

BEST OF 2021

THE BEST GRADED
GRADUATION THESES
OF THE HANSE LAW SCHOOL
IN 2021



HANSE LAW SCHOOL SERIES
VOLUME 2

General editors: Christine Godt/Christoph Schmid

This volume “Best of 2021” presents the best-graded bachelor- and master theses of the Hanse Law School of the year 2021.

Compared to previous years, this year’s results have been outstanding. It is therefore that the directorate decided to publish them, both in order to honour the students, and in the interest of the scientific community in their publication.

The volume encompasses six theses spanning private, public and criminal law, all of them interested in the European and/or international dimension of law.

They mirror the breadth of the performances of the Hanse Law School and its excellency.

HANSE LAW SCHOOL

Fortiter in re , suaviter in modo



Universität Bremen



CARL
VON
OSSIETZKY
UNIVERSITÄT OLDENBURG



rijksuniversiteit
 groningen

158N 9 789462 407756



9 789462 407756

BEST OF 2021

THE BEST GRADED
GRADUATION THESES
OF
THE HANSE LAW SCHOOL
IN 2021

Christine Godt/Christoph Schmid
(eds.)



Best of 2021

The Best Graded Graduation Theses of the Hanse Law School in 2021

Christine Godt/Christoph Schmid (eds.)

ISBN: 9789462407756

Published 2022 by:
Wolf Legal Publishers (WLP)
P.O. Box 31051
6503 CB Nijmegen
The Netherlands

www.wolfpublishers.eu

All rights reserved. Subject to the exceptions laid down in the Dutch Copyright Act 1912, no part of this publication may be reproduced (including stored in an automated data system), or made public, in any way whatsoever, without the prior written permission of the publisher. The amount due for photocopying under Articles 16B and 17 of the Dutch Copyright Act 1912 is to be paid to the Dutch Stichting Reprorecht. Pursuant to Article 16 of the Dutch Copyright Act 1912, anyone wishing to reproduce part of this publication in anthologies, readers and other compilations must seek the publisher's prior permission. Although great care has been taken in the production of this publication, neither the author(s), editor(s) nor the publisher accept any liability

© The authors, 2022

CONTENTS

Appraisal of the Hanse Law School Directors	5
<i>Christine Godt & Christoph Schmid</i>	
Chapter 1	
Test Data Exclusivity: Fostering Innovation at the Crossroads of Proprietary Assignment and Access to Clinical Trial Data – A Comparative Study of US-, EU- and Indian Law	13
<i>Shannon König</i>	
Abstract	13
Zusammenfassung	13
Thesis	15
Chapter 2	
Die Anrechnung von Nutzungsvorteilen in den VW-Verfahren – Zwischen Schadensausgleich und Präventiver Verhaltenssteuerung	79
<i>Tahsin Bensol</i>	
Abstract	79
Zusammenfassung	79
Thesis	81
Chapter 3	
Illegal weapons export from a victim’s perspective – Shortcomings of German criminal law and possible remedy at international courts	123
<i>Anna Arden</i>	
Abstract	123
Zusammenfassung	123
Thesis	125
Chapter 4	
WTO-conformity of the proposed EU Carbon Border Adjustment Mechanism	177
<i>Christian Daniel Hein</i>	
Abstract	177
Zusammenfassung	177
Thesis	179
Chapter 5	
(Un-)Logik der Unterdrückung – Antischwarze Gewalt in der Geburtenbeurkundung	239
<i>Fatou Sillah</i>	
Abstract	239
Zusammenfassung	239
Thesis	241

CONTENTS

Chapter 6

Die EU im Lichte des Sozialdumpings – Teil der Bewegung in Polanyis Modell der Doppelbewegung? <i>Tahir Senel</i>	277
Abstract	277
Zusammenfassung	277
Thesis	280

APPRAISAL OF THE DIRECTORS

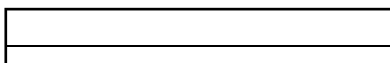
Christine Godt, Christoph Schmid*

This volume “Best of 2021” presents the best-graded bachelor- and master theses of the Hanse Law School of the year 2021. Compared to previous years, this year’s results have been outstanding. It is therefore that the directorate decided to publish them, both in order to honour the students, and in the interest of the scientific community in their publication.

The volume encompasses six theses spanning private, public and criminal law, all of them interested in the European and/or international dimension of law. They mirror the breadth of the performances of the Hanse Law School and its excellency.

Two were supervised by Prof. Dr. Christine Godt, holding the chair for European and International Economic Law at the Carl von Ossietzky University of Oldenburg (Christian D. Hein, Shannon König), two by Prof. Dr. Christoph Schmid, holding the chair for European Economic Constitutional Law at the University of Bremen (Tahsin Benşol, Tahir Şenel), one by Associate Prof. Dr. Fatma Karakaş-Doğan, Lecturer of Criminal Law at the University of Bremen (Anna Arden) and one by Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano, Professor for Public International Law and Legal Theory at the University of Bremen (Fatou Sillah).

Without the support of our faculties, this volume would not have been possible. We thank the two deans of the faculties, Prof. Dr. Rudolf Schröder (University of Carl von Ossietzky University of Oldenburg, Faculty II) and Prof. Dr. Graf-Peter Calliess (Universität Bremen, Fachbereich 6). Our special gratitude goes to the Faculty II and its Institute of Legal Studies of the Carl Ossietzky University of Oldenburg, in particular its speaker, Prof. Dr. Christiane Brors, who provided generous funding for this publication. We are indebted to Mrs. Shannon König for her devoted and relentless style editing of the texts.



* Directors Hanse Law School: Christine Godt, Professor of Law, Carl von Ossietzky University of Oldenburg; Christoph Schmid, Professor of Law, University of Bremen.

ABBREVIATIONS

§	Section
ANDA	Abbreviated New Drug Application (USA)
Art.	Article
Artt.	Articles
ASCM	Agreement on Subsidies and Countervailing Measures
AWG	Außenwirtschaftsgesetz (Foreign Trade and Payments Act)
AWV	Außenwirtschaftsverordnung (Foreign Trade and Payments Ordinance)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Civil Code)
BGH	Bundesgerichtshof (German Federal Court of Justice)
BLA	Biologics License Application (USA)
BPCIA	Biologic Price Competition and Innovation Act (USA)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht (German Federal Constitutional Court)
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz (Act on the Federal Constitutional Court)
CBAM	EU Carbon Border Adjustment Mechanism
CDSCO	Central Drugs Standard Control Organization (India)
CFR	Code of Federal Regulation (USA)
CJEU	Court of Justice of the European Union
CO ₂	Carbon dioxide
CO ₂ e	CO ₂ equivalent
COVID-19	Corona Virus Disease, Severe Acute Respiratory Syndrome Coronavirus 2 or SARS-CoV-2
CTA	South African Carbon Tax Act
DCA	Drugs and Cosmetics Act (India)
DCGI	Office of the Drugs Controller General (India)
DCR	Drugs and Cosmetic Rules (India)
DR-CAFTA	Dominican Republic-Central America-United States Free Trade Agreement (USA)
e.g.	exempli gratia / for example
ECHR	European Convention on Human Rights
ECJ	European Court of Justice (EU)
ed.	Editor
Eds	Editors
EFPIA	European Federation of Pharmaceutical Industries and Associations
EFTA	European Free Trade Area
EMA	European Medicines Agency (EU)
EMEA	European Medicines Evaluation Agency (EU)
et al	et alia (and others)
ETS	Emissions Trading Systems (in general, not EU)
EU	European Union
EU ETS	European Union Emissions Trading System
EUA	European Union Allowance

ABBREVIATIONS

EU-UK TCA	European Union – United Kingdom of Great Britain Trade and Cooperation Agreement
f.	folio (the following – singular)
FDA	U.S. Food and Drug Administration (USA)
FDCA	U.S. Federal Food, Drug and Cosmetic Act (USA)
ff.	folios (the following – plural)
fn.	Footnote
FTA	Free Trade Agreements
GATT1994	General Agreement on Tariffs and Trade 1994
GATT	General Agreement on Tariffs and Trade
GG	Grundgesetz (Basic Law for the Federal Republic of Germany)
GHG	Greenhouse Gas(-es)
GTA	Germany Trade and Invest
GWP	Global warming potential
ICC	International Criminal Court
ICTR	International Criminal Tribunal for Rwanda
ICTY	International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia
Icw	in conjunction with
IFPMA	International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations
IP	Intellectual Property
IPCC	Intergovernmental Panel on Climate Change
ITAC 13	Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights (USA)
KrWaffKontrG	Kriegswaffenkontrollgesetz (War Weapons Control Act)
KrWaffKontrGDV 1	Erste Verordnung zur Durchführung des Gesetzes über die Kontrolle von Kriegswaffen (First Statutory Order for the Implementation of the War Weapons Control Act)
LDC	Least Developed Countries (singular and plural)
lit.	Litera
MEA	Multilateral Environmental Agreements (singular and plural)
Member	Member of the WTO
MS	Member State of the European Union (singular and plural)
NAFTA	North American Free Trade Agreement
NATO	Nord Atlantic Treaty Organization
NCE	New Chemical Entity (USA)
NDA	New Drug Application (USA)
no.	Number
nos.	numbers
OWiG	Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Act on Regulatory Offenses)
p.	Page
para.	paragraph
paras.	paragraphs

ABBREVIATIONS

PHS	Public Health Service Act (USA)
pp.	Pages
PPM	Process and Production Measures
R&D	Research and Development
S	Section
SIDS	Small Island Developing States (singular and plural)
StGB	Strafgesetzbuch (Criminal Code)
StPO	Strafprozessordnung (Code of Criminal Procedure)
subpara.	subparagraph
tCO ₂ e	Tonnes of CO ₂ equivalent
TFEU	Treaty on the Functioning of the European Union
TRIPS	Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights
UK	United Kingdom of Great Britain
UN	United Nations
UNCLOS	United Nations Convention on the Law of the Sea
UNEP	United Nations Environment Programme
US / USA	United States of America
USMCA	United States-Mexico-Canada Agreement
v.	Versus
var.	Variant
VAT	Value-added tax
VCLT	Vienna Convention on the Law of Treaties
Vfa	Verband Forschender Arzneimittelhersteller e. V.
vol.	Volume
Vs	Versus
VStGB	Völkerstrafgesetzbuch (Code of Crimes against International Law)
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz (Administrative Procedure Act)
WTO	World Trade Organization

