als Vertragspartner zu betrachten ist. In diesem Sinne sind allerdings die Artikel 1 und 2 des Beschlusses 94/800 abgefaßt, in denen die Genehmigung der Übereinkommen im Namen der Gemeinschaft „hinsichtlich der in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche“ ausgesprochen wird, ein Zusatz, der sich auch im Titel des Beschlusses findet. Zu

einem anderen Ergebnis könnte man nur gelangen, wenn der Ausdruck „geteilte Zuständigkeit“ so zu verstehen wäre, daß die Zuständigkeit zugleich und nebeneinander bei der Gemeinschaft und bei den Mitgliedstaaten läge, so daß jede Entscheidung, die einem Bereich gemischter Zuständigkeit angehört, gemeinsam von der einen und von den anderen erlassen werden müßte<sup>10</sup>.

13. Eine solche Auslegung scheint mir nicht nur im Widerspruch zu dem Ausdruck „hinsichtlich der in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche“ zu stehen, sondern auch abwegig und jedenfalls ungeeignet, dieses Problem zu lösen. Da Instrumente fehlen, die ein Tätigwerden für den Fall erlauben, daß man keine gemeinsame Lösung findet, würde die in Aussicht genommene Auslegung nämlich für die Bereiche geteilter Zuständigkeit auf ein wirkliches Vetorecht entweder der Gemeinschaft oder jedes der Mitgliedstaaten hinauslaufen; dies hätte unvermeidlich eine völlige Blockierung des Entscheidungsprozesses in dem Sinne zur Folge, daß es zu einem toten Punkt mit einer „Enthaltung“ der Gemeinschaft und ihrer

9 — Dieser Stand der Dinge könnte sich nur ändern, wenn der durch den Vertrag von Amsterdam eingefügte Artikel 113 Absatz 5 nach seinem Inkrafttreten zur Anwendung gebracht würde. Diese Bestimmung sieht nämlich vor, daß der Rat durch einstimmigen Beschluß auf Vorschlag der Kommission und nach Anhörung des Europäischen Parlaments die Anwendung der Vorschriften der Absätze 1 bis 4 des Artikels 113 auch auf internationale Übereinkünfte und Übereinkommen über das geistige Eigentum ausdehnen kann, die sonst nicht in ihren Anwendungsbereich fallen. Artikel 113 Absatz 5 gestattet es mit anderen Worten, in die gemeinsame Handelspolitik und damit in die ausschließliche externe Zuständigkeit der Gemeinschaft auch Bestimmungen über das geistige Eigentum einzubeziehen, die augenblicklich nicht dazu gehören.

10 — In diesem Sinne vgl. z. B. Appella, „Constitutional Aspects of Opinion 1/94 of the ECJ concerning WTO Agreement“, *International and Comparative Law Quarterly*, S. 440. Es heißt dort: „It should be noted that ‚shared competence‘ does not mean that the Community and the member States have separate competence for different parts of the Agreements, as if the Community had exclusive power for certain parts of the Agreements and the member States retained their exclusive powers for other parts. It means, rather, that any decision in respect of the areas covered by the Agreement is to be decided *jointly* by the Community and the member States“ (S. 460, Fußnote 79). Das bedeutet, wie Pescatore, *The Law of Integration*, Leiden, 1974, S. 47, zu Recht sagt: „The adoption of this procedure is therefore the expression of sharing of authority and not of concurrent authority“.

Mitgliedstaaten kommen könnte<sup>11</sup>. Angesichts insbesondere der Klarheit des Gutachtens 1/94 in diesem Punkt müßte allerdings für meine Begriffe anerkannt werden, daß die Zuständigkeit zum Abschluß der Gemeinschaft für die Bereiche zusteht, in denen bereits eine — nicht nur teilweise und marginale — Regelung nach Gemeinschaftsrecht erfolgt ist, während sie in Ermangelung einer solchen Regelung weiterhin den Mitgliedstaaten verbliebe.

Diese Überlegungen finden im Gutachten 1/94 ihre Bestätigung. Der Gerichtshof hat nämlich, eben um den Bedenken der Kommission wegen der praktischen Schwierigkeiten, die sich aus der Anerkennung einer mit den Mitgliedstaaten geteilten Zuständigkeit ergeben, Rechnung zu tragen, auf die Notwendigkeit einer engen Zusammenarbeit sowohl bei der Aushandlung und der Vereinbarung der entsprechenden vertraglichen Bestimmungen als auch bei deren Durchführung hingewiesen<sup>12</sup>. Dies hätte natürlich keinen Sinn, wenn man sich die Aufteilung der Zuständigkeit als auf die Vereinbarung derselben Norm und nicht auf unterschiedliche Teile ein und desselben Übereinkommens bezogen vorstellen müßte. Letztlich kann der Ausdruck „geteilte Zuständigkeit“ meiner

Meinung nach nur bedeuten, daß Mitgliedstaaten und Gemeinschaft in den Bereichen ihrer jeweiligen Zuständigkeit zumindest dann, wenn sich die erforderliche Zusammenarbeit nicht zu einer gemeinsamen Absicht verdichtet, das letzte Wort behalten.

14. Wenn dies das Bild auf Gemeinschaftsseite ist, so darf doch nicht vergessen werden, daß die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten das gesamte Paket der WTO-Übereinkommen unterzeichnet haben und daß damit sowohl Gemeinschaft als auch Mitgliedstaaten gegenüber den vertragsschließenden Drittstaaten Vertragspartei sind. Zwar ist die Genehmigung der Übereinkommen namens der Gemeinschaft auf die „in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche“ beschränkt, doch enthalten weder Schlußakte noch das WTO-Übereinkommen irgendeine Klausel über die Zuständigkeit<sup>13</sup>,

11 — Dieses Problem könnte auch, wie mir scheint, nicht durch die Aufstellung eines — nun seit allzu vielen Jahren im Entstehen begriffenen — Verhaltenskodex bewältigt werden, der die Modalitäten der Beteiligung der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft an der WTO bei der Ausübung der (jeweiligen) Zuständigkeiten in den Bereichen geteilter Zuständigkeit zu regeln hätte. Soweit hier von Belang, muß nämlich gesagt werden, daß der Entwurf eines Kodex bestätigt, daß der Ausdruck „geteilte Zuständigkeit“ nicht in dem Sinne zu verstehen ist, daß jede einschlägige Entscheidung im gemeinsamen Einvernehmen von Gemeinschaft und Mitgliedstaaten angenommen werden müßte. Der Kodex sieht zwar vor, daß die Kommission die Aufgabe hätte, die Verhandlungen zu führen, und alleiniger Sprecher der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten auf der Grundlage einer Ermächtigung nach Maßgabe einer zuvor abgesprochenen gemeinsamen Position wäre, ermächtigt aber die Mitgliedstaaten, wenn sich eine gemeinsame Position nicht findet, selbständig tätig zu werden. Zum Entwurf des Kodex vgl. V. Van den Bossche, *The EC and the Uruguay Round Agreements*, Universität Limburg, 1995, S. 17 ff.

12 — Gutachten 1/94 (zitiert in Fußnote 3, Randnrn. 106 bis 109).

13 — Die Aufnahme von Klauseln, die den Umfang der jeweiligen Zuständigkeit der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten bei gemeinsamer Beteiligung an ein und demselben Übereinkommen festlegen, wird immer häufiger. Vgl. z. B. das Wiener Übereinkommen zum Schutz der Ozonschicht vom 22. März 1985 (ABl. 1988, L 297, S. 10) und die Dritte Seerechts-Konvention der Vereinten Nationen (Montego Bay) vom 10. Dezember 1982. Eine ins einzelne gehende und strenge Festlegung des Umfangs der jeweiligen Zuständigkeiten der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten stellt außerdem ein Erfordernis dar, dem von den anderen Vertragsparteien große Bedeutung beigemessen wird, wie z. B. die Satzung der Ernährungs- und Landwirtschaftsorganisation der Vereinten Nationen (FAO) belegt, die geändert wurde, um den (am 26. November 1991 erfolgten) Beitritt der Gemeinschaft als Mitglied zu ermöglichen. Diese Satzung fordert nämlich eine Zuständigkeitserklärung, in der die Bereiche aufgeführt sind, für die die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit der Gemeinschaft übertragen haben und für die daher letztere berechtigt ist, sich völkerrechtlich zu verpflichten.

Für den Innenbereich der Gemeinschaft ist ferner eine Vereinbarung über die „Vorbereitung der Sitzungen der FAO sowie das Rede- und Stimmrecht“ getroffen worden, mit der die erforderliche Koordinierung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zwecks Durchführung der jeweiligen Aufgaben und/oder der Äußerungen zu bestimmten Fragen verwirklicht werden soll. Diese Vereinbarung konnte indessen nicht alle Meinungsverschiedenheiten beseitigen, so daß der Gerichtshof bereits über eine Streitigkeit in diesem Bereich zu entscheiden hatte (vgl. Urteil vom 19. März 1996 in der Rechtsache C-25/94, Kommission/Rat, Slg. 1996, I-1469).

und Gemeinschaft und Mitgliedstaaten sind gleichrangig als ursprüngliche Mitglieder genannt<sup>14</sup>.

Unter diesen Umständen muß man davon ausgehen, daß die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaft im Verhältnis zu anderen Vertragsstaaten eine einzige Vertragspartei oder zumindest Vertragsparteien sind, die für etwaige Vertragsverletzungen in gleicher Weise verantwortlich sind. Die offensichtliche Konsequenz ist, daß in solchen Fällen die Aufteilung der Zuständigkeiten lediglich interne Bedeutung hat<sup>15</sup>. Dieser Umstand könnte, wie wir noch näher sehen werden, für die Lösung des uns beschäftigenden Problems tatsächlich nicht unerheblich sein.

15. Dies vorausgeschickt, ist nun zu klären, welchen *Status* das TRIPS in der Gemeinschaftsrechtsordnung insbesondere bezüglich der wesentlichen Gesichtspunkte der Bindungswirkung und der Zuständigkeit zur Auslegung und Anwendung der streitigen Vertragsbestimmungen hat. Auf den

ersten Blick würde ich sagen, daß die Gemeinschaft die Bestimmungen des TRIPS lediglich „hinsichtlich der in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche“ zu beachten hat, d. h. nur und ausschließlich die Teile, für die ihr die Abschlusßzuständigkeit zusteht, so daß sie nur in diesen Grenzen verantwortlich wäre.

Eine solche Betrachtungsweise würde außerdem im Gegensatz zur Auffassung des vorliegenden Gerichts in unserem Fall zu der Feststellung führen, daß „Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung“ nur die Teile des Übereinkommens oder Gruppen von Bestimmungen wären, die in die Abschlusßzuständigkeit der Gemeinschaft fielen, und daß der Gerichtshof nur für deren Auslegung zuständig wäre, also den nationalen Gerichten eine Auslegungsautonomie für die Bereiche und die Bestimmungen verbliebe, für die die Mitgliedstaaten (jedenfalls für den Augenblick) ihre eigene Zuständigkeit behalten hätten.

14 — Vgl. Artikel XI des WTO-Übereinkommens. In Artikel IX Absatz 1 ist festgelegt: „Wenn die Europäischen Gemeinschaften ihr Stimmrecht ausüben, verfügen sie über eine Anzahl von Stimmen, die der Anzahl ihrer Mitgliedstaaten, die Mitglieder der WTO sind, entspricht.“ Ferner heißt es in einer Fußnote: „Die Anzahl der Stimmen der Europäischen Gemeinschaften und ihrer Mitgliedstaaten darf die Anzahl der Mitgliedstaaten der Europäischen Gemeinschaften in keinem Fall überschreiten.“

15 — In diesem Sinne hat sich ein Teil der Lehre in Zusammenhang mit der allgemeineren Erscheinung der gemischten Verträge ausgesprochen, selbstverständlich nur für den Fall, daß diese keine ausdrücklichen Zuständigkeitsklauseln aufweisen (vgl. u. a. Steenberg und Louis, *La répartition des compétences entre les Communautés, in: Les états fédéraux dans les relations internationales*, Brüssel, 1984). In die gleiche Richtung gehen auch einige Äußerungen des Gerichtshofes, der hervorgehoben hat, daß die Aufteilung der Zuständigkeiten eine interne Frage bleibt, zumal diese sich im Laufe der Zeit weiterentwickeln könnte (vgl. insbesondere Beschluß vom 14. November 1978, erlassen nach Artikel 103 Absatz 3 EAG-Vertrag, Slg. 1978, 2151, Randnr. 35).

16. Diese Auffassung ist von allen Mitgliedstaaten, die in der vorliegenden Rechtssache Erklärungen abgegeben haben, sowie vom Rat selbst vertreten worden; sie alle haben den Gerichtshof ersucht, sich als unzuständig für die Auslegung des Artikels 50 des TRIPS zu erklären. Anderer Meinung war nur die Kommission, die aufgrund der Prämisse, daß es keine vollkommene Parallelität zwischen Abschlusßzuständigkeit und Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofes gebe, die

Notwendigkeit einer einheitlichen Auslegung und Anwendung innerhalb der Gemeinschaft betont hat.

Allerdings hat die Kommission — die immerhin eingeräumt hat, daß es angesichts des Gutachtens und der erwähnten Begrenzung der Genehmigung der WTO-Übereinkommen seitens des Rates auf die „in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche“ tatsächlich keine Überraschung wäre, wenn der Gerichtshof seine Zuständigkeit verneinte — die Zuständigkeit *auch* aus Zweckmäßigkeitserwägungen hergeleitet. Sie hat folgendes dargelegt: a) Es gebe keine vollkommene und notwendige Parallelität zwischen der Abschlußzuständigkeit der Gemeinschaft und der Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofes, da die erstgenannte auf effektive und aktuelle Befugnisse der Gemeinschaft zurückgeführt werden müsse, die zweitgenannte aber auch aus „potentiellen“ Befugnissen der Gemeinschaft abgeleitet werden könne; b) der gemischte Vertrag sei eine einheitliche Übereinkunft zwischen der Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und den Drittstaaten andererseits, so daß auch Auslegung und Anwendung einheitlich sein müßten; c) die Auslegung der Gemeinschaftsbestimmungen, die, wenn auch nur in beschränktem Umfang, den Bereich harmonisiert hätten, müsse mit der der einstweiligen Maßnahmen übereinstimmen; d) das Gesamtpaket der WTO-Übereinkommen stelle ein einheitliches Ganzes dar, das eine an denselben Kriterien ausgerichtete Auslegung erfordere, um das Risiko abweichender Auslegungen durch den Gerichtshof und die nationalen Gerichte in Fragen von großer Bedeutung wie zum Beispiel der unmittelbaren Wirkung zu vermeiden.

