

Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut / Nr. 155

herausgegeben

von Professor Dr. Dr. Georg RESS
und Professor Dr. Michael R. WILL

José Ângelo ESTRELLA FARIA, M. Iur. Eur.

Rechtsanwalt in Porto Alegre

**SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN
IM GATT UND IM EWG-WETTBEWERBSRECHT**

Magister-Arbeit im Aufbaustudiengang "Europäische Integration"
(überarbeitete Fassung)
Wintersemester 1988/89

Prüfer: Dr. Ernst Ulrich PETERSMANN
Professor Dr. Dr. Georg RESS
Dr. Manfred DAUSES

Tag der mündlichen Prüfung: 5. Januar 1989

Gedruckt mit freundlicher Unterstützung der
Vereinigung der Freunde der Universität des
Saarlandes e.V.

1989 © Europa-Institut der
Universität des Saarlandes

Nicht im Buchhandel erhältlich

Abgabe gegen eine Schutzgebühr
von 15,— DM

I.	SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN: INSTRUMENT DES PROTEKTIONSIMUS.....	1
II.	SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN UND GATT.....	18
	§ 1 – Das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen.....	19
	A. Auslegung des Art. XI.....	19
	B. Beurteilung von Selbstbeschränkungsabkommen nach Art. XI.....	26
	1. Handelsbeschränkende Wirkung.....	27
	2. Quoten oder "andere Maßnahmen".....	29
	3. Ein- und Ausfuhrbeschränkung.....	30
	4. Zusammenfassung.....	35
	C. Bedeutung der späteren Praxis.....	36
	1. Änderung des Art. XI durch spätere Praxis?.....	38
	a) Staatenübung.....	40
	b) Rechtsüberzeugung.....	44
	c) Zusammenfassung.....	46
	2. Auslegung des Art. XI durch spätere Praxis.....	46
	a) Historischer Konsens.....	48
	b) Aktueller Konsens.....	49
	c) Zusammenfassung.....	52
	D. Ausnahmereglung.....	55
	§ 2 – Selbstbeschränkungsabkommen und die GATT-Schutzklausel.....	59
	A. Auslegung und Voraussetzungen des Art. XIX.....	59
	B. Selbstbeschränkungsabkommen als Instrument des Art. XIX?.....	63
	1. Zweck- und Verhältnismäßigkeit.....	63
	(anhand praktischer Beispiele)	
	a) Amerikanisch-japanisches Kunstfasern-SbA der 70er Jahre.....	64
	b1) Amerikanisch-japanisches Pkw-SbA der 80er Jahre...67	
	b2) EG-Japan VKR-SbA der 80er Jahre.....	71
	c) EG-Japan Pkw-SbA der 80er Jahre.....	72
	2. Zusammenfassung.....	77

C. Art. XIX und Handelsdiskriminierung.....	77
1. Innere Logik und Wortlaut des Art. XIX.....	78
2. Historische Auslegung.....	84
3. Zweck der Schutzklausel.....	89
4. Zusammenfassung.....	91
§ 3 – Grenzen zur Anwendbarkeit des GATT.....	91
A. Problemstellung.....	91
B. Das GATT und die nicht-hoheitlichen Handelsbeschränkungen.....	95
1. Entwicklung der Diskussion.....	95
2. Völkerrechtliche Grundsätze und GATT.....	101
3. Untersuchung nach Art. XIX und XIII GATT.....	105
a) Art. XIX.....	106
b) Art. XXIII.....	107
c) Zusammenfassung.....	116
C. Ausblick.....	116
III. SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN UND EG-WETTBEWERBSRECHT.....	118
§ 1 – Bedeutung des EG-Wettbewerbsrechts und die Rolle der Kommission.....	119
§ 2 – Selbstausfuhrbeschränkungen und EWG-Kartellverbot....	126
A. Auslegung des Art. 85 Abs. 1.....	126
B. Selbstbeschränkungsabkommen als Verstoß gegen Art. 85 EWGV.....	142
§ 3 – Probleme extraterritorialer Anwendung des EWG-Kartellrechts.....	160
A. Problemstellung.....	160
B. Internationales Kartellrecht und Völkerrecht.....	165
1. Titel zum Erlaß von Kollisionsnormen.....	165
2. Anknüpfungsprinzipien und Völkerrecht.....	169

C. Die Beteiligung ausländischer Staaten.....	179
1. Grundlagen der Jurisdiktionseinschränkung.....	179
2. Praktische Schwierigkeiten: das Beispiel der japanischen "administrative guidance".....	191
IV. AUSBLICK: REFORM DER GATT-SCHUTZKLAUSEL?.....	202
LITERATURVERZEICHNIS.....	207
ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS	

I. SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN: INSTRUMENT DES PROTEKTIONISMUS

"Ut olim flagitiis,
sic nunc legibus laboramus"
(Tacitus, Annales, III, XXV)

Der Wunsch der Staaten nach dem zweiten Weltkrieg, durch die Gründung einer Welthandelsorganisation künftig eine Desintegration der Handelsbeziehungen wie in der Zwischenkriegszeit zu verhindern, ist nicht fruchtlos geblieben. Auch wenn die Charta der International Trade Organization (ITO) mangels Ratifizierung nie in Kraft getreten ist, zeigte die spätere Entwicklung, daß das ursprünglich als bloße Übergangslösung ausgehandelte "General Agreement on Tariffs and Trade" (GATT) zur Erreichung dieser Ziele einen wichtigen Beitrag leisten sollte. ⁽¹⁾

Die Erfüllung einer solchen Funktion durch das GATT wurde dadurch ermöglicht, daß in den Text des Abkommens verschiedene der ITO-Charta zugrunde liegende Grundsätze aufgenommen wurden. Die Teilnehmer der ersten Vorkonferenz in 1946 hatten nämlich beschlossen, amerikanische Angebote über Zollreduzierung und Beseitigung nicht-tarifärer Handelshemmnisse vorweg und außerhalb der ITO in einem speziellen Abkommen zu behandeln, das mit dem Inkrafttreten der ITO-Charta aufgehoben werden sollte. Denn es war von vornherein ersichtlich, daß die Ratifizierung der Charta lange dauern könnte, und die Teilnehmerstaaten wollten den möglich erscheinenden Fortschritt auf diesem bestimmten Bereich davon nicht abhängig machen.

(1) S. im allgemeinen zur ITO-Charta und insbesondere zum GATT: Clair Wilcox, A Charter for the World Trade, New York, 1949; Gerard Curzon, Multilateral Commercial Diplomacy, London, 1965; John Jackson, World Trade and the Law of GATT, Indianapolis, 1969; Kenneth Dam, The GATT: Law and International Economic Organization, Chicago, 1970; V.A. Seyd Muhammad, The Legal Framework of World Trade, London, 1958; Robert Hudec, The GATT Legal System and World Trade Diplomacy, New York, 1975; Thiebaut Flory, Le G.A.T.T. Droit International et Commerce Mondial, Paris, 1968; Ferdinand Liebich, Das GATT als Zentrum der internationalen Außenhandelspolitik, Baden-Baden, 1971; Günther Heiduck, Die weltwirtschaftlichen Ordnungsprinzipien des GATT und der UNCTAD als Instrument der Entwicklungspolitik, Aachen, 1973; Richard Senti, GATT: SYSTEM DER WELT-HANDELSORDNUNG, Zürich, 1986.

Das erste, im Art. I zum Ausdruck gebrachte Grundprinzip des GATT ist die Meistbegünstigungsklausel ("most-favoured nation-clause"). Nach dieser Bestimmung müssen alle Vorteile, Vergünstigungen, Vorrechte oder Befreiungen, die eine Vertragspartei für die aus einem anderen Land stammende oder für diese bestimmte Ware gewährt, unverzüglich und bedingungslos für alle gleichartigen Waren eingeräumt werden, die aus den Gebieten einer anderen Vertragspartei stammen oder für diese bestimmt sind. Der Ausschluß von Gegenbedingungen bewirkt die Entpolitisierung des Außenhandels, die nur durch Sonderregeln für Zollunionen und Freihandelszonen (Art. XIV), Entwicklungsländer (Art. XVIII, Teil IV) und sicherheitspolitische Maßnahmen (Art. XXI) eingeschränkt wird. Die Wirksamkeit der Meistbegünstigung im GATT-System wird dadurch gewährleistet, daß sich die Staaten nicht mehr beliebig von bilateral ausgehandelten Konzessionen auslösen können, ohne aus dem GATT auszutreten. Und dies würde für den betroffenen Staat den Verlust sämtlicher bereits erhaltener Konzessionen im Rahmen des GATT bedeuten. Dadurch wirkt das GATT wirklich multilateral und stellt mehr als die bloße Summe bilateraler Handelskonzessionen dar ⁽²⁾.

Ein weiteres, sehr wichtiges Prinzip ist das Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse. Nach Art. XI darf eine Vertragspartei außer "Zöllen, Abgaben und sonstige Belastungen" bei der Ein- oder Ausfuhr einer Ware aus bzw. in das Gebiet einer anderen Vertragspartei Verbote oder Beschränkungen welcher Art wie immer weder einführen noch beibehalten. Das Verbot geht auf die ökonomische Überlegung zurück, die erlaubten Schutzmaßnahmen auf diejenigen zu beschränken, die die relativ geringsten Kosten verursachen; das heißt, auf Formen, die das Preissystem am geringsten beeinträchtigen ⁽³⁾. Auch wenn jede Vertragspartei relativ frei über das nationale Protektionsniveau entscheiden kann, muß die Protektion jedoch grundsätzlich in Form von Zöllen gewährt werden. Die ökonomisch mit hohen Kosten verbundenen mengenmäßigen Beschränkungen

(2) Curzon, S. 62.

(3) Jan Tumlir, GATT-Regeln und Gemeinschaftsrecht. Ein Vergleich wirtschaftlicher und rechtlicher Funktionen, in Hilf/Petersmann (Hrsg.) GATT und Europäische Gemeinschaft, Baden-Baden 1986, S. 87.

sind daher nur als völkerrechtlich geregelte Ausnahmen zugelassen, wie z. B. bei Zahlungsbilanzdefiziten (Art. XII) oder aus gesundheits- oder sicherheitspolitischen Gründen (Art. XX, XXI). Die Ausnahmeregelung des GATT bestätigt auch die Auffassung, daß es nicht auf naiven Harmonievorstellungen eines konfliktfreien laissez-faire-Liberalismus beruht ⁽⁴⁾. Dies lassen die Vorschriften über Schutzmaßnahmen (Art. XIX) und Streitbeilegung (vgl. Art. XXIII) erkennen. Dadurch, daß das GATT weder zum Freihandel (vgl. Art. XXVIII) noch zur Marktwirtschaft (vgl. Art. XVII) verpflichtet, wird eine weltweite GATT-Mitgliedschaft ermöglicht.

Diese beiden Ordnungsprinzipien werden schließlich durch zwei andere Grundsätze ergänzt bzw. verwirklicht. Art. III verpflichtet die Vertragsparteien zur Gleichbehandlung einheimischer und eingeführter Waren auf dem Binnenmarkt. Dies bedeutet, daß Waren, die aus dem Gebiet einer Vertragspartei in das Gebiet einer anderen Vertragspartei eingeführt werden, weder direkt noch indirekt höheren Abgaben oder sonstigen Belastungen unterworfen werden dürfen als gleichartige inländische Erzeugnisse. Das Diskriminierungsverbot betrifft ferner alle Gesetze, Verordnungen oder sonstige Vorschriften, die auf den internen Handel, Verkehr, Vertrieb oder Verwendung von Waren anwendbar sind. Das letzte, nicht autonom geregelte, jedoch an verschiedenen Stellen implizit oder ausdrücklich anerkannte Ordnungsprinzip ist der Reziprozitätsgrundsatz. Dadurch wird einerseits die Durchführung von Zollverhandlungen erleichtert (vgl. Art. XXVIII bis), weil die eine bestimmte Konzession anbietenden Vertragsparteien zunächst mit den größten Lieferanten darüber verhandeln unter Berücksichtigung etwa der angebotenen Gegenleistung. Durch die Meistbegünstigung erstrecken sich danach die gewährten Konzessionen auch auf die übrigen Vertragsparteien. Andererseits spielt das Reziprozitätsprinzip eine wichtige Rolle bei den Beitrittsverhandlungen und der Streitbeilegung (vgl. jeweils Art. XXXIII und XXIII). Für die Streitbeilegung ist die Aufrechterhaltung der gegenseitigen Vorteile im Rahmen des GATT von ent-

(4) Ernst-Ulrich Petersmann, Protektionismus als Ordnungsproblem und Rechtsproblem, *RabelsZ* 47 (1983), S. 485.

scheidender Bedeutung, weil Konsultationen nicht nur aufgrund angeblicher Vertragsverletzung, sondern auch dann stattfinden, wenn "sich mittelbar oder unmittelbar" aus dem GATT ergebende Vorteile zunichte gemacht oder geschmälert werden.

Die Feststellung prinzipieller Grundsätze für den Welthandel und die vernünftige Flexibilität des GATT-Systems, die durch berechnete Ausnahmen wichtigen Schwerpunkte der Volkswirtschaften der Vertragsparteien Rechnung trägt, bedeuten auf multilateraler Ebene eine bisher einzigartige Erfahrung bei der Liberalisierung des Welthandels und haben zu dessen Expansion und Stabilität beigetragen. Als wichtiges Ergebnis dieses neuen Systems wurde eine allgemeine Reduzierung der Zollsätze erreicht. Dies erfolgte durch sukzessive Zollverhandlungen im Rahmen des GATT und entsprach den Grundsätzen der Meistbegünstigung und der Gleichbehandlung, auch wenn die letzte nie vollständig erreicht wurde ⁽⁵⁾. Die Ergebnisse dieser Zollverhandlungen und die Beachtung der GATT-Regeln trugen bis Ende der 60er Jahre zu einem erheblichen Wachstum des Welthandels bei. Während die Exporte der Industriestaaten 8.8 % zwischen 1960 - 1973 wuchsen, stiegen auch die Exporte der Entwicklungsländer um 7.2 % in derselben Periode ⁽⁶⁾.

Eine völlig andere Entwicklung begann mit der Ölkrise von 1973. Nach dem wirtschaftlichen Boom von 1972 - 1973 begann die Rezession in den Industriestaaten, vor allem in Europa und Japan. Die Ver vierfachung des Ölpreises verstärkte die inflationäre Tendenz in diesen Ländern. Die dagegen getroffenen Maßnahmen verursachten eine gewaltige Erhöhung der Arbeitslosigkeit ⁽⁷⁾ und waren auch Anlaß für orthodoxe Maßnahmen zur Stabilisierung der Handelsbilanzen, zunächst gegenüber den OPEC-Staaten. Die Stagnation des ökonomischen Wachstums gab den Wirtschaftspolitikern der Industriestaaten

(5) S. dazu Gardner Patterson, Discrimination in International Trade: The Policy Issues 1945-1965, Princeton, 1966.

(6) Bela Balassa, The "New Protectionism" and the International Economy, J.W.T.L. 12 (1978), S. 409 ff.

(7) Zweifelhafte ist jedoch, ob der Handelsprotektionismus positive Ergebnisse bei der Arbeitsbeschaffung erzielt; s. Ulrich Hienenz, Beschäftigungs- und Einkommenswirkungen der Außenhandelsprotektionen. in Bodo Gemper (Hrsg.)

den politischen Vorwand für protektionistische Maßnahmen im Außenhandel.

Auch wenn nicht in vergleichbarem Umfang, sind solche Maßnahmen denjenigen ähnlich, die während der 30er Jahre zwischen den industrialisierten Staaten galten, wobei aber neuere und verfeinerte Erscheinungsformen festzustellen sind. Sie umfassen verschiedene Formen nicht-tarifärer Handelshemmnisse, als "rationalization of industry" bezeichnete staatliche Beihilfen ⁽⁸⁾, so wie auch zahlreiche Absprachen zur weltweiten Marktverteilung.

Besonders wichtig für diese Arbeit sind diejenigen protektionistische Maßnahmen, die nicht ausdrücklich im GATT erwähnt werden und eine handelshemmende Wirkung haben.

Der Begriff "Handelshemmnis" besteht aus zwei Elementen; einem Eingriff in den Wirtschaftsablauf und der Diskriminierung ausländischer Konkurrenten ⁽⁹⁾.

Der Eingriff in die Freiheit ist in erster Linie Konsequenz einer staatlichen Handlung. Dies schließt aber die Qualifizierung einer handelsbeschränkenden Maßnahme als Handelshemmnis nicht aus, nur weil sie eine Initiative Privater darstellt, denn solche Eingriffe geschehen meistens mit Wissen und Duldung des Staates, so daß "die private Sphäre als verlängerter Arm des Staates aufgefaßt werden kann" ⁽¹⁰⁾. Die Diskriminierung ausländischer Konkurrenten, sei es im Sinne einer defensiven oder offensiven Handelspolitik, muß jedoch beabsichtigt werden. Von einer Diskriminierung ist dann auszugehen, wenn die einheimische Produktion geschützt werden soll, indem die eingeführten Waren preislichen Belastungen oder diskriminierenden Verwaltungspraktiken unterworfen werden (defensive Maßnahmen) oder durch staatliche Förderung der inländischen Produktion Wettbewerbsvorteile gegenüber den Konkurrenten verschafft werden (offensive Maßnahmen).

(8) Balassa, S. 414.

(9) Liesel Quambusch, Nicht-tarifäre Handelshemmnisse - Ein Beitrag zur Systematisierung, Anwendung und Beseitigung, Köln, 1976, S. 17 ff.

(10) ibidem, S. 25.

Aus der Tatsache, daß meistens Erscheinungsformen des "Neuen Protektionismus" nicht ausdrücklich vom GATT erfaßt werden, erklärt sich ihre Qualifizierung als Maßnahmen einer "Grey Area Trade Policy" ⁽¹¹⁾. Kennzeichnend für diese vom GATT abweichende Entwicklung ist die Infragestellung des multilateralen Handelssystems durch die Abmachung bilateraler Vereinbarungen zur Marktverteilung bzw. Quotenfestlegung. Dies bedeutet eine gefährliche Rückentwicklung zu dem in den 30er Jahren bestehenden Bilateralismus ⁽¹²⁾ .

Dabei sind Absprachen wie "OMAs" und "VERs" besonders typisch. Beide haben gemeinsam das Ziel, die Ausfuhr einer bestimmten Ware in ein Land zu beschränken, und werden häufig als austauschbare Begriffe für bilateral ausgehandelte mengenmäßige Beschränkungen seitens des Exportstaates benutzt.

Mit dem Ausdruck "Voluntary Export Restraints" ("VER") werden Ausfuhrbeschränkungen bezeichnet, die, obwohl sie als Folge von Presionen der Industrie oder der Regierung des Importstaates eingeführt werden, förmlich gesehen, eine unilaterale Maßnahme des Exportstaates bleiben, der daher im Prinzip das Recht behält, sie einseitig abzuändern bzw. aufzuheben, sowie für ihre Durchführung ausschließlich zuständig ist. "Voluntary Restraints Arrangements" ("VRAs") sind dagegen Vereinbarungen, in denen der Importstaat seine Mit-Verantwortung ausdrücklich annimmt, mit der Folge, daß jede Änderung seiner Zustimmung bedarf. In beiden dieser Fälle ist eine Beteiligung der betroffenen Industrie möglich. "Orderly Marketing Arrangements" ("OMAs") letztlich sind Vereinbarungen zwischen Regierungen, die häufig nicht nur eine Begrenzung der Exportmengen bzw. eine Mindestpreisregelung vorsehen, sondern darüber hinaus Bestimmungen über die Durchführung der Beschränkung, Überwachung der

(11) Ernst-Ulrich Petersmann, Grey Area Trade Policy and the Rule of Law, Journal of World Trade 21 (1988) 2, S. 23-44.

(12) s. dazu Emil Küng, Rückfall in den Bilateralismus, S. 59 ff. in Bodo Gemper (Hrsg.) Protektionismus in der Weltwirtschaft.

Aus- und Einfuhren sowie über bilaterale Konsultationen einschließen. ⁽¹³⁾

Die Tatsache, daß Selbstausfuhrbeschränkungen ohne Gegenleistung auferlegt werden, soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß ihr Zustandekommen von Freiwilligkeit meist weit entfernt ist.

Der Anstoß zur Auferlegung einer Exportselbstbeschränkung kommt immer von Seiten des Importstaates. Der weltweite Prozeß der Industrialisierung führte zur Entstehung neuerer Produktionszentren, mit der Folge, daß die traditionellen Industrieländer nicht mehr grundsätzliche komparative Kostenvorteile bieten. Dies bewirkte die Expansion der Importe aus Entwicklungs- bzw. Schwellenländern, die so die bestehenden Marktstrukturen in den Industriestaaten beeinflussen können. Einflußreiche und nicht mehr wettbewerbsfähige Industriebranchen sehen sich dann veranlaßt, "statt die Strukturpassung unter dem Druck des Wettbewerbs zu vollziehen", die Importkonkurrenz zu vermeiden. ⁽¹⁴⁾ In solchen Fällen versuchen die Unternehmen, die zuständigen staatlichen Organe dazu zu veranlassen, importbeschränkende Maßnahmen zu ergreifen. Das kann aber meistens nicht ohne weiteres erreicht werden. Mengenmäßige Beschränkungen vermindern die Wahlmöglichkeit der Verbraucher und der Importindustrie und verursachen die Erhöhung des Inlandpreises.

⁽¹³⁾ S. Michel Kostecki, Export-Restraint Arrangements and Trade Liberalization, World Ec. 10 (1987), S. 426; Petermann, Journal of World Trade 21 (1988) 2, S. 27; in den USA hat diese Unterscheidung eine rechtliche Bedeutung, denn mit dem Ausdruck "OMA" werden ausschließlich förmliche, durch den Präsidenten unter der Ermächtigung von Art. 201 ff. des Trade Acts von 1974 ausgehandelte Verträge bezeichnet (s. Orderly Marketing Arrangements, Am. Soc. Int. L., Proceedings of the 72nd. Annual Meeting (1978), S. 1): "In government-to-government negotiations, if truly government-to-government, the words VRA and OMA became weasel words, meaning only what the speaker wanted them to mean when it was time to negotiate. The term OMA would be used when referring to something that was legal, VRA when it might be potentially illegal" (Multilateral Trade Negotiations: Dispute Settlement, Am. Soc. Int. L., Proceedings of the 74th Annual Meeting (1980), S. 143).

⁽¹⁴⁾ Ulrich Immenga, Internationale Selbstbeschränkungsabkommen zwischen staatlicher Handelspolitik und privater Wettbewerbsbeschränkung, RabelsZ 49 (1985), S. 305.

Der Staat muß darum mit Widerstand rechnen, und das bedeutet ein hohes politisches Risiko ⁽¹⁵⁾ .

Außerdem spielen auch völkerrechtliche Aspekte eine wichtige Rolle. Die meisten Staaten sind Vertragsparteien des GATT, was für sie den Verzicht auf nicht tarifäre Handelshemmnisse bedeutet, es sei denn, daß der Tatbestand einer Ausnahmeregel erfüllt ist, und der interessierte Staat davon Gebrauch macht. Nach Art. XIX sind von GATT abweichende Maßnahmen erlaubt, wenn durch starken Importzuwachs einem wichtigen Industriezweig des Importstaates "ein ernsthafter Schaden zugefügt wird." In diesem Fall aber muß der Importstaat mit der Möglichkeit rechnen, daß seitens des Exportstaates gleichwertige Repressalien nach Art. XIX 3 a ergriffen werden. Das komplizierte Verfahren zur Änderung der Zollzugeständnisse nach Art. XXVIII wäre auch genauso wenig interessant, zunächst einmal weil die Zoll-erhöhung keine diskriminierende Wirkung haben darf, und auch weil sie unmittelbar zur Preiserhöhung führt, und dies als Gegenargument in einem entsprechenden internen Gesetzgebungsverfahren gebraucht werden könnte.

Dieses Zögern der Regierung, unilaterale Handelsbeschränkungen zu ergreifen, heißt allerdings meistens nicht, daß nicht versucht würde, den Interessenten der einheimischen Industrie zu entsprechen. Je nachdem inwieweit diese Lobby sich durchzusetzen vermag und welche abschreckenden innenpolitischen Argumente angeführt

(15) Zudem die Einführung mengenmäßiger Beschränkungen nach dem Außenhandelsrecht vieler Staaten strengen Voraussetzungen unterliegt. Art. 201 ff. des amerikanischen Außenhandelsgesetzes von 1974 ("Trade Act") erlaubt es z. B. dem Präsidenten, Einfuhrbeschränkungen einzuführen, wenn die "International Trade Commission" (ICC) in einem konkreten Fall der Auffassung ist, daß erhöhte Importe einer Ware die wesentliche Ursache ("substantial cause") eines ernsthaften Schadens für die inländische Industrie sind. Im Jahre 1980 beantragten amerikanische Automobilhersteller die Anwendung von Einfuhrbeschränkungen für japanische Kraftfahrzeuge. Die ITC sah dagegen in den Importen aus Japan nicht die eigentliche Ursache der Krisis der amerikanischen Industrie, da sie auf eine Ablenkung der Nachfrage auf kleinere, in den USA nicht hergestellte Kfz-Modelle zurückzuführen war (s. Michael William Lochmann, The Japanese Voluntary Restraint on Automobile Exports: An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of United States Antitrust Laws, Harv. Int. L. J. 27 (1986), S. 101 ff.)

werden ⁽¹⁶⁾, kann die Regierung sich dazu veranlaßt sehen, das Problem auf bilateraler Ebene zu lösen zu versuchen, indem sie mit dem Exportstaat über eine Exportselbstbeschränkung verhandelt ⁽¹⁷⁾. Auf diese Weise glaubt der Importstaat, eine Verletzung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen vermeiden zu können und zugleich den Forderungen der nationalen Industrie nachzukommen. Natürlich entspricht ein solches Vertragsangebot nicht den Interessen des Exportstaates. Selbstbeschränkungsabkommen werden eher aus Furcht vor unilateralen Maßnahmen seitens des Importstaates als aus Freiwilligkeit abgeschlossen.

Der Importstaat droht dem Exportstaat damit, die Einfuhr ganz zu verbieten oder unverhältnismäßig stark zu beschränken, sollte keine befriedigende Lösung bei den Verhandlungen gefunden werden. Die Sorgen um die Erhaltung seines Marktanteils bei dem Importstaat zwingen den Exportstaat, den Pressionen des Importlandes weitgehend nachzugeben ⁽¹⁸⁾. Insofern kann man sagen, daß Selbstbeschränkungsabkommen bilaterale Vereinbarungen darstellen: der positiven Leistung des Exportstaates (Reduzierung der Exportmenge) steht eine negative Leistung des Importstaates (Unterlassung mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen) gegenüber. ⁽¹⁹⁾

Auch wenn diese Gegenseitigkeit sehr selten in einem Abkommen ausdrücklich erwähnt wird ⁽²⁰⁾, ist sie in vielen Fällen festzu-

⁽¹⁶⁾ So die angebliche Notwendigkeit für Industrie, Rationalisierungsmaßnahmen, einschließlich des Abbaus von Arbeitsplätzen, zu ergreifen. Es ist in diesem Zusammenhang typisch, daß im oben erwähnten Fall die Ford Motor Company die Mitwirkung der Gewerkschaft United Auto Workers (UAW) am Verfahren vor der International Trade Commission zur Einführung mengenmäßiger Beschränkungen für Pkw-Importe aus Japan erreichte (s. Lochmann, S. 101).

⁽¹⁷⁾ Reinhard Quick, Exportselbstbeschränkungen und Artikel XIX GATT, 1983, S. 41.

⁽¹⁸⁾ Quambusch, S. 173.

⁽¹⁹⁾ Ivan Bernier, Les ententes de restriction volontaire à l'exportation en droit international économique, Can. Y. Int. L. 1973 S. 62

⁽²⁰⁾ So z. B. Abkommen zwischen der EWG und Indien über den Handel mit Baumwolltextilien (Abl. Nr. L 43 vom 22. 2. 1971, S. 2).

stellen und manchmal in Durchführungsakten erwähnt. ⁽²¹⁾

Man könnte sich fragen, warum ein Exportstaat sich bereit zeigt, seine Ausfuhren zu beschränken, wenn er vom Importstaat die Achtung der GATT-Regeln und dementsprechend die Einleitung eines Verfahrens nach Art. XIX verlangen könnte, in dem er beispielsweise Zollzugeständnisse zugunsten des Importstaates zurücknehmen könnte.

Der Grund dafür sind die finanziellen Vorteile, die die Exporteure selbst von solchen Abkommen haben. Da es sich meistens um Produkte handelt, für die eine starke Nachfrage im Importland besteht, gelingt es den Exporteuren, durch die künstliche Knappheit der Waren, seinen Preis dem höheren Inlandspreis anzupassen. Dieser als "Kontingentrente" ⁽²²⁾ bezeichnete Preisunterschied wird dann von den Exporteuren abgeschöpft. Daß die Regierung im Importstaat wegen der negativen Reaktion der Verbraucher die Verantwortung für die Preiserhöhung nicht übernehmen will, erklärt auch, warum ihre

(21) 1971 vereinbarten die USA und Italien die mengenmäßige Beschränkung der Ausfuhr italienischer Schuhe nach Amerika. Der italienische Minister führte ein Kontrollverfahren bei den jeweiligen Handelskammern in Italien durch und erwähnte in seiner Bekanntmachung, solche Maßnahmen seien notwendig, um Importbeschränkungen in den USA zu vermeiden (s. Ralph Oman, The Clandestine Negotiation of Voluntary Restraints on Shoes from Italy: An Aquryv of Future Negotiations under the Trade Reform Act of 1973 ?, Corn Int. L. J., 7 (1973), S. 11); im Falle der Selbstausfuhrbeschränkung von Stahlerzeugnissen aus der EG in die USA wurde dies ausdrücklich anerkannt. Nach der Erwähnung verschiedener Maßnahmen gegen den Absatz von Stahlerzeugnissen aus der EG in den USA wie Antidumping-Zölle, Ausgleichsabgaben usw. erklärte der Vizepräsident der Kommission, daß eine Vereinbarung getroffen wurde, "nach der als Gegenleistung für eine Beschränkung der Gemeinschaftsausfuhren, die von der amerikanischen Industrie erhobenen Klagen zurückgezogen und die von den amerikanischen Behörden eingeführten Maßnahmen zurückgenommen werden..." (Entscheidung Nr. 2871/82/EGKS der Kommission vom 21. 10. 1982, Abl. Nr. L 307/11).

(22) Quambusch, S. 174; Kent Jones, The Political Economy of Voluntary Restraint Agreements, KYKLOS 37 (1984) S. 89. Infolge des amerikanisch-japanischen Sba von 1981 stiegen die Pkw-Preise in den USA um US\$ 400 per Einheit, was den amerikanischen Verbraucher mehr US\$ 4.3 Mrd. pro Jahr kostete. 1985 wurde festgestellt, daß etwa 2 Mio Amerikaner neue Wagen kaufen wollten, aber diese "were priced out of the market" (Lochmann, S. 112). Die amerikanischen Konzerne buchten dagegen im Jahre 1984 Rekord-Gewinne von US\$ 9,7 Mrd. (S. 108).

eigene Beteiligung an den entsprechenden Verhandlungen verneint wird oder warum das Ganze oft geheimgehalten wird.⁽²³⁾

Wird die Kontingentierung auf der Exportseite durch die Erteilung von übertragbaren Lizenzen durchgeführt, dann können sich für die Exporteure noch zusätzliche finanzielle Vorteile ergeben. Die Lizenzen werden, je nach Höhe der einzelnen Kontingente unoffiziell "notiert", so daß Unternehmen, die keine Lizenz besitzen, aber trotzdem Exportgeschäfte abgeschlossen haben, eine Lizenz auf diesem inoffiziellen Markt erwerben müssen. Sie bezahlen den ent-

(23) Ein klares Beispiel hierfür ist das amerikanisch-italienische SBA aus dem Jahre 1971. Im Juni 1971 sandte Präsident Nixon den Botschafter David Kennedy nach Europa, um eine Exportbeschränkung mit der italienischen Regierung zu verhandeln. Am 2. Juli verordnete der italienische Außenhandelsminister eine Datenerhebung bezüglich der Schuhexporte nach Amerika in den beiden vorangegangenen Jahren sowie die Vorlage eines mit den Statistiken belegten "Visas" für spätere Exporte. (Oman, S. 11). Die amerikanische Regierung bestritt zwar die Verhandlungen mit Italien nicht; bezeichnete das Ganze jedoch als eine einseitige Entscheidung der italienischen Regierung. Näheres über den Inhalt des SBA wurde nicht bekannt gemacht. Die amerikanische Presse spekulierte folglich, Italien hätte die Exportsteigerung auf 5 % der gesamten Schuhausfuhren von 1970 beschränkt. Der italienische Außenhandelsminister erklärte aber noch am 6. Juli, die Erhebung diene nur statistischen Zwecken und "Visa" seien weiterhin unbeschränkt zu erteilen. Der Botschafter Kennedy dagegen behauptete, Italien hätte eine Exportbeschränkung auf etwa 5 % der Ausfuhrmenge versprochen (S. 15), bestritt aber diesen verbindlichen Charakter dieses Versprechens. Die italienische Botschaft in Washington erklärte hingegen, es seien keine Exportbeschränkungen auferlegt worden. Die "Visa" seien lediglich Teil eines Erhebungsverfahrens. Statistiken über Importe aus Italien bewiesen später, daß nach einer Senkung von etwa 3.2 % im Verhältnis zu der Exportmenge von 1970 die Importe um 2.5 % im Jahre 1972 stiegen, so daß die durchschnittliche Importsteigerung unter der "5 % Grenze" blieb (S. 16 f.). Ähnliches geschah bei der jüngsten Exportbeschränkung von japanischen Pkws in Amerika. Am 1. März 1985 beim Auslaufen des wegen seiner hohen Kosten für die amerikanischen Verbraucher heftig kritisierten SBA von 1981 erklärte Präsident Reagan, die amerikanische Regierung werde Japan nicht um eine Verlängerung des SBA bitten, und bezog sich dabei auf den Wunsch "of maintaining free and fair trade for the benefit of the world's consumers". Vertreter der amerikanischen Automobilindustrie äußerten ihre tiefe Enttäuschung über diesen Rückweg zum "one-way-free trade" und bezeichneten diesen Tag als "a sad day for America". Der japanische Minister für Außenhandel und Industrie gab aber vier Tage später bekannt, daß Japan weiterhin seine Exporte unter Berücksichtigung der Marktanteile der drei großen amerikanischen Pkw-Konzerne (Ford, Chrysler und General Motors) beschränken werde. Die Öffentlichkeit war von dieser Nachricht überrascht. Die amerikanische Regierung ihrerseits protestierte nicht gegen diese "einseitige" Entscheidung Japans (s. James A. Dunn Jr., Automobiles in International Trade: Regime Change or Persistence? International Organization, 41 (1987), S. 225.

sprechenden Wert und schlagen die Kosten auf den Exportpreis auf.⁽²⁴⁾ Der ursprüngliche Lizenzbesitzer kassiert den Veräußerungsgewinn, der Exporteur und sein Geschäftspartner im Importstaat gleichen die Kosten durch Preiserhöhung aus, und die Verbraucher bezahlen letztendlich dafür.

Aufgrund dieser Vorteile ist für den Exportstaat ein SBA attraktiver als einseitige Importbeschränkungen. Zudem werden solche Abkommen meist in der Hoffnung geschlossen, sie seien nur vorübergehender Natur, und es bestünde nicht die Gefahr der Institutionalisierung wie bei den Importquoten, und letztendlich geben die Verhandlungen dem Exportstaat wenigstens die Möglichkeit, die Höhe der Ausführbeschränkung sowie andere wichtige Bedingungen mitzubestimmen.⁽²⁵⁾

Die unmittelbare Preiserhöhung ist aber nicht die einzige Folge eines SBA auf dem Binnenmarkt des Importstaates. Werden Höchstmengen einer Ware festgesetzt, die unterschiedliche Qualitätsniveaus umfaßt, dann können die Exporteure versuchen, ihre Gewinne pro Einheit zu maximieren, indem sie verstärkt (teuere) Produkte höherer Qualität liefern. Dadurch können sie anderen Herstellern im

(24) Auch in Taiwan, Hongkong und Korea ist die Existenz eines solchen "Quoten-Marktes" längst ein "open secret" und wird von der öffentlichen Hand großzügig geduldet. Diese Länder haben ihre Textilexporte in die USA durch bilaterale Abkommen beschränkt und den inländischen Herstellern Kontingente je nach den vorherigen Exporten auferlegt. In Honkong ist eine Abtretung der entsprechenden Ausfuhrlicenzen erlaubt, in den anderen Ländern ist sie zwar rechtlich nicht gestattet, wird aber weiterhin tatsächlich praktiziert: "Only recently, for example, quota on category 221 (sweaters and cardigans, knit) from Taiwan was being quoted at \$ 11,30 a dozen. A local manufacturer with a order from New York, but without a quota would pay the \$ 11,30 and add it on to his price. So, naturally, would the New York importer-wholesaler and the retail outlet" (Bericht vom New York Journal of Commerce vom 21.11.1977, zit. in Brian Hindlay, Voluntary Export Restraints and the GATT's Main Escape Clause, World Ec., 3 (1980), S. 318. "Quota Preise" sind aber keine inneren Kosten für die amerikanischen Zollbehörden und werden dementsprechend nicht vom Exportpreis zur Ermittlung der Zollgrundlage berücksichtigt, unter der Voraussetzung allerdings, daß die genaue Höhe bewiesen wird. Exporteure sind aber nicht bereit, eine Erklärung dafür abzugeben, und infolgedessen werden Zölle auf den gesamten (höheren) Preis erhoben. Daß dieser Mechanismus Preiserhöhungen im Importstaat bedeutet, liegt auf der Hand (S. 319).

(25) Quick, S. 43.

Importstaat Konkurrenz machen, die vorher dies nicht zu befürchten hatten ⁽²⁶⁾. Ähnlich kann die Konkurrenz dadurch noch verstärkt werden, daß Exporteure aus Drittländern, die ihre Ausfuhren nicht beschränkt haben, in dem höheren Preis im geschützten Land einen Anreiz sehen, nun selbst größere Mengen dahin zu exportieren. ⁽²⁷⁾ In diesem letzten Fall kann sich die Industrie im Importstaat jetzt veranlaßt sehen, auch mit Konkurrenten aus diesen Drittländern eine Exportbeschränkung zu verhandeln. Dies kann in einem Schneeballeffekt bis zum Erfassen sämtlicher Konkurrenten im Ausland führen.

Die Wirksamkeit eines SbA aus der Sicht des Importstaates wird ferner durch Umwegefuhren in Frage stellt. Die Menge der Exporte wird im Ausfuhrland kontrolliert, was zu den sogenannten "trans-shipments" Situationen führen kann, wo zwar nur bis zur Höchstmenge direkt ins Einfuhrland exportiert wird, jedoch durch Einführungen über Drittstaaten, die ihrerseits die Ausfuhren der betroffenen Ware nicht beschränkt haben, die zugelassene Menge überschritten wird. Auch wenn die Vereinbarung schon Regeln zur Vermeidung von

(26) Ein Beispiel dafür ist das amerikanisch-italienische SbA für Schuhe von 1971. Während die Exportmenge in den Jahren 1971 und 1972 lediglich um 3.0 % stiegen, stiegen die Preise der italienischen Schuhe in derselben Zeit um 20.3 % infolge einer Änderung in der Qualität der ausgeführten Schuhe. Im Jahre 1970 bildeten billige Schuhe etwa 60 % der gesamten Schuhexporte nach Amerika; schon in 1972 dagegen waren 96 % der exportierten Schuhe teure Modelle. Damit stiegen die Italiener auf den Qualitätsmarkt, der früher ausschließlich von den amerikanischen Herstellern beherrscht wurde. Die amerikanische Industrie plädierte folglich für erneute protektionistische Maßnahmen (s. Oman, S. 18 f.).

(27) 1982 vereinbarten die EG und die USA die Beschränkung der Exporte von Stahl-erzeugnissen mit Ursprung in der Gemeinschaft. Noch im Jahre 1983 betrug Stahlexporte aus Österreich in die USA ca. 26.000 t; sie stiegen aber rasch auf 326.000 t (1984) und erreichten die Höhe von fast 400.000 t im Jahre 1985. Amerikanische Stahlproduzenten erhoben folglich verschiedene Antidumping- und Zollaussgleichsklagen gegen österreichische Stahlunternehmen bzw. gegen die Republik Österreich. Während dieser Verfahren bot Amerika die Rücknahme der Klagen an gegen eine Exportbeschränkung seitens Österreichs auf der Grundlage eines jährlichen Imports österreichischen Stahls in die USA von 100.000 t. Österreich nahm das Angebot an und schloß am 19.12.1985 das vorgeschlagene SbA mit den USA ab (s. Gerhard Stadler, Exportselbstbeschränkungsabkommen im österreichischen Recht und ihre völkerrechtliche Problematik, öZw 13 [1986] S. 67).

Umwegefuhren enthält, hängt die Wirksamkeit des SbA von der Fähigkeit des Exportstaates ab, die Ausfuhr zu kontrollieren⁽²⁸⁾. Ein ähnliches Problem taucht dann auf, wenn die Exportbeschränkung nur fertiggestellte Einheiten betrifft. In einem solchen Fall können multinationale Unternehmen im Exportstaat die Vereinbarung umgehen, indem sie mehr Komponente als fertiggestellte Produkte in den Importstaat liefern und diese da durch Tochtergesellschaften bzw. Geschäftspartner zusammenbauen lassen.⁽²⁹⁾

Das größere, langfristige Problem eines SbA für den Importstaat ist aber, daß die künstliche Isolierung vom Weltmarkt den Wettbewerb zwischen den Unternehmen der geschützten Branche erstarren läßt. Unter diesen erstarrten Marktverhältnissen können auch kontinuierliche Preiserhöhungen durchgesetzt werden, ganz nach dem oligopolistischen Muster. Gewinne werden maximiert, ohne daß die erforderlichen Umstellungsmaßnahmen ergriffen werden. Die Ausschaltung der ausländischen Konkurrenz bewirkt im Ergebnis einen Teufelskreis, der die Industrie immer stärker vom Handelsprotektionismus abhängig macht⁽³⁰⁾.

Auch auf die Märkte von Drittländern kann eine Selbstbeschränkung schädliche Auswirkungen haben. Angenommen ein Land A exportiert eine Ware in die Länder B und C zu einem bestimmten Preis. Wird eine Selbstbeschränkungsvereinbarung mit B abgeschlossen, dann wird dort der Inlandspreis durch die künstliche Knappheit der Ware erhöht. Da aber A die Produktion der Ware nicht reduziert, dann werden die Überschüsse auf den Markt von C abgeleitet, wo sie für einen noch niedrigeren Preis als zuvor angeboten werden, denn die

(28) Quick, S. 61 f.

(29) Einer der erwähnten Gründe für den Mißerfolg des SbA zwischen der EG und Japan für Video-Geräte von Februar 1983 ist, daß die japanischen Konzerne weiterhin die Möglichkeit hatten, "kits" von Video-Geräten in die EG zu exportieren und diese dort zusammenzubauen (s. Brian Hindlay, EC Imports of VCRs from Japan: A Costly Precedent, JWTL 20 (1986) S. 183).

(30) Misao Tatsuta, Voluntary Export Restraints: Implementation and Implications, RabelsZ 49 (1983), S. 343 f.; bezeichnend für eine solche Institutionalisierung von SbA ist das Verhalten der amerikanischen Stahlindustrie. Sie behauptet, die Wettbewerbsfähigkeit gegenüber ausländischen Konkurrenten zurückgewonnen zu haben, aber plädiert weiterhin für eine Verlagerung der SbA mit Japan und der EG.

Exporte nach C sind verhältnismäßig gestiegen, und die Abschöpfung der Kontingentrente von B ermöglicht eine Preisreduzierung in C.⁽³¹⁾ Nun hat letztlich auch der Staat C einen Anlaß, die Importe dieser Ware aus A zu beschränken. Eine andere Folge der Preiserhöhung ist die Steigerung der Einfuhren aus Drittstaaten. Der hohe Preis reizt die Industrie der nicht-selbstbeschränkten Staaten in das Land zu exportieren, dessen Industrie durch die Ausfuhrbeschränkungen geschützt wird, denn dort können sie als Folge des beschränkten Angebots maximale Gewinne erzielen. Dies bedroht aber auch den Marktanteil der Exporte derjenigen Staaten, die ihre Ausfuhren in den Importstaat beschränkt haben. Die daraus entstehende Marktzerüttung wird wiederum als Anlaß zur Verbreiterung der handelsbeschränkenden Absprachen benutzt. Das ist ein weiterer Grund, warum in den Selbstbeschränkungsabkommen eine Ursache der zunehmenden weltweiten Kartellierung und des verstärkten Protektionismus gesehen wird.⁽³²⁾

Der Kreis der Beteiligten an einer Selbstaufuhrbeschränkung ist ebenso unterschiedlich, wie die ausgewählte Form der Vereinbarung. Dies hängt grundsätzlich davon ab, inwieweit die jeweiligen Industriezweige bzw. Regierungen fähig sind, eine gemeinsame Kompromißlösung zu finden.

(31) Die Tatsache, daß Drittstaaten solche Exportableitungen stark fürchten, zeigt sich an der Reaktion der EG auf die Pkw-Exportbeschränkung zwischen Japan und den USA von 1981. Nur wenige Tage nach dem Abschluß der Verhandlungen in Washington warnte die EG Japan davor, Autoexporte auf den Gemeinsamen Markt abzuleiten und erhob die Forderung auf Gleichbehandlung (so der Euphemismus von Ruprecht Vondran, Orderly Marketing – eine europäische Antwort auf die japanische Exportoffensive? in Andrae/Benisch [Hrsg.] Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität, Festschrift für Arno Stölter, Köln, 1982, S. 361). Wie weitgehend die Auswirkungen solcher Exportablenkungen auf eine oligopolistische, durch internationale Verflechtung gekennzeichnete Branche wie die Pkw-Industrie sein können, ist kaum abzuschätzen. Nach dem Abschluß der Pkw-Exportbeschränkungen mit den USA und der EG bemühte sich die japanische Pkw-Industrie, die Exporte nach Afrika und den Vorderen Orient erheblich zu steigern (Quick, S. 64). Dort konkurrierte sie aber mit Tochtergesellschaften der amerikanischen und europäischen Konzerne, die außerhalb von Europa und Nordamerika niedergelassen sind.

(32) Kent Jones, The Political Economy of Voluntary Export Restraints Agreements, Kyklos, 37 (1984), S. 93 ff.

Es wurde bereits dargestellt, wie schwierig es ist für die Industrie des Importstaates, den Erlaß von unilateralen Einfuhrbeschränkungen zu erlangen. Dies kann sie dazu bewegen, sich mit der Industriebranche des Exportstaates in Verbindung zu setzen, um so das Problem auf privater Ebene zu lösen, indem den Exportunternehmen vorgeschlagen wird, ihre Exporte quantitativ, qualitativ oder preislich zu beschränken. ⁽³³⁾ Solche Verträge werden als Industrievereinbarungen bezeichnet ⁽³⁴⁾. Oft passiert es aber, daß die beteiligten Unternehmen befürchten, die Vereinbarung könnte mit dem Wettbewerbsrecht einer der betroffenen Staaten unvereinbar sein, was möglicherweise ein Kartellverfahren als Folge hätte ⁽³⁵⁾. Bedenken dieser Natur können den Abschluß einer Selbstausfuhrbeschränkung auf dieser Ebene verhindern.

Scheitert ein Versuch, das Problem der Exportsteigerung privat zu lösen, dann werden die Unternehmen im Importstaat bei den zuständigen Behörden eine Mitwirkung der öffentlichen Hand ersuchen. Der Regierung steht prinzipiell auch die Möglichkeit offen, das Problem zunächst auf nicht offizielle Weise zu lösen, und zwar in Form von "Gentlemen's Agreements" mit der Exportindustrie. Gelingt es der Regierung des Importstaates, die Industrie im Exportstaat zu Ausfuhrbeschränkungen zu überreden, dann wird eine sogenannte "gemischte Vereinbarung" abgeschlossen ⁽³⁶⁾. Unklarheiten bei der

(33) Von 137 bekannten "Grey Area" Handelsbeschränkungen sind etwa 10 % solcher Industrievereinbarungen und umfassen Stahlerzeugnisse, industrielle Maschinen, Kraftfahrzeuge, elektronische Geräte, Textilien (Kostecki, S. 442 - 450).

(34) Quick, S. 45.

(35) Zwei Beispiele hierfür waren Gegenstand zweier Entscheidungen der Kommission der EG in Kartellverfahren: die sogenannte "Brandeis-Entscheidung" betreffend eine Vereinbarung zwischen Unternehmen und Außenhandelsorganisationen über den Handel mit Aluminium und sonstige Metallerzeugnisse in der Gemeinschaft (AbI. Nr. L 92 vom 30.3.1985) und die "Kugellager-Entscheidung" betreffend eine Vereinbarung zwischen französischen und japanischen Kugellagerherstellern über die Festsetzung von Mindesteinfuhrpreisen für den Gemeinsamen Markt (AbI. Nr. L 343/19 vom 21.12.1974.).

(36) Einer dieser Fälle ist die Exportbeschränkung von 1969 - 1975 zwischen der amerikanischen Regierung und europäischen und japanischen Unternehmen über die Ausfuhr von Stahlerzeugnissen in die USA (s. Frank Benyon u. Jacques Bourgeois, *The European Community- United States Steel Arrangements*, CMLR 1984, S. 305 ff.).

kartellrechtlichen Beurteilung solcher Vereinbarungen erklären aber die meist zurückhaltende Reaktion der Industrie im Exportstaat, v. a. wenn im Importstaat ein Kartellverfahren auch durch Private eingeleitet werden kann, oder wenn diese das kartellwidrige Verhalten vor den nationalen Gerichten anfechten können.⁽³⁷⁾ Die Industrie im Ausfuhrland kann daher eine Mitwirkung der Regierung ersuchen.

Diese letzte Form von Selbstbeschränkungsabkommen, die sogenannten horizontalen Absprachen setzen die Beteiligung beider Regierungen voraus. Die ausgewählte Form hängt aber davon ab, inwieweit beide Parteien den Abschluß eines völkerrechtlichen Abkommens für angebracht halten sowie vom gegenseitigen Vertrauen bei der Durchführung der Vereinbarung. Die Übereinkunft kann die Form eines förmlichen völkerrechtlichen Abkommens annehmen⁽³⁸⁾. Es sind aber auch andere Modalitäten denkbar, wie etwa ein Briefwechsel zwischen Staatsorganen und diplomatischen Gesandten⁽³⁹⁾ oder sogar "unverbindliche" Absprachen, wie "Gentlemen's Agreements"⁽⁴⁰⁾

(37) So z. B. im Falle Consumers Union vs. Rogers entschied ein amerikanisches Gericht, daß ein vom Präsidenten mit ausländischen Unternehmen ausgehandeltes SBA gegen das amerikanische Kartellrecht verstößt (s. Joel Davidow, Cartels, Competition, Law and the Regulation of International Trade, N.Y. Un. J. Int. L. Pol. 15 [1982/83], S. 369 f.). Im Falle des SBA für Pkw-Exporte aus Japan von 1981 war die japanische Industrie erst dann zur Exportbeschränkung bereit, als der amerikanische "Attorney General" William Smith dem japanischen Botschafter in Washington schriftlich zugesichert hatte, daß eine Anwendung des amerikanischen Kartellrechts wegen der Beteiligung der japanischen Regierung ausgeschlossen sei (s. die abgedruckten Briefe in Lochmann, S. 106 ff. FN 64 und 65). Auf diese Problematik der extraterritorialen Anwendung des Kartellrechts ist näher unten, Kap. III, § 3, c einzugehen).

(38) Z. B. Abkommen zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Republik Bangladesch abgedruckt als Anlage zur Verordnung Nr. 363/81 vom 2.1.1981 (ABl. 1981 Nr. L 43/1).

(39) So z. B. die Vereinbarung zwischen dem kanadischen Handels- und Industrieministerium und dem Handelsattaché der Volksrepublik Polen über den Handel mit Textilien für das Jahr 1971, zit. in Bernier, S. 58 ff.

(40) So z. B. das "Tokyo Agreement" zwischen der EG und Japan vom Februar 1983 über Exportbeschränkungen für japanische Kleinlastwagen, Stapelkraftwagen, Motorräder, Quarzuhren, Hi-Fi-Anlagen, Personenkraftwagen, numerisch gesteuerte Bearbeitungszentren, Kathodenstrahlröhren und Farbfernsehgeräte (s. EG-Bull. 1983/2, S. 10).

Sowohl anhand des GATT als auch des nationalen Kartellrechts kann die Vereinbarkeit eines Selbstbeschränkungsabkommens abstrakt überprüft werden. Die Rechtslehre setzt aber beiden bestimmte Grenzen zur Anwendung, die aus dem Kreis der beteiligten Personen hergeleitet werden, und zwar ob und inwieweit die jeweiligen Staaten mitwirken. Die Problematik der Anwendbarkeit der jeweiligen Normen beeinträchtigt aber nicht die abstrakte rechtliche Bewertung einer Maßnahme.

In den nächsten Kapiteln werden daher Selbstbeschränkungsabkommen zunächst anhand des GATT und des EWG-Kartellrechts abstrakt untersucht und erst im Anschluß die Problematik der Anwendbarkeit der jeweiligen Rechtsordnung erörtert.

II. SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN UND GATT

"Qual è'l geomètra, che tutto s'affige
per misurar il cerchio, e non ritrova,
pensando, quel principio ond'elli indige,
tal era io a quella vista nova..."
(Dante, *Pardiso*, XXXIII, 192-135)

Im ersten Kapitel wurden bestimmte Aspekte der Entwicklung der Welthandelskonjunktur in den letzten zwei Jahrzehnten dargestellt. Man konnte im Ergebnis feststellen, daß die liberalisierende Funktion des GATT immer stärker von Maßnahmen bedroht wurde, die von den Vätern des Allgemeinen Abkommens nicht ausdrücklich erfaßt wurden.

Zu den Maßnahmen des "Neuen Protektionismus" zählen die Selbstbeschränkungsabkommen, deren wesentlicher Inhalt sowie die wichtigsten praktischen Auswirkungen oben geschildert wurden. An dieser Stelle ist nun die Frage zu untersuchen, ob sie mit den Bestimmungen

des GATT vereinbar sind, und welche Grenzen es für deren Anwendbarkeit gibt. Diese Untersuchung soll drei Aspekte berücksichtigen: erstens die Bestimmung des GATT über mengenmäßige Beschränkungen; zweitens die Ausnahmeregelungen, insbesondere die Schutzklausel nach Art. XIX und zuletzt die Frage, ob sich aus dem Kreis der Beteiligten an einem Selbstbeschränkungsabkommen Grenzen der Anwendbarkeit des GATT ergeben.

§ 1 – Das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen

A. Auslegung des Art. XI

Nach Art. XI dürfen "außer Zöllen, Abgaben und sonstigen Belastungen (...) bei der Einfuhr einer Ware oder ihrem Verkauf zwecks Ausfuhr in das Gebiet einer anderen Vertragspartei, Verbote oder Beschränkungen, sei es in Form von Kontingenten, Ein- und Ausfuhrbewilligungen oder in Form von anderen Maßnahmen weder erlassen noch beibehalten werden."

Das allgemeine Verbot der Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen (Art. XI, Abs. 1) gilt nicht für die Ausnahmetatbestände des Abs. 2 ⁽⁴¹⁾. Dies ist auch der Fall, wenn die Beschränkungen den Zweck haben, Zahlungsbilanzschwierigkeiten nach Maßgabe des Art. XII zu beseitigen ⁽⁴²⁾. In den Ausnahmefällen jedoch,

(41) Nach Art. XI Abs. 2 gilt das Verbot nicht: a) wenn Ausfuhrbeschränkungen zur Verhütung eines kritischen Handels an Lebensmitteln oder anderen wichtigen Waren angewandt werden; b) wenn die Importbeschränkungen der Anwendung von Normen über die Sortierung, Einteilung nach Güteklassen und den Absatz von Waren im internen Markt dienen; und c) wenn Einfuhrbeschränkungen zur Durchführung der nationalen Landwirtschaftspolitik erforderlich sind, und diese eine Beschränkung der inländischen Erzeugung der betroffenen Ware bezweckt, wie auch um einen vorübergehenden Überschuß dadurch zu beseitigen, daß dieser Überschuß bestimmten Verbrauchergruppen unter besonderen Bedingungen zur Verfügung gestellt wird.

(42) Eine mengenmäßige Beschränkung ist nach Art. XII möglich, wenn sie darauf abzielt, eine unmittelbar drohende Gefahr der Abnahme der Währungsreserven vorzubeugen bzw. die Währungsreserven in maßvoller Weise zu steigern, falls sie zu niedrig sind.

wo mengenmäßige Beschränkungen erlaubt sind, muß ihre Anwendung dem Grundsatz der Nicht-Diskriminierung entsprechen (Art. XIII), es sei denn, daß besondere Umstände gegeben sind (Art. XIV)⁽⁴³⁾.

Die Struktur, die Reihenfolge und die innere Beziehung dieser Bestimmungen macht deutlich, daß für mengenmäßige Beschränkungen ein prinzipielles Verbot gilt, das ausschließlich aufgrund der im GATT vorgesehenen Ausnahmen durchbrochen werden darf⁽⁴⁴⁾.

Erstens bezieht sich das Verbot auf Maßnahmen, die "bei der Einfuhr" einer Ware ergriffen werden (on the importation of any product). Das GATT kennt aber einen Unterschied zwischen "Einfuhr einer Ware" und "eingeführter Ware" (importation of products and imported products)⁽⁴⁵⁾. Maßnahmen, die nicht darauf abzielen, die Einfuhr einer Ware zu beschränken, sondern eine schon eingeführte Ware belasten, fallen nicht unter das Verbot des Art. XI. Dadurch wird eine Überschneidung des Anwendungsbereiches des Art. XI mit dem Art. III vermieden, der seinerseits den Vertragsparteien verbietet, Waren aus anderen Vertragsparteien schlechter als die nationalen Erzeugnisse zu behandeln.

(43) Das Verbot einer diskriminierenden Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen nach Art. XIII bedeutet, daß bei der Festsetzung der Warenmenge darauf zu achten ist, daß sie möglichst den Anteilen entsprechen, die voraussichtlich auf die übrigen Vertragsparteien entfallen würden, bestünden keine Beschränkungen.

(44) So die herrschende Meinung: Senti, S. 158 f.; Curzon, S. 130 f.; Dam, S. 150 ff.; Seyd Muhammed, The Legal Framework of World Trade, S. 194.

(45) Ein solcher Unterschied ist dem Gemeinschaftsrecht unbekannt. Der EWGV unterscheidet lediglich zwischen Zöllen und Maßnahmen gleicher Wirkung einerseits und inländischen Abgaben andererseits, die dem Diskriminierungsverbot unterliegen (Art. 95). Mengenmäßige Beschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung unterliegen aber einem einzigen System (vgl. Art. 30 ff.). Als Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen sind daher auch inländische Bestimmungen anzusehen, die den Absatz von bereits eingeführten Waren im nationalen Markt erschweren, wobei auch Kampagnen zur Förderung des Absatzes einheimischer Produkte (psychologischer Protektionismus) unter das Verbot von Art. 30 ff. fallen (vgl. Urteil des Gerichtshofs vom 24.11.1982, Rs. 249/81, Kommission/Irland, Slg. 1982, S. 4005; s. ferner zur Problematik des freien Warenverkehrs in der EWG, Manfred Dausen, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut Nr. 33, 1984). Im Rahmen des GATT dagegen ergibt sich der Unterschied aus dem Wortlaut der Art. III und XI (vgl. Panel Bericht "Canadian Foreign Investment Review Act.", BISD 30th Supp. 1984, S. 74.).

Ein weiteres Problem betrifft die Natur der vom Art. XI erfaßten Maßnahmen. Nach einer Entscheidung der Vertragsparteien vom 9. August 1949 ⁽⁴⁶⁾ gehört die Festlegung der Rechte und Pflichten aus einem völkerrechtlichen Vertrag nicht in den Kompetenzbereich der GATT-Vertragsparteien. Es stellt sich nun die Frage, ob die Vertragsparteien nichtsdestotrotz dazu befugt sind, zu überprüfen, ob die aufgrund eines solchen Vertrages getroffenen Maßnahmen GATT-konform sind oder nicht. Diese Entscheidung ist nun nicht so auszulegen, als würde die völkerrechtliche Grundlage einer Handelsbeschränkung die Beurteilung nach dem GATT verhindern.

Eine solche Interpretation würde den Sinn dieser Entschliebung verkennen, der aus der Entstehungsgeschichte des GATT zu erklären ist. Das seit 1947 "provisorisch" angewandte GATT wurde als Übergangslösung erarbeitet, um die Möglichkeit eines raschen Abbaus der Handelshemmnisse entsprechend dahingehender amerikanischer Vorschläge schon vor dem Inkrafttreten der ITO-Charta wahrzunehmen. Denn die Vertragsparteien rechneten damals schon mit einer Verzögerung der Ratifizierung der Charta durch den amerikanischen Kongreß. Infolgedessen wurde offiziell keine internationale Organisation gegründet und keine Zuständigkeiten der Vertragsparteien übertragen. Das heißt, daß das GATT rein formell einen einfachen völkerrechtlichen Vertrag darstellt. Mangels eines höheren Ranges in der Vertragshierarchie konnte den GATT-Vertragsparteien nicht die Befugnis zuerkannt werden, anhand des GATT völkerrechtliche Verträge zu beurteilen und zwischenstaatlich geschaffene Rechte und Pflichten für nichtig erklären. Diese Entscheidung beeinflußt aber in keinsten Weise die Beurteilung einer Handelsbeschränkung nach Art. XI, unabhängig davon, ob sie aufgrund völkerrechtlicher Verträge oder innerstaatlichen Regelungen durchgeführt wird, ob direkt anwendbar oder durchführungsbedürftig ist.

Für das Verbot des Art. XI kommt es ferner nicht darauf an, ob dadurch anderen Vertragsparteien tatsächlich Schäden zugefügt werden. Nach der Praxis des GATT ist diese Bestimmung als ein

(46) GATT-Analytical Index (1970) Anm. 7a zu Art. XIII, S. 74.

absolutes Verbot auszulegen, das nur durch die im GATT vorgesehenen Ausnahmen durchbrochen werden darf. Daraus folgt, daß selbst wenn Umstände gegeben sind, die nach dem Abkommen eine Beschränkung erlauben würden, die Vertragsparteien sich darauf nicht berufen können, um ohne das in Art. XI vorgesehene Verfahren bereits ergriffene Maßnahmen zu rechtfertigen.

Nach dieser Vorschrift kann bei Vorliegen von mengenmäßigen Beschränkungen ohne weiteres eine Verletzung des GATT festgestellt werden, ohne daß die Vertragspartei, die sich gegen die Handelsbeschränkungen wehrt, tatsächlich dadurch betroffen sein müßte.

Nach der bisherigen Praxis spielt die Frage des Schadens infolge einer mengenmäßigen Beschränkung nur bei der Anwendung des Art. XXIII eine Rolle. Und dort wird infolge einer Verletzung einer GATT-Verpflichtung stets eine Vermutung für einen Schaden für die übrigen Vertragsparteien begründet ⁽⁴⁷⁾. Die Tatsache, daß eine Vertragspartei Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen erläßt oder beibehält, begründet für das GATT die rechtliche Vermutung, daß dadurch andere Vertragsparteien in ihren Interessen beeinträchtigt werden; es ist dann Sache der Vertragspartei, die das GATT verletzt hat, zu beweisen, daß dadurch kein Schaden verursacht wurde. ⁽⁴⁸⁾

⁽⁴⁷⁾ Dieses Prinzip ist der ständigen GATT Praxis zu entnehmen. So hieß es schon in einem Panel Report vom 16.11.1962 ("Uruguay recourse to Article XXIII"). "In cases where there is a clear infringement of the provisions of the General Agreement or in other words, where measures are applied in conflict with the provisions of GATT and are not permitted under the terms of the relevant protocol under which the GATT is applied by the contracting party the action would prima facie constitute a case of nullification or impairment and would ipso facto require consideration of whether the circumstances are serious enough to justify the authorization of suppression of concessions or obligations" (BISD 11th Supp., 1963, S. 100, Abs. 15). S. auch Panel Report vom 12.7.1983 über französische Einfuhrbeschränkungen für bestimmte Waren aus Hongkong (BISD 30th Supp., 1984, S. 130), Panel Report über japanische Importbeschränkungen für Lederwaren vom 15./16.5.1985 (BISD 31th Supp. 1985, S. 111). (s. "Annex to the understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance" vom 28.11.1979 - "Agreed Description of the Customary Practice of the GATT in the Field of Dispute Settlement", BISD, 26th Supp. 1980, S. 216, Abs. 5).

⁽⁴⁸⁾ Zu dieser Umkehrung der Beweislast, s. u.a. den Anhang zum "Understanding Regarding Notifications, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance"

Diese Vermutung ist besonders stark bei mengenmäßigen Beschränkungen, die einem der Grundprinzipien des GATT zuwiderlaufen. ⁽⁴⁹⁾

Solche schwerwiegenden Folgen einer Verletzung des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen deuten zweifelsfrei auf den unentbehrlichen Charakter des Art. XI GATT als einen der grundlegenden Prinzipien des Abkommens hin ⁽⁵⁰⁾.

Das Verbot gilt in erster Linie für Ein- und Ausfuhrverbote und für Kontingente. Dabei handelt es sich um Hoheitsakte des Import- bzw. Exportstaates, wonach Einfuhren einer Ware ganz verboten oder nur bis zu einer Gesamtmenge zugelassen worden sind. Sie können global oder selektiv sein. Ein globales Einfuhrkontingent legt die maximale Einfuhrmenge einer Ware gleich welcher Herkunft fest und ist in der Wirkung eindeutig restriktiver als ein Zoll, denn der Inlandpreis wird dadurch vom internationalen Marktpreis abgekoppelt und tendiert im Laufe der Zeit zu immer größer werdenden Abweichungen ⁽⁵¹⁾. Noch schädlicher sind die Auswirkungen eines selektiven Einfuhrkontingentes, nach dem für bestimmte Exportländer Quoten aufgeteilt werden. Außer den üblichen Kosten der Kontingentierung kommt in diesem Fall hinzu, daß die Importkosten erhöht werden. Es ist nämlich durchaus wahrscheinlich, daß die Exporteure sich darauf verständigen, in das geschützte Land zu einem Preis zu liefern, der etwa in Höhe des Großhandelspreises des Importlandes liegt. Gelingt es ihnen, dann werden die Waren zu dem hohen Preis importiert, zu dem die einheimische Industrie produziert. So wird "der eigentliche Zweck des Außenhandels geradezu auf den Kopf gestellt". ⁽⁵²⁾.

(49) "...the existence of a quantitative restriction should be presumed to cause nullification or impairment not only because of any effect it had had on the volume of Trade but also for other reasons, e.g.: it would lead to increased transaction costs and would create uncertainties which could affect investment plans." (BISD, 34th Supp. 1985, S. 111).

(50) S. statt vieler zur Logik des GATT Systems, Tumlr (FN 3) auch Petersmann (FN 4).

(51) Tumlr, S. 92.

(52) ibidem, S. 93.

Die Kontingentierung wird meistens durch die Vergabe von Ein- bzw. Ausfuhrlicenzen durchgeführt und überwacht. Aber es ist auch denkbar, daß nur die Lizenzvergabe vorgesehen wird. In diesem Fall hat der Staat offiziell die Ein- bzw. Ausfuhr nicht beschränkt. Die Tatsache jedoch, daß ohne solche Lizenzen Export-Importgeschäfte nicht gestattet sind, stellt schon eine Einschränkung des Außenhandels dar. Daher verbietet das GATT auch ausdrücklich jede Form von Ein- oder Ausfuhrbewilligungen. Sie sind nur zulässig, wenn sie ohne Unterschied jedem Antragsteller erteilt werden, wie z. B. ein automatisches Lizenzverfahren für statistische Zwecke, sofern das Genehmigungsverfahren keine handelshemmende Wirkung zeigt ⁽⁵³⁾ .

Außer Kontingenten und Bewilligungen sind auch mengenmäßige Beschränkungen in Form von "anderen Maßnahmen" verboten. Maßnahmen mit handelshemmenden Wirkungen können grundsätzlich in drei Kategorien aufgeteilt werden ⁽⁵⁴⁾ :

- a) Mit handelspolitischer Absicht erlassene und eingesetzte Maßnahmen, die inländische Produzenten vor ausländischer Konkurrenz schützen bzw. Exporteure bei Sicherung und Ausbau ihrer Auslandsmärkte unterstützen sollen,
- b) Maßnahmen, die aus anderem Anlaß erlassen wurden, dennoch bewußt zur Einfuhrminderung bzw. Ausfuhrerweiterung eingesetzt werden (wegen ihrer handelspolitischen Nebenwirkung),
- c) Maßnahmen ohne handelspolitische Absicht, die aber Einfluß auf die Außenhandelsströme haben können.

Zur ersten Kategorie gehören außer Kontingenten und Bewilligungen z. B. eine diskriminierende staatliche Beschaffungspolitik oder Subventionen; zur zweiten eine diskriminierende Zollwertermittlung

⁽⁵³⁾ Köpnick, S. 681.