ABKÜRZUNGEN

§	Paragraph
a. F.	alte Fassung
Abs.	Absatz
ADAC	Allgemeiner Deutscher Automobil-Club
AEntG	Arbeitnehmer-Entsendegesetzes
AEUV	Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union
Art.	Artikel
AsylG	Ayslgesetz
AufenthG	Aufenthaltsgesetz
BAG	Bundesarbeitsgericht
Begr.	Begründer
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	Bundesgerichtshof
BRD	Bundesrepublik Deutschland
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
bzw.	beziehungsweise
Edn	Edition
Eds	Editoren / Herausgeber
EEA	Einheitliche Europäische Akte
EFZG	Entgeltfortzahlungsgesetz
EG-FGV	EG-Fahrzeuggenehmigungsverordnung/Verordnung über die EG-Genehmigung für Kraftfahrzeuge und ihre Anhänger sowie für Systeme, Bauteile und selbstständige technische Einheiten für diese Fahrzeuge
EL	Ergänzungslieferung
EMRK	Europäische Menschenrechtskonvention
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EWGV	Vertrag über die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft
f.	folio (folgende – singular)
ff.	folios (fortfolgende – plural)
fn.	Fußnote
gem.	Gemäß
GG	Grundgesetz
GRCh	Charta der Grundrechte der Europäischen Union
i.V.m.	in Verbindung mit
KBA	Kraftfahrt-Bundesamt
Mio.	Millionen
Mrd.	Milliarden
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
NATO	North Atlantic Treaty Organization / <i>Nordatlantikpakt-Organisation</i>
NOx	Nitrogen Oxide / Stickstoffoxide
Nr.	Nummer
o.g.	oben genannt
ÖBB	Österreichischen Bundesbahnen

ABKÜRZUNGEN

OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
OwiG	Ordnungswidrigkeitengesetz
PStG	Personenstandsgesetz
PStV	Personenstandsverordnung
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen
RL	Richtlinie
Rn.	Randnummer
RuStAG	Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz
RVO	Reichsversicherungsordnung
S.	Seite
SGB X	Sozialgesetzbuch – Zehntes Buch
StAG	Staatsangehörigkeitsgesetz
UN-KRK	UN-Kinderrechtskonvention
US / USA	Vereinigten Staaten von Amerika
VG	Verwaltungsgericht
vgl.	Vergleiche
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
VW AG	Volkswagen Aktiengesellschaft
VwVfG	Verwaltungsverfahrensgesetz
Z.	Zeile
ZASt	Zentralen Aufnahmestelle für Asylbewerber und ausländische Flüchtlinge
ZPO	Zivilprozessordnung

**TEST DATA EXCLUSIVITY: FOSTERING INNOVATION AT THE
CROSSROADS OF PROPRIETARY ASSIGNMENT AND ACCESS
TO CLINICAL TRIAL DATA
– A COMPARATIVE STUDY OF US-, EU- AND INDIAN LAW**

SHANNON KÖNIG

First Supervisor: Prof. Dr. Christine Godt

Second Supervisor: Dipl.-Jur. Jörg-Alexander Cordes (LL.M.)

ABSTRACT

Test data is data derived from clinical trials in the pharmaceutical R&D process; in many countries, it is protected from being referred to or used by third parties for a specified period. Originator companies seek to prevent generic manufacturers from “free riding” on the data, as these can rely thereon when applying for market authorization. By granting test data exclusivity, regulators aim to strike a balance between ensuring investment incentives and public access to drugs. This thesis critically assesses the applicable legal frameworks in the European Union, United States of America, and India relating to test data exclusivity. It highlights similarities, common features, and differences in the laws and related approaches pursued internationally, importantly in FTA negotiations. A comparative approach was followed to answer the research question. The research was portrayed in a descriptive manner. First, the thesis analyses the interpretation of Article 39.3 TRIPS which shows the close similarities of the European and US-American approaches that both support the concept in the international arena. A significant difference is the US public health exception, which can override the exclusivity, a mechanism alien to the EU. India, in contrast, currently does not grant test data exclusivity and strongly opposes the granting thereof internationally. The Thesis ends with a call for reevaluation and proposes considering a compensation model to balance the opposing interests.

ZUSAMMENFASSUNG

Testdaten sind Daten, die aus klinischen Versuchen im pharmazeutischen F&E-Prozess gewonnen werden; in vielen Ländern sind sie für einen bestimmten Zeitraum vor der Weitergabe oder Verwendung durch Dritte geschützt. Die Originalhersteller wollen “Free Riding” der Generikahersteller, welche sich bei der Beantragung der Marktzulassung auf diese Daten stützen können, verhindern. Durch die Testdaten-Exklusivität versuchen Regulierungsbehörden, ein Gleichgewicht zwischen der Gewährleistung von Investitionsanreizen sowie einem öffentlichen Arzneimittelzugang herzustellen. Diese Arbeit beleuchtet die rechtlichen Rahmenbedingungen in Bezug auf Testdaten-Exklusivität in der Europäischen Union, den Vereinigten Staaten von Amerika und Indien kritisch. Sie hebt Ähnlichkeiten, Gemeinsamkeiten und Unterschiede in den aktuellen Regelungen und den damit verbundenen internationalen Strategien hervor, insbesondere bei der Verhandlung von Freihandelsabkommen. Um die Forschungsfrage zu beantworten wurde ein vergleichender Ansatz gewählt. Die Recherche wurde auf deskriptive Weise dargelegt. Zuerst wird die Auslegung von

Artikel 39.3 TRIPS analysiert, wonach die großen Ähnlichkeiten des europäischen und des US-amerikanischen Rechtsrahmens aufgezeigt werden, welche im internationalen Rahmen das Konzept unterstützen. Ein wesentlicher Unterschied liegt jedoch in der in den USA geltenden Ausnahmeregelung für die öffentliche Gesundheit, die den Schutz außer Kraft setzen kann – ein Mechanismus, der der EU fremd ist. Indien hingegen gewährt derzeit keinen exklusiven Schutzzeitraum und lehnt auf internationaler Ebene die Gewährung ebenfalls entschieden ab. Die Arbeit endet mit einem Aufruf zur Neubewertung und dem Vorschlag, ein Entschädigungsmodell in Betracht zu ziehen, um die gegensätzlichen Interessen auszugleichen.

Table of contents

A. Introduction	15
B. Research Object: Test Data Exclusivity	18
I. What is Test Data?	18
II. The Issue	19
III. Defining Test Data Exclusivity	21
1. General Definition	21
2. Scope of Protection	22
3. Purpose and Aim	23
IV. Differentiation from Other Forms of Protection	24
C. Test Data Exclusivity or Protection under Article 39.3 of TRIPS	25
D. Country Reports	31
I. USA	31
1. Legal Framework Applicable	32
2. Approach in Bilateral or Regional Trade Agreements	39
II. European Union	41
1. Legal Framework Applicable	41
2. New Policy of the European Medicines Agency	50
3. Approach in Bilateral or Regional Trade Agreements	51
III. India	52
1. Legal Framework Applicable	53
2. Approach in Bilateral or Regional Trade Agreements	57
E. Comparison	58
I. The Industries	58
II. Launching a Pharmaceutical Product on the Market	59
III. Existence of Abbreviated Procedures	59
IV. General Observation Regarding Test Data Exclusivity	60
V. Duration of Exclusivity	61
VI. Scope of Protection	62
VII. Possibility of Exceptions	62
VIII. The International Arena	63
1. Interpretation of Article 39.3 of TRIPS	63
2. Approach in Bilateral or Regional Trade Agreements	63
F. Conclusion	65
G. Overview	67
Literature	68

A. INTRODUCTION

Ever since the COVID-19 pandemic hit, great attention has been paid to the pharmaceutical sector and its development of new drugs and vaccines to treat and prevent the spread of the Corona Virus. The pandemic has brought the importance of medicines and their rapid development to light, which requires extensive investments in research and development. Developing a new drug is a lengthy, expensive and complex undertaking, which takes on average more than 13 years and costs up to USD 1.3 billion.¹ Before a drug can be placed on the market, extensive testing has to be done and clinical trials have to be successfully undertaken. The product further has to receive market authorization by the relevant drug regulatory authorities beforehand. In order to be granted this authorization, evidence of the product's safety, quality and efficacy has to be submitted. The proof is usually submitted in form of test data. However, when a generic manufacturer applies for market authorization an abbreviated procedure exists in many countries, which allows the generic manufacturer to rely on the data generated by the originator pharmaceutical company. Not requiring generic companies to duplicate the test data has economic as well as ethical reasons, clinical trials take a long time and risk the lives of people and animals unnecessarily as the outcome is already known and proven. In return for generating the data, the pharmaceutical companies demand a period of exclusive rights, the so-called test data exclusivity. But what exactly is test data exclusivity? Test data exclusivity refers to the right protecting the generated data of the holder from being referred to or used by third parties for a specified period of time.

The issue surrounding test data exclusivity has become especially relevant when the concept was to be implemented on an international level. The United States and later the European Union already had rules in place and were trying to promote an exclusivity period during the negotiations on the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS), which became effective in 1995. Section 7 with its Article 39.3 is a highly controversial and disputed provision due to its unclear content and vague wording, leaving many terms undefined. While developing countries argue that the scope is limited to data protection, developed countries as well as the research-based pharmaceutical industry claim that the provision is aimed at providing test data exclusivity. In the aftermath of the TRIPS Agreement, the issue has become relevant in a variety of trade negotiations – again especially encouraged by the United States and the European Union.

¹ *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations*, 'Data Exclusivity: Encouraging Development of New Medicines', *IFPMA*, July 2011, p. 5 <https://www.ifpma.org/wp-content/uploads/2016/01/IFPMA_2011_Data_Exclusivity__En_Web.pdf> last accessed 9.8.2021; *Fraunhofer Cluster of Excellence Immune-Mediated Diseases*, 'Phasen der Medikamentenentwicklung - Vom Medical Need zum neuen Medikament', *Fraunhofer CIMD*, 2021 <<https://www.cimd.fraunhofer.de/de/kompetenzen/phasen-der-medikamenten-entwicklung.html>> last accessed 9.8.2021; *A. B. Deore / J. R. Dhumane / H. V. Wagh / R. B. Sonawane*, 'The Stages of Drug Discovery and Development Process', 7(6) *AJPRD*, 2019, p. 62.

During the pandemic, the sudden and urgent global need for vaccines and drugs arose, which also made the issue of test data exclusivity reappear in the debate about a possible waiver. On 2 October 2020, a proposal by India and South Africa circulated, which requested a waiver from certain provisions of the TRIPS Agreement for the prevention, containment and treatment of COVID-19.² The proposed waiver concerns four sections of the Agreement dealing with copyright and related rights, industrial designs, patents and the protection of undisclosed information. The latter touches on the unresolved debate about the interpretation of the Article and whether it includes test data exclusivity. The proposal requests a waiver allowing WTO members not to implement, apply or enforce certain obligations in relation to products and technologies concerning COVID-19.³ The waiver would be limited for the time of the pandemic and only extend to the aforementioned obligations.⁴ In October 2020, nearly 100 countries welcomed or supported the waiver, yet there was strong opposition from nine countries such as the United States, Australia, Brazil, Canada, Japan, Norway, Switzerland, the United Kingdom as well as the European Union.⁵ In May 2021, the US reversed and issued a statement of support and willingness to actively participate.⁶ While the Canadian and Japanese view on the waiver is currently unclear, Australia, Norway, Switzerland, the UK and European Union are still opposing the waiver.