17. Die von der Kommission angesprochenen Punkte sind nun allerdings im Schrift-

tum im Zusammenhang mit der allgemeinen Erscheinung der gemischten Verträge ganz anders behandelt und entschieden worden<sup>16</sup>. Der Gerichtshof selbst hat bisher eine klare und grundsätzliche Antwort nicht gegeben. Er hat nämlich mehrfach Bestimmungen in gemischten Verträgen ausgelegt, ohne aber dabei festzustellen, ob seine Zuständigkeit darauf beruhte, daß die betreffenden Bestimmungen mit Sicherheit in den Bereich der Gemeinschaftszuständigkeit gehörten, oder darauf, daß seine Zuständigkeit alle Bestimmungen eines gemischten Vertrages erfaßt<sup>17</sup>. Ausgangspunkt war häufig, daß diese Art von Abkommen, selbstverständlich, „soweit es die Gemeinschaft betrifft“,

16 — Nach Meinung einiger Autoren stellt der Abschluß eines gemischten Vertrages, da diese Möglichkeit im EG-Vertrag nicht vorgesehen sei, eine stillschweigende Ergänzung des EG-Vertrags dar, durch die der gesamte gemischte Vertrag Teil des Gemeinschaftsrechts werde, so daß der Gerichtshof ohne weiteres zuständig sei, einen gemischten Vertrag insgesamt auszulegen (vgl. in diesem Sinn Bleckmann, „Der Gemischte Vertrag im Europarecht“, in: *Europarecht*, 1976, S. 301 ff.). Nach anderen Autoren läßt sich hingegen der gemischte Vertrag in zwei Teile aufspalten: einen gemeinschaftlichen Teil, der ganz wie ein in die ausschließliche Zuständigkeit der Gemeinschaft fallender Vertrag Bestandteil des Gemeinschaftsrechts werde, und einen zweiten Teil, der in der Zuständigkeit der Mitgliedstaaten verbleibe (vgl. in diesem Sinn u. a. Ehlermann, „Mixed Agreements: a List of problems“, in: O’Keeffe und Schermers (Herausgeber): *Mixed Agreements*, Deventer, 1983, S. 3 ff., der die Heranziehung von Artikel 228 erwägt, um alle Koordinierungsprobleme zu lösen, die bei der gemischten Beteiligung entstehen können, und um festzulegen, unter welchen Bedingungen und in welchem Umfang die Staaten sich an solchen Verträgen beteiligen können. Der Zusammenhang des Gutachtens 1/94 beweist allerdings, daß eine vorherige Äußerung des Gerichtshofes im Sinne von Artikel 228 nicht alle Probleme lösen kann. Ich muß kaum darauf hinweisen, daß sich der Gerichtshof darauf beschränkt hat, eine allgemeine Koordinierungspflicht in Erinnerung zu rufen; er hätte wohl auch angesichts fehlender Vorschriften in diesem Bereich kaum anders verfahren können). Gegen eine Auslegung aller Bestimmungen eines gemischten Vertrages durch den Gerichtshof unabhängig von einer Prüfung der Zuständigkeit der Gemeinschaft oder der Mitgliedstaaten auch Schermers-Waelbroeck, *Judicial protection in the European Communities*, Deventer, 1992, S. 430, sowie Hartley, *The Foundations of European Community Law: an introduction to the constitutional and administrative law of the European Community*, Oxford, 1994, S. 186 und S. 273 ff.

17 — Vgl. z. B. Urteil vom 30. April 1974 in der Rechtssache 181/73 (Haegeman, Slg. 1974, 449) zur Auslegung des Assoziierungsabkommens mit Griechenland; Urteil vom 5. Februar 1976 in der Rechtssache 87/75 (Bresciani, Slg. 1976, 129) zur Auslegung des Jaunde-Abkommens 1963; Urteil vom 24. November 1977 in der Rechtssache 65/77 (Razanatsimba, Slg. 1977, 2229) zur Auslegung des Abkommens von Lomé. Aus jüngerer Zeit vgl. Urteil vom 31. Januar 1991 in der Rechtssache C-18/90 (Kziber, Slg. 1991, I-199) und vom 5. April 1995 in der Rechtssache C-103/94 (Krid, Slg. 1995, I-719) zur Auslegung der Kooperationsverträge mit Marokko bzw. Algerien.

als Handlung eines der Organe der Gemeinschaft im Sinne des Artikels 177 mit der Folge zu betrachten sei, daß seine Bestimmungen „Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung“ seien und der Gerichtshof daher dafür zuständig sei, sich im Wege der Vorabentscheidung zu ihrer Auslegung zu äußern<sup>18</sup>.

Das Bestehen einer Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Auslegung gemischter Verträge — unabhängig von einer Prüfung, die feststellen soll, ob für die betreffende Einzelschrift die Abschlußzuständigkeit der Gemeinschaft oder die der Mitgliedstaaten gegeben ist — wurde zum ersten Mal ausdrücklich in der Rechtssache Demirel in Zweifel gezogen<sup>19</sup>. Bei dieser Gelegenheit haben nämlich einige Regierungen die Unzuständigkeit des Gemeinschaftsrichters zur Auslegung der Vorschriften über die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gerügt, da diese ihrer Auffassung nach zur besonderen Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gehörten.

18 — In diesem Sinn vgl. bereits Urteil Haegeman (zitiert in Fußnote 17, Randnrn. 3/5 und 6). Gerade wegen solcher Feststellungen hat Generalanwalt Trabucchi in seinen Schlußanträgen in der Rechtssache Bresciani (zitiert in Fußnote 17) den Standpunkt vertreten, daß „dann, wenn ein innerstaatliches Gericht darüber zu befinden hat, ob eine Handlung oder ein Verhalten eines Mitgliedstaats mit den Verpflichtungen der Gemeinschaft aus einem internationalen Abkommen, das nach Artikel 228 Absatz 2 EWG-Vertrag zugleich alle Mitgliedstaaten bindet, im Einklang steht, eine Inzidentprüfung des Abkommens völlig zulässig, ja sogar notwendig ist, um die im Vertrag wurzelnde gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung des Staates, deren Inhalt in dem die Gemeinschaft bindenden Abkommen festgelegt ist, näher zu bestimmen.“ Er hat in diesen Schlußanträgen ferner darauf hingewiesen, daß „um die Tragweite einer gemeinschaftsrechtlichen Verpflichtung des Mitgliedstaats zu bestimmen, ... immer auch Gemeinschaftsrecht auszulegen“ sei (Slg. 1976, 146 f.).

19 — Urteil vom 30. September 1987 in der Rechtssache 12/86 (Demirel, Slg. 1987, 3719) zur Auslegung des Assoziierungsabkommens mit der Türkei.

18. Die Antwort des Gerichtshofes beruht auf zwei unterschiedlichen Argumenten. Er hat erstens unter Hinweis auf die besondere Typologie und Natur des in dieser Rechtsache maßgebenden Abkommens klargestellt, daß die Zuständigkeit zum Abschluß von Assoziierungsabkommen nach Artikel 238 alle im Vertrag geregelten Bereiche erfaßt, zu denen mit Sicherheit die Freizügigkeit der Arbeitnehmer gehört, so daß sich in diesem Fall kein Problem der Auslegung von Bestimmungen eines gemischten Abkommens stellen konnte, das in die *ausschließliche* Zuständigkeit der Mitgliedstaaten gefallen wäre<sup>20</sup>. Zweitens hat der Gerichtshof dann festgestellt, daß „die Mitgliedstaaten, indem sie dafür sorgen, daß die Verpflichtungen aus einem von den Gemeinschaftsorganen geschlossenen Abkommen eingehalten werden, im Rahmen der Gemeinschaftsordnung eine Pflicht gegenüber der Gemeinschaft [erfüllen], die die Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung des Abkommens übernommen hat“<sup>21</sup>; damit hat er die gemeinschaftsrechtliche Bedeutung der Pflicht der Mitgliedstaaten herausgestellt, ein gemischtes Abkommen in seiner Gesamtheit zu beachten.

Diesen Feststellungen, die sicher für die Lösung unseres Problems nicht entscheidend sind, läßt sich wohl zum einen entnehmen, daß die Auslegungszuständigkeit nach

20 — Urteil Demirel (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 9). Vgl. hierzu auch die Bemerkung von Generalanwalt Darmon in seinen Schlußanträgen in dieser Rechtssache, wonach „die Lösung des Problems Ihrer Zuständigkeit im vorliegenden Fall meiner Ansicht nach jedoch nicht die Entwicklung einer allgemeinen Theorie auf diesem Gebiet [erfordert], [obzwar] eine solche Theorie nützlich [wäre]“ (Slg. 1987, 3737 ff., Nr. 13).

21 — Urteil Demirel (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 11). Vgl. ferner Schlußanträge von Generalanwalt Darmon (zitiert in Fußnote 19), in denen er unterstreicht, daß die Rechtsprechung, was den gemeinschaftsrechtlichen Charakter der Verpflichtung der Mitgliedstaaten, von der Gemeinschaft abgeschlossene Abkommen einzuhalten, sehr klar sei, daß sie aber „kein Kriterium für die Zuständigkeit fest[legt] und auch nicht ausdrücklich den Fall aus[schließt], daß eine Bestimmung in einem gemischten Abkommen ihrer Natur nach oder aufgrund eines ... ausdrücklichen Vorbehalts nicht in die Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofes fallen könnte“.

Artikel 177 nach Meinung des Gerichtshofes nur für Bereiche nicht gegeben wäre, die in die ausschließliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen<sup>22</sup>, und daß zum anderen die Gemeinschaft, sobald es sich um ein von den Gemeinschaftsorganen geschlossenes Abkommen handelt (mag es auch ein gemischtes sein), für das gesamte Abkommen verantwortlich ist<sup>23</sup>. Ich bin, wie ich hinzufügen möchte, nicht der Auffassung, daß diese Erwägungen auf Assoziierungsabkommen als die Abkommen beschränkt werden können, für die eine ausschließliche Abschlußzuständigkeit der Gemeinschaft auf dem Vertrag selbst, hier Artikel 238, beruht. Wenn auch einzuräumen ist, daß gemischte Abkommen je nach Intensität der Beteiligung der Staaten ganz unterschiedlich sein können<sup>24</sup>, so kann doch das hier anstehende Problem sowohl bei einem Assoziierungsabkommen, das in der Form eines gemischten Abkommens geschlossen wurde, als auch bei (ebenfalls gemischten) Abkommen, für die sich ad hoc keine Rechtsgrundlage im Vertrag findet, nur in der gleichen Weise auftreten.

22 — Vgl. hierzu Gaja, „Sull'interpretazione degli accordi misti da parte della Corte di giustizia“, *Rivista di diritto internazionale*, 1988, S. 605. Nach dem Hinweis, daß der Gerichtshof in diesem Urteil nicht entschieden habe, daß alle Bereiche, die in Assoziierungsabkommen oder anderen gemischten Abkommen geregelt seien, damit zu Bereichen in Gemeinschaftszuständigkeit würden, legt der Autor dar, daß die Zuständigkeit des Gerichtshofes sich nicht auf Vorschriften gemischter Abkommen erstrecke, deren Gegenstand dem Gemeinschaftsrecht fremd sei. Gleichwohl räumt er, wenn auch mit Vorsicht, ein, daß eine Ausnahme vorstellbar sei „bei einem Vertragsverletzungsverfahren gegenüber einem Mitgliedstaat, dessen Verhalten, das gegen seine Pflichten aus dem gemischten Abkommen verstößt, negative Auswirkungen für die Gemeinschaft mit sich bringt“.

23 — Aufgrund der Prämisse, daß die Mitgliedstaaten nicht nur gegenüber anderen Mitgliedstaaten, sondern auch gegenüber der Gemeinschaft eine Verpflichtung übernehmen haben, ist darauf hingewiesen worden, daß die Nichterfüllung des Abkommens jedenfalls die Haftung der Gemeinschaft neben der Einzelhaftung des betreffenden Staates begründe, so daß ein Interesse der Gemeinschaft und insbesondere des Gerichtshofes an einer einheitlichen Anwendung, Durchführung und Auslegung aller Bestimmungen und eine entsprechende Befugnis bestehe (vgl. in diesem Sinn Nolte, „Anmerkung zur Rechtssache 12/86“, *Common Market Law Review*, 1988, S. 403 ff.).

24 — Vgl. hierzu Neuwahl, „Shared Powers or Combined Incompetence? More on Mixity“, *Common Market Law Review*, 1996, S. 667 ff. Allgemein vgl. Bourgeois, Dewost, Gaiffe (Herausgeber): *La Communauté européenne et les accords mixtes. Quelles perspectives?*, Brügger Vorträge, Nr. 11, 1997.