⁽⁵⁴⁾ Schultz, Der Neue Protektionismus - Merkmale, Erscheinungsformen und Wirkungen im industriellen Bereich, in Vorstand des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. (Hrsg.), Neuer Protektionismus in der Weltwirtschaft und EG-Handelspolitik, S. 40.

aufwendige Inspektionsverfahren gemäß besonders strengen Gesundheitsvorschriften usw.; zur letzteren u.a. die Veränderung bestehender Regelungen oder öffentlich unterstützter Forschung und Entwicklung. Maßnahmen aller dieser Kategorien werden unter zwei Bedingungen vom Verbot des Art. XI erfaßt: wenn sie mittelbar oder unmittelbar die Gesamtmenge der ein- bzw. auszuführenden Waren beschränken und nicht eher in den Anwendungsbereich einer anderen GATT-Bestimmung fallen. Wegen dem Prinzip "lex specialis derogat generalis" bleiben andere Vorschriften über bestimmte Formen von nicht-tarifären Handelshemmnissen unberührt ⁽⁵⁵⁾. So fallen z. B. innerstaatliche Vorschriften, die eingeführte Waren diskriminierend behandeln, unter Art. III, technische Handelshemmnisse unterliegen den Bestimmungen des entsprechenden Abkommens im Rahmen der Tokyo Runde.

Demzufolge könnte man "andere Maßnahmen" im Sinne des Art. XI definieren als jede staatliche Regelung (im weitesten Sinne), die ohne selbst eine mengenmäßige Beschränkung oder Abgabe zu sein, die Ein- bzw. Ausfuhr einer Ware verhindert oder erschwert ⁽⁵⁶⁾. Es kann allgemein kein konkreter Begriff festgelegt werden; die Klassifizierung einer Maßnahme als mengenmäßige Beschränkung i.S. des Art. XI wird immer von der tatsächlichen Wirkung abhängig bleiben, wobei der Kreativität der Staaten bei der Erfindung neuerer Mechanismen praktisch keine Grenzen gesetzt sind. So z. B. das Verlangen von strikt reglementierten Ursprungszertifikaten für Waren, die nicht vollständig in einem Land hergestellt worden sind ⁽⁵⁷⁾, oder das System von Mindesteinfuhrpreisen für bestimmte Waren, wie es für verschiedene Erzeugnisse in den Europäischen Gemeinschaften

(55) Dam, S. 151.

(56) Köpernick, S. 682

(57) Ein solcher Fall im Gemeinschaftsrecht betraf das berühmte Urteil des Gerichtshofs vom 11.7.1974 in der Rs. 8/74 "Dassonville" (Slg. 1974, S. 837 ff.). Dabei handelte es sich um die Einfuhr von schottischem Whisky nach Belgien, der allerdings nicht direkt aus Großbritannien kam, sondern bei französischen Import- und Vertriebsgesellschaften gekauft wurde. Die belgische Zollbehörde lehnte die französischen Begleitpapiere ab und verlangte ein von den britischen Behörden ausgestelltes amtliches Ursprungszertifikat. Der Gerichtshof sah an den belgischen Vorschriften einen Verstoß gegen Art. 30 ff des EWGV.

der Fall ist ⁽⁵⁸⁾. Dazu gehören auch handelsbeschränkende Maßnahmen seitens von staatlichen Handelsunternehmen; dies stellt die Anmerkung von Anhang I des Abkommens zu den Art. XI, XII, XIII, XIV und XVIII klar.

B. Beurteilung von Selbstbeschränkungsabkommen nach Art. XI

Nachdem bisher der Anwendungsbereich des Art. XI abgegrenzt wurde, soll jetzt die Frage untersucht werden, wie Selbstbeschränkungsabkommen nach dem jetzigen GATT-Recht zu beurteilen sind, und zwar nach drei Kriterien:

- a) ob sie den Handel einer bestimmten Ware mengenmäßig beschränken,
- b) falls ja, ob sie als Kontingente oder als "andere Maßnahmen" i.S. des Art. XI einzustufen sind und
- c) ob sie Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen darstellen.

⁽⁵⁸⁾ Während das oben geschilderte Mindesteinfuhrpreissystem für bestimmte Getreidesorten keine mengenmäßige Beschränkung darstellt, sondern lediglich finanzielle Belastung mittels Abschöpfung, damit sie dem Mindestpreis entsprechen, kann ein solches System auch so gestaltet werden, daß keine Einfuhren zu einem niedrigeren Preis durchgeführt werden können. Das ist der Fall des gemeinschaftlichen Mindesteinfuhrpreissystems für bestimmte verarbeitete Früchte und Gemüse (s. VO des Rates Nr. 516/77 vom 14.3.1977, ABl. Nr. L 73 21.3.77, s. 1). Nach der gemeinsamen Einfuhrregelung für diese Erzeugnisse wurde die Vergabe von Einfuhrlicenzen vorgesehen. Für die Einfuhr von Tomatenmarkkonzentrat wurde die Lizenzvergabe sogar von der Hinterlegung einer Sicherheit abhängig gemacht, um, wie die EG selbst erklärte, abzusichern, daß die Unternehmen ihrer Verpflichtung, kein Tomatenmarkkonzentrat unterhalb des Mindestpreises einzuführen, nachzukommen. In seinem Bericht wies der GATT-Panel darauf hin, daß die Tatsache, daß für Importe dieser Ware eine Lizenz erforderlich ist, und diese erst dann erteilt wird, wenn eine Sicherheit vom Importeur hinterlegt wird, in Wirklichkeit als ein Verbot anzusehen ist, Waren unter einem bestimmten Preis einzuführen. Daher kam der Panel zum Schluß "that the minimum import price system, as enforced by the additional security, was a restriction other than duties, taxes or other charges" within the meaning of Article XI.1" (BISD 24th Supp., 1979, S. 99).

1. Handelsbeschränkende Wirkung

Es soll zunächst ganz davon abgesehen werden, in welcher Form ein Selbstbeschränkungsabkommen zustande kommt (sei es, daß ein zwischenstaatlicher Vertrag vorliegt oder nur ein Gentlemen's Agreement, einseitige Regelung des Exportstaates oder eine privatrechtliche Vereinbarung von Unternehmen der betroffenen Länder). Diese Frage spielt an diesem Punkt keine Rolle und wird daher später bei der Frage der Zuständigkeit des GATT zu diskutieren sein.

Selbstbeschränkungsabkommen sind, wie bereits definiert, Vereinbarungen zwischen zwei oder mehreren Ländern, in denen der Regel nach bestimmt wird, daß die Ausfuhren einer Ware von der einen zur anderen Vertragspartei nur bis zu einer Höchstmenge oder nur zu einem Mindestpreis zugelassen sind, und daß es Aufgabe der Exportseite ist, die Einhaltung dieser Quote zu kontrollieren. Es bedarf keiner näheren Untersuchung, um festzustellen, daß Abkommen, die eine Quote vorsehen, den Handel zwischen Staaten mengenmäßig beschränken. Nicht so eindeutig ist jedoch die Rechtslage bei denjenigen Vereinbarungen, die keine Höchstmenge vorschreiben, jedoch die Verpflichtung enthalten, die betroffenen Waren nicht unter einen bestimmten Preis zu exportieren⁽⁵⁹⁾. Denn in einem solchen Fall könnte man sagen, daß unbeschadet dieser Preisregelung keine mengenmäßige Beschränkung besteht, so daß die Waren für diesen Preis beliebig importiert werden können.⁽⁶⁰⁾ Es darf allerdings nicht übersehen werden, daß Art. XI nicht nur Kontingente verbietet, sondern auch alle "andere Maßnahmen", durch die eine Beschränkung der Ein- bzw. Ausfuhren bewirkt wird. Sollte man für die Klassifizierung einer Maßnahme als mengenmäßige Beschränkung i. S. des GATT verlangen, daß sie unmittelbar die Gesamtmenge der betroffenen Waren begrenzen muß, dann hätte der Ausdruck "andere Maßnahme" in Art. XI keinen eigenständigen Sinn, und es ist davon auszugehen, daß die Vertragsparteien damit etwas

⁽⁵⁹⁾ So z. B. die Absprache zwischen französischen und japanischen Unternehmen zur Erhöhung der Preise von japanischen Kugellagern für Ausfuhr nach Frankreich (s. Entscheidung der Kommission der Europäischen Gemeinschaften, zit. FN 35).

⁽⁶⁰⁾ So die Argumentation der Europäischen Gemeinschaften am Streitbeilegungsverfahren über das gemeinsame Mindesteinfuhrpreissystem für bestimmte verarbeitete Obst und Gemüse, (BISD 24th Supp. 1979, S. 74, Ziff. 3.3).

anderes gemeint haben, als das, was schon mit dem Wort "Quota" ausgedrückt wurde. Es ist außerdem leicht nachweisbar, daß Absprachen zur Einhaltung eines Mindestpreises den zwischenstaatlichen Handel beschränken. Es ist dabei weniger entscheidend, inwieweit eine solche Regelung sich durchzusetzen vermag oder durch welche Mechanismen die Erfüllung dieser Verpflichtung überwacht wird. Wie die GATT Praxis schon betont hat⁽⁶¹⁾, können die Interessen einer Vertragspartei auch schon dadurch beeinträchtigt werden, daß durch eine Maßnahme einer anderen Vertragspartei die Transaktionskosten erhöht werden oder Unsicherheiten entstehen, die sich ungünstig auf Geschäftsplanungen auswirken. Insofern ist die Argumentation unzutreffend, nach der eine Mindestpreisregelung gegen Art. XI nicht verstößt, weil es den Exporteuren im Prinzip frei bleibt, die eigenen Preise zu erhöhen, und damit entsprechend der Vereinbarung, ins Einfuhrland zu exportieren. Eine solche Auffassung verkennt ganz offenbar die wirtschaftlichen Zusammenhänge im Warenhandel. Dies wäre nämlich erst dann der Fall, wenn mit einer minimalen Elastizität der Nachfrage im Einfuhrland zu rechnen wäre, und durch die Preisregelung ganz genau die Qualitätsunterschiede der betroffenen Waren berücksichtigt würden. Da allerdings eine derartig präzise Regelung nicht praktikabel ist, und das ist meistens der Fall bei derartigen Vereinbarungen, und die Nachfrage nicht erstarrt ist, wirkt eine Mindestpreisregelung wie eine mengenmäßige Beschränkung, denn vom Markt des Einfuhrstaates werden diejenigen Anbieter ausgeschlossen, die wegen der niedrigeren Qualität der exportierten Ware den höheren Preis nicht verlangen können.⁽⁶²⁾ Sei es aber in Form mengenmäßiger Beschränkungen oder von Mindesteinfuhrpreisen, Selbstbeschränkungsabkommen bewirken stets eine Einschränkung des Warenhandels.

(61) S. Panel-Report über japanische Importbeschränkungen für Lederwaren, BISD 26th Supp. 1980, S. 113 Ziff. 55.

(62) Dieses Argument brachte die amerikanische Delegation vor dem GATT-Panel im Falle des EG-Mindesteinfuhrpreissystems für bestimmte verarbeitete Obst und Gemüse vor (s. FN 58).

2. Quoten oder "andere Maßnahmen"?

Ein nächster Punkt ist dann die Frage, ob Selbstbeschränkungsabkommen als "andere Maßnahmen" einzustufen sind. Nach den letzten Überlegungen liegt die Antwort dieser Frage auf der Hand. "Andere Maßnahmen sind, wie bereits erwähnt, diejenigen, die, ohne eine Höchst-Ein- oder Ausfuhrmenge festzusetzen, mittelbar oder unmittelbar zu einer solchen Beschränkung führen. Handelt es sich daher um Vereinbarungen, die eine Beschränkung der Exporte einer Ware zum Gegenstand hat, dann scheidet die Klassifizierung als "andere Maßnahme" aus. Selbstbeschränkungsabkommen dieser Art sind infolgedessen als Kontingente zu betrachten ⁽⁶³⁾ .

Auch die GATT Praxis selbst bestätigt diese Auffassung ⁽⁶⁴⁾ . Im Panel-Bericht vom 10.11.1980 ging es um einen Streit bezüglich von Importbeschränkungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft für Äpfel aus Chile. Anfang 1979 hatte die EG Verhandlungen mit den Äpfel-Exporteuren aus der südlichen Hemisphäre aufgenommen, um "freiwillige" Exportselbstbeschränkungen zu erwirken. Derartige Abkommen kamen mit den meisten Verhandlungspartnern zustande; Chile jedoch weigerte sich, die Ausfuhr zu beschränken, denn es hielt die von der EG vorgeschlagene Quote für unzureichend. Die Kommission führte anschließend Exportbeschränkungen für chilenische Äpfel ein. Das Panel hielt es dann für angebracht, Importbeschränkungen den mit den übrigen Lieferanten abgeschlossenen "Voluntary Restraints" gleichzustellen, denn auch letztere seien als "quotas" i.S.v. Art. XIII anzusehen. Wenn Selbstbeschränkungsabkommen als "Quotas" i.S.v. Art. XIII verstanden werden können, dann muß dies auch für Art. XI gelten, denn Art. XIII hat nichts anderes zum Gegenstand, als das Verbot diskriminierender Anwendung von mengenmäßigen Beschränkungen, sobald sie durch die Ausnahmeregelung von Art. XI erlaubt sind.

(63) Quick, S. 263.

(64) S. Panel-Bericht über EG-Einfuhrbeschränkungen für Äpfel aus Chile, BISD 27th Supp., 1981, S. 98 ff (114).

Anders sind die bereits erwähnten preiserhöhenden Vereinbarungen zu bewerten. Da sie nicht direkt die Menge der einzuführenden Waren festsetzen, sondern lediglich in der oben geschilderten Form zu einer Reduzierung der Einfuhren führen, können sie nicht als Kontingente klassifiziert werden. Wie Mindesteinfuhrpreise sind sie als "andere Maßnahmen" i.S.v. Art. XI anzusehen. ⁽⁶⁵⁾

3. Ein- und Ausfuhrbeschränkung

Größere Schwierigkeiten bereitet die im folgenden zu behandelnde Frage, ob Selbstbeschränkungsabkommen als Ein- oder Ausfuhrbeschränkungen i.S. des GATT zu verstehen sind. Die Frage könnte als rein akademischer Streit erscheinen, da Art. XI sowohl Import- als auch Exportbeschränkungen untersagt. Berücksichtigt man aber die Tatsache, daß Ein- und Ausfuhrbeschränkungen durch viele andere GATT-Bestimmungen unterschiedlich geregelt werden, dann gewinnt die Klassifizierung große Bedeutung. An verschiedenen Stellen unterscheidet die Ausnahmeregelung des GATT zwischen Import- und Exportbeschränkungen, und man kann im allgemeinen feststellen, daß für die letzteren strengere Regeln gelten als für Importbeschränkungen. ⁽⁶⁶⁾ So gilt z. B. die Schutzklausel nach Art. XIX nur zur Vermeidung schädlicher, unvorhergesehener Importsteigerungen. Andererseits gelten die Ausnahmen der Art. XI (1), Art. XX (i) nur für Exportbeschränkungen wichtiger Rohstoffe. Die Klassifizierung von Selbstbeschränkungsabkommen unter die eine oder andere Kategorie hängt von den dafür angewandten Kriterien ab. Formell gesehen ⁽⁶⁷⁾ stellen sie Ausfuhrbeschränkungen dar, denn es wird damit stets vereinbart, daß der Exportstaat die Ausfuhr bestimmter Waren nach dem Importstaat und gegebenenfalls deren Mindest-

⁽⁶⁵⁾ Werner, S. 37.

⁽⁶⁶⁾ Malcolm Smith, Voluntary Export Quotas and U.S. Trade Policy - a New Non-Tarif Barrier, L. & Pol. Int. Bus. 5 (1973), S. 29; s. auch Köpernick, a.a.O.; Michael Rom, Export Contrals in GATT, JWIL, 18 (1984), S. 124 ff.

⁽⁶⁷⁾ Bernier, S. 75; Peter Wong, The Japanese Automotive Voluntary Export Restraints Agreements and the International Law, Can. Year of Int. Law, 1985, S. 302.

preise überwacht und begrenzt. Auf der anderen Seite aber geht die Initiative zu einem SbA stets vom Importstaat und nicht vom Exportstaat aus.

Wie bereits dargestellt, wird die Konkurrenz preisgünstiger ausländischer Güter zu einer Bedrohung für die meist nicht mehr wettbewerbsfähige einheimische Industrie, so daß die Exportländer nicht selten vor die Wahl gestellt werden, entweder ihre Exporte "freiwillig" zu beschränken oder einseitige Importbeschränkungen des Abnehmerlandes hinzunehmen. So erreicht der Importstaat, statt die Einfuhr zu beschränken, daß die Exporteure sich selber beschränken. Der Mechanismus liegt insofern in einer bloßen Verschiebung der Verantwortung von der Import- auf die Exportseite ⁽⁶⁸⁾.

Darum werden SbA als eine verkleidete Form von Importbeschränkungen angesehen ⁽⁶⁹⁾. Die Beantwortung dieser Frage ist von großer Bedeutung nicht nur für die hier zu untersuchende Fragestellung, sondern ganz generell für die Auslegung des GATT. Für die Subsumption einer handelspolitischen Maßnahme unter die Bestimmungen des GATT kommt es ganz entscheidend darauf an, ob die äußere Form der Maßnahme oder aber der mit ihr verfolgte Zweck als das maßgebliche Kriterium anzusehen ist.

Eine in der Literatur vertretene Auffassung verneint eine Unvereinbarkeit von SbA mit Art. XI als Folge von deren Klassifizierung als Ausfuhrbeschränkung ⁽⁷⁰⁾. Ziel des Verbots von Exportbeschränkungen sei es, die Versorgung des Abnehmerlandes sicherzustellen und dadurch einseitige Unterbrechungen im Warenverkehr zu vermeiden. In aller Regel seien sie unter Berücksichtigung der Interessen

(68) Smith, S. 29.

(69) So die herrschende Meinung: Patterson, S. 298; Rom, S. 140; Bernier, S. 77; Tatsuta, S. 345; Werner, S. 41 ff.; Senti, S. 164 ff.; Peter Nunenkamp, Schwerpunkte des nicht-tarifären Protektionismus in den wichtigsten Industrieländern, Zeit. für Zölle und Verbr.St., 11 (1981), S. 323; Köpernick, S. 681.

(70) F. Richter, Exportselbstbeschränkungen und Weltbaumwollwarenabkommen, AWD 1969, S. 403 ff.; Horst Krenzler, Exportselbstbeschränkungen - ein aktuelles Problem der Handelspolitik der Europäischen Gemeinschaft, EuR 12 (1977), S. 178.

des Abnehmerlandes verboten ⁽⁷¹⁾ und können nur ausnahmsweise erlaubt werden, dort wo berechnete nationale Interessen des Exportstaates es gebieten. Weil Exportbeschränkungen nach einem SBA aber gerade zum Schutz der Industrie im Importstaat abgeschlossen werden, und weil dieser keine Versorgungsprobleme habe, sondern im Gegenteil "gar nicht versorgt werden" wolle ⁽⁷²⁾, blieben sie von Art. XI unberührt.

Beide Prämissen dieses Syllogismus sind aber unzutreffend. Erstens können Selbstbeschränkungsabkommen nicht als Ausfuhrbeschränkungen angesehen werden, nur weil sie eine mengenmäßige Beschränkung auf der Exportseite darstellen. Für die Beurteilung einer Maßnahme nach Maßgabe des GATT ist nicht die Form, sondern die tatsächlichen Wirkungen ausschlaggebend ⁽⁷³⁾. Dieser grundsätzlichen Auffassung entsprechend werden im Rahmen des GATT die sogenannten "grey area measures" im Zusammenhang mit Art. XIX diskutiert. Die ganze Diskussion um Selbstbeschränkungsabkommen in Bezug auf die Schutzklausel kann nur bedeuten, daß davon ausgegangen wird, Selbstbeschränkungsabkommen seien als Importbeschränkungen zu behandeln, denn die in Frage kommende GATT Bestimmung (Art. XIX) findet keine Anwendung auf Ausfuhrbeschränkungen ⁽⁷⁴⁾. Die Tatsache außerdem, daß Selbstbeschränkungsabkommen auf Initiative des Importstaates abgeschlossen werden, um eine Importsteigerung zu vermeiden, und sie dementsprechend als "Ersatzmaßnahmen" für Importbeschränkungen nach Art. XIX angesehen werden, ist ein deutliches Indiz für die gegenteilige Auffassung.

Es ist zwar richtig, daß das Unterscheidungskriterium des GATT zwischen Import- und Exportbeschränkungen nur das jeweilige ge-

(71) Interessant ist festzustellen, wie ein formalistisches Argument ("ESB sind Ausfuhrbeschränkungen, weil auf der Exportseite durchgeführt") mit einer teleologischen (und in diesem Fall unzutreffenden) Auslegung des GATT verbunden wird, wenn es darum geht, die Handelspolitik der EWG zu rechtfertigen.

(72) Krenzler, a.a.O.

(73) GATT doc. L/1636 unter Ziffer 3: "...what is relevant for the General Agreement is the effects on the trade of other contracting parties."

(74) "Chairman's Report" W. 39/4 über Schutzklausel, BISD 30th Supp. 1984, S. 216 ff.

schützte Interesse sein kann. Daraus folgt aber nicht, wie dies die allzu bilateralistische Sichtweise der kritisierten Auffassung meint, daß mengenmäßige Beschränkungen dann erlaubt sind, wenn sie den Interessen des Handelspartners entgegenkommen. Angenommen, man würde Selbstbeschränkungsabkommen als reine Ausfuhrbeschränkungen auffassen, dann müßte man konsequenterweise zu dem Schluß kommen, daß sie nur in den Ausnahmefällen des GATT erlaubt wären, d. h., wenn Zweck der Ausfuhrbeschränkung ein nach GATT Recht berechtigter Schutz des Interesses des Exportstaates wäre. Selbstbeschränkungsabkommen werden allerdings so gut wie nie zu diesem Zweck abgeschlossen.

Andererseits ist festzuhalten, daß selbst wenn die Qualifikation von Selbstbeschränkungsabkommen als Ausfuhrbeschränkungen zutreffend wäre, sie im Ergebnis auch mit dem GATT unvereinbar wären. Schon die Überschrift des Art. XI "Allgemeine Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen" legt klar, daß es sich um nicht-dispositive Bestimmungen handelt: das allgemeine Verbot kann nur durch die im GATT vorgesehenen Ausnahmen durchbrochen werden. Das Argument, wonach Sinn und Zweck des Verbots von Ausfuhrbeschränkungen nichts anderes sei, als der Schutz der Interessen des Abnehmerlandes, mit der Folge, daß diejenigen Beschränkungen GATT-konform wären, die seinen Interessen entgegenkämen, beruht auf einer falschen Interpretation des ganzen Abkommens. Das GATT ist nämlich nicht als ein übernationales Handelsgesetzbuch zu verstehen, dessen Aufgabe die Lösung bilateraler Konflikte wäre. Wenn diese Tätigkeit auch zu den Aufgaben des GATT gehört, so kann seine Bedeutung doch nicht darauf reduziert werden. Als System der Welthandelsordnung legt das GATT die allgemeinen Regeln der zwischenstaatlichen Handelsbeziehungen fest, die wie es in der Präambel des Abkommens heißt, "auf einen wesentlichen Abbau der Zölle und anderen Handelsschranken sowie auf die Beseitigung der Diskriminierung im internationalen Handel abzielen", um u.a. das Ziel zu verwirklichen, die Produktion und den

Austausch von Waren zu steigern. Im Lichte dieser Zielsetzung sind die Bestimmungen des GATT zu verstehen und auszulegen. Eine Reduzierung der GATT Prinzipien (und das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen ist eines dieser Grundprinzipien des GATT) auf den bilateralen Kasuismus verkennt offensichtlich den Beitrag des GATT zur Expansion des Welthandels sowie den konstitutionellen Charakter der GATT Ordnung ⁽⁷⁵⁾. So gesehen dient Art. XI der "allgemeinen Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen", die nur ausnahmsweise erlaubt sind. Eine nicht vorgesehene Ausnahme nach dem zweifelhaften Prinzip "volenti non fit injuria", ist dem Text nicht zu entnehmen.

Gesetzt den Fall, man wolle dem GATT nur eine solche minimale Funktion zuerkennen, müßte man dennoch eine Derogation des Verbots nach dem Prinzip "volenti non fit injuria" ablehnen. Die Möglichkeit, eine allgemeine Regelung für einen konkreten Fall außer Kraft zu setzen, wenn die Parteien im gegenseitigen Einvernehmen zustimmen, setzt voraus, daß die sich daraus ergebenden Auswirkungen sich ausschließlich auf die beteiligten Parteien beschränken.

Dies ist aber bei Selbstbeschränkungsabkommen keineswegs der Fall. Wie bereits geschildert, heißt die Begrenzung der Ausfuhren einer bestimmten Ware nicht, daß im Exportstaat weniger produziert würde. Die übrige Menge wird dann auf den Markt anderer Länder abgelenkt, und zwar oft zu niedrigeren Preisen. Die künstliche Knappheit im geschützten Land gewährt den Exporteuren eine monopolähnliche Rente und ermöglicht damit eine verhältnismäßige Herabsetzung der Verkaufspreise bei Exporten zu anderen Märkten. Das heißt, daß Selbstbeschränkungsabkommen nicht als eine Angelegenheit lediglich der an

(75) S. E.U. Petersmann, Trade Policy as a Constitutional Problem On the Domestic Policy Functions of International Trade Rules, Außenwirtschaft, 1986, S. 405 ff.; ders. Protektionismus als Ordnungsproblem und Rechtsproblem, RabelsZ 47 (1983) S. 485 ff.

ihr beteiligten Parteien angesehen werden können⁽⁷⁶⁾. Solche Vereinbarungen sind fähig, den ganzen Welthandel in der betroffenen Branche zu verändern und Marktstörungen zu verursachen, die über die Grenzen der Vertragsparteien hinausgehen und den Warenaustausch anderer Staaten erheblich beeinträchtigen. Auch wenn die ursprünglichen Parteien "freiwillig" darauf verzichten wollen, ist die Anwendung des Art. XI unter Berücksichtigung der Interessen der übrigen GATT-Vertragsparteien geboten.

4. Zusammenfassung

Selbstbeschränkungsabkommen bewirken eine Einschränkung des internationalen Warenverkehrs und sind daher mit Art. XI GATT unvereinbar. Werden unmittelbar Höchstmengen festgesetzt, dann sind sie als Kontingente im Sinne dieser Vorschrift zu verstehen; werden dagegen Mindestpreise vereinbart, dann sind sie als "andere Maßnahmen" zu qualifizieren. Da sie nicht den Zweck einer typischen Ausfuhrbeschränkung verfolgen, nämlich die inländische Versorgung sicherzustellen, sondern zum Schutze der Industrie im Importstaat abgeschlossen werden, sind sie den Importbeschränkungen gleichzustellen. Vorbehaltlich der Ausnahmeregelungen des GATT verstoßen sie daher prima facie gegen Art. XI. An dieser Beurteilung wird nichts dadurch geändert, daß beide Staaten die Selbstbeschränkung im gegenseitigen Einvernehmen abschließen; der Grundsatz "volenti non fit injuria" deckt solche Abmachungen, die Interessen von Drittstaaten beeinträchtigen können, nicht. Darüber hinaus schließt Art. XI als allgemeiner Grundsatz jede Dispositionsbefugnis einzelner Vertragsparteien aus.

⁽⁷⁶⁾ Es ist übrigens vielsagend, daß die EG offiziell immer wieder die Tragweite der Regel "volenti non fit injuria" betont. In Fällen jedoch, wo ein bilaterales Handelsabkommen zu Marktstörungen innerhalb der Gemeinschaft führen kann, zeigt sie sich stets bereit, die Vereinbarung anzufechten. Das jüngste Beispiel dieses widersprüchlichen Verhaltens im Streit über den amerikanisch-japanischen Vertrag über den Handel mit Halbleitern ist besonders deutlich. Die EG hat die Einberufung eines GATT-Panels zur Überprüfung des Abkommens mit der Begründung beantragt, das Abkommen (das übrigens kaum von der durch die EG propagierten und praktizierten Notion des "organisierten Freihandels" abweicht) beeinträchtigt die Interessen von Drittstaaten und verfältsche spürbar den Wettbewerb auf der betroffenen Branche. Sie hielt außerdem die Preisregelung des Vertrages (die sich den verschiedenen Mindestpreisregelungen von EG-Selbstbeschränkungsabkommen ähnelt) für einen Verstoß gegen Art. XI und VI des GATT (s. Focus, GATT Newsletter, Nr. 44, März 1987).

C. Bedeutung der späteren Praxis

Nun stellt sich die Frage, ob der tatsächliche Abschluß von SbA durch GATT-Vertragsparteien seit dem Bestehen des Abkommens u. U. einen Einfluß auf ihre rechtliche Beurteilung hat. Anders gesagt, ist es zu untersuchen, ob die Selbstbeschränkungsabkommen der letzten Zeit als eine Praxis der Vertragsparteien angesehen werden kann, die der oben festgestellten Unvereinbarkeit derartigen Abkommen mit Art. XI widersprechen würde. Diese Frage kann unter zwei Gesichtspunkten betrachtet werden: entweder als Frage der Änderung oder als Frage der Auslegung des GATT durch spätere Praxis der Vertragsparteien. Beide Begriffe lassen sich zwar nicht strikt oder in allgemeingültiger Weise trennen⁽⁷⁷⁾, denn die Vertragsauslegung übt schon selbst eine gewisse rechtsgestaltende Funktion aus. Abweichungen von bestehenden Vertragsnormen tarnen sich häufig als Auslegung und werden unwidersprochen hingenommen. Die Schwierigkeit einer klaren Unterscheidung zwischen Änderung und Auslegung völkerrechtlicher Verträge schlägt sich auch in der internationalen Rechtsprechung nieder. Ein Beispiel dafür ist der sehr weitgehende Begriff der Vertragsauslegung des Internationalen Gerichtshofs (IGH) in einem Urteil vom 18.11.1960 im Falle des Schiedsspruchs des spanischen Königs⁽⁷⁸⁾. Wie schwierig sich die Unterscheidung im Einzelfall auch gestalten mag, ist ihre Bedeutung in bestimmten Fällen nicht zu unterschätzen. Multilaterale Verträge und v.a. Internationale Organisationen stellen Sondersituationen dar, in denen eine getrennte Behandlung beider Fragen geboten ist, weil die zur Auslegung des Vertrages zuständigen Organe eben nur die Auslegung, nicht aber auch die Änderung des Vertrages vornehmen dürfen⁽⁷⁹⁾. Andererseits gibt es für die Auslegung völkerrechtlicher Verträge ein allgemein anerkannter

(77) Wolfram Karl, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, S. 45 f.

(78) Vgl. Arbitral Award Made by the King of Spain on 23 December 1906 (Honduras vs. Nicaragua), Urteil vom 18.11.1960, ICJ Reports 1960, S. 192 ff., insb. 206; ferner s. auch Urteil vom 15.6.1962, Temple of Preah Viher, ICJ Reports 1962, S. 6 ff., insb. 34; Rechtsgutachten vom 21.6.1971, Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), ICJ Reports 1971, S. 16 ff., insb. 22.

(79) Georg Ress, Die Bedeutung der nachfolgenden Praxis für die Vertragsinter-

Kanon von Auslegungsmethoden, während eine Vertragsänderung diesen Regeln entzogen ist. Die folgenden Ausführungen zielen nicht auf eine Antwort auf diese rechtsdogmatische Problematik ab, die eigentlich nur mittelbaren Einfluß auf das hier zu behandelnde Thema hat. Aus Gründen methodischer Klarheit soll unter Verzicht auf eine dogmatische Stellungnahme eine getrennte Behandlung der Problematik einer Änderung bzw. Auslegung des GATT durch spätere Praxis der Vertragsparteien vorgenommen werden.

Wenn der Unterschied zwischen Änderung und Auslegung von Verträgen im Schrifttum zum Teil als künstlich bezeichnet wird, dann liegt dieser Aussage der Gedanke zugrunde, daß sich beide in ihren rechtlichen Wirkungen oft nicht voneinander unterscheiden lassen. Davon ist an dieser Stelle zunächst abzusehen. Die Unterscheidung zwischen Änderung und Auslegung soll hier entsprechend der communis opinio, daß Begriffe nach ihrem Inhalt und nicht nach ihren Folgen zu definieren sind, anhand ihrer jeweiligen Funktionen vorgenommen werden. Der Leser möge für diese zweckorientierte Orthodoxie Verständnis haben. Bezüglich der Änderung bzw. Auslegung des Art. XI im Hinblick auf die SbA ist von zwei verschiedenen Ansatzpunkten auszugehen.

Entweder die Vertragsparteien sind beim Abschluß von SbA davon ausgegangen, daß diese nach Art. XI verboten sind; sie hätten damit durch stillschweigende Änderung dieser Bestimmung zum Ausdruck gebracht, daß SbA als erlaubte Maßnahmen anzusehen sind. Andernfalls würde ihre späteres Verhalten ihre Auffassung zum Ausdruck bringen, daß sie den Art. XI von vornherein für unanwendbar hielten oder, daß sie nun von dieser ursprünglichen Interpretation abgewichen sind und diese Bestimmung ex nunc für unanwendbar⁽⁸⁰⁾. Unter diesem Gesichtspunkt ist die Problematik im Folgenden zu behandeln.

(80) Die jeweiligen dogmatischen Ausgangspunkte des statischen und des dynamischen Verständnisses der Vertragsauslegung sind weiter unten kurz darzustellen.

1. Änderung des Art. XI durch spätere Praxis?

Der erste Punkt betrifft also die Möglichkeit einer Änderung des Art. XI durch spätere Praxis der Vertragsparteien, die durch den Abschluß von SbA diese Norm dahingehend geändert hätten, daß SbA im Gegensatz zu anderen mengenmäßigen Beschränkungen als erlaubte Maßnahme anzusehen seien. Gegen die Annahme einer stillschweigenden Vertragsänderung sprechen aber verschiedene Argumente. Es ist erstens fraglich, ob nach Art. XXX GATT eine solche Vertragsänderung überhaupt zulässig wäre. Nach dieser Bestimmung kommen Änderungen des Teils I, des Art. XXIX oder des Art. XXX nur durch die Einstimmigkeit der VERTRAGSPARTEIEN zustande. Änderungen der übrigen Bestimmungen bedürfen der Annahme durch zwei Drittel der VERTRAGSPARTEIEN und gelten nur für diejenige, die sie akzeptiert haben. Die Vertragsänderung ist ferner nach Abs. 2 formgebunden. Die Möglichkeit einer stillschweigenden Änderung wird dort nicht erwähnt. Eine Auslegung des Art. XXX a contrario ergibt, daß andere Formen der Vertragsänderung durch diese Vorschrift untersagt sind. So gesehen wäre der Abschluß von SbA durch GATT Vertragsparteien als solche ungeeignet, um Art. XI zu ändern.

Im Schrifttum wie auch in der Rechtsprechung internationaler Gerichte wird dagegen das Prinzip aufgestellt, daß derartige Vertragsänderungsklauseln es nicht vermögen, eine Änderung durch spätere Staatenpraxis zu verhindern ⁽⁸¹⁾. Die Vertragsparteien sind und bleiben Herren des Vertrages. Sie können ihn vereint jederzeit in der ihnen genehmen Weise beseitigen und ändern, auch wenn dies ihrer früheren Absicht widersprechen sollte. Dieser Auffassung ist grundsätzlich zuzustimmen; jedoch weist selbst die herrschende Meinung auf sich möglicherweise aus dem Vertragskontext ergebende Besonderheiten hin, die Vorsicht in dieser Hinsicht verlangen.

⁽⁸¹⁾ Kar1, S. 70 ff.; Ress, S. 65 ff.

Wenn die GATT-Vertragsparteien prinzipiell trotz der Änderungsklausel des Art. XXX das Abkommen durch spätere Praxis ändern können, dann können sie ebenso - a maioris ad minus - durch ihre Praxis ihre Auffassung erkennen lassen, daß sie grundsätzlich eine derartige Vertragsänderung für unangebracht halten. Die Vertragsparteien stellten sich schon seit Beginn auf einen zurückhaltenden Standpunkt, was Änderungen des Abkommens anging und hielten in einem solchen Handelsvertrag schon die förmliche Änderung des GATT durch Zweidrittelmehrheit für eine Ausnahmesituation⁽⁸²⁾. Die bisherige Praxis zeigt außerdem, daß von stillschweigender Änderung grundlegender Bestimmungen des GATT nie die Rede gewesen ist⁽⁸³⁾. Vielmehr haben sie durch die sukzessiven Verhandlungsrunden sozusagen ein Diskussionsforum über den Inhalt und die Anwendung des Abkommens geschaffen, und sogar dabei wurden Änderungen des GATT nur durch ausdrückliche Entscheidungen bzw. Übereinkünfte angenommen. Eine absolute Selbstbindung der gesamten Vertragsgemeinschaft et nunc et semper ist nach allgemeinem Völkerrecht mit Skepsis zu be-

(82) Während den Genfer Verhandlungen wurde die Bestimmung, wonach für Änderungen des Ersten Teils des Abkommens die Einstimmigkeit erforderlich ist, deswegen kritisiert, weil für die Änderungen der entsprechenden Bestimmungen der Havana Charta die 2/3 Mehrheit ausreichend war. Die Vertragsparteien waren sich aber darin einig, daß das GATT als Handelsabkommen der Regel unterliegt, nach der Änderungen der Einstimmigkeit der Vertragsparteien bedürfen (GATT, Analytical Index, 1970, S. 164, Ziff. 2).

(83) Sogar im Rahmen dieser Verhandlungsrunden haben die Vertragsparteien stets die Unantasbarkeit des GATT durch die getroffenen Entscheidungen betont, wie etwa das Abkommen über Rindfleisch aus der Tokyo Runde in Art. VI Nr. 6: "Nothing in this Agreement shall affect the rights and obligations of participants under the GATT." Solche Erklärungen, die sich gegen eine GATT-Änderung auf anderem Wege als durch das Verfahren nach Art. XXX wenden, sind Ausdruck der Sorgen der Vertragsparteien um die Wahrung der Einheit des GATT-Systems und ihrer Bestrebungen "to ensure the unity and the consistency of the GATT" (Entscheidung der VERTRAGSPARTEIEN vom 28.11.1979, BISD 26th Supp., 1980, S. 201). Auch wenn die Methode der Schaffung zahlreicher Nebenabkommen wegen der Gefahr einer übermäßigen Verkomplizierung des ohnehin schon komplizierten GATT-Systems kritisiert wurde (John Jackson spricht von einer "balkanization" der GATT-Struktur; s. The Constitutional Problems of the International Economic System and the Multilateral Trade Negotiations Results, Am. Soc. Int. L., Proceedings 1979, S. 56 ff.), ist jedoch festzuhalten, daß die verschiedenen Vereinbarungen, auch wenn sie vorrangige Sonderregelungen begründet, und als ergänzende Auslegungsmittel eine Rolle spielen können, keine Änderung außerhalb des in Art. XXX vorgesehenen Verfahrens bewirkten (vgl. E.U. Petersmann, Dreißig Jahre Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, ArchVR 19 (1980/81), S. 77; s. auch Rae/Thomas, The GATT and Multilateral Treaty Making: The Tokyo Round, Am. J. Unt. L., 77 (1983), S. 73 ff.)

gegenen ⁽⁸⁴⁾. In Fällen jedoch, wo die Staaten im Kontext eines Vertrages prinzipiell für die Wahrung der Einheit der vertraglichen Bestimmungen eintreten, sollte eine eventuelle Änderung durch spätere Praxis grundsätzlich nur bei hinreichend repräsentativer und konkludenter Übung der Staaten angenommen werden.

Geht man von der Möglichkeit einer Vertragsänderung durch spätere Praxis der Vertragsstaaten aus, dann muß diese Praxis dieselben Voraussetzungen erfüllen, die für die Erzeugung einer gewohnheitsrechtlichen Norm gelten, denn diese spätere Praxis ist im Grunde genommen nichts anderes als das materielle Element eines vertragsbezüglichen Völkergewohnheitsrechts ⁽⁸⁵⁾. Es ist ein allgemeines, in Art. 38 Abs. 1 des IGH-Statut verankertes Prinzip, daß das Gewohnheitsrecht der "Ausdruck einer allgemeinen, als Recht anerkannten Übung" ist ⁽⁸⁶⁾. Ein vertragsbezügliches Völkergewohnheitsrecht (VGR) entspricht dem allgemeinen VGR mit dem zusätzlichen, seinen Geltungsbereich beschränkenden Element, daß es durch die Staatenpraxis im Kontext eines bestimmten Vertrages entwickelt wird ⁽⁸⁷⁾. Im Zusammenhang mit dem GATT ist zunächst zu untersuchen, ob der Abschluß von SbA durch GATT-Vertragsparteien den Schluß auf eine "allgemeine, als Recht anerkannte Übung" zuläßt.

a) Eine hinreichende Übung in diesem Sinne ist bisher nicht festzustellen. Zwar wurden eine zunehmende Anzahl von SbA abgeschlossen, v.a. in den letzten zwei Jahrzehnten. Dies haben aber nicht alle GATT-Vertragsparteien getan. Abgesehen von den mit besonderer

(84) Wolfram Karl, Die spätere Praxis im Rahmen eines dynamischen Vertragsbegriffs, in Bieber/Ress, Die Dynamik des Europäischen Gemeinschaftsrechts, S. 94.

(85) So Karl (wie FN 77), S. 248 f.

(86) S. statt vieler, Alfred Verdross, Die Quellen des universellen Völkerrechts, 1973, S. 95; ders. Entwicklungsweisen und Geltungsgrund des universellen Völkergewohnheitsrechts, ZaöRV 29 (1969), S. 636 ff.

(87) Karl, (wie FN 77), S. 108 f.

Ermächtigung des Welttextilabkommens ausgehandelten SbA ⁽⁸⁸⁾ bilden derartige Verträge eine Praxis lediglich einer reduzierten Gruppe von Staaten, die stets die Initiative dafür ergriffen haben. Andere Länder, die auf Vorschlag dieser Gruppe industrialisierter Staaten ihre Exporte "freiwillig" beschränkt haben, sind nur deren Verlangen nachgekommen und haben selber mit anderen GATT-Vertragsparteien außerhalb dieses Kreises keine derartigen Handelsbeschränkungen abgeschlossen. Man könnte dagegen möglicherweise argumentieren, die lückenlose Verbreitung einer Übung sei keine notwendige Voraussetzung für das VGR. Aber selbst dann muß eine völkerrechtliche Übung wenigstens eine weitverbreitete, repräsentative Teilnahme der Staaten an dieser Praxis erkennen lassen: "State practice, including that of States whose interests are specially affected, should have been both extensive and virtually uniform in the sense of the provision invoked" ⁽⁸⁹⁾. Auch wenn die verfügbaren Zahlen, weil inoffiziell, nicht ausschlaggebend sind, sind sie jedenfalls ein Indiz dafür, daß den zwischen den GATT-Vertragsparteien abgeschlossenen SbA die notwendige Repräsentativität fehlt. Von den über 90 GATT-Vertragsparteien ⁽⁹⁰⁾ haben lediglich 19 Länder unter Umgehung des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen von ihren Handelspartnern den Abschluß von SbA zum Schutz ihrer inländischen Industrie verlangt ⁽⁹¹⁾. Wenn weniger als ein Drittel der Vertragsparteien eine "Praxis" entwickeln, dann ist der Schluß auf eine repräsentative Übung nicht erlaubt.

Es ließe sich möglicherweise im Anschluß an die Konsens-Theorie argumentieren, für einen völkerrechtlichen Konsens sei eine absichtserklärende Initiative der Staaten nicht erforderlich, denn dieser Konsens könne auch aus dem bloß passiven Verhalten, sich einer bestimmten Regel zu fügen, resultieren ⁽⁹²⁾. In diesem

(88) S. zur Sonderstellung des WTA, Horst Krenzler, Das Welttextilabkommen als Sonderregelung des GATT, in Hilf/Petermann (Hrsg.) GATT und Europäische Gemeinschaft, S. 225 ff.

(89) Urteil des IGH vom 20.2.1969, North Sea Continental Shelf, ICJ Reports 1969, S. 43 § 74.

(90) Stand vom Dezember 1987 (GATT Activities 1987).

(91) Vgl. die Liste abgedruckt in Kostecki, S. 453, ff.

(92) So Alfred Verdross/Bruno Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl., S. 325.

Zusammenhang ist aber zu berücksichtigen, daß die VERTRAGSPARTEIEN durch die Annahme eines Panel-Berichts am 12. Juli 1983 die Gelegenheit zur Feststellung ihres gemeinsamen Standpunktes wahrgenommen haben, wonach das widerspruchslöse Bestehen langjähriger Importbeschränkungen nicht deren stillschweigende Annahme durch die betroffenen Länder bedeutet und keinen Einfluß auf die rechtliche Beurteilung der Maßnahme nach GATT hat ⁽⁹³⁾. Von einer vertragsändernden "Duldung" von SbA kann im Rahmen des GATT also nicht die Rede sein.

Der Änderung des Art. XI durch spätere Praxis seitens der GATT-Vertragsparteien steht darüber hinaus ein rechtsdogmatisches Argument entgegen. Selbst wenn man die Möglichkeit einer derartigen Vertragsänderung trotz der Verletzung des vertraglich vorgesehenen Änderungsverfahrens bejaht, so existieren nichtsdestoweniger Grenzsituationen, in denen diese Befugnis der Staaten entfällt. Dies ist v.a. dann der Fall, wenn sich die Staatenpraxis auf eine Bestimmung bezieht, bei der eine Abweichung mit der vollen Verwirklichung von Ziel und Zweck des Vertrages unvereinbar wäre ⁽⁹⁴⁾. Dero-
gationsfeindlich sind daher auch Vertragsbestimmungen, die nur bei einer Erfüllung durch alle Vertragsparteien ihren Zweck erreichen ⁽⁹⁵⁾. Beide Merkmale treffen auf Art. XI zu.

Art. XI zielt, wie seine Überschrift schon aussagt, auf die allgemeine Beseitigung mengenmäßiger Beschränkungen ab. Um den gemeinsamen Zweck der Expansion des Welthandels zu erreichen, maßen die Vertragspartner während den Verhandlungen zur ITO-Charta dem Abbau nicht-tarifärer Handelshemmnisse eine erhebliche Bedeutung bei. Ihre Bemühungen waren insbesondere gegen die mengenmäßigen Beschränkungen gerichtet. Wie aus den travaux préparatoires, die als sekundäre Auslegungsmittel i.S.v. Art. 32 WVRK heranzuziehen sind, sollten sie sogar ganz verboten werden ⁽⁹⁶⁾. Das GATT enthält

⁽⁹³⁾ Vgl. BISD 30th Supp. (1984), S. 138 f.

⁽⁹⁴⁾ Ress, S. 66

⁽⁹⁵⁾ Karl (wie FN 77), S. 71 f.

⁽⁹⁶⁾ Jackson, World Trade, S. 309.

eine allgemeine Verpflichtung der Vertragsparteien zur Unterlassung von mißbilligten handelspolitischen Maßnahmen. Ihm liegt die Überzeugung zugrunde, daß Handelspolitik grundsätzlich nur mit Hilfe von Zöllen betrieben werden soll, weil sie den Preismechanismus nicht außer Kraft setzen, transparent sind, und relativ einfach durch multilaterale Handelsverhandlungen liberalisiert werden können⁽⁹⁷⁾. Die Vertragsparteien sind frei, die Höhe der Zollsätze zu bestimmen. Sie dürfen dagegen aber nur in den im GATT vorgesehenen Ausnahmefällen den Außenhandel mittels mengenmäßiger Beschränkungen steuern. Den Vertragsparteien die Möglichkeit einzuräumen, durch inter-se Vereinbarungen diese Verpflichtung auszusetzen, würde ihren handelsliberalisierenden Bestrebungen widersprechen und dem GATT als Ganzem seinen Zweck nehmen.

Das Ziel des Abbaus nicht-tarifärer Handelshemmnisse - und damit ist das zweite Merkmal angesprochen - läßt sich aber nur dann erreichen, wenn sämtliche Vertragsparteien ihre diesbezüglichen Verpflichtungen erfüllen. Könnten sie sich dieser Pflicht entziehen, dann wäre der dem GATT zugrundeliegende Reziprozitätsgrundsatz gefährdet. Dieser Grundsatz stellt aber die logische Ergänzung der Meistbegünstigungsklausel und des Diskriminierungsverbotes dar, das schon in der Präambel des GATT seinen Ausdruck gefunden hat⁽⁹⁸⁾. Dementsprechend verlangt das GATT in den seltenen Fällen, wo es die Auferlegung mengenmäßiger Beschränkungen erlaubt, zugleich, daß damit keine Diskriminierung praktiziert wird⁽⁹⁹⁾. Wenn die Vertragsparteien das Diskriminierungsverbot zu beachten haben, dann ist es unzulässig, daß eine Gruppe von Staaten diskriminierende Ein- und Ausfuhrbeschränkungen beibehält und völlig ausgeschlossen, daß sie damit eine Änderung ihrer Verpflichtungen bewirken könnten, ohne daß die gesamte Vertragsgemeinschaft dazu ihre Zustimmung abgeben müßte. Anstatt von Vertragsveränderung ist in einem solchen Fall schlicht von Vertragsbruch zu sprechen. Als bilaterale Verträge wirken Selbst-

(97) Vgl. Petersmann, RabelsZ 47 (1983), S. 485; Tumler, S. 91 ff.

(98) "Being desirous of contributing to these objectives by entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements direct to the substantial reduction of tariffs and other barriers to trade and their elimination of discriminator treatment in international commerce..."

(99) Vgl. Art. XIII; s. dazu unten D.

beschränkungsabkommen per definitionem diskriminierend. Damit erreicht der Importstaat die mengenmäßige Beschränkung der Einfuhren von Waren aus einem bestimmten Land und verletzt zugleich Art. XI und XIII GATT. Aufgrund ihres höhenrangigen Charakters erlauben diese Bestimmungen keine inter-se Abänderungen.

Auch das Prinzip volenti non fit injuria vermag schließlich eine derartige Vertragsänderung nicht zu begründen. Diese Regel kommt nur in Betracht, wenn die abzuändernde Norm dem Schutz der Interessen der Beteiligten dient und die Vereinbarung keine Beeinträchtigung der Interessen Dritter verursacht. Keine dieser Voraussetzungen wird im Falle eines SbA erfüllt. Wie bereits festgestellt, dient Art. XI nicht dem Schutz der Interessen einzelner Vertragsparteien, sondern der Erreichung des höhenrangigen Ziels der Handelsliberalisierung, und stellt daher keine dispositive Rechtsnorm dar. Außerdem beschränken sich die Auswirkungen eines SbA nicht nur auf den Handel zwischen den Vertragspartnern, sondern rufen weitgehende Verzerrungen der Handelsströme hervor, die sich auf Märkte von Drittländern spürbar auswirken. Auch aus diesem Grund hat der Abschluß von SbA durch einzelne GATT Vertragsparteien keine vertragsändernde Wirkung.

b) Eine Änderung des Art. XI ist aber nicht nur mangels hinreichender Staatenübung auszuschließen, sondern auch weil das zweite Element des Völkergewohnheitsrechts fehlt.

Eine vertragsändernde Praxis der Staaten muß außer einer allgemeinen Übung noch ihre Rechtsüberzeugung bezüglich der neu zu schaffenden Norm ausdrücken. Der Begriff der opinio juris läßt sich kaum allgemein feststellen, und wurde schon als "spekulatives" und "nicht weiter erklärbares" Moment kritisiert⁽¹⁰⁰⁾. Nach einer anderen Auffassung sollte nur der Verpflichtungswille der Staaten berücksichtigt werden⁽¹⁰¹⁾. Zu Recht wurde aber festgestellt,

(100) So Jörg Müller, der den Begriff des Vertrauensschutzes bevorzugt (vgl. Vertrauensschutz im Völkerrecht, 1971, S. 85).

(101) So G.I. Tunkin, Völkerrechtstheorie, Berlin 1977, S. 154.

daß die unterschiedlichen theoretischen Positionen sich in der Praxis immer dann treffen, wenn es um den Nachweis eines gewohnheitsrechtlichen Grundsatzes und dessen Anwendung auf einen konkreten Sachverhalt geht ⁽¹⁰²⁾. Daß sich der Nachweis einer Rechtsüberzeugung vom Nachweis einer allgemeinen Übung kaum trennen läßt ⁽¹⁰³⁾, ist eine wesentliche Schwierigkeit, die schon das im Schrifttum als Grundnorm des Völkerrechts bezeichnete Prinzip "consuetudo sicut ius accepta servanda est" ⁽¹⁰⁴⁾ beinhaltet. "Sicut ius accepta" verlangt schon den Nachweis einer "consuetudo", die erst dann "servanda est". Daher wird auch häufig die Rechtsüberzeugung bei Feststellung einer allgemeinen Übung quasi iuris et de iure vermutet ⁽¹⁰⁵⁾. Wie auch immer die opinio iuris begründet wird, es steht fest, daß sie die Überzeugung der Staaten bezüglich der Rechtmäßigkeit der geschaffenen Norm ausdrückt; anders gesagt, daß die Staaten ihre Übung als Recht anerkennen.

Eine gewohnheitsrechtliche Änderung des Art. XI setzt dann die Feststellung einer derartigen Rechtsüberzeugung voraus. Die Antwort auf diese Frage dürfte auch ohne längere Untersuchung negativ ausfallen, denn die Vertragsparteien selber haben schon festgestellt, daß es diesbezüglich keine Einstimmigkeit gibt. Die Problematik der Sba sowie ähnlicher Vereinbarungen wurde im Rahmen des GATT während und nach den Verhandlungen der Tokyo Runde, v.a. im Zusammenhang mit Art. XIX diskutiert. In den Diskussionen wird die allgemeine Besorgnis um die Erhaltung des GATT-Systems deutlich, das durch solche Grau-Zonen-Maßnahmen Gefahr läuft, zersetzt zu werden. Es wurde auch die Tatsache betont, daß derartige Maßnahmen gegenüber klassischen Handelsbeschränkungen zusätzliche negative Wirkungen haben, wie etwa die Kartellierung der Weltmärkte, die Bestrafung der wettbewerbsfähigsten Lieferanten und erhebliche Marktzerstörungen. Was ihre rechtliche Bewertung betrifft, behauptet keine Vertragspartei ihre generelle Vereinbarkeit mit dem GATT. Sie wurden höchstens von

(102) Karl (wie FN 77) S. 91.

(103) *ibidem*, S. 96 ff.

(104) Verdross, ZaöRV 29 (1969), S. 650.

(105) Karl (wie FN 77) S. 98.

einigen als "vorübergehende, außerhalb des GATT ausnahmsweise ergriffene Maßnahme" bezeichnet. Die Mehrheit der Vertragsparteien befand dagegen, daß SbA und ähnliche Handelsbeschränkungen gegen bestimmte GATT Vorschriften verstoßen. Andere gingen noch weiter, und verurteilten die Annahme des Abschlusses von SbA durch Exportländer, die statt dessen die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens hätten beantragen sollen ⁽¹⁰⁶⁾. Wenn nicht einmal die Länder, die am häufigsten den Abschluß von SbA von ihren Handelspartnern verlangen, in der Lage sind, die Rechtmäßigkeit ihres Verhaltens zu behaupten und den Vorwurf einer Vertragsverletzung hinnehmen müssen, dann ist es ausgeschlossen zu behaupten, diese Praxis wäre von einer Rechtsüberzeugung begleitet. Die Erklärung dieser Länder zu diesem Punkt v.a. die Betonung darauf, daß SbA nur "vorübergehend und ausnahmsweise" abgeschlossen wurden, erscheinen eher als eine Entschuldigung für begangenes Unrecht, als die Überzeugung, damit neues Recht begründet zu haben. Eine echte opinio juris darf nicht bis auf einen so inkonsistenten Mindestinhalt degradiert werden.

c) Zusammenfassend ist festzustellen, daß der Abschluß von SbA durch GATT Vertragsparteien den Schluß auf eine vertragsändernde Praxis nicht zuläßt. Es ist keine hinreichende Praxis nachweisbar, und der unentbehrliche höhenrangige Charakter des Art. XI zur Erreichung der Ziele des GATT erlaubt keine inter-se Abänderung. Selbst wenn es eine derartige Übung gäbe, müßte man trotzdem weiterhin vom Verbot von Art. XI ausgehen, denn die negative Beurteilung von SbA durch die Vertragsparteien schließt eine sich gegen dieses Verbot behauptende Rechtsüberzeugung aus.

2. Auslegung des Art. XI durch spätere Praxis

Scheitert eine Änderung des Art. XI durch spätere Praxis aus, dann ist noch zu überprüfen, ob der Abschluß von SbA durch GATT Ver-

(106) S. die Zusammenfassung der Diskussion im Bericht des Vorsitzenden der VERTRAGSPARTEIEN W 39/4 BISD 30th Supp. 1984, S. 217 ff.

tragsparteien als eine Vertragsauslegende Übung angesehen werden könnte, nach der die Vertragsparteien ihre Auffassung zum Ausdruck gebracht hätten, das Verbot von Art. XI sei auf SbA nicht anwendbar. Es dürfte nach dem derzeitigen Stand der Völkerrechtslehre wohl kein Zweifel daran bestehen, daß die spätere Staatenpraxis zur Auslegung eines Vertrages herangezogen werden kann⁽¹⁰⁷⁾. Die Übereinstimmung in der juristischen Fachliteratur hört aber, wie es so oft der Fall ist, schon bei dieser allgemeinen Feststellung auf. Was den Ansatzpunkt der Auslegung betrifft, trennen sich die Meinungen zwischen einer statischen (oder subjektiven) und einer dynamischen (oder objektiven) Betrachtungsweise. Nach der ersten in der frühen Rechtssprechung internationaler Gerichte herrschenden Auffassung, hat die Betrachtung der späteren Staatenpraxis die Ermittlung des Willens der Vertragsparteien beim Abschluß des Vertrages zum Ziel⁽¹⁰⁸⁾. Anhand der späteren Praxis wurde also auf den historischen Konsens zurückgeschlossen. Dem steht die Auffassung entgegen, das spätere Verhalten der Kontrahenten müsse als selbständiger Auslegungsfaktor anerkannt werden, und zwar auch dann, wenn es mit den ursprünglichen Intentionen der Vertragsparteien nicht mehr voll übereinstimmt⁽¹⁰⁹⁾. Diese Auffassung geht von der Möglichkeit eines Bedeutungswandels des Vertragstextes und daher vom aktuellen Konsens aus, auch ohne die Annahme einer stillschweigenden Vertragsänderung. Eine weitgehende Auseinandersetzung mit dieser komplizierten Problematik würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen und mehr verwirren als zur Klärung der hier behandelten Problematik beitragen. Hier ist nur soviel festzustellen, daß auch wenn die letztgenannte Auffassung in jüngster Zeit immer häufiger vertreten wird, diese Frage noch nicht ganz beantwortet wurde. Soweit, daß man sagen könnte, "Roma locuta, causa finita", ist die Rechtslehre diesbezüglich noch lange nicht. Da also auch in der Lehre noch keine Einigkeit herrscht, soll an dieser Stelle auf eine (notwendigerweise zu begründende) Entschei-

(107) Statt vieler Verdross/Simma, S. 492 ff.

(108) S. die von Karl (S. 127 ff.) zitierten Entscheidungen.

(109) Rudolf Bernhardt, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, 1963, S. 132; J.P. Cot, La conduite subséquente des Parties à un traité, RGDI 70 (1964), S. 632 ff.; Karl, S. 139 ff.; Ress, S. 57 ff.

ding für eine der beiden Auffassungen verzichtet werden, und es sollen im folgenden beide Alternativen nacheinander untersucht werden.

a) Nach der ersten Hypothese hätten die GATT Vertragsparteien durch den Abschluß von SbA ihre Auffassung ausgedrückt, daß sie zum Zeitpunkt des Abschlusses des GATT solche Maßnahmen vom Verbot des Art. XI ausnehmen wollten. Soll aber die spätere Praxis nur dazu dienen, das ursprüngliche Verständnis der Vertragsparteien zu ermitteln, so hat sie bloß ergänzenden Charakter ⁽¹¹⁰⁾, mit der Folge, daß die üblichen Auslegungsmethoden Vorrang genießen. Sie hat ferner keinen Einfluß mehr, wenn diese Auslegungsregeln nicht den Schluß auf eine ursprünglich entgegengesetzte Auffassung der Vertragsparteien zulassen.

Wenn der spätere Abschluß von SbA durch GATT Vertragsparteien ein Indiz dafür sein soll, daß sie von vornherein solche Maßnahmen als erlaubt betrachtet haben, dann muß darin zugleich ihre Absicht liegen, eine diesbezügliche Ausnahme vom Verbot mengenmäßiger Beschränkungen zu machen. Schon nach den elementarsten Auslegungsregeln ist diese Möglichkeit zu verneinen.

Art. XI enthält selber Ausnahmen des Verbots mengenmäßiger Beschränkungen, ohne dabei Selbstbeschränkungsabkommen zu berücksichtigen. Exceptio est strictissimae applicationis: dort, wo der Gesetzgeber (hier vertragsschließende Staaten) keine Ausnahme gemacht hat, ist eben keine weitere Ausnahme zulässig. Vor diesem allgemein anerkannten Grundsatz der juristischen Auslegung tritt die spätere Praxis "in historisierender Verwendung" zurück. Mit Art. XI haben die Vertragsparteien ein allgemeines Verbot mengenmäßiger Beschränkungen eingeführt. Eine ausdrückliche Ausnahme zugunsten der SbA ist nicht vorgesehen; ebenso gibt es nach dieser Vorschrift keine mildere Bewertung mengenmäßiger Beschränkungen, die in bilateralen Verträgen vereinbart werden, oder die die Interessen eines anderen

(110) Vgl. zum begrenzten Auslegungswert der späteren Praxis "in historisierender Verwendung", Karl (wie FN 77), S. 135 ff.

Staates berücksichtigen, als desjenigen, der die Handelsbeschränkung einführt. SbA waren außerdem schon damals für die GATT Vertragsparteien kein unbekanntes Instrument der Handelspolitik, denn es hatte schon während der 20er und 30er Jahre verschiedene derartige Vereinbarungen gegeben ⁽¹¹¹⁾. Hätten die Vertragsparteien sie erlauben wollen, dann hätten sie eine diesbezügliche Ausnahme des allgemeinen Verbots vorsehen können. Da sie dies nicht getan haben, ist e contrario daraus zu schließen, daß sie es nicht wollten. Auch wenn die travaux préparatoires Selbstbeschränkungsabkommen nicht erwähnen, lassen sie eindeutig erkennen, daß die Vertragsparteien mit Art. XI die generelle Beseitigung aller mengenmäßigen Beschränkungen erreichen wollten. Die spätere Praxis kann nur dann zur Auslegung der ursprünglichen Intention der Vertragsparteien herangezogen werden, wenn sie dem Ergebnis der Ermittlung dieser ursprünglichen Auffassung nicht widerspricht und die Staaten ihre historische Absicht auch nicht in anderer Weise konkludent zum Ausdruck gebracht haben.

Da sowohl die Logik der Vorschrift als auch deren travaux préparatoires die Absicht belegen, mengenmäßige Beschränkungen ganz zu verbieten, ist auch der Versuch nicht zulässig, nachzuweisen, daß die Vertragsparteien bestimmte, nicht ausgenommene Handelsbeschränkungen doch hätten erlauben wollen. Daher darf der spätere Abschluß von SbA durch die GATT Vertragsparteien zu solcher "historisierenden Verwendung" nicht herangezogen werden.

b) Die Untersuchung der späteren Praxis der GATT Vertragsparteien zwecks Ermittlung des aktuellen (objektiven) Vertragsverständnisses dürfte zum gleichen Ergebnis führen. Wie man auch immer die Verwendung der späteren Praxis als selbständiger Auslegungsfaktor begründen mag (ob nach dem Konsens- oder nach dem Konsistenzargument oder letztlich als Verkörperung der Vertragswirklichkeit) ⁽¹¹²⁾ feststeht, daß die subjektive Absicht der Staaten unerheblich ist,

⁽¹¹¹⁾ Vgl. Quick, S. 7 - 19.

⁽¹¹²⁾ S. dazu Karl (wie FN 77), S. 143 ff.

und andere, objektive Elemente in den Vordergrund treten. Dies gilt in besonderem Maße für die Berücksichtigung von Ziel und Zweck des Vertrages als Ganzem, statt der mit einzelner Bestimmung begründeten Zielsetzung. Diese von der subjektiven Absicht der Staaten befreite Betrachtungsweise verlangt zusätzlich, daß im Rahmen internationaler Organisationen die Praxis ihrer Organe einbezogen wird⁽¹¹³⁾ Unter Berücksichtigung dieser Faktoren ist hier festzustellen, daß die spätere Praxis der GATT Vertragsparteien keine gemilderte Auslegung des Art. XI begründen würde, wonach SbA nach ihrem aktuellen Vertragsverständnis als GATT-konform anzusehen wären.

Mangels einer ausdrücklichen bzw. authentischen Interpretation der Vertragsbestimmung ist die spätere Praxis (sofern überhaupt eine hinreichende Praxis festgestellt werden könnte) in der Weise zu interpretieren, die der Verwirklichung der Vertragsziele am besten dient. Es zielt aber nicht nur das GATT im allgemeinen, sondern auch Art. XI im besonderen ganz entschieden auf eine generelle Beseitigung aller mengenmäßiger Beschränkungen hin. Daher ist jede spätere "Praxis", die eine Rechtfertigung einer bestimmten Form von mengenmäßigen Beschränkungen begründen würde, mit der Verwirklichung dieses Zieles unvereinbar, und es wird damit die äußerste Grenze der Auslegung erreicht. Man müßte statt dessen schon von einer Änderung des Vertrages sprechen und daß eine solche nicht zulässig wäre, wurde schon an anderer Stelle festgestellt.

Da ferner die spätere Praxis zur Feststellung der Vertragswirklichkeit dient, ist nach dieser Lehre auch das Verhalten der Organe dieser internationalen Organisation mitzuberücksichtigen⁽¹¹⁴⁾. Außer der Tatsache, daß die VERTRAGSPARTEIEN selbst die Grau-Zonen-Maßnahmen verurteilten⁽¹¹⁵⁾, sprechen auch Äußerungen anderer GATT Organe gegen eine derartige Auslegung des Art. XI. Obwohl sie sich nicht unmittelbar mit dieser Problematik auseinandersetzten, wurden in zwei Panel-Berichten SbA als Quoten i.S.v. Art. XI be-

(113) Ibidem, S. 182; s. auch Bernhardt, S. 168; Ress, S. 59.

(114) Daß das GATT in der Wirklichkeit eine internationale Organisation ist, steht heutzutage außer Frage (s. Jackson, World Trade, S. 119 ff.).

(115) s. FN 106.

trachtet, und anhand dessen wurde überprüft, ob parallel eingeführte Importbeschränkungen die Regeln des Art. XIII zur Aufteilung von Kontingenten zwischen Lieferanten beachtet hatten⁽¹¹⁶⁾. Das GATT Sekretariat vertritt außerdem den Standpunkt, daß SbA "wholly outside the rule of law" sind⁽¹¹⁷⁾, und zwar nicht in dem Sinne, daß sie vom Verbot des Art. XI nicht erfaßt wären, sondern daß sie darüber hinaus dem GATT nicht angemeldet wurden. Dadurch verletzen sie zugleich Art. XI Abs. 1; XI Abs. 2 und X des GATT.

Daß mengenmäßige Beschränkungen nach wie vor streng zu verurteilen sind, geht schließlich aus einem Panel-Bericht des Jahres 1983 hervor. Im klaren Bezug auf Orderly Marketing Arrangements (OMAs) und Voluntary Export Restraints (VERs) erwähnte die EG, daß in der letzten Zeit zahlreiche handelsbeschränkende Maßnahmen vereinbart worden sein, "that were not directly covered by the provisions of the General Agreements in the strict sense". Jedoch hätten die Vertragsparteien eine gewisse Toleranz gegenüber derartigen mengenmäßigen Beschränkungen "outside the framework of specific provisions". Die EG fügte dann hinzu, daß das GATT als völkerrechtlicher Vertrag im Lichte allgemein anerkannter Rechtsgrundsätze auszulegen sei: Dabei sei das Prinzip "the law-creating-force derived from the circumstances" besonders zu berücksichtigen⁽¹¹⁸⁾. Dies wies Hongkong mit den Argumenten zurück, daß Diskussionen über mengenmäßige Beschränkungen im Rahmen des GATT keine Änderung der bestehenden Bestimmungen bewirkt hätten.

Schließlich sei es eine unstrittige Übereinstimmung der Vertragsparteien "that negotiations were without prejudice to the legal status of the measures subjected to negotiation or to the rights and obligations of GATT contracting parties". Sofern OMAs und VERs dieselben Wirkungen wie mengenmäßige Beschränkungen haben, seien sie ausdrücklich durch Art. XI Abs. 1 verboten⁽¹¹⁹⁾. Das

(116) Vgl. Panel-Bericht über EG-Einfuhrbeschränkungen für Äpfel aus Chile, BISD 27th Supp., 1981, S. 98 ff; auch Panel-Bericht über norwegische Einfuhrbeschränkungen für bestimmte Waren aus Hongkong, BISD 27th Supp., 1981, S. 125 ff.

(117) GATT, Press Release Nr. 1312 vom 5.3.1982, S. 2.