This paper will examine the current legal regime regarding test data exclusivity in the United States, the European Union and India and each party's approach in the international arena. The objective of this thesis is to identify and compare the applicable rules and laws in order to subsequently determine possible common features and (fundamental) differences. In the following, the procedure of this thesis is described and subsequently the method of the investigation is presented. First, the concept of test data exclusivity will be thoroughly studied. Thereafter, Section 3 focuses on the interpretation of TRIPS, and especially Article 39.3 in relation to data exclusivity. Section 4 evaluates the relevant laws in the United States of America, European Union and India, which govern the pharmaceutical sector and test data exclusivity. The United States was chosen, as it was the first country to legally implement rules on test data exclusivity in 1984 and was thus a pioneer. Another reason, why the US is an interesting country to study, lays in the country's view of test data in the international context. Today, the US strongly

² Waiver from Certain Provisions of the TRIPS Agreement for the Prevention, Containment and Treatment of COVID-19, Communication from India and South Africa, TRIPS Communication IP/C/W/669, 02 October 2020.

³ COVID-19 TRIPS-Waiver, 02 October 2020 (supra fn. 2).

⁴ *Medecins sans Frontiers*, 'India and South Africa Proposal for WTO Waiver from Intellectual Property Protections for COVID-19-Related Medical Technologies – Briefing Document', MSF, 18.11.2020, p. 2 <https://msfaccess.org/sites/default/files/2020-11/COVID_Brief_WTO_Waiver-Proposal_ENG_v2_18Nov2020.pdf> last accessed 9.8.2021.

⁵ *Medecins sans Frontiers* 2020 (supra fn. 4), p. 2.

⁶ *United States Trade Representative*, 'Press Release – Statement from Ambassador Katherine Tai on the COVID-19 TRIPS Waiver', US GOV USTR, 5.5.2021 <<https://ustr.gov/about-us/policy-offices/press-office/press-releases/2021/may/statement-ambassador-katherine-tai-covid-19-trips-waiver>> last accessed 9.8.2021.

urges other nations to implement rules thereon and also pushes for rules in its Free Trade Agreements (FTA). During the negotiations for the Agreement on TRIPS the US was also strongly urging and trying to implement an explicitly stated minimum standard on test data exclusivity on the World Trade Organization (WTO) level. Further, the US has a large research-based pharmaceutical industry, which enormously profits from the exclusivity rules. However, generics and biosimilars account for 86% of all prescriptions and $\frac{1}{5}$ of total sales in the country.⁷ Yet, the country's imports in the sector amount to 27% of the total market.⁸ In 2017, the country spent USD 90 billion for pharmaceutical imports, of which large proportions were of generic nature and came from China and India.⁹ Shortly after the US, the European Union introduced similar provisions to its pharmaceutical regulations in 1987, after complaints by the industry citing a need for more protection and incentives for innovation and intense lobbying of the research-based industry. Today, these rules are harmonized across the European Union and are quite complex. The European Union was chosen to be explored, as it is one of the leading locations for clinical trials. Further, the European research-based pharmaceutical industry invests as much in the research and development of new drugs as India, China and Japan combined.¹⁰ In figures, this equates to €22.14 billion spent for this purpose in 2019 alone.¹¹ In 2020, the European pharmaceutical industry exported products estimated to be worth around €515 billion.¹² In 2020, around 12.5% of EU exports in the pharmaceutical industry were destined for Switzerland and around 34.4% for the US.¹³ These figures underline the importance of Europe as a manufacturing location and emphasize the importance of the Union's sector in the world. Similar to the US, the EU supported the proposals and drafts during the TRIPS negotiations stipulating rules on test data exclusivity. In the aftermath, the Union is now pushing for increased protection of test data, particularly in the form of an exclusivity period especially in FTAs with

-
- ⁷ J. Burkowitz / K. Grassme, 'Gesundheitsmarkt USA – Arzneimittel und Biopharmazeutika', 2019, 4 GTI Study 2019, p. 6 <https://www.exportinitiative-gesundheitswirtschaft.de/EIG/Redaktion/DE/Publikationen/PDF/gesundheitsmarkt-usa.pdf?__blob=publicationFile&v=2> last accessed 9.8.2021.
- ⁸ *United States Trade Representative*, 05 May 2021 (supra fn. 6); Burkowitz / Grassme 2019 (supra fn. 7).
- ⁹ *United States Trade Representative*, 05 May 2021 (supra fn. 6); Burkowitz / Grassme 2019 (supra fn. 7).
- ¹⁰ VCI, 'Ausgaben für Forschung und Entwicklung in Mrd. Euro (2019)', *VFA*, 2019 <<https://www.vfa.de/de/wirtschaft-politik/darum-europa/europa-ist-gut>> last accessed 9.8.2021.
- ¹¹ VCI 2019 (supra fn. 10).
- ¹² EFPIA, 'The Pharmaceutical Industry in Figures – Key Data', *EFPIA*, 2021, p. 3 <<https://www.efpia.eu/media/602709/the-pharmaceutical-industry-in-figures-2021.pdf>> last accessed 9.8.2021; *Statista*, 'Wert der Exporte der europäischen Pharmaindustrie im Zeitraum von 1990 bis 2020 (in Millionen Euro)', *Statista*, June 2021 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/70865/umfrage/europaeische-pharmaindustrie-export-von-produkten/>> last accessed 9.8.2021.
- ¹³ *EFPIA* 2021 (supra fn. 12), p. 21; *Statista*, 'Anteile der wichtigsten Abnehmer von Pharmaxporten aus der EU in den Jahren 2016 bis 2020', *Statista*, June 2021, <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/71020/umfrage/pharmaindustrie-handelspartner-der-eu-im-export/>> last accessed 9.8.2021.

developing countries. In contrast, India is a country of the global south and portrays a completely different approach. India has a large generic industry, which cheaply supplies many developing and developed countries with generic medicines. India is also a member of the WTO and is as such bound to TRIPS, but strongly argues that TRIPS and especially Article 39.3 does not oblige the country to implement data exclusivity rules. In fact, India does not grant data exclusivity for pharmaceutical products. Up until today, India does not have an FTA in force with either the European Union or the United States. Extensive negotiations for a proposed Comprehensive Economic Partnership Agreement with the European Union were ended in 2013 without an understanding. The reason for this is partly seen in India's resistance to incorporate exclusivity rules in its national laws. Due to India's contrasting position and the global importance of the country's generic industry, the country was chosen to be portrayed. After the extensive overview of the prevailing laws in each country and the Union, a thorough comparison will be conducted, highlighting the differences as well as similarities in detail. Lastly, a brief concluding summary of the research findings will be given. The portrayal of the research, such as the definition of the concept of test data exclusivity, the country reports, as well as the comparison of the legal regulations will be done in a descriptive manner. With regard to the research question, the choice of this method best facilitates the answer to the question, as it requires and demands a description of the current state of affairs in US, European, and Indian law in comparison to each other. Fact-finding and dealing with specific characteristics were the main manners.

The paper will only focus on pharmaceuticals and not agrochemicals. It will further not cover the impact of test data exclusivity on the access to medicine and availability of generic pharmaceuticals. Whether test data exclusivity is indeed a helpful and successful approach to incentivize innovation, while at the same time ensuring competition, affordable and lower prices as well as better access to medicines in the long run shall not be within the scope of this thesis, yet there is much doubt to it.

B. RESEARCH OBJECT: TEST DATA EXCLUSIVITY

The general research object of this essay is the concept of test data exclusivity. In order to understand this concept, it is vital to first comprehend what test data encompasses and what the issue at hand is, before defining the notion.

I. What is Test Data?

Test data or clinical trial data, is data which was collected during clinical and pre-clinical trials (Phase I to Phase III) in order to ensure the safety, non-toxicity and efficacy of a product.¹⁴ The discovery of a substance or drug is followed by the

¹⁴ C. M. Comea, 'Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products under Free Trade Agreements' p. 1, UNCTAD-ICTSD Dialogue on Moving the pro-development IP agenda forward: Preserving Public Goods in health, education and learning, Bellagio, 29 November - 03 December 2004, *Owais H Shaikh*, Access to Medicines Versus Test Data Exclusivity: Safeguarding Flexibilities under International Law, Springer: Berlin, 2016, p. 5.

development and manufacturing process, at the end of which clinical trials must be conducted on humans.¹⁵ Only after the potential new drug has undergone extensive laboratory testing, it is tested in clinical trials on humans.¹⁶

Generally, before the product can be marketed, an application for marketing authorization must be filed and approved. Test data allows the regulatory authorities to evaluate the risks and benefits of the pharmaceutical product and assess whether a market authorization should be granted.¹⁷

The clinical trial process encompasses several different phases. First, there is the pre-clinical study, which is followed by Phase I – the clinical trial and Phase II – the exploratory trial. Thereafter Phase III, a confirmatory trial takes place, and lastly Phase IV covers post marketing trials. Phase I trials are conducted in order to determine the safety and possible side effects of the drug, whereas Phase II focuses on the product's therapeutic efficacy.¹⁸ The subsequent Part III is necessary to establish the efficacy in comparison with the current standard treatment and conducted on a large amount of multinational participants.¹⁹ After the drug has been licensed, Phase IV trials are conducted to identify general risks and benefits of the product.²⁰

II. The Issue

Investing into the research and development (R&D) process of new drugs takes a lot of effort, time and money, thus various immense risks are attached – especially of scientific, regulatory and economic nature.²¹ On average the discovery and development of a new pharmaceutical takes more than 13 years.²² The International Federation of Pharmaceutical Manufacturers & Associations (IFPMA) estimates that of every five to ten thousand compounds which are being investigated only one single compound is approved and can later be marketed.²³ As already described, before a pharmaceutical product can be launched on the market, the abovementioned trials need to be successfully conducted in order to be able to provide proof of the safety, efficacy and quality of the product to the relevant regulatory authority. The R&D process, which includes these trials is an extremely time and cost intense undertaking. In a recent study, reviewing data on 63 new drugs and biologicals approved in the US between 2009 and 2018, it was found that a drug company spends on average USD 1.3 billion in order to bring a new medicine to market.²⁴ EvaluatePharma found that in 2019, pharmaceutical

¹⁵ K. Chakerabarty / K. Yadav, 'Drug Approval Process in US, Europe and India and its Regulatory Requirements: A Review', 6(3) IJDRA 2018, p. 31.