19. Wenn ich nun zu unserem Fall zurückkehre, möchte ich zunächst darauf hinweisen, daß man sich, falls feststünde, daß es Regelungsbereiche gibt, die in die (ausschließliche) Zuständigkeit nur der Mitgliedstaaten fallen, gewiß darüber verständigen könnte, daß es einer vollständigen Abstimmung der Anwendung und damit der Auslegung der verschiedenen Bestimmungen eines gemischten Abkommens nicht bedürfte. Eine beim Gerichtshof zentralisierte Auslegung für sämtliche Bereiche der betreffenden Regelung wäre tatsächlich nicht unerlässlich, zumal wenn man an die Störungen denkt, zu denen es kommen würde, wenn dem Gerichtshof das letzte Wort bei der Auslegung der gemischten Abkommen insgesamt gegeben würde. Man müßte sich zum Beispiel fragen, warum das nationale Gericht oder auch die Verwaltung — bei der Anwendung der Bestimmungen von Abkommen, an denen im wesentlichen nur der Staat (und nicht auch die Gemeinschaft) beteiligt wäre — an die Auslegung des Gerichtshofes gebunden sein sollte und nicht, wie ich einmal annehmen will, an die von ihnen selbst oder von einem WTO-Ausschuß im Rahmen der Mechanismen der Streitbeilegung gegebene Auslegung, wobei noch an die unvermeidbaren Auswirkungen unter dem Blickwinkel der Haftung zu denken wäre<sup>25</sup>.

Die hier untersuchte Situation ist indessen ganz anders oder zumindest nicht so eindeutig. Die Antwort des Gerichtshofes angesichts der von der Kommission dargelegten

25 — Gerade in dieser Hinsicht hat die britische Regierung einige Besorgnis gezeigt. Für den Fall, daß der Gerichtshof seine eigene Zuständigkeit zur Auslegung des gesamten WTO-Übereinkommenspakets bejahen sollte, erwägt das Vereinigte Königreich für die Zukunft eine größere Zurückhaltung der Mitgliedstaaten bei der Unterzeichnung gemischter Abkommen und zum anderen eine stärkere Hinwendung zu völlig anderen Regelungsbereichen.

negativen Auswirkungen bei geteilter Zuständigkeit auf der Ebene der Konsensbildung und damit der Anwendung der WTO-Bestimmungen war äußerst klar: „[D]as Problem der Verteilung der Zuständigkeit [kann] nicht nach Maßgabe eventueller Schwierigkeiten geregelt werden, die bei der Durchführung auftreten können.“<sup>26</sup> Andererseits wurde im selben Gutachten auch hervorgehoben, daß die Bereiche, für die eine geteilte Zuständigkeit beansprucht wird, keine „vorbehaltenen Bereiche“ der Mitgliedstaaten sind und mithin nicht außerhalb des Gemeinschaftsrechts stehen.

nur im nationalen Rahmen Bedeutung hat<sup>27</sup>; ebenso wenig ist auszuschließen, daß eine bestimmte nationale Auslegung sich auf die Anwendung von Gemeinschaftsbestimmungen und/oder auf das Funktionieren des Systems als Ganzes auswirken könnte<sup>28</sup>. Das Erfordernis der Einheitlichkeit von

20. Unter diesen Umständen ist nicht zu übersehen, daß die Heranziehung der zunächst dargestellten Konstruktion, wonach der Gerichtshof zuständig zur Auslegung nur der Bestimmungen wäre, für die die Gemeinschaft Abschlußzuständigkeit hätte, nicht aber auch der Vorschriften, für die weiterhin eine Abschlußzuständigkeit der Mitgliedstaaten bestünde, nur auf den ersten Blick einfach und klar ist. Sie erweist sich in Wahrheit schon aufgrund der möglichen Verknüpfung zwischen mehreren Bestimmungen desselben Abkommens als problematisch in dem Sinne, daß es nicht leicht sein mag, genau festzustellen, ob eine bestimmte Vorschrift (auch) im Gemeinschaftsrahmen oder

27 — Vgl. insoweit z. B. Rideau, „Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes; réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux“, *Revue générale de droit international public*, 1990, S. 289 ff. Der Autor zeigt, daß eine Aufteilung der Zuständigkeiten zwischen nationalen Gerichten und dem Gerichtshof „sich wegen der Schwierigkeiten der Zuweisung der verschiedenen Bestimmungen des Abkommens zu dem einen oder dem anderen Zuständigkeitsbereich und der Gefahren von Abweichungen bei der Anwendung des gemischten Abkommens als heikel erweisen [kann]“ (S. 347). Die gleiche Einschätzung des Erfordernisses einheitlicher Anwendung der Bestimmungen, die zum Gemeinschaftssystem gehören, findet sich in den Schlußanträgen von Generalanwalt Darmon in der Rechtssache Demirel (zitiert in Fußnote 20); nicht viel anders auch die in bezug auf die Auslegung der WTO-Bestimmungen vertretene Auffassung von Eeckhout, „The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems“, *Common Market Law Review*, 1997, S. 11 ff.

28 — Insoweit ist hier darauf hinzuweisen, daß die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Auslegung der Bestimmungen des TRIPS, die sich mit der Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums befassen, nicht nur bezüglich der möglicherweise erheblichen Punkte der Gemeinschaftsregelung über das Verbot der Überführung nachgeahmter Waren in den zollrechtlich freien Verkehr, sondern auch in bezug auf die Regelung der Gemeinschaftsmarke durch die Verordnung (EG) Nr. 40/94 (ABl. L 11, S. 1) als zweifelsfrei anzusehen ist. Diese Verordnung enthält allerdings eine besondere Vorschrift über einstweilige Maßnahmen (Artikel 99) mit der wirklich paradoxen Folge, daß die Zuständigkeit zur Auslegung derselben Bestimmung desselben Übereinkommens, im vorliegenden Fall des Artikels 50 des TRIPS, je nach Sachlage bald dem Gemeinschaftsrichter, bald dem nationalen Gericht zustünde. Außerdem muß man darauf hinweisen, daß eben diese Verteilung der Auslegungszuständigkeit auf den Gemeinschaftsrichter und die nationalen Gerichte zu Konsequenzen von nicht geringer Bedeutung für das Funktionieren des Gesamtsystems schon beispielsweise bei der (tatsächlich naheliegenden) Möglichkeit führen würde, daß der eine und die anderen in der Frage der unmittelbaren Wirkung zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangten. Kennzeichnend insoweit, wenn auch recht eigenartig und widersprüchlich, ist der in der Sitzung von der französischen Regierung geäußerte Standpunkt, da sie zwar auf der Unzuständigkeit zur Auslegung des Artikels 50 des TRIPS bestanden, zugleich aber dem Gerichtshof empfohlen hat, dem vorliegenden Gericht irgendeinen Hinweis zum Fehlen einer unmittelbaren Wirkung der WTO-Bestimmungen einschließlich des TRIPS zu geben, und zwar genau zu dem Zweck, abweichende Auslegungen in einer so bedeutungsvollen Frage zu verhindern.

26 — Gutachten 1/94 (zitiert in Fußnote 3, Randnr. 107).

Auslegung und Anwendung aller betreffenden Abkommensbestimmungen könnte daher zu Recht als grundlegende Voraussetzung betrachtet werden<sup>29</sup>.

Hinzukommt, daß weitere Schwierigkeiten infolge der Konsequenzen auftreten könnten, die für die Gemeinschaft unabhängig davon, wem ein Verstoß gegen die betreffenden Abkommensbestimmungen anzulasten wäre, aus ihrer völkerrechtlichen Verantwortung entstehen können<sup>30</sup>. Schon der Umstand, daß die Gemeinschaft im Verhältnis zu dritten vertragschließenden Staaten Partei ist und ein (auch) von der Gemeinschaft geschlossenes Abkommen nach Artikel 228 des Vertrages sowohl die Mitgliedstaaten als auch die Gemeinschaftsorgane bindet, kann nur zu dem Schluß führen, daß die Gemeinschaft für jeden Bereich des betreffenden Übereinkommens verantwortlich ist. Daher die Vorabentscheidungs-

befugnis des Gerichtshofes, um die Einheitlichkeit der Auslegung und damit der Anwendung der betreffenden Bestimmungen des Übereinkommens innerhalb der Gemeinschaft sicherzustellen und das Interesse der Gemeinschaft daran zu wahren, nicht für Zuwiderhandlungen eines oder mehrerer Mitgliedstaaten verantwortlich gemacht zu werden<sup>31</sup>.

21. Es kommt aber noch ein weiteres hinzu. Bei Erfüllung ihrer Pflicht zur Kooperation und des Erfordernisses einheitlicher Vertretung nach außen, wie sie der Gerichtshof im Gutachten 1/94 festgestellt hat<sup>32</sup>, sind die Mitgliedstaaten und die Gemeinschaftsorgane zu einer engen Zusammenarbeit sowohl bei der Aushandlung und Vereinbarung der betreffenden Abkommens-

29 — Hier bedarf es wohl des Hinweises, daß eine solch grundlegende Voraussetzung tatsächlich nicht das Ziel verfolgt, „künftige unterschiedliche Auslegungen zu verhindern“, wie es der Gerichtshof herausgestellt hat, um seine Zuständigkeit zur Auslegung nationaler Rechtsvorschriften zu bejahen, die zwar auf das Gemeinschaftsrecht verweisen oder mit den entsprechenden Gemeinschaftsvorschriften übereinstimmend abgefaßt, aber zur Anwendung außerhalb des Anwendungsbereichs des Gemeinschaftsrechts bestimmt sind (Urteil vom 18. Oktober 1990 in den verbundenen Rechtssachen C-297/88 und C-197/89, Dzodzi, Slg. 1990, I-3763, Randnr. 37; diese Rechtsprechung ist zuletzt bestätigt worden in den Urteilen vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-28/95, Leur-Bloem, Slg. 1997, I-4161, Randnr. 32, und in der Rechtssache C-130/95, Giloy, Slg. 1997, I-4291, Randnr. 28). Man könnte gewiß versucht sein, die gleiche Argumentation, wenn auch naturgemäß mit einigen Anpassungen, auf den uns beschäftigenden Fall anzuwenden, indem man insbesondere das Ziel, künftige unterschiedliche Auslegungen zu verhindern, mit der *potentiellen* Gemeinschaftszuständigkeit verknüpfen würde. Die Situation ist indessen entschieden anders gelagert, da zum einen die Abkommensbestimmung, um die es geht, nicht auf irgendeine Gemeinschaftsbestimmung verweist oder sie übernimmt; zum anderen besteht im vorliegenden Fall ein aktuelles und keineswegs potentielles Erfordernis einheitlicher Auslegung. Auf jeden Fall läßt sich nicht verschweigen, daß die Ausdehnung des Denkansatzes im Urteil Dzodzi auf den vorliegenden Fall auf einen allgemeineren Widerspruch zur Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Zulässigkeit von Vorlagen insbesondere bei hypothetischen und/oder rein internen Fragen hinausläuft (vgl. hierzu bereits meine Ausführungen in den Schlussanträgen in der Rechtssache C-346/93, Urteil vom 28. März 1995, Kleinwort Benson, Slg. 1995, I-617, insbesondere Nrn. 25 bis 27).

30 — Vgl. hierzu bereits die Ausführungen oben, Nrn. 14 und 18.

31 — Nicht überflüssig erscheint hier der Hinweis, daß im Urteil vom 26. Oktober 1982 in der Rechtssache 104/81 (Kupferberg, Slg. 1982, 3641) bei einem (allerdings nicht gemischten) Abkommen Gewicht vor allem auf die Notwendigkeit einheitlicher Auslegung der Vorschriften gelegt wurde, die Teil der Gemeinschaftsrechtsordnung sind, darunter auch die internationalen Abkommen. Aufgrund der Prämisse, daß die Gemeinschaftsorgane und die Mitgliedstaaten gemeinsam die Einhaltung der von der Gemeinschaft abgeschlossenen Abkommen sicherzustellen haben, hat der Gerichtshof nämlich festgestellt, daß die Mitgliedstaaten eine Pflicht erfüllen, die nicht nur dem betroffenen Drittland, „sondern auch und vor allem der Gemeinschaft gegenüber besteht, die die Verantwortung für die ordnungsgemäße Durchführung des Abkommens übernommen hat“ (Randnr. 13), ein Hinweis, der mir besonders kennzeichnend zu sein scheint und der auch in bezug auf ein gemischtes Abkommen im Urteil Demirel (zitiert in Fußnote 19, Randnr. 11) bestätigt worden ist. Sind aber die Abkommensbestimmungen, auch wenn sie in gemischten Abkommen enthalten sind, Teil des Gemeinschaftsrechts, wie es der Gerichtshof bereits im Urteil Haegeman (zitiert in Fußnote 17) festgestellt hat, so folgt daraus, daß auch und vor allem für solche Abkommen die Feststellung gilt, daß „[w]egen ihres gemeinschaftsrechtlichen Charakters ... diese vertraglichen Bestimmungen innerhalb der Gemeinschaft keine unterschiedlichen Rechtswirkungen entfalten [können], je nachdem, ob sie in der Praxis von den Gemeinschaftsorganen oder von den Mitgliedstaaten anzuwenden sind, und im letztgenannten Fall je nachdem, welche Wirkungen das Recht des jeweiligen Mitgliedstaats den von diesem abgeschlossenen internationalen Abkommen innerhalb der innerstaatlichen Rechtsordnung zuerkennt“ (Urteil Kupferberg, Randnr. 14).

32 — Im gleichen Sinn bereits Beschluß 1/78 (zitiert in Fußnote 15, Randnr. 36) und Gutachten 2/91 vom 19. März 1993 (Slg. I-1061, Randnr. 36) sowie zuletzt Urteil Kommission/Rat (zitiert in Fußnote 13, Randnr. 48).

bestimmungen als auch, was noch wichtiger ist, bei der Anwendung verpflichtet, haben also letztlich nach einer gemeinsamen Position zu suchen<sup>33</sup>.

Wenn das aber zutrifft, dann muß auch anerkannt werden, daß das Fehlen einer zentralen Auslegung die Gefahr mit sich brächte, daß alle Ergebnisse, die aufgrund der Pflicht zur Zusammenarbeit bei der Aushandlung und Vereinbarung der betreffenden Abkommensbestimmungen erzielt worden wären, zunichte würden. Es kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, daß gerade bei Punkten, über die man eine gemeinsame Vereinbarung getroffen hätte, eine Zerstückelung in fünfzehn verschiedene Auslegungen seitens nationaler Gerichte entstände, was die Durchführung einer Koordinierung bei der Anwendung der betreffenden Abkommensbestimmungen zu einer bloßen Chimäre werden ließe. So gesehen könnte man sehr wohl sagen, daß die Auslegung, die dem Gerichtshof aufgetragen ist, seinen Beitrag zur Erfüllung der Pflicht zur Zusammenarbeit zwischen Organen und Mitgliedstaaten darstellt, wie er selbst sie im Gutachten 1/94 unterstrichen hat.