(118) BISD 30th Supp., 1984, S. 134, Ziff. 15.

(119) Ibidem, S. 134, Ziff. 16.

Panel nahm die Argumentation Hongkongs an und stellte fest:

"...the discussions on quantitative restrictions which have taken place in the GATT over the years where without prejudice to the legal status of the measures or the rights and obligations of GATT contracting parties" (120)

Was eine angebliche, sich aus besonderen Umständen ergebende "Rechtsgestaltungskraft" anbetrifft, befand das Panel, daß "the Principle referred to as 'the law-creating-force derived from the circumstances' could be relevant in the absence of law". Im konkreten Fall jedoch stellte das Panel fest, "that in the present case such a situation did not exist, and the matter was to be considered strictly in the light of the provisions of the General Agreement" (121). Die spätere Praxis der Organe bestätigt also das Ergebnis der oberen Ausführungen, daß der Abschluß von SBA durch GATT Vertragsparteien den Schluß nicht zuläßt, sie hätten damit ihren aktuellen Standpunkt festgestellt, wonach derartige mengenmäßige Beschränkungen vom Verbot des Art. XI ausgenommen wären.

c) Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Berücksichtigung der späteren Praxis der Vertragsparteien sowohl nach subjektiven als auch nach objektiven Gesichtspunkten keineswegs die Auffassung begründet, sie hätten Art. XI stillschweigend dahingehend ausgelegt, daß SBA nicht unter das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen fielen.

Nachdem die jeweiligen Grenzen der historisierenden und der selbständigen Betrachtungsweisen der späteren Vertragspraxis erörtert wurden, mit dem Ergebnis, daß keine von beiden eine gemilderte Auslegung des Verbots von Art. XI zu begründen vermag, ist zuletzt noch auf einen anderen Aspekt dieser Frage einzugehen.

(120) *Ibidem*, S. 138, Ziff. 28.

(121) *Ibidem*, S. 138 f., Ziff. 29.

Ganz unabhängig davon, ob der Interpret die spätere Praxis zur Ermittlung des ursprünglichen Parteiwillens oder der akutellen Vertragswirklichkeit verwendet, steht es fest, daß es sich jedenfalls um eine echte Praxis der Vertragsstaaten handeln muß, die zugleich ihre Übereinstimmung bezüglich des Vertragsinhaltes erkennen lassen muß. Wie oben schon ausgeführt (vgl. FN 106 und Text), läßt sich aber in dieser Hinsicht keine solche Praxis der GATT Vertragsparteien feststellen, die in der Befürwortung von SbA keinesfalls übereinstimmen. ⁽¹²²⁾

Außerdem muß, was hier noch wichtiger ist, unmißverständlich betont werden, daß selbst wenn im Schrifttum die Bedeutung der späteren Praxis zur Ermittlung der Vertragswirklichkeit oder des akuten Konsenses (im Gegensatz zu ihrer historisierenden Bedeutung) als "erstrangig" bezeichnet wird ⁽¹²³⁾, so doch dem Vertragstext als objektivem Ausdruck der eingegangenen Verpflichtungen den Vorrang unter den Auslegungsmethoden zuzuerkennen ist ⁽¹²⁴⁾.

Den Vertragstext selbst als eigentlichen Gegenstand der Auslegung zu betrachten ⁽¹²⁵⁾, bedeutet nicht unbedingt eine "Tendenz zur Mechanisierung des Auslegungsvorgangs" ⁽¹²⁶⁾ und auch nicht, daß die spätere Praxis erst zur Bestätigung dessen zu berücksichtigen wäre, was die Auslegung des Wortlauts ermittelt hat.

⁽¹²²⁾ S. oben Kap. II, § 1, C, 1, b). Hier sei noch zu erwähnen, daß obwohl die EG am häufigsten zu SbA greift, bezüglich ihrer Auffassung über die Vereinbarkeit von SbA mit dem GATT keine klare Linie erkennen läßt. Auch wenn sie in den 80er Jahren gelegentlich eine Toleranz für SbA im Rahmen des GATT verlangte (wie im Panel-Bericht über EG-Einfuhrbeschränkungen für Waren aus Hongkong deutlich wurde) vertrat die Kommission noch in den 70er Jahren den Standpunkt, daß "konventionelle" handelspolitische Maßnahmen zum Schutz der Industrie in der Gemeinschaft bevorzugt werden sollten, und daß sie daher SbA nicht etwa "zum einzigen oder wichtigsten Aspekt ihrer Politik gegenüber Japan" machen möchte (vgl. Antwort auf die schriftliche Anfrage Nr. 315/73, Couste, AB1. C 29 vom 18.3.1974 und Nr. 299/72. Glinne, AB1.C 138 vom 31.12.1973, S. 55). Im Zusammenhang mit handelspolitischen Maßnahmen ist der Ausdruck "konventionell" lediglich ein Euphemismus für "zulässige".

⁽¹²³⁾ So Karl, S. 188, in Zusammenhang mit Art. 31 WVRK.

⁽¹²⁴⁾ So Bernhardt, S. 58 ff., der selber die spätere Praxis als selbständiger Auslegungsfaktor betrachtet; ähnlich Ress, S. 63.

⁽¹²⁵⁾ Ress, S. 59.

⁽¹²⁶⁾ Karl (wie FN 77), S. 26.

Die Auslegungsregel des römischen Privatrechts in claris non fit interpretatio ist zwar nicht wörtlich zu übernehmen, hat ihre Bedeutung aber nicht ganz verloren. Bei einem klaren, widerspruchsfreien Wortlaut muß man einer angeblichen "späteren Praxis", die davon offen abweicht, äußerste Zurückhaltung entgegenbringen und kann man sie schon gar nicht als Auslegungsfaktor berücksichtigen, wenn sie darüber hinaus Ziel und Zweck des Vertrages widerspricht.

Um zu entscheiden, ob eine handelspolitische Maßnahme durch Art. XI verboten ist, ist nur erforderlich, daß ihre Wirkung in einer mengenmäßigen Beschränkung besteht. Dies ist zweifelsohne bei SbA der Fall. Ihre dogmatische Qualifizierung als "Kontingente" oder "andere Maßnahmen" wie auch als "Ein- oder Ausfuhrbeschränkung", über die man unterschiedlicher Auffassung sein kann, hat keinen Einfluß auf die erstere Feststellung, denn mengenmäßige Beschränkungen sind generell, unabhängig von dieser Qualifizierung, verboten. Das Ergebnis der Wortlautsinterpretation, wonach sich unmißverständlich ergibt, daß SbA mit dieser Bestimmung unvereinbar sind ⁽¹²⁷⁾, wird dadurch bestätigt, daß nur diese Interpretation der Erreichung des Ziels der Handelsliberalisierung am besten dient. Zur Begründung eines anderen Ergebnisses müßte – ganz abgesehen davon, ob dies ohne eine Vertragsänderung überhaupt möglich wäre – eine spätere Praxis der Vertragsparteien – in welcher Verwendung wie auch immer – den eindeutigen und zweifelsfreien Schluß auf eine Übereinstimmung der Vertragsparteien bezüglich dieser divergierenden Auslegung nachlegen, die in einer hinreichend repräsentativen Übung ausgedrückt sein müßte. Selbst die protektionistischen Absichten einzelner GATT Vertragsparteien sind aber noch lange nicht so weit gegangen.

SbA sind ferner nicht deswegen gerechtfertigt, weil sie den Interessen des Abnehmerlandes entsprechen: das Verbot des Art. XI ist keine dispositive Regelung zum Schutz einzelner Interessen, sondern

(127) Wohl die absolut herrschende Meinung: Lochmann, S. 117; Smith, S. 29; Wong, S. 302; Petersmann, JWt 1988, S. 30; ders., CMLR 1985, S. 454; Tatsuta, S. 345; Am. Soc. Int. L.; Proceedings, 1978, S. 4 ff.; Bernier, S. 77; Quick, S. 261; Immenga, S. 324; Werner, S. 43; Zimmer, S. 299, Köpernik, S. 681.

eine grundlegende Norm zum Abbau der Handelsschranken und zur Expansion des Welthandels. Da SbA primär zum Schutz bestimmter Industriezweige im Importstaat abgeschlossen werden, sind sie den Importbeschränkungen gleichzustellen, mit der Folge, daß auch ihre Vereinbarkeit mit Art. XIX zu überprüfen ist. Die heutzutage große Anzahl von SbA und die über die Jahre hinweg über das Thema geführten Diskussionen bewirken letztlich keine Änderung der Rechtslage. Die Tragweite des Verbots nach Art. XI bleibt unberührt. Selbstbeschränkungsabkommen sind nach wie vor eine Verletzung des GATT.

D. Ausnahmeregelung

Art. XI enthält aber auch eine Ausnahmeregelung, die unter bestimmten Voraussetzung eine Durchbrechung des allgemeinen Verbots erlaubt. Es bleibt dann zu untersuchen, ob SbA möglicherweise durch diese Ausnahmen gedeckt sind. Art. XI Abs. 2 Buchst. a) erlaubt Ausfuhrbeschränkungen zur Behebung eines vorübergehenden kritischen Mangels an Lebensmitteln oder an anderen wichtigen Waren für die ausführende Vertragspartei. Es bedarf keiner längeren Überlegung, um festzustellen, daß SbA diesem Tatbestandsmerkmal nicht entsprechen.

Ebenso unanwendbar ist die Ausnahme nach Art. XI, Abs. 2, Buchst. b) über Ein- bzw. Ausfuhrbeschränkungen zur Anwendung von Normen über Sortierung, Einteilung nach Güteklassen oder den Absatz von Waren im internationalen Handel. Lediglich Art. XI, Abs. 2 Buchst. c) sieht Ausnahmen vor, die dem Zweck von SbA ähneln.

Nach dieser Bestimmung sind Einfuhrbeschränkungen für Erzeugnisse der Landwirtschaft oder der Fischerei möglich, wenn sie zur Durchführung von staatlichen Maßnahmen erforderlich sind und dazu dienen:

- (i) die Mengen des gleichwertigen inländischen Erzeugnisses, die verkauft oder hergestellt werden dürfen, zu beschränken;

- ii) einen vorübergehenden Überschuß des gleichartigen inländischen Erzeugnisses dadurch zu beseitigen, daß dieser Überschuß bestimmten Verbrauchergruppen kostenlos oder unter dem Marktpreis zur Verfügung gestellt wird; und schließlich
- iii) die zulässige Produktion eines tierischen Erzeugnisses, die vollständig oder größtenteils von der eingeführten Ware unmitttelbar abhängt, mengenmäßig zu beschränken, sofern die Inlandsproduktion dieser Ware verhältnismäßig geringfügig ist.

Diese Bestimmungen erlauben eine Einsetzung der Handelspolitik als Instrument des Agrar-Dirigismus und könnten prima facie als offene Tür für den Protektionismus im Agrar-Bereich erscheinen. Auch wenn es zutrifft, daß in diesem Bereich am häufigsten dubiose handelspolitische Maßnahmen praktiziert werden ⁽¹²⁸⁾, verleiht das GATT den Vertragsparteien keine grenzenlose Freiheit in dieser Hinsicht. Schon während der ITO- und GATT-Verhandlungen haben sich die Vertragsparteien darüber geeinigt, daß die in Art. XI erlaubten mengenmäßigen Beschränkungen zugunsten der internen Landwirtschaftspolitik nicht "as means of protection", sondern lediglich "as means of making watertight, and making possible, the working of necessary forms of internal control" benutzt werden dürfen ⁽¹²⁹⁾.

Die Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen zum Schutz der inländischen Produktion stellt einen Mißbrauch des Art. XI, Abs. 2 Buchst. c) dar, und daher ist die Erfüllung der entsprechenden Voraussetzung streng zu überprüfen. Eine mengenmäßige Beschränkung ist erst dann erlaubt, wenn sie absolut erforderlich ist, um die in Art. XI, Abs. 2 Buchst. c) genannten Ziele zu erreichen.

Die Erforderlichkeit einer mengenmäßigen Beschränkung läßt sich ferner nicht ohne weiteres damit begründen, daß sie allgemein als Maßnahme eines nationalen Interventionssystems vorgesehen ist.

(128) Dam, S. 257 ff.

(129) GATT, Analytical Index, 1970, S. 52.

Anders gesagt, die bloße Tatsache, daß die Erzeugung der betroffenen Waren der staatlichen Kontrolle unterliegt, erlaubt nicht schon deswegen die Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen. Es fällt nämlich in den Kompetenzbereich der VERTRAGSPARTEIEN zu überprüfen, ob das nationale Interventionssystem tatsächlich geeignet ist, und dazu führt, "die inländische Erzeugung zu beschränken" bzw. einen "vorübergehenden Überschuß dadurch zu beseitigen, daß dieser Überschuß bestimmten Verbrauchergruppen kostenlos oder unter dem Marktpreis zur Verfügung gestellt wird" ⁽¹³⁰⁾. Im Falle der Beseitigung von Überschüssen ist ferner zu untersuchen, ob solche Überschüsse tatsächlich vorübergehend sind. Dies ist nicht der Fall, wenn auf dem Inlandmarkt im Laufe der Jahre das Angebot die Nachfrage häufig übersteigt ⁽¹³¹⁾. Werden alle diese Voraussetzungen erfüllt, dann sind Importbeschränkungen nach Art. XI zulässig unter der Bedingung allerdings, daß die Gesamtmenge oder Gesamtwert des zur Einfuhr zugelassenen Erzeugnisses sowie jede Änderung dieser Menge oder dieses Wertes veröffentlicht werden, und daß keine solchen Beschränkungen geschaffen werden, die zu einer Verminderung der Gesamteinfuhr im Verhältnis zur gesamten Inlandsproduktion führen.

Zu beantworten ist dann die Frage, ob nach Erfüllung aller dieser Bedingungen auch SbA als Mittel zur Einfuhrbeschränkung eingesetzt werden dürfen. Eine große Schwierigkeit in dieser Hinsicht ergibt sich aus dem Diskriminierungsverbot des Art. XIII. Diese Bestimmung verbietet es den Vertragsparteien, Ein- bzw. Ausfuhrverbote oder Beschränkungen anzuwenden, es sei denn, daß die Einfuhr einer gleichartigen Ware aus dritten Ländern oder die Ausfuhr einer

(130) Nach dem "Panel-Report" über das EG-Programm für Mindesteinfuhrpreise für bestimmte verarbeitete Früchte und Gemüse erfüllte das gemeinschaftliche Interventionssystem diese Voraussetzungen nicht, weil die Mitgliedstaaten sich ziemlich einfach durch zahlreiche Ausnahmen der Ankaufspflicht von bestimmten Gemüsesorten entziehen konnten, und weil die Festsetzung verhältnismäßig hoher Interventionspreise keine wirksame Beschränkung der Erzeugung bewirkte, sondern lediglich dem Abbau des Überschusses nach der Marktsättigung diene (s. BISS, 25th Supp., 1979, S. 102).

(131) S. "Panel-Report" über EG-Importbeschränkungen für chilenische Äpfel (BISD, 27th Supp., 1981, S. 113 f.).

gleichartigen Ware nach dritten Ländern entsprechend verboten oder beschränkt wird. Da sie aber meistens zwischenstaatliche bilaterale Verträge darstellen, sind SbA im Prinzip unvereinbar mit Art. XIII, denn dadurch werden landesspezifische Quoten auferlegt. SbA sind per definitionem selektive Handelshemmnisse und wirken dementsprechend diskriminierend. Art. XIII Abs. 2 erlaubt aber die Anwendung von Kontingenten durch die Aufteilung unter die Lieferländer. In diesem Fall werden statt einer Gesamtquote verschiedene Kontingente für "alle an der Lieferung der betreffenden Ware wesentlich interessierten Vertragsparteien" festgesetzt.

Sind Vereinbarungen mit den Lieferländern zur Aufteilung der Kontingente nicht durchführbar, dann können einseitig Kontingente aufgeteilt werden, "die etwa ihrem Verhältnis an der mengen- oder wertmäßigen Gesamteinfuhr dieser Ware während einer früheren Vergleichsperiode entsprechen müssen". Wegen ihres diskriminierenden Charakters dürften SbA nur unter diesen engen Bedingungen und nur unter Beachtung des entsprechenden Verfahrens als Instrument der Importbeschränkung nach Art. XI, Abs. 2 Buchst. c) angewandt werden. Ein System etwa von Selbstbeschränkungen, die nur mit den Hauptlieferländern oder mit einigen von diesen ausgehandelt werden, auch in einem Fall, wo eine Importbeschränkung nach Art. XI erlaubt wäre, wäre wegen des Verstoßes gegen Art. XIII GATT-widrig⁽¹³²⁾ .

Eine solche Möglichkeit ist, wenn auch selten, nicht rein theoretisch und wurde in einem Panel-Report über EG-Einfuhrbeschränkungen für Äpfel aus Chile auch angedeutet⁽¹³³⁾ .

Indem der Panel keine prinzipiellen Einwände gegen die Anwendung von SbA unter Art. XI erhob, sondern sie im konkreten Fall lediglich wegen der Nicht-Veröffentlichung und der ungerechten Aufteilung der jeweiligen Kontingente verurteilte, weil sie zur Verminderung der Importe im Verhältnis zur inländischen Produktion führten, ließ der Panel implizit erkennen, daß ein System von SbA, das die Voraussetzungen der Art. XI und XIII erfüllt, nicht unbedingt gegen das GATT verstößt.

§ 2 - Selbstbeschränkungsabkommen und die GATT-Schutzklausel

A. Auslegung und Voraussetzungen des Art. XIX

Art. XIX enthält eine Schutzklausel, wonach die Vertragsparteien ermächtigt sind, Verpflichtungen oder Zugeständnisse hinsichtlich einer Ware aufzuheben bzw. zurückzunehmen oder abzuändern, wenn die betreffende Ware infolge einer unvorhergesehenen Entwicklung und der Auswirkungen der auf Grund des GATT eingegangenen Verpflichtungen einschließlich der Zollzugeständnisse in das Gebiet der Vertragspartei in derart erhöhten Mengen und unter derartigen Bedingungen eingeführt wird, daß dadurch den nationalen Herstellern gleichartige oder unmittelbar konkurrierender Waren ein ernsthafter Schaden zugefügt wird oder zugefügt zu werden droht.

Eine Berufung auf Art. XIX setzt erstens voraus, daß eine Ware in das Gebiet einer Vertragspartei "in derart erhöhten Mengen" eingeführt wird. Die Erfüllung dieser Voraussetzung kann relativ leicht anhand der Importstatistiken nachgewiesen werden, wobei allerdings keine absolute Importsteigerung erforderlich ist. Bei der Ausarbeitung der Havana Charta wurde nämlich das Wort "verhältnismäßig" (relatively) vor "erhöhten" (increased) hinzugefügt, um klarzustellen, daß Art. 40 der Charta auch solche Situationen umfaßte, in denen zwar keine absolute Importsteigerung gegeben sind, jedoch die Menge der eingeführten Waren im Verhältnis zur inländischen Produktion gestiegen ist. Obwohl diese Ergänzung im Art. XIX GATT nicht vorgenommen wurde, stellte ein "Working Party Report" der neunten Sitzung der VERTRAGSPARTEIEN im September 1948 fest, daß die GATT-Schutzklausel in Übereinstimmung mit der entsprechenden Bestimmung der Havana Charta auszulegen ist⁽¹³⁴⁾.

(134) "It was also the understanding of the working party that the phrase 'being imported ... in such increased quantities' in Article XIX... was intended to cover case where imports may have increased relatively, as made clear in ... the Havana Charter" (GATT, Analytical Index 1970, S. 106).

Nach Art. XIX ist es ebenfalls erforderlich, daß diese absolute oder relative Importsteigerung konkret die Folge einer unvorhergesehenen Entwicklung und der von der betreffenden Vertragspartei eingegangenen Verpflichtungen im Rahmen des GATT ist. Beide Tatbestandsmerkmale müssen zur Importsteigerung beigetragen haben.

Die Unvorhersehbarkeit dieser Entwicklung bezieht sich auf die Zeit, wo die Verpflichtungen in Bezug auf die Ware angenommen worden sind. Eine erste Frage zu diesem Punkt ist nun, welche Art von GATT-Verpflichtungen, die zusammen mit dieser unvorhergesehenen Entwicklung zur Importsteigerung führen, in Art. XIX gemeint sind: sind es Zollzugeständnisse oder auch der Verzicht auf mengenmäßige Beschränkungen? Nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung bezieht sich der Ausdruck "Verpflichtungen" ("Obligations") nur auf Zollzugeständnisse, und zwar auf das Zugeständnis, das die Vertragspartei zurückzunehmen beabsichtigt. ⁽¹³⁵⁾ Andere sind hingegen für eine weite Auslegung dieses Begriffs, so daß auch das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen darunter zu verstehen sei ⁽¹³⁶⁾. Nach dem Wortlaut des Art. XIX scheint eine weite Auslegung geboten. Die Bestimmung bezieht sich auf "eingegangene Verpflichtungen, einschließlich der Zollzugeständnisse" ("obligations incurred by a contracting party under this Agreement, including tariff concessions"). Daraus wird klar, daß die Vertragsparteien unter "eingegangenen Verpflichtungen" auch andere Tatbestände verstehen als Zollzugeständnisse. Darunter fallen demzufolge auch die Verpflichtungen aus dem Art. XI.

Das Kausalitätsverhältnis verlangt, daß gerade aufgrund der GATT-Verpflichtungen eine Änderung der Handelspolitik der Vertragspartei herbeigeführt wurde. In Fällen, wo z. B. vor dem GATT-Beitritt keine mengenmäßigen Beschränkungen angewandt wurden bzw. Zölle auch danach noch in derselben Höhe erhoben wurden, kann man in der Importsteige-

⁽¹³⁵⁾ Patrizio Merciai, Safeguard Measures in GATT, JWIL 15 (1981), S. 44.

⁽¹³⁶⁾ Jackson, World Trade, S. 559.

rung nicht eine Folge der GATT-Verpflichtungen sehen.⁽¹³⁷⁾ Größere Schwierigkeiten bereitet die Auslegung des Begriffs der "unvorhergesehene Entwicklung" ("unforeseen developments"). In einem "Working Party Report" über die Rücknahme von Zollzugeständnissen nach Art. XIX durch die USA stellte die Arbeitsgruppe fest, daß unter dem Ausdruck "unvorhergesehene Entwicklung" eine Situation zu verstehen ist, die sich nach der bestimmten Zollverhandlung ergeben hat und die die Verhandlungspartner zur Zeit der Zollkonzession schlechterdings nicht vorhersehen konnten noch mußten.⁽¹³⁸⁾

In diesem Fall handelte es sich um gestiegene Importe von Damen-Hüten aus der Tschechoslowakei in die USA⁽¹³⁹⁾. Die amerikanischen Delegierten vertraten die Auffassung, eine Modeänderung, die zu einem um 95 % erhöhten Import in die Vereinigten Staaten geführt hatte, sei als eine "unvorhergesehene Entwicklung" i.S.v. Art. XIX anzusehen. Der tschechoslowakische Delegierte erklärte dagegen, die Mode unterliege, wie allgemein bekannt, ständigen Wechseln, so daß eine Modeänderung stets in Kauf genommen werden müsse. Unter diesen Umständen sei keine "unvorhergesehene Entwicklung" gegeben. Die Arbeitsgruppe stimmte dem zu, daß Modeänderungen im allgemeinen keine "unvorhergesehene Entwicklung" i.S.v. Art. XIX sind, jedoch das Ausmaß und die Dauer dieser Änderung im konkreten Fall hätten nicht vorhergesehen werden können: Folglich hielt die Arbeitsgruppe diese Voraussetzung des Art. XIX für erfüllt. Auch wenn durch diese Formulierung klargestellt wurde, daß eine allgemeine Wirtschaftsänderung für die Anwendbarkeit des Art. XIX nicht genügt, d. h. daß eine besondere Änderung feststellbar sein muß.⁽¹⁴⁰⁾, so werden durch sie doch gewisse Unklarheiten geschaffen. Indem festgestellt wird, daß die Dauer und das Ausmaß einer späteren Entwicklung den Tatbestand des Art. XIX in dieser Hinsicht erfüllen können, impliziert sie, daß die Importsteigerung selbst u. U. eine "unvorhergesehene Entwicklung" darstellen kann.⁽¹⁴¹⁾ Das Kausalitätsver-

⁽¹³⁷⁾ Ibidem, S. 560.

⁽¹³⁸⁾ GATT, Analytical Index, 1970, S. 107.

⁽¹³⁹⁾ Eine Ausführliche Darstellung findet man in Quick, S. 112 ff.; Dam, S. 102 ff.; s. auch Jackson, S. 560 ff.

⁽¹⁴⁰⁾ Dam, S. 102.

⁽¹⁴¹⁾ Jackson, World Trade, S. 561.

hältnis wird geradezu auf den Kopf gestellt. Die letzte Voraussetzung ist, daß infolge der Importsteigerung den inländischen Erzeugern ein ernsthafter Schaden zugefügt wird oder zugefügt zu werden droht. Dazu ist zunächst festzuhalten, daß ein ernsthafter Schaden nicht darin liegt, daß durch die Importkonkurrenz die Errichtung bzw. der Ausbau eines neuen Wirtschaftszweiges im Importstaat beeinträchtigt wird ⁽¹⁴²⁾. Was nun die konkrete Feststellung eines "ernsthaften Schadens" betrifft, ergibt der Bericht der Arbeitsgruppe dafür keine eindeutigen Kriterien.

Zwar wurde das Prinzip aufgestellt, daß das Vorliegen eines Schadens der inländischen Industrie anhand wirtschaftlicher Daten zu ermitteln sei; dennoch war die Arbeitsgruppe im konkreten Fall nicht dazu in der Lage, zu entscheiden, ob die von den amerikanischen Delegierten vorgetragenen Daten den Schluß auf einen Schaden durch den Import von Damenhüten aus der Tschechoslowakei zuließen. Die Sache wurde aber zugunsten der USA entschieden, und damit die Regel aufgestellt ⁽¹⁴³⁾, daß es Sache des Exportstaates ist, zu beweisen, daß kein Schaden entstanden ist, sobald die Behauptung des Schadens durch die Importseite nicht abwegig erscheint.

Auch wenn es schwierig ist, abstrakt festzustellen, inwieweit die inländische Produktion durch ausländische Konkurrenz "ernsthaft" gefährdet wird ⁽¹⁴⁴⁾, wäre es in diesem Falle wenigstens gebo-

(142) "...any proposal to withdraw a tariff concession in order to promote the establishment or development of domestic production or a new novel type of product in which overseas suppliers have opened up a new market is not permissible under Article XIX but should be dealt with under other provisions of the Agreement, such as Article XVIII" (zit. in Dam, S. 101).

(143) "...the United States is not called upon to prove conclusively that the degree of injury or threatened in this case must be regarded as serious; since the question under consideration is whether they are in breach of Article XIX, they are entitled to the benefit of any reasonable doubt. Nonfacts have been advanced which provide any convincing evidence that it would be unreasonable to regard the adverse effects on the domestic industry or a threat thereof...the Czechoslovak Delegation has failed to establish, that no serious injury has been sustained or threatened". (zit. in Dam, S. 103).

(144) S. dazu, Gerald Meier, Externality Law and Market Safeguard Applications in the GATT Multilateral Trade Negotiations. Harv. Int. L.J., 18 (1977), S. 491 ff.

ten gewesen, den Kreis der Daten zu präzisieren, anhand deren die Frage zu beantworten ist. Denn ansonsten unterliegen die Voraussetzungen des Art. XIX, was die Ernsthaftigkeit des Schadens angeht, keiner ausreichenden Kontrolle, so daß es praktisch unmöglich wird, diese Vermutung zu widerlegen. Die praesumptio juris tantum wird dann zur praesumptio juris et de jure ⁽¹⁴⁵⁾

B. Selbstbeschränkungsabkommen als Instrument des Art. XIX?

1. Zweck- und Verhältnismäßigkeit

Solange aber keine Reform des Art. XIX durchführbar ist, um den notwendigen Inhalt dieser Schutzklausel zu präzisieren ⁽¹⁴⁶⁾, ist die Vereinbarkeit von SbA mit den bestehenden Bestimmungen zu überprüfen. Im Schrifttum ⁽¹⁴⁷⁾ wurde die Vereinbarkeit von SbA mit Art. XIX pauschal und a priori behauptet. Gegen ein solches Vorgehen lassen sich zwei Einwände erheben. Erstens ist es nicht sinnvoll, a priori zu untersuchen, ob SbA möglicherweise als Instrument der Importbeschränkung nach Art. XIX eingesetzt werden dürfen. Neben den Bedingungen, die eine Berufung auf Art. XIX erlauben, sieht die Vorschrift auch eine Benachrichtigungs- und Konsultationspflicht vor. Das heißt, daß handelsbeschränkende Maßnahmen nicht ohne weiteres GATT-konform sind, nur weil die Voraussetzung des Art. XIX erfüllt sind, wenn die VERTRAGSPARTEIEN nicht darüber informiert wurden. Bilateral ausgehandelte Handelsbeschränkungen, aus welchem Anlaß auch immer, verstoßen gegen die Publizitätspflicht nach Art. X, die der Transparenz handelspolitischer Maßnahmen nach außen hin dient und gegen Art. XIX, Abs. 2. Selbst angenommen, die

(145) Hiermit wird auf die ausführliche Kritik Quicks, S. 119 ff. verwiesen, nach dessen Meinung diese Entscheidung die Ursache dafür ist, daß spätere Schutzmaßnahmen von den betroffenen Vertragsparteien nicht mehr im Rahmen des GATT in Frage gestellt wurden.

(146) S. dazu Petersmann, JWT 1988, S. 38 ff.

(147) So Gilles Fievet, Les accords d'auto-limitation, une nouvelle technique d'accords communéitaires, RMC 25 (1982), S. 597 ff.

Staaten gäben den Abschluß von SbA bekannt, so daß dieser Einwand nicht erhoben werden könnte, so wäre eine allgemeine Beurteilung von SbA anhand der Anwendungsvoraussetzungen des Art. XIX nicht möglich, nur weil einige dafür ausgewählte Beispiele angeblich Merkmale aufweisen, die nach dieser Vorschrift eine Importbeschränkung erlauben würden, und dann darauf zu schließen, SbA seien per se ein adäquates Instrument zur Anwendung des Art. XIX. Denn Mittel und Zwecke einer Importbeschränkung dürfen logischerweise nicht ausgetauscht werden. Für Art. XIX kommt es auf die konkreten Umstände an, die von Fall zu Fall variieren können. Die Erfüllung der entsprechenden Voraussetzungen muß in jedem Fall überprüft werden. Ob dann eine solche Situation durch SbA geregelt werden darf, ist eine andere Frage, die anhand anderer Kriterien zu untersuchen ist.

Selbst wenn man ein solches Vorgehen für sinnvoll hielte, so ist doch festzustellen, daß die kritisierte Meinung sehr umstritten ist. Gesetzt den Fall, SbA würden normalerweise zur Regelung identischer Probleme abgeschlossen, so gäbe es doch wenigsten genauso viele Gründe, sie für einen Verstoß gegen Art. XIX zu halten.

a) Es ist eine nicht ausreichend hinterfragte communis opinio, daß zunehmende Importe aus Niedrigpreisländern die Ursache für die Arbeitslosigkeit in den industrialisierten Staaten sei. Forschungen deuten allerdings darauf hin, daß die Arbeitslosigkeit in bestimmten "gefährdeten" Branchen eher auf den Einsatz moderner Technologien zurückzuführen ist. Die Textilwirtschaft z. B. ist besonders durch einen starken Protektionismus gekennzeichnet und wird häufig als die Branche per excellence gesehen, die am stärksten unter der Konkurrenz neuer Produktionszentren leidet. Nach einem Bericht des "International Labour Office" würden aber die vollständigen Aufhebungen der Handelsschranken gegen Importe aus Entwicklungsländern lediglich zu einer Senkung der Beschäftigungsquote von circa 1,5 % im Laufe einer Zeitspanne von zehn Jahren bewirken, während der Einsatz mo-

derenster Technologien und die erhöhte Produktivität allein zu einer Beschäftigungssenkung von 3 bis 4 % führt.⁽¹⁴⁸⁾ Branchenspezifische Studien über die Baumwolltextilindustrie Großbritanniens bestätigen diese allgemeine Aussage⁽¹⁴⁹⁾.

Die Situation in der amerikanischen Textilindustrie vor dem Abschluß der SbA mit Japan über "wool and man-made fibers" im Jahre 1972 ließ es zweifelhaft erscheinen, ob die Voraussetzungen des Art. XIX gegeben wären. Die Vertreter der Textilbranche hatten am Ende der 60er Jahre auf dem Kongreß einen starken Druck zur Verabschiedung eines neuen Handelsgesetzes ausgeübt, wonach die "Tariff Commission" Kontingente für ausländische Hersteller hätte empfehlen können, sobald die Importmenge 15 % des inländischen Konsums erreicht hätte. Die Statistiken der "Man-Made Fibers Producers Association" zeigten allerdings, daß bei einem Importzuwachs von 112 Mio pounds im Jahre 1950 auf 472 Mio pounds im Jahre 1969 der inländische Konsum von 1.420 Milliarden pounds im Jahre 1950 bis 1969 auf 5.187 Milliarden pounds stieg. Die importierten Kunstfasern stiegen von 7,8 % des inländischen Konsums im Jahre 1950 auf 9,1 % im Jahre 1969. Das ist ein Wachstum von lediglich 1,3 %⁽¹⁵⁰⁾. Was die angeblich verzerrende Auswirkung der japanischen Importe dieser Waren auf die damalige Beschäftigungslage angeht, so waren die Argumente der amerikanischen Industrie nicht weniger unzutreffend, denn die Statistiken zeigten hingegen eine deutliche Zunahme der Beschäftigungsquote⁽¹⁵¹⁾.

Erhebungen über die Gewinnmarge der 500 größten Konzerne Nordamerikas im Jahre 1969 zeigen außerdem, daß die Textilerzeuger mit einer

(148) Zit. in Balassa, S. 427.

(149) "...it is difficult to suggest that any labour-intensive sector except men's shirts and suits suffered between 1970 and 1975 from exceptionally damaging import growth...productivity growth emerges as twice as important as trade factors in job replacement..." (zit. in Balassa, S. 427).

(150) Carl Fulda, Textiles and Voluntary Restraints on Steel: Protection in United States Industries from Foreign Competition, Va. J. Int. L., 13 (1973), S. 526 f.

(151) "The American Textile Manufacturers Institute...published in December 1972 as a comparative employment chart for the period 1960 through 1972...The overall gain in employment, resulting from a comparison of the figures for 1960 and 1971, was 37,500 for textiles mill workers and 127,600 for apparel and related employment" (ibidem, S. 530).

Gewinnsteigerung von 10,2 % im Verhältnis zum Vorjahr besser abgeschnitten als andere Branchen, wie etwa Elektronik, Nahrungsmittel, Erdölveredelung, motorisierte Fahrzeuge und Chemikalien ⁽¹⁵²⁾ .

Die Textilindustrie versuchte aber auch mittels Dumping-Beschwerden die japanische Konkurrenz auszuschalten. Die amerikanische "Tariff Commission" entschied aber, daß in den niedrigen Preisen der Importe aus Japan nicht die Ursache eines Schadens der inländischen Hersteller gesehen werden könne. ⁽¹⁵³⁾ Die von der amerikanischen Textilindustrie als ernsthaft bezeichnete Situation wies nicht mal die Voraussetzungen auf, die nach dem amerikanischen Außenhandelsrecht eine Importbeschränkung hätte erlauben können. Solche Schwierigkeiten ließen sich aber einfach durch ein dem GATT nicht angemeldete SBA umgehen. Wenn man also in bestimmten Fällen mit größter Wahrscheinlichkeit von einem ernsthaften Schaden für die inländische Industrie durch eine Importsteigerung sprechen kann, so ist jedoch in vielen anderen Situationen der Abschluß eines SBA auf ganz andere Gründe zurückzuführen.

Von 1961 bis zum Beginn der Verhandlungen von Exportbeschränkungen mit den japanischen und europäischen Stahlherstellern im Jahre 1968 waren beispielsweise die Stahlexporte in die USA um 60 % gestiegen, während die amerikanische Produktion lediglich um 38,8 % zunahm. Die Stahlimporte betragen im Jahre 1961 dagegen nicht mehr als 3,2 Mio Tonnen, also nur 4,7 % des inländischen Konsums ⁽¹⁵⁴⁾ .

Auch die Lage in den 80er Jahren war ernsthaft. Trotz Rationalisierungsmaßnahmen einschließlich des Abbaus von Arbeitsplätzen von 453.000 im Jahre 1979 auf 247.000 Ende 1982 stiegen die Importe deutlich: von 13 % in den Jahren 1973 bis 1976 auf 19 % im Jahre

⁽¹⁵²⁾ Ibidem, S. 532.

⁽¹⁵³⁾ "All of the evidence available to the Commission indicates that the price reduction (or the absence of a price increase) by the U.S. industry in this period was attributable to the competition of double-knit fabrics and not from Japan at less than fair value" (ibidem, S. 529).

⁽¹⁵⁴⁾ Michael S. Bates, The Voluntary Quota System for Regulating Steel Imports, Va. J.Int. L., 14 (1973), S. 105 f.

1981 bis auf 22 % im Jahre 1982 im Verhältnis zum inländischen Verbrauch ⁽¹⁵⁵⁾. In solchen Fällen kann man freilich von einer gefährlichen Lage der inländischen Industrie sprechen, die mit großer Wahrscheinlichkeit durch die Importkonkurrenz erschwert wird.

b) Bei anderen wichtigen SbA wird es allerdings sehr deutlich, daß erhöhte Importe für den Abschluß eines SbA eigentlich nur als Vorwand benutzt wurden, um in Wirklichkeit andere Ziele zu erreichen. Dies ist besonders klar bei dem japanisch-amerikanischen SbA über Kraftfahrzeuge von 1981 - 1984. Der amerikanische Pkw-Markt wird von einem Oligopol aus drei Konzernen beherrscht, nämlich Ford, General Motors und Chrysler. Obwohl der Anteil der Importe in die USA seit den 60er Jahren circa ein Viertel des gesamten Welthandels mit Pkws beträgt, wurde die Marktstellung der Oligopolisten bis Mitte der 70er Jahre durch die Importkonkurrenz nicht berührt. Außer den hervorragenden Bedingungen zur allgemeinen Entwicklung der Pkw-Industrie (gewaltige Entfernungen, optimal ausgebautes Autobahnnetz und billiges Benzin) kam den nationalen Herstellern eine Besonderheit des amerikanischen Marktes zu Gute: die überwiegende Nachfrage der amerikanischen Konsumenten (schätzungsweise 80 bis 90 %) nach größeren Luxus-Pkws. Da nur die amerikanischen Konzerne in der Lage waren, solche PKW anzubieten, wurde die ausländische Konkurrenz für das verbleibende kleine Marktsegment leicht akzeptiert. ⁽¹⁵⁶⁾

Die Auswirkungen der Ölkrise von 1973, die weltweite Rezession der 70er Jahre sowie die Schwierigkeiten der Stahlindustrie änderten jedoch langsam die Situation. Die erhöhten Benzinpreise boten eine günstige Gelegenheit für den Verkauf kleinerer Pkws. Als Ergebnis einer langjährigen Entwicklung sanken Produktion und Verkauf amerikanischer Pkws im Jahre 1980 auf ihren tiefsten Punkt seit 19 Jahren. Von 1978 und 1981 sank die jährliche Produktion um 30 % und die

⁽¹⁵⁵⁾ Frank Benyon u. Jacques Bourgeois, The European Community - United States Steel Arrangement, CMTR 9184, S. 311.

⁽¹⁵⁶⁾ "As for the buyers who wanted smaller, more fuel-efficient, or more off-beat vehicles, U.S. auto companies were tacitly willing to concede this market to imports since Detroit's own compacts were considered unprofitable and likely to take sales away from their larger models" (James A. Dunn Jr., Automobiles in international trade: change or persistence? International Organization, 41 (1987) S. 239.

Verkäufe der drei großen Konzerne um 33 % für General Motors und etwa 24 % für Ford und Chrysler. Die Geschäfte der japanischen Konzerne waren dagegen sehr erfolgreich: von 800.000 Einheiten im Jahre 1975 stiegen die Verkäufe von Pkw aus Japan auf 2 Mio Einheiten in 1980. Im Februar 1981 betrug der japanische Anteil am amerikanischen Markt 24 % ⁽¹⁵⁷⁾. Die amerikanischen Konzerne machten daraufhin massiven Druck auf den Kongreß zur Verabschiedung protektionistischer Maßnahmen und beantragten bei der International Trade Commission (ITC) die Anwendung von Importbeschränkungen nach Art. 201 des Trade Acts von 1974. Der Antrag wurde aber trotz der Anerkennung einer ernsthaften Lage der Automobilindustrie, abgelehnt, weil die ITC befand, die Krisis sei eher auf andere Faktoren zurückzuführen, wie die allgemeine Rezession und die Bevorzugung kleinerer Pkw durch die Verbraucher. Die Industrie wandte sich dann an die Regierung mit dem Ziel einer bilateralen Lösung mit den japanischen Herstellern. Wegen des negativen Ergebnisses der International Trade Commission zur Importbeschränkung konnte die Regierung keine förmlichen Verhandlungen mit Japan aufnehmen. Die Kontakte wurden infolgedessen absichtlich als einfache Gespräche oder Diskussionen bezeichnet. ⁽¹⁵⁸⁾ Die japanische Regierung gab dann am 1. 5. 1981 bekannt, daß Kontingente für Pkw-Exporte eingeführt würden und daß der "Minister of International Trade and Industry" (MITI) die Aufsicht darüber leiten werde.

Bei oberflächlicher Betrachtung dieser Entwicklung könnte man den Schluß ziehen, das SbA sei die einzige Form gewesen, um eine katastrophale Krise der amerikanischen Industrie zu vermeiden. Dies war aber nicht der Fall. Der Kausalitätszusammenhang zwischen den erhöhten japanischen Pkw-Exporten vor dem SbA und den sinkenden Verkäufen amerikanischer Industrie war nur ein scheinbarer. Der Grund für den Ausbau der japanischen Position auf dem amerikanischen Markt lag in

(157) Michael William Lochmann, The Japanese Voluntary Restraint on Automobile Exports: An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of United States Antitrust Laws, Harv. Int. L. J., 27 (1986), S. 101.

(158) *Ibidem*, S. 104.

der erfolgreichen Ausnutzung einer Marktlücke, zu der sich die amerikanischen Konzerne u. a. aufgrund fehlerhafter Prognosen nicht zu entscheiden vermochten.

Diese Gedanken führen zu einem in diesem Zusammenhang häufig übersehenen Punkt, nämlich die Wettbewerbsstrategie großer Konzerne auf oligopolistischen Märkten. Die japanischen Konzerne hatten stets einen technologischen Vorsprung bei der Produktion kleiner Pkws, die amerikanischen Versuche dagegen erwiesen sich u. a. wegen hoher Kosten als sehr unrentabel. Die amerikanischen Hersteller konnten mit dem Importen aus Japan nicht konkurrieren und verließen sich darauf, daß die Bevorzugung größerer Pkws durch die amerikanischen Verbraucher ihnen auch weiterhin eine marktbeherrschende Stellung sichern werde. Schon Mitte der 70er Jahre war jedoch infolge des erhöhten Benzinpreises und des allgemeinen Kaufkraftverlustes in der Rezession, der Einstieg auf dem Markt der kleinen PKW wirtschaftlich wichtig. Der Start einer amerikanischen Produktion von wettbewerbsfähigen kleineren Pkw setzte aber erhebliche Investitionen und die Beherrschung der entsprechenden Technologie voraus. Die Konzerne hielten es für vorteilhafter, die japanischen Konkurrenten zur Zusammenarbeit zu bewegen und erklärten, sie sähen lieber japanische Investitionen in Amerika als Pkw-Importe aus Japan. ⁽¹⁵⁹⁾

Die japanische Industrie war hingegen auf Exportkonkurrenz angewiesen und zeigte sich sehr zurückhaltend gegenüber einer Zusammenarbeit mit westlichen Konkurrenten. Ihre äußerst günstige Geschäftslage machte ihre Stellung bei den Verhandlungen besonders stark. Zu befürchten hatte sie nur protektionistische Maßnahmen seitens der USA. Deutliche Anzeichen hierfür zeigten sich im Jahre 1980, so daß

(159) Eine Erklärung eines Vorstandsmitglieds von General Motors (GM) über die spätere Entwicklung erläutert den Sinn dieser Strategie: "...GM decided that the only sensible interim solution was mutually beneficial business arrangements with the Japanese...These joint ventures with help maintain our distribution organization...and...will provide GM with access to new car-building techniques that will accelerate our ability to make small cars competitively" (zit. in Dunn Jr., S. 245).

eine Exportselbstbeschränkung, die, wie bereits erläutert, mit finanziellen Vorteilen verbunden ist, als kleinste Übel hingenommen wurde. Das Gleichgewicht bei den Verhandlungen war damit zugunsten der amerikanischen Industrie wieder hergestellt, und das Verhalten der Japaner während des ersten SbA (1981-1985) deutet unzweifelhaft auf eine Umformulierung ihrer Wettbewerbsstrategie hin. Während sich zwei Konzerne für selbständige Investitionen in Amerika entschieden ⁽¹⁶⁰⁾, beteiligten sich die anderen Pkw-Hersteller an "joint-ventures" ⁽¹⁶¹⁾. Dies bestätigte eine Aussage eines Managers des "Nomura Research Institute", nach der die japanischen Auslandsinvestitionen in den industrialisierten Ländern darauf abzielten, die durch Exporte gewonnenen Marktanteile durch Investitionen zu sichern, um protektionistische Handelsbeschränkungen zu vermeiden. ⁽¹⁶²⁾

Mehr als ein dringend notwendiges Rettungsinstrument für die amerikanische Pkw-Industrie war das SbA also als ein strategischer Zug im Laufe eines Anpassungsprozesses zu verstehen, der nicht dem Schutz, sondern dem Ausbau der inländischen Produktion diene. ⁽¹⁶³⁾

⁽¹⁶⁰⁾ Honda eröffnete eine Fabrik in Marysville/Ohio (Startproduktion ab 11.1982 und Kapazität von 150.000 Einheiten), Nissan in Smyrna/Tennessee (Anfangsproduktion für 3.1985 von 100.000 Einheiten) s. Dunn Jr. S. 246.

⁽¹⁶¹⁾ Toyota-General Motors in Fremont/California mit einer Startproduktion ab Juni 1985 von 25.000 Einheiten; Mazda/Ford in Flat Rock/Michigan, Anfangsproduktion Herbst 1987 von 240.000 Einheiten und Mitsubishi-Chrysler in Blooming-Normal/Illinois, Startkapazität für Herbst 1988 von 180.000 Einheiten (ibidem, u.a.O.).

⁽¹⁶²⁾ Kiyohiko Fukushima, *Japan' Real Trade Policy, Foreign Policy* (Sommer 1985), S. 23: "Recent Japanese investment on the manufacturing industries of advanced countries (...) is designed to secure markets previously acquired through imports and avoid protectionism."

⁽¹⁶³⁾ "The VRA of 1981-85 was not the herald of a breakdown in the auto trade regime but an important political concomitant of the long-term trend toward the increasing integration of the U.S. auto market in an internationalized production system. By signaling the Japanese to begin local production in the United States and by giving Detroit the time and money to cut appropriate deals with foreign manufacturers, the VRA actually furthered the U.S. auto sector's process of international integration" (Dunn Jr., S. 250). Das amerikanisch-japanische Pkw-SbA von 1981 war aber keineswegs ein Sonderfall. Obwohl die Hintergründe eines SbA meist nicht unter diesem Gesichtspunkt in der juristischen Fachliteratur untersucht werden, kann man bei oligopolistischen Industriebranchen davon ausgehen, daß mit einer Exportselbstbeschränkung oft andere Zwecke verfolgt werden, als denen einer Schutzklausel wie Art. XIX. Dies erfolgt auch häufig durch eine *ad hoc*, geheime und rechtswidrige "Freistellung" des Kartellverbots der jeweiligen Staaten: "Export-restraint arrangements frequently set up a forum for business-level discussions... At times the arrangements have more feature in common with inter-industry understandings, resulting in cartelization (to which governments have given their stamp or approval), than

Inwieweit die daraus resultierenden Kosten für die Verbraucher und Drittländer noch gerecht und verhältnismäßig waren, bleibt eine offene Frage. Wichtiger im Zusammenhang mit dem GATT ist die Feststellung, daß diese SbA so vorteilhaft ihre Auswirkungen für die amerikanische Industrie auch sein mochten, nicht mit Art. XIX gerechtfertigt werden können.

Für die Auffassung, wonach die verschiedenen SbA auf Grund ihres angeblich gemeinsamen Zweckes (Vermeidung eines ernsthaften Schadens infolge einer unvorhergesehenen Entwicklung) nach Art. XIX gerechtfertigt seien, ermangelt es in diesem konkreten Beispiel jeder Grundlage.

b.2) Ein weiteres Beispiel eines SbA, das andere Zwecke verfolgte als diejenigen, die eine Importbeschränkung nach Art. XIX erlauben, bietet die japanische Selbstexportbeschränkung von Videokassettenrekordern (VKR) in die EG. Dies war das erste SbA zwischen der Gemeinschaft als solcher und Japan und wurde im Februar 1983 als Teil des sogenannten Tokyo Agreements ⁽¹⁶⁴⁾ vereinbart. Es beinhaltet in erster Linie eine Höchstausfuhrmenge für VKR und eine Mindestpreisregelung. Obwohl die japanischen Hersteller über einen überwiegenden Marktanteil von etwa 85 % des VKR-Marktes verfügten, konnte man nicht von einer Drohung durch Importkonkurrenz sprechen. Die europäischen Hersteller (Phillips und Grundig) produzierten ein besonderes Modell (V2000), das nicht in direkter Konkurrenz mit den japanischen Modellen (VHS und Betamax) stand ⁽¹⁶⁵⁾. V2000 gilt als Modell von höherer Qualität als die VKR japanischer Herkunft und ist selbstverständlich teurer als sie. Die betroffene Industrie wurde als junge Branche bezeichnet, die es zu schützen galt. Das SbA sollte dem europäischen Hersteller den Absatz von 1,2 Mio Einheiten in der Gemeinschaft sichern. Diese Summe wurde vom kalkulierten Ge-

⁽¹⁶⁴⁾ Die ganzen Abmachungen betreffen weiter den Handel mit Pkw, Quarzuhren, Hi-Fi-Anlagen u.a. (S. EG Bull. 2/83, S. 13).

⁽¹⁶⁵⁾ S. Brian Hindlay, EC Imports of VCRs from Japan: A Costly Precedent, JWIL 20

samtkonsum im folgenden Jahr abgezogen, um die japanische Quote festzulegen ⁽¹⁶⁶⁾. Da aber die Modelle nicht unmittelbar konkurrierend waren, wurden auch die Exportpreise der japanischen VHS und Betamax um 12 - 15 % im Vergleich zu den Exportpreisen in andere Länder erhöht ⁽¹⁶⁷⁾. Es liegt auf der Hand, daß diese Preiserhöhung dazu dienen sollte, das teure und angeblich bessere V2000 Modell für den Verbraucher attraktiver zu machen. Die spätere Entwicklung entsprach aber dieser Vorstellung nicht. Trotz des neuen Preisverhältnisses stiegen die Verkäufe vom V2000 Modell nicht; sie sanken im Gegenteil von 800.000 Einheiten im Jahre 1982 auf 700.000 Einheiten im Jahre 1984. Die V2000 Produktion blieb weiterhin unrentabel und die zusammenarbeitenden Konzerne Phillips und Grundig tendieren mittlerweile zur Einstellung des Modells und zur Herstellung von VKR Komponenten unter Lizenz von Matsushita ⁽¹⁶⁸⁾. Abgesehen vom wirtschaftlichen Mißerfolg dieses SbA und von der Frage nach der Berechtigung der im konkreten Fall verursachten Kosten, zeigt dieses Beispiel wiederum deutlich, daß es auch SbA gibt, die in keinster Weise dem Tatbestand des Art. XIX ähneln. Die Selbstbeschränkung für VKR-Exporte aus Japan war vielmehr ein Versuch, den europäischen Konzernen einen Erziehungseffekt zu gewähren, wie er für junge Industrien propagiert wird. Nun erlaubt Art. XIX wie bereits erwähnt, nicht die Anwendung von mengenmäßigen Beschränkungen zur Errichtung oder zum Ausbau neuer Industriezweige. Diese Funktion erfüllt Art. XVIII, auf den sich allerdings industrialisierte Staaten nicht berufen können. Das Beispiel spricht noch einmal gegen eine pauschale Befürwortung von SbA in Zusammenhang mit Art. XIX.

c) Um diesen Punkt abzuschließen, ist schließlich noch festzustellen, daß viele bekannte SbA eine zusätzliche Voraussetzung des Art. XIX nicht erfüllen. Die Importsteigerung, die den inländischen Er-

⁽¹⁶⁶⁾ Ibidem, S. 172 f.

⁽¹⁶⁷⁾ Ibidem, S. 176.

⁽¹⁶⁸⁾ Ibidem, S. 179.

zeugern einen ernsthaften Schaden zufügt, muß Folge einer unvorhergesehenen Entwicklung sein. Bei vielen wichtigen SbA ist dies äußerst zweifelhaft. Abgesehen vom Agrarbereich, wo nach Art. XI, Abs. 2 Buch. c Handelsbeschränkungen als Instrument des nationalen Dirigismus besonders großzügig gehandhabt werden, herrschen in einigen Branchen schon langjährige und teilweise GATT-widrige Handelsbeschränkungen, die es praktisch unmöglich machen, den Kausalitätszusammenhang zwischen einer eventuellen Importsteigerung und Schwierigkeiten der inländischen Industrie nachzuvollziehen. So fällt es z. B. zwanzig Jahre nach dem ersten SbA für Stahlerzeugnisse zwischen der EG und den USA tatsächlich schwer, festzustellen, auf welche "unvorhergesehene Entwicklung" sich das neueste Abkommen bezieht. Ist es etwa die Lage vor dem Abschluß des SbA von 1968, so daß die späteren als eine Verlängerung des ersten anzusehen sind oder ist es nicht vielmehr die Lage der amerikanischen Industrie am Anfang der 80er Jahre? Kann man aber nach fast zwanzig Jahren sich stets verschlechternder Geschäftslage der amerikanischen Stahlbranche immer noch von einer "unvorhergesehenen Entwicklung" sprechen? Sollte man jedoch die Lage vor dem Abschluß des letzten SbA als maßgeblich betrachten, wo wäre dann die Dringlichkeit des letzten SbA i.S.v. Art. XIX, wenn die angebliche unvorhergesehene Entwicklung schon zwanzig Jahre andauert? Ähnlich könnte man die Frage stellen, ob das erste SbA überhaupt dringlich war, wenn dieselbe Ursache noch nach zwanzig Jahren als Grund von Handelsbeschränkungen angeführt wird. Dasselbe gilt für den stark geschützten Textilbereich, in dem der Protektionismus mittlerweile an das dreißigste Jahr geht.

In Bezug auf die europäisch-japanische Vereinbarung von 1982 über die Begrenzung der japanischen Pkw-Exporte in die Gemeinschaft wurde die Ansicht vertreten ⁽¹⁶⁹⁾, daß eine unvorhergesehene Entwicklung eindeutig vorliege, weil es im Zeitpunkt des japanischen GATT-Beitritts "und der Herabsatzung der Zölle seitens der Mitgliedstaa-

(169) Werner, S. 101.

ten der EWG" nicht vorherzusehen gewesen sei, "daß Japan angesichts der starken Stellung der einheimischen Industrie größere Markterfolge im Bereich des Fahrzeugbaus erzielen werde". Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen. Wie bereits erwähnt, stellt eine allgemeine wirtschaftliche Entwicklung keine qualifizierte unvorhergesehene Entwicklung im Sinne der GATT-Schutzklausel dar. Daß sich das Austauschverhältnis zugunsten des einen oder des anderen Handelspartners verändern kann, ist eine Tatsache, die von den Staaten in Kauf genommen werden muß. Denn zur Dynamik des Welthandels gehört der Drang der Staaten, die komparativen Kostenvorteile auszunützen.

In Fällen, in denen das veränderte Verhältnis zu Zahlungsbilanzschwierigkeiten führt, sieht Art XII GATT die notwendige Ausnahmeregelung vor. Die Behauptung, die Verbesserung der Marktmacht eines Staates sei eine unvorhergesehene Entwicklung i.S.v. Art. XIX impliziert die Annahme, daß die Vertragsparteien von einem erstarrten Konzept des Welthandels ausgegangen seien, in dem dynamische Schwankungen der Handelsströme ausgeschlossen sind. Damit würde man den Vertragsparteien aber eine nach oligopolistischem Muster verzerrte Wunschvorstellung des Welthandels unterstellen, die nichts anderes wäre, als die Negation der durch sie angestrebten Liberalisierung des Handelssystems. Ein derartiger Widerspruch zu den Zielen des GATT kann aber gerade nicht zu dessen Auslegung herangezogen werden. Selbst, wenn man solch eine großzügige Auslegung des Art. XIX akzeptieren würde, wäre dessen Anwendung auf die Handelsbeziehungen gerade zwischen der EG und Japan ausgeschlossen. Die hier kritisierte Meinung geht davon aus, daß die EG-Mitgliedstaaten zur Zeit des japanischen GATT-Beitritts die spätere Bedeutung der japanischen Industrie nicht hätten vorhersehen können. Ein Blick auf den Ablauf der Handelsbeziehungen zwischen den beiden zeigt aber eindeutig das Gegenteil.

Zur Zeit der Unterzeichnung des EWG-Vertrages waren bereits alle ursprünglichen Mitgliedstaaten Vertragsparteien des GATT ⁽¹⁷⁰⁾ . Nach der Unterzeichnung des Friedensvertrages im Jahre 1951 beantragte Japan die Zulassung zu den GATT-Verhandlungen als "Observer". Frankreich, Großbritannien ⁽¹⁷¹⁾ und die Benelux-Länder lehnten den Antrag ab, doch entschied sich die Mehrheit der VERTRAGSPARTEIEN für dessen Annahme. Im Jahre 1955 verabschiedeten die VERTRAGSPARTEIEN einstimmig den rechtskräftigen Beitritt Japans zum GATT ⁽¹⁷²⁾ . Art. XXXV GATT erlaubt es den Vertragsparteien, beim Beitritt eines Staates zu erklären, daß sie in ihren Handelsbeziehungen mit der neuen Vertragspartei das GATT nicht anwenden werden. Wie erwartet machten u. a. Großbritannien und die damals schon EGKS Mitgliedstaaten Belgien, Frankreich, Luxemburg und die Niederlande von dieser Möglichkeit Gebrauch ⁽¹⁷³⁾ . Von den damaligen EG-Mitgliedstaaten beriefen sich lediglich die Bundesrepublik und Italien nicht auf Art. XXXV. Italien diskriminierte trotzdem weiterhin japanische Importe, insbesondere Kraftfahrzeuge ⁽¹⁷⁴⁾ .

Erst 1961 verzichteten die EG-Mitgliedstaaten Belgien, Frankreich, Luxemburg, die Niederlande und Großbritannien auf die Berufung auf Art. XXXV gegenüber Japan. Dies erfolgte jedoch nur, weil alle diese Länder inzwischen bilaterale Handelsverträge mit Japan abgeschlossen hatten, die eine potentiell gegen japanische Exporte diskriminierende Schutzklausel enthielten ⁽¹⁷⁵⁾ . In 1973 traten Großbritannien, Dänemark und Irland der EG bei. Großbritannien behielt sich das Recht vor, die Handelspolitik gegenüber Japan weiterhin nach Maßgabe des Handelsvertrages von 1961 durchzuführen. Dänemark wandte das GATT unbeschränkt auf die Handelsbeziehungen mit Japan an, aber

(170) Belgien, Frankreich, Luxemburg und die Niederlande hatten das Abkommen als Vertragsparteien unterzeichnet. Italien trat dem GATT in 1950 bei, die Bundesrepublik in 1951 (s. GATT Analytical Index, 1970, S. 192 - 193).

(171) Das Vereinigte Königreich, das damals noch kein Mitgliedstaat der EWG war, hatte auch in 1948 das GATT unterzeichnet.

(172) S. das Beitrittsprotokoll in BISD 4th Supp. 1956, S. 7 - 10.

(173) GATT, Analytical Index, 1970, S. 177 - 178.

(174) S. dazu Patterson, S. 286 ff.

(175) M.C.E.J. Bronckers, Selective Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations, S. 115.

Irland hatte sich in 1967 in Folge seines GATT-Beitritts auf Art. XXXV gegen Japan berufen. Infolge der Zuständigkeit der EG für die Handelspolitik gegenüber Drittländern legte Irland diese Problematik der Kommission vor. Diese entschied, daß ein Verzicht auf die Anwendung des Art. XXXV seitens Irlands noch nicht opportun sei; die Frage sollte erst nach den Verhandlungen mit Japan über ein bilaterales Handelsabkommen mit der EG als solcher neu überprüft werden. Die Verhandlungen blieben allerdings erfolglos, v.a. wegen der Weigerung Japans, eine Schutzklausel vorzusehen. Der Rat nahm immerhin in Vertretung Irlands die Berufung auf Art. XXXV im Jahre 1975 zurück ⁽¹⁷⁶⁾. Zu diesem Zeitpunkt zeigten sich deutlich die Unebenheiten in den Handelsbeziehungen der Mitgliedstaaten gegenüber Japan: Während die Bundesrepublik, Irland und Dänemark das GATT anwendeten, behielten sich die Benelux-Länder, Frankreich und Großbritannien die Anwendung diskriminierender Schutzmaßnahmen auf Grund bilateraler Verträge vor. Italien praktizierte auch weiterhin ohne völkerrechtliche Grundlage eine diskriminierende Politik. Diese Situation führte dazu, daß zum Zeitpunkt des SbA über japanische Pkw Exporte von den Ländern mit eigener Automobilindustrie (Großbritannien, Frankreich, Italien und Deutschland) ⁽¹⁷⁷⁾ lediglich die Bundesrepublik eine GATT-konforme Handelspolitik gegenüber Japan führte.

Angesichts dieser Entwicklung erscheint die Auffassung unvertretbar, die verstärkte Marktstellung der japanischen Industrie, die den Anlaß zum Abschluß des SbA von 1982 darstellte, sei eine Entwicklung, die die EG-Mitgliedstaaten zur Zeit des Beitritts Japans zum GATT nicht vorhersehen konnten. Diese Entwicklung war nicht nur aufgrund allgemeiner Erkenntnisse vorherrschbar (schon wegen der niedrigeren Personalkosten und der längeren Arbeitszeit der japanischen Industrie), sondern wurde tatsächlich auch schon damals von

⁽¹⁷⁶⁾ Ibidem, S. 116.

⁽¹⁷⁷⁾ Das später beigetretene Griechenland hat keine eigene Automobilindustrie; Spanien und Portugal ihrerseits waren zur Zeit des SbA mit Japan noch nicht Mitglied der EG.

denjenigen Mitgliedstaaten vorausgesehen, die sich auf Art. XXXV beriefen sowie auch von Italien, das in der Praxis Japan weiterhin diskriminierte. Auf diese Länder (die Bundesrepublik ausgenommen) konzentriert sich die ganze Pkw-Produktion der Gemeinschaft. Ferner ist fraglich, inwieweit man von Importsteigerung infolge von GATT-Verpflichtungen sprechen kann, wenn die Pkw-produzierenden Länder Frankreich, Großbritannien und Italien sich stets die Durchführung einer Handelspolitik gegenüber Japan vorbehielten, die dem GATT eindeutig widerspricht.

2. Zusammenfassung

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß viele wichtige SbA die Voraussetzungen nicht erfüllen, die die Anwendung von Importbeschränkungen nach Art. XIX erlauben. Bei einigen ist kein ernsthafter Schaden der inländischen Erzeuger festzustellen, bei anderen werden Zwecke verfolgt, die von Art. XIX nicht gedeckt sind. In anderen Fällen ist die Importsteigerung nicht auf eine unvorhergesehene Entwicklung bzw. auf GATT-Verpflichtungen zurückzuführen. Hiermit soll, um zum Ausgangspunkt dieser Untersuchung zurückzukommen, aber nicht gesagt werden, daß SbA im allgemeinen und per definitionem die Voraussetzungen des Art. XIX nicht erfüllen. Oder anders gesagt, daß es kein SbA zur Regelung einer Situation geben könne, die eine Berufung auf Art. XIX erlauben würde. Vielmehr ging es darum, darzustellen, daß diese Frage nicht pauschal beantwortet werden kann, und daß stets eine Untersuchung der in concreto gegebenen Umstände erforderlich ist.

C. Artikel XIX und Handelsdiskriminierung

Angenommen aber, daß in einem konkreten Fall sämtliche Voraussetzungen des Art. XIX erfüllt wären, könnte dann ein SbA als Instrument

der Importbeschränkung eingesetzt werden? Rein nach dem Wortlaut des Art. XIX liegt der Schluß nahe, daß dem dann nichts entgegenstünde. Die Rechtslage ist aber nicht so einfach.

Als zwischenstaatlicher Vertrag (oder auch ggfs. als unverbindliche Vereinbarung zwischen Regierungen oder Staatsorganen oder gar als bloße Absprache zwischen Unternehmen) ist ein SbA ein Arrangement, das den Handel mit einer Ware zwischen den beteiligten Ländern betrifft. Auch wenn Drittländer möglicherweise von seinen Auswirkungen betroffen werden, werden dessen Regeln angewandt⁽¹⁷⁸⁾ und sie könnten sich nicht auf sie berufen. Mengenmäßige Beschränkungen oder Mindestpreise auf Grund eines SbA beziehen sich ausschließlich auf Waren des beteiligten Exportstaates und gelten nur für die Ausfuhr in den beteiligten Importstaat. Sie sind insofern selektive Handelsbeschränkungen und wirken dadurch diskriminierend, weil nur die Importe aus einem Land davon betroffen sind. SbA können infolgedessen erst dann als Instrument der Importbeschränkung nach Art. XIX benutzt werden, wenn eine diskriminierende Anwendung dieser Bestimmung möglich ist.

1. Innere Logik und Wortlaut des Art. XIX

Gegen die diskriminierende Anwendung des Art. XIX sprechen aber viele Gründe. Zwar erlaubt diese Bestimmung durch weitere Präzisierung die Aussetzung von "Verpflichtungen" ("obligations"), womit die Vertragsparteien nicht nur Zollzugeständnisse meinten, sondern auch die Verpflichtungen auf Grund des Art. XI u.a.⁽¹⁷⁹⁾, das heißt jedoch nicht, daß auch das Gebot der nicht-diskriminierenden Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen aus Art. XIII darunter fielen. Die Verpflichtungen, die nach Art. XIX u.U. außer Kraft gesetzt werden

(178) Obwohl einige, wie das oben erwähnte US-japanische Abkommen über Semoconductors auch eine Regelung über den Handel mit Drittstaaten enthält.

(179) Vgl. GATT, Analytical Index, 1970, S. 107.

Können, beziehen sich nicht etwa auf eine oder mehrere Vertragsparteien, sondern auf eine gegebene Ware ("...the contracting party shall be free, in respect of such product...to suspend the obligation in whole or in part..."). Eine hinsichtlich einer Ware übernommene Verpflichtung ist etwa ein bestimmtes Zollzugeständnis oder das Gebot der Nicht-Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen nach Art. XI. Solche Verpflichtungen erstrecken sich aber auf Grund der Meistbegünstigungsklausel nach Art. I und der Nicht-Diskriminierung nach Art. XIII auf sämtliche am Handel mit der in Frage kommenden Ware beteiligten Vertragsparteien. Wenn eine Verpflichtung unmittelbar gegenüber allen Vertragsparteien übernommen wird, dann ist es logisch, daß diese Verpflichtungen nur gegenüber allen Vertragsparteien außer Kraft gesetzt werden kann⁽¹⁸⁰⁾. In den Fällen, in denen eine selektive Anwendung von Handelsbeschränkungen nach dem GATT erlaubt ist, wird diese Möglichkeit ausdrücklich erwähnt. So etwa in Art. XI über die Abwehr von Dumping oder in Art. XIV über Zahlungsbilanzschwierigkeiten. Mangels einer ausdrücklichen Ermächtigung dazu muß man die Möglichkeit einer diskriminatorischen Aussetzung der GATT-Verpflichtung verneinen. Art. XIV enthält Ausnahmen des Diskriminierungsverbots nach Art. XIII, allerdings ohne Art. XIX zu erwähnen. Nach einer im Schrifttum vertretenen Auffassung schließt auch diese Tatsache eine diskriminierende Anwendung des Art. XIX nicht aus, da die Aufzählung in Art. XIV nicht abschließend sei und Art. XX und XXI, die dort ebenfalls nicht erwähnt werden, auch Abweichungen vom Diskriminierungsverbot seien.⁽¹⁸¹⁾ Der Vergleich dieser Bestimmungen mit Art. XIX ist aber in diesem Zusammenhang unschlüssig. Art. XX enthält allgemeine Ausnahmen zum GATT als Ganzem (auch wenn z. B. Buch. i) eine Abweichung von der Nicht-Diskriminierung verbieten). Ähnlich betreffen die Ausnah-

(180) Diese Auffassung brachte der britische Delegierte während den Verhandlungen in Havana in 1947 über Art. 40 der Havana Charta: "The general intent of Article 40 was to provide time to rectify possible miscalculations of a concession. Since concessions were negotiated on a non-discriminatory and most-favored-nation basis their withdrawal should also be on that basis" (zit. in Mark Koulen, The non-Discriminatory Interpretation of GATT Article XIX (1), L.I.E.I., 1983/2, S. 92).