¹⁶ P. Sedgwick, 'Phases of Clinical Trials', BMJ 2011, p. 343.

¹⁷ Correa 2004 (supra fn. 14), p. 1.

¹⁸ Correa 2004 (supra fn. 14), p. 1; Sedgwick 2011 (supra fn. 16), pp. 343, 344.

¹⁹ Sedgwick 2011 (supra fn. 16), pp. 343, 344.

²⁰ Sedgwick 2011 (supra fn. 16), pp. 343, 344.

²¹ IFPMA 2011 (supra fn. 1), p. 5.

²² Fraunhofer Cluster of Excellence Immune-Mediated Diseases 2021 (supra fn. 1); Deore / Dhurane / Wagh / Sonawane 2019 (supra fn. 1), p. 62.

²³ IFPMA 2011 (supra fn. 1), p. 5.

²⁴ O. J. Wouters / M. McKee / J. Luyten, 'Estimated Research and Development Investment Needed to Bring a New Medicine to Market, 2009–2018', 323(9) JAMA 2020, p. 844 ff.

companies invested an average of USD 3.5 billion per new conventionally manufactured compound in R&D.²⁵ For all these incurred expenses, there is no guarantee of return in the future, which makes the investment a high risk undertaking.

In contrast, generic companies do not have to undertake the high risk and invest in the expensive R&D process, as they market a “copied” version of an originator drug, which has already been approved for market authorization – therefore hardly no R&D efforts occur.²⁶ In order to receive the approval for marketing authorization for a generic pharmaceutical product, the regulatory authority does not demand the manufacturer to submit their own test data on the safety and efficacy of the product, instead the manufacturer is only required to demonstrate bioequivalence²⁷ with the originator pharmaceutical product in many countries. Therefore generic companies are not obliged to generate the

The results of this study are consistent with the assumptions published by *IIPMA* in 2011 (supra fn. 1).

The Tufts Center for the Study of Drug Development also publishes studies estimating the cost of developing new pharmaceutical drugs. These studies have often been criticized in the past, as the investigated companies do not make their spending on R&D public and the studies seem to make assumptions tending to favor the pharmaceutical industry. See *Ransdell Pierson*, ‘CORRECTED–Tufts says average new drug costs \$2.6 bln to develop, critics wary’, *Reuters*, 18.11.2014 <<https://cn.reuters.com/article/pharmaceuticals-tufts/corrected-tufts-says-average-new-drug-costs-2-6-bln-to-develop-critics-wary-idUSL2N0T82C620141118>> last accessed 9.8.2021.

Nonetheless, it is undoubtedly a very costly undertaking to invest in the development of new pharmaceutical drugs.

- ²⁵ *Statista*, ‘Durchschnittliche Entwicklungskosten der weltweiten Pharmaindustrie je neuem Wirkstoff in den Jahren von 2004 bis 2019’, *Statista*, July 2020 <<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/311808/umfrage/durchschnittliche-entwicklungskosten-der-weltweiten-pharmaindustrie-je-neuem-wirkstoff/>> last accessed 9.8.2021; *EvaluatePharma*, ‘World Preview 2020, Outlook to 2026’, *EvaluatePharma*, July 2020, p. 24 <<https://www.evaluate.com/thought-leadership/pharma/evaluatepharma-world-preview-2020-outlook-2026>> last accessed 9.8.2021.
- ²⁶ C. R. *Fackelmann*, ‘Chapter 5: Clinical Data, Data Exclusivity and Private Investment Protection in Europe’, in: J. Drexler / N. Lee (eds), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law – A Trilateral Perspective*, Edward Elgar: Cheltenham, 2013, p. 141 (151); *ProGenerika*, ‘Was sind Generika’, *ProGenerika* 2021 <<https://www.progenerika.de/themen/bedeutung-generika/was-sind-generika/>> last accessed 9.8.2021.
- ²⁷ Bioequivalence is the therapeutic identity of different medicinal products. A pharmaceutical product containing the same active substance(s) as another product, is deemed to be bioequivalent, if both are pharmaceutically equivalent or alternatives (having e.g. the same or comparable dosage form, amount of active substances), possess similar bioavailability and produce the same effect. Bioavailability means the degree and rate at which a substance (such as a drug) is absorbed into a living system or is made available at the site of physiological activity. Confer *EMA*, ‘Guideline on the Investigation of Bioequivalence’ CPMP/EWP/QWP/1401/98 Rev. 1/, 20.1.2010 <https://www.ema.europa.eu/en/documents/scientific-guideline/guideline-investigation-bioequivalence-rev1_en.pdf> last accessed 9.8.2021; S. *Chow*, ‘Bioavailability and Bioequivalence in Drug Development’, 6 *WIREs Comput Stat*, 2014, p. 304 (304 ff.); H. *Zhu* / B.V. *Li* / R.S. *Uppoor* / M. *Mehra* / L.X. *Yu*, ‘Chapter 14: Bioavailability and Bioequivalence’, in: Y. *Qiu* / Y. *Chen* / G. *Zhang* / L. *Yu* / R. *Mantri* (eds), *Developing Solid Oral Dosage Forms – Pharmaceutical Theory & Practice*, Elsevier: Amsterdam, 2nd edn, 2017, p. 381 (381 ff.); *Fackelmann* 2013 (supra fn. 26), p. 153.

expensive test data themselves, as they can rely on the originator's data and basically "free ride".²⁸ The average costs of bioequivalence studies amount to USD 75 000 – 750 000.²⁹ Due to these facts, generic companies avoid enormous expenses, and as a result they can offer their products at a much lower price, creating competition and wider access to drugs.³⁰ It is estimated that the development of a generic version of a small-molecule drug takes about two years and costs roughly between USD 1-2 million.³¹

As a consequence of this imbalance, originator companies argue that the use of the cost intense generated data by third parties should be prevented to ensure that a return of the investments can be made.³²

III. Defining Test Data Exclusivity

1. GENERAL DEFINITION

Test data exclusivity can be described as being a defined period of exclusivity after the initial registration of a new drug product, during which only the entity that generated the concerned protected test data is allowed to use it.³³ Third parties, usually generic companies, may neither use nor refer to the data at stake in their regulatory filings for the same product or substance. The regulatory authorities themselves are bound to confidentiality and also not allowed to rely on the originator data in order to approve any and all subsequent products.³⁴ Therefore, test data exclusivity prevents generic companies from relying on preclinical and clinical data originally submitted by the generator entity for a certain period of time.³⁵ As such, test data exclusivity offers a protection against

²⁸ B. Mercurio, *Drugs, Patents and Policy*, CUP: Cambridge, 2018, p. 157.

²⁹ *Fackelmann* 2013 (supra fn. 26), p. 154.

³⁰ *ProGenerika*, 'Die Bedeutung von Generika', *ProGenerika*, 2021 <<https://www.progenerika.de/themen/bedeutung-generika/>> last accessed 9.8.2021; *FDA*, 'Frequently Asked Questions on Patents and Exclusivity', *FDA*, 2.5.2020 <<https://www.fda.gov/drugs/development-approval-process-drugs/frequently-asked-questions-patents-and-exclusivity>> last accessed 9.8.2021.

³¹ *Pfizer*, 'How Biosimilars are Developed – Investing in the Future', *Pfizer*, April 2021 <<https://www.pfizerbiosimilars.com/biosimilars-development>> last accessed 9.8.2021; *Medicare Payment Advisory Commission*, 'Overview: The Drug Development and Supply Chain', *MedPac*, 16.6.2016, p. 3 <<http://www.medpac.gov/docs/default-source/fact-sheets/overview-of-the-drug-development-and-supply-chain.pdf>> last accessed 9.8.2021.

³² C. Clift, 'Data Protection and Data Exclusivity in Pharmaceuticals and Agrochemicals', in: A. Krattiger / R. T. Mahoney / L. Nelsen / J. A. Thomson / A. B. Bennett / K. Satyanarayana / G. D. Graff / C. Fernandez / S. P. Kowalski (eds), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices*, MIHR PIPRA: Oxford, 2007, p. 431.

³³ D. Curley / M. HJ van den Horst, 'Patents and Regulatory Data Exclusivity for Medicinal Products', in: N. Wilkof / S. Basheer (eds), *Overlapping Intellectual Property Rights*, OUP: Oxford, 2012, p. 119 (121); M. I. Manley / G. Strachan, 'Regulatory Data Protection', in: M. I. Manley / M. Vickers (eds), *Navigating European Pharmaceutical Law*, OUP: Oxford, 2015, p. 255.

³⁴ P. Malhotra, *Impact of TRIPS in India – An Access to Medicines Perspective*, Palgrave MacMillan: London, 2010, p. 27.

³⁵ D. Acquah, 'Extending the Limits of Protection of Pharmaceutical Patents and Data Outside the EU – Is There a Need to Rebalance?', 45 *IIC* 2014, p. 256 (259).

generic “free riding”.³⁶ Effectively, this exclusivity is responsible for a delay regarding the development and market approval of generics.³⁷ Data exclusivity is awarded independently and not connected to possible patent protections or other types of protection. As a result, third parties are not prevented from generating the necessary data in question for the market approval process themselves and thus going through extensive and costly preclinical and clinical trials.³⁸

2. SCOPE OF PROTECTION

The exclusivity of test data is generally granted to pre-clinical and clinical trial data, which are also known as scientific data.³⁹ These trials are necessary in order to prove the safety, efficacy and quality of the drug product to the regulatory authority in the application for a marketing authorization.⁴⁰ Usually test data protection takes effect immediately after the marketing authorization for the product is obtained.⁴¹

³⁶ *Fackelmann* 2013 (supra fn. 26), p. 156.

³⁷ *Mallhotra* 2010 (supra fn. 34), p. 27; *R. Artecona / R. M. Plank-Brunback*, ‘Access to Medicines and Incentives for Innovation - The Balance Struck in the Trans-Pacific Partnership (TPP) on Intellectual Property (Patent and Data Exclusivity) Protection for Pharmaceutical Products’, ECLAC Studies and Perspectives No 16, 2016, p. 7.

³⁸ *International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations*, ‘Encouragement of New Clinical Drug Development: The Role of Data Exclusivity’, *IFPMA* 2000, p. 1 <https://www.who.int/intellectualproperty/topics/ip/en/DataExclusivity_2000.pdf> last accessed 9.8.2021.

For generic companies this is hardly feasible. Conducting own trials is expensive, and would eliminate the cost benefit. It is also often beyond the financial possibilities of generic manufacturers. In addition, it takes quite some time to carry out the trials. See *Fackelmann* 2013 (supra fn. 26), pp. 170 ff.