33 — Das Fehlen einer engen Koordinierung zwischen Gemeinschaftsorganen und Mitgliedstaaten würde nämlich — angesichts der Ineffektivität, die unweigerlich mit dem Fehlen einer gemeinsamen Stimme und vor allem stimmiger Verhaltensregeln und Verhaltensweisen verbunden wäre — erhebliche Nachteile sowohl bei etwaigen zukünftigen Verhandlungen im Rahmen der WTO als auch ganz allgemein dann mit sich bringen, wenn eine Stellungnahme zu einer im TRIPS geregelten Frage notwendig würde (vgl. hierzu Vellano, „La Comunità europea e i suoi Stati membri dinanzi al sistema di risoluzione delle controversie dell'Organizzazione Mondiale del Commercio: alcune questioni da risolvere“, *La Comunità Internazionale*, 1996, S. 499 ff. Insbesondere würde, wie die Kommission vor dem Gerichtshof unterstrichen hat, der Mechanismus der sog. gekreuzten Retorsion, wie er in Artikel 22 der Vereinbarung über Streitbeilegung vorgesehen ist, womöglich in den Bereichen geteilter Zuständigkeit viel von seiner Wirksamkeit verlieren. Es versteht sich nämlich von selbst, daß mangels einer entsprechenden Vereinbarung ein Mitgliedstaat, der sein Retorsionsrecht im Bereich der Waren und in dem der Dienstleistungen oder des geistigen Eigentums ausüben möchte, hierzu nicht berechtigt wäre. Ebenso wäre die Gemeinschaft mangels einer Vereinbarung mit den Mitgliedstaaten nicht befugt, das Retorsionsrecht in den Bereichen des GATS und des TRIPS auszuüben, die (noch) in die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fallen.

Schließlich noch ein mehr allgemeiner Hinweis. Das Rechtssystem der Gemeinschaft ist zwar durch das Zusammenwirken von Rechtsnormen verschiedenen Ursprungs, völkerrechtlichen, gemeinschaftsrechtlichen und nationalen, gekennzeichnet. Es bleibt aber stets ein System, daß nach außen einheitlich funktionieren und gelten will. Dies ist, wenn man will, die Logik des Systems, das zwar den Fortbestand der Staatlichkeit seiner Mitglieder und die Individualität aller seiner Angehörigen sicherstellen, zugleich aber Einheitlichkeit verwirklichen soll. Eine wesentliche Garantie für die Treue zu dieser Zielsetzung, die der Gerichtshof als Solidaritätspflicht qualifiziert hat, ist sicherlich der Mechanismus der gerichtlichen Kontrolle, die mit dem Vertrag geschaffen wurde und die der Mitwirkung sowohl des Gemeinschaftsrichters als auch der nationalen Gerichte bedarf.

#### Zur unmittelbaren Wirkung des Artikels 50 des TRIPS

22. Nachdem die Zuständigkeit des Gerichtshofes zur Auslegung sämtlicher Bestimmungen des TRIPS im Wege der Vorabentscheidung festgestellt wurde, ist zunächst noch vor inhaltlicher Prüfung der Vorlagefrage zu untersuchen, ob Artikel 50 Absatz 6 des TRIPS, um dessen Auslegung ersucht wird, unmittelbare Wirkung zukommt. Das vorliegende Gericht hat dem Gerichtshof keine entsprechende Frage gestellt, weil es, wie dem Vorlageurteil zu entnehmen ist, davon ausging, daß diese Bestimmung mit Sicherheit unmittelbare Wirkung hat. Diese Annahme — der im übrigen sowohl alle beteiligten Mitgliedstaaten mit Ausnahme der Niederlande als auch der Rat und die Kommission entschie-

den entgegengetreten sind — ändert nichts daran, daß, sollte Artikel 50 Absatz 6 des TRIPS keine unmittelbare Wirkung zukommen, Hermès sich beim vorlegenden Gericht nicht auf ihn berufen könnte, um die Unvereinbarkeit der entsprechenden nationalen Regelung und damit gegebenenfalls ihre Unanwendbarkeit auf den Rechtsstreit geltend zu machen.

Offensichtlich ist die Frage der unmittelbaren Wirkung der betreffenden Bestimmung unbestreitbar erheblich für die Entscheidung im Ausgangsverfahren und der inhaltlichen Prüfung der dem Gerichtshof gestellten Frage vorgelagert. Außerdem kann die ständige Rechtsprechung des Gerichtshofes, wonach das nationale Gericht darüber zu befinden hat, ob die Entscheidung des Rechtsstreits von der Klärung einer bestimmten Frage abhängt und somit eine Vorlage an den Gerichtshof erforderlich ist oder nicht<sup>34</sup>, nicht so verstanden werden, daß sie einer Beantwortung dieser Frage durch den Gemeinschaftsrichter entgegenstehe. Ich möchte insoweit darauf hinweisen, daß sich der Gerichtshof gerade wegen des Geistes der Zusammenarbeit, der dem Verfahren des Artikels 177 zugrunde liegt, des öfteren dahin geäußert hat, daß er dem vorlegenden Gericht „alle zweckdienlichen Anhaltspunkte für die Auslegung zu geben“ hat<sup>35</sup>. Ich bin daher der Meinung, daß der

Gerichtshof, auch wenn eine spezifische Frage in dieser Richtung nicht gestellt wurde, befugt ist, sich zur unmittelbaren Wirkung dieser Bestimmung des TRIPS zu äußern, gerade um dem vorlegenden Gericht eine nützliche Antwort zu geben, das ja die unmittelbare Wirkung der Bestimmung, um dessen Auslegung es ersucht, als gegeben vorausgesetzt hat.

23. Ich weise vor allem darauf hin, daß die Zweifel bezüglich der unmittelbaren Wirksamkeit der Bestimmungen des TRIPS und allgemein der Bestimmungen des WTO-Übereinkommens unter mehr als einem Gesichtspunkt angebracht sind. Ich verweise insbesondere auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes, der den Bestimmungen des GATT 1947 unmittelbare Wirkung abgesprochen hat, sowie darauf, daß es in der letzten Begründungserwägung des Beschlusses 94/800, mit dem die Gemeinschaft die im Anschluß an die multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde abgeschlossenen Übereinkommen genehmigt hat, wörtlich heißt, daß das „Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge ... nicht so angelegt [ist], daß es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten angeführt werden kann“.

34 — Vgl. u. a. Urteile vom 13. Dezember 1994 in der Rechtssache C-306/93 (SMW Winzersekt, Slg. 1994, I-5555, Randnr. 15) und vom 5. Dezember 1996 in der Rechtssache C-85/95 (Reisdorf, Slg. 1996, I-6257, Randnr. 15).

35 — Urteil vom 6. November 1979 in den verbundenen Rechtssachen 16/79 bis 20/79 (Danis, Slg. 1979, 3327, Randnr. 8). Vgl. allgemein Urteil vom 25. Juni 1992 in der Rechtssache C-147/91 (Ferrer Laderer, Slg. 1992, I-4097), in dem es heißt, daß „es im Rahmen des durch Artikel 177 eingeführten Verfahrens der Zusammenarbeit zwischen innerstaatlichen Gerichten und dem Gerichtshof Aufgabe des Gerichtshofes ist, durch Auslegung der in Betracht kommenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften dem innerstaatlichen Richter eine für die Entscheidung des bei ihm anhängigen Verfahrens sachdienliche Antwort zu geben“ (Randnr. 6).

Für die Lösung dieses Problems ist es meines Erachtens unerlässlich, vor allem zu klären, ob eine solche „Erklärung“, die ausdrücklich die Möglichkeit ausschließt, daß sich einzelne vor den zuständigen Rechtsprechungsorganen auf die Bestimmungen des WTO-Übereinkommens berufen können, so verstanden werden kann oder sogar muß,

daß der Gerichtshof nicht zu einer anderen Lösung gelangen kann. Die Antwort kann, um es gleich zu sagen, nur negativ ausfallen.

24. Zunächst einmal handelt es sich um eine Aussage, die nur in den Begründungserwägungen, nicht aber im verfügenden Teil des Beschlusses des Rates enthalten ist, mit dem die Genehmigung der WTO-Übereinkommen erklärt worden ist, was ihre Bedeutung, wohlgernekt rechtlich gesehen, erheblich verringert. Zweitens und vor allem ist hier daran zu erinnern, daß der Gerichtshof bereits festgestellt hat, daß es nach den Grundsätzen des Völkerrechts den Gemeinschaftsorganen, die für das Aushandeln und den Abschluß eines Abkommens mit einem dritten Land zuständig sind, unbenommen bleibt, mit diesem Land zu vereinbaren, welche Wirkungen die Bestimmungen des Abkommens in der internen Rechtsordnung der Vertragsparteien haben sollen, freilich nicht ohne hinzuzufügen, daß „wenn diese Frage durch das Abkommen nicht geregelt worden ist, ... die zuständigen Gerichte und insbesondere der Gerichtshof im Rahmen seiner Zuständigkeit aufgrund des Vertrages über diese Frage ebenso wie über jede andere Auslegungsfrage in Zusammenhang mit der Anwendung des Abkommens in der Gemeinschaft zu entscheiden [haben]“<sup>36</sup>.

Dies genügt meines Erachtens bereits, um feststellen zu können, daß die in Rede stehende Begründungserwägung angesichts des Fehlens einer dahingehenden Regelung zwischen allen Vertragsparteien kein Hinderungsgrund für den Gerichtshof sein kann,

zu einem anderen Ergebnis zu gelangen<sup>37</sup>. Allerdings haben selbst die Gegner einer unmittelbaren Wirkung der betreffenden Begründungserwägung entscheidende Bedeutung beigemessen. Die Kommission beispielsweise hat nur geltend gemacht, der Gemeinschaftsgesetzgeber habe mit dieser Begründungserwägung lediglich darauf hinweisen wollen, daß die Gründe, die den Gerichtshof bewogen hätten, dem GATT 1947 unmittelbare Wirkung abzusprechen, auch im geänderten Zusammenhang des WTO-Übereinkommens ihre Geltung behielten und daß die betreffende Begründungserwägung auf jeden Fall den Bedenken entspreche, die unvermeidlich damit verbunden seien, daß bereits zum Zeitpunkt des Erlasses des Beschlusses 94/800 andere Vertragsparteien (beispielsweise Vereinigte Staaten und Kanada) ebenfalls erklärt hätten, daß sie den Bestimmungen der WTO-Übereinkommen keine unmittelbare Wirkung zuerkennen.

25. Man braucht, wie mir scheint, kaum hervorzuheben, daß die von der Kommission vorgebrachten Argumente allein nicht geeignet sind, die Problemstellung zu verändern. Es ist nämlich immer noch Sache des

37 — Vgl. hierzu Pescatore, „Drafting and analysing decisions on dispute settlement“, in: Pescatore, Davey, Löwenfeld, *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, New York, 1997. Der Autor vertritt insbesondere die Auffassung, daß solche Versuche, die Wirkung eines multilateralen Abkommens ex post durch eine interne und einseitig erlassene Vorschrift abzuändern, mit dem Grundsatz von Treu und Glauben im Völkerrecht und dem Grundsatz des Rechtsschutzes für Individualrechte in einer demokratischen Gesellschaft unvereinbar seien (S. 11, Fußnote 3). Vgl. bereits Mengozzi, „Les droits des citoyens de l'Union Européenne et l'applicabilité directe des accords de Marrakech“, *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, S. 171, sowie Gaja, „Il preambolo di una decisione del Consiglio preclude al ‚GATT 1994‘ gli effetti diretti nell'ordinamento comunitario?“, *Rivista di diritto internazionale*, 1995, S. 407 ff. Dafür, daß die betreffende Begründungserwägung nicht ganz ohne Bedeutung sei, vgl. aber Nr. 127 der Schlußanträge von Generalanwalt Cosmas in der Rechtssache C-183/95 (Urteil vom 17. Juli 1997, Affish, Slg. 1997, I-4315) sowie Nrn. 28 und 29 der Schlußanträge von Generalanwalt Elmer in den verbundenen Rechtssachen C-364/95 und C-365/95 (T. Port, noch rechts-hängig).

36 — Urteil Kupferberg (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 17).

Gerichtshofes, auch im Lichte seiner bisherigen Rechtsprechung und unter Berücksichtigung eines etwaigen Fehlens der Gegenseitigkeit, die Feststellung zu treffen, ob die WTO-Bestimmungen unmittelbare Wirkung haben oder nicht; ebenso bleibt es seine Sache, zu prüfen, ob die Veränderungen beim Übergang vom GATT 1947 zur WTO für den Bereich des Problems der unmittelbaren Wirkung zu derselben oder zu einer anderen Lösung führen sollten<sup>38</sup>.

26. Bereits im Urteil *International Fruit* hat der Gerichtshof aufgrund der Feststellung, daß bei der Frage, ob eine GATT-Bestimmung unmittelbare Wirkung habe, „auf Sinn, Aufbau und Wortlaut dieses Abkommens zurückgegriffen werden [muß]“<sup>39</sup>, darauf hingewiesen, daß das GATT-Abkommen, das — nach seiner Präambel — „auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen“ ausgehandelt wurde, durch die große Geschmeidigkeit seiner Bestimmungen gekennzeichnet sei, was insbeson-

dere für die Vorschriften über Abweichungen von den allgemeinen Regeln, über Maßnahmen, die bei außergewöhnlichen Schwierigkeiten getroffen werden könnten, und über die Regelung von Meinungsverschiedenheiten zwischen den Vertragsparteien gelte<sup>40</sup>. Diese Gesichtspunkte belegten mithin nach Auffassung des Gerichtshofes zur Genüge, daß der dort maßgebliche Artikel XI des GATT nach dem Zusammenhang, in den er gestellt war, kein Recht der Gemeinschaftsangehörigen begründen konnte, sich vor Gericht auf ihn zu berufen<sup>41</sup>. Ganz allgemein sind dies die Gesichtspunkte, die den Gerichtshof zu der Aussage bewogen haben, daß die Bestimmungen des GATT 1947 „keinen unbedingten Charakter haben und daß die Verpflichtung, ihnen die Bedeutung von Vorschriften des internationalen Rechts beizumessen, die in den internen Rechtsordnungen der Vertragsparteien unmittelbar anwendbar sind, nicht auf Sinn, Aufbau oder Wortlaut des Abkommens gestützt werden kann“<sup>42</sup>.