(181) Werner, S. 76.

men zur Wahrung der Sicherheit nach Art. XXI sämtliche Verpflichtungen auf Grund des GATT. Diese Ausnahmen gehen insofern über den Anwendungsbereich des Art. XIV hinaus und sind als Einschränkung des Anwendungsbereichs des GATT als solchem anzusehen. Es ist infolgedessen logisch, daß in einer Aufzählung der Ausnahmen zu einem bestimmten Verbot (dem Diskriminierungsverbot) nicht solche Fälle einbezogen werden, die darüber hinaus Ausnahmen von sämtlichen GATT-Verpflichtungen erlauben. Der Vergleich mit Art. XIX ist daher irreführend.

Eine Analyse des Wortlauts des Art. XIX bestätigt ebenfalls dieses Ergebnis. Abs. 1 erlaubt bei Erfüllung der oben geschilderten Voraussetzungen die Aussetzung von GATT-Verpflichtungen in Bezug auf eine Ware. Abs. 3 seinerseits sieht für die durch diese Maßnahmen betroffenen Vertragsparteien die Möglichkeit vor, "die Anwendung im wesentlichen gleichwertiger Zugeständnisse oder sonstige Verpflichtungen aus diesem Abkommen auf den Handel der eine solche Maßnahme anwendenden Vertragspartei...auszusetzen." Der letzte Fall betrifft dann Repressalien gegen die Vertragspartei, die sich auf Art. XIX berufen hat. Der Unterschied im Wortlaut zwischen Art. XIX Abs. 1 und Abs. 3 ist eindeutig: um die inländischen Erzeuger vor einem ernsthaften Schaden infolge der Importsteigerung einer bestimmten Ware zu schützen, steht es einer Vertragspartei frei, "ihre hinsichtlich einer solchen Ware übernommenen Verpflichtungen ganz oder teilweise aufzuheben oder das betreffende Zugeständnis zurückzunehmen oder abzuändern". Werden solche Maßnahmen ergriffen, dann werden die dadurch betroffenen Vertragsparteien ermächtigt, GATT-Verpflichtungen für "den Handel mit der eine solche Maßnahme anwendenden Vertragspartei...auszusetzen". Für Schutzmaßnahmen werden Verpflichtungen hinsichtlich "einer Ware" ausgesetzt: für Repressalien dagegen wird die Anwendung von Verpflichtungen für den Handel mit der eine solche Maßnahme anwendenden Vertragspartei" aufgehoben.

Repressalien sind daher nach Art. XIX Abs. 3 Buch. a immer selektiv und betreffen nur den Handel mit der Vertragspartei, die Schutzmaßnahmen ergreift. Da nun Art. XIX Abs. 1 eine selektive Anwendung der Schutzmaßnahmen nicht vorsieht, ist demzufolge anzunehmen, daß diese, im Gegensatz zu den Repressalien nach Art. XIX Abs. 3 Buch. a den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung nach Art XIII (wenn es um Importbeschränkungen geht) oder die Meistbegünstigungsklausel nach Art. I (bei Rücknahme von Zollzugeständnissen) zu beachten haben.

Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung sei es dagegen nicht einzusehen, warum Maßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 keinen diskriminierenden Charakter besitzen dürfen, wenn dies für Gegenmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 3 Buch. a der Fall ist⁽¹⁸²⁾. Der Grund für diesen Unterschied liegt aber einfach im bestrafenden Charakter der Gegenmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 3 Buch. a, denn sie sind Repressalien seitens der betroffenen Vertragsparteien⁽¹⁸³⁾. Es wäre nicht einzusehen, daß Gegenmaßnahmen erga omnes ergriffen werden müßten, da damit andere Vertragsparteien betroffen wurden, die mit dem ursprünglichen Streit nichts zu tun haben.⁽¹⁸⁴⁾

Ein solcher Unterschied im Wortlaut ist übrigens auch zwischen Art. XIX Abs. 3 Buch a und Art. XIX Abs. 3 Buch. b festzustellen. Nach dem Abs. 2 des Art. XIX hat die Vertragspartei, die Schutzmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 ergreifen will, den VERTRAGSPARTEIEN dies sobald als möglich im voraus schriftlich mitzuteilen und die muß den VERTRAGSPARTEIEN und den Vertragsparteien, die als "Ausfuhrländer der betreffenden Ware ein wesentliches Interesse haben", Gelegenheit geben, mit ihr Konsultationen über die beabsichtigten Maßnahmen zu führen. Wenn aber die interessierten Vertragsparteien hinsichtlich

(182) Ibidem, S. 73.

(183) Richtig hierzu, Dam, S. 104 f.

(184) Ein Beispiel soll diese Situation erläutern. Angenommen, im Falle der oben erwähnten Importbeschränkungen der EG für Äpfel aus Chile hätte die Gemeinschaft anstatt bilaterale SBA abzuschließen, nicht-diskriminierende Einfuhrbeschränkungen nach Art. XIX angewandt. Wäre es dann verhältnismäßig und gerecht gewesen, daß Chile z. B. als Gegenmaßnahme die Einfuhr von Kraftfahrzeugen gleich welcher Herkunft verbietet, und damit nicht nur die EG, sondern auch andere Automobilexporteure wie die USA, Japan, Brasilien oder Mexico betrifft?

dieser Maßnahmen nicht zu einem Einvernehmen gelangen, dann kann die Vertragspartei, die sich auf Art. XIX Abs. 1 beruft, die beabsichtigten Maßnahmen ergreifen. In diesem Fall steht es den betroffenen Vertragsparteien frei, Gegenmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 einzuführen. Wenn aber Maßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 ohne vorhergehende Konsultationen ergriffen werden, und diese Maßnahmen den inländischen Erzeugern der dadurch betroffenen Ware im Gebiet einer anderen Vertragspartei einen ernsthaften Schaden verursacht oder zu verursachen droht, dann kann die letztere Vertragspartei, "gleichzeitig mit der Einleitung dieser Maßnahmen und während der Dauer der Konsultationen Zugeständnisse oder sonstige Verpflichtungen" aussetzen.

Damit stellt sich dieselbe Frage, wie zur Auslegung des Abs. 1 in Verbindung mit dem Abs. 3 Buch. a des Art. XIX: wenn die Tatsache, daß nach Abs. 3 Buch. b nicht der gesamte Handel mit einer Vertragspartei, sondern lediglich Zugeständnisse oder sonstige Verpflichtungen ausgesetzt werden können, bedeutet, daß Repressalien in diesem Fall im Gegensatz zum Abs. 3 Buch. a nicht den Grundsatz der Nicht-Diskriminierung zu beachten haben, dann wäre dies auch nicht der Fall im Abs. 1. Darum verneinen die Autoren, die eine nicht-diskriminierende Anwendung von Art. XIX Abs. 1 ablehnen, dies auch bezüglich der nicht-diskriminatorischen Anwendung der Gegenmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 3 Buch. c und verlangen die Gleichstellung von den Repressalien nach Art. XIX Abs. 3 Buch. a und b.⁽¹⁸⁵⁾

Dieser Auffassung ist aber nicht zu folgen. Sicherlich gebietet der bestrafende Charakter der Gegenmaßnahmen eine beschränkte Anwendung nur gegenüber derjenigen Vertragspartei, die Schutzmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 erlassen hat. Aber gerade weil sie diskriminierend sind und als solche eine Ausnahme vom Verbot des Art. XIII darstellen, unterliegen die Repressalien der Kontrolle der VERTRAGSPARTEIEN und haben den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten.

(185) So Werner, S. 73 f.

Ar. XIX Abs. 3 Buch. a erlaubt diese selektiven Gegenmaßnahmen daher in Form der Nicht-Anwendung "im wesentlichen gleichwertiger Zugeständnisse oder sonstiger Verpflichtungen". Da im Falle des Abs. 3 Buch. a die VERTRAGSPARTEIEN bereits mit der Sache befaßt sind, ist es ihnen möglich, die Verhältnismäßigkeit der Gegenmaßnahmen und die Angemessenheit der Nicht-Anwendung des Diskriminierungsverbots zu überprüfen. Anders ist aber der Fall nach Abs. 3 Buch. b, denn hier wurden Schutzmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 bereits erlassen, die den inländischen Erzeugern der betreffenden Ware im Gebiet einer anderen Vertragspartei einen ernsthaften Schaden zufügen oder zuzufügen drohen. Um den Schaden zu vermeiden, ergreift die betroffene Vertragspartei Gegenmaßnahmen und kann u. U. nicht auf das Ergebnis der noch durchzuführenden Konsultationen warten. Sie hat auch in diesem Fall die Möglichkeit zu Repressalien, aber da die VERTRAGSPARTEIEN nicht die Gelegenheit haben, das Ausmaß und die Verhältnismäßigkeit der Gegenmaßnahmen zu überprüfen, ist die Beachtung des Diskriminierungsverbots geboten ⁽¹⁸⁶⁾. Ohne eine solche Einschränkung wäre die Gefahr zu groß, daß die VERTRAGSPARTEIEN in Eilsituationen die Kontrolle über die Ereignisse verlieren und daß eine Vertragspartei, die nicht-diskriminierende Maßnahmen nach Art. XIX Abs. 1 ergreift, durch übermäßig strenge Repressalien einen noch schwerwiegenden Schaden erleidet als derjenige, zu dessen Abwehr die Schutzmaßnahmen erlassen wurden.

Der Wortlaut und die innere Logik des Art. XIX zeigen daher deutlich, daß Schutzmaßnahmen nach Abs. 1 (sowie Repressalien nach Abs. 3 Buch. b) im Gegensatz zu Gegenmaßnahmen nach Abs. 3, Buch. a dem Diskriminierungsverbot nach Art. XIII unterliegen.

Die Entstehungsgeschichte und die spätere Praxis des GATT bestätigen ebenfalls dieses Ergebnis.

(186) Vgl. Dam, S. 105.

2. Historische Auslegung

Gleich nach dem Abschluß der Verhandlungen zur Havana Charta erklärten die VERTRAGSPARTEIEN die Absicht, nach deren Inkrafttreten Art. I und Teil II des GATT aufzuheben und durch die entsprechenden Bestimmungen der Charta zu ersetzen; die übrigen GATT-Bestimmungen sollten als Teil IV in die Havana Charta einbezogen werden. Die VERTRAGSPARTEIEN gingen dann davon aus, daß nach Inkrafttreten der Charta die GATT-Schutzklausel als solche nicht mehr bestehen werde und die entsprechende Bestimmung der Charta anzuwenden sei. Für die Zwischenzeit entschieden die VERTRAGSPARTEIEN während der zweiten Sitzung in Genf 1948, daß in Fällen, in denen die GATT-Bestimmungen im wesentlichen den Vorschriften der Charta entsprechen, die für die letztere während der Havana Konferenz gefundene Auslegung auch für die Anwendung des GATT heranzuziehen sei. ⁽¹⁸⁷⁾

Daß die Havana-Charta nicht vom US-Senat ratifiziert wurde und deswegen nicht in Kraft trat, vermindert aber keineswegs ihre Bedeutung für die Auslegung des GATT. So betonten die VERTRAGSPARTEIEN:

" In view of their authoritative status, extracts from the Reports of the Havana Conference have been used extensively for interpretative material where the text of the General Agreement is substantially the same as that of the Charter provisions" ⁽¹⁸⁸⁾

(187) "...since the text of Article 33 paragraph 1 of the Charter tallied with that of Article V, paragraph 1, of the General Agreement, and the CONTRACTING PARTIES, who all signed the Final Act of the Conference of Havana, could not interpret these provisions in any way other than that laid down in the note ad Article 33 of the Charter" (BISD 2nd. Supp. 1952, S. 44). Mit dieser Begründung hielt die Arbeitsgruppe einen Vorschlag Pakistans für überflüssig, dem Art. V die authentische Interpretation zur entsprechenden Bestimmung der Havana Charta ausdrücklich hinzuzufügen.

(188) GATT, Analytical Index, 1970, S. VI. Werner (S. 79) weist zutreffend darauf hin, daß diese von den VERTRAGSPARTEIEN herausgegebenen "Notes on the drafting, interpretation and application of the Articles of the General Agreement" durch zahlreiche Hinweise auf die Havana Charta ihre Auffassung unterstrichen, die Charta sei immer noch als Auslegungsmittel des GATT anzuwenden.

Zur Auslegung des Art. XIX GATT kann nach wie vor die Havana Charta herangezogen werden. Die entsprechende Bestimmung in der Charta war ursprünglich die geänderte Fassung des Art. 29 des Entwurfes der Charta. Im Frühling 1974 während der Sitzung des "Preparatory Committee" in Genf wurde diese Bestimmung abgeändert und als Art. 40 diskriminierenden Charakter besitzen dürfen. Nach hauptsächlich zwischen der britischen und der tschechischen Delegationen geführten Diskussionen wurde eine authentische Interpretation zu Art. 40 verabschiedet und in die Havana Charta inkorporiert. Der Text lautet:

" It is understood, that any suspension, withdrawal or modification under paragraphs 1 (a), 1 (b) and 3 (b) must not discriminate against imports from any Member and that such action should avoid, to the fullest extent possible, injury to other supplying Member countries" ⁽¹⁸⁹⁾

Diese authentische Interpretation steht im Einklang mit der oben ausgeführten Auslegung des Wortlauts des Art. XIX GATT, der eine diskriminatorische Anwendung der Aussetzung von Verpflichtungen nur bei Repressalien nach Abs. 3 Buch. a erlaubt. Eine Ablehnung dieser authentischen Interpretation als Auslegungsmittel zu Art. XIX wäre nur dann geboten, wenn die Vertragsparteien sich bei der späteren Anwendung des GATT explizit in diesem Sinne geäußert hätten, oder durch ihr Verhalten ausreichende Hinweise für die entgegengesetzte Interpretation gegeben hätten. Die Untersuchung dieser Frage zeigt aber deutlich, daß an der ursprünglichen Auslegung festgehalten wird.

(189) GATT, Analytical Index, 1970, S. 108. Es wurde die Ansicht vertreten, diese authentische Interpretation könne nicht benutzt werden, weil sie nach der Unterzeichnung des GATT verabschiedet wurde (so Bronckers, The Non-Discriminatory Application of GATT Article XIX: Tradition or Fiction? L.I.E.I., 1981/2, S. 41). Man kann aber in diesem Zusammenhang nicht von Rückwirkung sprechen. Die vorbereitenden Arbeiten zeigen nämlich, daß die Vertragsparteien bei den Verhandlungen zur Havana Charta von der Nicht-Diskriminierung ausgingen, so daß eine ausdrückliche Erklärung in diesem Sinne nicht notwendig schien. Erst auf der Hauptkonferenz in Havana wurde dies in Frage gestellt (s. dazu Koulen, S. 91 f.).

Das Problem der "Marktverzerrungen" ("market disruption") durch erhöhte Importe zu niedrigen Preisen stand während den Verhandlungen über den Beitritt Japans zur Diskussion. Einige Vertragsparteien zeigten sich nicht bereit, dem Beitritt ohne die Möglichkeit der Diskriminierung japanischer Exporte zuzustimmen. Im "Ad Hoc Committee on Agenda and International Business" brachten einige Vertragsparteien zum Ausdruck, Art. XIX würde ihnen gerade wegen des Gebotes der Nicht-Diskriminierung keinen ausreichenden Schutz gegenüber Japan gewähren, und schlugen eine Änderung der Vorschrift vor, um diese Möglichkeit einzuschließen. Der Vorschlag wurde von anderen Mitgliedern des "Ad Hoc Committee" aber abgelehnt. Diese vertraten die Auffassung, für einen solchen Fall komme Art. XXIII über den Schutz von Zugeständnissen und sonstigen Vorteilen in Frage, weil dort diskriminierende Retorsionsmaßnahmen ausdrücklich vorgesehen seien. Sie schlugen den VERTRAGSPARTEIEN vor, eine Erklärung anzunehmen, die u.a. vorsehen sollte, daß eine Situation, in der bestimmte Waren von einer Vertragspartei in derart erhöhten Mengen und unter derartigen Bedingungen in das Gebiet einer anderen Vertragspartei eingeführt werden, daß dadurch die Marktverhältnisse erheblich verzerrt werden, als eine Situation anzusehen sei, die die Erreichung der Ziele des Abkommens beeinträchtigen könne. Eine solche Situation sollte ferner die Rücknahme von Zollzugeständnissen bzw. die Anwendung anderer für angemessen gehaltene Maßnahmen i.S.v. Art. XXIII ermöglichen. Der "Report of the Ad Hoc Committee" wurde aber von den VERTRAGSPARTEIEN nicht angenommen, und viele Länder griffen dann anschließend zu Art. XXV, um das GATT in ihren Handelsbeziehungen mit Japan nicht anzuwenden.

Man kann daraus den Schluß ziehen, daß obwohl die Vertragsparteien die Gelegenheit hatten, eine diskriminierende Anwendung von Schutzmaßnahmen zu saktionieren, sie es nicht taten und so die frühere

authentische Interpretation zum Art. XIX bestätigten ⁽¹⁹⁰⁾. Ohne auf Einzelheiten einzugehen läßt sich feststellen, daß seit den 60er Jahren und bis zu den Verhandlungen der Tokyo Runde den VERTRAGSPARTEIEN verschiedene Vorschläge für eine Reform der Schutzklausel zur Verhütung von Marktverzerrungen vorgelegt wurden, ohne daß sich eine konkrete Abweichung vom Nicht-Diskriminierungs-Gebot ergeben hätte. Vorschläge zur Einführung von selektiven Schutzmaßnahmen unter Art. XIX wurden auch während der Tokyo Runde gemacht, jedoch ohne von den VERTRAGSPARTEIEN angenommen zu werden. Ohne eine ausdrückliche Ergänzung des Art. XIX zu einer diskriminatorischen Auslegung haben die Diskussionen keine Änderung der Rechtslage bewirkt ⁽¹⁹¹⁾. Interessant in diesem Zusammenhang ist nun, daß die USA im Juni 1976 ein SBA über Stahlexporte aus Japan als Schutzmaßnahme gemäß Art. XIX Abs. 1 dem GATT anmeldeten und daß die EG und Norwegen diskriminatorische Maßnahmen unter Art. XIX ergriffen. Lediglich letzterer Fall ist zum Streitbeilegungsverfahren gekommen. Im amerikanischen Fall war trotz der Form der Maßnahme keine tatsächliche Diskriminierung festzustellen, denn die Aufteilung von Quoten zwischen den Lieferanten war auf eine frühere Vergleichsperiode bezogen und hatte die übrigen Voraussetzungen des Art. XIII Abs. 2 Buch. d beachtet. Die Wahl eines SBA als Instrument der Importbeschränkung zum Zweck des Art. XIX bedeutet nicht ipso facto, daß tatsächlich diskriminiert wird. Dies hängt von der Gestalt des Abkommens ab: wenn Art. XIII angewandt wird, dann ist das SBA natürlich nicht diskriminierend ⁽¹⁹²⁾. Im Fall der norwegischen Importbeschränkungen wurde aber ein "Panel" mit der Sache befaßt und hatte damit Gelegenheit, sich über die nicht-diskriminatorische Anwendung von Art. XIX zu äußern.

(190) Koulen, S. 97; Bronckers (Application of Article XIX GATT, S. 43) kehrt die Prämissen des Arguments um und kommt zu dem Schluß, angesichts dieser Entwicklung sei festzustellen, die VERTRAGSPARTEIEN hätten die nicht-diskriminatorische Auslegung von Art. XIX nicht endosiert.

(191) Hierfür gilt mutatis mutandis die oben aufgeführte Argumentation über eine angelegliche stillschweigende Änderung des Art. X (s. Kap. II, § 1, C). Zudem ist noch festzuhalten, daß eine Änderung bzw. Auslegung des Art. XIX durch spätere Praxis zwecks Einführung einer Diskriminierung es vorausgesetzt hätte, daß diskriminierende Beschränkungen in Form von SBA dem GATT nach Art. XIX angemeldet worden wären, was nicht der Fall ist. Einfache Diskussionen bewirken keine Änderung der Rechtslage. Unzutreffend daher, Werner, S. 83.

(192) Koulen, S. 106.

Norwegen hatte ab 1. 1. 1978 Importbeschränkungen für bestimmte Textilerzeugnisse angewandt, mit Ausnahmen von Textilien mit Herkunft aus EG- und EFTA-Ländern. In den ersten Monaten gelang es der norwegischen Regierung, mit sechs Entwicklungsländern auf den 1. Januar rückwirkende SBA abzuschließen. Wegen der Ablehnung Hongkongs, die Exporte nach Norwegen zu beschränken, wurden für Importe aus diesem Land einseitige Importbeschränkungen angewandt, die Norwegen dem GATT mitteilte. Spätere Verhandlungen zwischen den beiden Ländern blieben erfolglos, v.a. weil Hongkong geltend machte, indem Norwegen SBA mit sechs Lieferanten abgeschlossen hatte, de facto auf Länder aufgeteilte Kontingente i.S.v. Art. XIII. Ohne Importe aus Hongkong zu berücksichtigen, war das Kontingentsystem mit dieser GATT-Bestimmung unvereinbar. Dem "Panel Report" ist zu entnehmen, daß Schutzmaßnahmen nach Art. XIX zugleich die Voraussetzungen des Art. XIII erfüllen müssen ⁽¹⁹³⁾ :

" Since Hong Kong has a substantial interest in supplying eight of the nine product categories in question to the Norwegian market, it had the right to expect the allocation of a share of the quotas in accordance with Article XIII (2) (d). The Panel was of the view that to the extent that Norway had acted with effect to allocate import quotas for these products to six countries but had failed to allocate a share to Hong Kong its Article XIX action was not consistent with Article XIII" ⁽¹⁹⁴⁾

Dieser "Panel Report" wurde später durch den Rat der VERTRAGSPARTEIEN angenommen und durch die letzteren während der Sitzung von 1980 gebilligt. Der Fall der norwegischen Schutzmaßnahmen ist ein eindeutiger Beweis für das Festhalten der VERTRAGSPARTEIEN an der nicht-diskriminatorischen Auslegung des Art. XIX, wie es schon bei der Ausarbeitung der Havana Charta der Fall war.

⁽¹⁹³⁾ BISSD, 27th Supp. (1981), S. 125 ff.

⁽¹⁹⁴⁾ Ibidem.

Die Tatsache ferner, daß Maßnahmen nach Art. XIX im Laufe der Zeit eventuell die wettbewerbsfähigsten Lieferanten stärker belastet hätten ⁽¹⁹⁵⁾, heißt nicht, daß die Diskriminierung sozusagen "zur Natur der Sache" gehören würde. Diese Form der "ungerechten Behandlung" könnte, sofern sie tatsächlich feststellbar ist, nur dann als Diskriminierung i.S.v. GATT verstanden werden, wenn deutlich würde, daß unter Verstoß gegen Art.XI Kontingente aufgeteilt wurden ⁽¹⁹⁶⁾. Wenn es infolge von Schutzmaßnahmen nach Art. XIX u. U. zu einer "ungerechten Behandlung" kommen könnte, läßt sich daraus nicht auf eine diskriminierende Absicht der Vertragsparteien zurückschließen, die damit nahegelegt hätten, daß sie von einer diskriminatorischen Anwendung des Art. XIX ausgingen. Vielmehr ist das ein Hinweis auf "the inherent ambiguity of the principle of non-discrimination" ⁽¹⁹⁷⁾, der ein Aufgeben des Prinzips als Ganzes nicht rechtfertigt. Art. XIII ist die von den Vertragsparteien gewählte Form, um Diskriminierungen bei der Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen zu vermeiden. Wenn diese sich dadurch aber u. U. nicht vermeiden lassen, dann wäre möglicherweise rechtspolitisch eine Reform des bestehenden Systems geboten. Rechtlich gesehen kann das aber nicht bedeuten, daß die Vertragsparteien eine selektive Anwendung des Art. XIX akzeptiert hätten.

3. Zweck der Schutzklausel

Zuletzt lassen sich selektive Handelsbeschränkungen nach Art. XIX auch nicht mit dem Argument rechtfertigen, sie seien weniger schädlich für den Welthandel als erga omnes wirkende Kontingente ⁽¹⁹⁸⁾. Außer der Tatsache, daß selektive Handelsbeschränkungen gerade gegen-

(195) Das Argument ist von Bronckers (Application of GATT Article XIX, S. 43 - 47).

(196) Koulen, S. 103.

(197) E.U. Petersmann, Economic, Legal and Political Functions of the Principle of Non-Discrimination, S. 116.

(198) Dahingehend argumentiert z. B. Werner, S. 86 ff.

Über besonders wirtschaftlich arbeitenden Produzenten ergriffen werden ⁽¹⁹⁹⁾, daß sie ferner die Ausnutzung der komparativen Kostenvorteile geradezu unmöglich machen, und dadurch den Sinn des Welthandels auf den Kopf stellen, sind selektive Handelsbeschränkungen, wie es auch die Praxis bestätigt, die Ursache für eine stärkere Beeinträchtigung des Welthandels als nicht-diskriminatorische Maßnahmen. Wie bereits dargelegt ⁽²⁰⁰⁾, beschränken sich die Auswirkungen einer selektiven Maßnahme nicht etwa nur auf die beteiligten Parteien, sondern führen zu "transshipment" Situationen, Exportablenkungen auf Märkte von Drittländern oder verstärkte Exporte von Drittländern in das geschützte Land. Sie lösen daher zumeist eine Welle anderer bilateraler Wettbewerbsbeschränkungen mit allen leistungsfähigen Lieferanten aus, und führen zur Kartellierung der Weltmärkte. Die Erfahrungen mit selektiven protektionistischen Maßnahmen seit mehr als zwanzig Jahren in der Textil- und Stahlbranche ist ein trauriges Beispiel hierfür. Wenn dagegen alle Lieferanten von einer nicht-diskriminierenden Maßnahme betroffen werden, haben sie auch ein starkes Interesse an der raschen Beseitigung einer solchen Beschränkung. Die Folge ist, daß der Zwang zur Anpassung an der richtigen Stelle ausgeübt wird, nämlich auf das Land, das die Schutzmaßnahmen einführt und auf den geschützten Industriezweig. Die Anwendung von Art. XIX stellt in diesem Zusammenhang keine Bestrafung der wettbewerbsfähigen Exporteure dar, sondern das Eingeständnis, daß die geschützte Branche nicht mehr wettbewerbsfähig ist. Darum empfahl die auf die Einladung des GATT-Generalsekretärs aus sieben Persönlichkeiten zusammengesetzte Expertengruppe, notwendige Schutzmaßnahmen für bestimmte Industriezweige nur in Übereinstimmung mit den GATT-Regeln zu gestatten, wobei "kein Unterschied zwischen den verschiedenen Anbietern gemacht werden darf" ⁽²⁰¹⁾. Da sie noch stärker als erga omnes Handelsbeschränkungen den Welthandel beeinträchtigen, sind selektive Schutzmaßnahmen bei teleologischer Auslegung mit dem durch das GATT angestrebte Ziel der Liberalisierung des Welthandels unvereinbar.

(199) Das Argument Werners (S. 85), es handle sich nicht um wirtschaftlich bessere Leistung, sondern um die auf niedrige Lohn- und Sozialkosten zurückzuführenden "Unvergleichbarkeit der Arbeitsbedingungen" ließ schon protektionistische Maßnahmen gegen Japan nicht erklären.

(200) S. oben Kap. I.

(201) S. GATT, Welthandels-
Genf, 1985, S. 49.

4. Zusammenfassung

Selbstbeschränkungsabkommen sind demzufolge wegen ihres diskriminierenden Charakters kein zulässiges Instrument zur Importbeschränkung nach Art. XIX⁽²⁰²⁾. Diese Beurteilung wird nicht dadurch geändert, daß der Exportstaat auf seinen eigenen Schutz nach Art. XIX verzichtet⁽²⁰³⁾, denn die Schutzklausel ist wie Art. I, XI oder XIII keine dispositive Norm, die von einigen Vertragsparteien im Einzelfall außer Kraft gesetzt werden könnte. Die einzige Möglichkeit einer nach Art. XIX mit den GATT-konformen Anwendungen von SbA wäre ein den Art. XIII beachtendes System von Kontingenten, die zwischen sämtliche Lieferanten aufgeteilt werden, wie für den Fall der in Art. XI Abs. 2 Buch. c zugelassenen Ausnahmen ist. Eine solche Möglichkeit ist ebenfalls dem "Panel Report" zum Fall der norwegischen Einfuhrbeschränkungen für Textilien aus Hongkong zu entnehmen.

§ 3 - Grenzen zur Anwendbarkeit des GATT

A. Problemstellung

Wie bereits geschildert, sind SbA bilaterale Vereinbarungen zur mengenmäßigen bzw. preislichen Beschränkung der Ausfuhr einer bestimmten Ware in das Gebiet eines der beteiligten Länder. Sie sind insofern in der einen wie der anderen Form ein Verstoß gegen das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen nach Art. XI Abs. 1 und dürfen wegen ihres diskriminierenden Charakters auch nicht als Instrument zur Importbeschränkung nach Art. XIX angewendet werden.

(202) Das ist wohl die herrschende Meinung: Lochmann, S. 120; Hindlay Voluntary Export Restraints, S. 326 ff.; Petersmann, Grey Area S. 31; Wong, S. 304 ff.; Tatsuta, S. 345; Bernier, S. 79 f.; Zimmer, S. 299.

(203) So Quick, S. 260.

Sollte ein SBA zu Marktstörungen in Drittländern führen, dann können diese ein berechtigtes Interesse an der Aufhebung der GATT-widrigen Vereinbarung ⁽²⁰⁴⁾ haben und versuchen, diese mittels eines Streitbelegungsverfahrens im Rahmen des GATT durchzusetzen. ⁽²⁰⁵⁾

Es gehört zwar nicht in den Zuständigkeitsbereich der VERTRAGSPARTEIEN, über die Rechtmäßigkeit eines bilateralen völkerrechtlichen Vertrags nach Maßgabe des GATT zu entscheiden. Das bedeutet aber – wie bereits erörtert – nicht, daß die Konformität von Maßnahmen auf Grund eines zwischenstaatlichen Vertrags nicht überprüft werden könnte. Ganz im Gegenteil haben die VERTRAGSPARTEIEN schon den Standpunkt geäußert, daß es zu ihrer Zuständigkeit gehört, festzustellen, wann eine "action under such a bilateral agreement would or

(204) John Jackson u. William Davey, Legal Problems of International Economic Relations, 2. Aufl. S. 614 f.

(205) Eine frühere Beschwerde der EG nach Art. XXIII gegen die USA, die diese Frage hätte klären können, wurde nach dem Abschluß eines SBA zwischen beiden Parteien zurückgezogen (E.U. Petersmann, International and European Foreign Trade Law: GATT Dispute Settlement Proceedings against the EEC, CMIR 22 (1985), S. 475 f.). Die Annahme des Panel-Berichts über den japanisch-amerikanischen Vertrag über den Handel mit Halbleitern durch den Rat der VERTRAGSPARTEIEN am 4. Mai 1988 könnte als Präzedenzfall den ersten Schritt zur Wiederherstellung der Autorität des GATT darstellen (s. FOCUS, GATT Newsletter 55, Juni/Juli 1988. S. 1). Anlaß zum Abschluß des Vertrages waren verschiedene Antidumpingbeschwerden der amerikanischen PC-Industrie gegen ihre japanischen Konkurrenten. Neben allgemeinen Absichtserklärungen der japanischen Regierung zur Öffnung des japanischen Marktes für die ausländische Konkurrenz und den Bestimmungen zur Einstellung der Antidumpingsverfahren verpflichtete sich die japanische Regierung zur Überwachung der Exportpreise von Halbleitern. Der japanische Minister für Außenhandel und Industrie sollte demnach die "geeigneten" Maßnahmen treffen, um zu verhindern, daß Halbleiter für "prices less than fair value" exportiert werden, und zwar nicht nur in Bezug auf Exporte in die USA, sondern auch in alle anderen Abnehmerländer (David Hirsch, International Trade - Arrangement Between the Government of Japan and the Government of the United States of America Concerning Trade in Semiconductor Products, Harv. Int. L.J., 28 (1987), S. 178 f.). Das Panel sah an diesem Preisüberwachungssystem einen Verstoß gegen Art. XI Abs. 1. Auch wenn dieser Vertrag nicht im vollen Umfang mit den üblichen SBA vergleichbar ist, weil hier eine ausdrückliche Bestimmung über den Handel mit Drittländern vereinbart wurde, zeigt ihre Verurteilung im Rahmen des GATT die engen Grenzen auf, die für bilaterale Verträge in der heutigen Welthandelsordnung gelten.

would not conflict with the provisions of the General Agreement".⁽²⁰⁶⁾ Eine Überprüfung eines zwischenstaatlichen SbA anhand des GATT ist daher durchaus möglich. Daß die beteiligten Staaten daran nicht interessiert sind, liegt auf der Hand. Der Importstaat erreicht durch das Abkommen den gewünschten Schutz der inländischen Industrie, ohne die landesinterne Verantwortung dafür zu übernehmen und ohne Gegenmaßnahmen des Exportstaates befürchten zu müssen, denn die Exporteure erhalten dank der Abschöpfung der Kontingentsrechte eine finanzielle Kompensation und können infolgedessen verstärkt in Drittländer exportieren. Auch wenn diese "Schweigestrategie" auf Dauer eine Erosion des GATT Systems bewirken kann⁽²⁰⁷⁾, bedeutet das nicht, daß die Rechtslage dadurch geändert wird. Drittstaaten, die unter den Auswirkungen eines SbA zu leiden haben, haben immer die Möglichkeit, sich im Rahmen des GATT dagegen zu wehren. Es ist in diesem Zusammenhang bezeichnend, daß Vertragsparteien (im weiteren Sinne), die selbst häufig zu SbA zur Steuerung ihres Außenhandels greifen, u. U. solche Vereinbarungen zwischen Drittstaaten anfechten und geltend machen, sie seien eine unzulässige Einschränkung des Warenverkehrs und mit Art. XI unvereinbar. So beantragte z. B. die EG die Einberufung eines "Panel" zur Überprüfung des japanisch-amerikanischen Vertrags über den Handel mit Halbleitern, den sie für einen Verstoß gegen Art. XI hielt.⁽²⁰⁸⁾ Damit ließ sie erkennen, wie wenig sie von der GATT-Konformität der zahlreichen SbA der Gemeinschaft überzeugt ist. Solche Faktoren bedeuten natürlich einen gewissen Mangel in der Durchsetzbarkeit des GATT, sie berühren aber die Rechtslage nicht. Damit wird aber nicht die eigentliche Problematik der SbA gelöst. Die Schwierigkeiten tauchen nämlich in Fällen auf, in denen sich eine klare Feststellung der Rolle der beteiligten Staaten nicht unmittelbar aus dem Abkommen selbst ergibt. Für die Anwendung des GATT kommt es nicht auf die Form, sondern auf die tatsächlichen Wirkungen einer handelspolitischen

(206) GATT, Analytical Index, 1970, S. 74.

(207) S. Quick, S. 277 ff.

(208) S. FN 206.

Maßnahmen an. Es ist insofern gleichgültig, ob eine Exportselbstbeschränkung durch einen förmlichen völkerrechtlichen Vertrag ⁽²⁰⁹⁾ oder durch einen Briefwechsel des Botschafters des Exportstaates mit einem Ministerium im Importstaat ⁽²¹⁰⁾ oder etwa durch eine einseitige Erklärung des zuständigen Ministers im Ausfuhrland ⁽²¹¹⁾ ausgedrückt wird. Aber wie sind nach dem GATT solche Fälle zu beurteilen, in denen die Grenzen zwischen staatlichen und privaten Handelsbeschränkungen fließend sind? Anders gesagt, findet das GATT nur in den Fällen Anwendung, in denen die Handelsbeschränkung eindeutig und zweifelsfrei auf einen hoheitlichen Akt zurückzuführen ist oder erfaßt das GATT auch von Staaten bloß "erwünschten" oder "gebilligten" Handelsschranken oder gar auch rein privatrechtliche Wettbewerbsbeschränkungen?

Berücksichtigt man die große Interdependenz zwischen Staat und Wirtschaft infolge derer man oft Unternehmens- von Regierungshandeln kaum unterscheiden kann, sowie die Tatsache, daß etwa ein Drittel des Welthandels über multi-nationale Konzerne betrieben wird ⁽²¹²⁾, dann ist die Bedeutung dieser Frage nicht zu bestreiten.

Die Havana Charta enthielt Bestimmungen über Wettbewerbsbeschränkungen im Außenhandel ("restrictive business practices") und umfaßte die Möglichkeit einer Beschwerde der dadurch betroffenen Privatpersonen bei der Internationalen Handelsorganisation ⁽²¹³⁾. Durch ihr Inkrafttreten hätte die Charta die in ihren Text aufzunehmenden GATT-Bestimmungen mit der Regelung bezüglich privater Wettbewerbsbeschränkungen ergänzt. Da sie aber nicht ratifiziert wurde, blieben diese Regeln Gegenstand der Rechtsgeschichte. Außer den Bestimmungen über Dumping (Art. VI) bezieht sich das GATT in keiner Stelle eindeutig auf handelsbeschränkende Maßnahmen von Seiten Privater. Dies begründet die im Schrifttum häufig vertretene Ansicht, das GATT sei

(209) Vgl. FN 20, 38.

(210) Vgl. FN 39.

(211) Vgl. FN 28.

(212) Petersmann, RabelsZ 47 (1983), S. 497.

(213) Earl W. Kintner, Mark R. Joelson und Peter J. Vaghi, Groping for a Truly International Antitrust Law, Va. J. Int. L., 14 (1973) S. 86 ff.

auf solche Wettbewerbsbeschränkungen unanwendbar. (214)

Es scheint jedoch, daß diese Problematik noch nicht ausreichend diskutiert wurde. Es ist zwar klar, daß das GATT ein völkerrechtliches Abkommen darstellt, und daß Privatpersonen keine Völkerrechtssubjekte sind sowie die daraus resultierende Folge, daß Staaten prinzipiell nicht für das Handeln Privater haften⁽²¹⁵⁾. Kann man aber, was das GATT anbetrifft, unbedenklich von solchen Prämissen ausgehen, wenn es sich hier nicht um "Haftung" im eigentlichen Sinne handelt? Könnte nicht die Verpflichtung zu einer GATT-konformen Handelspolitik zugleich die Pflicht der Vertragsparteien begründen, Maßnahmen Privater in ihren Hoheitsgebieten zu unterbinden, die den Zielen des GATT zuwiderlaufen? Ist es überhaupt einzusehen, daß Vertragsparteien Handelsbeschränkungen seitens Privatunternehmen dulden bzw. fördern können, wenn sie selber nach den bestehenden GATT-Regeln solche Maßnahmen nicht ergreifen dürfen?

Auch wenn eine punktuelle Untersuchung dieser Frage nicht zu unterlassen ist, ist jedoch an dieser Stelle keine abschließende Antwort zu erwarten, denn eine ausführliche Darstellung der Wettbewerbsbeschränkungen im Außenhandel ging weit über das Ziel dieser Arbeit hinaus. Wie es festzustellen sein wird, ermöglicht allein die Auslegung bestimmter GATT-Vorschriften eine Antwort, ohne daß die Frage einer eventuellen Verantwortlichkeit der Staaten für Wettbewerbsbeschränkungen Privater untersucht werden müßte.

|

B. Das GATT und die nicht-hoheitlichen Handelsbeschränkungen

1. Entwicklung der Diskussion

Während der Verhandlungen zur Havana Charta machten die amerikanischen "Proposals" die anderen Verhandlungspartner auf die Möglichkeit

(214) Werner, S. 195

(215) Verdross/Simma, S. 869 ff. mit Literaturhinweisen.

aufmerksam, daß die angestriebene Liberalisierung des Welthandels durch wettbewerbsbeschränkende Absprachen zwischen privaten Unternehmen verhindert werden könnte:

" Goods can surmount a tariff if they pay the duty; they can enter despite a quota if they are within it. But when a private agreement divides the market of the world among the members of a cartel, none of those goods can move between the zones while the contract is in force. Clearly if trade is to increase as a result of the tightening of government restrictions, the government must make sure that it is not restrained by private combinations." ⁽²¹⁶⁾

Die USA, Kanada und die Entwicklungsländer betrachteten internationale Kartelle als per se schädlich für die Ziele des Abkommens; Großbritannien und ein wesentlicher Teil der europäischen Staaten waren dagegen überzeugt, daß Kartelle und ähnliche Absprachen eine vernünftige Form der unternehmerischen Arbeitsteilung seien und daß nur ihr Mißbrauch verboten werden sollte. ⁽²¹⁷⁾ Die Verhandlungspartner einigten sich dann über eine Kompromißformel. Bestimmte Formen von Wettbewerbsbeschränkungen wurden in der Havana Charta aufgezählt; sie waren jedoch nicht per se verboten, sondern begründeten eine prima facie Berechtigung für Untersuchungen der ITO, die an die betroffenen Vertragsparteien Empfehlungen zum Erlaß angemessener Maßnahmen richten konnte.

Art. 46, Absatz 3 der Charta enthielt die Liste der wettbewerbsbeschränkenden Absprachen:

- a) Fixing prices, terms or conditions to be observed in dealing with others in the purchase, sale or lease of any product.

⁽²¹⁶⁾ Zit. in Jackson, World Trade, S. 522.

⁽²¹⁷⁾ Kintner/Joelson/Vaghi, S. 87.

- b) Excluding enterprises from or allocating or dividing, nay territorial market or field of business activity, or allocating customers, or fixing sales quotas or purchase quotas
- c) Discriminating against particular enterprises
- d) Limiting production or fixing production quotas
- e) Preventing by agreement the development or application of technology or invention whether patented or unpatented
- f) Extending the use of rights under patents, trade marks of copyrights granted by any Member to matters which, according to its laws and regulations, are not within the scope of such grants, or to products or conditions of production, use or sale which are likewise not the subjects of such grants.

Dieses war eine weitgehende Aufzählung, die einen fairen Wettbewerb zwischen Unternehmen der Mitgliedstaaten der ITO gewährleisten sollte. In Buch. g dieses Artikels wurde den Mitgliedstaaten die Befugnis zuerkannt, mit Zweidrittelmehrheit darüber zu entscheiden, ob eine Absprache im konkreten Fall "harmfull effects i.S.v. Art. 46 hätte. Art. 50 forderte letztlich die Mitgliedstaaten auf, alle mit ihrem Verfassungs- bzw. Rechtssystem oder mit ihrer wirtschaftlichen Organisation vereinbaren Maßnahmen gleich welcher Art zu ergreifen, "to ensure within its jurisdiction, that private and public commercial enterprises do not engage in practices which are as specified in paragraphs 2 and 3 of Article 46."⁽²¹⁸⁾ Eine solche Vorschrift hätte wahrscheinlich die Mitgliedstaaten der ITO dazu veranlaßt, den Standard ihres nationalen Wettbewerbsrechts zu verbessern und es den Erfordernissen der internationalen Regelung anzugleichen.

⁽²¹⁸⁾ Ibidem, S. 88.

Die Havana Charta ist aber mangels Ratifizierung nie in Kraft getreten. Das GATT blieb abgesehen von den Dumping-Vorschriften (mit den späteren Regelungen nach dem entsprechenden Abkommen im Rahmen der Tokyo Runde) ohne Bestimmungen zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen seitens Privater. Während der neunten Sitzung machten sich aber die VERTRAGSPARTEIEN auf die in dieser Richtung vom Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen aufgenommenen Diskussionen aufmerksam. Eine Arbeitsgruppe wurde zur Untersuchung dieser Problematik einberufen. Sie schlug aber den VERTRAGSPARTEIEN vor, das Ergebnis der Verhandlungen im Rahmen der Vereinten Nationen abzuwarten ⁽²¹⁹⁾. Da aber die Arbeit des Wirtschafts- und Sozialrats im Jahre 1955 noch keinen Fortschritt machte, kam es wiederholt zu Diskussionen über das Thema Rahmen des GATT, das von vielen für das richtige Forum bezüglich der Wettbewerbsbeschränkungen gehalten wurde. Norwegen schlug während der elften Sitzung der VERTRAGSPARTEIEN die erneute Einberufung einer "Working Party" vor, und die Bundesrepublik erwähnte die Möglichkeit von Konsultationen nach Art. XXII als ersten Schritt in diese Richtung. Der Vorsitzende der VERTRAGSPARTEIEN stellte dann fest, daß keine Einwände gegen die Zuständigkeit des GATT in diesem Bereich erhoben wurden und verwies die Aufgabe an das "Intersessional Committee" ⁽²²⁰⁾. Während der dreizehnten Sitzung erklärten die VERTRAGSPARTEIEN, daß "the activities of international cartels and trusts may hamper the expansion of world trade and economic development in individual countries and thereby frustrate the benefits of tariff reductions or otherwise interfere with the objectives of the General Agreement" und beschlossen, eine Expertengruppe einzuberufen, um einen Bericht über das Thema mit dementsprechenden Vorschlägen auszuarbeiten ⁽²²¹⁾. Unter Hinweis auf den Bericht der Expertengruppe trafen die VERTRAGSPARTEIEN am 18. 11. 1960 eine Entscheidung, die Konsultationen zwischen den betroffenen Vertragsparteien im Fall von Wettbewerbsbeschränkungen vorsah. In dieser Entscheidung ⁽²²²⁾ wird den

(219) BISD 3 d. Supp. (1955), S. 239.

(220) Jackson, World Trade, S. 523.

(221) BISD 7th Supp. (1959), S.

(222) BISD 9th Supp. (1961), S. 28 f.

Vertragsparteien, die sich von wettbewerbsbeschränkenden Absprachen seitens Privatunternehmen betroffen fühlen, empfohlen, Konsultationen auf bilateraler oder multilateraler Ebene aufzunehmen. Die adressierten Vertragsparteien haben die Stellungnahme wohlwollend zu empfangen und sollen sich im Einvernehmen mit den ersuchenden Vertragsparteien um eine befriedigende Lösung bemühen. Kommt es zu keiner befriedigenden Lösung, dann haben die beteiligten Vertragsparteien das GATT-Sekretariat darüber zu informieren, das den VERTRAGSPARTEIEN über die Angelegenheit zu benachrichtigen hat.

Diese Entscheidung entspricht im wesentlichen dem Vorschlag der Mehrheit der Expertengruppe. Da diese Entscheidung keine wirksamere Regelung zur Bekämpfung von Wettbewerbsbeschränkungen im Rahmen des GATT vorsieht, wurde daraus der Schluß gezogen, die VERTRAGSPARTEIEN hielten die Anwendung des GATT in diesem Zusammenhang für ausgeschlossen ⁽²²³⁾. Diese Auffassung scheint aber nicht ganz richtig zu sein. Die verschiedenen Meinungen innerhalb der Expertengruppe bezüglich der Anwendung des GATT auf private Wettbewerbsbeschränkungen gingen weit auseinander. Einige hielten Art. XXIII Abs. 2 für anwendbar ⁽²²⁴⁾. Die Mehrheit fand dagegen die Rücknahme von Zollzugeständnissen bzw. die Aussetzung von GATT-Verpflichtungen in diesem Zusammenhang unangebracht und empfahl den VERTRAGSPARTEIEN, eine Berufung auf Art. XXIII Abs. 2 zu unterlassen, hielt aber gleichzeitig fest, die Expertengruppe sei nicht dafür zuständig, zu untersuchen, wann Wettbewerbsbeschränkungen ein Thema seien, das unter bestimmte GATT-Bestimmungen fallen könnte. ⁽²²⁵⁾ Von noch größerer Bedeutung ist an dieser Stelle der Umstand, daß weder der Bericht noch die Entscheidung der VERTRAGSPARTEIEN die Frage beantworteten, ob eine Anwendung bestimmter GATT-Vorschriften dann nicht doch geboten wäre, wenn der Tatbestand einer wettbewerbsbeschränkenden Absprache zwischen Unternehmen zugleich auch den Tatbestand eines Verbots des GATT erfüllt. Die

⁽²²³⁾ Werner, S. 197.

⁽²²⁴⁾ BISD 9th Supp. (1961), S. 177, Ziff. 18.

⁽²²⁵⁾ Ibidem, S. 172, Ziff. 8.

Entwicklung im Rahmen des GATT weist darauf hin, daß die Vertragsparteien eine möglichst umfassende Regelung von Wettbewerbsbeschränkungen im GATT im Auge hatten, sie dies jedoch für unpraktikabel hielten. Mit dem Ausdruck "restrictive business practices" werden nämlich alle Formen von Absprachen und abgestimmten Verhaltensweisen von Unternehmen bezeichnet, die fähig sind, den Wettbewerb zu verfälschen bzw. auszuschließen. Dies umfaßt praktisch das gesamte Wettbewerbsrecht. In dieser Richtung ging der Text der Havana Charta und eine solche umfangreiche Regelung auf internationaler Ebene war die Zielsetzung der entsprechenden Arbeiten im Rahmen der Vereinten Nationen, insbesondere durch die Konferenz der Vereinten Nationen für Handel und Entwicklung (UNCTAD). ⁽²²⁶⁾

Daß die Verabschiedung einer solch weitgehenden Regelung für die VERTRAGSPARTEIEN nicht praktikabel erschien, u. a. weil das interne Wettbewerbsrecht der Vertragsparteien ein unterschiedliches Entwicklungsniveau besaß, ist nicht weiter erstaunlich. Der Hinweis der Mehrheit der Expertengruppe auf die Unmöglichkeit v.a. wegen der Schwierigkeiten mit der Schaffung eines "supra-national body with broad powers of investigation and control" ⁽²²⁷⁾ verdeutlicht aber andererseits, daß es sehr wohl um die Verabschiedung einer solch weitgehenden Regelung ging.

Quid juris, wenn es sich um Maßnahmen handelt, die verboten wären, wenn die Vertragsparteien sie ergreifen würden? In Fällen, in denen das GATT die Vertragsparteien eindeutig verpflichtet, die Einführung

(226) Vgl. R. Krishnamurti, UNCTAD Group of Experts on Restrictive Business Practices, JWTL 7 (1973), S. 711 ff.; Lazar Focsaneanu, Pratiques Commerciales Restrictives et Droit International, Ann. Fr. D. Int. 24 (1978), S. 701 ff.; Joel David u. Lisa Chiles, The United States and the Issue of the Binding or Voluntary Nature of International Codes of Conduct Regarding Restrictive Business Practices, Am. J. In. L. (1978) S. 247 ff.; Thomas L. Brewer, International Business Regulation of Restrictive Business Practices, JWTL 16 (1982), S. 108 ff.; der Vergleich der Vorschläge im Rahmen der UNCTAD mit dem von Prof. J.L. l'Huillier auf Antrag der GATT-Vertragsparteien erarbeiteten Memorandum zeigt ganz unmißverständlich, daß die Vertragsparteien auch die Möglichkeit einer so umfangreichen, ausführlichen Regelung im Rahmen des GATT in Betracht zogen (vgl. GATT, Restrictive Business Practices, Genf 1959, insbs. S. 16 ff.).

(227) BISD, 9th Supp. (1961), S. 171, Ziff. 7.

bestimmter handelspolitischer Maßnahmen zu unterlassen, wie z. B. beim Verbot mengenmäßiger Beschränkungen nach Art. XI, könnte man dies dahingehend interpretieren, daß die Vertragsparteien nach außen hin die Verantwortung dafür tragen, daß ihrer Hoheitsgewalt unterworfenen Privatpersonen (im weiteren Sinne) dies auch nicht tun. Die Expertengruppe und die spätere Entscheidung der VERTRAGSPARTEIEN haben sich mit dieser Frage offensichtlich nicht befaßt. Eine mögliche Anwendung des GATT auf einen solchen Fall kann daher weder verneint noch bejaht werden.

Um die Problematik klar abzugrenzen, ist an dieser Stelle festzuhalten, daß es sich hier nicht um die Diskussion über die innerstaatliche Anwendbarkeit des GATT handelt, und die Frage, ob und inwieweit die Bürger der Vertragsparteien sich auf das GATT vor den nationalen Gerichten berufen können ⁽²²⁸⁾. Hier ist nur die Frage zu untersuchen, ob und inwieweit sich die Vertragsparteien nach außen hin, d. h. gegenüber den anderen Vertragsparteien für eine dem GATT widersprechende privatrechtliche Absprache zwischen Unternehmen in ihrem Hoheitsgebiet verantwortlich machen.

2. Völkerrechtliche Grundsätze und GATT

Das allgemeine Völkerrecht kennt unter bestimmten Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit der Staaten für das Handeln von Privatpersonen. Da die letzteren keine Völkerrechtssubjekte sind, besitzen sie auf dieser Ebene keine Handlungs- und Deliktsfähigkeit. Demzufolge beruht eine völkerrechtliche Haftung eines Staates stets auf einer ihm zurechenbaren Handlung. Dies besagt die allgemein anerkannte "act-of-state-doctrine" ⁽²²⁹⁾ Den Staaten zurechenbar

⁽²²⁸⁾ Vgl. zur Anwendung des GATT im deutschen, amerikanischen und im EG-Recht jeweils die Beiträge von Hilf, Hudec und Petersmann in Hilf/Petersmann (Hrsg.) GATT und Europäische Gemeinschaft, 1986.

⁽²²⁹⁾ S. Cf. Amerasinghe, Imputability in the Law of State Responsibility for Injuries to Aliens, Rev. Eg. Dr. Int. 22 (1966), S. 91 ff.; Mössner, Privatperson als Verursacher völkerrechtlicher Delikte, G.Y.I.L. 24 (1981), S. 53 ff..

sind Handlungen von Staatsorganen, Amtsträger oder von sonstigen, im tatsächlichen Sinne für den Staat handelnden Personen. ⁽²³⁰⁾

Bei Handlungen Privater, denen kein Staatsauftrag gegeben wurde, ist eine völkerrechtliche Haftung des Staates ausgeschlossen. ⁽²³¹⁾

Dieses die staatliche Verantwortlichkeit begründende Verhalten brauchte aber nicht unbedingt eine positive Handlung zu sein. Auch eine dem Staat zurechenbare Unterlassung, der zur Vermeidung einer völkerrechtlichen Verpflichtung erforderlichen Maßnahmen kann eine staatliche Haftung zur Folge haben ⁽²³²⁾. Daß eine solche völkerrechtswidrige Unterlassung auch in Fällen gegeben ist, in denen der Staat eine schädliche Handlung von Privatpersonen nicht verhindert oder die Bestrafung unterläßt, obwohl er dazu in der Lage wäre, wurde vom Internationalen Gerichtshof im Urteil über die Teheraner-Geiselauffäre vom 24. 5. 1980 erneut betont ⁽²³³⁾. Obwohl der Gerichtshof in den Geiselnehmern keine im Auftrag des iranischen Staates handelnden Personen sah, wurde die völkerrechtliche Haftung Irans u.a. wegen der vollständigen Untätigkeit der iranischen Behörden bejaht. Dem allgemeinen Völkerrecht ist das Prinzip zu entnehmen, daß die Staaten in erster Linie ausschließlich für ihr eigenes Handeln haften. In Zusammenhang mit dem Verhalten von Privatpersonen kann ein Tun und insbesondere ein Unterlassen der Staatsorgane aber dazu führen, daß dieser sich anderen Staaten gegenüber verantwortlich macht. Eine völkerrechtliche Haftung für das Handeln Privater infolge einer staatlichen Unterlassung setzt aber nicht nur dessen Zurechenbarkeit voraus, sondern darüber hinaus, daß eine Maßnahme unterlassen wurde, zu deren Vornahme der Staat verpflichtet ist. ⁽²³⁴⁾

(230) Vgl. Entwurf der International Law Commission eines Übereinkommens über Staatenverantwortlichkeit für "international wrongful acts" Art. 5-9 abgedruckt in Marina Spinodi u. Bruno Simma (Hrsg.) United Nations Codification of State Responsibility, 1987, S. 325 ff.

(231) S. statt vieler Joachim Wolf, Zurechnungsfragen bei Handlung von Privatpersonen, ZaöRV 45 (1985), S. 233 ff.

(232) S. Ingo von Münch, Das völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft, 1963, S. 225.

(233) ICJ Reports 1980 S. 3; s. die Kritik zur Methode des IGH in Joachim Wolf, Die gegenwärtige Entwicklung der Lehre über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, ZaöRV 43 (1983), S. 481 ff.

(234) Joachim Wolf, Zurechnungsfragen... S. 260; im Fall der Teheraner Geiselauffäre wurde z. B. dem Iran vorgeworfen, gegen seine Pflichten aus Art. 22 ff. des Wiener Übereinkommens über diplomatische Beziehungen verstoßen zu haben.

Wie ist nun die Problematik einer staatlichen Unterlassung im Zusammenhang mit dem GATT zu bewerten? Die Antwort dürfte auf den ersten Blick negativ ausfallen. Fas GATT enthält keine ausdrückliche Bestimmung, die die Vertragsparteien verpflichtet, GATT-widrige Maßnahmen Privater zu verhindern. Eine "Verantwortung" der Vertragsparteien wäre somit ausgeschlossen.

Das GATT-System weist aber Besonderheiten auf, auf Grund derer eine unüberlegte Übertragung allgemeiner Völkerrechtsgrundsätze unangebracht scheint. Die ganze Diskussion im allgemeinen Völkerrecht ging von einer Übertragung der Lehre der Deliktshaftung im Privatrecht auf die zwischenstaatlichen Beziehungen aus, und dies auch im System der reinen Rechtslehre von den Begriffen "Verschulden", "Unrecht", "Haftung" und "Schaden" ungetrennt⁽²³⁵⁾. Dafür spricht auch die zurückhaltende Reaktion der Lehre gegenüber der Anwendung einer generelleren Terminologie wie "Staatenverantwortlichkeit"⁽²³⁶⁾ anstatt klassischer Begriffe wie "Delikte gegen das Völkerrecht"⁽²³⁷⁾. Gegenstand dieser Lehre ist nichts anderes als die Rechtsfolgen eines Verstoßes gegen das Völkerrecht, aus dem ein Schaden für andere Völkerrechtssubjekte entsteht. Dies wird deutlich, wenn gesagt wird "Voraussetzung für eine solche Haftung ist stets, daß das betreffende Organ im völkerrechtlichen Raum tätig geworden ist und ein drittes Völkerrechtssubjekt geschädigt hat"⁽²³⁸⁾. Diese Fest-

(235) Kelsen selber knüpfte die Lehre der Unrechtsfolgen im Völkerrecht an der Theorie der Rechtswidrigkeit der allgemeinen Rechtslehre (Hans Kelsen, Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht, S. 1) und betonte die Ähnlichkeit der völkerrechtlichen Problematik mit der privatrechtlichen Lehre (S. 65). In diesem Zusammenhang sind Äußerungen zu verstehen, die sich kaum von der zivilrechtlichen Definition der Haftung im Schuldverhältnis unterscheiden, wie etwa, daß die völkerrechtliche Haftung auf der grundlegenden Norm basierte, "que tout fait, qui cause à autrui un dommage oblige celui par la faute duquel il est arrivé à la réparer" (Olof Hojer, La Responsabilité Internationale des Etats, 1930, S. 1987).

(236) Jörg Mössner, Einführung in das Völkerrecht, 1972, S. 136.

(237) Ingo von Münch, Völkerrecht in programmierter Form, 1982, S. 136; Die Terminologie in diesem Zusammenhang "folgt damit dem im Zivilrecht entwickelten Sprachgebrauch" (Friedrich Klein, Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, 1941, S.).

(238) Otto Kimminich, Völkerrechtliche Haftung für das Handeln Privater im Bereich des internationalen Umweltschutzes, AdV 22 (1984), S. 243; in diesem Sinne wohl Kelsen, S. 66; von Münch, Das völkerrechtliche Delikt, S. .

stellung eines Schadens infolge einer einem Staat zurechenbaren Verletzung seiner völkerrechtlichen Verpflichtungen begründet dann die Wiedergutmachungs- bzw. Schadensersatzpflicht des Völkerrechtssubjektes. Die Zurechnung einer Handlung zu einem Staat hat in diesem Zusammenhang schwerwiegende Folgen, denn damit wird die Pflicht des Staates zur Leistung des Schadensersatzes begründet. Daß ein Staat aber unmöglich für alle durch seine Untertanen anderen Völkerrechtssubjekten gelegentlich zugefügte Schäden verantwortlich gemacht werden kann, ist unumstritten ⁽²³⁹⁾. Unter diesem Gesichtspunkt sind die Abgrenzungskriterien der "act-of-state-doctrine" zur völkerrechtlichen Haftung zu verstehen, und v.a. der Grundsatz, nach dem ein Staat erst dann für das Handeln Privater haftet, wenn er es unterlassen hat, Maßnahmen gegen dieses Handeln zu ergreifen, zu deren Vornahme er nach einer völkerrechtlichen Norm verpflichtet war. Dies dient letztlich dazu, die Pflicht zur Leistung von Reparationen in den völkerrechtlichen Beziehungen zu beschränken.

Geht man von dieser Feststellung aus, leuchtet ein, daß diese Einschränkung der staatlichen Haftung nur in den Fällen eine Rolle spielen kann, in denen es sich um die Feststellung eines Schadens und die entsprechende Wiedergutmachungspflicht handelt. Im GATT-System ist das aber nirgendwo der Fall. Gegenmaßnahmen nach Art. XIX Abs. 3 haben überhaupt nicht den Charakter von Reparationsansprüchen und beziehen sich auch nicht auf ein Schadensersatzpflichtiges Verhalten einer Vertragspartei, sondern auf die GATT-konforme Anwendung von Schutzmaßnahmen, die den anderen Vertragsparteien im Ausgleich dazu die Aussetzung bestimmter GATT-Verpflichtungen erlaubt. Auch Art. XXIII, der gegebenenfalls Gegenmaßnahmen zum Schutz der Zugeständnisse oder sonstigen Vorteile als Reaktion auf eine Verletzung

(239) "The state can not be regarded as an absolute guarantee of the proper conduct of all persons within its bounds. Before its responsibility may be engaged it is necessary to show an illegality of its own; and this involves simply the question of what duties are laid upon the state with regard to individuals within its boundaries by positive international law" (Clyde Eagleton, The Responsibility of States in International Law, 1970, S. 77); in diesem Sinne auch schon Kalr Strupp, Die völkerrechtliche Haftung des Staates, insbesondere bei Handlungen Privater, 1927, S. 29).

des GATT durch eine Vertragspartei vorsieht, kann nicht als eine Regelung von Schadensersatzansprüchen ausgelegt werden.

Eine Verletzung des GATT in diesem Zusammenhang führt nicht zur Anwendung von Bestrafungsmaßnahmen, "but rather to the creation of a more right on the part of injured contracting parties to withdraw concessions (or other GATT obligations) running to the offending contracting party" ⁽²⁴⁰⁾. Diese Bestimmung bestätigt die Tragweite des Reziprozitätsprinzips im GATT-System und hat offensichtlich nichts mit der Durchsetzung des Grundsatzes "neminem laedere" zu tun. Diese Besonderheiten des GATT zeigen deutlich, daß hier die Normen des allgemeinen Völkerrechts über die internationale Haftung der Völkerrechtssubjekte nicht in Betracht kommen. Insofern kann die "Verantwortlichkeit" der Vertragsparteien für private Handelsbeschränkungen (im Gegensatz zu "Haftung") nicht schon aus dem Grund abgelehnt werden, daß es im GATT keine ausdrückliche Regelung gibt, die eine Pflicht der Vertragsparteien zur Verhinderung solcher Handelsbeschränkungen begründet. Vielmehr ist es zu untersuchen, ob derartige Verantwortung sich nicht aus der Auslegung des GATT ergibt.

3. Untersuchung nach Art. XIX und XXIII GATT

Um Mißverständnisse zu vermeiden, soll an dieser Stelle betont werden, daß es nicht darum geht, ob das Verhalten Privater, das zugleich den Tatbestand eines Verbots nach dem GATT erfüllt, eventuell eine Haftung dieser Personen nach innerstaatlichem Recht begründen würde. Diese mit den Gegensätzen der monistischen und dualistischen Völkerrechtslehre zusammenhängende Frage soll hier außer Betracht bleiben und hat auch keinen Einfluß auf das Ergebnis dieser Untersuchung.

(240) Dam, S. 21.

Hier ist allerdings Vorsicht mit dem Sprachgebrauch geboten. Auch wenn "Verantwortung" oder "Verantwortlichkeit" keine unmittelbaren Synonyme für "Haftung" sind, werden sie meist benutzt, um "die Verpflichtung für (seine) Handlungen einzustehen und ihre Folgen tragen", auszudrücken. Das ist hier aber nicht gemeint. Wenn hier von "Verantwortung der Vertragsparteien" für Handelsbeschränkungen Privater" gesprochen wird, dann geht es in erster Linie darum, die Frage zu klären, ob derartige Maßnahmen eine Sachlage darstellen, die für die betroffene Vertragspartei bedeutet, daß sie Gegenmaßnahmen der anderen Vertragsparteien in Kauf nehmen muß.

Die Anwendbarkeit des GATT auf solche Situationen ist daher anhand derjenigen Bestimmungen zu überprüfen, die als Reaktion auf eine auslandsbezogene Situation die Rücknahme von Zugeständnissen bzw. die Aussetzung von GATT-Verpflichtungen ermöglichen. Dafür kommen Art. XIX und Art. XXIII in Betracht.

a) Der Anwendungsbereich des Art. XIX wurde bereits abgegrenzt. Es wurde auch schon erwähnt, daß Staaten, die SbA abschließen bzw. deren Abschluß durch Unternehmen unterstützen, dies tun, weil sie diesen Weg für erfolgversprechender halten als eine Berufung auf Art. XIX. Für Drittstaaten kommt aber die Schutzklausel in Betracht, da die mengenmäßige Beschränkung der Exporte in das geschützte Land u. U. zu einer Ablenkung der Exporte der betreffenden Waren auf ihr Hoheitsgebiet führen kann. In einem solchen Fall läge eine Importsteigerung infolge einer "unvorhergesehenen Entwicklung" vor. Da Art. XIX nicht verlangt, daß die Importsteigerung aufgrund einer hoheitlichen Maßnahme des Exportstaats erfolgt, ist es möglich, daß sich die durch diese Ablenkung betroffenen Staaten bei Vorliegen der bereits geschilderten Voraussetzungen zum Schutze der einheimischen Industrie auf Art. XIX berufen.

b) Größere Schwierigkeiten bereitet Art. XXIII, über dessen Anwendbarkeit auf solche Fälle sich die Mitglieder der Expertengruppe im Jahre 1960 nicht einig waren. Diese Bestimmung unterscheidet sich von Art. XIX dadurch, daß sie nicht die inländische Produktion einer bestimmten Ware, sondern allgemein die aus dem GATT für eine Vertragspartei resultierenden Zugeständnisse oder sonstigen Vorteile schützen soll. Die authentische Fassung des Abkommens zeigt den weiten Anwendungsbereich dieser Bestimmung. Maßnahmen nach Art. XXIII sind danach möglich, wenn eine Vertragspartei der Auffassung ist, daß "any benefit accruing to it directly or indirectly under this Agreement" oder "the attainment of any objective of the Agreement" zunichte gemacht oder geschmälert werden. Geht man vom Abbau der Handelshemmnisse als einem Ziel des GATT aus, dann könnte die Berufung eines Drittstaates auf Art. XXIII damit begründet werden, daß bestehende SbA zwischen den Regierungen bzw. Unternehmen der anderen Vertragsparteien eine Situation hervorrufen, in der wegen der weltweiten Kartellierung eines relevanten Marktes und gegebenenfalls wegen einer künstlichen Ableitung der Exporte die Absatzmöglichkeiten der nationalen Exportindustrie erheblich beeinträchtigt wurden. Denn dadurch wurden die berechtigten Erwartungen dieses Staates auf die aus dem GATT resultierenden Vorteile zunichte gemacht. Aber nicht nur Drittstaaten könnten an einem Vorgehen gegen Handelsbeschränkungen Privater interessiert sind. Obwohl sie oft unter einem stillschweigenden bzw. ausdrücklichen "nihil obstat" der jeweiligen Regierungen abgeschlossen werden, sind Fälle bekannt, in denen ein von der inländischen Industrie mit ihren ausländischen Konkurrenten ausgehandeltes SbA später von den Behörden bzw. Gerichten des Importstaats verfolgt wurde, weil sie unerlaubte Beschränkungen des Wettbewerbs in diesen Staaten verursachten. ⁽²⁴¹⁾

(241) Im Falle United States vs. National Board of Fur Farms Organizations hatten amerikanische Landwirte die Einführung von Importbeschränkungen für bestimmte Agrar-Erzeugnisse aus Schweden bei der International Trade Commission erfolglos ersucht. Sie vereinbarten aber autonom mit ihren skandinavischen Konkurrenten in Kanada eine Exportselbstbeschränkung und die Erhöhung der Exportpreise. Sie wurden später vor einem "Federal Grand Jury" in Milwaukee wegen Verstoßes gegen Art. 1 des Sherman Acts verklagt und zu Freiheitsstrafen verurteilt (s. im allgemeinen Joel Davidow, Cartels, Competition Law and the Regulation of International Trade, N.Y.Un. J. Int. L. & Pol., 15 (1982/83), S. 366 ff.).