However, unnecessarily duplicating clinical and / or pre-clinical trials and tests also raises ethical questions as it needlessly causes unnecessary animal suffering or death and endangers the participants of the trials and tests as well. The different phases of the clinical trials aim to determine possible side effects and correct dosages of the product. When experimenting for instance with incorrect dosages, patients are exposed to health risks and might suffer long lasting damages or even death. *Correa* 2004 (supra fn. 14), p. 11; *P. Andanda*, ‘Managing Intellectual Property Rights over Clinical Trial Data to Promote Access and Benefit Sharing in Public Health’, *SECO / WTI Working Paper 4/2012*, 2012, p. 6 <https://www.wti.org/media/filer_public/15/de/15de5e72-ebff-4076-b51b-37cc0db8f6b8/wti_seco_wp_04_2012.pdf> last accessed 9.8.2021, also published in *O2 IIC* 2013, pp. 140-177; *E. F M 't Hoen / P. Boulet / B. K. Baker*, ‘Data Exclusivity Exceptions and Compulsory Licensing to Promote Generic Medicines in the European Union: A Proposal for Greater Coherence in European Pharmaceutical Legislation’, *10 JoPPP* 2017, p. 1 (3); *L. Diependaele / J. Cockbain / S. Sterckx*, ‘Raising the Barriers to Access to Medicines in the Developing World – The Relentless Push for Data Exclusivity’, *17(1) Developing World Bioethics* 2017, p. 11 (21); *F. Gaessler / S. Wagner*, ‘Patents, Data Exclusivity, and the Development of New Drugs’, *Discussion Paper No 176*, 2019, p. 35 <https://rationality-and-competition.de/wp-content/uploads/discussion_paper/176.pdf> last accessed 9.8.2021.

³⁹ *Manley / Strachan* 2015 (supra fn. 33), p. 255.

Due to the “scientific” nature of test data, it is not covered by patent protection. See *Correa* 2004 (supra fn. 14), p. 2.

⁴⁰ *Clift* 2007 (supra fn. 32), p. 431.

⁴¹ *Aquah* 2014 (supra fn. 35), p. 259.

3. PURPOSE AND AIM

The pharmaceutical sector needs research and innovation into new drugs and therapies in order to survive and thrive.⁴² On the one hand, sufficient incentives to invest in inventing, testing and bringing new drugs or therapies to the market need to be established for manufacturers of originator drugs, while on the other hand a fast and wide public access to drugs needs to be ensured.⁴³ The purpose of granting test data exclusivity is to find a balance between these two opposing interests.

The originator research-based pharmaceutical industry claims, that test data exclusivity provides an important incentive for originator companies to make the enormous investments in R&D.⁴⁴ By creating a period of exclusivity, the originator is able to partially recover the extensive costs invested for generating data necessary for market approval and can be sure that only the company itself can commercially use the generated data.⁴⁵ Therefore, an incentive to continue investing in the process of developing new products and therapies is created.

Launching generic drugs creates competition on the market. As mentioned before, generic companies can sell their products at a fraction of the price due to savings in the R&D process and the possibility to rely on the test data of the originator products in the approval application. As a result of cheaper prices, a wider public access to drugs is possible.⁴⁶ In fact, generic companies cover almost 80% of the total demand for pharmaceutical products both in Germany and the US.⁴⁷ As a result of the lower prices of the products, healthcare systems incur much lower cost and in turn make affordable healthcare possible.⁴⁸

The originator companies argue that a price competition from generic companies at an early stage, discourages future investments, which in turn could lead to the possibility of underinvestment.⁴⁹

⁴² *Curley / HJ van den Horst* 2012 (supra fn. 33), p. 120.

⁴³ *FDA* 2020 (supra fn. 30); *Fackelmann* 2013 (supra fn. 26), p. 156.

⁴⁴ *IFPMA* 2011 (supra fn. 1), p. 5.

⁴⁵ *IFPMA* 2011 (supra fn. 1), p. 5; *D. Kinuthika*, 'Data Exclusivity and Indian Law', 3(1) *Journal Law Mantra Quarterly* 2015, p. 1 (2); *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 4.

⁴⁶ *FDA* 2020 (supra fn. 30); *ProGenerika* 2021 (supra fn. 30); *Medicines for Europe*, 'Key Topics', *MedicinesForEurope*, 2021 <<https://www.medicinesforeurope.com/key-topics/#section-2>> last accessed 9.8.2021.

⁴⁷ *ProGenerika* 2021 (supra fn. 30); *Research and Markets*, 'United States Generic Drugs Market Report 2021: Market will Reach \$239.5 Billion by 2026 – Focus on Branded & Unbranded Generics', *Resource and Markets*, 28.4.2021 <<https://www.globenewswire.com/en/news-release/2021/04/28/2218331/28124/en/United-States-Generic-Drugs-Market-Report-2021-Market-will-Reach-239-5-Billion-by-2026-Focus-on-Branded-Unbranded-Generics.html>> last accessed 9.8.2021; *FDA and CDER*, 'FDA/CDER SBIA Chronicles – Patents and Exclusivity', *FDA/CDER*, 19.5.2015, p. 1 <<https://www.fda.gov/media/92548/download>> last accessed 9.8.2021.

For the whole European Union the number amounts to 62%. Confer *Medicines for Europe*, 'The Benefits of a Sustainable Generic Medicines Industry', *MedicinesforEurope*, 10.3.2017 <http://www.accesstomedicines.eu/20171003-Infographic%20-%20Generic_The%20benefits%20of%20a%20sustainable%20generic%20medicines%20industry.pdf> last accessed 9.8.2021.

⁴⁸ *ProGenerika* 2021 (supra fn. 30).

⁴⁹ *IFPMA* 2000 (supra fn. 38).

Summarizing, test data exclusivity prevents “free riding” of the generic manufacturers on the test data generated by originator innovator companies and creates a balance between competition and incentives for innovation.

IV. Differentiation from Other Forms of Protection

In order to fully understand the extent, aim, scope and general concept of test data exclusivity it is of great importance to clearly distinguish test data exclusivity from other forms of protection. Firstly, there are various types of exclusivities, data exclusivity just being one thereof. Generally stated, exclusivities create a period of time during which the product – in this case the new drug product – is protected from competition. In particular, market exclusivity is a period of time during which a company may not place their generic, hybrid or biosimilar version of the originator’s product on the market, regardless of whether the product has previously received regulatory approval. It is worth noting that during the period of market exclusivity the authorization application can already be submitted to the regulatory authority and also be processed.⁵⁰ The grant, however, only takes effect after the protection of the originator product expires.

Patent protection on the other hand, has a completely different object than test data exclusivity. The latter focuses on the protection of the clinical data, whereas the object of patent protection is the invention itself.⁵¹ In order to benefit from patent protection, a patent application needs to be filed, which discloses technical information about the invention to the public.⁵² In contrast, test data exclusivity is automatically awarded by the regulatory authorities. Generally, patent protection lasts for 20 years starting with the filing date of the application – and as such typically lasts longer than test data exclusivity.⁵³

In contrast, data privacy concerns information through which an individual can be identified. That data must not be disclosed or transferred without the consent, explicit or implicit, of the affected individual.⁵⁴ The most common example being personal health data and other medical related information.

Lastly, data protection is a more generic term and as such protects all sorts of different undisclosed information from unethical, unwarranted or unintended use.⁵⁵ Data protection requires the regulatory authorities to keep the data received in an application for market authorization confidential.⁵⁶ In many

⁵⁰ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 6.

⁵¹ *B. H. Hall*, ‘Patents and Patent Policy’, 23(4) *Oxford Review of Economic Policy* 2007, p. 568 (569); *H. Gupta / S. Kumar / S. Kumar Roy / R. S. Gaud*, ‘Patent Protection Strategies’, 2(1) *JPharmBioalliedSci* 2010, p. 2; *WIPO*, ‘Patents – What is a Patent?’, *WIPO*, 2021 <<https://www.wipo.int/patents/en/>> last accessed 9.8.2021.

⁵² *Hall* 2007 (supra fn. 51), p. 569; *Gupta / Kumar / Kumar Roy / Gaud* 2010 (supra fn. 51), p. 2, *WIPO* 2021 (supra fn. 51); *R. S. Eisenberg*, ‘Patents and Regulatory Exclusivity’, in: *P. M. Danzon / S. Nicholson* (eds), *The Oxford Handbook of the Economics of the Biopharmaceutical Industry*, OUP: Oxford, 2012, p. 167 (170).

⁵³ *Eisenberg* 2012 (supra fn. 52), p. 175.

⁵⁴ *IFPMA* 2011 (supra fn. 1), p. 12.

⁵⁵ *A. Singh / P. DasGupta*, ‘Pharmaceutical Test Data Protection and Demands for Data-Exclusivity: Issues and Concerns of Developing Countries and India’s Position’, 24 *JIPR* 2019, p. 69 (72).

⁵⁶ *M. Azam*, *Intellectual Property and Public Health in the Developing World*, OpenBook:

countries, government employees are obligated to keep data obtained in the course of their duty confidential. Further, undisclosed data is often protected as a trade secret. In fact, the TRIPS Agreement also demands that test data needs to be protected against disclosure.⁵⁷ A publication of test data by the authorities is allowed however, if it is ensured that the data in question is protected against unfair commercial use.⁵⁸

C. TEST DATA EXCLUSIVITY OR PROTECTION UNDER ARTICLE 39.3 OF TRIPS

Whether the TRIPS Agreement obliges the WTO Members to incorporate test data exclusivity provisions in their national laws has been a hotly debated discussion ever since the negotiation of the Agreement. However, today the importance of the discussion has faded, as the majority in literature rejects the view that it demand test data exclusivity and countries have looked for other ways to protect their interests. Rather, especially the developed countries, which lobbied for an introduction of the concept in TRIPS, have begun to negotiate provisions regarding the concept in bilateral or regional agreements. Understanding the basic problematic and sides of the discussion is nonetheless essential, which is the reason why it is briefly explained in the following.

The Agreement of Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights is a multilateral agreement on intellectual property (IP) setting out minimum standards of protection for patents, copyrights, trademarks and trade secrets.⁵⁹ The Agreement was negotiated during the Uruguay Round of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) by the Members of the WTO and signed on 15 April 1994.⁶⁰ The TRIPS Agreement took effect on 1 January 1995.⁶¹ It is the first multilateral treaty on IP that requires members to award protection of pharmaceutical test data.⁶²

During the negotiations on the content of TRIPS the United States, the European Community and Switzerland pushed for the implementation of test data exclusivity provisions.⁶³ However, despite the efforts by developed countries and the research-

Cambridge, 2016, p. 219.

⁵⁷ Cf. Art 39.3 and the subsequent discussion in Point 0 – C. Test Data Exclusivity or Protection under Article 39.3 of TRIPS.

⁵⁸ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 11.