Diese Argumentation, die auch harsche Kritik im Schrifttum hervorgerufen

38 — Wenn es also um die Feststellung geht, ob den WTO-Bestimmungen unmittelbare Wirkung zukommt oder nicht, ist es mit anderen Worten nicht ausreichend, ja geradezu irrelevant, daß Kommission, Rat und Parlament darin übereinstimmen, daß die Umstände, die bisher den Gerichtshof bewegen haben, den Bestimmungen des GATT 1947 unmittelbare Wirkungen abzusprechen, auch für die WTO-Bestimmungen weiterbestehen. Von allem anderen abgesehen läßt sich wohl kaum bestreiten, daß es Aufgabe des Gerichtshofes ist, eine solche Beurteilung im Rahmen seiner Auslegung vorzunehmen.

39 — Urteil vom 12. Dezember 1972 in den verbundenen Rechts-sachen 21/72 bis 24/72 (Slg. 1972, 1219, Randnrn. 19/20).

40 — A. a. O., Randnr. 21.

41 — A. a. O., Randnrn. 27/28.

42 — Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-280/93 (Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, Randnr. 110). In diesem Urteil ist der Gerichtshof allerdings in der Begründung großzügiger gewesen als in den vorherigen Urteilen. Er hat nämlich insbesondere auf die fehlende Verbindlichkeit der Entscheidungen im Rahmen des GATT, auf das „Wohlwollen“ bei der Prüfung von Vorschlägen und auf die auch einseitige Aufhebung bestimmter Verpflichtungen abgestellt (Randnrn. 107 und 108).

hat<sup>43</sup>, ist eine Konstante, die sich in der gesamten einschlägigen Rechtsprechung wiederfindet<sup>44</sup>.

27. Aufgrund dieser Rechtsprechung wird eindeutig klar, daß der Gerichtshof die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von der Feststellung zweier Punkte abhängig gemacht hat, die in den Merkmalen des GATT-Systems (Ziele, Struktur, Rechtsnatur der Bestimmungen, Rechtsbehelfe bei Verstößen) und dem Inhalt des Rechtssatzes zu finden sind. Wie sich aus dieser Rechtsprechung ergibt, ist allerdings nie der Inhalt des Rechtssatzes untersucht worden in dem Sinne, daß der Gerichtshof tatsächlich eine Untersuchung durchgeführt hätte, die hätte ermitteln sollen, ob der Rechtssatz klar, genau und unbedingt war, also die traditionellen Kriterien erfüllte, die den Gerichtshof bewegen haben, Gemeinschaftsbestimmungen oder auch Vorschriften in anderen von der Gemeinschaft abgeschlossenen Abkommen unmittelbare Wirkung

zuzuerkennen. Das hängt damit zusammen, daß der Gerichtshof mit stets negativem Ausgang bei der ersten Prüfung haltgemacht hat, der Prüfung also der Merkmale des GATT-Systems<sup>45</sup>.

Insoweit muß ich darauf hinweisen, daß die Merkmale des GATT, wie mir scheint, nicht so verschieden von denen anderer Abkommen sind, bei denen der Gerichtshof ohne viele Erklärungen und trotz der Geschmeidigkeit einiger Bestimmungen und des Verhandlungsmoments als Teil des Mechanismus der Streitbeilegung anerkannt hat, daß sich einzelne vor den nationalen Gerichten auf solche klaren, genauen und unbedingten Vorschriften berufen können<sup>46</sup>. Für mich sind auch die GATT-Bestimmungen, mit denen sich der Gerichtshof zu befassen

43 — Es ist insbesondere gesagt worden, daß die unbestreitbare Geschmeidigkeit einiger Bestimmungen des Abkommens (ein Merkmal, das übrigens alle multilateralen internationalen Abkommen auszeichnet) nicht größer sei als die vieler Bestimmungen in anderen Abkommen, denen der Gerichtshof trotzdem unmittelbare Wirkung zuerkannt habe (vgl. in diesem Sinn u. a. Giardina, „La corte europea ed i rapporti tra diritto comunitario e diritto internazionale“, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1973, S. 582 ff., insbesondere S. 588 ff.). Auch hat nicht der Hinweis gefehlt, daß die Fälle, in denen Selbstaufsicht möglich ist, abschließend geregelt seien, und daß ganz allgemein das System der Bewältigung von Streitigkeiten sich als so besonders wirksam erweisen habe, daß sich sogar die Vertreter der Kommission beim GATT über dessen übertriebenen Justizcharakter beklagt hätten (vgl. in diesem Sinn u. a. Petersmann, „The EEC as a GATT-Member — Legal Conflicts between GATT Law and European Community Law“, in: *The European Community and the GATT — Studies in Transnational Economic Law*, Band IV, Deventer, 1986, S. 23 ff.), sowie Hahn und Schuster, „Le droit des États membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté“, *Revue générale de droit international public*, 1995, S. 367 ff., insbesondere S. 381 f.).

44 — Vgl. u. a. Urteil vom 24. Oktober 1973 in der Rechtssache 9/73 (Schlüter, Slg. 1973, 1135, Randnrn. 28 bis 30), vom 16. März 1983 in der Rechtssache 266/81 (SIOI, Slg. 1983, 731, Randnr. 28) sowie jüngst Urteil vom 12. Dezember 1995 in der Rechtssache C-469/93 (Chiquita Italia, Slg. 1995, I-4533, Randnrn. 26 bis 29).

45 — Von dieser Ausrichtung weichen nur scheinbar und jedenfalls nur teilweise die Urteile vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 70/87 (Fediol/Kommission, Slg. 1989, 1781) und vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-69/89 (Nakajima/Rat, Slg. 1991, I-2069) ab, denen zu entnehmen ist, daß immer dann, wenn eine Gemeinschaftsverordnung auf die GATT-Bestimmungen verweist (Rechtssache Fediol) oder erlassen wird, um diese durchzuführen (Rechtssache Nakajima), der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangt, daß der einzelne sich auf diese Vorschriften als Parameter der Rechtmäßigkeit des betreffenden Gemeinschaftsaktes berufen kann. In einem solchen Fall baut allerdings die Geltung der GATT-Bestimmungen nicht auf ihrer unmittelbaren Wirkung auf, sondern beruht auf der Geltung eines Gemeinschaftsaktes, der diese Bestimmungen durchgeführt oder jedenfalls den Willen zum Ausdruck gebracht hat, diese anzuwenden. Daß die Geeignetheit der Bestimmung, als Parameter der Gültigkeit eines Gemeinschaftsaktes zu dienen, auf den Fall beschränkt bleibt, daß dieser auf die GATT-Vorschrift verweist oder sie zur Durchführung bringt, bedeutet naturgemäß, daß diese Geeignetheit nur besteht, sobald und wenn die völkerrechtliche Bestimmung in Gemeinschaftsrecht übergeführt worden ist. Dies führt allerdings auch zum Überdenken der monistischen Kohärenz der Rechtsprechung des Gerichtshofes, der der Ansatz des Urteils Nakajima offen widerspricht (vgl. u. a. Eckhout, „The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems“, zitiert in Fußnote 27, S. 56 ff.).

46 — Vgl. in diesem Sinn z. B. Urteil Kupferberg (zitiert in Fußnote 31), in dem der Gerichtshof zum einen ausgeführt hat, daß die „Tatsache allein, daß die Vertragsparteien einen besonderen institutionellen Rahmen für Konsultationen und Verhandlungen untereinander über die Durchführung des Abkommens geschaffen haben, ... nicht ausreicht“, jegliche Anwendung dieses Abkommens durch die Gerichte auszuschießen“ (Randnr. 20), und zum anderen, daß, was „die Schutzklauseln betrifft, die den Parteien ein Abweichen von bestimmten Vorschriften des Abkommens gestatten, ... diese Klauseln nur unter bestimmten Umständen und grundsätzlich nur nach einer unter Beteiligung beider Parteien erfolgten Prüfung im Gemischten Ausschuss anwendbar sind“ (Randnr. 21).

hatte, nicht weniger klar, genau und unbedingt als andere Abkommensbestimmungen, denen der Gerichtshof, überdies bewußt großzügig, unmittelbare Wirkung zugesprochen hat. Es bedarf daher kaum des Hinweises, daß unter diesem Blickwinkel kein Unterschied zwischen den Bestimmungen des GATT 1947 und den Vorschriften der WTO-Übereinkommen bestehen dürfte, so daß auch diese sich nicht anders darstellen als alle anderen Abkommensbestimmungen, denen der Gerichtshof unmittelbare Wirkung zuerkannt hat.

für die Ausrichtung der Rechtsprechung bestimmend waren, sind von Grund auf überarbeitet worden. Die WTO weist nämlich die Struktur einer internationalen Organisation auf, ein Verhältnis zwischen Regeln und Ausnahmen, das natürlich erscheint und ähnlich auch aus anderen, viel renommierteren Strukturen bekannt ist, sowie einen Mechanismus der Streitbeilegung, der eine bemerkenswerte Verbesserung im Sinne der Verbindlichkeit seiner Ergebnisse erfahren hat<sup>47</sup>.

28. Nach alledem ist nunmehr festzustellen, ob es beim Übergang vom GATT zur WTO — insbesondere beim Zuschnitt und der Tragweite der Regelung sowie bei Natur und Wirksamkeit des Mechanismus der Streitbeilegung, den Punkten also, die der Gerichtshof zum Anlaß genommen hat, den GATT-Bestimmungen unmittelbare Wirkung abzusprechen — zu solchen Änderungen gekommen ist, daß sich vernünftigerweise an eine andere Ausrichtung der Rechtsprechung zu den WTO-Bestimmungen denken ließe. Es geht mit anderen Worten um die Prüfung, ob die dem GATT-System insgesamt beigegebenen Merkmale, die als Beleg für das Fehlen unmittelbarer Wirkung gedient haben, also Geschmeidigkeit der Regelung und ein zu lockerer und an Verhandlungen ausgerichteter Mechanismus der Streitbeilegung, im Zusammenhang der WTO als überwunden angesehen werden können.

29. Was im einzelnen die große Geschmeidigkeit betrifft, die für die GATT-Bestimmungen insgesamt typisch gewesen sein soll und die vor allem auf die „Webart“ des Systems mit Ausnahmen, Sondermaßnahmen und ähnlichem zurückzuführen war, so muß man einfach anerkennen, daß eine der wichtigsten Neuerungen bei den Bestimmungen die Umkehrung des Verhältnisses von Regeln und Ausnahmen ist. Das System der Ausnahmen und Sondermaßnahmen, die im früheren System allzu großzügig zugestanden worden waren, ist erheblich geändert worden<sup>48</sup>. Darüber hinaus sind die materiellen und verfahrens-

47 — Vgl. hierzu u. a. Ligustro, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale dal GATT all'OMC*, Padua 1996, sowie Young, „Dispute resolution in the Uruguay Round: lawyers triumph over diplomats“, *International Lawyer*, 1995, S. 389 ff.

48 — So soll die Vereinbarung über Zahlungsbilanzbestimmungen des GATT 1994 die nichttarifären restriktiven Maßnahmen, die Gegenstand einer unkontrollierten und vor allem bei Entwicklungsländern verbreiteten Praxis sind, strenger regeln und sie vor allem durchsichtiger machen. Ebenso wichtig ist auch das Übereinkommen über Schutzmaßnahmen (nach Artikel XIX des GATT) (ABL L 336, S. 184), wonach „die multilaterale Kontrolle über Schutzmaßnahmen wiederherzustellen und ... die Maßnahmen zu beseitigen sind, die sich dieser Kontrolle entziehen“ (zweite Begründungserwägung). Das Übereinkommen enthält auch eine besondere Vorschrift, die die schrittweise Abschaffung der zur sogenannten Grauzone gehörenden Maßnahmen binnen einer Frist von höchstens vier Jahren nach Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens vorsieht (vgl. Artikel 11).

Zweifellos präsentiert sich das WTO-System gegenüber dem GATT 1947 in sehr veränderter Gestalt, und die Gesichtspunkte, die

mäßigen Voraussetzungen für die Gewährung von Ausnahmen heute ausreichend streng geregelt<sup>49</sup>.