Dies ist aber nur möglich in Staaten, die über wettbewerbsrechtliche Vorschriften verfügen, die ein wirksames Vorgehen gegen auslandsverursachte Wettbewerbsbeschränkungen ermöglichen, insbesondere die extraterritoriale Anwendung des Wettbewerbsrechts ermöglichen⁽²⁴²⁾. Staaten dagegen, die nach ihren Rechtsvorschriften ausschließlich gegen Wettbewerbsbeschränkungen vorgehen können, die in ihrem Hoheitsgebiet vereinbart wurden bzw. nur die ihrer Hoheitsgewalt unterworfenen Personen bestrafen können, verfügen in solchen Fällen nur über äußerst beschränkte Möglichkeiten, ihre Wettbewerbspolitik durchzusetzen, v.a. wenn sich die Mitwirkung der inländischen Unternehmen an der Absprache nicht ausreichend beweisen ließ. In solchen Situationen wird dann der Vorteil, der sich für diesen Staat aus dem Verbot von Ausfuhrbeschränkungen durch Art. XI ergibt, durch den Entschluß der ausländischen Industrie, die Ausfuhr zu beschränken, zunichte gemacht. Dieser Staat könnte dann ein Interesse an der Einleitung von Konsultationen nach Art. XXIII haben.

Gegen eine Anwendung von Art. XXIII auf solche Tatbestände könnte man argumentieren, das GATT verpflichte nur Regierungen und nicht Privatpersonen und enthalte keine Bestimmung, die ein Vorgehen der betreffenden Regierungen gegen Handelsbeschränkungen Privater gebiete. Dies mag zutreffen, es hat jedoch keinen Einfluß auf diese konkrete Problematik.

Denn die Anwendbarkeit des Art. XXIII wird seinem Wortlaut nach nicht von der Darlegung einer Verletzung des GATT durch eine Vertragspartei abhängig gemacht. Nach der ständigen Praxis der VERTRAGSPARTEIEN spielt dies nur für den Beweis einer konkreten Interessenbeeinträchtigung eine Rolle, und zwar, weil beim Vorliegen einer Verletzung des GATT durch eine Vertragspartei das Entstehen eines Schadens für andere Vertragsparteien vermutet wird.⁽²⁴³⁾ Die Darlegung einer GATT-Verletzung ist keine erforderliche Voraussetzung für die Anwendung des Art. XXIII.

(242) S. unten Kap. III § 3.

(243) S. FN 47.

Wichtiger ist, daß die VERTRAGSPARTEIEN zum Schluß kommen, daß Zugeständnisse oder Vorteile zunichte gemacht oder geschmälert werden, und daß die Umstände ernsthaft genug sind, um eine Rücknahme von Zugeständnissen oder die Aussetzung von GATT-Verpflichtungen zu erlauben. Diese Beurteilung des gegebenen Sachverhaltes muß von Fall zu Fall vorgenommen werden.

Zu der Frage, ob Art. XXIII auf "nullification without failure of obligations" anwendbar ist, ist zunächst auf die Entscheidung vom 18. 11. 1960 zurückzukommen. Während der Arbeiten der Expertengruppe über Wettbewerbsbeschränkungen äußerte sich die Minderheit für eine Anwendung des Art. XXIII, wenn durch die vorgesehene Konsultationen über "restrictive business practices" keine zufriedenstellende Löseung erreicht werden konnte. Die Mehrheit hielt dagegen, obwohl sie der Auffassung war, die Arbeitsgruppe sei für die Anwendbarkeit des GATT als solches auf Wettbewerbsbeschränkungen nicht befragt die Anwendung von Art. XXIII wegen der Gefahr von Retorsionsmaßnahmen nicht für angebracht, und empfahl den VERTRAGSPARTEIEN, sich in solchen Fällen nicht auf diese Bestimmung zu berufen. Die VERTRAGSPARTEIEN ihrerseits erwähnten diesen Punkt in der Entscheidung nicht. ⁽²⁴⁴⁾ Die Frage wurde damit nicht verneint; sie blieb offen. Das Konsultationsverfahren wird nach dieser Entscheidung beendet, wenn die beteiligten Vertragsparteien eine zufriedenstellende Lösung finden; sollte dies nicht der Fall sein, haben sie es dem GATT-Sekretariat mitzuteilen, das die VERTRAGSPARTEIEN darüber informiert. Welche Maßnahmen aber der betroffenen Vertragspartei zustehen, wenn keine Lösung erreicht wird, bleibt eine offene Frage. Darin, daß dieses Verfahren den Erlaß von Repressalien als Antwort auf Wettbewerbsbeschränkungen etwa nach dem Muster des Art. XXIII Abs. 2 nicht vorsieht, liegt jedoch keine abschließende Regelung der Problematik. Daher ist auch der Schluß nicht zulässig, in diesem Bereich sei die Möglichkeit eines wirksamen Vorgehens nicht gegeben ⁽²⁴⁵⁾. Geht man davon aus, daß auch dieser Bereich in

(244) Zutreffend Dam, S. 359.

(245) Werner, S. 197.

die Zuständigkeit der VERTRAGSPARTEIEN fällt, dann muß man wohl annehmen, daß der Abschluß eines Konsultationsverfahrens über Wettbewerbsbeschränkungen Privater die Zuständigkeit der VERTRAGSPARTEIEN nicht erschöpft, zumal sie dadurch gar nicht in Anspruch genommen wurden.

Der unterschiedliche Wortlaut von den Buchst. a), b) und c), Art. XXIII, Abs. 1, macht außerdem deutlich, daß für deren Anwendung nicht auf den Ursprung einer Handelsbeschränkung ankommt. In Buchst. c) fehlt nämlich jeglichen Bezug auf die Vertragsparteien, was den Schluß nahe legt, diese wollten mit der Formulierung auch Situationen erfassen, deren Ursprung sich nicht in einem staatlichen Handeln befinden, denn alle Formen letzteres (vertragsverletzendes und vertragskonformes Verhalten) waren schon von den Buchst. a) und b) erfaßt. Die Betrachtung von privatrechtlichen Handelsbeschränkungen als "andere Maßnahmen" i.S.v. Art. XXIII ist nicht nur nicht dort ausgeschlossen; sie ergibt sich vielmehr aus dem Wortlaut.

Interessant in diesem Zusammenhang ist ein auf Art. XXIII gestützter Antrag der EG auf die Einberufung eines Panels vom Jahre 1983⁽²⁴⁶⁾. Ohne Japan eine förmliche Verletzung des GATT vorzuwerfen, behauptete die EG, durch das sich ständig vergrößernde Handelsdefizit in den Beziehungen zu Japan seien die ihr aus dem GATT entstandenen Vorteile geschmälert worden. Dies resultiere zwar nicht aus einer qualifizierten Vertragsverletzung seitens Japan, wohl aber aus von Japan getroffenen Maßnahmen sowie aus einer "anderen Sachlage" i.S.v. Art. XXIII Abs. 1. Die "andere Sachlage", die die berechtigten Vorteilerwartungen der EG in den Handelsbeziehungen mit Japan beeinträchtigt hat, war streng genommen die Struktur des japanischen Wirtschaftssystems als solches⁽²⁴⁷⁾. Neben der Stellung des Yen als Faktor sui generis dieser unvorteilhaften Entwicklung richtete die EG ihre Einwände v.a. gegen das japanische Vertriebssystem, das als Ursache des geringen Absatzes importierter Güter auf dem japanischen Markt galt. Die Gründe hierfür wurden unter kartellrechtlichen Ge-

(246) GATT, Activities, 1983, S. 49.

(247) Ton Heukeles, Rechtsprobleme der autonomen Handelspolitik der Europäischen Gemeinschaft im Lichte des GATT, RIW 1984, S. 976.

sichtspunkten dargestellt. Das japanische Vertriebssystem sei von einer kleinen Anzahl großer Unternehmen beherrscht, und zwar in Form großer sektorieller Oligopole, in denen die Unternehmen in einer für industrialisierte Staaten außergewöhnlichen Weise vertikal eng zusammengeschlossen seien. Dies beweise auch die Vielzahl von industriellen Verbänden mit weitgehenden Befugnissen zur Lenkung bzw. Regulierung der Geschäfte zuungunsten neuerer Wettbewerber. Dieser im Vertriebssystem wie in anderen Sektoren der japanischen Wirtschaft bestehende Mechanismus sei auch nie einer so strengen Kontrolle wie in den USA oder in Europa unterworfen worden. Die japanischen Behörden hätten auch nie in angemessener Form die nötigen Bedingungen zu einem freien Zugang ausländischer Konkurrenten zum japanischen Markt und für einen unverfälschten Wettbewerb gewährleistet. Im Ergebnis bedeute ein solches System einen stillen Widerstand gegen Import und beschränke die Möglichkeit des Ausbaus des europäischen Anteils am japanischen Markt. ⁽²⁴⁸⁾ .

Die EG betrachtete das Bestehen großer Kartelle und diskriminierender Vertriebssysteme als eine Sachlage, die infolge ihrer unvorteilhaften Auswirkungen auf die Vorteilserwartungen der Gemeinschaft Maßnahmen nach Art. XXIII erlauben. Eine solche Situation ist aber nur mittelbar auf den betroffenen Staat zurückzuführen. Außerdem enthält das GATT keine Bestimmung, die die Vertragsparteien verpflichten würde, eine bestimmte Wettbewerbspolitik durchzuführen. Trotzdem wurde dem Antrag der EG stattgegeben, und dementsprechend Verhandlungen durchgeführt. Wenn dies in einem Fall möglich ist, wo die allgemeine Wettbewerbspolitik und sogar die Wirtschaftsstruktur eines Staates als solche für eine Beeinträchtigung des Handels gehalten wird, so muß dies umso mehr in einem Fall möglich sein, in dem Privatunternehmen auf dem Gebiet einer Vertragspartei Maßnahmen treffen, die unmittelbar auf eine vom GATT verbotene Handelsbeschränkung abzielen. Es gibt insofern keinen Grund dafür es abzulehnen, ein bestehendes SbA als eine "andere Sachlage" i.S.v. Art. XXIII zu qualifizieren.

⁽²⁴⁸⁾ S. Jérôme de Puifferrat, CEE-Japon: le dossier de la Communauté pour le recours à l'Article XXIII du GATT, RMC 25 (1982) S. 553 f..

Berücksichtigt man des weiteren die Tatsache, daß ein SbA eine selektive mengenmäßige Beschränkung darstellt und als solche gegen Art. XI und XIII verstößt, dann ist ein Antrag auf Konsultationen nach Art. XXIII in diesem Fall besser begründet als etwa der Antrag der EG im oben erwähnten Fall, denn es handelt sich dabei um Maßnahmen, die eine Verletzung des GATT wären, würden die Vertragsparteien sie ergreifen. Da sie selber derartige Abkommen nicht abschließen dürfen, verletzen sie ebenfalls ihre Verpflichtungen aus dem GATT, wenn sie Privatpersonen ermöglichen, dies zu tun.

Dieser Schluß entspricht der Praxis des GATT und ist auch einem "Panel-Report" aus dem Jahre 1984 zu entnehmen. Es handelte sich dabei um ein Streitbeilegungsverfahren seitens der USA gegen Kanada über die Anwendung des kanadischen Gesetzes über ausländische Investitionen ("Foreign Investment Review Act")⁽²⁴⁹⁾. Durch dieses Gesetz waren ausländische Investitionen in Kanada genehmigungspflichtig und die Genehmigung war ausschließlich in den Fällen zu erteilen, in denen als Folge der beabsichtigten Investition ein wesentlicher Vorteil ("significant benefit") für Kanada festzustellen war⁽²⁵⁰⁾. Zu diesem Zwecke sah das Gesetz für die Investoren die Möglichkeit vor, den zuständigen Behörden ein Investitionsvorhaben ("undertaking") mit der geplanten unternehmerischen Strategie ("conduct of the business") vorzulegen. Die Vorlage eines solchen Vorhabens war aber kein Gebot des Gesetzes und die spätere Genehmigung hing nicht davon ab. Sollte sich ein Unternehmen für die Vorlage eines solchen "undertaking" entscheiden, dann sollte es verschiedene Aspekte der unternehmerischen Strategie umfassen, wie etwa Beschäftigung, Investitionen, Forschung, Anteil kanadischer Aktionäre am Unternehmen sowie die Praxis bezüglich von Ankäufen ("purchasing"), bezüglich der Produktion und der Exporte. "Purchase undertakings" hat es in verschiedenen Formen gegeben; in einigen wurden Ankäufe von Gütern kanadischer Herkunft bevorzugt,

(249) BISD 30th Supp. 1984, S. 140 ff.

(250) Ibidem, S. 142.

in anderen Imports substitutionen vorgesehen, sowie auch ein bestimmter Prozentsatz oder eine Summe von Ankäufen kanadischer Güter⁽²⁵¹⁾. Obwohl die Vorlage eines Investitionsvorhabens keine Genehmigungsvoraussetzung darstellte, wurden die angenommenen Investitionsvorhaben für das Unternehmen in seiner späteren Tätigkeit rechtsverbindlich. Aus der Tatsache, daß sie nach dem Gesetz nicht erforderlich waren, wurden solche Investitionsvorhaben als vertragliche Verpflichtungen angesehen. Eine mangelhafte Erfüllung dieser Verpflichtung erlaubte es dem Staat lediglich, eine Klage wegen Vertragsbruchs beim zuständigen nationalen Gericht zu erheben⁽²⁵²⁾. Die spätere Praxis zeigte, daß die Möglichkeit der Vorlage eines Investitionsvorhabens in nahezu allen großen Investitionsprojekten wahrgenommen wurde, und daß dies in den Jahren 1980 bis 1982 lediglich in 30 % der Fälle nicht geschah. In den vorgelegten Investitionsvorhaben erwähnten 65 % der Fälle bevorzugte Ankäufe kanadischer Waren.

Die USA beantragte, das Panel möge u. a. eine Verletzung des Art. III Abs. 4 und 5 feststellen, da Investitionsvorhaben, die die Ankäufe kanadischer Waren bevorzugten, eine Diskriminierung von Gütern der anderen Vertragsparteien darstellten. Kanada vertrat dagegen die Auffassung, daß es sich in diesem Fall nicht um "Vorschriften" ("laws and regulations") i.S.v. Art. III Abs. 4 handelte. Dieser Ausdruck müsse in Verbindung mit den Ausdrücken "Gesetze und Verordnungen" ("laws and regulations") ausgelegt werden und hieße in diesem Zusammenhang "mandatory rule of general application applying across-the-board to a particular product or range of products". Investitionsvorhaben nach dem kanadischen Gesetz seien aber lediglich privatrechtliche vertragliche Verpflichtungen eines bestimmten ausländischen Investors und könnten als solche nicht unter dem Begriff "requirement" subsumiert werden. Sie seien lediglich auf eine bestimmte Investition anwendbar, und nicht

(251) *ibidem* S. 143.

(252) *Ibidem*, S. 45.

allgemein auf den Warenhandel. Die USA lehnten diese Argumentation ab:

" To find that such 'private contracts' were not requirements within the meaning of Article III would be to invite contracting parties to do by 'private contracts' what the General Agreement did not permit to be done by laws of general application" (253)

Das "Panel" folgte der von den USA vertretenen Auffassung. Er stellte zunächst fest, daß der Ausdruck "requirements" in Art. III Abs. 4 nicht als "mandatory rules applying accross-the-board" zu verstanden sei, denn dieser letzte Begriff schon besser mit dem Wort "regulations" ausgedrückt wurde "and the authors of this provision must have had something different in mind when adding the word 'requirements' ". Darüber hinaus wurde festgestellt, daß die Qualifizierung einer Maßnahme als vertragliche Verpflichtung von Privatpersonen die Anwendung der GATT Bestimmungen nicht hindert:

" The Panel felt, however, that even if this was so, private contractual obligations entered into by investors should not adversely affect the rights which contracting parties, including contracting parties not involved in the dispute, possess under Article III, 4 of the General Agreement ad with they can exercise on behalf of their exporters" (254)

Besonders wichtig an diesem Fall ist die Feststellung der Tragweite der GATT-Verpflichtungen: ein Verstoß gegen ein Verbot aus dem GATT ist ungeachtet der Form der Maßnahme immer dann anzunehmen, wenn eine bestimmte Maßnahme eine unerlaubte Handelsbeschränkung bzw. Diskriminierung bewirkt, und zwar sogar in den Fällen, in denen die

(253) Ibidem, S. 149 f.

(254) Ibidem, S. 159.

Maßnahme rechtlich als Vertragsverpflichtung von Privatpersonen zu qualifizieren ist. Daß im oben erwähnten Fall vom Gesetz keine Diskriminierung beabsichtigt wurde, spielt keine Rolle, wenn die praktische Anwendung der Regelung und sogar auch die individuellen Vorteilserwägungen der Unternehmen tatsächlich diskriminierende Auswirkungen haben ⁽²⁵⁵⁾. Besonders beachtenswert ist die Annahme der Argumentation der amerikanischen Vertretung durch das GATT, wonach es den Vertragsparteien nicht frei steht, durch Private das machen zu lassen, was sie selber nach den GATT-Bestimmungen nicht dürfen. Die Diskriminierung eingeführter Waren betrachtete das Panel trotz der Qualifizierung als "privatrechtliche Verpflichtungen" als eine Verletzung des GATT, die prima facie die Vermutung eines Schadens für die USA zuließ ⁽²⁵⁶⁾.

Schließlich ist zu erwähnen, daß die Vertragsparteien bei den Verhandlungen zur Havana Charta die entsprechenden Bestimmungen über das Diskriminierungsverbot deshalb für unanwendbar auf Diskriminierungen Privater hielten, weil die Charta autonome Vorschriften über Wettbewerbsbeschränkungen enthielt ⁽²⁵⁷⁾. Die in dem oben geschilderten Panel-Bericht begründete Auslegung des Art. III füllt insofern eine Rechtslücke, die durch die Nicht-Ratifizierung der Havana Charta entstanden ist. Die Lösung des Panel-Berichts gilt ebenfalls für Art. XI, zumal diese Vorschrift im Gegensatz zum Art. III nicht verlangt, daß die Handelsbeschränkungen aufgrund von "laws, regulations and requirements" auferlegt sein müssen, um verboten zu sein. A maioris ad minus sollte die im Panel Bericht aufgestellte Regel auch in den Fällen anwendbar sein, für die ungeachtet der Form der Maßnahmen ein absolutes Verbot gilt.

(255) Ibidem, S. 166.

(256) Ibidem, S. 166 f.

(257) S. Jackson, World Trade, S. 290.

c) Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß Vertragsparteien, die durch Handelsbeschränkungen Privater in ihren Interessen beeinträchtigt werden, sich nach dem GATT im Rahmen des Art. XIX bzw. XXIII dagegen wehren können. Denn keine dieser Vorschriften setzt für ihre Anwendbarkeit die Darlegung einer Verletzung des GATT durch eine Vertragspartei voraus. Die Feststellung einer Verletzung des GATT ist im Rahmen des Art. XXIII nur insofern erforderlich, als für diesen Fall die Entstehung eines Schadens vermutet wird. Ungeachtet der Form der Maßnahme ist eine Verletzung des Art. XI festzustellen, wenn die mengenmäßig beschränkende Absprache auf einen hoheitlichen Akt einer Vertragspartei zurückzuführen ist. Angesichts der Tatsache, daß die Lenkungsmechanismen des Außenhandels heutzutage nicht mehr auf klassische Instrumente beschränkt sind, bildet die oben dargelegte Verantwortlichkeit der Vertragsparteien für Handelsbeschränkungen Privater eine wichtige Ergänzung zu ihrer Verpflichtung zur transparenten Handelspolitik nach Art. X des GATT⁽²⁵⁸⁾ .

C. Ausblick

Sollte man aber die oben ausgeführten Argumente zurückweisen und eine Verantwortlichkeit der GATT-Vertragsparteien für privatrechtliche Exportselbstbeschränkungen verneinen, dann wäre es absolut erforderlich, die Grenzen zwischen Regierungs- und Unternehmenshandlung in diesem Zusammenhang klar zu ziehen. Schließt man eine Verantwortlichkeit für "einfach" private Handelsbeschränkungen aus, dann hängt die Anwendbarkeit des GATT von der Beteiligung des

(258) Art. X GATT lautet: "Laws, regulations, judicial decisions and administrative rulings of general application, made effective by any contracting party, pertaining to the classification or the valuation of products for customs purposes, or to rates of duty, taxes or other charges, or to requirements, restrictions or prohibitions on import or exports or on the transfer of payments therefore...shall be published promptly in such a manner as to enable governments and traders to become acquainted with them...". Staaten, die sich dieser Publizitätspflicht durch die Förderung von Import- und Exportkartellen entziehen, verletzen ihre Pflicht zur Anwendung des GATT in Treu und Glauben nach dem allgemeinen Grundsatz pacta sunt servanda.

Staates an der Wettbewerbsbeschränkung ab. Damit tauchen aber neue Schwierigkeiten auf. Daß sich die Verletzung des GATT nicht auf den Abschluß förmlicher völkerrechtlicher Selbstbeschränkungsabkommen reduzieren kann, ist selbstverständlich, wenn dies nicht die einzige Form dieser Vereinbarungen ist. Aber was soll dieses Verbot dann weiterhin erfassen? Ein "gentlemen's agreement" zwischen zwei Regierungen auf unverbindlicher Ebene? Wäre eine hoheitliche Anweisung des zuständigen staatlichen Organes an die inländische Industrie, die Exporte zu beschränken, erforderlich? Oder ist es nicht denkbar, daß dasselbe Ergebnis genauso gut durch unverbindliche Empfehlungen einer Behörde erreicht wird? Ein Abstellen auf eine staatliche Beteiligung als Kriterium für die Anwendbarkeit des GATT setzt voraus, daß es sich im konkreten Fall feststellen läßt, wo das autonome Handeln Privater aufhört und wo eine hoheitliche Mitwirkung eines Staates anfängt. Daß es dafür wiederum besonderer Unterscheidungskriterien bedarf, ist eine zusätzliche Schwierigkeit einer solchen Untersuchung. .

Diese Frage wurde bisher im Rahmen des GATT kaum behandelt. Im Wettbewerbsrecht hingegen ist sie Gegenstand einer alten rechtsdogmatisch sehr interessanten Diskussion, nämlich der Problematik um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich von Wettbewerbsbeschränkungen. Von dem Zeitpunkt an, in dem die Staaten ihre Wettbewerbsvorschriften nicht nur auf nationalen Unternehmen anwenden, sondern auch auf ausländische, die durch bestimmte Absprachen den Wettbewerb auf dem nationalen Markt verfälschen, entsteht daraus ein Jurisdiktionskonflikt, der oft dadurch erschwert wird, daß die wettbewerbswidrigen Vereinbarungen im anderen Staat erlaubt sind bzw. hoheitlichen Anweisungen nachkommen.

Der Anwendung des nationalen Wettbewerbsrechts waren daher Grenzen zu setzen und seine Anwendbarkeit ablehnen, sobald die privatrechtliche Sphäre verlassen wird.

Wird insofern trotz der oben angeführten Argumente eine Anwendbarkeit des GATT nur auf staatliches Handeln (im engeren Sinn) begrenzt, dann ist festzuhalten, daß der Anwendungsbereich des GATT da aufhören muß, wo der Anwendungsbereich des Wettbewerbsrechts beginnt und umgekehrt. Da es in Bezug auf das GATT kaum Diskussionen über diese Abgrenzungsfragen gegeben hat, kann darauf an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Diese Untersuchung ist anhand des Wettbewerbsrechts durchzuführen, da sich infolge der weitgehenden Befassung mit diesem Thema dafür besonders anbietet.

III. SELBSTBESCHRÄNKUNGSABKOMMEN UND EG WETTBEWERBSRECHT

"Aos amigos, tudo; aos inimigos, a lei."
(brasilianische Volksweisheit)

Im vorangehenden Kapitel wurde die Vereinbarkeit von Selbstbeschränkungsabkommen mit dem GATT untersucht und anschließend die Problematik der Anwendbarkeit des Allgemeinen Abkommens auf derartige Vereinbarungen erörtert. Dort wurde zunächst festgestellt, daß Selbstbeschränkungsabkommen, sei es in form von Exportkontingenten, sei es in form von Mindestpreisregelungen, mengenmäßige Beschränkungen i.S.v. Art. XI GATT darstellen und daher mit dem GATT unvereinbar sind. Wegen ihrer diskriminierenden Natur lassen sie sich ferner nicht als ein Instrument der Importbeschränkung nach Art. XIX anwenden. Was die Anwendbarkeit des GATT auf solche Vereinbarung betrifft, wurde festgestellt, daß das GATT in erster Linie auf hoheitliche Handelsbeschränkungen anwendbar ist. Jedoch ist seine Anwendbarkeit auf Handelsbeschränkungen Privater, die eine Verantwortung der betroffenen Vertragspartei nach außen hin begründen würde, wenigstens theoretisch nicht ausgeschlossen. Im Folgenden ist nun diese Problematik im Lichte des Wettbewerbsrechts der Europäischen Gemeinschaften zu untersuchen.

Zur Abgrenzung muß an dieser Stelle darauf hingewiesen werden, daß die Problematik der gemeinschaftlichen Selbstbeschränkungsabkommen, d. h. der förmlichen völkerrechtlichen Vereinbarungen der Gemeinschaft selbst mit Drittstaaten für diese Arbeit außer Betracht bleiben muß. Auf die Frage, inwieweit die Gemeinschaft derartige Abkommen abschließen darf, wie sie nach dem EG-Außenhandelsrecht durchzuführen sind, und wer dafür im Rahmen der gemeinsamen Handelspolitik zuständig ist, kann im Folgenden nicht eingegangen werden. Maßnahmen im Rahmen der Handelspolitik der Gemeinschaft können nicht anhand des EG-Wettbewerbsrechts überprüft werden. Im Folgenden soll zunächst das Kartellverbot erörtert und anschließend die Problematik der extraterritorialen Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des EWG-Vertrages behandelt werden.

§ 1 - Bedeutung des EG-Wettbewerbsrechts und die Rolle der Kommission

Die zentrale Rolle, die der Wettbewerb in der europäischen Integration spielt, läßt sich nicht nur aus der Entscheidung für die Marktwirtschaft ableiten, wie sie von den Parlamenten der Mitgliederstaaten getroffen wurde, sondern ist vor allem den Gründungsverträgen zu entnehmen. Schon der EGKSV stellt der Gemeinschaft die Aufgabe, für die "Schaffung, Aufrechterhaltung und Beachtung normaler Wettbewerbsbedingungen" zu sorgen und in die Erzeugung und den Markt erst dann einzugreifen, "wenn es die Umstände erfordern" ⁽²⁵⁹⁾ Dadurch sollen "in fortschreitender Entwicklung die Voraussetzungen" geschaffen werden, die von sich aus die rationellste Verteilung der Erzeugung auf dem höchsten Leistungsstqnde" sichern sollten. ⁽²⁶⁰⁾

Mit dem späteren Beschluß, eine Europäische Wirtschaftsgemeinschaft zu gründen, erkannten auch die Mitgliedstaaten, daß zur Beseitigung der entsprechenden Hindernisse ein gemeinsames Vorgehen erforderlich

(259) EGKSV, Art. 5

(260) Ibidem, Art. 2.

Vorgehen erforderlich ist, u.a., um "einen redlichen Wettbewerb zu gewährleisten" ⁽²⁶¹⁾. Daß private Handelsbeschränkungen den Fortschritt bei dem Abbau der staatlichen Hemmnisse zunichte machen können, erklärt ferner die Verpflichtung der Gemeinschaft zur "Errichtung eines Systems, das den Wettbewerb innerhalb des Gemeinsamen Marktes schützt" ⁽²⁶²⁾.

Dieses System des unverfälschten Wettbewerbs trägt dazu bei, das ungestörte Funktionieren des Gemeinsamen Marktes zu sichern, der als Grundlage der angestrebten europäischen Integration geschaffen wurde. ⁽²⁶³⁾ Der instrumentale Charakter des Wettbewerbs im Prozeß des wirtschaftlichen Zusammenschlusses der Mitgliedstaaten vermindert aber nicht seine Bedeutung als ein grundlegendes Vertragsziel von zwingender Geltung ⁽²⁶⁴⁾. Damit sich diese Funktion des Wettbewerbsrechts in der Gemeinschaft entfalten kann, sind die Wettbewerbsvorschriften des EWGV in allen Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar. Dies ergibt sich im Gegensatz zu anderen Vertragsbestimmungen schon unmittelbar aus dem Wortlaut.

Aus der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Vorschriften folgt, daß sie für die Bürger der Mitgliedstaaten Rechte entstehen lassen, welche die Gerichte der Mitgliedstaaten zu wahren haben. ⁽²⁶⁵⁾

Die Wettbewerbsregeln der EWG sollen den Schutz des Wettbewerbs als dem Ordnungsprinzip und Lenkungsmechanismus des Wirtschaftsablaufs innerhalb der Gemeinschaft garantieren und besitzen daher eine ausgeprägte Gestaltungsfunktion in der wirtschaftspolitischen Zielsetzung der Mitgliedstaaten. Diese Vertragsziele können jedoch allein durch die Abschaffung der Handelsschranken zwischen den Mitgliedstaaten nicht erreicht werden. Private Marktregelungen können nämlich sowohl die Vorteile aus der wirtschaftlichen Integration

⁽²⁶²⁾ Ibidem, Art. 3 Buch. f).

⁽²⁶³⁾ Vgl. Kommission, Neunter Wettbewerbsbericht, S. 9.

⁽²⁶⁴⁾ Vgl. Urteil des EuGH vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Continental Can, Slg. 1973, S. 246.

⁽²⁶⁵⁾ Vgl. Urteil des EuGH vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 309; 25.11.1971, Rs. 22/71, Béguélin, Slg. 1971, S. 960, 10.7.1980; Parfums Lancôme Slg. 1980 S. 2536; 11.12.1980; L'Oréal Slg. 1980 S. 2702

als auch die gewünschte Koordinierung und Harmonisierung der Wirtschaftspolitik der Mitgliedstaaten ⁽²⁶⁶⁾ beeinträchtigen. Vorschriften zum Schutz des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft sind daher unerlässlich. ⁽²⁶⁷⁾.

Wird der Wettbewerb als eine Verhaltensweise von Wirtschaftssubjekten angesehen ⁽²⁶⁸⁾, nach der ein Unternehmen seine Angebote im Blick auf Angebote Dritter bzw. unter dem Druck dieser Angebote bildet, dann ist die Gewährleistung der Handelsfreiheit eine unverzichtbare Bedingung. Mit ihrer Entscheidung für eine Marktwirtschaft drückten die Mitgliedstaaten den Wunsch aus, statt die Wirtschaft zentralisierterweise durch strenge Planungsvorschriften zu dirigieren, den Wirtschaftsablauf prinzipiell "durch eine Vielzahl dezentralisierter Entscheidungen" steuern zu lassen ⁽²⁶⁹⁾, damit sich die Strukturen auf der Angebots- wie auf der Nachfrageseite ständig der Marktentwicklung anpassen können.

Wenn die Staaten aufgrund dieser ideologischen Grundlage auf direkte Eingriffe in das Marktgeschehen verzichten, um eine Ordnung "mit soviel Wettbewerb als möglich" ⁽²⁷⁰⁾ zu schaffen, so muß doch verhindert werden, daß Private die Erreichung dieses Ziels beeinträchtigen. Wird darüber hinaus die Schaffung eines wirtschaftlichen Raums mit binnenmarktähnlichen Verhältnissen angestrebt, dann ist es unerlässlich, daß die Einheitlichkeit dieses Marktes nicht durch private Absprachen gefährdet wird. Daher enthält der EWG in den Art. 85 und 86 Bestimmungen, die eine Einschränkung, Verfälschung oder Ausschaltung des Wettbewerbs sowie die mißbräuchliche Ausnützung einer marktbeherrschenden Stellung grundsätzlich verbieten.

Die Anwendung und die Überwachung der Wettbewerbsvorschriften im Rahmen eines Verwaltungsverfahrens sind Tätigkeiten, die die EG-

⁽²⁶⁶⁾ Vgl. Art. 2 EWGV.

⁽²⁶⁷⁾ Helmut Schröter, Vorb. zu Art. 85, Rdnr. 4, in v.d. Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl.

⁽²⁶⁸⁾ So Helmut Scheufele, 'Beherrschende Stellung' und ihre 'mißbräuchliche Ausnutzung' im EWG-Kartellrecht, AWD 1971, S. 460.

⁽²⁶⁹⁾ Schröter, Vorb. zu den Art. 85 bis 94, Rdnr. 5.

⁽²⁷⁰⁾ Eberhard Günther, Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages, WuW 1963, S. 201.

Kommission als "europäische Kartellbehörde" auszuüben hat. Das Verfahren zur Durchführung der Wettbewerbspolitik ist in der Verordnung Nr. 17 vom 6. 2. 1961 geregelt⁽²⁷¹⁾. Ein Kartellverfahren wird in der Regel auf Antrag der Mitgliedstaaten oder von "Personen und Personenvereinbarungen, die ein berechtigtes Interesse darlegen" eingeleitet⁽²⁷²⁾. Die Personen, die ein berechtigtes Interesse an einem Kartellverfahren haben, brauchen nicht die Qualität von Unternehmen zu besitzen⁽²⁷³⁾ und können daher auch Verbraucherverbände sein, sofern sie ein wirtschaftliches Interesse an der Beseitigung der angeblichen Wettbewerbsbeschränkung darlegen⁽²⁷⁴⁾. Da aber die Kommission auch dazu befugt ist, ein Verfahren von Amts wegen einzuleiten, spielt es praktisch keine Rolle, ob der Antragsteller tatsächlich ein berechtigtes Interesse hatte.⁽²⁷⁵⁾ Die Kommission kann jedoch ihre Ablehnung, ein Verfahren einzuleiten, immer damit begründen, daß kein berechtigtes Interesse dargelegt wurde⁽²⁷⁶⁾.

Ein Verfahren nach der Verordnung Nr. 17 kann zu einer Entscheidung i.S.v. Art. 189 EWGV führen, in der die Unternehmen verpflichtet werden, die wettbewerbsbeschränkende Absprache bzw. Praxis aufzuheben. Um die Unternehmen zu veranlassen, Zuwiderhandlungen abzustellen,

(271) VO Nr. 17 des Rates vom 6. 2. 1962 (ABl. Nr. 13 vom 21.2.1962).

(272) VO Nr. 17, Art. 3 Abs. 2.

(273) Gleiss/Hirsch, Kommentar zum EWG-Kartellrecht, 3. Aufl. Heidelberg 1978, S. 422; Frignani/Waelbroeck, Disciplina della Correnza nella CEE, 3. Aufl., Napoli, 1983, Rdnr. 141; Kerse, ECC Antitrust Procedure, London, 1981, S. 52; Ernst-Joachim Mestmäker, Europäisches Kartellrecht, München, 1974, S. 526.

(274) S. Luigi Carlo Ubertazzi, Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach europäischem und italienischem Wettbewerbsrecht GRUR Int. 1979, jS. 80 - 86; Zur Erforderlichkeit eines Interesses wirtschaftlicher Art, Gleiss/Hirsch, S. 423; Ernst Steidorff, Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und ihre prozessuale Durchsetzung, AWD 1963, S. 359; verneinend, Mestmäker, S. 526.

(275) Vgl. Urteil des EuGH vom 12. 7. 1979 in den verbundenen Rs 31/78 und 36-82/78. BMW/Kommission, Slg. 1979, S. 2471-2471.

(276) Wenn Art. 3 Abs. 2 der VO Nr. 17 für Anträge von Privatpersonen die Vorlage eines berechtigten Interesses verlangt, dann ist dies als eine Voraussetzung zur Antragstellung anzusehen: liegt kein berechtigtes Interesse vor, dann ist der Antrag zurückzuweisen, es sei denn, daß die Kommission eine Untersuchung des Sachverhalts von Amts wegen für erforderlich hält. Sie kann aber von vornherein die Beteiligung des Antragstellers mangels eines berechtigten Interesses ausschließen.

len, kann die Kommission Zwangsgeld bis zu 1000 Rechnungseinheiten (RE) für jeden Tag Verzug festsetzen⁽²⁷⁷⁾. Für vorsätzliche oder fahrlässige Verstöße gegen Art. 85 und 86 können Geldbußen bis zu einer Million RE und darüber hinaus bis zu 10 % des Jahresumsatzes jedes an der Zuwiderhandlung beteiligten Unternehmens verhängen⁽²⁷⁸⁾. Derartige Entscheidungen sind vollstreckbare Titel. Die endgültige Entscheidung der Kommission unterliegt, wenn darin ein Verstoß gegen die Wettbewerbsbestimmungen festgestellt wird, der gerichtlichen Kontrolle durch den Europäischen Gerichtshof (EuGH) und kann mittels Nichtigkeitsklage nach Art. 173 angefochten werden.

Die Kommission vertritt den Standpunkt, daß sie weder zur Einleitung noch zur Durchführung bzw. zum Abschluß eines Verfahrens verpflichtet sei⁽²⁷⁹⁾. Auch wenn man der Kommission ein weites Ermessen bei der Beurteilung der Zweck- bzw. Verhältnismäßigkeit der Einleitung eines Verfahrens nach Opportunitäts Gesichtspunkten einräumt⁽²⁸⁰⁾, bleibt festzuhalten, daß dieses Ermessen weitgehend der gerichtlichen Kontrolle durch den EuGH unterliegt. Der Rechtsprechung des EuGH ist jedoch das Prinzip zu entnehmen, daß die Kommission verpflichtet ist, auf Antrag tätig zu werden⁽²⁸¹⁾, so daß ihre Untätigkeit trotz Aufforderung des Antragstellers die entsprechende Klage nach Art. 175 EWGV begründet. Dieser Anspruch auf ein Tätigwerden der Kommission entspricht dem "Antragsrecht"⁽²⁸²⁾, das aus Art. 3 Abs. 2 der Verordnung Nr. 17 abzuleiten ist. Diese Vor-

(277) VO Nr. 17, Art. 6.

(278) Ibidem, Art. 15 Abs. 2.

(279) Vgl. Elfter Bericht über die Wettbewerbspolitik, S. 86.

(280) So Nass, Problem des Europäischen Kartellverfahrens, EuR 1970, S. 125.

(281) Im Urteil vom 18. 10. 1979 in der Rs 125/78, GEMA/Kommission, (Slg. 3187 ff.) hat sich der EuGH zu diesem Punkt zwar nicht ausdrücklich geäußert, dennoch implizit der Argumentation des Generalanwalts Capotorti gefolgt: "Da die Firma GEMA von dem Recht Gebrauch gemacht hatte, das...in Artikel 3 Absatz 2 Buchstabe b der Verordnung eingeräumt wird, hat sie gemäß Artikel 6 die Verordnung Nr. 99 der Kommission sicherlich Anspruch darauf, die dort vorgesehene Mitteilung...zu erhalten." (Ibidem, S. 3200).

(282) So Steindorff, S. 359.

schrift gewährt den interessierten Personen keine bloße Anzeigemöglichkeit, und dem Antragsteller ist demzufolge ein Recht darauf zuzuerkennen, daß die Kommission nach substantiierter Darlegung des berechtigten Interesses den Sachverhalt prüft und den Antragsteller über den Fortgang des Verfahrens unterrichtet ⁽²⁸³⁾. Dem Antragsrecht entspricht allerdings kein Anspruch auf die Durchführung des Verfahrens zwecks Erlaß einer Feststellungsentscheidung. ⁽²⁸⁴⁾. Der EuGH erkennt der Kommission das Ermessen hinsichtlich der Opportunität der Durchführung des Verfahrens zu; aber dieses Ermessen wird dadurch eingeschränkt, daß die Kommission dem Antragsteller durch einen Bescheid nach Art. 6 der Verordnung Nr. 99 vom 25. 7. 63 ⁽²⁸⁵⁾ ihren Standpunkt mitzuteilen hat. Ein solcher, an den Antragsteller gerichteter Bescheid kann von ihm mit einer Nichtigkeitsklage nach Art. 173 angefochten werden ⁽²⁸⁶⁾. Wird also ein Antrag auf Einleitung eines Kartellverfahrens gestellt, dann ist die Kommission verpflichtet darauf zu reagieren. Auch wenn sie dem Antragsteller durch einen Bescheid die Einleitung eines Verfahrens mitteilen muß, bleibt sie doch frei, das Verfahren einzustellen oder es einfach nicht fortzusetzen. Für diesen Fall ist nach der Rechtsprechung des EuGH eine Untätigkeitsklage ausgeschlossen. Eine das Kartellverfahren abschließende Entscheidung der Kommission wird nämlich nicht an den Antragsteller gerichtet, sondern an die an der Wettbewerbszuwiderhandlung beteiligten Unternehmen. Da eine Untätigkeitsklage von Privatpersonen gegen Gemeinschaftsorgane nur in den Fällen zulässig ist, in denen "ein Organ der Gemeinschaft es unterlassen hat, einen...Akt...an sie zu richten" ⁽²⁸⁷⁾ und

(283) Mestmäker, S. 527; Nass, S. 125; Ubertazzi, S. 82.

(284) Vgl. Urteil des EuGH in der Rs1 25/78, GEMA, S. 3189 f.

(285) Verordnung Nr. 99 der Kommission vom 25.7.1963 (ABl. Nr. 127 vom 20.8.1963, S. 2268).

(286) Im Urteil vom 11.10.1983 in der Rs 210/81, Demo-Studio Schmidt/Kommission stellte der EuGH fest, daß es im Interesse eines sachgerechten Rechtsschutzes und einer ordnungsgemäßen Anwendung der Art. 85 und 86 liegt, daß "natürliche oder juristische Personen, die ...für einen Antrag auf die Feststellung einer Zuwiderhandlung gegen die Artikel 85 und 86 bei der Kommission zu stellen berechtigt sind, bei völliger oder teilweiser Ablehnung ihres Antrags über die Klagemöglichkeit zum Schutz ihres berechtigten Interesses verfügen" (Slg. 1983, S. 3063 f.).

(287) EWGV Art. 175 Abs. 3

angesichts der Tatsache, daß Adressat der Feststellungsentscheidung andere Personen sind, als der Antragsteller, ist eine von ihm erhobene Untätigkeitsklage unzulässig⁽²⁸⁸⁾.

Für die Erhebung einer Nichttikeitsklage ist es nicht erforderlich, daß der angefochtene Akt des Gemeinschaftsorgans an den Kläger gerichtet wurde. Es genügt, daß er dadurch "unmittelbar und individuell" betroffen wird.⁽²⁸⁹⁾ Aufgrund dieser Formulierung wird Art. 173 vom EuGH nicht so eng wie Art. 175 ausgelegt⁽²⁹⁰⁾. Im Kartellverfahren hat dies zur Folge, daß nicht nur die an der Wettbewerbszuwiderhandlung beteiligten Unternehmen eine endgültige Entscheidung anfechten können, sondern daß auch der Antragsteller klagebefugt ist⁽²⁹¹⁾. Andere Personen, insbesondere Vereine und Verbände, besitzen, selbst wenn sie sich auf ein berechtigtes Interesse berufen könnten, eine Klagebefugnis, wenn sie am Verfahren nicht tatsächlich beteiligt waren⁽²⁹²⁾. Wird eine Entscheidung

(288) Im Urteil vom 10.6.1982 in der Rs. 246/81, Lord Bethell/Kommission hat der EuGH eine gegen die Kommission erhobene Untätigkeitsklage als unzulässig zurückgewiesen, mit der Begründung "Der Kläger verlangt... von der Kommission nicht, ihm gegenüber eine Entscheidung zu erlassen, sondern Dritten gegenüber... Entscheidungen zu treffen... er befindet sich dadurch nicht in der genau umrissenen Rechtsstellung des tatsächlichen Adressaten eines Rechtsaktes, den die Kommission ihm zu erlassen verpflichtet wäre, wie dies Artikel 175 Absatz 3 voraussetzt" (Slg. 1982, S. 2291).

(289) Art. 173, Abs. 2.

(290) Vgl. zur Notion "unmittelbar und individuell Betroffensein" Urteil vom 15.7.1963 in der Rs 25/62, Firma Plaumann & Co/Kommission, Slg. 1963, S. 238; Urteil vom 10.12.1969, Rs. 10 u. 18/68, Eridania/Kommission, Slg. 1969, S. 482; Urteil vom 6.10.1982, Rs. 307/81; Alusuisse/Rat und Kommission, Slg. 1982, S. 3472 f.; Urteil vom 14.7.1983, Rs. 231/82, Spijker/Kommission, Sgl. 1983, S. 2566; Urteil vom 21.2.1984, Rs. 239 u. 275/82, Allied Corporation/Kommission, Slg. 1984, S. 1030; Urteil vom 31.3.1977, Rs. Exportation de Sucres/Kommission, Slg. 1977, S. 726; Urteil vom 4.10.1983, Rs. 191/82, Fediol/Kommission, Slg. 1983, S. 2935.

(291) Vgl. Urteil vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Metro/Kommission, Slg. 1977, S. 1902 f.

(292) Obwohl eine Feststellungsentscheidung nicht an den Antragsteller gerichtet wird, ist er als "individuell und unmittelbar" betroffen anzusehen, wie das Urteil im Fall Metro/Kommission feststellte. Für andere, am Verfahren nicht beteiligte Personen entfällt ein berechtigtes Interesse, insbesondere bei Verbänden, denn ihre Interessen sind nicht mit denen ihrer Mitglieder zu verwechseln (vgl. Urteil vom 14.2.1962, Rs. 16 u. 17/62, Confédération Nationale des Producteurs de Fruits et Légumes/Rat, Slg. 1962, S. 980).

angefochten, dann kann der EuGH den sachverhalt sowie die Recht- und Verhältnismäßigkeit der Entscheidung der Kommission uneingeschränkt überprüfen. O do tantum devolutum quantum appellatum.

§ 2 – Selbstaufuhrbeschränkungen und EWG-Kartellverbot

A. Auslegung des Art. 85 Abs. 1

Art. 85 Abs. 1 EWGV enthält eine grundlegende Bestimmung der gemeinschaftlichen Rechtsordnung. Die Vorschrift beschreibt den Tatbestand unternehmerischer Handlungen, die mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar sind: "mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar und verboten sind alle Vereinbarungen zwischen Unternehmen, Beschlüsse von Unternehmensvereinigungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen, welche den Handel zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet sind und eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes bezwecken oder bewirken." Diese Bestimmungen können u.U. für nicht anwendbar erklärt werden, wenn die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 erfüllt sind. Aus der Struktur dieser Vorschrift wird deutlich, daß es sich um ein Verbot mit Erlaubnisvorbehalt handelt ⁽²⁹³⁾. Infolge der Ausnahmeregelung des Abs. 3 bedeutet der Beispielskatalog des Abs. 1 nicht, daß die dort erwähnten Wettbewerbsbeschränkungen per se verboten sind. Andererseits ist der Katalog nicht abschließend und Wettbewerbsbeschränkungen sind immer verboten, wenn die Voraussetzungen des Abs. 1 erfüllt sind. ⁽²⁹⁴⁾

⁽²⁹³⁾ Vor dem Erlaß der Verordnung Nr. 17 stritten sich die französische und deutsche Literatur um die Qualifizierung des Art. 85 Abs. 1 i.V.m. Abs. 3. In Frankreich herrschte die Auffassung, Art. 85 Abs. 3 sehe Legalausnahmen des Kartellverbots vor (s. statt vieler Robert Fabre, Les pratiques commerciales restrictives et le traité du marché commun, RMC 1958, S. 267). In der Bundesrepublik wurde die Vorschrift hingegen als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt ausgelegt (vgl. Arno Stölter, Die Ausnahmegvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, WuW 1961, S. 674 ff.). Art. 1 der Verordnung Nr. 17 entschied sich unmißverständlich für die letzte Interpretation (s. Arved Deringer, Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages, WuW 1962, S. 84). im Unterschied etwa zum amerikanischen Antitrustrecht.

⁽²⁹⁴⁾ Diese Auffassung legt schon die Konjunktion "insbesondere" vor dem Beispielskatalog klar.

Neben den geschriebenen Tatbestandsmerkmalen des Kartellverbots wurden in der Praxis der Kommission durch die Rechtsprechung des EuGH zusätzliche, den Tatbestand der Wettbewerbsbeschränkung abgrenzende Kriterien entwickelt. Die geschriebenen Tatbestandsmerkmale beziehen sich auf zwei Aspekte: erstens auf die Ursache der Zuwiderhandlung und zweitens auf die daraus resultierenden Wirkungen.

Die mit der Ursache verknüpften Tatbestandsmerkmale unterscheiden sich jedoch noch in subjektive oder objektive Art. Das subjektive Moment erfaßt die Gruppe der Personen, die eine Zuwiderhandlung begehen. Es handelt sich dabei um "Unternehmen und Unternehmensvereinigungen". Das objektive Moment bezieht sich auf die von diesen Personen praktizierten Handlungen: "Vereinbarungen, Beschlüsse und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen."

Die Vereinbarkeit einer Handlung dieser Personen mit dem Gemeinsamen Markt hängt von deren Auswirkungen ab. Diese Vereinbarungen, Beschlüsse usw. sind mit dem Gemeinsamen Markt unvereinbar, wenn sie eine Verhinderung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewirken; wenn diese Verhinderung des Wettbewerbs auf dem Gemeinsamen Markt erfolgt und darüber hinaus geeignet ist, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen.

Zusätzlich zu diesen geschriebenen Tatbestandsmerkmalen wurden aus der Praxis zwei weitere entwickelt. Zunächst ist es stets erforderlich, daß bezüglich einer Wettbewerbsbeschränkung der relevante Markt genau umrissen wird. Das bedeutet weniger ein zusätzliches Tatbestandsmerkmal als vielmehr einen Verfahrensschritt bei der Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung: es muß nämlich feststellbar sein, in welchem Marktsegment die Vereinbarung die angebliche Verfälschung des Wettbewerbs bewirkt. Das zweite ungeschrie-

bene Tatbestandsmerkmal dagegen ist eine klare Einschränkung der Anwendbarkeit des Kartellverbots. Selbst wenn die übrigen Voraussetzungen erfüllt sind, ist Art. 85 nur auf diejenigen Wettbewerbsbeschränkungen anwendbar, die sich spürbar auf den betroffenen Markt auswirken.

Auch wenn eine eingehende Behandlung dieser Problematik weit über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen würde, so sollen diese Tatbestandsmerkmale doch wenigstens knapp und zusammenfassend dargestellt werden.

a) "Unternehmen" i.S.v. Art. 85 Abs. 1 ist ein gemeinschaftlicher Begriff mit eigenständigem Sinn, der als solcher nicht mit den entsprechenden Begriffen der Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten verwechselt werden darf. Den Begriff "Unternehmen" hat der EuGH bei der Auslegung des EGKSV definiert als "einheitliche, einem selbständigen Rechtssubjekt zugeordnete Zusammenfassung personeller, materieller und immaterieller Faktoren, mit welcher auf Dauer ein bestimmter wirtschaftlicher Zweck verfolgt wird" ⁽²⁹⁵⁾. Unternehmen können daher natürliche oder juristische Personen sein, so etwa der Urheber eines Erzeugnisses ⁽²⁹⁶⁾, der Gründer einer Gesellschaft ⁽²⁹⁷⁾, oder ein Opersänger ⁽²⁹⁸⁾. Die ausgeübte Tätigkeit muß ferner zwar wirtschaftlicher Art sein, jedoch ist Gewinnerzielungsabsicht nicht erforderlich ⁽²⁹⁹⁾. Schon der Wortlaut stellt klar, daß auch wettbewerbsbeschränkende Absprachen von Unternehmensvereinigungen verboten sind, wobei es unerheblich ist, ob die Vereinigung selbst Rechtspersönlichkeit besitzt oder nicht ⁽³⁰⁰⁾.

⁽²⁹⁵⁾ Vgl. Urteile des EuGH vom 13.7.1962, Rs. 17, 19 u. 20/61, Klöckner, Hoensch, Mannesmann/Hohe Behörde der EGKS, Slg. 1962, S. 653, 687 u. 717, 750.

⁽²⁹⁶⁾ Vgl. Entscheidungen von der Kommission vom 2.12.1975, Bevrand, AB1. 1976, L 6, Erwägungsgründe, Absatz 2.

⁽²⁹⁷⁾ Entscheidung der Kommission vom 26.7.1976, Reuter gegen BASF, AB1. L 251, S. 40.

⁽²⁹⁸⁾ Entscheidung vom 26.5.1978, RAI gegen UNITEL, AB1. L 157, Erwägungsgründe Abs. 7 a.

⁽²⁹⁹⁾ Koch, Art. 85 Abs. 1 Rdnr. 7 in Grabitz, Kommentar zum EWG Vertrag, München 1986.

⁽³⁰⁰⁾ Brigitte Castell Borrás, La defensa de la competencia en la CEE - Artículo 85 del Tratado de Roma, S. 39 f.

b) Wettbewerbsbeschränkungen von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen sind in allen ihren Formen von Vereinbarungen, Beschlüssen oder aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen verboten.

Für den Begriff "Vereinbarung" kommt es nicht auf die Qualifizierung nach dem Recht der betroffenen Mitgliedstaaten an. Erheblich ist nur das tatsächliche Verhalten, das die Parteien damit bewirken wollen. Die Vereinbarung kann einen "ganz normalen" Vertrag darstellen⁽³⁰¹⁾ oder eine Übereinkunft sonstiger Art sein, wie etwa ein Vertrag, mit dem administrativ gesetzte Ziele verwirklicht werden sollen⁽³⁰²⁾. Auf die Form kommt es daher nicht an, so daß auch mündliche Verträge "Vereinbarungen" i.S.v. Art. 85 Abs. 1 darstellen⁽³⁰³⁾. Umstritten ist nur, ob die Vereinbarung verbindlichen Charakter besitzen muß, d.h. ob auch "gentlemen's agreements" als "Vereinbarungen" zu verstehen sind. Die Frage hat rechtliche Bedeutung hinsichtlich der Abgrenzung von "vereinbarungen" mit "aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen"⁽³⁰⁴⁾. Aus der Praxis der Kommission und der Rechtsprechung des EuGH geht hervor, daß, sobald eine Vereinbarung vorliegt, die eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt, eine Untersuchung der tatsächlichen Auswirkungen auf den Markt nicht nötig ist und das Kartellverbot ohne weiteres angewandt werden kann⁽³⁰⁵⁾. Bei aufeinander abgestimmten Verhaltensweisen, die per definitionem keine Vereinbarungen in diesem Sinne darstellen, ist dagegen eine solche Untersuchung stets erforderlich. Wird ein "gentlemen's agreement" als Vereinbarung betrachtet, dann ist der Tatbestand des Kartellverbots schon unabhängig von den Auswirkungen erfüllt. Die Bezeichnung der Vereinbarung durch die Parteien ist für die Kommission und für die Rechtsprechung des Gerichtshofs völlig unerheblich. Vielmehr ist entscheidend, ob die damit begründeten Verpflichtungen "rein" moralischer Art sind, oder ob die Parteien daran gebunden sind.

(301) Z. B. ein Kaufvertrag, vgl. Urteil des EuGH vom 25.11.1971, Rs. 22/71, Béguélin, Slg. 1971, S. 949 ff.

(302) Entscheidung vom 29.11.1974, Kugellager, ABl. L 343, S. 24.

(303) Castell Borrás, S. 95 ff.

(304) Verneinend: Gleiss/Hirsch, S. 71.

(305) Vgl. Urteil des EuGH vom 13.7.1966, Rs. 56 u. 58(64, Grundig Consten, Slg. 1966, S. 399.

In Fällen, in den die Vertragsparteien mit irreführender Absicht einen Vertrag als "gentlemen's agreement" bezeichnen, der aber eine Bindung an den getroffenen Regelungen bewirken soll, wird dieser Vertrag als "Vereinbarung" i.S.v. Art. 85 Abs. 1 angesehen⁽³⁰⁶⁾, mit der Folge, daß die Kommission nicht mehr zu beweisen braucht, daß das spätere Verhalten der Parteien "aufeinander abgestimmt" dieser Regelung nachgekommen ist. Läßt sich dagegen keine Bindung feststellen, dann kommt der Begriff "Vereinbarung" nicht in Frage.

Beschlüsse unterscheiden sich von Vereinbarungen dadurch, daß sie einen kollektiven Willen ausdrücken und setzen die Existenz eines multilateralen Gebildes voraus, wie etwa Vereinigungen, Verbände, Vereine usw. Beschlüsse werden auf der Grundlage eines bereits bestehenden Gesamtrechtes (z.B. eine Satzung) gefaßt und stellen insofern eine hierarchische Entscheidung dar. Sie müssen rechtsverbindlich sein, und diese Rechtsverbindlichkeit ergibt sich aus dem zugrundeliegenden Rechtsverhältnis der Körperschaft. Wie bei den Vereinbarungen kommt es nicht auf die Bezeichnung an. "Empfehlungen" einer Vereinigung stellen auch "Beschlüsse" dar, wenn sie dennoch für die Mitglieder verbindlich sind⁽³⁰⁷⁾.

Schwierigkeiten bereitet der Begriff "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen". Der Begriff enthält zwei Tatbestandsmerkmale, die sich gegenseitig ergänzen: ein konzertiertes Verhalten und eine wettbewerbsbeschränkende Absicht. Beide müssen vorliegen, um die Handlungen unter diesen Begriff zu subsumieren. Man kann insofern von zwei verschiedenen Momenten sprechen. Die Abstimmung entspricht dem Ab-schluß einer Vereinbarung ("Kundgebung des Willens"), die - abgestimmte - Verhaltensweise der Ausführung der Vereinbarung ("Verwirklichung des Willens").⁽³⁰⁸⁾ Im Gegensatz zu den echten "Vereinbarungen" verbietet Art. 85 Abs. 1 nicht schon die "Abstimmung",

(306) Castell Borrás, S. 90 ff., mit zahlreichen Hinweisen.

(307) Urteil des EuGH vom 29.10.1980, Rs. 209, 215 u. 218/78. Van Landewyck, Slg. 1980, S. 3250 (Dieses Urteil wird auch als "FEDETAB-Urteil" benannt).

(308) Hans-Wolfram Daig, Zum Begriff "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" nach Art. 85 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung des "Zucker-Urteils" des EuGH vom 16.12.1975, Eur 11 (1976), S. 217.

sondern nur ihre "Verwirklichung". Aufgrund ihrer Rechtsverbindlichkeit sind "Vereinbarungen" gefährlicher als "Abstimmungen" und deswegen schon ohne weiteres verboten; da die letzteren oft folgenlos bleiben, werden sie erst verfolgt, sobald sie praktiziert werden. Abgesehen von den Beweisschwierigkeiten ⁽³⁰⁹⁾ ist der Begriff auch aus anderen Gründen problematisch, v.a. im Hinblick auf die Abgrenzung der abgestimmten Verhaltensweisen vom erlaubten Wettbewerb. Darauf kann an dieser Stelle aber nicht näher eingegangen werden.

Nicht ohne Interesse ist jedoch an dieser Stelle die Feststellung, daß dem Begriff "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" in der Rechtsprechung des EuGH eine bestimmte Wettbewerbskonzeption zugrundeliegt. Der EuGH geht von der Feststellung aus, daß der Wettbewerb stets mit Risiken verbunden ist, und daß die Unternehmen selbständig zu bestimmen haben, welche Politik sie auf dem Gemeinsamen Markt zu betreiben gedenken. Dabei können sie in den Grenzen der Willkür frei wählen, welchen Personen sie Angebote unterbreiten und verkaufen, sie können ihre Preise festsetzen oder sich auf bestimmte Gebiete spezialisieren und infolgedessen bestimmte Gebiete ausschließen. Dieses Selbständigkeitspostulat beseitigt nicht ihr Recht, sich dem festgestellten oder erwarteten Verhalten ihrer Mitbewerber mit wachem Sinn anzupassen. Das Selbständigkeitspostulat steht jedoch streng "jeder unmittelbaren oder mittelbaren Fühlungnahme zwischen Unternehmen entgegen, die bezweckt oder bewirkt, entweder das Marktverhalten eines gegenwärtigen oder potentiellen Mitbewerbers zu beeinflussen oder einen solchen Mitbewerber über das Marktverhältnis ins Bild zu setzen, das man selbst an den Tag zu legen entschlossen ist oder in Erwägung zieht" ⁽³¹⁰⁾. Zielt diese Fühlungnahme darauf ab, das natürliche Risiko des Wettbewerbs

(309) S. dazu Daig, S. 230 ff.

(310) Urteil des EuGH vom 16.12.1975, verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 u. 114/73, Suiker Unie u.a. (sog. "Zuckerurteil"), Slg. 1975, S. 1965 f, Rdnr. 173/174.

dadurch auszuschließen, daß die Unternehmen von vornherein "die Unge-
wißheit über das zukünftige Verhalten ihrer Konkurrenten" ausräumen⁽³¹¹⁾
dann wird die Grenze des erlaubten Wettbewerbs überschritten, und
liegt eine aufeinander abgestimmte Verhaltensweise vor. Sie ist
übrigens dadurch gekennzeichnet, daß sie zu Wettbewerbsbedingungen
führt, "die im Hinblick auf die Art der Waren, die Bedeutung und An-
zahl der beteiligten Unternehmen sowie den Umfang und die Eigentüm-
lichkeiten des in Betracht kommenden Marktes nicht den normalen
Marktbedingungen entsprechen" ⁽³¹²⁾.

c) Verboten sind Vereinbarungen usw., die eine Verhinderung, Ein-
schränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs bezwecken oder bewir-
ken. Alle diese Modalitäten gehören zum Oberbegriff "Wettbewerbsbe-
schränkung" und sind in der Praxis unterschiedlos zu behandeln. Eine
Definition der Wettbewerbsbeschränkung ist aus der Wettbewerbskon-
zeption des EuGH abzuleiten. Wird der Wettbewerb durch die Selb-
ständigkeit der Marktteilnehmer gekennzeichnet, dann liegt die Wett-
bewerbsbeschränkung in dem Ausschluß ihrer Handlungsfreiheit. Diese
Freiheit wirtschaftlicher Betätigung auf dem Markt wird beschränkt,
wenn die Autonomie des Marktverhaltens i.S. der Vornahme bzw. Unter-
lassung bestimmter Handlungen auf dem Markt eingeschränkt wird. Die
Feststellung einer Wettbewerbsbeschränkung setzt infolgedessen eine
vergleichende Analyse des Verhaltens der Mitbewerber nach der Ab-
stimmung mit ihrem "normalen" Verhalten ohne eine solche Vereinba-
rungen auf dem betroffenen Markt voraus. Kommission und Gerichtshof
gehen dabei nicht von einer idealen Vorstellung der Marktverhält-
nisse aus, sondern von den bestehenden Begebenheiten auf dem be-
stimmten Markt. Geschützt wird nicht schon der wünschenswerte
"Wettbewerb", sondern der praktikable Wettbewerb ("workable compe-
tition"). Ein wirksamer, praktikabler Wettbewerb läßt es zu, "daß
Art und Intensität des Wettbewerbs je nach den in Betracht kommen-
den Waren oder Dienstleistungen und der wirtschaftlichen Struktur

⁽³¹¹⁾ Ibidem, S. 1966, Rdnr 175/176.

⁽³¹²⁾ Ibidem, S. 1492, Rdnr. 26/28.

des betroffenen Marktsektors verschieden sein können" ⁽³¹³⁾ .
Art. 85 Abs. 1 soll aber nicht nur Einschränkungen und Verfälschungen des Wettbewerbs zwischen den an einer Absprache beteiligten Unternehmen unterbinden, sondern auch dafür sorgen, daß der Wettbewerb zwischen jedem der Beteiligten und Dritten unbeeinträchtigt bleibt. ⁽³¹⁴⁾ . Im Schrifttum ist die Frage umstritten, ob der Tatbestand des Kartellverbots schon dann erfüllt ist, wenn die Handlungsfreiheit der Beteiligten nicht eingeschränkt wird, sondern nur die Marktpositionen dritter Unternehmen oder die Wahlmöglichkeit der Verbraucher beeinträchtigt wird ⁽³¹⁵⁾ . Die Frage ist bejahend zu beantworten, zumal das Kartellverbot nicht nur den bestehenden, sondern auch den potentiellen Wettbewerb schützt ⁽³¹⁶⁾ .

d) Die Wettbewerbsbeeinträchtigung muß Zweck oder Wirkung der Abstimmung sein. Die Formulierung "bezwecken oder bewirken" macht deutlich, daß diese Tatbestandsmerkmale nicht kumulativ erfüllt sein müssen. Nach der Praxis der Kommission und der Rechtsprechung des EuGH ist zunächst zu untersuchen, ob eine bestimmte Vereinbarung eine Wettbewerbsbeschränkung bezweckt. Wird diese Frage positiv beantwortet, dann ist schon der Art. 85 Abs. 1 ohne eine Untersuchung der Auswirkungen anwendbar ⁽³¹⁷⁾ . Die tatsächlichen Auswirkungen auf den betroffenen Markt sind erst dann zu untersuchen, wenn sich aus dem Kontext der Vereinbarung keine wettbewerbsbeschränkende Absicht feststellen läßt. Läßt der Text der Absprache Unklarheiten

(313) Urteil des EuGH vom 25.10.1977, Rs. 26/76, Metro, Slg. 1977, S. 1905.

(314) Vgl. Urteile des EuGH vom 13.7.1966, Rs. 32/65, Italien/Rat und Kommission, Slg. 1966, S. 485 f.; 13.7.1966, Rs. 56 u. 58/64, Grundig Consten, Slg. 1966, S. 387 f.

(315) Kritisch hierzu Gleiss/Hirsch, S. 81 f.

(316) Ständige Praxis der Kommission, vgl. Entscheidungen von 17.7.1968, SOCEMAS AB1. L 201, S. 7; 22.7.1969, Chapée-Buderus, AB1. L 195, S. 1; 20.12.1971, SOPELEM/LANGEN, AB1. 1972 L 13, S. 47; 9.6.1972, Raymond/Nagoya AB1. L 145 S. 41; 20.12.1974 Rank/SOPELEM, AB1. 1975 L 29, S. 23, 23.12.1975, KEWA, AB1. 1976 L 51, S. 18; 24.7.1974, Advocaat Zwarte Kip, AB1. L 237, S. 14; 20.1.1977, Vacuum Interrupters I, AB1. L 48, S. 36; 25.7.1977, Laval-Stork, AB1. 215, S. 15.

(317) Vgl. Urteile des EuGH vom 13.7.1966, Rs. 56 u. 58/64, Grundig Consten, Slg. 1966, S. 399; ferner Urteil vom 14.2.1978, Rs. 19/77, Miller International, Slg. 1978, S. 148.

bestehen, dann sind die Umstände ihrer Verwirklichung zur Auslegung heranzuziehen ⁽³¹⁸⁾. Der wettbewerbsbeschränkende Zweck einer Vereinbarung ist außerdem objektiv zu beurteilen; subjektive Vorstellungen der Vertragsparteien treten in dieser Hinsicht zurück. Aufgrund langjähriger Praxis haben die Kommission und der Gerichtshof einen Katalog wettbewerbsbeschränkender Absprachen formuliert. Es handelt sich dabei um Vereinbarungen, die regelmäßig eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken. Werden Vereinbarungen dieser Art getroffen, dann wird ohne weiteres ein wettbewerbsbeeinträchtigender Zweck vermutet. So, wenn sich das "Bezwecken" unabhängig vom subjektiven Willen der Beteiligten aus dem Inhalt und aus dem Kontext der Absprache ergibt. Denn in solchen Fällen ist das Eintreten einer Wettbewerbsbeschränkung in der Regel vorhersehbar. ⁽³¹⁹⁾

Auch wenn dies nicht der Fall sein sollte, kann ein wettbewerbsbeschränkender Zweck darin liegen, daß die Anwendung der vertraglichen Bestimmungen auf den betroffenen Markt unter Berücksichtigung seiner Eigentümlichkeiten erfahrungsgemäß eine Wettbewerbsbeschränkung bewirken würde, die die Vertragsparteien hätten vorhersehen müssen ⁽³²⁰⁾

Absprachen, die diese Merkmale nicht aufweisen, können aber ebenfalls unter das Kartellverbot fallen, wenn sie eine Einschränkung des Wettbewerbs bewirken. Die Wettbewerbsbeschränkung muß in diesem Fall von der Absprache zumindest mitverursacht werden und in adequadem Kausalzusammenhang zu ihr stehen. Es ist jedoch nicht erforderlich, daß die Wettbewerbsbeschränkung tatsächlich eintritt, solange sie nur objektiv vorhersehbar war ⁽³²¹⁾. Ebenso wie bei der Feststellung eines wettbewerbsbeschränkenden Zwecks muß die Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung in ihrem rechtlichen und wirtschaftlichen Gesamtzusammenhang mit allen Begleitumständen und

⁽³¹⁸⁾ S. Urteil vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 303.

⁽³¹⁹⁾ Castell Borrás, S. 168 ff.

⁽³²⁰⁾ Vgl. Urteil vom 28.3.1984, Rs. 29 u. 30/83, Cie Royale Austrienne des Mines Rheinzing, Slg. 1984, S.