⁵⁹ WTO, 'TRIPS: A More Detailed Overview of the TRIPS Agreement', WTO, 2021 <https://www.wto.org/english/tratop_e/trips_e/intel2_e.htm> last accessed 9 August 2020.

⁶⁰ *D. Gervais, The TRIPS Agreement: Negotiating History*, Sweet & Maxwell: London, 2021, 5th edn, paras. 1.01, 1.11; *J. Subhan, 'Scrutinized: The TRIPS Agreement and Public Health'*, 9(2) *MJM* 2006, p. 152.

⁶¹ WTO 2021 (supra fn. 59).

⁶² *C. M. Correa*, Oxford Commentaries on the GATT/WTO Agreement: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Commentary on the TRIPS Agreement, OUP: Oxford, 2nd edn, 2020, p. 374; *Andanda* 2013 (supra fn. 38), p. 145.

⁶³ *G. Spina Ali*, 'The 13th Round: Article 39(3) TRIPS and the Struggle over "Unfair Commercial Use"', 21 *JWIP* 2018, pp. 201 (206 £); *N. Gopal*, 'Protection of Clinical Trial Data Under TRIPS: International Understanding and Health Concerns', 2019, p. 1 (2), <<https://ssrn.com/abstract=3470476>> last accessed 9.8.2021; *Shaikh* 2016 (supra fn. 14).

based pharmaceutical industry, developing countries strongly opposed commitments going beyond a ban on unauthorized disclosure of test data.⁶⁴ As a result, Section 7, which concerns Protection of Undisclosed Information and more specifically the text of Article 39.3 of TRIPS now reads as follows:

“Members, when requiring, as a condition of approving the marketing of pharmaceutical or of agricultural chemical products which utilize new chemical entities, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such data against unfair commercial use. In addition, Members shall protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public, or unless steps are taken to ensure that the data are protected against unfair commercial use.”⁶⁵

The interpretation of this provision is quite controversial and has been subject of various analyses in literature. There is no doubt that the wording of the norm is extremely vague and many terms are left undefined, which is why there is great disagreement about its exact regulatory content, especially concerning the scope of the term “unfair commercial use”. Up until today, the provision has not been interpreted by WTO Panels or the Appellate Body.⁶⁶ An interpretation of the provision needs to be done in light of the legal principles set in Articles 31 and 32 of the Vienna Convention on the Law of Treaties in any case.⁶⁷

⁶⁴ *Malhotra* 2010 (supra fn.34), p. 28; *Spina Ali* 2018 (supra fn. 63), p. 207.

⁶⁵ Article 39.3 of TRIPS available at <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf> last accessed 9.8.2021. Emphasis added.

⁶⁶ The US filed a complaint against Argentina in 2000 claiming that Argentina’s patent laws violate the TRIPS Agreement. One of the aspects criticized relates to the “adequate protection against unfair commercial use of undisclosed test data submitted in order to get market approval of pharmaceutical products”, which the US believes Argentina has failed to provide. The interpretation of the Article 39.3 of TRIPS would thus have been a matter for WTO Panels and provided authoritative insights and clarity regarding the Article. In May 2002, the countries notified the WTO that they had reached a mutually agreed solution and the US consequently withdrew its complaint. See *R. Elliott*, ‘WTO: US and Argentina Settle Dispute over Patents and Data’, 7(2) *HIV/AIDS Policy and Law Review* 2002, p. 65; *K. A. Czub*, ‘Argentina’s Emerging Standard of Intellectual Property Protection: A Case Study of the Underlying Conflicts between Developing Countries, TRIPS Standards, and the United States’, 33(2) *Case Western Reserve JIL* 2001, p. 191–231.

M. Hegedus-Gaspar, ‘Data Exclusivity for Biologics – An Emerging Multilateral Standard?’, Master Thesis, University of Canterbury, 2020, pp. 22, 35; *O. H. Shaikh*, ‘Chapter 4: Index of Data Exclusivity and Access (IDEAS) – An Analysis of Test Data Exclusivity Provisions in Free Trade Agreements and National Laws’, in: B. Mercurio / Daria Kim (eds), *Contemporary Issues in Pharmaceutical Patent Law – Setting the Framework and Exploring Policy Options*, Routledge: London, 2017, p. 68 (71).

⁶⁷ **Article 31 General Rule of Interpretation**

1. A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.
2. The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:
 - (a) any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connection with the conclusion of the treaty;
 - (b) any instrument which was made by one or more parties in connection with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.
3. There shall be taken into account, together with the context:
 - (a) any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treat-

The provision stipulates that the required submitted data is to be protected from unfair commercial use as well as disclosure. Thus, if a country does not require the submission of data in the first place, the obligations do not apply, nor do they apply in cases where the data is submitted voluntarily or already publicly available.⁶⁸

In particular, it is unclear, what exactly a “new chemical entity” is and what the term “protection against unfair commercial use” entails, the meaning of “considerable effort” also remains vague.⁶⁹ Thus making the provision open and flexible for interpretation by the Member States.⁷⁰ Newness of the chemical entity could mean novelty in the patent sense or relate to the first submission of an application for marketing authorization which was filed in either the world or one Member State.⁷¹ It is also questionable whether the provision applies to biologics. Consequently, under TRIPS and Article 39.3, Member States can align their understanding of “new chemical entity” with their national health care policies.⁷² It is further unclear, what type of effort and which scope is necessary in order to be covered by “considerable effort” within the meaning of Article 39.3 of TRIPS.⁷³

Under the provision, test data has to be protected from disclosure, unless it is necessary to protect the public or if steps are taken ensuring that the data in question is protected from unfair commercial use. It is therefore a matter of interpretation whether it portrays an “unfair commercial use” for the national

ty or the application of its provisions;

(b) any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

(c) any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.

Article 32 Supplementary Means of Interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

(a) leaves the meaning ambiguous or obscure; or

(b) leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969, available at

<https://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/conventions/1_1_1969.pdf> last accessed 9.8.2021.

⁶⁸ C. M. Correa, *Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals: Implementing the Standards of the TRIPS Agreement*, SouthCentre: Geneva, 2002, p. 15.

⁶⁹ For an extensive discussion of the interpretation of the terms and provision as a whole, see Correa 2002 (supra fn. 68); Shaikh 2016 (supra fn. 14).

⁷⁰ Hegedus-Gaspar 2020 (supra fn. 66), p. 35.

⁷¹ S. Safidi, ‘The “Good Old Days” of TRIPS: The U.S. Trade Agenda and the Extension of Pharmaceutical Test Data Protection Extension of Pharmaceutical Test Data Protection’, 4(2) YJHPLE 2004, pp. 341 (345 ff.); G. Lee Skillington / E. M. Solovy, ‘The Protection of Test and Other Data Required by Article 39.3 of the TRIPS Agreement’, 24(1) Northwestern JILB 2003, p. 1 (25); Correa 2002 (supra fn. 68), p. 17.

⁷² Safidi 2004 (supra fn. 71), p. 346; Correa 2002 (supra fn. 68), pp. ix, 17; O. Owwoeye, ‘Data Exclusivity and Public Health Under the TRIPS Agreement’, 23(2) JILS 2014-2015, pp. 106 (115 ff.).

⁷³ Correa 2002 (supra fn. 68), p. 18; Lee Skillington / Solovy 2003 (supra fn. 71), p. 28.

regulatory authority of a Member State to rely on required test data submitted by the originator when assessing a second market authorization application from a generic company.⁷⁴ However, according to Carlos M Correa it does constitute a use, just not in the commercial sense.⁷⁵ Subject to interpretation is also whether “use” includes reliance or indirect use. Correa further argues that an approval of a marketing authorization of a subsequent product on the basis of similarity to an already authorized originator product is not a prohibited “use” within the meaning of Article 39.3 of TRIPS.⁷⁶ What constitutes “unfair” is left to the discretion of the Member States, which define this in light of their culture and national laws.⁷⁷ Another issue is the extent, manner and term of protection of undisclosed information against unfair commercial use. In this regard, Article 39.1 of TRIPS⁷⁸ requires that protection within “unfair competition” has to be considered in light of the meaning under Article 10*bis* of the Paris Convention of 1967. Accordingly, unfair competition is defined as “any act of competition contrary to honest commercial practices in industrial or commercial matters.”⁷⁹ As such, Member States can fulfill their obligation by prohibiting uses, which are “dishonest”. For example, if the data was obtained illegally through fraud or breach of confidence and then used to submit the marketing authorization

⁷⁴ B. K. Baker, ‘Ending Drug Registration Apartheid: Taming Data Exclusivity and Patent/Registration Linkage’, 34 *American JLM* 2008, p. 303 (315).

⁷⁵ *Commercial* pursuant to the ordinary meaning in the Dictionary is defined as “concerned with or engaged in commerce, making or intended to make a profit”. Thus profit is the primary motive of a commercial undertaking. Yet, the regulatory authority does not benefit in the commercial sense when approving a product and ensuring the safety and efficacy of the product. The reliance on test data aims to prevent unnecessary duplication of trials and tests. Cf. *Oxford Dictionary*, ‘Commercial’, OUP 2021
<https://www.oxfordlearnersdictionaries.com/definition/english/commercial_1?q=commercial> last accessed 9.8.2021.

⁷⁶ *Correa* 2002 (supra fn. 68), p. 32.

⁷⁷ *Correa* 2002 (supra fn. 68), p. X.

⁷⁸ **Article 39**

1. In the course of ensuring effective protection against unfair competition as provided in Article 10*bis* of the Paris Convention (1967), Members shall protect undisclosed information in accordance with paragraph 2 and data submitted to governments or governmental agencies in accordance with paragraph 3.
2. Natural and legal persons shall have the possibility of preventing information lawfully within their control from being disclosed to, acquired by, or used by others without their consent in a manner contrary to honest commercial practices so long as such information:
 - (a) is secret in the sense that it is not, as a body or in the precise configuration and assembly of its components, generally known among or readily accessible to persons within the circles that normally deal with the kind of information in question;
 - (b) has commercial value because it is secret; and
 - (c) has been subject to reasonable steps under the circumstances, by the person lawfully in control of the information, to keep it secret.

TRIPS Agreement 1995, available at <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_04d_e.htm> last accessed 9.8.2021.

⁷⁹ Art 10 *bis* Paris Convention, Paris Convention for the Protection of Industrial Property 1883, available at <<https://www.wipo.int/treaties/en/ip/paris/>> last accessed 9.8.2021.