Eine ebenso wichtige Änderung hat formell wie auch materiell das Kapitel über die Streitbeilegung erfahren, das immer schon als einer der Schwachpunkte des GATT galt. Das grundlegende Merkmal des alten Systems wurde darin gesehen, daß der „Widerstand“ der unterliegenden Partei den Mechanismus blockieren konnte, weil das Panel dem Rat, d. h. allen Vertragsparteien, die Lösung lediglich vorschlagen und dieser sie dann, falls kein Widerspruch erhoben wurde, billigen konnte. Die jetzige Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten hat die Lage spürbar verändert<sup>50</sup>. Insbesondere muß in

diesem Zusammenhang betont werden, daß der Bericht des Panel, der früher vom Rat nur bei Konsens gebilligt wurde, heute nur bei negativem Konsens zurückgewiesen wird, was eine kopernikanische Wende darstellt: Früher konnte die unterliegende Partei den Beschluß blockieren, heute dagegen nicht mehr<sup>51</sup>. Es führt nicht weiter, hervorzuheben — wie im Laufe des Verfahrens geschehen —, daß die Entscheidung der Streitigkeit durch ein System von Ausgleichsmaßnahmen ersetzt werden könne und daß daher der betreffende Mechanismus das Gewicht der Gründe nicht verringere, die den Gerichtshof bewegen hätten, den GATT-Bestimmungen unmittelbare Wirkung abzusprechen. Der Ausgleich ist nämlich eine nur vorläufige Maßnahme, die daher keine Methode der Streitbeilegung, sondern lediglich ein vorübergehendes Instrument darstellt, um zu verhindern, daß die Nichtbefolgung binnen der im Einzelfall festgelegten angemessenen Frist die den anderen Vertragsparteien daraus entstandenen Vorteile beseitigt oder verringert, und zugleich

49 — Vgl. Artikel IX Absätze 3 und 4 des WTO-Übereinkommens. Zum Beispiel wird die Befreiung von Pflichten durch die Ministerkonferenz mit Dreiviertelmehrheit der Mitglieder beschlossen; der Beschluß muß die rechtfertigenden außergewöhnlichen Umstände sowie das Ablaufdatum nennen und wird periodisch bezüglich des Weiterbestehens der außergewöhnlichen Umstände überprüft. Hinzu kommt, daß die Vereinbarung über Befreiungen von Verpflichtungen nach dem GATT 1994 die Voraussetzungen für die Genehmigung von Befreiungen erschwert und einem Mitgliedstaat ermöglicht, das Verfahren zur Streitbeilegung einzuleiten, wenn die Anwendung einer Befreiung seitens eines anderen Mitglieds seine Vorteile aufgrund des GATT 1994 zunichte macht oder schmälert.

50 — Vgl. Anhang 2 des WTO-Übereinkommens (ABL. L 336, S. 234). Zunächst sind, was die Struktur des Mechanismus angeht, für die Beilegung von Streitigkeiten drei Entscheidungsebenen festgelegt worden. Streitbeilegungsgremium (DSB, Dispute Settlement Body) ist der Allgemeine Rat, aber in seiner Funktion als Streitbeilegungsgremium; er kann insoweit einen anderen Vorsitzenden und eigene Verfahrensregeln haben (Artikel IV Absatz 3 des WTO-Übereinkommens). Die Panels aus drei bis fünf Mitgliedern, die ad hoc und individuell aus dem Kreis von Sachverständigen des internationalen Handelsrechts bestimmt werden, bilden die erste Stufe der technischen Beurteilung. Schließlich besteht ein ständiges Berufungsgremium aus sieben Mitgliedern, die aus dem Kreis von nicht mit den nationalen Verwaltungen verbundenen juristischen Sachverständigen bestimmt werden. Das Verfahren sieht eine Konsultation zwischen den Parteien der Streitigkeit vor, um eine Lösung zu suchen und die nichtstreitigen Punkte auszuklammern. Der zweite Abschnitt ist die Beurteilung durch das Panel, er kann wiederum in zwei Stufen gegliedert sein.

51 — Hinzu kommt, daß Berufung eingelegt werden kann, so daß ein neuer Bericht erstellt wird, der ebenfalls angenommen wird, falls kein negativer Konsens besteht. Im Kern stellt der Grundsatz des negativen Konsenses sicher, daß der Bericht immer angenommen wird und die unterliegende Partei sich daran zu halten hat. Der Bericht kann auch Empfehlungen dazu enthalten, wie sich die unterliegende Partei zu verhalten hat (Artikel 17), und diese ist nach Ablauf einer angemessenen Frist daran gebunden. Hält sie die Frist nicht ein, darf Retorsion erfolgen, wie etwa die Aussetzung von Zollzugeständnissen oder sonstiger Verpflichtungen, und solche Maßnahmen werden vom Streitbeilegungsgremium genehmigt, falls kein negativer Konsens vorliegt.

sicherzustellen, daß die Partei nicht dazu verleitet wird, auf unbestimmte Zeit bei ihrer Nichtbefolgung zu bleiben <sup>52</sup>.

nicht so tiefgreifend unterschiedliche Merkmale aufweisen <sup>54</sup>.

30. Mithin muß auf der Grundlage der soeben dargestellten Merkmale des WTO-Systems die Frage gestellt werden, ob die Veränderungen gegenüber dem GATT-System dazu führen können, daß der Gerichtshof in der Frage der unmittelbaren Wirkung seinen Standpunkt ändert. Meine Antwort lautet, daß er es notfalls könnte, ja müßte <sup>53</sup>, wenn man überdies die Rechtsprechung zu den anderen von der Gemeinschaft abgeschlossenen Abkommen einbezieht, die, wie man wohl einräumen muß, im Vergleich zum WTO-Übereinkommen, was die Geschmeidigkeit und das Verhandlungsmoment bei der Streitbeilegung anlangt,

Letztlich bin ich der Auffassung, daß sich die Lage im Vergleich zum GATT 1947 geändert hat und daß die Einwände, die der Gerichtshof bisher erhoben hat, gegenüber dem WTO-Kontext als überwunden anzusehen sind <sup>55</sup>. Unter diesem Blickwinkel müßte daher die Einhaltung der WTO-Übereinkommen, darunter des TRIPS, von nun an von den einzelnen vor Gericht geltend gemacht werden können, wohlgermerkt nur bei den Bestimmungen, die dafür in Frage kommen.

52 — Die Problemstellung ändert sich meines Erachtens auch nicht durch den von Timmermans, „L'Uruguay Round: sa mise en oeuvre par la Communauté européenne“, *Revue du Marché Unique Européen*, 1994, S. 175 ff., angeführten Umstand, daß sich nicht ausschließen lasse, daß der Ausgleich letztlich ein „Provisorium von Dauer“ werde (S. 178). Von anderem ganz abgesehen muß ich darauf hinweisen, daß nach Artikel 171 des Vertrages auch eine Verletzung des Gemeinschaftsrechts durch einen Mitgliedstaat in Geld bewertet werden kann und damit diesen Staat in die Lage versetzt, auf seinem Verstoß, wenn auch „gegen Zahlung“, zu beharren. Auf jeden Fall scheint mir aber die unmittelbare Wirkung einer Bestimmung nicht von den mehr oder weniger langen Zeiträumen abhängen zu können, die ein Staat benötigt, um sich einer Entscheidung eines Gerichts oder eines Panel anzupassen, und noch viel weniger von Instrumenten, die fallweise eingesetzt werden können, um die Wirkungen der Nichtbefolgung auszugleichen und/oder einen Anreiz zur Befolgung zu schaffen.

53 — Den gegenteiligen Standpunkt haben die Generalanwälte Cosmas und Elmer in ihren Schlußanträgen in der Rechtssache *Affish* und in der Rechtssache *T. Port* (zitiert in Fußnote 37, Nrn. 118 bis 128 bzw. Nrn. 27 bis 29) vertreten.

54 — Vgl. hierzu meine Ausführungen oben, Nr. 27 und Fußnote 46. Allgemein sollte wohl unterstrichen werden, daß das GATT das einzige Abkommen ist, bei dem der Gerichtshof aufgrund seiner „Charakteristika“ zu dem Schluß gelangt ist, daß keine seiner Bestimmungen unmittelbare Wirkung haben könne. Im Gegensatz hierzu ist der Gerichtshof in allen anderen Fällen, in denen er sich zu von der Gemeinschaft abgeschlossenen internationalen Abkommen zu äußern hatte, nie davon ausgegangen — auch wenn er gegebenenfalls für die einzelne von ihm zu prüfende Bestimmung eine unmittelbare Wirkung verneint hat —, daß diese Abkommen Merkmale hätten, die es einzelnen nicht erlauben, sich vor den Gerichten auf die entsprechenden Bestimmungen zu berufen. Vgl. außer den in Fußnote 17 zitierten Urteilen das Urteil *Chiquita Italia* (zitiert in Fußnote 44), in dem der Gerichtshof bestätigt hat, daß der Umstand, daß das AKP—EWG-Abkommen ein besonderes Verfahren für die Beilegung von Streitigkeiten vorsehe, kein Hinderungsgrund sei, einigen seiner Bestimmungen unmittelbare Wirkung zuzuerkennen (Randnr. 36).

55 — Tatsächlich ist bereits zum GATT 1947 bemerkt worden, daß die Merkmale, die ihm der Gerichtshof beimesse, um eine unmittelbare Wirkung seiner Bestimmungen zu verneinen, es eher als ein *Forum* erscheinen ließen, in dem man verhandele und eher Lösungen als ein bindendes Abkommen zustande kämen. Demgegenüber gelte aber: „The GATT is not a caricature of an international agreement, but is obligatory on the Community and Member States. It must be taken seriously by the institutions and the Court“ (Eberling, „Will Europe slip on Bananas? The Bananas Judgement of the Court of Justice and National Courts“, *Common Market Law Review*, 1996, S. 401 ff., insbesondere S. 422). Auch hat man darauf hingewiesen, daß „quelle que soit la façon de caractériser le système de règlement des litiges du GATT, on peut sans doute dire qu'il s'agit d'un des systèmes les plus efficaces de règlement des différends existant entre États aujourd'hui“ (Hahn und Schuster, „Le droit des États membres ...“, zitiert in Fußnote 43, S. 381). Diese Bemerkungen gelten, wie man kaum noch zu betonen braucht, erst recht für das (neue) System der WTO, das auch jenseits aller unterschiedlichen Auffassungen nach allgemeinem Verständnis zweifelsfrei eine Richtungsänderung im Sinne größerer „Rechtlichkeit und Verbindlichkeit“ vollzogen hat.

31. Es bleibt allerdings zu prüfen, ob der Umstand, daß einige der übrigen Vertragsparteien (insbesondere Vereinigte Staaten, Kanada und Japan) den betreffenden Bestimmungen keine unmittelbare Wirkung zuerkennen, überwunden werden kann, ja zuvor noch, ob er das Problem verändert. Dieser Umstand — der überdies laut Kommission der Grund für die Aufnahme der Begründungserwägung in den Beschluß 94/800 sein soll, mit der eine unmittelbare Wirkung der WTO-Bestimmungen verneint wird — wird nämlich angeführt, um die Behauptung zu belegen, daß der Gerichtshof mangels Gegenseitigkeit der anderen Vertragsparteien solchen Bestimmungen keine unmittelbare Wirkung zuerkennen könne.

Zweifellos hat dieser Umstand nicht unerhebliche Folgen, da anzuerkennen ist, daß die unmittelbare Wirkung der betreffenden Bestimmung mangels Gegenseitigkeit darauf hinauslaufen würde, daß die Wirtschaftsteilnehmer der Gemeinschaft gegenüber den ausländischen Wettbewerbern bestraft würden. Während nämlich diese sich vor den Gerichten der Mitgliedstaaten auf die ihnen günstigen Bestimmungen berufen könnten, könnten dies die Wirtschaftsteilnehmer der Gemeinschaft in den Staaten nicht tun, die erklärt haben, die unmittelbare Wirkung der WTO-Bestimmungen auszuschließen<sup>56</sup>.

32. Es bedarf kaum der Erwähnung, daß solche Überlegungen streng genommen keiner-

lei Auswirkung auf die Antwort des Gerichtshofes haben dürften. Dies wäre nur anders, wenn die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung, wie in der Lehre vertreten, von der Bedingung der Gegenseitigkeit abhängig wäre<sup>57</sup>.

Hierzu möchte ich vor allem daran erinnern, daß der Gerichtshof den Grundsatz der Gegenseitigkeit und dessen mögliche Auswirkungen auf die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung bereits im Urteil *Brasciani* angeführt hat. Aufgrund der Feststellung, daß das Abkommen von Jaunde „nicht geschlossen wurde, um *gleiche Verpflichtungen* für die Gemeinschaft und die assoziierten Staaten aufzustellen, sondern vielmehr, um die Entwicklung dieser Staaten zu fördern“, hat der Gerichtshof entschieden, daß das „Ungleichgewicht zwischen den Verpflichtungen der Gemeinschaft und denen der assoziierten Staaten, das im Wesen des Abkommens selbst begründet ist, ... nicht aus[schließt], daß die Gemeinschaft die unmittelbare Geltung bestimmter Vorschriften des Abkommens anerkennt“<sup>58</sup>. Außerdem ist der Gerichtshof in dem jüngeren Urteil *Chiquita Italia* zu einer ähnlichen Schlußfolgerung gelangt, obwohl er sich zuvor ausdrücklich gefragt hatte, ob die unmittelbare Wirkung der Bestimmungen des vierten AKP—EWG-Abkommens nicht deshalb zu verneinen sei, weil „die von den Vertragsparteien in diesem Abkommen eingegangenen Verpflichtungen von ganz unterschiedlichem Gewicht [sind]“<sup>59</sup>.

56 — Unter diesem Blickwinkel könnte eine Beschränkung der Möglichkeit, sich vor den zuständigen Stellen (auch) auf die WTO-Bestimmungen berufen zu können, auf die Fallgestaltung der Rechtssachen *Fediol* und *Nakajima* (Urteile zitiert in Fußnote 45) doch nicht so überraschend und auch letztlich überhaupt nicht willkürlich erscheinen.

57 — So Mengozzi, „Les droits des citoyens ...“ (zitiert in Fußnote 37).

58 — Urteil *Brasciani* (zitiert in Fußnote 17, Randnrn. 22/23, Hervorhebung von mir).

59 — Urteil *Chiquita Italia* (zitiert in Fußnote 44, Randnrn. 32 und 34).

33. Aus diesen Urteilen könnte daher *e contrario* zu schließen sein, daß die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung von Bestimmungen der von der Gemeinschaft abgeschlossenen internationalen Abkommen sehr wohl von der Gegenseitigkeit abhängig sein könnte, falls das betreffende Abkommen gleichgewichtige Verpflichtungen der Vertragsparteien vorsähe und daher letztlich bei seiner Durchführung Gegenseitigkeit erforderlich wäre. Im Urteil Kupferberg hat der Gerichtshof indessen — aus Anlaß der Auslegung eines Freihandelsabkommens, eines Abkommens also, das Gegenseitigkeit voraussetzt<sup>60</sup> — klargestellt, daß ein solcher Schluß nicht automatisch geboten sei. Für diesen Fall hat der Gerichtshof aufgrund der Feststellung, daß die Vertragsparteien die eingegangenen Verpflichtungen nach Treu und Glauben zu erfüllen und daher selbst die rechtlichen Maßnahmen zu bestimmen hätten, die zur Erreichung dieser Ziele innerhalb ihrer Rechtsordnung geeignet seien, die Auffassung vertreten, daß „in dem Umstand, daß die Gerichte der einen Partei möglicherweise einigen Bestimmungen des Abkommens unmittelbare Geltung zuerkennen, während die Gerichte der anderen Partei diese unmittelbare Geltung möglicherweise ablehnen, für sich allein noch keine fehlende Gegenseitigkeit bei der Durchführung des Abkommens zu sehen [ist]“<sup>61</sup>.