⁽³²¹⁾ Vgl. u.a. Urteile v. 30.6.1966, Rs. 56/65 Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 304, v. 13.7.1966, Rs. 56 u. 58/64, Grundig Consten, Slg. 1966, S. 391, v. 12.12.1967 Rs. 23/67, Brasserie de Haecht I; Slg. 1967, S. 555 f., v. 16.12.1975, verb. Rs. 40 bis 48, 50, 54 bis 56, 111, 113 u. 114/73, Suiker Unie, Slg. 1975, S. 2025.

unter Einbeziehung etwa bestehender Parallelverträge gewürdigt werden ⁽³²²⁾. Der Kausalzusammenhang ist festzustellen, wenn die Erfüllung der Vereinbarung Voraussetzung und Bedingung eines späteren wettbewerbsatypischen Verhaltens der Vertragsparteien ist; d.h. wenn auf die erfüllte Abstimmung ein Autonomiedefizit der Beteiligten zurückzuführen ist.

e) Verboten sind aber nur Vereinbarungen usw., die eine Wettbewerbsbeschränkung auf den Gemeinsamen Markt bezwecken oder bewirken. "Gemeinsamer Markt" entspricht dem räumlichen Anwendungsbereich des EWGV nach Art. 227. Bezweckte oder bewirkte Wettbewerbsbeschränkungen auf Märkte von Drittländern verstoßen nicht gegen Art. 85 Abs. 1 ⁽³²²⁾, es sei denn, daß die wettbewerbsbeeinträchtigende Rückwirkungen auf den Gemeinsamen Markt haben ⁽³²³⁾. Die Bedeutung dieser Regel als kollisionsrechtliche Norm soll jedoch an späterer Stelle untersucht werden ⁽³²⁴⁾.

Es genügt aber nicht, daß eine Vereinbarung oder Verhaltensabstimmung allgemein eine Wettbewerbsbeeinträchtigung auf den Gemeinsamen Markt bezweckt oder bewirkt. Es muß darüber hinaus festgestellt werden, auf welchem Marktsegment diese Wirkung eintreten soll. Der relevante Markt muß bestimmt werden. Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal darf nicht so verstanden werden, als würde Art. 85 Abs. 1 damit nur noch Beschränkungen einer gewissen Schwere an erfassen ⁽³²⁵⁾. Es stellt eigentlich keine Qualifizierung der Wettbewerbsbeschränkung dar, sondern ein Erfordernis des sachgerechten Vorgehens der Kommission bei der Feststellung der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung der Absprache. "Relevant" steht in diesem Zusammenhang nicht für "erheblich" sondern für "betroffen", "in Frage kommend". Der Markt, um den es geht, muß abgegrenzt werden, damit

(322) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 6.11.1968, Rieckermann/AEG-Elotherm, AB1. XL 276, S. 25; s. Erster Wettbewerbsbericht (1971), S. 65.

(323) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 20.7.1978, Central Verkoopkantoor, AB1. L 242, S. 15; Achter Wettbewerbsbericht, (1978), S. 65.

(324) S. unten, § 3.

(325) So Hartmut Johannes, Zum Begriff der Wettbewerbsbeschränkung in Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrages, AWD 1968, S. 411.

die wettbewerbsbeschränkende Wirkung überprüft werden kann. Es handelt sich um ein objektes Vorgehen.

Sachlich gesehen, bedeutet dies den Markt der in Frage kommenden Waren bzw. Dienstleistungen. Der relevante Markt umfaßt unter diesem Gesichtspunkt alle Erzeugnisse, die einander ganz oder zu einem erheblichen Teil ersetzen können⁽³²⁶⁾. Dies setzt eine Beurteilung der Austauschbarkeit der Waren voraus. Zu demselben relevanten Markt gehören daher alle Erzeugnisse, die von der Marktgegenseite aufgrund ihrer Eigenschaften, ihres Preises oder ihres Verwendungszweckes als gleichartig angesehen werden. Für die Beurteilung des Verwendungszweckes kommt es nicht so sehr auf die tatsächliche Verwendung, sondern darauf an, wofür die Erzeugnisse verwendet werden können⁽³²⁷⁾. Bei nur geringen Unterschieden ist die Zuordnung zum selben relevanten Markt möglich⁽³²⁸⁾, jedoch ist ein hinreichender Grad an Austauschbarkeit erforderlich. Märkte, die häufig als einheitlich angesehen werden, können aber wegen Individualisierung durch Produktions- oder technische Merkmale sowie wegen den subjektiven Vorlieben und Abneigungen der Verbraucher in noch kleinere Märkte aufgeteilt werden. Das kann dazu führen, daß sich der relevante Markt auf die Erzeugnisse eines einzigen Herstellers einengt, v.a. wenn es um die Beurteilung vertikaler Wettbewerbsbeschränkungen geht⁽³²⁹⁾. Das gilt allerdings nicht für die

(326) "Der sachlich relevante Markt umfaßt neben den Vertragsprodukten alle anderen mit ihnen identischen oder gleichwertigen Produkte. Nach dieser Regel sind sowohl die Produkte der beteiligten Unternehmen als auch der Markt der betreffenden Produkte zu ermitteln. Die betreffenden Produkte müssen untereinander austauschbar sind. Ob dies zutrifft, ist aus der Sicht des Verbrauchers zu beurteilen, wobei die Eigenschaften der Produkte, ihre Preislage und ihr Verwendungszweck grundsätzlich gemeinsam zu berücksichtigen sind. Im Einzelfall können jedoch Produkte allein aufgrund ihrer Eigenschaft, ihrer Preislage oder ihres Verwendungszweckes einen besonderen Markt bilden. Dies gilt vor allem dann, wenn sich für sie Verbraucherpräferenzen entwickelt haben" (Bekanntmachung der Kommission vom 3.9.1986 über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, die nicht unter Artikel 85 Absatz 1 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft fallen, AB1. C 231 v. 12.9.1986, S. 3, Ziff. 11).

(327) Vgl. Urteil vom 21.2.1973, Rs. 6/72, Continental Can, Slg. 1973, S. 249.

(328) Vgl. Urteil vom 14.5.1975, Rs. 19 u. 20/74, Kali und Salz, Slg. 1975, S. 519.

(329) Für diesen Zweck kann man z.B. von einem "Markt für Grundig-Erzeugnisse" sprechen (Vgl. Entscheidung der Kommission vom 23.9.1964, Grundig Consten AB1. L 161, S. 2545; s. auch Entscheidung vom 3.12.1974, BMW, AB1. 1975 L 1, S. 7).

Feststellung einer marktbeherrschenden Stellung nach Art. 86⁽³³⁰⁾. Das zeigt, daß der relevante Markt nicht abstrakt abgegrenzt werden kann, sondern konkret unter Berücksichtigung der mit der Abgrenzung verfolgten Zwecke.

Örtlich relevanter Markt ist der geographische Raum der Nachfrage. Der Begriff hat bisher bei der Anwendung des Art. 85 kaum eine Rolle gespielt. Für die Anwendung des Art. 86 ist es der Raum, auf dem der Marktbeherrscher gegebenenfalls in der Lage ist, Mißbräuche, die einen wirksamen Wettbewerb verhindern, zu begehen⁽³³¹⁾. Es steht aber fest, daß der örtlich relevante Markt sich nicht auf den gesamten Gemeinsamen Markt zu erstrecken braucht, auch kleinere, nicht mal das gesamte Territorium eines Mitgliedstaates erfassende Gebiet können als örtlich relevanter Markt genügen⁽³³²⁾. Ähnlich hat der zeitlich relevante Markt keine Rolle in der Praxis gespielt, es ist aber anzunehmen, daß er für den Tourismus, Messen, Ausstellungen und sonstige Veranstaltungen und die damit verbundenen Dienstleistungen von Bedeutung wäre.

f) Eine Absprache ist aber nicht schon deswegen verboten, weil sie eine Wettbewerbsbeschränkung auf einem klar abgrenzbaren Markt innerhalb der Gemeinschaft bezweckt oder bewirkt. Es ist darüber hinaus erforderlich, daß es sich um eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung handelt. Dieses ungeschriebene Tatbestandsmerkmal ist aus der Praxis der Kommission entstanden und gehört inzwischen zur ständigen Rechtssprechung des Gerichtshofs. Weder Kommission noch EuGH haben feste Regeln dafür aufgestellt, wann eine Wettbewerbsbeschränkung als spürbar zu betrachten sei. Die Rechtsprechung läßt jedoch erkennen, daß dies dann der Fall ist, wenn die Wettbewerbsbeschränkung Angebot erfaßt, die auf eine Nachfrage von einem bestimm-

(330) Es gibt z. B. keinen besonderen Markt "für Chiquita-Bananen" für die Anwendung des Art. 86, sonst wäre ja jeder Hersteller ein Marktbeherrscher (s. Entscheidung der Kommission vom 17.12.1975, Chiquita, AB1. 1976 L 95 S. 11 f.).

(331) Vgl. Entscheidung vom 9.12.1971, Continental Can, AB1. 1972 L 5, S. 38; ähnlich auch 17.12.1975, Chiquita, AB1. 1976 L 95, S. 12.

(332) Vgl. Entscheidung vom 2.1.1973, Zucker, AB1. 140, S. 39.

ten Mindestumfang stoßen ⁽³³³⁾. Dem Merkmal der Spürbarkeit liegt der Gedanke zugrunde, daß das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht sich nicht mit geringfügigen Tatbeständen zu befassen hat. De minimis con curat praetor. Die Marktstellung der Beteiligten ist daher zu würdigen. In einer Bekanntmachung vom 3.10.1986 hat die Kommission quantitative Kriterien festgelegt, die im allgemeinen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung erkennen lassen, wie der Umstand, daß der Marktanteil der beteiligten Unternehmen auf dem relevanten Markt höher als 5 % ist, oder wenn die Gesamtumsätze aller beteiligten Unternehmen höher als 200 Mill. RE sind ⁽³³⁴⁾. Die Kriterien der Bekanntmachung sind aber für die Praxis der Kommission nicht bindend, sie sollen nur zum Ausdruck bringen, daß in der Regel nicht mit einem Kartellverfahren gerechnet zu werden braucht, wenn diese Voraussetzungen nicht erfüllt sind. Die Kriterien der Bekanntmachung sind bloße Indizien. So hat z. B. die Kommission in einer Entscheidung vom 28.11.1979 diesbezüglich festgestellt, daß die Wettbewerbsstruktur auf dem relevanten Markt mitzuberücksichtigen ist. Hersteller, die auf dem Markt eines Mitgliedstaates einen Anteil von nicht mehr als 2 % haben, können trotzdem den Wettbewerb spürbar einschränken, wenn der relevante Markt durch hohe Konzentration gekennzeichnet ist und daher durch vereinbarte Angebotsänderungen leicht beeinflußbar ist ⁽³³⁵⁾. In der Praxis der Kommission sind dagegen auch Fälle bekannt, wo die Beteiligten einen Marktanteil von mehr als 5 % innehatten, aber trotzdem keine spürbare Wettbewerbseinschränkung verursacht wurden ⁽³³⁶⁾. Eine allgemeine Definition der Spürbarkeit ist also nicht möglich.

(333) S. dazu Helmut Scheufele, Zur "Spürbarkeit" der "Marktbeeinflussung" und der "Wettbewerbseinschränkung", AWD 1970, S. 388 ff.

(334) Bekanntmachung der Kommission über Vereinbarungen von geringer Bedeutung, ABl. C 231 v. 12.9.1986, S. 3, Ziff. 7.

(335) Entscheidung der Kommission v. 28.11.1979, Floral, ABl. 1980 L 39, S. 57.

(336) Entscheidungen v. 17.7.1968, SOCEMAS, ABl. L 201, S. 7; 16.12.1971, SAFCO, ABl. 1972 L 13, S. 45.

g) Das Kartellverbot des Art. 85 ist aber nicht schon deswegen anwendbar, weil eine Absprache eine spürbare Wettbewerbsbeeinträchtigung auf einem klar abgrenzbaren Markt innerhalb der Gemeinschaft bezweckt oder bewirkt. Es ist zuletzt noch erforderlich, daß es sich um eine Wettbewerbsbeschränkung handelt "welche den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen geeignet ist". Der Ausdruck "Handel" ist nicht eng auszulegen. Er umfaßt nicht nur den Warenverkehr, sondern auch den Dienstleistungs-⁽³³⁷⁾ und Kapitalverkehr⁽³³⁸⁾. Der gesamte Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten wird damit erfaßt. In früheren Jahren war es umstritten, ob eine nachteilige Wirkung auf den zwischenstaatlichen Handel erforderlich ist, oder ob eine Beeinflussung in irgendeiner Art und Weise genügen solle. Die Frage stellte sich aufgrund der unterschiedlichen Bedeutung der Bestimmung in den verschiedenen Sprachen. Während der französische Wortlaut eine etwas neutrale Interpretation zuließ ("affecter") war der deutschen ("beeinträchtigen"), italienischen ("pregiudicare") und der niederländischen ("ongunstig beïnvloeden") Fassungen eine negative Bewertung zu entnehmen⁽³³⁹⁾. Der EuGH schloß sich der neutralen Auslegung an. Nach der Rechtsprechung genügt es, daß eine Vereinbarung mittelbar oder unmittelbar tatsächlich oder potentiell den Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinflussen kann.⁽³⁴⁰⁾ Gleichzeitig aber übertrug der EuGH die enge Auslegung des Ausdrucks "beeinträchtigen" auf eine andere Ebene: die Art der Handelsbeeinflussung (d.h. ob vor- teilhaft oder nachteilig) ist unerheblich. Entscheidend dagegen ist

(337) Urteil des EuGH vom 25.10.1979, Rs. 22/79, Greenwich Film Production, Slg. 1979, S. 3288.

(338) Urteil des EuGH vom 14.7.1981 Rs. 172/80, Züchner/Bayerische Vereinsbank, Slg. 1981, S. 2030.

(339) Schlußanträge des Generalanwalts Roemer, Rs. 56 u. 58/64, Grundig/Consten, Slg. 1966, S.

(340) Urteile des EuGH vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 303; v. 13.3.1966, Rs. 56 u. 58/64, Grundig Consten, Slg. 1966, S. 589; v. 9.7.1979, Rs. 5/69, Völck/Verwaecke, Slg. 1969, S. 502; v. 6.5.1971, Rs. 1/71, Cadillon/Höss, Slg. 1971, S. 356; v. 16.7.1980, Rs. 99/79, Parfums Lancôme, Slg. 1980, S. 2536; v. 29.10.1970, Rs. 209 bis 215 und 217/78, Heintz van Landewyck, Slg. 1980, S. 3274; v. 11.12.1980, Rs. 31(80), L'Oréal, Slg. 1980, S. 3775.

ihre Eignung, die Freiheit des Handels zwischen den Mitgliedstaaten derartig zu gefährden, daß sie der Verwirklichung der Ziele eines einheitlichen Marktes zwischen den Mitgliedstaaten nachteilig sein kann. ⁽³⁴¹⁾ Es ist daher gleichgültig, ob die Absprache im konkreten Fall den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr fördert oder hemmt. Eine Handelsbeeinträchtigung liegt nicht nur vor, wenn ein bestehendes Handelsvolumen reduziert oder ein potentielles beschränkt wird, sondern auch dann, wenn die Absprache dazu führt, daß der Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten sich unter anderen (künstlichen) Bedingungen entwickelt, als dies der Fall ohne die Wettbewerbsbeschränkung wäre ⁽³⁴²⁾. Auch wenn die denkbaren Modalitäten der Handelsbeeinflussung sich nicht aufzählen lassen, gibt es inzwischen infolge der Praxis der Kommission und der Rechtsprechung des EuGH Fälle von Absprachen, in denen von einer Eignung zur Handelsbeeinträchtigung auszugehen ist. Eine Wettbewerbsbeschränkung ist erstens stets geeignet, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, wenn sie sich unmittelbar oder mittelbar auf ein- oder auszuführende Waren bezieht oder die Ein- bzw. Ausfuhr verhindert ⁽³⁴³⁾. Der Bezug auf den zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehr braucht aber nicht unmittelbar zu sein. Wenn durch die Absprache Kapazitäten auferlegt werden, dann können potentielle Import-Exportgeschäfte vermindert werden. ⁽³⁴⁴⁾ Eine derartige Beeinflussung des grenzüberschreitenden Verkehrs kann auch dann vorliegen, wenn durch die Vereinbarung der Absatz innerhalb eines Staates so geregelt wird, daß der Handel über die Grenzen miterfaßt wird ⁽³⁴⁵⁾. Dies kann insbesondere durch vertikale

(341) Urteil des EuGH vom 31.5.1979, Rs. 22/78, Hugion, Slg. 1979, S. 1899.

(342) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 29.11.1974, Kugellager, AB1. Nr. L 343, S. 25, Urteil des EuGH vom 13.7.1960, Rs. 56 u. 58(64 Grundig Consten, Slg. 1966, S. 389 f.

(343) Vgl. Entscheidung der Kommission vom 1.12.1975, Miller, AB1. Nr. L 357, S. 41 (ständige Praxis).

(344) Entscheidung der Kommission vom 25.7.1975, Heidemaatschappij, AB1. Nr. L 249, S. 29.

(345) Entscheidungen der Kommission vom 5.10.1973, AB1. Nr. L 293, S. 42, Philips, vom 13.12.1974, BMW, AB1. Nr. L 29, S. 5, vom 22.12.1976, Gerofabriek, AB1. Nr. L 16, S. 11.

Abreden (Vertriebssysteme u.a.) eintreten, und zwar in Form von Vertragsklauseln wie Preisbindungen für reimportierte Erzeugnisse ⁽³⁴⁶⁾, Querlieferungsverboten ⁽³⁴⁷⁾, Sprunglieferungsverboten ⁽³⁴⁸⁾, Rücklieferungsverboten ⁽³⁴⁹⁾ oder Parallelimportverboten ⁽³⁵⁰⁾.

Auch in Fällen, wo vertikale Verträge keine Import- oder Exportbeschränkung enthalten, kann eine Handelsbeeinträchtigung festgestellt werden, wenn sie mit Parallelverträgen derselben oder anderer Hersteller eine kumulative, über das Gebiet des Mitgliedstaates hinausgehende Wirkung haben ⁽³⁵¹⁾ oder wenn infolge bestimmter vereinbarter Konditionen für den inländischen Absatz eine Ablenkung der Handelsströme der betroffenen Güter verursacht wird ⁽³⁵²⁾. Als besonders schädlich für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten betrachtet der EuGH diejenigen Vereinbarungen, die das gesamte Gebiet eines Staates erfassen, weil sie ihrem Wesen nach eine Abschottung der nationalen Märkte verfestigen. Dabei ist aber jedes Mal der gesamte wirtschaftliche Zusammenhang zu würdigen ⁽³⁵³⁾.

Ein anderer bekannter Fall der Handelsbeeinträchtigung ist der einer Vereinbarung, in der der Handel dritter Länder mit der Gemeinschaft als Block geregelt wird ⁽³⁵⁴⁾. Dasselbe kann eintreten, wenn Unternehmen mit Sitz in der Gemeinschaft mit ausländischen Konkurrenten die Menge der abzunehmenden Erzeugnisse bestimmen, und dadurch eine Preiserhöhung dieser Erzeugnisse in der Gemeinschaft hervorgerufen wird ⁽³⁵⁵⁾. Auch wenn die Absprache nicht das

(346) Entscheidung der Kommission vom 21.12.1976, Junghans, AB1. L 977, Nr. L 30, S. 12.

(347) *Ibidem*, S. 13.

(348) Entscheidung der Kommission vom 5.10.1973, Philips, AB1. Nr. L 293, S. 42.

(349) Junghans, S. 13.

(350) Urteil des EuGH vom 15.5.1975, Rs. 71/74, FRUBO, Slg. 1975, S. 584.

(351) Vgl. Urteile des EuGH vom 30.6.1966, Rs. 56/65, Maschinenbau Ulm, Slg. 1966, S. 306; 12.12.1967, Rs. 23/67, Brasserie de Haecht I, Slg. 1967, S. 555, 11.12.1980, Rs. 31/80, L'Oréal, Slg. 1980, S. 3792.

(352) Urteil des EuGH vom 29.10.1980, Rs. 209 usw./78, Heintz von Landewyck, Slg. 1980, S. 3275.

(353) Vgl. Urteile des EuGH vom 17.10.1977, Rs. 8/72, Cementhandelaren, Slg. 1972, S. 991; 26.11.1975, Rs. 73/74, Papiers Peints, Slg. 1975, S. 1515; 16.6.1981, Rs. 126/80, Salonia, Slg. 1981, S. 1578.

(354) Urteil des EuGH vom 15.6.1976, Rs. 51, 86 u. 96/75, Slg. 1976, S. 908.

(355) Entscheidung vom 19.12.1984, Alluminium Einfuhren aus Osteuropa, AB1. L 92 vom 30.3.1985 S. 47 (sog. "Brandeis-Entscheidung").

gesamte Gemeinschaftsgebiet umfaßt, sondern lediglich die Importpreise in einem Mitgliedstaat festsetzt, kann der zwischenstaatliche Handel beeinträchtigt werden, wenn aufgrund der Preisabsprache die Gefahr besteht, daß der Warenverkehr zwischen diesem und den übrigen Mitgliedstaaten unter anderen Bedingungen stattfindet als dies der Fall ohne Bestehen der Vereinbarung gewesen wäre ⁽³⁵⁶⁾ .

h) Zusammenfassend ist festzustellen, daß die praktische Auslegung des Art. 85 Abs. 1 durch die Kommission und durch den Gerichtshof darauf abzielt, einen wirksamen Wettbewerb innerhalb der Gemeinschaft zu erhalten. Dementsprechend orientiert sich ihre Tätigkeit an der Wirklichkeit des Marktgeschehens und löst sich von der Form der gegebenen Absprache. Da aber der Wettbewerb einen instrumentalen Charakter besitzt, sind nur diejenigen Vereinbarungen und Verhaltensabstimmungsverboten, die mit dem Ziel der Errichtung eines einheitlichen, gemeinsamen Marktes unvereinbar sind. Diese Einschränkung des EWG-Kartellverbots dient außerdem dazu, die jeweiligen Anwendungsbereiche des gemeinschaftlichen und der nationalen Wettbewerbsvorschriften abzugrenzen. Um eine Überforderung der Gemeinschaft zu vermeiden, werden Absprachen nicht berücksichtigt, die wegen ihrer geringen Bedeutung die Errichtung des Gemeinsamen Marktes nicht gefährden können.

B. Selbstbeschränkungsabkommen als Verstoß gegen Art. 85 EWGV

Die Tatsache, daß Selbstbeschränkungsabkommen in Art. 85 nicht erwähnt sind, verhindert nicht ihre Qualifizierung als Wettbewerbsbeschränkung i.S. dieser Vorschrift. Die Aufzählung bestimmter wettbewerbsbeschränkender Absprachen in Art. 85 Abs. 1 ist nicht abschliessend, was die Konjunktion "insbesondere" schon nahelegt. Die dort aufgezählten Handlungen bilden lediglich einen Beispielskatalog

⁽³⁵⁶⁾ Entscheidung vom 29.11.1979, Kugellaager, AB1. L 343, S. 25.

der der Qualifizierung einer dort nicht erwähnten Vereinbarung als Wettbewerbsbeschränkung nicht entgegensteht. Dieses Ergebnis wird auch von der Praxis der Kommission bestätigt, die auf eine Subsumption unter die eine oder andere typische Wettbewerbseinschränkung verzichtet und sich lediglich auf die allgemeine Definition der Wettbewerbszuwiderhandlung stützt ⁽³⁵⁷⁾. Die einzige rechtliche Folge des Beispielkatalogs ist, daß Verstöße gegen die in Art. 85 Abs. 1 Buch. a) bis e) aufgezählten Tatbestände von der Rechtsprechung und der Verwaltungspraxis als schwere Zuwiderhandlungen angesehen und regelmäßig mit Geldbußen geahndet werden ⁽³⁵⁸⁾. Die Praxis zeigt darüber hinaus, daß die Kommission in aller Regel von der Freistellungsunfähigkeit solcher Absprachen ausgeht. Aufgrund dieser zwei Rechtsfolgen ist im Folgenden zu überprüfen, ob Selbstbeschränkungsabkommen unter das Kartellverbot fallen und insbesondere, ob sie unmittelbar von den Beispielen des Art. 85 Abs. 1 Buch. a) bis e) erfaßt werden.

Daß Selbstbeschränkungsabkommen eine Einschränkung des Wettbewerbs zwischen den Beteiligten herbeiführen, ist unumstritten. Versteht man den Wettbewerb als ein System, in dem die Konkurrenten selbständig ihr Verhalten bestimmen und unbehindert von der Gegenseite ihre Angebote gestalten, dann liegt eine Wettbewerbsbeschränkung immer dann vor, wenn Unternehmen im gegenseitigen Einvernehmen die Menge der anzubietenden Waren beschränken. Ebenfalls wird der Wettbewerb verfälscht, wenn die Freiheit der Preisgestaltung einvernehmlich ausgeschlossen wird und die beteiligten Unternehmen kollektiv Preiserhöhungen bzw. -herabsetzungen durchführen. Da sie un-

⁽³⁵⁷⁾ Schröter, Art. 85 Abs. 1 Rdnr. 55.

⁽³⁵⁸⁾ S. zur Rechtsprechung die Urteile des EuGH vom 15.7.1970, Rs. 41, 44 u. 45/69, Chemiefarma, Slg. 1970, S. 733 u. 769; 14.7.1972, Rs. 48, 49, 51 bis 57/69, ICI, Slg. 1972, S. 619, 713, 745, 845, 851, 887, 927 u. 933; 16.12.1975, Rs. 40 bis 48 usw./75, Suiker Unie, Slg. 1975, S. 1663; 14.2.1978, Rs. 19/77, Miller International, Slg. 1978, S. 131; 20.6.1978, Rs. 28/77, Tepea, Slg. 1978, S. 1351, Zur Praxis der Kommission, s. anstatt vieler Entscheidungen, Zweiter Wettbewerbsbericht (1972), S. 29 ff., 51 ff.; Fünfter Wettbewerbsbericht (1975), S. 29 ff.; Achter Wettbewerbsbericht (1978), S. 24 ff. u. 95 f.; Neunter Wettbewerbsbericht (1979), S. 68 f.

mittelbar zwei grundlegende, im Begriff "Wettbewerb" vorausgesetzte Freiheiten der Marktteilnehmer beeinträchtigen, nämlich die Freiheiten, zu entscheiden, wieviele Angebote werden und zu welchem Preis, gehören Quotenfestlegungen und Preisabsprachen zu den klassischen Typen von Wettbewerbsbeschränkungen und werden daher in Art. 85 Abs. 1 Buch. a) und b) ausdrücklich verboten. Selbstbeschränkungsabkommen stellen insofern keinen neuen Typ von Wettbewerbsbeschränkungen dar, denn sie enthalten stets eine oder beide dieser Bestimmungen. Ihre einzige Besonderheit liegt daran, daß sie sich auf Auslandsmärkte beziehen. Aber auch dieses Merkmal trifft nur beschränkt zu, denn SBA setzen immer die Mitwirkung der Konkurrenten im Importstaat voraus, und für diese ist die Absprache inlandsbezogen. Die getrennte kartellrechtliche Behandlung von SBA im Schrifttum erklärt sich einfach aus dem Grunde, daß sie eine besondere kollisionsrechtliche Problematik hervorrufen; denn ansonsten sind sie nichts anderes als Preis- oder Quotenabsprachen und sind als solche zu behandeln. Selbstbeschränkungsabkommen fallen also zweifelsohne unter das Verbot des Art. 85 Abs. 1 ⁽³⁵⁹⁾ .

Die Tatsache, daß sie mengenmäßige Beschränkung bzw. Preisbestimmungen zum Gegenstand haben, läßt ferner auf einen wettbewerbsbeschränkenden Zweck schließen, so daß in aller Regel auf eine Untersuchung der Auswirkungen verzichtet werden kann. Die übrigen Voraussetzungen zur Erfüllung des Verbotstatbestands sind dagegen spezielle Merkmale, die nur in concreto gewürdigt werden können. Ob dadurch der Wettbewerb spürbar verfälscht wird, und ob der Wirtschaftsverkehr zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigt wird, wird vom Ausmaß der Selbstbeschränkung sowie von den Besonderheiten des relevanten Marktes abhängig bleiben. Mit dem Vorbehalt, daß allgemeine Aussagen in dieser Hinsicht wissenschaftlich fehlerhaft sind, läßt sich jedoch feststellen, daß SBA zumindest eine Vermutung einer spürbaren

⁽³⁵⁹⁾ Wohl die herrschende Meinung, s. statt vieler Gleiss/Hirsch, S. 119 f.; zur Praxis der Kommission vgl. Entscheidungen v. 29.11.1974, Kugellager, AB1. L 343, S. 19; 8.1.1975, Pilzkonserven, AB1. L 29, S. 28 f; ferner die Entscheidung vom 19.12.1984, Aluminiumeinfuhren aus Osteuropa, AB1. 1985 L 92, S. 48.

Wettbewerbsbeschränkung und einer Beeinträchtigung des Handels zwischen den Mitgliedstaaten begründen. die Eignung zur Handelsbeeinträchtigung liegt daran, daß SBA entweder Angebote auf dem gesamten Gemeinschaftsgebiet oder auf dem mehrerer Mitgliedstaaten zum Gegenstand haben ⁽³⁶⁰⁾. Damit wird nach der Praxis der Kommission eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Wirtschaftsverkehrs vermutet. Aber auch wenn sie sich auf den Markt eines einzigen Mitgliedstaates beziehen, können sie eine Handelsbeeinträchtigung verursachen, und zwar weil sie dazu führen, daß der Handel mit den betroffenen Waren in diesem Staat unter künstlichen, in anderen Mitgliedstaaten nicht gegebenen Bedingungen stattfindet, so daß der Warenverkehr mit den anderen Ländern der Gemeinschaft mittelbar beeinflusst wird ⁽³⁶¹⁾. Eine Vermutung für ihre Spürbarkeit liegt

(360) So vereinbarten z. B. im Jahre 1973 französische und formosanische Hersteller von Pilzkonserven u.a. eine Quotenaufteilung ihrer Verkäufe auf dem deutschen Markt und die schrittweise Öffnung des französischen Marktes für Pilzkonserven aus Taiwan. Taiwan ist das größte Herstellerland von Pilzkonserven erster Qualität, und Frankreich das zweitgrößte. Deutschland hat dagegen eine unbedeutende eigene Produktion und importiert Pilzkonserven hauptsächlich aus den zwei anderen Ländern. Die Kommission stellte dann fest, "die Vereinbarung bezweckt den Aufbau einer Marktaufteilung innerhalb des Gemeinsamen Marktes und betrifft insbesondere die Ausfuhr französischer Produzenten nach Deutschland. Sie ist geeignet, den Handel zwischen Mitgliedstaaten durch direkte Beeinflussung der Handelsströme zu beeinträchtigen und damit der Verwirklichung der Ziele eines Gemeinsamen Marktes zu schaden" (AB. L 29 v. 3.2.1975, S. 28).

(361) Auf einer Sitzung der Chambre syndical nationale de la mécanique de haute précision am 16.2.1972 in Paris trafen sich französische und japanische Kugellagerhersteller, um über die japanische Verkaufspolitik zu beraten. Während der Sitzung fragte der Sprecher der französischen Delegation seinen japanischen Kollegen, was die japanische Industrie tun könnte, um die japanischen Einfuhren nach Frankreich zu verringern, die Preise zu erhöhen und beides zu kontrollieren. Er fragte den Sprecher der japanischen Delegation insbesondere, ob die japanischen Kugellagerhersteller entschlossen wären, im Hinblick auf eine in Frankreich für die kommenden Monate vorgesehene Preiserhöhung auch ihre Preise heraufzusetzen. Der Sprecher der japanischen Delegation bestätigte daraufhin die Bereitschaft der japanischen Industrie, mit ihren französischen Konkurrenten eine gemeinsame Preispolitik zu verfolgen. Er erklärte anschließend, daß die damalige Differenz zwischen den japanischen und französischen Preisen 15 % betrug, und daß sie nach der durch die französischen Hersteller vorgesehenen Preiserhöhung von 5 bis 6 % auf 20 % ansteigen werde. Die japanische Delegation schlug dann vor, die Preisdifferenz auf 5 oder 8 % herabzusehen. Durch Schreiben vom 10.3.1972 erklärte die Japan Bearing Industrial Association ihre Absicht, die Preisdifferenz wie vereinbart herabzusetzen, und die japanischen Preise gleichzeitig mit der französischen Preiserhöhung um 10 bis 12 % heraufzusetzen. Die Kommission stellte in ihrer Entscheidung über diesen Sachverhalt fest, daß die Vereinbarung geeignet war, den zwischenstaatlichen Handel zu beeinträchtigen, denn die Wettbewerbsbeschränkung erstreckte sich auf das gesamte französische Gebiet. Daher bestand die Gefahr, daß "der Warenverkauf zwischen Frankreich und den übrigen Mitgliedstaaten unter anderen Bedingungen stattfinden, als dies ohne Bestehen der Vereinbarung der Fall gewesen wäre". (ABl. L 343, vom 21.12.1974, S. 25).

auch darin begründet, daß SbA häufig von Unternehmen abgeschlossen werden, die beträchtliche Anteile des relevanten Marktes innerhalb der Gemeinschaft innehaben ⁽³⁶²⁾. Aus diesen Gründen hat die Kommission bereits im Jahre 1972 Selbstbeschränkungsabkommen für anmeldepflichtig erklärt ⁽³⁶³⁾.

2) Die Bestimmungen des Art. 85 Abs. 1 können aber nach dem Abs. 3 für nicht anwendbar erklärt werden, wenn die betreffende Wettbewerbsbeschränkung unter angemessener Beteiligung der Verbraucher zur Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschrittes beitragen, sofern den beteiligten Unternehmen keine Beschränkungen auferlegt werden, die für die Verwirklichung dieser Ziele nicht unerlässlich sind und keine Möglichkeiten eröffnet werden, für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren den Wettbewerb auszuschalten. Diese Bestimmung verdeutlicht den Charakter des Art. 85 als Verbot mit Erlaubnisvorbehalt.

Die Erklärung der Nicht-Anwendbarkeit von Art. 85 auf eine Absprache wird als Freistellung vom Kartellverbot bezeichnet. Es gibt in der Praxis zwei Formen der Freistellung. Die Einzelfreistellung wird von der Kommission durch eine Entscheidung erteilt, und zwar für Abspra-

(362) Am französisch-formosanischen SbA für Pilzkonserven von 1972-73 waren die fünf größten französischen Hersteller von Pilzkonserven beteiligt, die zusammen einen Marktanteil von etwa 85 % der französischen Produktion besaßen. Zusammen mit ihren Konkurrenten aus Taiwan deckten sie den größten Teil des deutschen Pilzkonservenverbrauchs: etwa 60 % der Verkäufe aller Güteklassen und praktisch die Gesamtheit bei der ersten Qualität (ABl. L 29 v. 3.2.1975, S. 27). An der französisch-japanischen Absprache über Kugellager die größte französische Gesellschaft auf dem betroffenen Gebiet, mit einem Produktionsanteil von etwa 60 %, und eine andere französische Industrie, mit einem Anteil an der inländischen Produktion von 25 %. Beide Gesellschaften hatten zusammen einen Marktanteil von etwa 45 - 50 % (ABl. L 343 vom 21.12.1974, S. 22). An den Brandeis-Vereinbarungen zur Beschränkung der Einfuhren von Aluminium aus Osteuropa waren die Unternehmen Swiss Aluminium, BACO, PUK, Alcan, Montedison/Alumetal, VAW und ASW beteiligt, die zusammen etwa 70 % der Primäraluminiumherstellung in Westeuropa vertraten (ABl. L 92 vom 30.3.1985, S. 36).

(363) S. Bekanntmachung betreffend die Einfuhr japanischer Erzeugnisse in die Gemeinschaft, auf die der Vertrag von Rom anwendbar ist, ABl. C 111 v. 21.10.1972, S. 13).

chen, die bei ihr angemeldet worden sind⁽³⁶⁴⁾. Aber auch in Fällen, in denen keine Anmeldung stattfindet, ist eine Freistellung möglich. Dies erfolgt, wenn die Kommission nach einem Kartellverfahren nach der Verordnung Nr. 17 zum Schluß kommt, die betreffende Vereinbarung erfülle die entsprechenden Voraussetzungen. Im Unterschied zur Einzelfreistellung erfolgt die Gruppenfreistellung im Wege der Gesetzgebung. Die Kommission wird in diesem Fall vom Rat ermächtigt, durch eine (Durchführungs-) Verordnung zu bestimmen, unter welchen Bedingungen und Voraussetzungen eine Vereinbarung in abstracto vom Kartellverbot ausgenommen wird. Solche Absprachen sind dann gültig und nicht anmeldepflichtig. Sollte eine darin freigestellte Absprache entgegen der allgemeinen Erwartung wettbewerbsbeeinträchtigende Wirkungen zeigen, dann kann die Kommission den Sachverhalt überprüfen und sie gegebenenfalls mit Wirkung ex nunc verbieten. Von der Möglichkeit des Erlassens von Gruppenfreistellungsverordnungen hat die Kommission in den Jahren 1983/84 sechsmal Gebrauch gemacht⁽³⁶⁵⁾.

Bezüglich von Selbstbeschränkungsabkommen (SbA) wurde im Schrifttum eine mögliche Anwendbarkeit von Art. 85 Abs. 3 untersucht und u.U. bejaht⁽³⁶⁶⁾. Vor Verallgemeinerungen ist aber zu warnen. Die Feststellung der Anwendbarkeit der Ausnahmeregelung des Art. 85 Abs. 3 ist logischerweise eine quaestio facti, die stets eine sorgfältige Würdigung des konkreten Sachverhalts voraussetzt. Es gibt so gut wie keinen Vertrag, von dem man mit absoluter Sicherheit sagen könnte, daß er "zur Verbesserung der Warenerzeugung" beiträgt oder umgekehrt, daß der Vertrag nicht der Förderung des technischen Fortschritts dient wenn dies sein Gegenstand ist. Es bleibt immer zu untersuchen, ob der betreffende Vertrag in seiner Anwendung und Durchführung unter Berücksichtigung der Stellung der Beteiligten auf

(364) Verordnung Nr. 17, Art. 4 Abs. 1 (ABl. Nr. 13 v. 21.2.1962, S. 204 ff).

(365) Verordnung Nr. 1983/83 über Alleinvertriebsvereinbarungen, ABl. L 173 S. 1; Verordnung Nr. 1984/83 über Alleinbezugsvereinbarungen, ABl. L 173, S. 5; Verordnung Nr. 123/85 über Vertriebs- und Kundendienstvereinbarungen bei Kraftfahrzeugen ABl. L 15, S. 16; Verordnung Nr. 417/85 über Spezialisierungsvereinbarungen bei der Produktion ABl. L 53, S. 1; Verordnung Nr. 48/85 über Forschung und Entwicklung, ABl. L 53, S. 3; Verordnung Nr. 2349/84 über Patentreizvereinbarungen, ABl. L 219, berichtigt durch ABl. L 113/1985, S. 35.

(366) So Werner, S. 239 ff.

dem relevanten Markt und auch der allgemeinen Konjunktur tatsächlich oder wahrscheinlich die Erreichung solcher Ziele ermöglicht. Das einzige mögliche Vorgehen in dieser Richtung ist die Aufzählung derjenigen Vereinbarung, die erfahrungsgemäß normalerweise dazu beitragen. Diese ist die Praxis der Kommission⁽³⁶⁷⁾. Ob ein SbA die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 erfüllt, ist eine Frage, die nicht allgemein beantwortet werden kann. Nur unter diesem Vorbehalt läßt sich im Folgenden diese Auffassung des Schrifttums bewerten.

Es wurde die Vereinbarkeit von SbA "in Form von Spezialisierungsabsprachen, Rationalisierungsabsprachen und Strukturkrisisabsprachen" mit Art. 85 Abs. 3 überprüft. Spezialisierungsabsprachen sind Vereinbarungen von Unternehmen, die es ihnen ermöglichen, sich auf die Produktion bestimmter Artikel zu konzentrieren und damit durch Herstellung größerer Serien Einsparungen zu erzielen⁽³⁶⁸⁾. Rationalisierungsabsprachen sollen ihrerseits die Einsparung von Produktionskosten dienen⁽³⁶⁹⁾. Strukturkrisisabsprachen schließlich sollen die Verminderung von Kapitalverlusten ermöglichen, die durch plötzliche Stilllegung von Produktionskapazitäten entstehen können⁽³⁷⁰⁾. An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, daß diese Bezeichnungen nicht dem gewöhnlichen Sprachgebrauch bei der Auslegung des Art. 85 Abs. 3 entsprechen. Auch wenn die Kommission gelegentlich auf den Rationalisierungs- bzw. Spezialisierungszweck einer Vereinbarung hingewiesen hat, werden sie im Schrifttum nicht als allgemeine Begriffe im Zusammenhang mit Art. 85 Abs. 3 benutzt⁽³⁷¹⁾. Die Zulässigkeit von Strukturkrisenkar-

(367) S. die Aufzählung der positiv und negativ beurteilten Vereinbarungen nach der Praxis der Kommission in Castell Borrás, S. 193 ff.

(368) Werner, S. 242.

(369) Ibidem, S. 246.

(370) Ibidem, S. 240.

(371) Lediglich die Verordnung Nr. 417/95 erwähnt "Spezialisierung bei der Produktion". Im Schrifttum verwendet man weiterhin die Ausdrücke des EWGV und es werden derartige Absprachen nicht als autonome Begriffe behandelt: vgl. Gleiss/Hirsch, S. 280 ff., Schröter, Rdnr. 113 ff.; Koch, Rdnr. 167 ff., Mestmäcker, S. 313 ff.

tellen ist zudem umstritten, und die Kommission bewertet derartige Absprachen eher negativ ⁽³⁷²⁾. Welche Terminologie man auch immer wählt, es ist jedenfalls nicht richtig, von "Selbstbeschränkungsabkommen in Form von Rationalisierungsabsprachen" usw. zu sprechen.

Das erklärt sich aus einem einfachen Grund. Art. 85 Abs. 3 räumt der Kommission und dem Gerichtshof ein Ermessen bei der Beurteilung einer Wettbewerbsbeschränkung und insbesondere bei der Abwägung der damit verfolgten (und zu erreichenden) Ziele ein. Bezweckt oder bewirkt eine Absprache ein berechtigtes Ergebnis, dann erlaubt der EWGV, die mit der Vereinbarung verbundene Einschränkung des Wettbewerbs nicht zu verurteilen, sofern sie zur Erreichung dieses gewünschten Ziels unerlässlich ist. Die Absprache braucht zwar nicht die einzige Möglichkeit zu sein, aber die Einschränkung des Wettbewerbs muß für die Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder für allgemeine Fortschritte auf technischem oder wirtschaftlichem Gebiet zumindest mit-ursächlich sein ⁽³⁷³⁾. So wird z. B. die Einschränkung der Handlungsfreiheit eines Herstellers durch einen Alleinvertriebsvertrag dadurch gerechtfertigt, daß es ihm erlaubt wird, seine Verkaufstätigkeit auf wenige Abnehmer zu konzentrieren, um eine Absatzförderung zu erleichtern und eine kontinuierliche Versorgung der Kundschaft zu ermöglichen ⁽³⁷⁴⁾. Diese Ausführungen legen den Schluß nahe, daß keine akzeptable Wettbewerbsbeschränkung vorliegt, wenn in der Vereinbarung jeglicher Bezug zum angeblichen Zweck fehlt. Das ist gerade der Punkt, der eine Betrachtung von Selbstbeschränkungsabkommen "in Form von Rationalisierungsabsprachen usw." erschwert. SBA werden mit Konkurrenten im Ausland abgeschlossen, um die einzuführenden Waren mengenmäßig oder preislich zu beschränken. Die damit vereinbarte Einschränkung des Wettbewerbs (Beschränkung der Angebotsmenge bzw.

⁽³⁷²⁾ Vgl. Achter Wettbewerbsbericht (1978), S. 54 ff.

⁽³⁷³⁾ Schröter, Art. 85 Abs. 3 Rdnr. 113, mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis der Kommission.

⁽³⁷⁴⁾ Erwägungsgründe 5 bis 8 der Verordnung Nr. 1983/83.

Ausschaltung des Preiswettbewerbs) bezieht sich überhaupt nicht auf inländische Produktion der betroffenen Waren. Sie wird damit weder spezialisiert noch rationalisiert. Die einzige Auswirkung betrifft die Marktgegenseite, die teure Waren kaufen muß. In Preisabsprachen oder Quotenfestlegungen sieht die Kommission dementsprechend lediglich einen Verstoß gegen Art. 85 Abs. 1, ohne daß die Voraussetzungen des Abs. 3 vorlägen⁽³⁷⁵⁾. Für Selbstbeschränkungsabkommen ist demzufolge nicht mit einer Freistellung zu rechnen.

Die einzige denkbare Möglichkeit wäre u. U. ein SbA, das parallel zu einer innergemeinschaftlichen Spezialisierungs- bzw. Rationalisierungsabsprache abgeschlossen würde⁽³⁷⁶⁾. Es wird argumentiert, Selbstbeschränkungsabkommen in Form von Spezialisierungsabsprachen sollten verhindern, daß "die Produzenten auf dem Gemeinsamen Markt mehr wettbewerbsfähig sind"⁽³⁷⁷⁾. Dadurch würden sich die "Unternehmen in Billiglohnländern auf besondere lohnintensive Produkte spezialisieren, während die Produkte, deren Herstellung einen hohen Stand der Technologie voraussetzt, von den Unternehmen innerhalb des Gemeinsamen Marktes produziert werden"⁽³⁷⁸⁾. Damit wird aber schon impliziert, daß allein das SbA die "Spezialisierung" bewirken würde. Daß Quoten- bzw. Preisabsprachen ihrer Natur nach nicht zur Verbesserung der Warenerzeugung oder der tech-

(375) Langjährige Praxis der Kommission: s. Entscheidungen v. 25.6.1969, Vereinig-
ung van Vernis Verfabrikanten in Nederland, AB1. L 168, S. 221; 30.6.1970,
ASPA, AB1. L 148 S. 9; 16.12.1971, Vereinig-
ung van Cementhandelaren, AB1. 1972 L 13, S. 13; 23.12.1971, Nederlandse Cementhandeswaatschappij, AB1. 1972 L 22,
S. 16; 22.12.1972, GISA, AB1. L 303 S. 45; 15.5.1974, Verpackungsglas, AB1. L
160, S. 1; 20.7.1978, EDETAB, AB1. L 224, S. 29; s. auch 15.7.1975,
IFTRA-ALUMINIUM, AB1. L 228, S. 3; Über Quotenabsprachen und Ein- und
Ausfuhrverbote vgl. Entscheidungen der Kommission v. 23.9.1964, Grundig
Consten, AB1. Nr. 161, S. 2545; 28.10.1970, Julien/Van Katwijk, AB1. 242, S.
18; 11.5.1973, SCPA/Kali und Salz, AB1. L 217, S. 3; 5.3.1975, Sildar/Phildar,
AB1. L 125, S. 27; 12.6.1978, SNPE/Leafields, AB1. L 191, S. 41; 28.7.1978,
Teacher, AB1. L 235, S. 20; s. auch 23.11.1972, Pittsburgh Corning Europa, AB1.
L 272, S. 35; 22.12.1976, Gerofabriek, AB1. 1977 L 16, S. ; 20.12.1977,
Distillers, AB1. 1978 L 50, S. 16.

(376) Was Werner selbst feststellt (vgl. S. 249).

(377) Werner S. 243.

(378) Ibidem, S. 240 f.

nologischen Fortschritts geeignet sind, ist aber eine ständige Vermutung der Kommission, die derartige Kartelle prinzipiell negativ beurteilt. Außerdem würde eine solche "Spezialisierung" nichts anderes bedeuten, als ein absolutes Einfuhrverbot für sämtliche Erzeugnisse aus "Billiglohnländern", die nicht als "lohnintensiv" bezeichnet werden können. Der Wettbewerb für Produkte, deren Herstellung "einen hohen Stand der Technologie voraussetzt", wäre damit so gut wie ausgeschlossen. Da aber Art. 85 Abs. 3 nur Absprachen zuläßt, die den Beteiligten keine Möglichkeiten eröffnen "für einen wesentlichen Teil der betreffenden Waren, den Wettbewerb auszuschalten", wäre eine solche SBA "in Form von Spezialisierungsabsprachen" keineswegs freistellungsfähig ⁽³⁷⁹⁾.

Eine derartige "Spezialisierung" würde letztendlich nichts anderes bewirken, als eine weltweite Marktaufteilung und die gegenseitige Abschottung der Tätigkeitssphären zwischen den Beteiligten. Dies aber kann der Gewährleistung eines "redlichen Wettbewerbs" in der Gemeinschaft nicht dienlich sein ⁽³⁸⁰⁾. Diese Möglichkeit scheidet daher aus. Zu berücksichtigen bleiben nur SBA "in Form von Rationalisierungsabsprachen" und "in Form von Strukturkrisenabsprachen. Die "Strukturkrisenabsprache" sollen es den Unternehmen im Gemeinsamen Markt ermöglichen, "ihre nicht mehr nutzbaren Kapazitäten allmählich abzubauen" ⁽³⁸¹⁾. Dieser aus dem deutschen Kartellrecht stammende Ausdruck ist im Gemeinschaftsrecht selbst nicht geregelt. Strukturkrisenabsprachen müssen, falls sie überhaupt mit dem EWGV vereinbar sind, jedenfalls die Voraussetzungen des Art. 85 Abs. 3 erfüllen, d. h. sie müssen zur Verbesserung der Warener-

⁽³⁷⁹⁾ Dies wird übrigens von Werner selbst angenommen (vgl. S. 245 f.).

⁽³⁸⁰⁾ Schon die Vorstellung einer derartigen "Spezialisierung" von "Billiglohnländern" auf "lohnintensive" Produkte beruht auf einer Verallgemeinerung. Bei den bekannten SBA über industrielle Erzeugnisse läßt sich schon feststellen, daß die Mehrzahl derartiger Vereinbarungen von der EG mit Japan abgeschlossen wurden (s. Kostacki, S. 443 ff.). Es ist in diesem Zusammenhang höchst irreführend, von "Billiglohnländern" zu sprechen. Eine derartige "Spezialisierung" würde auch nicht die zahlreichen SBA, die von der EG zum Schutz der Produktion "lohnintensiver" Waren in der Gemeinschaft ausgehandelt wurden, erfassen, wie dies der Fall in der Landwirtschaft ist.

⁽³⁸¹⁾ Werner, S. 256.

zeugung oder -verteilung oder zur Förderung des technischen oder wirtschaftlichen Fortschritts beitragen. Es wird argumentiert, diese würde dadurch erreicht, daß "gegenüber den Herstellern aus Drittstaaten zwar kleinere oder/und weniger aber doch leistungsfähige Konkurrenzbetriebe im Gemeinsamen Markt erhalten bleiben". (382)

Damit wird aber übersehen, daß das EWG-Wettbewerbsrecht großen Wert auf die unternehmerische Selbständigkeit legt. Notwendige Umstellungsmaßnahmen zur Anpassung an veränderte Wettbewerbsstrukturen sind in erster Linie autonom von den betreffenden Unternehmen zu treffen. Absprachen, die lediglich darauf abzielen, den Druck des Wettbewerbs auszuschalten, um gewonnene Marktanteile beizubehalten, widersprechen grundsätzlich der Wettbewerbskonzeption des EWGV. Speziell zum Problem der Überschußkapazitäten hat die Kommission dementsprechend den Standpunkt vertreten, daß Quotenabsprachen weder die Versorgung des betreffenden Marktes verbessern, noch das Problem überschüssiger Produktionskapazitäten zu lösen vermögen (384). Die Ausschaltung der Importkonkurrenz "in Form von Strukturkrisenabsprache" wird vom Art. 85 Abs. 3 daher nicht gedeckt.

Schließlich wird die Vereinbarkeit von SBA mit Art. 85 Abs. 3 als Maßnahme zur Durchführung eines innergemeinschaftlichen Rationalisierungskartells vertreten (385). Daß Quoten- bzw. Preisabsprachen allein keine Rationalisierung der Produktion bewirken, wird auch von der kritisierten Auffassung selbst festgestellt (386). Die Ausschaltung der Importkonkurrenz wie sie bei einer solchen Vereinbarung allenfalls zu erwarten ist, könnte, so wird argumentiert, als Ergänzung von konkreten Maßnahmen zur Durchführung der Rationalisierung vorgesehen werden (387). Die Unerläßlichkeit

(382) Ibidem, S. 257.

(383) Vgl. Entscheidungen der Kommission vom 18.12.1972, Cementregeling Nederland und vom 22.12.1972, Cimbel, AB1. L 303, S. 7 u. 24; ferner die Stellungnahme der Kommission zur Beurteilung eines Strukturkrisenkartells der europäischen Kunstfasernindustrie, Achter Wettbewerbsbericht (1978), S. 54; vgl. auch Zwölfter Wettbewerbsbericht, S. 44 ff, Dreizehnter Wettbewerbsbericht, S. 54 ff.

(384) Werner, S. 246 ff.

(385) Ibidem, S. 249.

(386) Ibidem, ibidem.

dieser Wettbewerbsbeschränkung (da akzessorisch, wäre darüber hinaus eine Wettbewerbseinschränkung zwecks Rationalisierung erforderlich) sei aus den zu erreichenden Vorteilen für die Verbesserung der Warenerzeugung und die Förderung der technischen und wirtschaftlichen Entwicklung zu erklären ⁽³⁸⁷⁾. Die letzte Aussage, im Grunde genommen eine petitio principii, ist aber unschlüssig. Die kritisierte Auffassung geht davon aus, daß SBA dann zulässig wären, wenn sie als komplementäre Maßnahmen in eine Rationalisierungsabsprache einbezogen würden. In diesem Fall wären aber zwei zwar zusammenhängende, jedoch verschiedene Wettbewerbsbeschränkungen festzustellen: eine innergemeinschaftliche Einschränkung des Wettbewerbs zwecks Rationalisierung der Produktion und eine außergemeinschaftliche, akzessorische Wettbewerbsbeschränkung, die mit Konkurrenten aus Drittländern abgeschlossen würde. Beide Wettbewerbsbeschränkungen sind aber nach Maßgabe des Art. 85 Abs. 3 zu überprüfen. Auch wenn die innergemeinschaftliche Rationalisierungsabsprache positiv zu beurteilen wäre, so wäre doch die Handelsbeschränkung nicht eo ipso mit dem EWG Kartellrecht vereinbar. Daß eine konkrete Rationalisierungsabsprache zu Vorteilen i.S.v. Art. 85 Abs. 3 führt, und daß die damit vereinbarte Einschränkung des Wettbewerbs zu genehmigen ist, bedeutet nicht, daß eine parallel ausgehandelte Exportselbstbeschränkung notwendigerweise dieselbe Bewertung verdienen würde. Vielmehr müßte dargelegt werden, daß die von der innergemeinschaftlichen Absprache verfolgten Ziele ohne diese Handelsbeschränkung nicht mehr erreicht werden könnten ⁽³⁸⁸⁾. Es müßte dann mit anderen Worten darüber entschieden werden, wann bestimmte Einschränkungen des Außenhandels vorzunehmen sind, um die Durchführung einer Rationalisierungspolitik der nationalen Industrie zu ermöglichen. Damit wird aber die Grenze der zulässigen Handlung von Privatunternehmen überschritten. Diese Auffassung räumt implizit den Unternehmen die Möglichkeit ein, aufgrund subjektiver Vorteilserwägungen die staatliche Aufgabe der

⁽³⁸⁷⁾ Ibidem, S. 252.

⁽³⁸⁸⁾ Ohne damit die Unerläßlichkeit des SBA ausdrücklich zu begründen, erwähnt Werner, sein Ziel sei es, zu verhindern, "daß die bisherigen Unternehmen plötzlich vom Markt verdrängt werden, ohne Zeit zu haben, sich durch Rationalisierung wieder wettbewerbsfähig zu machen". (S. 246).

Außenhandelssteuerung wahrzunehmen und würde im Ergebnis das Rechtsstaatsprinzip in Frage stellen. Sogar in Rechtssystemen, wie etwa dem deutschen, die anders als das Gemeinschaftsrecht eine Freistellung des Kartellverbots nach allgemeiner Güterabwägung erlauben, sind Absprachen Privater zur Regelung der Importe nur zulässig, wenn nachgewiesen werden kann, daß sie auf eine hoheitliche Intervention des Staates zurückzuführen sind ⁽³⁸⁹⁾. Die EG-Kommission ihrerseits nahm im Jahre 1985 die Gelegenheit wahr, die Unvereinbarkeit einer solchen Überschneidung von staatlicher Kompetenz und unternehmerischer Handlung mit dem Gemeinschaftsrecht festzustellen. Die u.a. diese Problematik betreffenden Brandeis-Entscheidung vom 30.3.1985 verdient es, an bestimmten Punkten hervorgehoben zu werden ⁽³⁹⁰⁾.

Durch zahlreiche Vereinbarungen seit Anfang der 60er Jahre bis Mitte der 70er Jahre hatten das britische Unternehmen Brandeis, Goldschmidt & Co. und ihre Tochtergesellschaft Brandeis, Goldschmidt & Co. AG mit Außenhandelsorganisationen von osteuropäischen Staaten (UdSSR, Polen, Ungarn, DDR und Tschechoslowakei) und westlichen Aluminium Herstellern (die Mehrzahl mit Sitz in EG-Ländern, aber auch andere aus der Schweiz, Österreich, Norwegen und Kanada) eine gemeinsame Regelung hauptsächlich zur Aufrechterhaltung der Preise für Aluminiumgot und Aluminiumerzeugnisse in der EWG und auf anderen Märkten getroffen. Zwecks Durchführung dieser Hochpreispolitik erklärte sich jeder Käufer bereit, für östliches Metall weder einen höheren noch einen niedrigeren Preis als den anzubieten, der im gemeinsamen Einvernehmen von allen Käufern festgesetzt worden war. Die Außenhandelsorganisationen übernahmen auch die entsprechende Verpflichtung bezüglich des Verkaufspreises. Daneben wurde auch vereinbart, daß die Außenhandelsorganisationen kein Ingot an andere Käufer anbieten durften. Ihnen wurde ebenfalls das Verbot jeglichen

⁽³⁸⁹⁾ S. statt vieler, Hans Ulrich, Außenhandelssteuerung durch private Selbstbeschränkung, AWD 1974, S. 357 ff. und die dort angegebenen Literaturhinweise; s. auch Immenga, RabelsZ 49 (1985), S. 309 ff.

⁽³⁹⁰⁾ Entscheidung der Kommission vom 19.12.1984, Alluminium einführen aus Osteuropa, AB1 L 92 vom 30.3.1985, S. ff.

Verkaufs von Schrott und Halbfertigerzeugnisse auferlegt. Die Übernahme dieser Verpflichtungen durch die Außenhandelsorganisationen wurde dadurch wettgemacht, daß die westlichen Aluminium Hersteller die von ihnen bezogenen Ingotmengen herabsetzten und gleichzeitig den von ihnen gezahlten Preis pro Tonne erhöhten⁽³⁹¹⁾ .

Ebenso wenig wie die Abnehmer im Rahmen dieser Vereinbarungen die Preise mit den Lieferanten aushandeln konnten, hatten sie auch keine Möglichkeit, die Menge zu bestimmen, die sie kaufen wollten. Die betreffenden Mengen wurden durch Berechnung des Anteils eines jeden Käufers an den Gesamtverkäufen in Westeuropa in einem bestimmten Jahr und der daraus resultierenden Zuteilung eines entsprechenden Anteils an der Gesamtmenge des dem Ostblock abzunehmenden Aluminiums festgesetzt⁽³⁹²⁾ . Um zu verhindern, daß sich die Außenhandelsorganisationen ihren für Hüttenaluminium eingegangenen Verpflichtungen entziehen, wurde die Ausfuhr von Sekundäraluminium als Polen in die westlichen Länder untersagt und für Exporte aus der UdSSR, Ungarn, der Tschechoslowakei und der Deutschen Demokratischen Republik Quoten festgesetzt. Diese Quoten wurden so niedrig angesetzt, daß selbständige Aluminiumhersteller tatsächlich keinen Zugang zu den Lieferungen dieser Erzeugnisse hatten⁽³⁹³⁾ . Um den Verkauf von Aluminium durch Tauschgeschäfte zu vermeiden, wurde sie einer besonderen Kontrolle unterworfen⁽³⁹⁴⁾ . Die westlichen Aluminium-Hersteller verpflichteten sich außerdem dazu, das von ihnen im Rahmen dieser Vereinbarungen gekaufte Aluminium nicht in seiner ursprünglichen Form an Dritte weiterzuverkaufen⁽³⁹⁵⁾ . Eine weitere Vertragsklausel betreffend den Handel mit Aluminium über die Londoner Metallbörse bestätigte als "Geist der Vereinbarung" die gemeinsame preisstützende Absicht. Die westlichen Hersteller waren sich darüber einig, daß der Handel mit Aluminium auf der Londoner Metallbörse das gesamte System gefährden konnte. Nachdem die Außenhandelsorganisationen auf den Ostmetallkonferenzen im

(391) Ibidem, Ziff. 11.1, S. 40.

(392) Ibidem, Ziff. 11.2, S. 40.

(393) Ibidem, Ziff. 11.3, S. 40 f.

(394) Ibidem, Ziff. 11.4, S. 41.

(395) Ibidem, Ziff. 11.5, S. 41 f.

Juni 1967 in Budapest die Absicht erklärt hatten, ihr Aluminium über die Londoner Metallbörse zu verkaufen, wurde den Vereinbarungen die Klausel hinzugefügt, wonach der Aluminiumhandel an der Londoner Metallbörse den Vertragspartnern das Recht gäbe, erneut zu verhandeln, und zur Beendigung der Vereinbarung führen könne. Das spätere Verhalten der westlichen Aluminiumhersteller bestätigte ihre Absicht, die Entstehung eines Marktes zu verhindern, den sie nicht hätten kontrollieren können und auf dem allein Angebot und Nachfrage bestimmt hätten. ⁽³⁹⁶⁾ Auf ein Rundschreiben des Ausschusses der Londoner Metallbörse vom Oktober 1970 mit der Einladung, den Handel mit Aluminium an der Börse in Betracht zu ziehen, reagierten die Hersteller zurückhaltend. Sie beauftragten anschließend einen der Verhandlungspartner mit der Beobachtung der Tendenzen an der Londoner Metallbörse und waren sich darüber im klaren, daß kein anderes Kartellmitglied der Börse Aluminium zum Handel anbieten würde, da ein derartiges Vorgehen möglicherweise sofort allen anderen Mitgliedern zur Kenntnis gebracht würde ⁽³⁹⁷⁾ .

Dank diesen Vereinbarungen konnten die westlichen Aluminiumhersteller ihren hohen Preis auf dem westlichen Markt durchsetzen sowie den ausschließlichen Zugang zur östlichen Versorgung behalten, der ihre Preispolitik gewährleisten sollte. Sie beeinflussten damit die Preise auf dem Gemeinsamen Markt, schränkten die Handlungsfreiheit Dritter ein und verhinderten den freien Handel mit Aluminium in ganz Europa durch den Boykott der Londoner Metallbörse. Die Kommission stellte infolgedessen eine spürbare Wettbewerbsbeschränkung sowie eine Beeinträchtigung des zwischenstaatlichen Handels fest ⁽³⁹⁸⁾ .

Die beteiligten Unternehmen trugen ihrerseits verschiedene Argumente vor, die ihrer Ansicht nach eine Freistellung des Kartellverbots nach Art. 85 Abs. 3 begründet hätte. Sie behaupteten erstens, die

⁽³⁹⁶⁾ Ibidem, Ziff. 11.6.1, S. 42.

⁽³⁹⁷⁾ Ibidem, Ziff. 11.6.2, S. 43.

⁽³⁹⁸⁾ Ibidem, Ziff. 12.3, S. 45 f. und Ziff. 13, S. 46 f.

Vereinbarungen zielten lediglich darauf ab, Verkäufe östlichen Metalls "zu Schleuderpreisen" zu vermeiden und ferner, daß alle Bedingungen vorlägen, um Antidumpingzölle zu erheben. Daraufhin antwortete die Kommission, eine solche Argumentation unterstelle, "daß sich private Vertragspartner öffentlichen Aufgaben zuweisen könnten. Sie setzt sich über die klare Unterscheidung zwischen staatlicher Lenkung und Kartellen hinweg. Eine Behörde muß die Rechte und Interessen Dritter ebenso wie das allgemeine öffentliche Wohl berücksichtigen. Ein Kartell hingegen funktioniert gewöhnlich zugunsten seiner Mitglieder und berücksichtigt nicht die beiden anderen Belange" ⁽³⁹⁹⁾. Nach Erläuterungen, daß staatliche Maßnahmen gegen angebliche Dumpingpreise ohnehin nicht so restriktiv gewesen wären wie die vereinbarten Wettbewerbsbeschränkungen, stellte die Kommission fest:

" Auch wenn die Regierungen aller europäischer Staaten nachweislich Maßnahmen mit denselben Auswirkungen wie denen der Brandeis- und Eisen- und Metall-Vereinbarungen für Aluminiumerzeugnisse ergriffen hätten, sind Unternehmen dennoch nicht befugt, derartige Maßnahmen vorwegzunehmen, indem sie selber beschließen, wieviel Wettbewerb es in Westeuropa geben oder wieviel aluminium in Westeuropa zirkulieren darf". ⁽⁴⁰⁰⁾

Das Argument, die Vereinbarung wäre unerlässlich gewesen, weil das GATT und die daraus abgeleiteten Antidumpingsvorschriften praktisch nicht geltend gemacht werden könnten, um Dumping der Aluminiumhersteller aus Osteuropa zu verhindern, wies die Kommission mit der Feststellung zurück, "Unternehmen sind nicht berechtigt, wettbewerbsbeschränkende Vereinbarungen zu schließen, die den Interessen der Konkurrenten und Verbraucher schaden, nur weil sie der Ansicht sind, daß die bestehenden Rechtsvorschriften dem eigenen Zweck nicht angemessen sind". ⁽⁴⁰¹⁾

⁽³⁹⁹⁾ Ibidem, Ziff. 12.2, S. 43.

⁽⁴⁰⁰⁾ Ibidem, S. 44.

⁽⁴⁰¹⁾ Ibidem, S. 52. Die Ausschaltung ausländischer Konkurrenz wird auch von Werner (S. 243 ff.) zur Abwehr von Marktstörungen befürwortet, insbesondere im Hinblick auf ein mögliches Absinken der Produktion.

Ebenso ablehnend war die Äußerung der Kommission zur angeblichen Unerläßlichkeit der Vereinbarung für die Erreichung berechtigter Ziele i.S.v. Art. 85 Abs. 3 EWGV. Ein beteiligter Unternehmer machte geltend, daß ohne Schutz vor den Gefahren einer "globalen, heftigen und unvorhersehbaren Preisschwankungen und Preiszerfallerscheinungen, vor denen die Vereinbarung schützen sollten", der technische und wirtschaftliche Fortschritt gelitten hätte ⁽⁴⁰²⁾. Die Kommission wiederholte zur Ablehnung dieses Arguments das Prinzip der ausschließlichen Zuständigkeit des Staates für handelspolitische Maßnahmen:

" Hätte ein Risiko oder auch die Wahrscheinlichkeit 'globaler, heftiger und unvorhersehbaren Preisschwankungen und Preisverfallerscheinungen' bestanden, wäre es Sache der öffentlichen Stellen, dies im Rahmen von handelsregulierenden Maßnahmen zu berücksichtigen...Hätten die betreffenden Stellen keine derartigen Befugnisse oder wären solche Befugnisse als unangemessen oder unbrauchbar erachtet worden, so wäre dies eine Sache für die Gesetzgebung, und würde doch keine Vereinbarung zwischen Unternehmen rechtfertigen, die aus eigenen privatwirtschaftlichen Interessen heraus versuchen, die bestehenden Regeln selber anzuwenden oder zu umgehen." ⁽⁴⁰³⁾

Anschließend stellte die Kommission fest, daß selbst, wenn man den Schutz der westlichen Aluminiumhersteller vor Wettbewerbsstörungen für eine Verbesserung der Warenerzeugung oder -verteilung oder als Beitrag zum wirtschaftlichen Fortschritt als erforderlich werten würde, die Vereinbarungen zur Quoten- und Preisfestsetzung dennoch hierfür kein zulässiges Instrumente wäre:

" Wären die EWG-Aluminiumhersteller auf Schutz vor dem Wettbewerb osteuropäischer Aluminiumhersteller angewiesen gewesen, hätten sie sich an die öffentlichen Stellen wenden können, die für die Regulierung des Handels gesetzlich zuständig sind." ⁽⁴⁰⁴⁾

(402) Ibidem, S. 52 f.

(403) Ibidem S. 53.

Die Brandeis-Entscheidung ist keineswegs als Schritt der Kommission in eine neue Richtung zu werten. Sie bestätigt lediglich ihre grundsätzlich negative Beurteilung von privaten Selbstbeschränkungsabkommen, die ihrer Natur als Quoten- bzw. Preisabsprachen nach ungeeignet sind, die in Art. 85 Abs. 3 genannten Vorteile zu verwirklichen. Obwohl diese Entscheidung kein neues Prinzip aufstellt, sondern lediglich die Tragweite eines allgemein anerkannten Grundsatzes bestätigte, ist sie wegen der klaren Abgrenzung zwischen staatlicher Handelspolitik und privater Wettbewerbsbeschränkung von großer Bedeutung. Im Zusammenhang mit der Problematik von Selbstbeschränkungsabkommen bestätigt sie ferner die hier vertretene Auffassung, daß eine Freistellung von privatrechtlichen Absprachen aus welchem Grund auch immer gänzlich ausgeschlossen ist.