For a more thorough discussion of the relationship to the Paris Convention see *Lee Skillington / Solovy* 2003 (supra fn. 71), p. 20.

application for the applicant's own benefit.⁸⁰

In summary, it can be stated that providing exclusive rights such as test data exclusivity is one way of ensuring protection against unfair commercial use of test data. However, it is not the only possibility, as it is also an option for a country to demand the payment of a compensation or to ban dishonest practices or prohibit a misappropriation of test data.⁸¹ Implementing exclusivity rights thus constitutes a TRIPS-plus measure.⁸²

Concluding, it can be stated that the wording of the Article does not call for the implementation of exclusive rights and provides a flexible and open interpretation by the WTO Members. Developed countries, especially the US, and the research-based pharmaceutical industry oppose this flexible point of view and remain convinced that Article 39.3 of the Agreement demands protection in the form of test data exclusivity.⁸³

When interpreting the Article, the history of the negotiations is a helpful source of evidence.⁸⁴ In various Statements and Proposals, for instance the Statement of Views of the European, Japanese and United States Business Communities,⁸⁵ the drafts of the US,⁸⁶ EU⁸⁷ and Switzerland⁸⁸ and the text, which was under

⁸⁰ *Correa* 2002 (supra fn. 68), p. X; *Shaikh* 2017 (supra fn. 66), p. 71.

⁸¹ *I. Meitinger*, 'Implementation of Test Data Protection According to Article 39.3 TRIPS – The Search for a Fair Interpretation of the Term "Unfair Commercial Use"', 8(2) *JWIP* 2005, p. 123 (134); *Shaikh* 2017 (supra fn. 66), p. 71; further means of protection are stated in *Spina Ali* 2018 (supra fn. 63), pp. 226 f.

⁸² *Correa* 2002 (supra fn. 68), p. 44; *Andanda* 2013 (supra fn. 38), p. 151.

⁸³ *Baker* 2008 (supra fn. 74), p. 316; *Hegedus-Gaspar* 2020 (supra fn. 66), p. 21; *Gopal* 2019 (supra fn. 63), p. 2.

⁸⁴ WTO Jurisprudence has recognized negotiation history as a source of interpretation under Article 31(2) of the VCLT. *Correa* 2002 (supra fn. 68), p. 53.

⁸⁵ The Statement called for the protection of test data by establishing a period of test data exclusivity:

"1. Information required by a government to be disclosed by any party shall not be used commercially or further disclosed without the consent of the owner.

2 Information disclosed to a government as a condition for registration of a product shall be reserved for the exclusive use of the registrant for a reasonable period from the day when government approval based on the information was given. The reasonable period shall be adequate to protect the commercial interests of the registrant".

Cf. *F.-K. Beier / G. Schricker*, GATT and WIPO – New Ways in the International Protection of Intellectual Property, VCH: Weinheim, 1989, Annex III.

⁸⁶ The US draft stated in Article 33:

"Contracting parties which require that trade secrets be submitted to carry out governmental functions, shall not use the trade secrets for the commercial or competitive benefit of the government or of any person other than the right-holder except with the right holder's consent, on payment of the reasonable value of the use, or if a reasonable period of exclusive use is given to the right-holder."

Cf. Draft Agreement on the TRIPS – Communication from the United States, MTN.GNG/NG11/W/70, 11.5.1990, p. 14, available at <<https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG11/W70.PDF>> last accessed 9.8.2021.

⁸⁷ The draft of the European Community stipulated in Article 28 (b):

"Contracting parties, when requiring the publication or submission of test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall protect such efforts against unfair exploitation by competitors. The protection shall last for a reasonable time commensurate with such efforts, the nature of the data required, the expenditure involved in their preparation and

consideration at the Brussels Ministerial Meeting⁸⁹ in December 1990, test data exclusivity was explicitly included. Latter even prohibited reliance on the submitted data of the originator altogether.⁹⁰ In contrast, twelve developing countries⁹¹ put forward a draft, which did not include provisions on the protection of trade secrets or data submitted to the government.⁹²

In the final text, which was adopted, the notion of the reference to test data exclusivity disappeared. In addition, the explicitly stated prohibition on reliance was removed. Some proposals and drafts included the requirement of consent of the originator and the notion of proportionality, this however was also not incorporated in the final text.

The negotiation history thus shows that test data exclusivity was a sensitive and much debated topic. Yet, the concept was deleted in the final text, indicating that not to regard test data exclusivity to be the minimum requirement for protection against unfair commercial use was the common intention of the parties.⁹³

In addition, the Declaration on the TRIPS Agreement and Public Health, which is also known as the Doha Declaration adopted in 2001 supports the flexible

shall take account of the availability of other forms of protection.”

Cf. Draft Agreement on TRIPS, MTN.GNG/NG11/W/68, 29.3.1990, p. 13, available at <<https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG11/W68.PDF>> last accessed 9.8.2021.

⁸⁸ The Swiss draft read as follows in Article 243:

“Proprietary information submitted to a government agency for purposes of regulatory approval procedures such as clinical or safety tests, shall not be disclosed without the consent of the proprietor, except to other governmental agencies if necessary to protect human, plant or animal life, health or the environment. Governmental agencies shall not be entitled to use the information for commercial purposes. They may disclose it only with the consent of the proprietor or to the extent indispensable to inform the general public about the actual or potential danger of a product.”

Cf. Draft Agreement to the General Agreement on Tariffs and Trade on the Protection of Trade-Related Intellectual Property Rights – Communication from Switzerland, MTN.GNG/NG11/W/73, 14.5.1990, pp. 17 f., available at <<https://docs.wto.org/gattdocs/q/UR/GNGNG11/W73.PDF>> last accessed 9.8.2021.

⁸⁹ The so-called Brussels draft stated in Article 42 (4A):

“PARTIES, when requiring, as a condition of approving the marketing of new pharmaceutical products or of a new agricultural chemical product, the submission of undisclosed test or other data, the origination of which involves a considerable effort, shall (protect such data against unfair commercial use. Unless the person submitting the information agrees, the data may not be relied upon for the approval of competing products for a reasonable time, generally no less than five years, commensurate with the efforts involved in the origination of the data, their nature, and the expenditure involved in their preparation. In addition, PARTIES shall] protect such data against disclosure, except where necessary to protect the public.]”

Cf. Draft Final Act Embodying the Results of the Uruguay Round of Multilateral Trade Negotiations – Revision, MTN.TNC/W/35/Rev.1, 3.12.1990, p. 215, available at <https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92120144.pdf> last accessed 9.8.2021.

⁹⁰ Draft Final Act – Uruguay Round, 03.12.1990 (supra fn. 89).

⁹¹ In particular: Argentina, Brazil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egypt, India, Nigeria, Peru, Tanzania and Uruguay.

⁹² Communication from Argentina, Brazil, Chile, China, Colombia, Cuba, Egypt, India, Nigeria, Peru, Tanzania and Uruguay, MTN/GNG/NG11/W/71, 14.5.1990, available at <https://www.wto.org/gatt_docs/English/SULPDF/92100147.pdf> last accessed 9.8.2021.

⁹³ Shaikh 2016 (supra fn. 14), p. 77.

interpretation of Article 39.3 of TRIPS.⁹⁴ It stated in paragraph 4: “We [the WTO Members] agree that the TRIPS Agreement does not and should not prevent members from taking measures to protect public health. Accordingly, while reiterating our commitment to the TRIPS Agreement, we affirm that the Agreement can and should be interpreted and implemented in a manner supportive of WTO members' right to protect public health and, in particular, to promote access to medicines for all. In this connection, we reaffirm the right of WTO members to use, to the full, the provisions in the TRIPS Agreement, which provide flexibility for this purpose”⁹⁵ In summary, when interpreting Article 39.3 pursuant to the meaning of the words, their context, the object and purpose of the TRIPS Agreement, as well as the negotiation history and subsequent agreements, it becomes apparent that it is not required that the Member States grant exclusive rights, but it is allowed. The obligation arising from the provision can be satisfied by other means.⁹⁶ The majority in literature agrees.⁹⁷

D. COUNTRY REPORTS

In the following, the regulations applicable in the USA, the European Union as well as India are analyzed.

I. USA

The first country that will be thoroughly examined is the United States of America. As previously mentioned, the United States was the first country to legally implement the concept of clinical test data exclusivity.

⁹⁴ Paragraph 3a of Article 31 VCLT. For questions and the debate on the legal status of the Doha Declaration see *J. T. Gathii*, ‘The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties’, 15(2) JOLT 2002, p. 291.

C. R. Fackelmann, Patentschutz und ergänzende Schutzinstrumente für Arzneimittel im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation, Carl Heymanns Verlag: Cologne, 2009, p. 375.

⁹⁵ WTO, Ministerial Conference Declaration on the Trips Agreement and Public Health, Doha WTO Ministerial 2001, WT/MIN(01)/DEC/2, 20.11.2001.

⁹⁶ *Correa* 2002 (supra fn. 68), p. 46.

⁹⁷ *Andanda* 2013 (supra fn. 38); *J. H. Reichman*, ‘Rethinking the Role of Clinical Trial Data in International Intellectual Property Law: The Case for a Public Goods Approach’, 13(1) *Marquette IPLRev* 2009, p. 1 (19); *C. M. Correa*, ‘Test Data Protection: Rights Conferred under the TRIPS-Agreement and Some Effects of TRIPS-plus Standards’, in: *R. C. Dreyfuss / K. J. Strandburg* (eds), *The Law and Theory of Trade Secrecy – A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar: Cheltenham, 2011; *Correa* 2002 (supra fn. 68); *Correa* 2004 (supra fn. 14); *P. Pusccheddu*, ‘Assessing Access to Medicines in Preferential Trade Agreements: From the Trans-Pacific Partnership to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership’, 49 *IIC* 2018, p. 1048 (1064); *F M 't Hoen / Boulet / Baker* 2017 (supra fn. 38), p. 2; *Shaikh* 2017 (supra fn. 66), p. 71; *Clift* 2007 (supra fn. 32), p. 433; *Singh / DasGupta* 2019 (supra fn. 55), p. 84; *A. Fellmeth*, ‘Secrecy, Monopoly, and Access to Pharmaceuticals in International Trade Law: Protection of Marketing Approval Data under the TRIPS Agreement’, 45 *Harvard ILJ* 2004, p. 443 (459).

1. LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE

A) THE BEGINNING

For new drugs to be placed on the market in the US, a market authorization is necessary. Over the years, the requirements to gain such regulatory approval have changed drastically. In fact, in order to receive approval prior to 1962, it was only necessary to prove that the drug product was safe.⁹⁸ In 1938, the United States became the first country to implement the requirement of demonstrating the safety of a pharmaceutical product in the U.S. Federal Food, Drug and Cosmetic Act (FDCA) in the aftermath of the Elixir Sulfanilamide disaster.⁹⁹ For companies producing a generic product, the existence of the originator drug on the market was usually sufficient,¹⁰⁰ yet, in this case bioequivalence had to be proven.¹⁰¹ The requirements were made stricter in 1962, when amendments to the U.S. Federal Food, Drug and Cosmetic Act, the so-called Kefauver–Harris Amendments, were introduced. From then on, companies did not only have to prove the safety of the pharmaceutical product, but also its effectiveness.¹⁰² Generic companies then had to submit evidence that the generic drug was both safe and effective, even if the product was chemically identical to the already approved originator product, a New Drug Application (NDA) had to be filed. An applicant of a generic product was also allowed to rely on published scientific literature in order to demonstrate the safety and efficacy of its drug product, in the so-called “Paper” New Drug Application.¹⁰³ This was a quite unreliable way to apply for market authorization as the FDA could still request more information on the

⁹⁸ *J. Rius Sanjuan*, ‘U.S and E.U Protection of Pharmaceutical Test Data’, CPTech Discussion Paper No 1, 2006, p. 3

<<http://www.cptech.org/publications/CPTechDPNo1TestData.pdf>> last accessed 9.8.2021.