Nach Auffassung des Gerichtshofes kann daher allein der Umstand, daß die Frage der unmittelbaren Wirkung von den Gerichten

der verschiedenen Vertragsparteien unterschiedlich beantwortet wird, nicht den Schluß rechtfertigen, daß bei der Durchführung des Abkommens die Gegenseitigkeit fehle. Das bedeutet zum einen, daß das Fehlen der Gegenseitigkeit bei der Anerkennung ein entscheidender Punkt sein könnte, wenn in ihm das Fehlen der Gegenseitigkeit bei der Anwendung des Abkommens insgesamt zu erblicken wäre, und zum anderen, daß es auf die Erfüllung der eingegangenen Verpflichtungen ankommt, mit welchen rechtlichen Mitteln auch immer, sofern diese für die Erreichung des Zieles geeignet sind.

34. Nach der bisher angeführten Rechtsprechung wäre daher, wenn man sie auf die WTO-Übereinkommen anwendet, auszuschließen, daß die Anerkennung oder Nichtanerkennung der unmittelbaren Wirkung in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung in diesem Sinne<sup>62</sup> von der Haltung der anderen Parteien abhängig sein könnte. Berücksichtigt man, daß gerade im Zusammenhang mit dem GATT 1947 die Rechtsprechung seit dem Urteil *International Fruit* stets betont hat, daß es sich um ein Abkommen handele, das nach seiner Präambel „auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen“<sup>63</sup> ausgehandelt worden sei, so bedarf meines Erachtens jedenfalls die Frage der Vertiefung, ob das Fehlen der Gegenseitigkeit bei der Anerkennung der unmittelbaren Wirkung in bezug auf die WTO-Übereinkommen so verstanden werden kann, daß es in ein Fehlen der Gegenseitigkeit bei deren Durchführung umschlägt.

60 — In dieser Rechtssache (zitiert in Fußnote 31) war die unmittelbare Wirkung der Bestimmungen des Freihandelsabkommens EWG—Portugal von einigen Regierungen deswegen in Abrede gestellt worden, weil es um ein Abkommen ging, dessen Durchführung vom Grundsatz der Gegenseitigkeit abhängig war.

61 — Urteil Kupferberg (zitiert in Fußnote 31, Randnr. 18).

62 — Zu diesem Punkt weise ich im übrigen darauf hin, daß bei der Aushandlung der betreffenden Übereinkommen der Vorschlag gemacht wurde, ausdrücklich festzulegen, daß die fraglichen Bestimmungen ihrer Natur nach nicht *self-executing* seien. Diesem Vorschlag ist man allerdings nicht gefolgt.

63 — Urteil *International Fruit* (zitiert in Fußnote 39, Randnr. 21).

Insoweit möchte ich vor allem darauf hinweisen, daß es für mich angesichts des Gegenstands und der Zweckrichtung der WTO keinen Zweifel daran geben kann, daß Gegenseitigkeit auch bei der Durchführung des Abkommens und nicht nur bei seiner Aushandlung erforderlich ist<sup>64</sup>. Außerdem muß die Versagung der Anerkennung der unmittelbaren Wirkung seitens einiger Vertragsparteien notwendig zumindest ein Ungleichgewicht bei der Erfüllung der übernommenen gegenseitigen Verpflichtungen zur Folge haben. Damit wird deutlich, daß es sicherlich nicht leicht ist, a priori festzulegen, bis zu welchem Punkt und in welchem Umfang ein solches Ungleichgewicht als fehlende Gegenseitigkeit bei der Durchführung des Übereinkommens als Ganzem zu betrachten ist.

35. Unter solchen Umständen versteht es sich von selbst, daß der Gerichtshof nur eine abstrakte Beurteilung vornehmen kann, die insbesondere die Auswirkung eines etwaigen Fehlens der Gegenseitigkeit bei der Sicherstellung der unmittelbaren Wirkung auf die (gegenseitige) Erfüllung der übernommenen Pflichten zu berücksichtigen hat. Angesichts der Natur und (vor allem) der Wirkungen der betreffenden Übereinkommen kann man einer solchen Auswirkung nur allergrößte Bedeutung beimessen.

Ich bin mir durchaus der Schwierigkeiten bewußt, die mit der notwendigen Anpassung

64 — Das ergibt sich übrigens bereits für das GATT 1947 mit hinreichender Klarheit aus dem Urteil *Chiquita Italia* (zitiert in Fußnote 44), in dem der Gerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen hat, daß das Vierte AKP—EWG-Abkommen und das GATT „nicht gleichartig“ sind, nachdem er festgestellt hatte, daß die Bestimmungen des erstgenannten trotz des bemerkenswerten Ungleichgewichts der Verpflichtungen der Vertragsparteien unmittelbare Wirkung haben könnten.

des Begriffes der Gegenseitigkeit an die besonderen Erfordernisse eines multilateralen Abkommens verbunden sind. Gleichwohl halte ich es für richtiger, die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung im Grundsatz der Gegenseitigkeit bei der Durchführung des Abkommens zu verankern, als Formeln zu bekräftigen, die zwar in bezug auf das GATT 1947 gefestigt sind, im Rahmen der WTO-Übereinkommen aber keine Daseinsberechtigung mehr haben und daher lediglich die schon verbreitete Meinung bestärken würden, wonach eine solche Lösung eher eine politische als eine rechtliche wäre. Ich schlage daher dem Gerichtshof vor, bei seiner Entscheidung auf die Gegenseitigkeit abzustellen — falls er sich nicht mit dem Gedanken trägt, die Auslegung und ganz allgemein die „Verwaltung“ der uns hier beschäftigenden Abkommensbestimmungen den „politischen“ Organen, d. h. der Kommission und dem Rat, zu überlassen<sup>65</sup>. Das praktische Ergebnis würde sich wahrscheinlich nicht ändern, Gewicht und rechtlicher Gehalt der Argumentation würden indessen gewinnen.

36. Schließlich bleibt für den Fall, daß der Gerichtshof entsprechend meinem Vorschlag die Rechtsprechung zum GATT 1947 aufgeben und auch nicht die Auffassung vertreten sollte, daß die unmittelbare Wirkung von einer entsprechenden Anerkennung seitens der Gerichte der anderen Vertragsparteien abhängt, nur noch zu prüfen, ob die spezifi-

65 — Diesen Eindruck gewinnt man nämlich notwendig beim Urteil *Deutschland/Rat* (zitiert in Fußnote 42), in dem der Gerichtshof ausgeführt hat, daß diese Besonderheiten des GATT, die einer Anerkennung der unmittelbaren Wirkung entgegenstehen, es auch ausschließen, die Bestimmungen des GATT für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit einer Verordnung im Rahmen einer von einem Mitgliedstaat nach Artikel 173 Absatz 1 EWG-Vertrag erhobenen Klage heranzuziehen (Randnr. 109). Dieser Eindruck wird dadurch bestärkt, daß die gleichen Bestimmungen nach Auffassung des Gerichtshofes sehr wohl als gültiger Parameter dienen können, um bei einer Klage der Kommission nach Artikel 169 die Vereinbarkeit einer nationalen Praxis oder Regelung mit dem in GATT übernommenen Verpflichtungen zu prüfen (vgl. Urteil vom 10. September 1996 in der Rechtssache C-61/94, *Kommission/Deutschland*, Slg. 1996, I-3989).

sche, im vorliegenden Fall maßgebliche Bestimmung, nämlich Artikel 50 Absatz 6 des TRIPS, unmittelbare Wirkung hat. Ich möchte gleich sagen, daß es insoweit keinen vernünftigen Zweifel geben kann, da es sich um eine Bestimmung handelt, die sich bereits auf den ersten Blick als hinreichend klar, genau und nicht durch einen weiteren Akt bedingt erweist.

Im gegenteiligen Sinn haben sich hingegen die Kommission und die französische Regierung ausgesprochen, die — auch wenn sie nicht, zumindest nicht ausdrücklich, bestreiten, daß Artikel 50 Absatz 6 die Merkmale aufweist, von denen der Gerichtshof die Anerkennung der unmittelbaren Wirkung abhängig macht, — das Gewicht darauf legen, daß einige Bestimmungen des Teils III des TRIPS, zu dem die betreffende Vorschrift gehört, zu allgemein formuliert und eindeutig an die Vertragsparteien gerichtet seien. Aufgrund insbesondere des Umstands, daß einige Bestimmungen festlegten, daß die „Mitgliedstaaten ... sicher[stellen], daß ... in ihrem Recht vorgesehen werden“ (Artikel 41 Absatz 1), oder auch, daß „dieser Teil weder eine Verpflichtung begründet, ein gerichtliches System für die Durchsetzung von Rechten des geistigen Eigentums getrennt von dem für die Durchsetzung des Rechts im allgemeinen zu errichten“ (Artikel 41 Absatz 5) <sup>66</sup>, müsse ausgeschlossen werden, daß Teil

66 — Die letztgenannte Vorschrift bestätigt meines Erachtens mit der ausdrücklichen Festlegung, daß es der Bereitstellung von Instrumenten ad hoc tatsächlich nicht bedarf, nur, daß es sich um Bestimmungen handelt, die sehr wohl geeignet sind, unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend gemacht zu werden.

II des Übereinkommens und allgemein das TRIPS als Ganzes unmittelbar vor den nationalen Gerichten geltend gemacht werden könnten <sup>67</sup>.

37. Bei Berücksichtigung meiner bisherigen Darlegungen zur Möglichkeit, den WTO-Bestimmungen unmittelbare Wirksamkeit zuzuerkennen, die auch für die Vorschriften des TRIPS Geltung beanspruchen, glaube ich mich hier auf den Hinweis beschränken zu können, daß es zumindest gewagt wäre, aus Wendungen, die sich in internationalen Abkommen ständig finden, Schlüsse bezüglich der Rechtsqualität ihrer Bestimmungen ableiten zu wollen. Was zählt, wenn es denn dieses Hinweises bedarf, ist die Frage, ob die betreffende Bestimmung sich als solche zur Anwendung eignet, was jedesmal dann der Fall ist, wenn es keines weiteren Aktes bedarf, damit sie die ihr eigenen Wirkungen entfalten kann. Es läßt sich nicht leugnen, daß Artikel 50 Absatz 6, eine überaus klare und detaillierte Vorschrift, einer weiteren Maßnahme nicht bedarf.

67 — Die Kommission beruft sich hierfür auf Artikel 1 Absatz 1 des TRIPS, wonach die Mitgliedstaaten „in ihr Recht einen umfassenderen Schutz als den durch dieses Übereinkommen geforderten aufnehmen [dürfen], vorausgesetzt, dieser Schutz läuft diesem Übereinkommen nicht zuwider, ... dazu aber nicht verpflichtet [sind]“. Diese Bestimmung bestätigt indessen die These der Kommission nicht nur nicht, sondern ist sogar ein Beleg dafür, daß die Mitgliedstaaten, auch wenn sie einen umfassenderen Schutz einrichten dürfen, zur Einhaltung der „Mindest-“Bestimmungen des Übereinkommens verpflichtet sind, die daher auch von den einzelnen insoweit geltend gemacht werden können, als sie klar, genau und unbedingt sind.

## Zum eigentlichen Gegenstand der Vorlagefrage

38. Ich möchte vor allem darauf hinweisen, daß, selbst wenn der Gerichtshof zu dem Ergebnis gelangen sollte, daß Artikel 50 Absatz 6 unmittelbare Wirkung nicht zukomme, die Antwort an das vorliegende Gericht deshalb nicht bedeutungslos wird. Der Gerichtshof spricht sich bereits seit langem für eine Zulässigkeit von Vorlagefragen aus, die Bestimmungen des abgeleiteten Rechts betreffen, denen die unmittelbare Wirkung fehlt<sup>68</sup>. Was insbesondere die Auslegung der von der Gemeinschaft abgeschlossenen Abkommen anlangt, erinnere ich daran, daß der Gerichtshof gerade beim GATT 1947 die Notwendigkeit bekräftigt hat, daß „die Vorschriften des GATT wie die Vorschriften aller anderen für die Gemeinschaft verbindlichen Verträge in der gesamten Gemeinschaft in gleicher Weise angewandt werden“, und daß sie „zu den Vorschriften [gehören], deren Auslegung in die Vorabentscheidungszuständigkeit des

Gerichtshofes nach Artikel 177 EWG-Vertrag fällt, und zwar unabhängig davon, zu welchem Zweck diese Auslegung erfolgt“<sup>69</sup>. Ferner hat der Gerichtshof in einem jüngeren Urteil festgestellt, daß „es der Vorrang der von der Gemeinschaft geschlossenen völkerrechtlichen Verträge vor den Bestimmungen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts [gebietet], diese nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesen Verträgen auszulegen“<sup>70</sup>. Daß gleiches auch für die nationalen Bestimmungen gelten muß, bedarf kaum der Erwähnung.

Unter diesen Umständen wird ganz deutlich, daß die Auslegung durch den Gerichtshof — nötigenfalls mit der Klarstellung, daß der betreffenden Bestimmung keine unmittelbare Wirkung zukommt — jedenfalls eine höchst nützliche Hilfe für das vorliegende Gericht bei der Prüfung sein kann, ob die einschlägige nationale Vorschrift in Übereinstimmung mit der entsprechenden Bestimmung des Abkommens ausgelegt werden kann. Das betreffende Übereinkommen, dieser Hinweis sei erlaubt, ist nämlich für die Gemeinschaft und für die Mitgliedstaaten verbindlich<sup>71</sup>.