Sollten Unternehmen einer bestimmten Branche innerhalb der Gemeinschaft zum Schluß kommen, daß Rationalisierungsmaßnahmen oder ähnliches erforderlich sind und halten sie eine Zusammenarbeit für angebracht, dann steht es ihnen frei, dies zu tun. Sollte es ihnen darüber hinaus notwendig scheinen, zur Durchführung dieser Politik für eine bestimmte Zeit den Druck der Importkonkurrenz zu vermindern, dann können sie den zuständigen staatlichen Organen entsprechende Vorschläge vorlegen. Die öffentlichen Stellen, die allein dafür zuständig sind, werden dann die Rechts-, Zweck- und Verhältnismäßigkeit der beantragten Handelsbeschränkung unter Opportunitätsgesichtspunkten sowie unter Berücksichtigung etwaiger völkerrechtlicher Verpflichtungen überprüfen und dann souverän darüber entscheiden.

Privatpersonen dürfen aber keineswegs autonom handeln und sich gegenseitig Handelsbeschränkungen auferlegen. Abgesehen von der Qualifizierung einer solchen Maßnahme als Verstoß gegen die Wettbewerbsbestimmungen des betreffenden Staates, stellt ein solches Vorgehen de facto eine unzulässige Ausübung hoheitlicher Gewalt dar.

Dort, wo die ausschließlichen Befugnisse des Staates beginnen, hört die Freiheit der Marktteilnehmer auf. Sie dürfen sich nicht als Vertreter der öffentlichen Hand gerieren und schon gar nicht staatliche Aufgaben für sich selbst in Anspruch nehmen und sich untereinander Zuständigkeiten hoheitlicher Gewalt teilen oder verleihen. Nemo plus iuris ad alium tranferre potest, quam ipsa habet.

§ 3 – Probleme extraterritorialer Anwendung des EWG-Kartellrechts

A. Problemstellung

Die bisherige Untersuchung hat ergeben, daß Selbstbeschränkungsabkommen regelmäßig gegen das Kartellverbot von Art. 85 Abs. 1 verstoßen.

Diese Bestimmung des EWGV erfaßt sämtliche Formen von Beschlüssen, Vereinbarungen und aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen von Unternehmen, die eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft bezwecken oder bewirken, sobald ihre Auswirkungen auf dem relevanten Markt spürbar sind und der Handel zwischen den Mitgliedstaaten direkt oder indirekt, tatsächlich oder potentiell beeinträchtigt wird.

Nach Art. 85 Abs. 3 ist eine Freistellung des Verbots durch die Kommission möglich, wenn die Wettbewerbsbeschränkung positiv zu bewertende Vorteile, wie Verbesserungen der Warenerzeugung bzw. -verteilung oder technischen oder wirtschaftlichen Fortschritt bringt, allerdings unter angemessener Beteiligung der Verbraucher am daraus resultierenden Gewinn. Zusätzlich wird verlangt, daß die Wettbewerbsbeschränkung zur Erreichung dieser Ziele unerläßlich ist, und den Beteiligten nicht die Möglichkeit eingeräumt wird, den Wettbewerb auf dem relevanten Markt ganz auszuschalten. Aufgrund der dem EWGV zugrundeliegenden Konzeption des Wettbewerbs als ein durch die Ent-

Ironischerweise löst diese Feststellung die Problematik nicht, sondern ruft erst die eigentlichen Probleme hervor. Daß Selbstbeschränkungsabkommen wegen ihres typisch wettbewerbsbeschränkenden Inhalts unter das Kartellverbot fallen, ist quasi eine Selbstverständlichkeit. Das eigentliche Problem ist nun, ob das EWG-Wettbewerbsrecht auf derartige Vereinbarungen überhaupt anwendbar ist bzw. ob es auf solche Tatbestände angewandt werden darf. Selbstbeschränkungsabkommen werden oft nicht nur außerhalb der Gemeinschaft abgeschlossen, sondern darüber hinaus mit Unternehmen, die ihren Sitz in Drittländern haben. Es stellt sich dann die Frage, ob der Sitz der Beteiligten und der Ort der Abstimmung die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1 einschränken können.

Wendet ein Staat sein eigenes Recht auf Sachverhalte an, die sich ganz oder teilweise im Ausland abspielen, dann handelt es sich um eine extraterritoriale Anwendung des nationalen Rechts. Die Anwendbarkeit des nationalen Rechts wird von einer Kollisionsnorm geboten. Das internationale Kartellrecht umfaßt daher die räumlichen Kollisionsnormen des Rechts gegen Wettbewerbsbeschränkungen ⁽⁴⁰⁵⁾. Ähnlich wie im internationalen Privatrecht soll der Ausdruck "international" nicht darüber hinwegtäuschen, daß es sich grundsätzlich um nationales Recht handelt. Jede Rechtsordnung enthält ausdrückliche oder ungeschriebene Bestimmungen, die den räumlichen Anwendungsbereich der nationalen Rechtsvorschriften abgrenzen. Der einzige Unterschied zwischen dem internationalen Kartellrecht und dem internationalen Privatrecht liegt daran, daß letzteres darüber hinaus Fälle vorsieht, in denen der nationale Richter ausländisches Recht anzuwenden hat. Da kartellrechtliche Vorschriften zum ordre public gehören, ist eine Anwendung ausländischen Rechts ausgeschlossen. ⁽⁴⁰⁶⁾ Dabei ist zwischen Sachnormen und Anwendungsbereichsnormen zu unterscheiden. Der Rechtsinhalt von Sachnormen bezieht sich unmittelbar auf Sachverhalte, an welche die in der Vorschrift enthaltenen Rechtsfolgen geknüpft werden. Art. 85 Abs. 1 EWGV enthält eine Sachnorm,

(405) Vgl. Gerhard Kege1, Internationales Privatrecht, 3. Aufl. München, 1971, S. 459 f.

(406) Vgl. Michel Haymann, Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts, Diss., Baden, 1974, S. 257 ff.

die so zusammengefaßt werden könne: "Vereinbarungen, Beschlüsse usw. von Unternehmen oder Unternehmensvereinigungen, die den Wettbewerb spürbar beschränken und den Handel zwischen den Mitgliedstaaten beeinträchtigen, sind verboten." Die Rechtsfolge der Sachverhaltsumschreibung ist das Verbot. Im Gegensatz zu Sachnormen regeln die Anwendungsbereichsnormen nicht unmittelbar einen Sachverhalt, sondern stellen lediglich fest, ob die ihrer Regelung unterstehende Sachnorm auf einen bestimmten Sachverhalt anwendbar ist. Die Anwendungsbereichsnorm des Art. 85 Abs. 1 lautet - freilich etwas spekulativ ausgedrückt: "Die Bestimmung ist auf Wettbewerbeschränkungen anwendbar, die sich auf dem Gemeinsamen Markt auswirken". Die Rechtsfolge ist die Anwendbarkeit des Art. 85 Abs. 1.

Daraus folgt, daß der nationale Gesetzgeber zwar verpflichtet ist, bei Erlaß der kartellrechtlichen Kollisionsnormen etwaige völkerrechtliche Regeln zu beachten; das nationale Gericht hat jedoch diese Normen auch dann anzuwenden, wenn sie gegen völkerrechtliche Regeln verstoßen, es sei denn, das nationale Recht ordnet an, daß die Normen des Völkerrechts dem staatlichen Recht vorgehen⁽⁴⁰⁷⁾.

Welche sind und v.a. was besagen diese völkerrechtlichen Normen im Hinblick auf das internationale Kartellrecht? Bereits die Ausgangsposition des Völkerrechts ist in diesem Fall Gegenstand eines Grundsatz-Streitiges. Einerseits wird die Auffassung vertreten, die Staaten dürften nur insoweit die Jurisdiktionshoheit in Anspruch nehmen, als ihnen dies vom Völkerrecht gestattet ist⁽⁴⁰⁸⁾. Dem steht die Auffassung entgegen, das Völkerrecht begründe keine staatliche Hoheit, sondern begrenze sie lediglich, so daß grundsätzlich alles erlaubt sei, was das Völkerrecht nicht verbiete⁽⁴⁰⁹⁾. Die

(407) Karl Matthias Meessen, Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, Baden-Baden, 1975, S. 11 ff.

(408) Vgl. Resolution der International Law Association aus dem Jahre 1964, Rep. of the 51st. Conference Tokyo 1964 (1965) S. XXVIII; J.H.W. Verzijl, The Controversy Regarding the So-Called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws, Netherlands Tijdschrift voor Internationaal Recht 8 (1961), S. 3 ff.

(409) Vgl. statt vieler, Werner Meng, Neuere Entwicklung im Streit um die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen, ZaöRV 41 (1981), S. 470 Anm. 5.

Diskussion ist nicht nur theoretischer Natur. Vertritt man z. B. die erstgenannte Meinung, dann muß ein Staat für den erlaß einer Kollisionsnorm eine entsprechende völkerrechtliche Ermächtigungsnorm nachweisen. Nach der zweiten Meinung ist dies nicht erforderlich. Der Hintergrund dieses Streites ist aber, wie zutreffend festgestellt wurde ⁽⁴¹⁰⁾, der durch logische Argumente nicht lösbare Konflikt zwischen Völkerrecht und innerstaatlichem Recht: "Jeder Lösungsvorschlag mündet regelmäßig in ein Glaubensbekenntnis zur dualistischen oder zu den monistischen Theorien in ihren verschiedenen Schattierungen". Wer sich mit dieser Problematik beschäftigt, muß sich stets diese Facette der Diskussion vergegenwärtigen, nicht zuletzt, um sich überflüssiges zu ersparen, denn viele der im Rahmen dieser Diskussion vorgebrachte Argumente brauchen schon deswegen nicht berücksichtigt zu werden, weil sie sich auf eine petitio principii reduzieren: Wer den absoluten Vorrang des Völkerrechts will, verlangt immer einen völkerrechtlichen Titel für den Erlaß von Kollisionsnormen; wer dagegen die Souveränität der Staaten als maßgeblich betrachtet, erkennt ihnen große Freiheit zu, die nur dann begrenzt wird, wenn sie die völkerrechtlich anerkannte Souveränität anderer Staaten verletzt. Die Tatsache, daß viele Behauptungen gänzlich unbelegt sind, ist in diesem Zusammenhang nicht weiter verwunderlich und dürfte in der juristischen Fachliteratur kein Sonderfall sein. Difficultatem facit doctrina. Die Gefahr ist dabei besonders groß, daß in dieser Diskussion eine Auseinandersetzung mit der eigentlichen Problematik nur am Rande stattfindet. Es werden Argumente verglichen und Alternativen vorgeschlagen, ohne daß vorher die Frage gestellt wurde, ob die jeweiligen Prämissen begründet sind.

Es ist an dieser Stelle unvermeidlich, diese völkerrechtliche Problematik zu behandeln, denn sie hat einen unmittelbaren Einfluß auf die Frage, ob das EWG-Kartellrecht auf Selbstbeschränkungsabkommen anwendbar ist. Diese Behandlung soll aber auf das Notwendigste beschränkt bleiben. Wenn die eine oder die andere Alternative bzw.

(410) Haymann, S. 281 f.

deren Varianten schon deswegen ausgeschlossen werden kann, weil sie die Gültigkeit einer allgemeinen völkerrechtlichen Norm voraussetzt, die bisher nicht nachgewiesen wurde, dann kann an dieser Stelle auf eine ausführliche Darstellung der angeführten Argumente verzichtet werden. Ein anderes Vorgehen würde an dieser Stelle kaum zur Klarheit der Erläuterung beitragen und würde im Grunde genommen dasselbe Ergebnis bewirken, das oben kritisiert wurde ⁽⁴¹¹⁾. Im Folgenden ist daher knapp zu untersuchen, ob der Erlaß einer Kollisionsnorm einer völkerrechtlichen Ermächtigung bedarf und ob das Völkerrecht den Staaten vorschreibt, welche Prinzipien zur Bestimmung der Anknüpfungspunkte zulässig sind.

B. Internationales Kartellrecht und Völkerrecht

1. Titel zum Erlaß von Kollisionsnormen

Wie bereits erwähnt, wird im Schrifttum die Ansicht vertreten, der Erlaß von kartellrechtlichen Kollisionsnormen sei nur insoweit möglich, als den Staaten dies vom Völkerrecht gestattet ist. Wenn man vom Streit über die monistische und dualistische Völkerrechtslehre absieht, dürfte diese Auffassung relativ einfach abzulehnen sein.

Diese These setzt logischerweise voraus, daß es eine Norm des allgemeinen Völkerrechts gibt, die den Erlaß von Kollisionsnormen nur aufgrund einer solchen Ermächtigung gestattet. Den Nachweis einer derartigen Norm des Völkerrechts ist die Doktrin aber schuldig geblieben. Diese Lehre verkennt zudem die Wirklichkeit der Völkerrechtsordnung. Beim aktuellen Stand des Völkerrechts wird die Souveränität der Staaten nicht etwa durch das Völkerrecht begründet, sondern vorausgesetzt. Es sind nämlich die souveränen Staaten, die durch ihren gemeinsamen Willen, die Normen des Völkerrechts ent-

(411) Vgl. Bemerkung von Montaigne bereits im XVI. Jh.: "Il y a plus affaire à interpreter les interpretations qu'à interpreter les choses, et plus de livres sur les livres que sur autre subject: nous ne faisons que nous entregloser" (Essais, III, XIII, De l'expérience).

stehen lassen ⁽⁴¹²⁾. Die Bestimmung des Anwendungsbereichs der eigenen Rechtsordnung ist eine typische Form der Ausübung eigenen Souveränitätsrechts durch einen Staat. Es besteht daher eine Vermutung für die Freiheit der Staaten.

Im Schrifttum wurde der ganzen Diskussion bereits jede Bedeutung abgesprochen ⁽⁴¹³⁾. Sie sei lediglich eine Folge der positivistischen Rechtsfindungsmethode und verkenne die Tatsache, daß die Staaten auch außerhalb der voll ausgebildeten Völkerrechtlichen Regeln nicht stets frei oder stets gebunden seien ⁽⁴¹⁴⁾. Dies vermag die Bedeutung der Frage freilich nicht zu verringern. Selbst wenn man davon ausgeht, daß es auch außerhalb der bestehenden Rechtsordnung ⁽⁴¹⁵⁾ Situationen gibt, in denen die Staaten "nicht stets frei" sind, dann müßte diese Einschränkung der staatlichen Freiheit aus einer Norm (welcher Qualität auch immer) abgeleitet werden können. Anders gesagt, wenn die Staaten "außerhalb der voll ausgebildeten völkerrechtlichen Regeln" nicht stets frei oder stets gebunden sind", dann geschieht das, weil sogar "außerhalb der völkerrechtlichen Regeln" doch irgendwelche Regeln festzustellen sind, die diese Einschränkung bzw. Ausdehnung der staatlichen Freiheit begründen würden. Die Existenz dieser Regeln wird dann von dieser These vermutet. Im Ergebnis wird damit nichts geändert, denn auch dann wäre zu untersuchen, ob die gegebenen Regeln für oder gegen die staatliche Freiheit sprechen. Ebenso wenig läßt sich die Frage dadurch umgehen, daß der praktische Gehalt der beiden Vermutungssätze darauf reduziert wird, daß "staatliches Handeln entweder erlaubt oder verboten und niemals weder erlaubt noch verboten ist"⁽⁴¹⁶⁾. Damit wird gemeint, daß "ein Verhalten, das nicht verboten ist, erlaubt ist, ebenso wie die Umkehrung, daß nämlich das nicht erlaubt ist, verboten ist". Daraus folge, "da beide Sätze zutreffen, könne eine Vermutung für oder gegen die Freiheit der Staaten nicht anerkannt werden". Der Schluß ist aber logisch verfehlt. Sätze wie, "es

(412) So richtig Meng, S. 471.

(413) So Meessen, S. 77 ff.

(414) Ibidem, S. 78.

(415) Der Verfasser macht hier aber den Vorbehalt, daß dies im Völkerrecht eine contradictio in terminis wäre: was keiner Rechtsordnung unterliegt, hat logischerweise keine juristische Relevanz.

ist erlaubt, was nicht verboten ist" bzw. "ist verboten, was nicht erlaubt ist", sind keine Deskriptivsätze, wie etwa "das männliche ist nicht weiblich" oder "das weiße ist nicht schwarz"; sondern Modalsätze (Kausal- bzw. Normativsätze): aus der ersten Feststellung wird eine Schlußfolgerung gezogen, und zwar nach einem vollständigen Syllogismus [a) Prämisse – was nicht ausdrücklich erlaubt ist, ist verboten; Prämisse b) X ist nicht ausdrücklich erlaubt, ergo X ist verboten]. Der Unterschied zwischen beiden Vermutungssätzen ist unverkennbar, denn beide gehen von ganz gegensätzlichen Prämissen aus. Man kann natürlich sagen "es lebt, was nicht tot ist", ebenso wie "es ist tot, was nicht lebt" (beide Deskriptivsätze): keine der beiden Formulierungen wird die Tatsache ändern, daß bestimmte Wesen leben, während Sachen es nicht tun. Anders bei Normativsätzen: Wenn alles erlaubt ist, was nicht verboten ist, dann darf eben alles gemacht werden, was nicht verboten wurde; geht man von der anderen Vermutung aus; dann darf eben nur das gemacht werden, das ausdrücklich erlaubt wurde. Es gibt keinen weg, sich eine Entscheidung zwischen der einen oder anderen dieser Vermutung zu ersparen⁽⁴¹⁷⁾.

Die Antwort auf diese Frage hat bereits der Ständige Internationale Gerichtshof (StIGH) im berühmten Urteil zum Lotus-Fall gegeben. In diesem Fall waren das französische Schiff (paquebot) Lotus und das türkische Dampfschiff Boz-Kourtou auf Hoher See in der Richtung nach Istanbul zusammengestoßen. Die in der Mitte gebrochene Boz-Kourt versank und acht Mann der Belegschaft ertranken. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft Istanbul wurden die Kapitäne beider Schiffe, Demons und Hassan Bey festgenommen. Der französische Angeklagte machte vor den türkischen Gerichten geltend, die Türkei wäre für die Durchführung eines Strafverfahrens unzuständig, was von sämtlichen Instanzen zurückgewiesen wurde. Demons und Hassan Bey wurden zu Freiheitsstrafen wegen "homicide par imprudence" verurteilt. Vor der Entscheidung einer Kassationsbeschwerde und nach intensiven diplo-

⁽⁴¹⁷⁾ Meessen selber impliziert dies mit der Festlegung, daß die Frage zu behandeln ist, welche generellen, "d.h. für alle Staaten in jedem Einzelfall geltenden Begrenzungen der staatlichen Souveränität" dem Völkerrecht zu entnehmen sind. Damit wird vorausgesetzt, daß die Staaten insoweit frei sind, bis keine Grenzen gezogen werden.

matischen Verhandlungen einigten sich die französische und die türkische Regierung darüber, den Sachverhalt dem Ständigen Internationalen Gerichtshof vorzulegen zur Entscheidung des Jurisdiktionskonflikts ⁽⁴¹⁸⁾.

Vor dem StIGH vertrat Frankreich den Standpunkt, zur Ausübung internationaler Zuständigkeit müsse die Türkei nachweisen, daß diese Zuständigkeit der türkischen Gerichte "sur un titre de compétence que le droit international reconnaît en faveur de la Turquie" basiere. Die türkische Regierung behauptete dagegen, die Zuständigkeit soweit ausüben zu können, "où cette compétence ne se heurterait pas à un principe du droit international". Der StIGH stellte zunächst fest, daß nach dem allgemeinen Völkerrecht Souveränitätsbeschränkungen der Staaten nicht zu vermuten sind:

" Le droit international régit les rapports entre des Etats indépendants. Les règles de droit liant les Etats procèdent donc de la volonté de ceux-ci, volonté manifestée dans des conventions ou dans des usages acceptés généralement comme consacrant des principes de droit établis en vue de régler la co-existence de ces communautés indépendantes ou en vue de la poursuite de buts communs. Les limitations de l'indépendance des Etats ne se présument donc pas". ⁽⁴¹⁹⁾

Der Gerichtshof fügte hinzu, daß die Staaten gegenseitig ihre eigene Souveränitätsrechte zu respektieren haben, und daß kein Staat Jurisdiktion auf dem Territorium eines anderen Staaten ausüben darf. Was die Ausübung der Jurisdiktion auf seinem eigenen Territorium betrifft, seien sie hingegen prinzipiell frei. Diese Freiheit schliesse die Möglichkeit ein, Sachverhalte zu regeln, die sich im Ausland abspielen. Die Staaten wären in dieser Hinsicht nur dann unzuständig, wenn es eine Norm des Völkerrechts gäbe, die ihnen dies prinzipiell verbieten würde. Diesbezüglich stellte der StIGH fest:

⁽⁴¹⁸⁾ "StIGH, Recueil des Arrêts, Série A N. 10 1927, S. 10 ff.

⁽⁴¹⁹⁾ Ibidem, S. 18.

" Or, tel n'est certainement pas l'état actuel du droit international. Loïn de défendre d'une manière générale aux Etats d'étendre leurs lois et leur jurisdiction à des personnes, des bien et des actes hors du territoire, il leur laisse à cet égard, une large liberté qui n'est limité que dans quelques cas par des règles prohibitives; pour les autres cas, chaque Etat reste libre d'adopter les principes qu'il juge les meilleurs et les plus convenables".⁽⁴²⁰⁾

An dem Entwicklungsstand des Völkerrechts hat sich, so weit ersichtlich, seit der Zeit des Urteils nichts geändert⁽⁴²¹⁾ .
Daher vertritt die ganz überwiegend völkerrechtliche Literatur die Auffassung, daß Staaten in der Ausgestaltung ihrer Rechtsordnung grundsätzlich frei sind, und bei Erlaß extraterritorial wirkender Gesetze keinesfalls eines völkerrechtlichen Titels bedürfen⁽⁴²²⁾ .

2. Anknüpfungsprinzipien und Völkerrecht

Das Ergebnis, daß Staaten zum Erlaß extraterritorial wirkender Gesetze keinen völkerrechtlichen Titel nachweisen müssen, schließt allerdings die Problematik nicht ab. Obwohl die Völkerrechtslehre heutzutage überwiegend von einer solchen Freiheit der Staaten ausgeht, teilen sich die Meinungen bei der Frage, ob die Staaten bestimmte Anknüpfungsprinzipien zu beachten haben oder ob es keinen festen Katalog gibt, so daß die Staaten die ihnen angebracht erscheinenden Regeln erlassen können.⁽⁴²³⁾ .

Die erste Auffassung überträgt praktisch die im Bereich des internationalen Strafrechts geführte Diskussion auf das internationale Kartellrecht. Im internationalen Strafrecht geht die Lehre v.a. vom

⁽⁴²⁰⁾ Ibidem, S. 19.

⁽⁴²¹⁾ Heymann, S. 291 mit weiteren Hinweisen.

⁽⁴²²⁾ Vgl. statt vieler, Heorg Dahm, Völkerrecht, Bd. I, Stuttgart 1958, S. 254 ff.

⁽⁴²³⁾ Überblick bei Meng, S. 71.

Territorialitätsprinzip (in subjektiver und objektiver Ausprägung) und vom Schutzprinzip aus.

Nach dem subjektiven Territorialitätsprinzip dürfen die Staaten Vorschriften erlassen, die eine in ihren Hoheitsgebieten begangene Straftat regeln, und zwar auch dann, wenn die Wirkung außerhalb des Territoriums eintritt ⁽⁴²⁴⁾. Nach dem objektiven Territorialitätsprinzip sind die Staaten zuständig, Vorschriften zu erlassen, die ein Vorgehen regeln, das im Ausland begangen wird, soweit a) ein Teil des Verhaltens als Tatbestandsmerkmal im Inland verwirklicht wird und b) die Handlung oder Unterlassung im Ausland Tatbestandsmerkmal desselben Delikts ist ⁽⁴²⁵⁾. Die Völkerrechtslehre erkennt schließlich auch das Schutzprinzip zur Rechtfertigung der Anwendung innerstaatlicher Strafrechtsnormen auf Auslandssachverhalte an, die sich als eine Verletzung überwiegender Interessen bzw. lebenswichtiger Rechtsgüter des Erlassstaates darstellen ⁽⁴²⁶⁾.

Im folgenden ist zu untersuchen, ob die EWGV eine Kollisionsnorm enthält, die diesen Prinzipien entspricht und ob anderenfalls dies eine Anwendung dieser Norm ausschließen würde. Der Art. 85 Abs. 1 enthält keine ausdrückliche Anwendungsbereichsnorm; vielmehr ergibt sich die Regel aus der Auslegung dieser Bestimmung.

Art. 85 ist auf Unternehmen anwendbar, ohne daß irgendeine Gemeinschaftszugehörigkeit verlangt würde. Die verbotenen Wettbewerbsbeschränkungen werden ebenfalls nicht nach ihrem Begehungsort qualifiziert, sondern nach Merkmalen, die an ihren Folgen ausgerichtet werden: ihre Eignung dafür, den Handel zwischen den Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen, sowie den Zweck oder die Wirkung, eine Ein-

⁽⁴²⁴⁾ Noel Allen, The Development of European Economic Community Antitrust Jurisdiction over Alien Undertakings, L.I.E.I. 1974/2, S. 38 f.; vgl. auch Art. 2 der Resolution der ILA vom August 1972 (s. Meessen, Die New Yorker Resolution der International Law Association zu den völkerrechtlichen Grundsätzen des Internationalen Kartellrechts, AWD 1972, S. 562 f.).

⁽⁴²⁵⁾ Heessen, AWD 1972, S. 562, Allen, S. 39; Haymann, S. 294 ff.

⁽⁴²⁶⁾ Haymann, S. 311.

schränkung des Wettbewerbs innerhalb des Gemeinsamen Marktes hervorzurufen ⁽⁴²⁷⁾. Für das Gemeinschaftsrecht ist insofern unerheblich, ob die Unternehmen ihren Sitz innerhalb der Gemeinschaft haben oder nicht. Ebenso, ob die Vereinbarung innerhalb oder außerhalb der Gemeinschaft getroffen wird. Entscheidend ist nur, daß eine Einschränkung des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft bewirkt oder bezweckt wird. Dies hat der EuGH schon im Urteil in der Rechtsache Béqueлин festgestellt: "Daß einer der Vertragspartner in einem dritten Land ansässig ist, steht der Anwendung dieser Vorschrift nicht entgegen, wenn die Wirkungen der Vereinbarung sich auf das Hoheitsgebiet des Gemeinsamen Marktes erstrecken" ⁽⁴²⁸⁾. Im Schrifttum wird die Auffassung vertreten, es handele sich dabei um kein neues Prinzip, sondern lediglich um eine Variante des objektiven Territorialitätsprinzips ⁽⁴²⁹⁾. Nach anderer Auffassung ist die gemeinschaftsrechtliche Norm nicht unter das Territorialitätsprinzip, sondern im Anschluß an die "effects-doctrine" des amerikanischen Antitrustrechts als Wirkungsprinzip zu qualifizieren ⁽⁴³⁰⁾.

Die "effects doctrine" geht auf die Entscheidung von Justice Learned Hand aus dem Jahre 1945 im berühmten Fall United States vs. Aluminium Co. of America (Alcoa) zurück. In diesem Fall hatten Aluminiumhersteller aus verschiedenen Ländern in der Schweiz ein Quotenkartell vereinbart. Das beklagte amerikanische Unternehmen Alcoa war selbst nicht unmittelbar beteiligt, jedoch gehörte seine kanadische Tochtergesellschaft zu den Kartellmitgliedern. Obwohl sich der relevante Sachverhalt vollständig im Ausland abspielte, so daß das Territorialitätsprinzip nicht in Betracht kam, sah das amerikanische Gericht in der Absprache einen Verstoß gegen die amerikanischen Wett-

⁽⁴²⁷⁾ Meng, Vorb. zu den Art. 85 bis 89, Rdnr. 30, in v.d.

Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG Vertrag 3. Aufl. Baden-Baden 1983.

⁽⁴²⁸⁾ Urteil des EuGH v. 25.11.1971, Rs. 22/71, Béqueлин, Slg. 1971, S. 949 (ständige Rechtsprechung). Weitere Hinweise: Meng, u.a.O.

⁽⁴²⁹⁾ So Jürgen Frisinger, Die Anwendung des EWG-Wettbewerbsrechts auf Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten, AWD 1972, S. 556; Meessen, Der räumliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht, Eur 8 (1973), S. 37 f.

⁽⁴³⁰⁾ Meng (wie FN 428), Rdnr. 31 a; Haymann, S. 294 ff.

bewerbsregeln, weil sie, wie von den Beteiligten beabsichtigt, direkte und substantielle Auswirkungen in den Vereinigten Staaten hatte. Seine Entscheidung für die Anwendbarkeit des amerikanischen Rechts auf den konkreten Sachverhalt begründete Justice Learned Hand mit dem Argument, "It is settled law...that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends" ⁽⁴³¹⁾ .

Diese Formel wurde vielfach kritisiert, v.a. weil sie dem traditionell für das internationale Strafrecht aufgestellten Katalog von Anknüpfungsprinzipien nicht entsprach ⁽⁴³²⁾ . Die "effects doctrine" könne höchstens als eine Übertragung des Schutzprinzips auf das internationale Kartellrecht angesehen werden; danach sei sie jedoch nicht gerechtfertigt, weil die Anwendung des Schutzprinzips voraussetzen würde, daß Verstöße gegen kartellrechtliche Bestimmungen von der Völkerrechtsgemeinschaft allgemein als Unrecht gewertet würden ⁽⁴³³⁾ . Dies ist jedoch nicht der Fall. Daraus folge die Unvereinbarkeit des Auswirkungsprinzips mit dem allgemeinen Völkerrecht. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Qualifizierung der gemeinschaftsrechtlichen Kollisionsnorm nach den von der Völkerrechtslehre anerkannten Prinzipien unerheblich ist.

Es ist erstens zweifelhaft, ob die klassischen Anknüpfungsprinzipien des internationalen Strafrechts überhaupt für das internationale Kartellrecht in Betracht kommen. Zu Recht wird festgestellt, daß das Problem der Ausschließlichkeit des Katalogs der Anknüpfungsprinzipien im Bereich des internationalen Strafrechts deswegen nicht weiter diskutiert worden ist, weil der Katalog den derzeitigen Interessen der Staaten gerecht wird und bisher von keinem Staat als einschneidende Begrenzung seiner Strafgewalt verstanden worden ist ⁽⁴³⁴⁾ .

⁽⁴³¹⁾ Ziz. in Klintner/Joelson/Vaghi, S. 78.

⁽⁴³²⁾ S. statt vieler, Ignaz Seidl-Hohenveldern, Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts, AWD 1971, S. 54 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁽⁴³³⁾ Ibidem, S. 56 f.

⁽⁴³⁴⁾ Meessen (wei FN 408), S. 96.

Es ist insofern ironisch, daß Autoren, die die amerikanische Praxis der Ausdehnung extraterritorialer Zuständigkeit im Bereich des Wettbewerbsrechts heftig kritisieren ⁽⁴³⁵⁾, methodisch ebenso vorgehen wie die amerikanischen Gerichte, und ohne weitere Überlegung von der Anwendbarkeit der Prinzipien des internationalen Strafrechts auf das internationale Kartellrecht ausgehen. Denn in den Vereinigten Staaten wurde die Praxis begründet, auf die Anknüpfungsprinzipien des internationalen Strafrechts zurückzugreifen, um die nationale Zuständigkeit zu begründen ⁽⁴³⁶⁾.

Geht man davon aus, daß der strafrechtliche Katalog erschöpfend ist, dann müßte man konsequenterweise die Praxis vieler Staaten, die ihre Kollisionsnorm mehr oder weniger nach der Alcoa-Formel ausgestaltet haben, für völkerrechtswidrig erklären. Damit würde man aber die Bedeutung der späteren Praxis für die Bildung des Völkerrechts verkennen und der Rechtswirklichkeit widersprechen ⁽⁴³⁷⁾. Der richterliche Beitrag zur Entstehung völkerrechtlicher Regeln darf nicht unterschätzt werden. Dieser Aspekt wurde besonders vom StIGH im Lotus-Urteil hervorgehoben, denn dort wurde die Anwendbarkeit des Territorialitätsprinzips durch die Türkei nicht zuletzt deswegen für zulässig gehalten, weil Gerichte andere Staaten einschließlich des Klägers Frankreich das Prinzip weitgehend anerkannt hatten ⁽⁴³⁸⁾. Man mag zwar die Kritik an die Übertragbarkeit der strafrechtlichen Anknüpfungsprinzipien mit dem Argument ablehnen, sie beruhe auf Erwägungen de lege ferenda. Dogmatisch gesehen ließe sich dies nicht wiederlegen, berücksichtigt man jedoch nach der teleologischen Auslegungsmethode auch die objektiven Zielvorstellungen des Gesetzgebers, dann müßte die Übertragung von Prinzipien eines bestimmten Rechtsgebiets auf ein anderes abgelehnt werden, wenn diese Prinzipien zur Verwirklichung der gesetzgeberischen Ziele in dem neuen Bereich unbrauchbar sind. Das Kartellrecht hat zwar strafrechtliche

(435) So wie z. B. Seidl-Hohenveldern (s. FN 433).

(436) Vgl. ein Überblick, Bernhard Beck, Die extraterritoriale Anwendung amerikanischer Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen, WuW 1984, S. 447 ff., s. auch Haymann, S. 197 ff.

(437) Meessen (wei FN 408), S. 97.

(438) S. Recueil des Arrêts, Série A N.10 1927, S. 23f.

Aspekte, es kann jedoch nicht zum allgemeinen Strafrecht gerechnet werden und die Anwendung der Anknüpfungsprinzipien des internationalen Strafrechts auf Wettbewerbsbeschränkungen würde zu höchst unbefriedigenden Ergebnissen führen ⁽⁴³⁹⁾ .

Selbst wenn diesen Gedanken nicht Rechnung getragen wird, müßte de lege lata die Anwendung der Anknüpfungspunkte des internationalen Strafrechts auf das Kartellrecht abgelehnt werden. Wenn im Schrifttum die Beachtung der klassischen Prinzipien des internationalen Strafrechts verlangt wird, dann wird implizit vorausgesetzt, daß die Staaten dazu verpflichtet sind. Es müßte sich dann konsequenterweise eine Norm des Völkerrechts nachweisen lassen, die die Völkerrechtsgemeinschaft an die von der Völkerrechtslehre entwickelten Anknüpfungsprinzipien binde. Ohne eine derartige Regelung des Völkerrechts ist die ganze Diskussion überflüssig. Vertreter des abschließenden Charakters dieses klassischen Katalogs erwähnen u.a. die Resolution der International Law Association von 1972, die die "zulässigen" Prinzipien aufzählt ⁽⁴⁴⁰⁾ . Dieser Katalog erhebt aber keinen Anspruch darauf, eine allgemein anerkannte Norm des Völkerrechts zu sein: "The ILA resolution reflect the opinions of private organizations only. These declarations are in no way binding for states or international organizations" ⁽⁴⁴¹⁾ . Es ist nach dem heutigen Stand des Völkerrechts vollkommen gleichgültig, ob die Kollisionsnormen eines Staates der einen oder der anderen Lehre entsprechen, denn als bloße Lehrmeinungen sind sie weder verbindlich noch erschöpfend ⁽⁴⁴²⁾ . Eine Unvereinbarkeit eines bestimmten Anknüpfungsprinzips mit dem Völkerrecht könnte erst dann angenommen werden, wenn das Völkerrecht nur eine begrenzte Anzahl von Kollisionsnormen zuließe. Eben den Nachweis einer derartigen Norm ist die Doktrin aber schuldig geblieben ⁽⁴⁴³⁾ .

(439) S. Meessen (wie FN 408), S. 96 ff.

(440) S. den Text in Meessen, AWD 1972, S. 562 ff.

(441) A.Th.S. Leenen, Extraterritorial Application of the EEC-Competition Law, Netherlands Y. Int. L. XV (1984), S. 146.

(442) Homburger/Jenny, zit. in Haymann, S. 313.

(443) Haymann, S. 297.

Die hier kritisierte Theorie stützt sich auf das Urteil des StIGH im Lotus Fall, das so ausgelegt wird, als hätte der StIGH mit der Anerkennung des objektiven Territorialitätsprinzip den Staaten die äußerste Grenze zur Ausübung ihrer Jurisdiktionshoheit gesetzt. Eine solche Auslegung des Urteils ist aber verfehlt. Das Urteil im Lotus Fall erkennt gerade im Gegenteil grundsätzlich an, daß die Staaten nicht an doktrinerle Prinzipien gebunden sind. Der StIGH stellte zunächst fest, daß die Ausübung der gesetzgebenden Gewalt ihren Titel in der Souveränität der Staaten findet, so daß die Staaten auch prinzipiell frei sind, auslandsbezogene Sachverhalte durch interne Gesetzgebung zu regeln. Danach stellte sich der Gerichtshof die Frage, ob auf dem Gebiet des Strafrechts eine Einschränkung dieser Freiheit geboten sei, weil dieses Rechtsgebiet die empfindliche Persönlichkeitssphäre des einzelnen Individuums betrifft. Diese Frage verneinte der StIGH mit folgender Argumentation:

" S'il est vrai que le principe de la territorialité du droit pénal est à la base de toutes les législations, il n'en est pas moins vrai que toutes ou presque toutes législations étendent leur actions à des délits commis hors du territoire; et cela d'après des systèmes qui changent d'Etat à Etat. La territorialité sur droit pénal n'est donc pas un principe absolu de droit international et ne se confond aucunement avec la souveraineté territoriale" ⁽⁴⁴⁴⁾ .

Wenn sogar für das Strafrecht eine prinzipielle Freiheit der Staaten bei der Wahl der Anknüpfungspunkte angenommen wurde, ist nicht einzusehen, warum dies nicht ebenso der Fall beim internationalen Kartellrecht sein sollte. Die spätere Doktrin hat ihrerseits im Anschluß an diese Feststellung des StIGH dem Katalog der klassischen Anknüpfungspunkte des internationalen Strafrechts jeden abschließenden Charakter v.a. bezüglich des internationalen Kartellrechts abgesprochen. ⁽⁴⁴⁵⁾

⁽⁴⁴⁴⁾ Recueil des Arrêts, Série A N.10 1927, S. 20.

⁽⁴⁴⁵⁾ Vgl. Meng, ZaöRV 41 (1981), S. 502, Anm. 115, mit weiteren Hinweisen.

Die Tatsache, daß die Kollisionsnorm des Art. 85 EWGV nicht unter die Anknüpfungsprinzipien des internationalen Strafrechts eingeordnet werden kann, ist daher für die Beurteilung ihrer Völkerrechtskonformität unerheblich ⁽⁴⁴⁶⁾. Ein anderes Ergebnis wäre nur möglich, wenn es eine konkrete völkerrechtliche Norm gäbe, die die Anwendung des Auswirkungsprinzips untersagte. Die Auseinandersetzung um die Zulässigkeit des Auswirkungsprinzips fand auf völkerrechtlicher Ebene in Bezug auf die Praxis der amerikanischen Gerichte bei der extraterritorialen Anwendung amerikanischer Wettbewerbsvorschriften statt. In diesem Zusammenhang ist bezeichnend, daß die meisten Länder, die gegen dieses Vorgehen der amerikanischen Gerichte protestieren, keine prinzipiellen Einwände gegen das Prinzip erhoben, sondern lediglich seine Anwendbarkeit im konkreten Fall bestritten ⁽⁴⁴⁷⁾. Das einzige Land, das sich grundsätzlich für die Unzulässigkeit des Auswirkungsprinzips äußerte, ist das Vereinigte Königreich, die diesen Standpunkt bereits in einem Aide Mémoire im Farbstoff-Fall vor dem EuGH Vertrag ⁽⁴⁴⁸⁾. Zwar ist die Staatenpraxis nicht eindeutig, v.a. weil die überwiegenden Fälle nur aus der amerikanischen Gerichtspraxis zusammengestellt werden können (erst neuerdings bildet sich eine ständige Praxis der EG in dieser Hinsicht). Es liegen aber keine diplomatischen Proteste vor, aus denen sich auf eine allgemeine Ablehnung des Auswirkungsprinzips schließen ließe ⁽⁴⁴⁹⁾. Im Rahmen der Diskussionen über eine verbesserte Zusammenarbeit der Staaten zur Bekämpfung von wettbewerbswidrigen Praktiken auf internationaler Ebene haben die Staaten jedenfalls erkennen lassen, daß sie das Auswirkungsprinzip nicht prinzipiell ablehnen. Dies ist aber dem "set of Multilateraly Agreed Equitable Principles and Rules for the Control of Restrictive Business Practices", Section E Nr. 2 zu entnehmen, der am 16. Dezember 1980 von der Generalversammlung der Vereinten Nationen im Konsens verabschiedet wurde:

⁽⁴⁴⁶⁾ Haymann, S. 309 f.

⁽⁴⁴⁶⁾ Meng, ZaöRV 41 (1981), S. 503.

⁽⁴⁴⁸⁾ Leenen, S. 154 f.

⁽⁴⁴⁹⁾ Meessen (wie FN 408), S. 150 f.

" States should base their legislation primarily on the principle of eliminating or effectively dealing with acts or behaviours of enterpresis which, through an abuse or acquisition and abuse of a dominant position of market power, limit access to markets or otherwise unduly restrain competition, having or being likely to have adverse effects on their trade or economic development, or which through formal, informal, written or unwritten agreements among interprises have the same impact" ⁽⁴⁵⁰⁾ .

Zusammenfassend läßt sich feststellen, daß die Staaten nach dem heutigen Stand der Völkerrechtsordnung frei sind, die Anknüpfungsprinzipien für die extraterritoriale Anwendung des Kartellrechts zu wählen. Dieses Ergebnis bestätigt ein oft vergessener Satz des Lotus-Urteils des StIGH. Der StIGH überprüfte die Frage, ob die Nationalität des Täters eine Einschränkung der türkischen Jurisdiktion im konkreten Fall bewirken könnte. Dies verneinte der Gerichtshof mit der Begründung, eine solche Einschränkung käme nur dann in Betracht, wenn das Völkerrecht die Berücksichtigung der Wirkung der Straftat als Anknüpfungspunkt untersagen würde, was aber nicht der Fall ist:

" ...même si la thèse en général était exacte...elle ne saurait être invoqué en l'espèce que si la droit international défendait à la Turquie de tenir compte du fait que les effets du délit se sont produits...dans un lieu assimilé au territoire turc...Or, pareille règle du droit international d'existe pas" ⁽⁴⁵¹⁾ .

Der Erlaß extraterritorial wirkender Gesetze bedarf nicht nur keines völkerrechtlichen Titels, sondern die Staaten sind darüber hinaus an keine dogmatischen Anknüpfungsprinzipien gebunden. Eine derartige

⁽⁴⁵⁰⁾ Lediglich Großbritannien und Kanada erklärten dazu, der Text habe die effects-doctrin völkerrechtlich nicht anerkannt (Meng, ZaöRV 41 (1981), Anm. 99).

⁽⁴⁵¹⁾ Recueil des Arrêts Série A N. 10 1927, S. 23.

Bindung der Staaten wäre als Einschränkung der Ausübung ihrer Souveränitätsrechte erst dann anzunehmen, wenn das Völkerrecht den Staaten die Beachtung bestimmter Kriterien vorschriebe. Eine solche Regelung des Völkerrechts ist jedoch nach dem heutigen Stand der Völkerrechtsordnung nicht feststellbar.

Zu Recht wurde festgesetzt, daß die Staaten mangels positiver Grenzen Jurisdiktionshoheit des internationalen Kartellrechts lediglich die negative Grenze des Rechtsmißbrauchsverbots zu beachten haben ⁽⁴⁵²⁾. Die Funktion des Rechtsmißbrauchsverbots besteht eben darin, dort Grenzen zu ziehen, wo es andere Grenzen nicht gibt. ⁽⁴⁵³⁾.

Die Lehre stellt sich nun die Frage, ob demzufolge nur an Wirkungen bestimmter Intensität angeknüpft werden darf ⁽⁴⁵⁴⁾, denn das Rechtsmißbrauchsverbot erlaubt nur Anknüpfungsprinzipien, die Sachverhalte mit einer rechtlich klar definierten Beziehung zum Inland berücksichtigen. Wo keine derartige Beziehung besteht, dann wird man einen völkerrechtlich verbotenen Mißbrauch staatlicher Hoheitsbefugnisse annehmen müssen. Das EG-Kartellrecht ist jedoch von dieser Problematik nicht betroffen, da es wie bereits erwähnt, das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Spürbarkeit der Wettbewerbsbeschränkung gebietet, unerhebliche Auswirkungen nicht dem EWG-Kartellverbot zu unterwerfen. Das Erfordernis der genauen Umschreibung des relevanten Marktes nach der Rechtsprechung des EuGH sorgt seinerseits auch für eine sachgerechte Anwendung des Art. 85 Abs. 1. Die einzige Frage, die sich in dieser Hinsicht stellen könnte, betrifft die Möglichkeit einer Anwendung des Art. 85 Abs. 1.1 auf Sachverhalte, die keine Wettbewerbsbeschränkung bewirkt haben, sondern diese lediglich bezwecken ⁽⁴⁵⁵⁾. Auch hier dürfte kein Mißbrauch feststellbar sein ⁽⁴⁵⁶⁾, denn das Ein-

(452) Haymann, S. 314.

(453) Dahm, S. 195.

(454) Meng, ZaöRV 41 (1981), S. 503.

(455) Die EG-Kommission vertrat in der Kugellager Entscheidung den Standpunkt, daß eine bezweckte Wettbewerbsbeschränkung die extraterritoriale Anwendung des Art. 85 Abs. 1 erlaubt; der EuGH hat dies bisher noch nicht ausdrücklich anerkannt (vgl. Meng, Vorb. zu den Art. 85 bis 89, Rdnr. 31a).

(456) vgl. Meng, ZaöRV 41 (1981), S. 503 ff.

treten der Wettbewerbsbeschränkung ist mit fast absoluter Wahrscheinlichkeit vorhersehbar. Der Bezug zum Inland ist übrigens schon dadurch gegeben, daß in solchen Fällen die schädliche Inlandswirkung unmittelbar beabsichtigt wird. Den Eintritt der wettbewerbsbeschränkenden Wirkung abzuwarten, wäre wenig sinnvoll ⁽⁴⁵⁷⁾ .

Die eigentliche Einschränkung der Jurisdiktionsausübung durch die Gemeinschaft im internationalen Kartellrecht könnte sich aus dem Grundsatz der Nicht-Einmischung in innere Angelegenheiten fremder Staaten ergeben. Die Problematik der Durchführung von Verwaltungsvorfahren auf auslandsbezogene Sachverhalte wird aber in dieser Arbeit nicht behandelt, denn die Frage betrifft nicht das materielle Kartellrecht, sondern das Kartellverfahrensrecht der Gemeinschaft, das hier nicht zur Diskussion steht ⁽⁴⁵⁸⁾ . Im Zusammenhang mit dem Grundsatz der Nicht-Einmischung können sich in bestimmten Fällen auch Gründe für die Nicht-Anwendung des EWG-Kartellrechts ergeben, z. B. in Form von Verteidigungsgründen der beteiligten Unternehmen, etwa wenn die wettbewerbsbeschränkende Absprache auf einen hoheitlichen Akt eines Drittstaates zurückzuführen ist. Diese Problematik ist im Folgenden zu untersuchen.

C. Die Beteiligung ausländischer Staaten

1. Grundlagen der Jurisdiktionseinschränkung

Die Rechtsprobleme, die aus der Beteiligung eines Staates an Wettbewerbsbeschränkungen Privater entstehen, wurden überwiegend von der amerikanischen Gerichtspraxis behandelt. Trotz oder vielleicht sogar wegen der weitgehenden extraterritorialen Anwendbarkeit des amerikanischen Wettbewerbsrechts, haben sich die amerikanischen Gerichte bemüht, die Grenzen der eigenen Zuständigkeit klar zu ziehen, wenn die

⁽⁴⁵⁷⁾ S. zur Theorie der sinnvollen Anknüpfung, Meessen (wie FN 408) S. 101 ff.

⁽⁴⁵⁸⁾ S. allgemein dazu, Joachim Wolf, Völkerrechtliche Zulässigkeit und Grenzen wirtschaftsverwaltungsrechtlicher Hoheitsakte mit Auslandswirkungen, ZaöRV 44 (1984), S. 675 ff.

wettbewerbsbeschränkende Handlung ausländischer Unternehmen im konkreten Fall nicht auf eine autonome Entscheidung der Beteiligten, sondern auf eine Mitwirkung eines fremden Staates zurückzuführen ist.

Die Ansatzpunkte der verschiedenen Doktrinen sind sehr verschieden: mal wird eine Einschränkung der Jurisdiktionshoheit auf die Abwägung außenpolitischer Interessen gestützt, dann wiederum mit dem der Völkersitte ähnlichen Begriff der "comity" begründet ⁽⁴⁵⁹⁾ . Trotz dieser Nuancierungen sind grundsätzlich drei Theorien zu nennen.

Nach der sovereign immunity doctrine sind Handlungen eines ausländischen Staates einer gerichtlichen Überprüfung entzogen. Diese Einschränkung der Ausübung extraterritorialer Jurisdiktion umfaßt sowohl die Zuständigkeit zur richterlichen Entscheidung (judicial immunity) als auch die Zuständigkeit zur Vollstreckung gerichtlicher Entscheidungen (attachment immunity) ⁽⁴⁶⁰⁾ . Voraussetzung zur Anwendung der sovereign immunity doctrine ist, daß der fremde Staat am Verfahren unmittelbar beteiligt ist, und dessen Handlung als acta iure imperii zu qualifizieren ist. Diese ursprünglich durch richterliche Rechtsschöpfung aufgestellte Regel ist mittlerweile in den USA gesetzlich geregelt, und zwar im Foreign Sovereign Immunities Act vom Jahre 1976. Demnach ist die sovereign immunity nicht auf Handelstätigkeiten eines fremden Staates anwendbar. Bewirkt eine "commercial activity" eines Staates eine Wettbewerbsbeschränkung in den USA, dann ist das Antitrustrecht ohne weiteres anwendbar ⁽⁴⁶¹⁾ .

Wichtiger für diese Arbeit sind die beiden übrigen Gründe für die Einschränkung der Jurisdiktionshoheit. Während die sovereign immunity doctrine nur anwendbar ist, wenn ein Staat am Verfahren beteiligt ist, begründen die act-of-state-doctrine und die

⁽⁴⁵⁹⁾ S. allgemein Douglas M. Meal u. Joel P. Trachtman, Defenses to Actions against Foreign States under the United States Antitrust Laws, Harv. Int.L.J. 20 (1979), S. 583 ff.

⁽⁴⁶⁰⁾ Ibidem S. 584.

⁽⁴⁶¹⁾ Ibidem S. 587.

foreign-sovereign-compulsion-doctrine auch dann eine Einschränkung der nationalen Zuständigkeit, wenn an der Rechtssache nur Privatpersonen beteiligt sind.

Auch wenn ein ausländischer Staat formal nicht als Partei in einem Rechtsstreit auftritt, so kann sein Verhalten dennoch für den Ausgang eines Wettbewerbsverfahrens eine entscheidende Rolle spielen. Die act-of-state-doctrine verbietet es nämlich den Gerichten, die Rechtmäßigkeit von Akten eines Staates zu überprüfen, die dieser Staat auf seinem eigenen Territorium erlassen hat. Dieser Lehre liegt die Auffassung zugrunde, daß

" every sovereign State is bound to respect the independence of every other sovereign State, and the courts of one country will not sit in judgement on the acts of the government of another done within its own territory. Redress of grievances by reason of such acts must be obtained through the means open to be availed of by sovereign powers as between themselves" ⁽⁴⁶²⁾ .

Eng verwandt mit der act-of-state-doctrine ist die Lehre von der foreign sovereign compulsion, wonach Privatpersonen für ihre Verhalten nicht verantwortlich gemacht werden können, wenn sie von einem ausländischen Staat gezwungen wurden, und zwar unabhängig davon, ob der betreffende Akt des Staates rechtlich als acta iure imperii oder als acta iure gestionis zu qualifizieren ist. Dies geht aus dem Urteil der United States District Court for the District of Delaware hervor:

" When a nation compels a trade practice firms have no choice but to obey. Acts of business become effecttively acts of sovereign. The Sherman Act does not confer jurisdiction on United States' courts over acts of foreign sovereigns...

(462) Urteil des Supreme Court im Falle Underhill vs. Hernandez, zit. in Meal/Trachtman, S. 627.

Were compulsion leaves not a defense, American firms abroad faced with a government order would have to choose one country or the other in which to do business. The Sherman Act does not go so far" ⁽⁴⁶³⁾ .

Eine genaue Unterscheidung der jeweiligen Anwendungsbereiche dieser Lehren ist für diese Arbeit ohne Bedeutung. An dieser Stelle reicht die Feststellung aus, daß ein Kausalitätszusammenhang zwischen einer Zuwiderhandlung gegen das amerikanische Antitrustrecht und einem Zwangsakt eines fremden Staates (sei es in Form von Rechtsvorschriften oder in Form von Anweisungen durch Behörden) die Ausübung der extraterritorialen Jurisdiktion durch die amerikanischen Gerichte ausschließt. Allerdings kann nicht jede Form einer staatlichen Mitwirkung die Anwendung des amerikanischen Wettbewerbsrechts verhindern. Das Vorliegen einer bloßen Duldung, Erlaubnis, Anregung oder u.U. sogar einer planmäßigen Förderung der betreffenden Wettbewerbsbeschränkung im Rahmen einer entsprechenden Wirtschaftspolitik der fremden Regierung reichen beispielsweise nicht aus. Vielmehr muß es sich um echte Ge- bzw. Verbote des fremden Staates handeln ⁽⁴⁶⁴⁾ .

Die rechtliche Begründung dieser Lehren erfuhr im Laufe der Jahre eine erhebliche Wandlung. Während sie ursprünglich auf dem Gedanken der Respektierung ausländischer Souveränität basierte und damit im Völkerrecht verankert waren, trat später das verfassungsrechtliche Argument der Gewaltenteilung in den Vordergrund, wonach die Beurteilung ausländischer Hoheitsakte primär eine Sache der Exekutive ist ⁽⁴⁶⁵⁾ . Diese Entwicklung ist keineswegs von bloß theoretischer Bedeutung. Mit dem Zurücktreten der völkerrechtlichen Argumente und deren Einsatz durch verfassungsrechtliche gewann eine ausschließlich aus der Sicht der amerikanischen Außenpolitik vorgenom-

⁽⁴⁶³⁾ Zit. in Beck, S. 457.

⁽⁴⁶⁴⁾ Vgl. Kurt Stockmann, Die Einflußnahme ausländischer Regierungen auf das Zustandekommen privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen und ihre völkerrechtliche Bedeutung für die Anwendbarkeit des GWB, WuW 6 (1973), S. 420 ff. mit weiteren Hinweisen.

⁽⁴⁶⁵⁾ Beck, S. 456; vgl. auch Franklin A. Gevurtz, Using the Antitrust Laws to Combat Overseas Bribery by Foreign Companies: A Stop to Even the Odds in International Trade, Va.J.Int.L. 27 (1987), S. 250 f.

mene Interessenabwägung entscheidende Bedeutung. Dies bewirkte eine nicht gerade widerspruchsfreie Entwicklung der Rechtssprechung, die auf Kosten der Rechtssicherheit die act-of-state und die sovereign compulsion Lehren je nachdem beschränkte oder erweiterte.

Wie bereits erwähnt, sorgte der völkerrechtliche Ansatzpunkt der früheren Entscheidungen für die Respektierung der Souveränität ausländischer Staaten und somit für die Nicht-Einmischung in deren innere Angelegenheiten. Eine völlig neue Entwicklung bewirkte jedoch das Urteil der Supreme Court im Falle Banco Nacional de Cuba vs Sabbatino. In diesem Fall forderte die Banco Nacional de Cuba als Rechtsnachfolgerin eines kubanischen Privatunternehmens, dessen Forderungsrechte ihr durch einen staatlichen Enteignungsakt übertragen worden waren, die Erfüllung vertraglicher Verpflichtungen. Sabbatino erhob vor dem amerikanischen Gericht den Einwand, die Banco Nacional habe keine Klagebefugnis, weil die Enteignung geltende völkerrechtliche Normen verletzt habe. Die Banco Nacional machte geltend, die act-of-state-doctrine erlaube es nicht, daß ein amerikanisches Gericht die Rechtmäßigkeit eines Hoheitsaktes eines ausländischen Staates überprüfe. In diesem Fall wurde zwar im Ergebnis die Anwendbarkeit der act-of-state-doctrine bejaht, dennoch fügte das Gericht der klassischen Formel ein neues Element hinzu, wonach die besondere Bedeutung der streitbefangenen Rechtssache für die amerikanische Außenbeziehungen zu berücksichtigen sei: "The importance of the international law issues raised by the claim for United States foreign relations" ⁽⁴⁶⁶⁾. Wie tiefgreifend die Folgen dieser Formulierung sein können, zeigte sich im Falle First Nacional City Bank vs. Banco Nacional de Cuba. In diesem Falle erhob die City Bank eine Aufrechnungseinrede gegen eine Forderung der Banco Nacional und stützte sich auf die Enteignung ihres dortigen Eigentums durch Kuba. Die Banco Nacional machte geltend, die act-of-state Lehre erlaube es dem amerikanischen Gericht nicht, die Rechtmäßigkeit eines Hoheitsaktes eines fremden Staates zu überprüfen. Noch während des Verfahrens vor den unteren Instanzen plädierte das Department of State für die Nicht-Anwendung der act-of-state-Ausnahme. Die Mehrheit der Richter der Supreme Court wies die Argu-

⁽⁴⁶⁶⁾ Meal/Trachtman, S. 631.

mentation der Banco Nacional zurück. Das Urteil stütze sich auf die frühere Entscheidung im Falle Sabbatino, die nicht als Ausnahme, sondern als Ergänzung zu der im Underhill-Urteil aufgestellten act-of-state Lehre gewertet wurde. Dies bedeutet, daß stets eine Interessenabwägung wie im Sabbatino-Urteil vorzunehmen ist. Was aber noch wichtiger ist, ist die neue Begründung der Ausnahme. Justice Rehnquist erwähnte nicht mehr die Respektierung ausländischer Staaten, sondern die verfassungsmäßige Gewalteinteilung als Grundlage der Ablehnung der nationalen Zuständigkeit. Nach dieser neueren Formulierung ist die act-of-state Lehre keine allgemeine Einschränkung der Jurisdiktionshoheit mehr, sondern lediglich eine rule-of-reason, die stets die Berücksichtigung der Auswirkungen einer gerichtlichen Entscheidung auf die Außenpolitik verlangt. ⁽⁴⁶⁷⁾ .

Die amerikanische Verfassung verleihe ausschließlich der Exekutive und der Legislative außenpolitische Befugnis. Zweck der act-of-state Lehre sei es lediglich, zu vermeiden, daß die Ausübung dieser Befugnisse durch eine gerichtliche Befassung mit auslandsbezogenen Sachverhalten gestört wird. In Fällen, in denen die gerichtliche Überprüfung von Akten fremder Staaten Reibungen in den Außenbeziehungen der USA verursachen können, müssen sich die Richter enthalten. Wenn dagegen die Exekutive dem zuständigen Gericht mitteilt, daß die Sachverhaltsentscheidung die außenpolitischen Interessen der USA nicht beeinträchtigt, stehe der Jurisdiktion nichts entgegen. ⁽⁴⁶⁸⁾ .

⁽⁴⁶⁷⁾ Ibidem, S. 634.

⁽⁴⁶⁸⁾ Dies war allerdings nicht die erste gerichtliche Entscheidung, die die Anwendung der act-of-state Lehre aus außenpolitischen Gründen ablehnte. In den Rechtssachen Berstein vs. Van Hevghen Frères Société Anonyme und Bernstein vs. Nederlandsche-Amerikaansche Stoomvaart-Maatschappij verlangte der Kläger die Rückgabe von Eigentumsgegenständen, die durch die nationalsozialistische Regierung beschlagnahmt, auf die verklagten Gesellschaften übertragen worden waren. Beide Klagen wurden zunächst aufgrund der act-of-state doctrine zurückgewiesen, später jedoch weiterverfolgt, nachdem der Acting Legal Adviser to the State Department Jack B. Tate einen Brief veröffentlichte "to relieve American courts from any restraint upon the exercise of their jurisdiction to pass upon the validity of the acts of Nazi officials". Der zweiten Klage wurde dann anschließend "in view of this supervening expression of Executive policy" stattgegeben (Meal/Trachtman, S. 628, FN 241). Der Unterschied zwischen diesen Entscheidungen und dem Citiban-Urteil ist aber, daß die Richter ausnahmsweise den Standpunkt des auswärtigen Amtes berücksichtigen, während dies im Citibank-Fall zum Bestandteil der act-of-state doctrine erklärte wurde.

Das Aufgeben völkerrechtlicher Überlegungen zugunsten einer Interessenabwägung aus der Sicht der amerikanischen Außenpolitik erweist sich als fatal, zumal die Gerichte dazu tendierten, die Interessenabwägung autonom vorzunehmen, ohne ihre Entscheidung von einer Stellungnahme der amerikanischen Regierung abhängig zu machen. Im Falle Lumber Co. vs. Bank of America machte Timberlane vor dem Court of Appeals des 9th Circuit geltend, die Bank habe durch verschiedene unsaubere Machenschaften von verbundenen Unternehmen verhindert, daß Timberlane in Honduras Holz für den Export in die USA gewinnen konnte. Dazu hätten auch Hoheitsakte wie z. B. Vermögensbeschlagnahmungen durch den honduranischen Staat beigetragen ⁽⁴⁶⁹⁾. Die Anwendung der act-of-state doctrine lehnte das Gericht prima facie ab und stellte fest, die Lehre bedeute lediglich, daß der ausländische Hoheitsakt nur dann anerkannt werde, wenn die Nichtanerkennung ein ausreichend schwerwiegendes Konfliktpotential in sich birge. Allein ausschlaggebend sei, daß "the interests of, and links to, the United States - including the magnitude of the effects on American commerce - are sufficiently strong vis-à-vis those of other nations, to justify an assertion of extraterritorial authority" ⁽⁴⁷⁰⁾.

Durch diese Rechtsprechung wird die act-of-state doctrine praktisch in Frage gestellt. Dieses Ergebnis bestätigte das spätere Urteil aus dem Jahre 1979 Mannington Mills, Inc. vs. Congoleum Corp., in dem diese Problematik als conflict-of-laws betrachtet wurde ⁽⁴⁷¹⁾.

Demnach handelt es sich dabei lediglich um die Frage, welcher Staat ein größeres Interesse an der Durchsetzung seiner Vorschriften hat. Zwar versuchte das Gericht, einen Katalog der möglichen Kriterien, nach denen die Frage zu beantworten ist, aufzustellen ⁽⁴⁷²⁾,

⁽⁴⁶⁹⁾ S. James M. Grippando, Declining to Exercise Extraterritorial Antitrust Jurisdiction on Grounds of International Comity: An Illegitimate Extension of Judicial Abstention Doctrine, Va. J.Int. L. 23 (1983), S. 406.

⁽⁴⁷⁰⁾ Zit. in Meal/Trachtman, S. 616.

⁽⁴⁷¹⁾ Grippando, S. 408 f.

⁽⁴⁷²⁾ U.a. "degree of conflict with foreign law or policy; nationality of the parties; relative importance of the alleged violation of conduct here compared to that abroad; availability of a remedy abroad and the pendency of litigation there; existence of interest to harm or affect American commerce and its foreseeability" (s. Meal/Trachtman, S. 616, FN 180).

erreichte aber damit keine größere Rechtssicherheit. In der Praxis wird darüber hinaus die act-of-state doctrine durch die Gewichtung divergierender in- und ausländischer Interessen verletzt, da ein solcher Vorgang immer ein Werturteil impliziert. Dies ist aber nicht denkbar, ohne die Legitimität ausländischer Interessen zu hinterfragen ⁽⁴⁷³⁾.

Es ist zwar richtig, daß dieser conflict-of-law Ansatz mit seiner Interessenabwägung auch dann eine Einschränkung der Jurisdiktionshoheit ermöglicht, wenn dies nach der strikten act-of-state doctrine nicht geboten wäre ⁽⁴⁷⁴⁾. Denn die letzte verlangt stets, daß die in Frage kommende Handlung eines Unternehmens von dem fremden Staat erzwungen wurde. Eine Enthaltung aufgrund der Interessenabwägung ist dagegen auch dann möglich, wenn der fremde Staat lediglich ein starkes legitimes Interesse an der Rechtssache hat, das durch die extraterritoriale Anwendung des amerikanischen Antitrustrechts beeinträchtigt werden könnte. Sofern diese Interessenabwägung dazu benutzt wird, eine Rücksichtnahme auf wichtige Interessen ausländischer Staaten selbst dann zu ermöglichen, wenn dies mit der act-of-state doctrine nicht zu begründen wäre, ergeben sich aus dem völkerrechtlichen Gebot der Nicht-Einmischung keine Einwände gegen diese Gerichtspraxis.

Die Entwicklung dieser Rechtssprechung zeigt aber, wie die Entscheidung im Citibank-Fall belegt, daß die Interessenabwägung auch zum entgegengesetzten Ergebnis führen kann, nämlich zu einer extraterritorialen Anwendung des amerikanischen Antitrustrechts selbst dann, wenn ein ausländischer Hoheitsakt vorliegt und der fremde Staat die Zuständigkeit der amerikanischen Gerichte bestreitet ⁽⁴⁷⁵⁾.

(473) So die Kritik der amerikanischen Literatur (s. Hinweise in Beck, S. 459 FN 68 und Text, der allerdings diese Auffassung nicht mitteilt).

(474) Beck, S. 459.

(475) Darin liegt denn auch der innere Widerspruch der Citibank-Entscheidung. In diesem Fall wurde die act-of-state doctrine als eine Folge der verfassungsmäßigen Gewaltenteilung betrachtet. Die Gerichte seien zu außenpolitischen Entscheidungen nicht befugt und dürften keine Entscheidung in Sachverhalten treffen, die nachteilige Wirkungen auf die Außenpolitik der USA haben können. Wenn aber die Regierung den Standpunkt vertritt, daß das gerichtliche Vorgehen, die außenpolitischen Interessen der USA nicht beeinträchtigt, dann ist eine Einschränkung der Jurisdiktionsausübung nach der act-of-state doctrine nicht gerechtfertigt. Dabei wird aber übersehen, daß die Regierung dadurch versucht, wie dies im Citibank-Fall eindeutig der Fall war, diese Außenpolitik mittels gerichtlicher Entscheidungen zu führen. Der Grundgedanke der Gewaltenteilung wird somit geradezu auf den Kopf gestellt, denn entweder sind die Gerichte für außenpolitische Entscheidungen zuständig - und dabei spielt die Auffassung der Regierung keine Rolle - oder aber sind sie unzuständig, und werden nicht

Solange die Gerichte der USA die traditionellen Grenzen der act-of-state doctrine beachteten, gab es kaum Proteste anderer Länder gegen die extraterritoriale Anwendung des Antitrustrechts. Die Diplomatischen Verhandlungen und die Abwehrgesetzgebungen in den 70er Jahren waren eine Reaktion auf diese neuere Rechtsprechung, die die Gefahr in sich birgt, die Durchführung der nationalen Politik fremder Staaten in bestimmten Branchen zu beeinträchtigen. ⁽⁴⁷⁶⁾ .

(476) Ein Beispiel aus jüngster Zeit ist dafür der Streit um die verschiedenen Verfahren im Westinghouse-Fall. In einem Verfahren verklagten sieben Firmen 1976 die Westinghouse Electric Corporation vor dem District Court in Richmond (Virginia) wegen Vertragsbruchs, da sie den Klägern Uran nicht in vereinbarter Menge und zum festgesetzten Preis liefern wollte. Westinghouse verteidigte sich damit, daß eine auf die künstliche Angebotsverknappung und Preisfixierung durch ein internationales Uran-Kartell zurückzuführende unvorhersehbare Preiserhöhung um 800 % das Geschäft commercially impracticable mache. Um sich für die Einreide Beweise zu schaffen, verklagte Westinghouse noch im gleichen Jahr 17 amerikanische und 12 ausländische Unternehmen als Mitglieder des Uran-Kartells auf Schadensersatz nach dem amerikanischen Antitrustrecht (s. Meng, ZaBRV 41 (1981), S. 476). Im Antitrust-Verfahren erschienen aber 9 ausländische Firmen (aus Kanada, Großbritannien, Australien und Südafrika) nicht, das Gericht erließ infolgedessen ein Versäumnisurteil gegen diese neun Unternehmen und verbot es ihnen, u.a. in einem bestimmten Umfang ihr Vermögen aus den USA ins Ausland zu transferieren (ibidem, S. 481). In einem anderen Verfahren wegen Verletzung dieses Verbotes intervenierten nun die Regierungen Kanadas, Australiens, Großbritanniens und Südafrika direct als amici curiae bei Gericht und machten geltend, das Versäumnisurteil überschreite die amerikanische Jurisdiktionshoheit. Eine Einschränkung der amerikanischen Jurisdiktion aufgrund der comity lehnte das Obergericht (im konkreten Fall) u.a. wegen der unkooperativen Haltung der säumigen Parteien ab: "They have chosen instead to present their entire case through surrogates ...and shockingly to us, the governments of the defaulter have subversively presented for them their case against the exercise of jurisdiction" (zit. in Menge, S. 481). Diese Entscheidung erregte Empörung und Proteste der beteiligten Regierungen, die ihre offizielle Uran-Marketing Politik ohnehin durch das Vorgehen der amerikanischen Gerichte im Westinghouse Fall gefährdet sahen. Nun mußte das State Department das Justizministerium bitten, um Verfahren zu intervenieren, um klarzustellen, daß die Regierung die ausländischen Staaten zur direkten Intervention vor Gericht ermutigt habe. Der Associate Attorney General Shenefield mußte dann das Gericht darauf hinweisen, daß die comity ohne weiteres die Rücksicht auf die Interessen ausländischer Staaten gebietet, unabhängig davon, ob "foreign governments have expressed their views to the Court without the intercession of the Department of State" (ibidem, S. 482).