68 — Vgl. z. B. Urteil Schlüter (zitiert in Fußnote 44) und Urteil vom 3. Februar 1976 in der Rechtssache 59/75 (Manghera u. a., Slg. 1976, 91), in dem der Gerichtshof Entschließungen des Rates ausgelegt hat, auch wenn er ausgeschlossen hat, daß diese unmittelbare Wirkung hervorrufen könnten, auf die sich einzelne vor einem nationalen Gericht berufen könnten. Ebenso hat der Gerichtshof im Urteil vom 13. Dezember 1989 in der Rechtssache C-322/88 (Grimaldi, Slg. 1989, 4407) dem vorlegenden Gericht die Auslegung einer Empfehlung übermittelt, die, obwohl ungeeignet, einzelnen Rechte zu verleiht, die vor den nationalen Gerichten hätten geltend gemacht werden können, doch Anlaß einer nützlichen Auslegungshilfe für das vorliegende Gericht sein konnte (Randnrn. 16 bis 19). Im Urteil vom 20. Mai 1976 in der Rechtssache 111/75 (Mazzalai, Slg. 1976, 657) hatte sich übrigens der Gerichtshof für zuständig erklärt, gemäß Artikel 177 „über die Auslegung der Handlungen der Organe der Gemeinschaft [zu entscheiden], ohne daß es darauf ankäme, ob diese Handlungen unmittelbar gelten oder nicht“ (Randnr. 7). Es darf schließlich noch an das Urteil vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-106/89 (Marleasing, Slg. 1990, I-4135) erinnert werden, in dem der Grundsatz der konformen Auslegung verankert wurde, dem zufolge das nationale Gericht, wenn eine unmittelbare Wirkung fehlt, „sein nationales Recht unter Berücksichtigung des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie auslegen muß“ (Randnr. 13).

39. Dies vorausgeschickt, erinnere ich daran, daß das vorliegende Gericht wissen möchte, ob unter den Begriff der „einstweiligen Maßnahme“ im Sinne des Artikels 50 Absatz 6 des TRIPS auch Maßnahmen fallen, wie sie

69 — Urteil vom 16. März 1983 in den verbundenen Rechtssachen 267/81 bis 269/81 (SPI und SAMI, Slg. 1983, 801, Randnrn. 14 und 19, Hervorhebung von mir).

70 — Urteil Kommission/Deutschland (zitiert in Fußnote 65, Randnr. 52).

71 — Zur Möglichkeit der Berufung auf Bestimmungen eines Abkommens ohne unmittelbare Wirkung vgl. statt aller Monin, „A Propos de l'accord instituant l'organisation mondiale du commerce et l'accord sur le marché public: la question de l'invocabilité des accords internationaux conclus par la Communauté européenne“, *Revue trimestrielle de droit européen*, 1997, S. 399 ff., insbesondere S. 407 und S. 412 ff.

in Artikel 289 der niederländischen Zivilprozeßordnung vorgesehen sind, Maßnahmen also, die aus Gründen der Dringlichkeit nach Anhörung der Parteien durch schriftliche, mit Gründen versehene und mit einem Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung ergehen. Ein weiteres Kennzeichen solcher Maßnahmen, auf das die Parteien nachdrücklich hingewiesen haben, besteht darin, daß die Parteien, obwohl sie die Möglichkeit haben, ein Verfahren zur Hauptsache einzuleiten, diese in den meisten Fällen als endgültig behandeln; damit dienen sie tatsächlich als Grundlage für eine Transaktion.

Gerade wegen dieser Gegebenheiten, wenn auch mit teilweise unterschiedlichen Argumenten, schlagen Hermès, die niederländische Regierung und die Kommission dem Gerichtshof vor, die Frage des vorlegenden Gerichts zu verneinen. Hermès betont die praktischen Vorteile des niederländischen Verfahrens und will unter Artikel 50 des TRIPS nur Maßnahmen fallen lassen, die von der Staatsanwaltschaft oder von den Zollbehörden selbst getroffen werden. Die niederländische Regierung hebt nicht nur die Vorteile des niederländischen Verfahrens hervor, sondern meint auch, daß unter Artikel 50 nur die Maßnahmen nach Artikel 700 der niederländischen Zivilprozeßordnung fielen, d. h. erhaltende Maßnahmen mit Genehmigung des Präsidenten des Gerichts ohne Anhörung der Gegenseite. Die Kommission legt zum einen dar, daß das niederländische Verfahren, da es tatsächlich fast immer zu einer endgültigen Maßnahme führe, als ein beschleunigtes Verfahren zur Hauptsache betrachtet werden könne, und zum anderen, daß man, selbst wenn man die betreffenden Maßnahmen dem Begriff der einstweiligen Maßnahme im Sinne des Artikels 50 des

TRIPS zuordne, doch berücksichtigen müsse, daß diese Bestimmung den Vertragsparteien des TRIPS nicht — zumindest nicht immer und in jedem Fall — aufgabe, in ihrem Recht festzulegen, daß das Verfahren zur Hauptsache binnen einer bestimmten Frist eingeleitet werden müsse, widrigenfalls die einstweilige Maßnahme ihre Gültigkeit verliere.

40. Ich möchte vor allem darauf hinweisen, daß Artikel 50 des TRIPS ausdrücklich alle Maßnahmen anführt, die erlassen werden, „um die Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums zu verhindern“ (Absatz 1), einschließlich derjenigen „ohne Anhörung der anderen Partei“ (Absatz 2). Die von Hermès beantragte Maßnahme entspricht genau diesem Zweck und kann sicherlich nicht deshalb dem Anwendungsbereich dieser Bestimmung entzogen sein, weil sie nach Anhörung der Parteien ergangen ist. Dies belegt auch der Wortlaut des Artikels 50 Absatz 6, der sich auf die nach Absatz 1 und Absatz 2 erlassenen Maßnahmen bezieht, mithin *auch*, wenn auch nicht ausschließlich, auf solche, die ohne Anhörung der anderen Partei ergehen <sup>72</sup>.

72 — Außerdem legt Artikel 50 Absatz 6 mit der Bestimmung, daß einstweilige Maßnahmen außer Kraft treten, wenn das Verfahren, das zu einer Sachentscheidung führt, nicht innerhalb einer angemessenen Frist eingeleitet wird, dies ausdrücklich „unbeschadet des Absatzes 4“ fest, der für Maßnahmen, die ohne Anhörung der anderen Partei ergehen, vorsieht, daß auf „Antrag des Antragsgegners ... eine Prüfung, die das Recht zur Stellungnahme einschließt, mit dem Ziel statt[findet], innerhalb einer angemessenen Frist nach der Mitteilung der Maßnahmen zu entscheiden, ob diese abgeändert, aufgehoben oder bestätigt werden“. Eine solche Bestimmung hätte ganz offensichtlich keine Berechtigung, wenn Artikel 50 nur die *ohne Anhörung der anderen Partei* ergangenen Entscheidungen beträfe.

Nicht begründet erscheint mir der Einwand, daß eine vorläufige Maßnahme wie die niederländische bereits in Artikel 44 Absatz 1 des TRIPS<sup>73</sup> vorgesehen sei und mithin Artikel 50 notwendig einer anderen Art vorläufiger Maßnahmen gelten müsse. Hierzu möchte ich nur sagen, daß Artikel 44 die möglichen Rechtsbehelfe, also die Grundregelung zum Schutz des Markenrechts, festlegt, während Artikel 50 eine ausschließlich verfahrensrechtliche Vorschrift ist, die als solche immer dann, wenn eine einstweilige Maßnahme zu erlassen ist, unabhängig davon heranzuziehen ist, ob die betreffende Maßnahme ohne Anhörung der anderen Partei oder schriftlich ergeht oder mit einem Rechtsmittel angefochten werden kann. Auch kann der — von der Kommission betonte — Umstand, daß das TRIPS zum Schutz der mit dem geistigen Eigentum verbundenen Rechte nicht die Einrichtung besonderer anstelle der allgemein vorgesehenen Verfahren vorschreibt, meines Erachtens nicht zu einer anderen Betrachtung des Problems führen: Vorausgesetzt bleibt selbstverständlich, daß das nationale Verfahren mit dem in den Bestimmungen des TRIPS vorgesehenen Verfahren übereinstimmt.

41. Hermès, die niederländische Regierung und die Kommission bringen bei rechtem Zusehen eigentlich vor, daß die Parteien in der Mehrzahl der Fälle, der niederländischen Regierung zufolge in 95 % der Fälle, die betreffende einstweilige Maßnahme als endgültig behandeln. Ich bin allerdings nicht der

73 — In dieser Bestimmung heißt es, soweit hier erheblich: „Die Gerichte sind befugt, gegenüber einer Partei anzuordnen, daß eine Rechtsverletzung zu unterlassen ist, unter anderem um zu verhindern, daß eingeführte Waren, die eine Verletzung eines Rechts des geistigen Eigentums mit sich bringen, ... in die in ihrem Zuständigkeitsbereich liegenden Vertriebswege gelangen.“

Meinung, daß einer solchen Praxis Bedeutung für die Lösung unseres Falles zukommt, zumindest keine entscheidende. Ich verweise zum einen darauf, daß eine solche Anordnung *rechtlich* stets eine einstweilige Maßnahme bleibt<sup>74</sup>, zum anderen darauf, daß die zweifelsfreien Vorteile, die sich daraus ergeben, daß in der Mehrzahl der Fälle keine Fristsetzung für die Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache erfolgt, sicherlich an der Vorläufigkeit der getroffenen Maßnahmen nichts ändern können<sup>75</sup>.

Anders wäre dies meines Erachtens nur, wenn die einschlägige nationale Regelung einen stärkeren Schutz als die nach den Bestimmungen des TRIPS vorsähe, natürlich ohne sich zu dieser in Widerspruch zu setzen. Ein solcher Fall, der in Artikel 1 Absatz 1 des TRIPS ausdrücklich angesprochen wird, scheint mir indessen in unserem Fall nicht vorzuliegen. Zwar könnte sich nämlich das betreffende Verfahren, das es den Parteien überläßt, die betreffende vorläufige Maßnahme tatsächlich als endgültig zu behandeln, als geeignet erweisen, mit weniger Energie- und Zeitaufwand zu einem

74 — Nicht überflüssig ist hier der Hinweis, daß, wie die niederländische Regierung darlegt, die getroffene Maßnahme als einstweilige Maßnahme bezeichnet wird und sich die Vorläufigkeit daraus ergibt, daß auf ein Eilverfahren, in dem das Gericht überdies nicht an die üblichen gesetzlichen Beweishebungsregeln gebunden ist, immer noch ein Verfahren zur Hauptsache folgen kann.

75 — Es ist nämlich darauf hinzuweisen, daß der Richter des einstweiligen Rechtsschutzes in einigen Fällen den Erlaß einer Maßnahme nach Artikel 289 der niederländischen Zivilprozeßordnung davon abhängig macht, daß binnen bestimmter Frist das Verfahren zur Hauptsache eingeleitet wird. Außerdem kann die unterliegende Partei auf jeden Fall auch ohne Festlegung eines solchen Termins dieses Verfahren einleiten (Artikel 292 der niederländischen Zivilprozeßordnung).

wirksamen und endgültigen Ergebnis zu gelangen, doch würde die Maßnahme nicht aus diesem Grund zu einem umfassenderen Schutz der Rechte des geistigen Eigentums führen, als dies bei Durchführung eines Verfahrens in der Hauptsache der Fall wäre. Offenkundig bietet nämlich der Umstand, daß die Parteien im Anschluß an die betreffende Maßnahme und auf deren Grundlage eine Transaktion vornehmen oder jedenfalls eine Vereinbarung treffen, keine Garantie in dieser Richtung, ja er hat überhaupt nichts mit dem Umfang des Schutzes zu tun. Hinzu kommt, daß man Artikel 50 des TRIPS verengen würde, wenn man ihn ohne eine ausdrückliche Bestimmung in diesem Sinne auf die vorläufigen Maßnahmen beschränken würde, die *ohne Anhörung der Gegenseite* ergehen.

42. Nach meiner Auffassung ist daher letztlich Artikel 50 Absatz 6 des TRIPS dahin auszulegen, daß er auch einstweilige Maß-

nahmen nach Anhörung der anderen Partei umfaßt, die durch schriftliche, mit Gründen versehene und mit einem Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung ergehen, selbst wenn sie tatsächlich von den Parteien als endgültig behandelt werden. Für den Fall, daß der Gerichtshof ferner dem vorlegenden Gericht antworten möchte, daß die betreffende Bestimmung keine unmittelbare Wirkung hat, spricht meines Erachtens nichts dagegen, die niederländische Regelung so auszulegen, daß sie im Einklang mit der maßgebenden Bestimmung des TRIPS steht. Bereits nach der nationalen Regelung setzt nämlich in bestimmten Fällen der Richter des vorläufigen Rechtsschutzes, wie bereits erwähnt<sup>76</sup>, den Parteien eine Frist für die Einleitung des Verfahrens zur Hauptsache. Die betreffende Bestimmung läßt den Gerichten die Freiheit, eine angemessene Frist festzulegen, wenn ihnen dies nach den maßgeblichen nationalen Vorschriften gestattet ist, oder legt selbst, falls diese Möglichkeit fehlt, eine Frist fest.

## Ergebnis

43. Aufgrund der vorstehenden Erwägungen schlage ich daher dem Gerichtshof vor, dem Präsidenten der Arrondissementsrechtbank Amsterdam wie folgt zu antworten:

Artikel 50 Absatz 6 des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPS) ist dahin auszulegen, daß einstweilige Maßnahmen in seinem Sinn solche Maßnahmen sind, die aus Gründen der Dringlichkeit in einem kontradiktorischen Verfahren durch schriftliche, mit Gründen versehene und mit einem Rechtsmittel anfechtbare Entscheidung ergehen.

<sup>76</sup> — Vgl. Fußnote 75.