Trotz dieser umstrittenen neueren Entwicklung ist diese Rechtsprechung zur Beschränkung der Jurisdiktionshoheit auf dem Gebiet des internationalen Kartellrechts aus der Sicht des amerikanischen Antitrustrechts auch für andere Rechtsordnungen von Bedeutung. Selbst wenn die traditionellen Lehren der act-of-state bzw. sovereign compulsion zunehmend durch die Interessenabwägung abgeschwächt wurden, haben die amerikanischen Gerichte Prinzipien herausgebildet, die andere Rechtsordnungen beeinflussen. Dies trifft insbesondere auf Rechtssysteme zu, die dem Auswirkungsprinzip folgend, eine weitgehende Anwendbarkeit ihrer Wettbewerbsvorschriften kennen, wie dies beim EWG-Kartellrecht der Fall ist. Eine Untersuchung der entsprechenden Ausnahmen zur extraterritorialen Anwendung des Art. 85 EWGV bestätigt dieses Ergebnis.

Obwohl Art. 85 Abs. 1 EWGV keine ausdrückliche Kollisionsnorm enthält, wird von der Praxis Kommission und der EuGH das Auswirkungsprinzip anerkannt. Dies ist inzwischen unumstritten. Weniger häufig sind dagegen Äußerungen zur Frage, welche Grenzen sich für die Anwendbarkeit des Art. 85 EWGV aus der Beteiligung ausländischer Staaten an der Wettbewerbsbeschränkung ergeben. Soweit ersichtlich, hat sich der EuGH mit dieser Problematik bisher noch nicht befaßt. Lediglich aus zwei Entscheidungen der Kommission in Kartellverfahren lassen diesbezüglich allgemeine Prinzipien entnehmen.

In der Kugellager-Entscheidung hat die Kommission einen, wenn auch unvollständigen Katalog möglicher Anwendungsfälle von Art. 85 mit extraterritorialem Bezug aufgestellt ⁽⁴⁷⁷⁾ :

- a) Maßnahmen im Rahmen von Handelsabkommen zwischen der Gemeinschaft und Drittländern. Es handelt sich um außenhandelspolitische Beschlüsse, die sich als solche der Anwendbarkeit des Art. 85 des EWGV entziehen;

(477) Entscheidung vom 29.11.1974, Kugellager, AB1. L 343, S. 23.

- b) Maßnahmen, die den ausländischen Unternehmen von den Behörden ihres Landes auferlegt werden. Diese Maßnahmen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. 85;
- c) Maßnahmen, die aus Vereinbarungen zwischen Unternehmen resultieren und von den Behörden ihrer Länder auf Grund ihres internen Rechts genehmigt werden. Eine solche Genehmigung ist Voraussetzung für die interne Rechtsgültigkeit, sie kann aber die Anwendbarkeit des Art. 85 nicht ausschließen und ändert nichts an der Tatsache, daß die beteiligten Unternehmen frei waren, die Vereinbarung nicht abzuschließen;
- d) Maßnahmen, die sich ausschließlich aus Vereinbarungen ergeben, welche entweder einseitig von ausländischen Unternehmen oder nach Absprache mit den entsprechenden europäischen Industrieunternehmen erarbeitet wurden. Diese privatwirtschaftlichen Maßnahmen können ebenfalls in den Anwendungsbereich des Art. 85 fallen.

Maßnahmen der Kategorie a) sind Durchführungsakte der gemeinschaftlichen Handelspolitik, und sind daher hier nicht zu behandeln. Ebenso bleiben Maßnahmen der Kategorie d) außer Betracht, denn für sie gilt das uneingeschränkte Kartellverbot, wie oben erörtert wurde. Wichtiger sind die Kategorien b) und d).

Die Einschränkung der extraterritorialen Anwendung des EWG-Kartellrechts bei den unter b) geschilderten Situationen sind erkennbar von der amerikanischen Rechtsprechung beeinflusst, doch ohne zwischen act-of-state und foreign sovereign compulsion zu unterscheiden, was aber rechtsdogmatisch durchaus möglich ist. Demnach ist gleichgültig, ob der Hoheitsakt als acta iure imperii oder als acta iure gestionis zu klassifizieren ist, wenn ein tatsächlicher Zwang durch die ausländischen Behörden (im weiteren Sinne) vorliegt. Dieses

Prinzip wird nach c) dadurch ergänzt, daß die bloße Genehmigung durch Behörden von Drittländern keine Ausnahme vom Kartellverbot erlaubt. Eine mögliche Ausnahme infolge der Interessenabwägung wird nicht erwähnt; sie wird jedoch im Ermessensspielraum der Kommission impliziert. Im Ergebnis ist festzustellen, daß der Katalog der Kommission den Lehrern der *sovereign compulsion* und *act-of-state* in ihren klassischen Formulierungen entspricht.

Ein zusätzliches Element wurde durch eine spätere Entscheidung hinzugefügt. In den Vereinbarungen, die Gegenstand der Brandeis-Entscheidung bildeten, waren Außenhandelsorganisationen osteuropäischer Staaten beteiligt. Diese beriefen sich vor der Kommission auf die staatliche Immunität, weil sie nach sozialistischem Recht vom Staat untrennbar seien. Die Kommission stellte dagegen fest, die Immunitätseinrede komme nur für Regierungsakte in Frage, aber nicht für eine bloße Handelstätigkeit. Staatliche Organisationen, die eine "rein kommerzielle Tätigkeit" ausüben, seien vom Kartellverbot nicht ausgenommen ⁽⁴⁷⁸⁾. Auch diese wurde von der amerikanischen Rechtsprechung zum Antitrustrecht anerkannt.

Diese Prinzipien lassen sich zu der Regel zusammenfassen, daß Wettbewerbsbeschränkungen, die sich auf den Gemeinsamen Markt auswirken, nur dann nicht unter den Anwendungsbereich des Art. 85 Abs. 1 fallen, wenn sie auf einen Hoheitsakt eines fremden Staates mit zwingendem Charakter zurückzuführen sind. Diese einfache Formulierung soll aber darüber nicht hinwegtäuschen, daß die Anwendung dieser Kriterien in der Praxis erhebliche Schwierigkeiten hervorrufen kann. Daß Gesetze, Verordnungen oder sonstige allgemein gültige Rechtsvorschriften sowie verbindliche Entscheidungen von staatlichen Organen Rechtsakte darstellen, die die extraterritoriale Anwendung des Art. 85 Abs. 1 ausschließen, ist selbstverständlich. Quid iuris aber wenn bestimmte Anweisungen ausländischer Behörden, die abstrakt gesehen, keine Verbindlichkeit besitzen, de facto

⁽⁴⁷⁸⁾ Entscheidung vom 19.12.1984, Aluminiemeinführen aus Osteuropa, AB1. 1985 L 92, S. 37.

den Unternehmen keine Entscheidungsfreiheit lassen? Oder, wenn Unternehmen zwar rechtlich nicht gezwungen werden, jedoch im Einklang (und unter Förderung eines Drittstaates) mit der von ihrer Regierung für eine bestimmte Branche festgelegten Politik handeln? Diese Problematik ist im Folgenden anhand praktischer Beispiele zu erörtern.

2. Praktische Schwierigkeiten: das Beispiel der japanischen "administrative guidance"

Da die Grenze der extraterritorialen Anwendbarkeit wettbewerbsrechtlicher Vorschriften bei der hoheitlichen Beteiligung eines fremden Staates zu ziehen ist, ist es im konkreten Fall stets erforderlich, die acta iure imperii von den acta iure gestionis abzugrenzen. Da die Kollisionsnorm nationales Recht ist, sind die Kriterien hierfür, ähnlich wie im internationalen Privatrecht, dem nationalen Recht zu entnehmen⁽⁴⁷⁹⁾. Inwieweit aber das nationale Recht geeignete Lösungen für eine solche Bewertung bieten kann, ist in vielen Fällen fraglich. Die japanische Außenhandelsregelungen bieten ein deutliches Beispiel für eine Situation, in der kontinental-europäische Maßstäbe nur zu unbefriedigenden Ergebnissen führen.

In Japan besteht eine enge Kooperation zwischen den Unternehmen und ebenso zwischen Regierung und Privatwirtschaft. Obwohl Japan bereits im 19. Jh. eine Industrialisierungspolitik betrieb und seine traditionellen Gesellschaftsstrukturen in zunehmendem Maße nach westlichem Muster umgestaltete, wurde bis zum Ende des zweiten Weltkrieges die vollkommene Wettbewerbsfreiheit der amerikanischen Antitrust-Ideologie nie ganz akzeptiert. Vielmehr bewirkte die Industrialisierung der Errichtung von riesigen Konzernen und Kartellen den zaibatsu, als der folgerichtigen Umsetzung des traditionellen japanischen Harmonie- und Kooperationsgedankens.

(479) Stockmann, S. 424, mit weiteren Hinweisen.

Die amerikanische Besatzungsmacht betrachtete nicht nur die Abschaffung alter autoritärer Institutionen als ihre Aufgabe, sondern auch die Dezentralisation und Dekartellierung der japanischen Wirtschaft waren grundlegende Ziele der Besatzungspolitik und der "demokratischen Umerziehung" Japans. Neben der hoheitlichen Auflösung der großen Industriekonzerne ließ die Besatzungsmacht 1947 von der japanischen Diät ein Antitrustgesetz nach dem Muster des Sherman Acts verabschieden. Die japanische Wirtschaft reagierte ablehnend auf dieses neue, vom angelsächsischen Individualismus geprägte Wettbewerbskonzept, das sie als "totally alien to the cooperative business philosophy of Japan" verurteilte" ⁽⁴⁸⁰⁾ .

Es erwies sich, daß die durch das Antimonopolgesetz errichtete Fair Trade Commission lange Zeit brauchen sollte, um ihre Aufgabe in vollem Umfang erfüllen zu können. Dies ist auch dadurch zu erklären, daß das japanische Ministerium für Außenhandel und Industrie (Ministry of International Trade and Industry - MITI), das eine zentrale Rolle beim Wiederaufbau und der industriellen Entwicklung spielte, durch die spätere Gesetzgebung ermächtigt wurde, nach freiem Ermessen die Industrie- und Außenhandelspolitik auch durch die Förderung von Kartellen zu lenken. Diese Situation, die zu Konflikten zwischen beiden Organen führte, machte den innderen Widerspruch der japanischen Gesetzgebung in der Nachkriegszeit besonders deutlich: einerseits wurde nach amerikanischem Muster versucht, durch eine radikale Umgestaltung der Wirtschaftsstrukturen die unternehmerische Selbständigkeit und Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten; andererseits wurde die Tür zum staatlichen Dirigismus und zur wettbewerbsrechtlich bedenklichen Unternehmenskooperation offen gehalten, weil dies dem traditionellen System näher kam.

Besonders wichtig für diese Arbeit ist die Rolle des MITI bei der Außenhandelssteuerung. Das MITI verfügt zur Durchführung der

(480) Trustbusting in Japan: Cartels and Government Cooperation (Note), Harv. L.R. 94 (1981), S. 1066 (weiter zit.: Trustbusting in Japan).

Außenhandelspolitik insbesondere über zwei Eingriffsbefugnisse. Nach dem Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law ist die Freiheit der Warenausfuhr "with such minimum restrictions..as are consistent with the purposes of this Law" zu gewährleisten. Aber die Regierung ist ermächtigt, durch einen Kabinettserslaß, der Exportgeschäfte von einer Genehmigung der MITIU abhängig macht, Ausnahmen von diesem Prinzip zu bestimmen, insbesondere, wenn die Einschränkung der Handelsfreiheit der Behebung von Zahlungsbilanzschwierigkeiten bzw. der guten Entwicklung des Außenhandels oder der japanischen Binnenwirtschaft dient ⁽⁴⁸¹⁾. Die Genehmigung kann den Exporteuren mengenmäßige Beschränkungen auferlegen oder Mindestpreise festsetzen. Japaische Gerichte haben diese Ausnahme des allgemeinen Prinzips der Ausfuhrfreiheit eng ausgelegt und von der Regierung den Nachweis der Unerläßlichkeit der Exportbeschränkung zur Erreichung der gesetzlich bestimmten Ziele verlangt. Vor allem bei Exportbeschränkungen, die rein politische Ziele verfolgen, wurde dem MITI die erforderliche Zuständigkeit abgesprochen, wenn der politische Zweck der Ausfuhrbeschränkung nur die Wahrung guter diplomatischer Beziehungen mit befreundeten Ländern ist und nur auf zwischenstaatlichen Abkommen und nicht auf inländischen Gesetzen beruht ⁽⁴⁸²⁾. Sofern dagegen Exportbeschränkungen aus wirtschaftlichen Gründen erklärbar sind, wird dem MITI ein weites Ermessen zugestanden.

Außer diesem direkten Eingriff in die Exportbeziehungen kann das MITI die Außenhandelsströme mittelbar beeinflussen, insbesondere

(481) Vgl. Mitsuo Matsushita, Export Controls and Export Cartels in Japan, Harv. Int. L.J. 20 (1979), S. 104 f.

(482) So das Urteil des Bezirksgerichts Tokyo im Falle 1969 Peking-Shanghai Nihon Kogyo Tenrankai vs. Nihon. In diesem Verfahren hatten japanische Exporteure das MITI angeklagt, weil ihnen die Ausfuhr von 19 bestimmten Waren in die Volksrepublik China nicht erlaubt worden war. Das MITI verteidigte sich damit, die betroffenen Waren seien in einer Liste von 3000 Erzeugnisse aufgeführt, die nach Beschluß des Consultative Group Coordinating Committee (COCOM) in bestimmte sozialistisch regierte Länder nicht exportiert werden dürfen. Vor Gericht macht das MITI auch geltend, die Verletzung dieser internationalen Verpflichtung würde die Außenbeziehungen Japans mit seinen dem COCOM angehörenden Verbündeten, insbesondere den USA beeinträchtigen und u.U. Repressalien hervorrufen. Das Gericht stellte dagegen fest, die COCOM Liste verfolge rein politische Ziele, und Exportbeschränkungen seien nach japanischem Recht nur aus wirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt. Ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung, die eine solche Ausnahme begründe, seien Exportbeschränkungen für politische Zwecke nicht erlaubt (Matsushita, S. 106 f.).

durch konzertierte Zusammenarbeit mit Privatunternehmen. Zu dieser Möglichkeit wird auch häufig gegriffen. Nach dem Export and Import Transactions Law können auch Vereinigungen und Kartelle eine wichtige Rolle bei der Durchführung der japanischen Außenhandelspolitik spielen. Ziel des Gesetzes ist die Verhinderung unfairer Exportgeschäfte und die Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Außenhandels. Zur Erreichung dieser Ziele wird es den Exporteuren erlaubt, kartellartige Vereinbarungen zu treffen. Exportkartelle sind dem MITI anzumelden, das unter bestimmten Voraussetzungen die Genehmigung verweigern kann, u.a. wenn das Kartell völkerrechtlichen Verpflichtungen Kapans zuwiderläuft, eine ungerechtfertigte Wettbewerbsbeschränkung bewirkt, die Freiheit des Ein- bzw. Austritts unverhältnismäßig eingeschränkt wird, oder wenn die außenhandelspolitischen Interessen Japans gefährdet werden usw. ⁽⁴⁸³⁾ . Rechtskräftig genehmigte Kartelle genießen ferner den Schutz durch das MITI, das beispielsweise Mindestpreise festsetzen oder Quoten aufteilen kann, wenn die Kartellvereinbarung ähnliche Bestimmungen enthält, die Kartellmitglieder den größten Teil der Ausfuhren einer bestimmten Ware nach einem bestimmten Land vertreten, und das Kartell alleine nicht fähig wäre, die Hindernisse für eine "sound development of export trade" zu beseitigen. Maßnahmen des MITI zum Schutz des Kartells erstrecken sich sowohl auf die Kartellmitglieder als auch auf außenstehende Unternehmen ⁽⁴⁸⁴⁾ . Exportkartelle werden ferner noch dadurch begünstigt, daß die Ergänzungen zum Antimonopolgesetz aus dem Jahre 1953 die Überwachungsbefugnisse der Fair Trade Commission erheblich einschränkten ⁽⁴⁸⁵⁾ . Am Ende der 70er Jahre wurden etwa 30 % der genannten japanischen Ausfuhren von Exportkartellen erfaßt ⁽⁴⁸⁶⁾ . Da das japanische Wettbewerbsrecht auf die Ein- und Austrittsfreiheit der Kartellmitglieder abstellt, sieht die Fair Trade Commission in Kartellen, die

⁽⁴⁸³⁾ Ibidem, S. 111.

⁽⁴⁸⁴⁾ Ibidem, S. 113.

⁽⁴⁸⁵⁾ Trustbusting in Japan, S. 106B f.

⁽⁴⁸⁶⁾ Matsushita, S. 114; s. ferner Akinori Uesugi, Japan's Cartel System and Its Impact on International Trade, Harv. Int.L.J. 27 (1986), S. 389 ff., mit Überblick der Sondergesetzgebung.

auch Konkurrenten oder Importeure aus Drittländern beteiligen, einen Verstoß gegen das Antimonopolgesetz ⁽⁴⁸⁷⁾ .

Besonders häufig werden derartige Kartelle vom MITI genehmigt, um die Durchführung von international ausgehandelten Selbstbeschränkungsabkommen zu ermöglichen. Hierbei spielt das MITI eine entscheidende Rolle. Es kann nämlich die Industrie zur Vereinbarung eines Exportkartells veranlassen und danach die Einhaltung der getroffenen Preis- bzw. Quotenregelungen überwachen. Dazu benutzt das MITI das für das japanische Wirtschaftsverwaltungsrecht typische Instrument der administrative guidance.

Administrative guidance ist eine Art behördlicher Einflußnahme auf Personen oder wirtschaftliche Entscheidungsträger mit dem Mittel von Verwaltungsleitlinien ⁽⁴⁸⁸⁾. Kennzeichnend für die administrative guidance ist ihr unverbindlicher Charakter: dem Adressaten wird die Vornahme einer bestimmten Handlung empfohlen. Es bleibt jedoch ihm überlassen, ob er ihnen nachkommt. Die japanische Praxis kennt grundsätzlich zwei Formen von administrative guidances. Advisory guidances werden zum persönlichen Vorteil des Adressaten erteilt ⁽⁴⁸⁹⁾. Bei den Regulatory guidance steht dagegen das Gemeinwohl im Vordergrund ⁽⁴⁹⁰⁾. Wird einer advisory guidance nicht entsprochen, dann kann dem Adressaten deswegen nichts geschehen, denn die Leitlinie diene ausschließlich seinem persönlichen Vorteil, und er ist frei dazu, auf sie zu verzichten. Anders soll aber die Lösung be-

(487) Tatsuta, S. 336. Die Fair Trade Commission stellte 1972 in einem Memorandum fest, daß "...conclusion of an international agreement between Japanese entrepreneurs and foreign entrepreneurs ...is distinguished from the formation of the export cartel mentioned in (I) (erlaubte Exportkartelle, Anm. des V.) in the respect that...the Japanese entrepreneurs are restrained by such agreement in the formation, carrying out or withdrawal from the export cartel. Such international agreement...brings about an unreasonable restraint of trade between foreign and Japanese entrepreneurs...it comes under the category of international agreements prohibited" (zit. in Matsushita, S. 119, FN 63).

(488) Heinrich Hölzer, Verwaltungsleitlinien ("gyoseishido") contra Antimonopolgesetz, WuW 10 (1981), S. 704.

(489) Kazuo Ymanouchi gibt hierfür das Beispiel "Since the best plan for farming from now on is to raise pigs, please, raise pigs" (Administrative Guidance and the Rule of Law, Law in Japan 7 (1974), S. 22.

(490) So z.B. "for purposes of price stability, please do not sell Kerosin for more than Y= 380 a can." (ibidem, S. 23).

züglich der regulatory guidance sein, denn sie betrifft das Gemeinwohl. Die Frage ist aber nun, welche Folge an die Nichtbeachtung einer Empfehlung geknüpft werden dürfen. In der Praxis handelte es sich meist um milde Repressalien, wie etwa die Bekanntgabe der Nichtbeachtung einer Empfehlung, wodurch dem Ansehen des Adressaten geschadet wird ⁽⁴⁹¹⁾. Umgekehrt kann die Verwaltung vorsehen, daß denjenigen bestimmte Begünstigungen gewährt werden, die der Empfehlung nachkommen. Aber auch in diesen Fällen ist es nach japanischem Recht fraglich, ob diese Folgen auch dann zulässig sind, wenn die Verwaltungsleitlinie nicht auf eine gesetzliche Bestimmung gestützt werden kann ⁽⁴⁹²⁾. Besonders komplex wird die Problematik im Zusammenhang mit den Befugnissen, die das MITI nach dem Außenhandelsgesetz ausübt. Denn hinter der administrative guidance steht das Damokles-Schwert der Verbots- und Beschränkungsbezugnis des Ministers, so daß unklar bleibt, wann eine Empfehlung tatsächlich bloß unverbindlicher Art ist. Dazu kommt, daß die Adressaten oft nicht einmal die Möglichkeit in Betracht ziehen, der administrative guidance nicht Folge zu leisten. Diese wird damit so, als wäre sie rechtsverbindlich.

Ein typisches Beispiel für eine solche schwer zu qualifizierende Situation bietet die Haltung des MITI während der Ölkrise Anfang der 70er Jahre. Besorgt um die Verhütung der Inflation erließ das japanische Parlament im Dezember 1973 verschiedene Gesetze, die u.a. den MITI zur Preis- und Quotenüberwachung und -festlegung ermächtigte, insbesondere im Hinblick auf die Ölindustrie ⁽⁴⁹³⁾. Trotz seiner gesetzlichen Befugnisse bevorzugte das MITI die Durchführung einer selbständigen Politik mittels administrative guidance. Und dies

(491) Yamanouchi, S. 22. Weitere Beispiele sind "preventing the supply of wheat to producers who fail to follow a recommendation that the price of wheat flour be reduced and curtailment of the all allotment of foreign currency required for the import of coal of producers who do not comply a recommendation to limit the production of steel iron" (*ibidem*, S. 25).

(492) Obwohl die herrschende Meinung in Japan keine gesetzliche Grundlage für administrative guidances verlangt, steht für andere die Praxis in Zusammenhang mit "the vestiges of the anti-democratic and old constitutional concepts and practices in public Law theory and the present administrative system" (so Yoshihiro Murakami, zit. in Yamanouchi, S. 29).

(493) S. Malcolm D.H. Smith, Prices and Petroleum in Japan: 1973 - 1974 A Study of Administrative Guidance, Law in Japan 10(1977), S. 88 ff.

nicht zur Verhinderung von Preiserhöhungen, sondern zu ihrer Genehmigung im Einverständnis mit den großen japanischen Öl-Konzernen. Gleichwohl stellte das MITI fest, erhöhte Produktionskapazitäten würden die normale Entwicklung der Branche beeinträchtigen und veranlaßte daher die Industrie zu einer drastischen Reduktion der Produktion von 3 Mio. Kiloliter. Keine dieser Empfehlungen bzw. Genehmigungen stützte sich auf die Gesetzgebung von Ende 1973. Das MITI verhielt sich mißtrauisch gegenüber diesen Sonderbefugnissen und hielt das eigenständige Vorgehen mittels administrative guidance für wirksamer ⁽⁴⁹⁴⁾. Die Öffentlichkeit war betroffen über die Preiserhöhungen und Produktions selbstbeschränkungen seitens einer so bedeutenden Industriebranche während einer nationalen Wirtschaftskrise, und die Fair Trade Commission entschied sich zum raschen Vorgehen gegen das Öl-Kartell. Am 15.2.1974 erhob die Fair Trade Commission (FTC) eine strafrechtliche Klage wegen verbotener Kartellierung. Die Angeklagten (Gesellschaften, Industrievereinigungen und deren Manager) machten geltend, sie seien lediglich den Anweisungen des MITI nachgekommen und dies erlaube in keinster Weise eine Anwendung des Antimonopolgesetzes. Bezüglich der Preisabsprache befand dagegen das Tokyo High Court im Urteil vom 26. 9. 1980, daß die Genehmigung des MITI nicht unbedingt bedeutet, daß "they had been unconscious of the illegality of their acts" ⁽⁴⁹⁵⁾. Bezeichnend ist allerdings, daß das Gericht eine Entscheidung hinsichtlich des Konflikts zwischen administrative guidances und Kartellgesetz vermied und pauschal behauptete, es bestünden keine administrative guidances. Andererseits stellte das Gericht fest, das Antimonopolgesetz sei nur auf Vereinbarungen zwischen Unternehmen anwendbar. Solange "the MITI instructs individual business separately", liege formell kein Verstoß gegen das Antimonopolgesetz vor. Damit wird aber der Schluß nahegelegt, eine Wettbewerbszuwiderhandlung könnte doch vorliegen, wenn das MITI das Verhalten der gesamten Industrie lenkt ⁽⁴⁹⁶⁾, und sie zum Abschluß einer kartellrechtswidrigen Vereinbarung führt.

(494) Ibidem, S. 92 f.

(495) Trustbusting in Japan, S. 1078.

(496) Ibidem, S. 1079.

Die FTC, deren Stellung durch dieses Verfahren erheblich verändert wurde, vertrat anschließend den Standpunkt, Vereinbarungen von Unternehmen in Einklang mit Verwaltungsleitlinien des MITI würden regelmäßig vom Kartellverbot erfaßt, wenn keine konkrete gesetzliche Ermächtigung der administrative guidance vorliegt. Keine Konflikte mit dem Antimonopolgesetz entstehen dagegen bei der Anwendung der entsprechenden Bestimmungen in Gesetzen, die Verordnungen, Genehmigungen, Empfehlungen, Hinweise usw. vorsehen, und bei der Befolgung von Verwaltungsleitlinien als Vorstufe oder anstelle der Anwendung solcher Bestimmungen, sofern die materiellen Voraussetzungen für die Anwendung dieser Bestimmungen erfüllt sind, es sei denn, daß Marktbedingungen wie Preise und Mengen beeinflußt werden⁽⁴⁹⁷⁾. Im Öl-Kartell-Fall waren dagegen diese Voraussetzungen erfüllt, denn das MITI war durch die Sondergesetzgebung von 1973 zur Preisregulierung ermächtigt. Die FTC hielt die Absprache dennoch für wettbewerbswidrig. Das MITI behauptete aber im Verfahren nicht, die Preis-erhöhung sei hoheitlich angeordnet worden. Das Schweigen der Tokyo High Court zu diesem Punkt macht jedenfalls die Schwierigkeiten bei der Bewertung des verbindlichen bzw. unverbindlichen Charakters der administrative guidances besonders deutlich.

Stellt man im Anschluß an die Affassung des FTC auf eine konkrete gesetzliche Ermächtigung ab, um den administrative guidances rechtsverbindlichen Charakter zuzuerkennen, und akzeptiert sie somit als Grund für die Nichtanwendung kartellrechtlicher Vorschriften, dann wird diese Bewertung im Ergebnis von der subjektiven Betrachtung der Verwaltungsleitlinien durch das MITI abhängig gemacht. Denn, wenn das MITI - wie dies der Fall bei der Außenhandelssteuerung ist - gesetzlich ermächtigt ist, Preis- oder Quotenregelungen zu treffen, dies jedoch nicht tut, und die Industrie lediglich durch Verwaltungsempfehlungen zur Kartellvereinbarung veranlaßt, bleibt fraglich, ob das MITI im Falle der Nichtbefolgung seiner Empfehlungen bereit wäre, von seiner gesetzlichen Ermächtigung zur Zwangskartellierung Gebrauch zu machen. Trifft dies in einem konkreten Fall zu,

(497) Interpretation des Verhältnisses zwischen Antimonopolgesetz und Verwaltungsleitlinien der Fair Trade Commission vom 16. März 1981, Abschnitt 2, (1) (deutsche Übersetzung einer von der FTC erstellten inoffiziellen Fassung in

dann ist den administrative guidances ein verbindlicher Charakter zuzuerkennen. Andernfalls bringt das MITI zum Ausdruck, es selbst betrachte seine Empfehlungen keinesfalls als rechtsverbindlich. Für Drittländer, die über extraterritorial anwendbare Kartellgesetze verfügen, von deren Anwendungsbereich hoheitlich angeordnete Wettbewerbsbeschränkungen ausländischer Unternehmen ausgenommen sind, bedeutet dies zweierlei: entweder wird eine pauschale Lösung gefunden und die administrative guidances als reine Empfehlung angesehen, oder aber man untersucht nach dem konkreten Rechtscharakter und schließt somit eine generelle Beantwortung der Frage aus.

Die EG-Kommission scheint den ersten Weg gewählt zu haben, allerdings ohne dies ausdrücklich festzustellen. Die Umstände der Kugellager-Entscheidung ⁽⁴⁹⁸⁾ lassen aber erkennen, daß einfache administrative guidances für die Anwendung des Art. 85 Abs. 1 EWGV keine Ausnahme nach der act-of-state doctrine begründen kann. Die Erwähnung von Maßnahmen, die "von den japanischen Behörden einfach auf Grund ihres internen Rechts genehmigt werden" ⁽⁴⁹⁹⁾, legt es nahe, daß prinzipiell nur rechtsverbindliche Entscheidungen eine Ausnahme vom Kartellverbot erlauben und somit die Berücksichtigung einfacher administrativer guidances ausgeschlossen ist. Die Formulierung der Kugellager Entscheidung ist aber nicht eindeutig, und zwischen "auferlegten" und "genehmigten" Maßnahmen werden die "geförderten" Vereinbarungen nicht ausgesprochen. Berücksichtigt man aber die Tatsache, daß die Unterstützung einer Wettbewerbsbeschränkung durch eine Regierung für die Kommission keine act-of-state Ausnahmesituation darstellt, wie sich die aus der Brandeis-Entscheidung ergibt, dann ist im Ergebnis festzuhalten, daß nur Ge- oder Verbote einer ausländischen Regierung die Anwendung des Art. 85 verhindern. Im Falle der administrative guidances wäre dies grundsätzlich ausgeschlossen. Informelle Beeinflussung bei der Kartellvereinbarung im Rahmen des Export and Import Transactions Law sind daher nicht ausreichend. Erst ein direkter, hoheitlicher Eingriff nach dem Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law könnte eine Einschränkung

(498) Entscheidung vom 29.11.1974, Kugellager, ABl. 343, S. 19 ff.

(499) Ibidem, S. 23.

der gemeinschaftlichen Jurisdiktionshoheit begründen. Dieses Ergebnis ist aber etwas spekulativ, denn die bisherige Praxis gibt keine klare Antwort. Fraglich ist außerdem, ob damit der Wirklichkeit entprochen würde.

Die amerikanische Praxis tendiert dagegen dazu, auf die tatsächliche Gestaltung der administrative guidances abzustellen. Dabei ist dann ausschlaggebend, ob das MITI im Falle der Nichtbeachtung seiner Empfehlungen bereit wäre, hoheitlich tätig zu werden und von seiner Zuständigkeit zur Quoten- bzw. Preiskontrolle Gebrauch zu machen.

Anfang der 70er Jahre hatten japanische Exporteure von Hörfunk- und Fernsehgeräten verschiedene Kartellvereinbarungen zur Einhaltung von Mindestexportpreisen getroffen, und zwar nach Leitlinien des MITI. Die amerikanischen Konkurrenten Zenith Radio Corp. und National Union Electric Corp. verklagten die japanischen Gesellschaften Matsushita Electric Industrial Co., Hitachi Ltd. Sharp Corp., Sanyo Electronic Inc., Sony Corp. u.a. wegen Verstoßes gegen Section 1 und 2 des Sherman Acts ("low price export conspiracy"). Die Beklagten beriefen sich auf die act-of-state doctrine und machten geltend, das MITI habe sie zur Preisfestsetzung gezwungen. Auf Anfrage des zuständigen Gerichts erklärte das MITI

" had the Japanese television manufacturers and exporters failed to comply with MITI's direction...MITI would have invoked its powers provided for in the Export Trade Control or under the Foreign Exchange and Foreign Trade Control Law in order to unilaterally control television sales...Therefore, when MITI decided the above-mentioned policy...the Japanese television manufacturers and exporters had no alternative but to establish the agreement and regulation in compliance with the said direction".

Das Gericht wies die Klage zwar ab, jedoch nicht aus diesem Grund, sondern aus Mangel an Beweisen. Es betonte jedoch hilfsweise die Mit-

wirkung des MITI, dessen "overriding purpose was to promote 'orderly marketing' through these means" (500) .

Auch Attorney General Smith stellte die Unanwendbarkeit des amerikanischen Antitrustrechts auf Selbstbeschränkungsabkommen der japanischen Exportindustrie fest, sobald die Durchführung der mengenmäßigen Beschränkung zwar lediglich durch administrative guidances erfolgt, das MITI jedoch im Falle der Nichtbeachtung seiner Empfehlungen einen hoheitlichen Eingriff in Betracht zieht, wie sich dies z. B. aus dem Briefwechsel mit dem japanischen Botschafter in Washington bezüglich des Pkw-SbA aus dem Jahre 1981 ergibt. Botschafter Okawara fragte den Attorney General nach der kartellrechtlichen Bewertung der Exportbeschränkungen unter Hinweis darauf, daß "if... it becomes clear that any company threatens to exceed the limits set forth by MITI, the Government of Japan will promptly make car exports to the U.S. subject to export licensing." Attorney General Smith antwortete daraufhin. "...we believe that the Japanese automobile companies' compliance with export limitations directed by MITI would be viewed as having been compelled by the Japanese government, acting within its sovereign powers" (501) .

Nach dieser Lösung ist die Absicht der ausländischen Regierung ausschlaggebend. De lege lata scheint dies für derartige Grenzsituationen angebracht, denn die strikten Maßstäbe der Rechtsordnung des über die Immunitätsfrage entscheidenden Staates können die Wirklichkeit im Drittland verkennen und damit im Ergebnis den Sinn der Immunitätsausnahme verkennen. De lege ferenda stellt sich nun die Frage, ob eine andere Lösung, die etwa auf den formalen

(500) Zit. in Tatsuta, S. 340.

(501) Zit. in Lochmann, S. 107. Lochmann bejaht die Anwendbarkeit der foreign sovereign compulsion doctrine in diesem Fall und stellt fest, eine befriedigende Qualifizierung der administrative guidances sei nur in concreto möglich und setze die Würdigung ihrer tatsächlichen Gestaltung voraus, statt pauschaler Bewertung aus der Sicht des amerikanischen Rechts: "It would be extremely ethnocentric for a United States court to ignore the implications of administrative guidance simply because it does not fit easily within the United States law concept of FSC (foreign sovereign compulsion, An. des V.). In this regard, the act of state doctrine might apply to prohibit judicial inquiry into the legal validity of administrative guidance under Japanese law. It is unfair to force the Japanese auto industry to predict how a United States court will rule on the validity of MITI's written directives when the status of administrative guidance even under Japanese law is uncertain" (S. 149.)

Charakter der Regierungshandlung abstellt, ausländische Regierungen nicht dazu veranlassen würde, mit Rücksicht auf die Interessen anderer Länder, in denen sich die wettbewerbsfeindliche Vereinbarung auswirkt, ihre eigene Handelspolitik transparent durchzuführen. Denn dann müßten sie für die Verfolgung ihrer nationalen auch die internationale Verantwortung übernehmen.

IV. AUSBLICK: REFORM DER GATT-SCHUTZKLAUSEL?

"Dure à jamais le mal,
s'il faut ce remède!"
(Racine, Horace, Ier., II)

Selbstbeschränkungsabkommen sind, wie gesagt, mit dem GATT-Verbot mengenmäßiger Beschränkungen unvereinbar. Da sie dem Schutz der Industrie im Importstaat dienen, sind sie Importbeschränkungen gleichzustellen, und werden nicht dadurch gerechtfertigt, daß der Exportstaat zustimmt. Denn Art. XI GATT ist keine dispositive Norm, die sich durch inter-se Vereinbarungen abändern ließe. Der Abschluß von SbA durch GATT-Vertragsparteien hat mangels echter Staatenpraxis und Rechtsüberzeugung keine Änderung des allgemeinen Verbots bewirkt. Eine gemilderte Auslegung dieser Bestimmung durch spätere Praxis kommt ebenfalls nicht in Frage, weil auch die GATT-Organen und die Vertragsparteien die Unvereinbarkeit solcher Maßnahmen mit dem GATT festgestellt haben. Der Wortlaut des Art. XI ist eindeutig. Hätten die Vertragsparteien SbA vom Verbot ausnehmen wollen, hätten sie dies konsequenterweise auch getan. Daß dies nicht der Fall ist, zeigt, daß sie es nicht gewollt haben.

Mengenmäßige Beschränkungen sind aber in Ausnahmefällen erlaubt. SbA könnten rechtmäßig abgeschlossen werden, wenn sie alle Voraussetzungen des Art. XI Abs. 2 erfüllen. Dies allerdings nur unter der Bedingung, daß die Quoten unter sämtlichen Liefer-Ländern aufgeteilt

werden, denn Art. XIII verbietet die diskriminierende Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen. Das Diskriminierungsverbot ist ferner ein Grund dafür, warum SbA kein zulässiges Instrument der Importbeschränkung nach Art. XIX darstellen. Außerdem sind zahlreiche Fälle bekannt, in denen SbA andere Ziele verfolgen, als diejenigen, die eine Berufung auf Art. XIX erlauben würden.

Trotz ihrer GATT-Widrigkeit werden SbA von bestimmten GATT-Vertragsparteien häufig abgeschlossen. Diese Tatsache gefährdet nicht nur die Autorität des GATT; sie droht das durch das GATT erreichte System der Welthandelsordnung zu untergraben. Man spricht vom "Rückfall in den Bilateralismus", von zynischen Präferenzsystemen für Entwicklungsländer, die durch SbA u.ä. wettgemacht werden, und sogar von der Notwendigkeit einer neuen Weltwirtschaftsordnung. Die verschiedenen Vorschläge, die sich auf eine Reform des GATT beziehen, vermitteln auf den ersten Blick - unabhängig von den sehr verschiedenen Ansatzpunkten - den Eindruck eines ernsthaften Willens zur Wiederherstellung einer fairen Handelsordnung.

Vor allem von juristischer Seite stammen viele Reformvorschläge, die angeblich darauf abzielen, die Vertragsparteien dazu zu veranlassen, künftig keine SbA mehr abzuschließen. So wird z. B. vorgeschlagen, die GATT Schutzklausel dahingehend zu ändern, daß ausnahmsweise die Anwendung selektiver Importbeschränkungen gestattet wird. Ausgangspunkt für solche Vorschläge ist die Auffassung, das Diskriminierungsverbot des Art. XIX entspreche nicht den Erfordernissen der heutigen Weltwirtschaft, die durch die Entstehung neuer Produktionszentren mit einer Realität konfrontiert wird, die die Vertragsparteien zur Zeit des Abschlusses des GATT nicht vor Augen hatten. Eine derartige Reform der Schutzklausel würde bewirken, daß die Vertragsparteien kein Interesse mehr am Abschluß von SbA hätten, denn sie könnten dasselbe Ergebnis durch selektive (erlaubte!) Importbeschränkungen erreichen. Dies würden sie im Rahmen des GATT tun, das dann die

Durchführung der Importbeschränkungen kontrollieren könnte. Das GATT würde damit seine Autorität wieder in vollem Umfang wiedergewinnen.

Bei der Beurteilung derartiger Vorschläge ist allerdings Vorsicht geboten. Die vordergründige Sorge um die Wiederherstellung der Autorität des GATT soll nicht darüber hinwegtäuschen, daß diese Vorschläge in Wirklichkeit handfesten wirtschaftlichen Interessen dienen, die mit dem GATT-Ziel der Handelsliberalisierung kaum zu vereinbaren sind.

Länder, die Importbeschränkungen diskriminierend anwenden wollen, können dies bisher nicht unter Berufung auf Art. XIX GATT tun. Um die inländische Industrie dennoch zu schützen, müssen sie ein Sba mit dem Exportstaat der betroffenen Waren aushandeln. Diesen Abschluß erreicht der Importstaat u. U. nur deswegen, weil das Sba den exportwilligen Unternehmen die im ersten Kapitel geschilderten Vorteile bringt. Das ist eben der Grund, warum für diese Länder eine selektive Anwendung der Importbeschränkungen nach Art. XIX noch interessanter wäre, denn in diesem Fall würden sie den gewünschten Schutz vor "importations sauvages" erreichen, ohne daß sie die Knappheitsrente in die Exportländer transferieren müßten. Ein solcher Reformvorschlag sieht im Grunde genommen eine derartige Auflockerung der Voraussetzungen des Art. XIX vor, daß protektionistische Importbeschränkungen keine Ausnahme mehr, sondern die allgemeine Regel des Welthandels wären.

Die Abschaffung der bestehenden Grau-Zonen Maßnahmen ist zwar ein wünschenswertes Ziel; jedoch nicht für den Preis der Aufhebung des Diskriminierungsverbots und mit der Folge, daß künftig keine Kosten mehr für die Importstaaten entstehen würden. Dies wäre rechtspolitisch gesehen eine äußerst unfaire Entwicklung:

" To rid international trading system of VERs would be, other things being equal, a good thing. But...it would have been (and would be) a disastrous step for the international trading system to proceed to their elimination by introducing selectivity into Article XIX. What is really at issue is not the introduction into the trading system of means to discriminate between exporters: VERs already supply a method of achieving that end. The real issue is that negotiation of a VER requires the importing country to compensate exporters whereas use of Article XIX does not. The apparent objective of the European Community is to reduce the cost to itself of applying protective policies that impede industrialisation in poorer countries. To contemplate a revision of international law to accommodate such an ambition justifies, I believe, use of the word disastrous" (502) .

Wenn es darum geht, künftig den Abschluß von SbA u.ä. zu vermeiden, dann könnte dieses Ergebnis de lege ferenda besser und v.a. fairer durch eine verstärkte Kontrolle der Anwendung des Art. XIX und durch eine genauere Präzisierung der entsprechenden Voraussetzungen erreicht werden. Wenn die Exportländer die Erfüllung der Schutzklausel überprüften, deren Anwendung überwachten und mit Kompensationen rechnen könnten, dann wäre es für Importländer erheblich schwieriger als jetzt, ihre Handelspartner zum Abschluß von SbA zu bewegen. Es gäbe dann folglich weniger Grau-Zone Maßnahmen als heutzutage.

Eine wirksame Kontrolle protektionistischer Maßnahmen ist der zentrale Punkt dieser Problematik. In den obigen Ausführungen wurde versucht, darzustellen, wie die heutige Lage sowohl im Rahmen des GATT als auch des internationalen Kartellrechts ausreichend Möglichkeiten bietet, um Handelsbeschränkungen jeglicher Kontrolle zu entziehen. So v.a., wenn man mit der herrschenden Meinung darauf abstellt, daß das GATT nur auf reine Regierungshandlungen und das Kartellrecht auf reine Unternehmensvereinbarungen anwendbar sind.

(502) Hindlay, World Ec. 3 (1980), S. 315.

Wenn eine Regierung im Einvernehmen mit einer fremden Regierung bzw. Industrie ihre eigenen Unternehmen zur Exportbeschränkung veranlaßt, erreicht sie ein Ergebnis, das gegen das Verbot mengemäßiger Beschränkungen nach Art. XI GATT verstößt. Wird die Exportbeschränkung aber nicht hoheitlich angeordnet, sondern lediglich von der Verwaltung empfohlen, dann kann diese Regierung den Vorwurf einer GATT-Verletzung damit zurückweisen, daß keine Regierungshandlung vorliegt und somit das GATT nach der klassischen Lehre nicht anwendbar ist.

Sind aber Wettbewerbsvorschriften der betroffenen Länder extraterritorial anwendbar, dann müssen die Unternehmen im Exportstaat u. U. mit einer Schadensersatzklage vor Gerichten im Importstaat rechnen. Ihre Regierung könnte sie aber, wie im Fall des amerikanisch-japanischen Pkw-SbA im Jahre 1981 davor schützen, indem sie der Regierung im Importstaat erklärt, sie sei bereit, die Exportbeschränkung hoheitlich aufzuerlegen, falls die Unternehmen die Quoten überschreiten sollten. Durch einen solchen Vorgang wird erreicht, daß weder das GATT noch das Kartellrecht Anwendung finden. Keine der Regierungen übernimmt vor der Völkerrechtsgemeinschaft und vor der nationalen Öffentlichkeit die Verantwortung für die rechtswidrige Importbeschränkung. Gewichtige Interessen der Großindustrie können sich leicht durchsetzen, und die Kartellgesetze, die den Schutz der Verbraucher und des fairen Wettbewerbs gewährleisten sollten, werden nicht angewandt. Folgt man darüber hinaus der oben kritisierten traditionellen Lehre zur Anwendbarkeit des GATT, dann werden auch die Interessen von Drittländern durch Exportablenkungen und Marktstörungen beeinträchtigt, ohne daß diese sich dagegen wehren könnten.

Die Rechtssysteme haben sich seit dem römischen Reich verfeinert und entwickelt; in bestimmten Fällen trifft aber nach wie vor der alte Satz zu:

"Ex senatus consultis et plebiscitis crimina excercentur" (503)

LITERATURVERZEICHNIS

American Society of International Law (Hrsg.),

- Proceedings of the 72nd Annual Meeting, Washington, 1978.

- Proceedings of the 74th Annual Meeting, Washington, 1980.

- Proceedings of the 76th Annual Meeting, Washington, 1982.

ALLEN, Noel, The Development of European Economic Community Antitrust Jurisdiction over Alien Undertakings, LIEI, 1974, S. 35 - 78.

AMERASINGHE, Chittaharanjan F., Imputability in the Law of State Responsibility for Injuries of Aliens, Rev. Eg. Dr. Int. 22 (1966), S. 91 - 130.

BALASSA, Bela, The 'New Protectionism' and the International Economy, JWTL 19 (1978), S. 409 - 436.

BATES, Michael S., The Voluntary Quota System for Regulating Steel Imports, Va.J.Int. L. 14 (1973), 101 - 121.

BECK, Bernhard, Die extraterritoriale Anwendung amerikanischen Wettbewerbsrechts unter besonderer Berücksichtigung länderübergreifender Fusionen. WuW 1984, S. 447 - 461.

BENYON, Frank u. BOURGEOIS, Jacques, The European-Community-United States Steel Arrangement, CMLR 1984, S. 305 - 354.

BERNHARDT, Rudolf, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge, Köln/Berlin, 1963.

BERNIER, Ivan, Les ententes de restriction volontaire à l'exportation en droit international économique, Can.Y.Int.L. 1973, S. 46 - 86.

- BREWER, Thomas, International Regulation of Restrictive Business Practices, JWTL 16 (1982), S. 108 - 118.
- BRONCKERS, Marco C.E.J., The Non-Discriminatory Application of Article XIX GATT: Tradition or Fiction? L.I.E.I. 1981, S. 35 - 76.
- Selective, Safeguard Measures in Multilateral Trade Relations: Issues of Protectionis in GATT, European Community and United States Law, Deventer, 1985.
- CASTELL BORRAS, Brigitte, La Defensa de la Competencia en la CEE: articulo 85 del Tratado de Roma, Barcelona, 1986.
- COT, Jean Pierre, La conduite subséquente des Parties à un traité, RGDIP 70 (1964), S. 632 - 666.
- CURZON, Gerard, Multilateral Commercial Diplomacy. Diss, Genf/London
- DAIG, Hans-Wolfram, Zum Begriff "aufeinander abgestimmte Verhaltensweisen" nach Art. 85 EWG-Vertrag, unter besonderer Berücksichtigung des "Zuckerurteils" des EuGH vom 16.12.1975, EuR II (1976), S. 213 - 236.
- DAHM, Georg, Völkerrecht, Bd. I. Stuttgart 1958.
- DAM, Kenneth, The GATT-Law and International Economic Organization, Chicago/London 1970.
- DAUSES, Manfred, Rechtsprobleme eines "Systems" des freien Warenverkehrs in der Europäischen Gemeinschaft, in Ress/Will (Hrsg.) Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut, Nr. 33, Saarbrücken 1984.

DAVIDOW, Joel, Cartels, Competition Laws and the Regulation of International Trade, N.Y. Un. J. Int.L. 8 Pol. 15 (1983), S. 351 - 376.

DAVIDOW, Joel u. CHILES, Lisa, The United States and The Issue of the Binding or Voluntary Nature of International Codes of Conduct Regarding Restrictive Business Practices. Am.J.Int. L. 72 (1978), S. 247 - 271.

DERINGER, Arved, Die erste Durchführungsverordnung zu den Artikeln 85 und 86 des EWG-Vertrages, WuW 1962, S. 81 - 93.

DUNN Jr. James A., Automobiles in International Trade: Regime Change or Persistence? International Organization 41 (1987), S. 225-252.

EAGLETON, The Responsibility of States in International Law, New York 1970.

FABRE, Robert, Les pratiques commerciales restrictives et le traité du marché commun, RMC 1958, S. 260 - 268.

FIEVET, Gilles, Les accords d'autolimitation - une nouvelle technique d'accords communautaires. RMC 25 (1982), S. 597 - 608.

FLORY, Thiebaut, Le G.A.T.T.: Droit international et commerce mondial, Diss. Paris 1968.

- Les aspects juridiques des nations d'importations "sauvages" et de libre-échange "organisé" chronique de droit international économique. Ann.Fr.Dr. Int. 1977, S. 655 - 661.
- Les accords bilatéraux d'autolimitation. Chronique de droit international économique, Ann. Fr.Dr. Int. 1978, S. 614 - 1620.

- FOSSANEANU, Lazar, *Pratiques Commerciales Restrictives et Droit International*, Ann.Fr.Dr.Int. 21 (1975), S. 700 - 737.
- FRIGNANI Aldo u. WAELBROECK, Michel, *Disciplina della Concanenza nella CEE*, 3. Aufl. Napoli, 1983.
- FRISINGER, Jürgen, *Die Anwendung des EWG-Wettbewerbsrechts auf Unternehmen mit Sitz in Drittstaaten*, AWD 1972, S. 553 - 559.
- FUKUSHIMA, Kiyohito, *Japan's Real Trade Policy*, Foreign Policy (1985), S. 22 - 39.
- FULDA, Carl H., *Textiles and Voluntary Restraints on Steel: Protecting United States Industries from Foreign Competition*, Va.J.Int.L. 13 (1973), S. 516 - 538.
- GEVURTZ, Frankling, *Using the Antritrust Laws to Combat Overseas Bribery by Foreign Companies: A Step to Even the Odds in International Trade*. Va.J.Int.L. 27 (1987), S. 211 - 272.
- GLEISS, Alfred u. HIRSCH, Martin, *Kommentar zum EWG-Kartellrecht*, 3. Aufl. Heidelberg 1978.
- GRIPPANDO, James M., *Declining to Exercise Extraterritorial Antitrust Jurisdiction on Grounds of International Comity: An Illegitimate Extension of the Judicial Abstention Doctrine*, Va.J.Int.L. 23 (1983), S. 395 - 428.
- GÜNTHER, Eberhard, *Die ordnungspolitischen Grundlagen des EWG-Vertrages*, WuW 1963, S. 191 - 202.
- HAYMANN, Michel, *Extraterritoriale Wirkungen des EWG-Wettbewerbsrechts*, Diss. Zürich, Baden, 1974.

- HEIDUK, Günther, Die weltwirtschaftlichen Ordnungsprinzipien des GATT und der UNCTAD als Instrument der Entwicklungspolitik, Diss. Aachen/Baden-Baden, 1973.
- HEUKELS, Ton, Rechtsprobleme der Autonomen Handelspolitik der Europäischen Gemeinschaft im Lichte des GATT, RIW 1984, S. 972 - 980.
- HIENZ, Ulrich, Beschäftigungs- und Einkommenswirkungen der Außenhandelsprotektionen, in Bodo Gemper (Hrsg.) Protektionismus in der Weltwirtschaft, Hamburg 1984, S. 85 - 95.
- HILF, Meinhard, Die Anwendung des GATT im deutschen Recht, in Hilf/Petersmann (Hrsg.) GATT und Europäische Gemeinschaft, Baden-Baden 1986, S. 11 - 61.
- HINDLAY, Brian, Voluntary Export Restraints and the GATT's Main Escape Clause, World Ec. 3 (1980), S. 313 - 341.
- EC Imports of VCRs from Japan - A Costly Precedent, JWTL 20 (1986), S. 168 - 184.
- HIRSCH, David, International Trade-Arrangement Between the Government of Japan and the Government of the United States of America Concerning Trade in Semiconductor Products, Harv.Int.L.J. 28 (1987), S. 175 - 185.
- HOJER, Olaf, La Responsabilité Internationale des Etats, Paris 1930.
- HÖLZLER, Heinrich, Verwaltungsrichtlinien ("gyoseishido") contra Antimonopolgesetz, WuW 10 (1981), S. 704 - 708.
- HUDEC, Robert, The GATT Legal System and World Trade Diplomacy, New York 1975.

- HUDEEC, Robert, Das GATT in der Rechtsordnung der Vereinigten Staaten von Amerika, in Hilf/Petersmann (Hrsg.) GATT und Europäische Gemeinschaft, Baden-Baden 1986, S. 243 - 311.
- IMMENGA, Ulrich, Internationale Selbstbeschränkungsabkommen zwischen staatlicher Handelspolitik und privater Wettbewerbsbeschränkung, RablsZ 49 (1985), S. 303 - 327.
- JACKSON, John H., The Constitutional Problems of the International Economic System and the Multilateral Trade Negotiation Results, in Am.Soc.Int.L. (Hrsg.), Proceedings of the 73rd. Annual Meeting 1979, S. 56 - 62.
- World Trade and the Law of GATT, Indianapolis/Kansas City/ New York, 1969.
- JACKSON, John H. u. DAVEY, William J., Legal Problems of International Economic Relations, 2. Aufl. St. Paul, Minn. 1986.
- JOHANNES, Hartmut, Zum Begriff der Wettbewerbseinschränkung in Art. 85 Abs. 1 des EWG-Vertrages, AWD 1968, S. 409 - 415.
- JONES, Kent, The Political Economy of Voluntary Export Restraints Agreements, KYKLOS 37 (1984), S. 82 - 161.
- KARL, Wolfram, Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo, 1983.
- Ders. Die spätere Praxis im Rahmen eines dynamischen Vertragsbegriffs in Bieber/Ress (Hrsg.) Die Dynamik des europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden 1987, S. 81 - 100.
- KELSEN, Hans, Unrecht und Unrechtsfolgen im Völkerrecht, Wien, 1932.

KERSE, C.S., EEC Antitrust Procedure, London 1981.

KIMMINICH, Otto, Völkerrechtliche Haftung für das Handeln Privater im Bereich des internationalen Umweltschutzes, AÖR 22 (1984), S. 241 - 282.

KINTNER, Earl, JOELSON, Mark u. VAGHI, Peter, Groping for a Truly International Antitrust Law, Va.J.Int.L. 14 (1973) S. 75 - 100.

KLEIN, Friedrich, Die mittelbare Haftung im Völkerrecht, Frankfurt a.M. 1941.

KOCH, Norbert, Art. 85 Abs. 1 u. 85 Art. 2 in Grabetz (Hrsg.) Kommentar zum EWG-Vertrag, München 1986.

KÖPERNIK, Gerhard, Ausfuhrbeschränkungen im GATT, AWD 1981, S. 680 - 684.

KOULEN, Mark, The Non-Discriminatory Application of GATT Article XIX (1) - A Reply, LIE 7 1983, S. 87 - 111.

KRENZLER, Horst, Exportselbstbeschränkungen: ein aktuelles Problem der Handelspolitik der Europäischen Gemeinschaft, EuR 12 (1977), S. 177 - 181.

- Das Welttextilabkommen als Sonderrechtsordnung des GATT, in Hilf/Petersmann, GATT und Europäische Gemeinschaft, Baden-Baden 1986, S. 225 - 291.

KRISHNAMURTI, R., UNCTAD Group of Experts on Restrictive Business Practices, JWTL 7 (1973), S. 711 - 719.

KÜNG, Emil, Rückfall in den Bilateralismus, in Bodo Gemper (Hrsg.) Protektionismus in der Weltwirtschaft, Hamburg 1984.

- LEENEN, A.Th.S., Extraterritorial Application of the EEC-Competition Law, Netherlands Y.Int.L. XV (1984), S. 139 - 166.
- LIEBICH, Ferdinand K., Das GATT als Zentrum der internationalen Außenhandelspolitik, Baden-Baden 1971.
- LOCHMANN, Michael, W., The Japanese Voluntary Restraint on Automobile Exports: An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of United States Antitrust Laws. Harv.Int.L.J. 27 (1986), S. 99 - 157.
- MATSUSHITA, Mitsuo, Export Control and Export Cartels in Japan, Harv.Int.L.J. 20 (1979), S. 103 - 125.
- MEAL, Douglas, H. u. TRACHTMAN, Joel P., Defenses to Actions Against Foreign States Under the United States Antitrust Laws. Harv. Int.L.J., 20 (1979), S. 583 - 660.
- MEESSEN, Mathias, Die New Yorker Resolution der International Law Association zu den völkerrechtlichen Grundsätzen des internationalen Kartellrechts RIW 1972, 560 - 565.
- Ders. Der räumliche Anwendungsbereich des EWG-Kartellrechts und das allgemeine Völkerrecht. EuR 1973, 18 - 38.
- Ders. Völkerrechtliche Grundsätze des internationalen Kartellrechts, Baden-Baden 1975.
- MEIER, Gerald M., Externality Law and Market Stateguards: Applications in the GATT Multilateral Trade Negotiations, Harv.Int.L.J. 18 (1977), S. 491 - 524.

- MENG, Werner, Neuere Entwicklung im Streit über die Jurisdiktionshoheit der Staaten im Bereich der Wettbewerbsbeschränkungen. ZaÖRV 41 (1981), S. 469 - 512.
- Ders. Vorbemerkung zu den Artikeln 85 - 89, in v.d. Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl. Baden-Baden 1983.
- MERCIAI, Patrizio, Safeguard Measures in GATT, JWTL 15 (1981) S. 41 - 66.
- MESTMÄCKER, Ernst Joachim, Europäisches Wettbewerbsrecht, München 1974.
- METZGER, Stanley, Cartels, Combines, Comonodity Agreements and International Law, Texas It.L.J. 11 (1976), S. 527 - 539.
- MÜLLER, Jörg P., Vertrauensschutz im Völkerrecht, Köln/Berlin 1971.
- MÖSSNER, Jörg Manfred, Privatpersonen als Verursacher völkerrechtlicher Delikte, G.Y.I.L. 24 (1981), S. 69 - 91.
- Ders. Einführung in das Völkerrecht, München 1977.
- MÜNCH, Ingo von, Völkerrecht in programmierter Form, 2. Aufl., Berlin 1971.
- Ders. Der völkerrechtliche Delikt in der modernen Entwicklung der Völkerrechtsgemeinschaft, Frankfurt a.M. 1963.
- NASS, Klaus Otto, Probleme des europäischen Kartellverfahrens, EuR 1970, S. 100 - 134.
- NONNENKAMP, Peter, Schwerpunkte des nicht-tarifären Protektionismus in den wichtigsten Industrieländern, 2.f.ZöVst 1981, S. 322 - 327.

- OMAN, Ralph, *The Clandestine Negotiation of Voluntary Restraints on Shoes from Italy: An Augury of Future Negotiations under the Trade Reform Act of 1973?* *Cornell Int.L.J.* 7 (1973), S. 6 - 31.
- PATTERSON, Gardner, *Discrimination in International Trade: The Policy Issues 1945 - 1965*, Princeton, 1966.
- PETERSMANN, Ernst-Ulrich, *Dreißig Jahre Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen*, *Adv* 19 (1980/81), S. 23 - 80.
- Ders. *Protektionismus als Ordnungsproblem und Rechtsproblem*, *RabelsZ* 47 (1983), S. 478 - 501.
- Ders. *International and European Foreign Trade Law: GATT Dispute Settlement Proceedings against the EEC*, *CMLR* 22 (1985), S. 441 - 487.
- Ders. *Economic, Legal and Political Functions of the Principle of Non-Discrimination*, *World Ec.* 9 (1986), S. 113 - 121.
- Ders. *Die EWG als GATT-Mitglied - Rechtsprobleme zwischen GATT-Recht und Europäischem Gemeinschaftsrecht*, in *Hilf/Petersmann (Hrsg.), GATT und Europäische Gemeinschaft*, Baden-Baden 1986, S. 119 - 174.
- Ders. *Trade Policy as a Constitutional Problem: On the 'Domestic Policy Functions' of International Trade Rules*, *Außenwirtschaft* 41 (1986), S. 243 - 277.
- Ders. *Grey Area Trade Policy and the Rule of Law*, *JWT* April 1988, S. 23 - 44.
- PUIFFERRAT, Jérôme de, *CEE-Japan: le dossier de la communauté pour le recours à l'Article XXIII du GATT*, *RMC* 25 (1982), S. 552 - 554.

- QUAMBUSCH, Liesel, Nicht-tarifäre Handelshemmnisse. Ein Beitrag zu ihrer Systematisierung. Anwendung und Beseitigung. Diss. Köln, 1976.
- QUICK, Reinhard, Exportselbstbeschränkungen und Artikel XIX GATT, Köln 1983.
- RAE, D.M. u. THOMAS, J.C., The GATT and Multilateral Treaty Making: The Tokyo Round. Am.J.Int.L. 77 (1983), S. 51 - 83.
- RESS, Georg, Die Bedeutung der nachfolgenden Praxis für die Vertragsinterpretation nach der Wiener Vertragsrechtskonvention, in Bieber/Ress (Hrsg.), Die Dynamik des europäischen Gemeinschaftsrechts, Baden-Baden, 1987, S. 49 - 79.
- RICHTER, F., Exportselbstbeschränkungen und Weltbaumwollwarenabkommen, AWD 1969, S. 403 - 405.
- ROM, Michael, Export Controls im GATT, JWTL 18 (1984), S. 125 - 154.
- SCHEUFELE, Helmut, "Beherrschende Stellung" und ihre "mißbräuchliche Ausnutzung" im EWG-Kartellrecht. AWD 1971, S. 457 - 470.
- Ders. Zur "Spürbarkeit" der "Marktbeeinflussung" und der "Wettbewerbsbeschränkung", AWD 1970, S. 385 - 394.
- SCHRÖTER, Helmut, Vorb. zu Art. 85, Art. 85 Abs. 1 u. Art. 85 Abs. 3, in v.d. Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, 3. Aufl., Baden-Baden 1983.
- SCHULTZ, Siegfried, Der Neue Protektionismus - Merkmale, Erscheinungsformen und Wirkungen im industriellen Bereich, in Vorstand des Arbeitskreises Europäische Integration e.V. (Hrsg.) Neuer Protektionismus in der Weltwirtschaft und EG-Handelspolitik, Baden-Baden 1985, S. 35 - 68.

- SEIDL-HOHENVELDERN, Ignaz, Völkerrechtliche Grenzen bei der Anwendung des Kartellrechts, AWD 1971, S. 53 - 60.
- SENTI, Richard, GATT: System der Welthandelsordnung, Zürich 1986.
- SEYD MUHAMMAD, V.A. The Legal Framework of World Trade, London 1958.
- SMITH, Malcolm H., Voluntary Export Quotas und U.S. Trade Policy: A New Nontarif Barrier, L. 8 Pol. Int. Bus. 5 (1973), S. 16 - 55.
- Ders. Prices and Petroleum in Japan: 1973 - 1974 - A Study of Administrative guidance, Law in Japan 10 (1977), S. 81 - 100.
- STÖLTER, Arno, Die Ausnahmenvorschrift des Art. 85 Abs. 3 EWG-Vertrag, WuW 1961, S. 665 - 693.
- SPENEDI, Maria u. SIMMA, Bruno (Hrsg.), United Nations Codification of State Responsibility, New York/London/Rom, 1987.
- STADLER, Gerhard, Exportselbstbeschränkungsabkommen im österreichischen Recht und ihre völkerrechtliche Problematik, PZW 13 (1986), S. 65 - 71.
- STEINDORFF, Ernst, Das Antragsrecht im EWG-Kartellverfahren und ihre prozessuale Durchsetzung, AWD 1963, S. 353 - 361.
- STOCKMANN, Kurt, Die Einflußnahme ausländischer Regierungen auf das Zustandkommen privatrechtlicher Wettbewerbsbeschränkungen und ihre völkerrechtliche Bedeutung für die Anwendbarkeit des GWB, WuW 6 (1973), S. 419 - 430.
- STRUPP, Karl, Die völkerrechtliche Haftung des Staates, insb. bei Handlungen Privater, Kiel, 1927.

- TATSUTA, Misao, Voluntary Export Restraints - Implementation and Implications, *RebelsZ* 49 (1985), S. 328 - 396.
- TRUSTBUSTING IN JAPAN: Cartels and Government - Business Cooperation (Note), *Harv.L.R.* 1981, S. 1069 - 1089.
- TUMLIR, Jan, GATT-Regeln und Gemeinschaftsrecht: Ein Vergleich wirtschaftlicher und rechtlicher Funktionen in *Hilf/Petersmann* (Hrsg.), *GATT und Europäische Gemeinschaft*, Baden-Baden 1986, S. 87 - 117.
- TUNKIN, G.I., *Völkerrechtstheorie*, Berlin 1977.
- UBERTAZZI, Luigi Carlo, Die Klagebefugnis der Verbraucherverbände nach europäischem und italienischem Wettbewerbsrecht, *GRUR Int.* 1979, S. 80 - 86.
- ULLRICH, Hanns, Außenhandelssteuerung durch private Selbstbeschränkung, *AWD* 1974, S. 357 - 365.
- VERDROSS, Alfred u. SIMMA, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3. Aufl., Berlin 1984.
- Ders. *Die Quellen des Universellen Völkerrechts*, Freiburg 1973.
- Ders. *Entwicklungsweisen und Gestaltungsgrund des universellen Völkergewohnheitsrechts*, *ZaöRV* 29 (1969), S. 685 - 653.
- VERZIJL, J.H.W., The Controverses Regarding the So-called Extraterritorial Effect of the American Antitrust Laws, *Ned. Tijds.I.R.* (1961), S. 3.
- VONDRAN, Ruprecht, *Orderly Marketing - eine europäische Antwort auf die japanische Exportoffensive?* in *Andrae/Benisch* (Hrsg.) *Wettbewerbsordnung und Wettbewerbsrealität - Festschrift für Arno Söltker zum 70. Geburtstag*, Köln/Berlin/Bonn/München, 1982, S. 353 - 365.

- WERNER, Walter, Selbstbeschränkungsabkommen im Außenhandel: Eine Untersuchung aus der Sicht des Völkerrechts, des EWG-Rechts und des deutschen Rechts, Gelsenkirchen, 1984.
- WOLF, Joachim, Die gegenwärtige Entwicklung der Lehre über die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Staaten, ZaöRV 43 (1983), S. 481 - 595.
- Ders. Zurechnungsfragen bei Handlungen von Privatpersonen, ZaöRV 45 (1985), S. 232 - 264.
- WONG, Peter, The Japanese Automotive Voluntary Export Restraint Agreement and International law, Can.Y.Int.L. 1985. S. 297 - 310.
- YAMANOUCHE, Kazuo, Administrative guidance and the Rule of Law, Law in Japan 7 (1974), S. 22 - 33.
- ZIMMER, Reinhard, Zur Problematik von Exportselbstbeschränkungen, AWD 1969, S. 297 - 300.

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

ABl.	Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaften
Abs.	Absatz
AdV	Archiv des Völkerrechts
a.M.	am Main
Am.J.Int.L.	American Journal of International Law
Am.Soc.Int.L.	American Society of International Law
Anm.	Anmerkung
Ann.Fr.Dr.Int.	Annuaire Français du Droit International
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
AWD	Außenwirtschaftsdienst des Betriebs-Beraters
Bd.	Band
betr.	betreffend
BISD	Basic Instruments and Selected Documents
Bull.	Bulletin der Europäischen Gemeinschaften
bzw.	beziehungsweise
Can.Y.Int.L.	Canadian Yearbook of International Law
Neth.Y.Int.L.	Netherlands Yearbook of International Law
N.Y.Un.J.Int.L. & Pol.	New York University Journal of International Law and Politics
ÖZw	Österreichische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rev.Eg.Dr.Ing.	Révue Egyptienne du Droit International
RGDIP	Révue Générale du Droit International Public
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RMC	Révue du Marché Commun
s.	siehe
S.	Seite
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften
sog.	sogenannt
StIGH	Ständiger Internationaler Gerichtshof
Texas J.Int.L.	Texas Journal of International Law
u.a.	unter anderem
u.a.O.	unter angegebenem Ort
u.U.	unter Umständen
UN	United Nations
US/USA	United States/United States of America
v.	vom
V.	Verfasser
Va.J.Int.L.	Virginia Journal of International Law
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
vol.	volume
Vorb.	Vorbemerkung

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS – FORTSETZUNG

World Ec.	The World Economy
WVRK	Wiener Vertragsrechtskonvention
WuW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZaöRV	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
z.B.	zum Beispiel
Zeit.Z.VerbSt.	Zeitschrift für Zölle und Verbrauchssteuern
Ziff.	Ziffer