⁹⁹ *C. S. Magad*, ‘Generic Drugs: Breaking the Definitional Barriers to FDA Regulations’, 76(4) *Northwestern ULRev* 1981–1982, p. 613 (615); *Jawahar N. / V. Lakshmi T.*, ‘Regulatory Requirements for the Drug Approval Process in US, Europe and India’, 9(10) *JPharmSciRes* 2017, p. 1943 (1944).

More than a hundred people died after taking the drug Elixir Sulfanilamide in 1937. Sulfanilamide is an antibacterial drug used safely in powder and tablet form to treat streptococcal infections. When succumbing to the rising demand of the consumer, a new liquid elixir formulation of the drug was prepared with raspberry flavor. In order to make the drug liquid, it was mixed with 70% diethylene glycol. The solvent however is poisonous for humans. Prior to this disaster, the Food and Drug Regulation did not require studies relating to the toxicity of drugs, which is why the company did not complete any studies on the toxicity. Cf. *N. Rajendran / D. Thomas / S. Suresh Madhavan / R. A. Hernan*, ‘Chapter 24 - Ethics in Clinical Research’, in: *D. Thomas* (eds), *Clinical Pharmacy Education, Practice and Research, Clinical Pharmacy, Drug Information, Pharmacovigilance, Pharmacoeconomics and Clinical Research*, Elsevier: Amsterdam, 2019, p. 345 (347).

¹⁰⁰ *J. Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 3.

¹⁰¹ *J. Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 3. Solely proving the bioequivalence of a product was only allowed for drugs that had already been approved before October 1962 and for all antibiotics which were approved under Section 507 FDCA.

¹⁰² *Jawahar / Lakshmi* 2017 (supra fn. 99), p. 1944; *A. B. Engelberg*, ‘Special Patent Provisions for Pharmaceuticals: Have They Outlived Their Usefulness? A Political, Legislative and Legal History of U.S. Law and Observations for the Future’, 39 *JLTECH* 1999, p. 389 (393); *Magad* 1981–1982 (supra fn. 99), p. 616.

¹⁰³ 21 USC § 355 (d) (1976); 21 CFR § 314.1 (c) (12) (1980).

study results or for additional studies to be conducted.¹⁰⁴

B) HATCH-WAXMAN ACT 1984

In 1984 the playing field concerning the protection of test data, which at that point focused on data concerning safety and efficacy of the product, changed considerably when the 98th Congress introduced an important legislation reform regarding pharmaceuticals – the Drug Price Competition and Patent Term Restoration Act, commonly known as the Hatch-Waxman Act. Before that year, a company’s unpublished pharmaceutical test data submitted for market authorization, was generally protected as a trade secret.¹⁰⁵ The FDA considered clinical trial data, which were submitted in an application process, as proprietary information that belongs to the applicant, and thus did not disclose these information.¹⁰⁶ However, legally it was not prohibited to rely on already published data in order to prove the safety and efficacy of the drug product in question. Under certain circumstances, it was even possible to rely on unpublished data, which was previously submitted to the regulatory authorities. With the implementation of the new legislation companies producing generic products could easier apply for market approval and rely on the originator’s data on safety and efficacy evidence.¹⁰⁷ The requirements for the necessary evidence of bioequivalence through bioavailability studies were also lowered.¹⁰⁸ In contrast, the originator companies also profited from the reform – a patent term extension was implemented to compensate for delays resulting from the regulatory approval process.¹⁰⁹ Furthermore various periods of test data exclusivity, an initial period of exclusive rights for pharmaceutical test data, were incorporated for the first time ever in order to encourage research and development and to compensate the innovative pharma industry.¹¹⁰

AA) APPLICATION PROCEDURES

Generally applicants have three options to file for the marketing authorization under the FDCA, submitting a New Drug Application (NDA), an Abbreviated

¹⁰⁴ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 94; *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 4.

¹⁰⁵ *R. S. Eisenberg*, ‘Data Secrecy in the Age of Regulatory Exclusivity’, in: *R. C. Dreyfuss / K. J. Strandburg* (eds), *The Law and Theory of Trade Secrets*, Edward Elgar: Cheltenham, 2011, p. 467 (473).

The Federal Trade Secret Act prohibits federal employees from disclosing “to any extent not authorized by law any information coming to him in the course of his employment or official duties [...] which information relates to trade secrets [...] or the [...] confidential statistical data [...] of any person” (18 USC §1905). The FDCA also stipulates a similar provision in 21 USC § 331 (j): “The using by any person to his own advantage, or revealing, other than to the Secretary or officers or employees of the Department, or to the courts when relevant [...] any information acquired under authority of section [...] of this title concerning any method or process which as a trade secret is entitled to protection.”

¹⁰⁶ *R. S. Eisenberg*, ‘The Role of the FDA in Innovation Policy’, 13(2) *MTLR* 2007, p. 345 (357).

¹⁰⁷ *Eisenberg* 2011 (supra fn. 105), p. 481.

¹⁰⁸ *Eisenberg* 2011 (supra fn. 105), p. 467.

¹⁰⁹ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 94, see 35 USC §156.

¹¹⁰ *Hegeudus-Gaspar* 2020 (supra fn. 66), p. 23.

TEST DATA EXCLUSIVITY

New Drug Application (ANDA) and the § 505 (b) (2) Application. The latter two relate to generic versions of an originator drug and allow applicants to rely on unpublished data, therefore ending the practice of Paper NDAs.¹¹¹

The application process followed for a new originator pharmaceutical product is the classic NDA under Section 505 (b) of the FDCA. It is applicable to all pharmaceutical products, which fulfil the definition of a new chemical entity (NCE), which “means a drug that contains no active moiety that has been approved by FDA in any other application under Section 505 (b) of the Act.” In case of an NDA, results of clinical trials must be submitted in order to demonstrate the product’s safety and effectivity. After the NDA is approved, the product is listed in the FDA’s Orange Book according to § 505 (j) (7) FDCA.¹¹²

The ANDA process is filed in line with Section 505 (j) of the FDCA and is typically used for generic drug applications.¹¹³ For this process, the applicant is not required to submit own results of clinical trials, but rather relies on the information of the listed reference product. However, the application must show inter alia information demonstrating that the product in the application has the identical or almost identical active ingredient, strength, labeling, dosage form, route of administration, intended use, quality, performance characteristics, as well as demonstrating the safety and efficacy of the product through bioequivalence.¹¹⁴ So basically, the Hatch-Waxman Act of 1984 expanded the prior existing exceptions for antibiotics and pre-1962 drugs to all generic bioequivalent drugs and thus created a process through which the generic manufacturers could rely on the data on safety and efficacy from the original NDA.¹¹⁵

In the Amendments of 1984, a new application was introduced – the 505 (b) (2) application. This type of application is usually filed, when the drug in the application is similar to another drug, for example by having the same active ingredient or composition but there is a certain change for instance in the dosage, route of administration, strength, or a new indication.¹¹⁶ The application contains full reports of clinical trials relating to the safety and effectiveness, but at least some of the information necessary for the approval comes from studies, which were not conducted by or for the applicant and for which the applicant has not obtained a right of reference or use.¹¹⁷ Therefore, this clause allows the FDA to rely on data, which was not developed by the applicant itself, in order to approve an application.

¹¹¹ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 4.

¹¹² The FDA’s Approved Drug Products with Therapeutic Equivalence Evaluations publication is commonly known as the Orange Book. *V. Jumod*, ‘Drug Marketing Exclusivity Under United States and European Union Law’, 59(4) *FDLI* 2004, p. 479 (487).

¹¹³ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), pp. 95f.

¹¹⁴ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 4.

¹¹⁵ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 4.

¹¹⁶ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 4; *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 96.

¹¹⁷ *U.S. Department of Health and Human Services*, Food and Drug Administration and Center for Drug Evaluation and Research, ‘Guidance for Industry – Applications Covered by Section 505 (b) (2) CDFDA\COMMON\CDER\GUID\2853DFT.DOC’, 1999, No. 1, p. 2 <<https://www.fda.gov/regulatory-information/search-fda-guidance-documents/applications-covered-section-505b2>> last accessed 9.8.2021.

BB) EXCLUSIVITY PERIODS

As previously mentioned, the Hatch-Waxman Act stipulated various exclusivity periods, which will be discussed below.¹¹⁸

(1) NEW CHEMICAL ENTITY

New drug products that qualify as a new chemical entity (NCE) and contain an active ingredient¹¹⁹, including any ester or salt thereof, that the FDA had never approved before, are granted for a period of five years of data exclusivity starting from the date of the FDA approval.¹²⁰ The standard practice of the FDA interpreted active ingredient to mean active moiety.¹²¹ As previously examined, a NCE is a drug which does not contain any active moiety, which has been approved by the FDA in another application which was submitted under Section 505 (b) of the FDCA.¹²² A NCE within the meaning of the FDCA may also cover biological products, yet in the past only very simple biological products were approved.¹²³ An active moiety on the other hand may be defined as being a “molecule or ion (excluding those appended portions that cause the drug to be an ester, salt, or other noncovalent derivative) that is responsible for the

¹¹⁸ Besides the New Chemical Entity and New Clinical Study Exclusivities, there are further exclusivity period, such as Orphan Drug Exclusivity, Pediatric Exclusivity and 180-Day Exclusivity, which cannot be covered within the scope of this essay.

¹¹⁹ According to 21 CFR 210.3 (b) (7) an “[a]ctive ingredient means any component that is intended to furnish pharmacological activity or other direct effect in the diagnosis, cure, mitigation, treatment, or prevention of disease, or to affect the structure or any function of the body of man or other animals. The term includes those components that may undergo chemical change in the manufacture of the drug product and be present in the drug product in a modified form intended to furnish the specified activity or effect.”

¹²⁰ If the drug product was approved after 24 September 1984. *Eisenberg* 2007 (supra fn. 106), p. 360.

The period of data exclusivity for NCEs begins with the first market approval and therefore often runs concurrently with patent protection.

¹²¹ In April 2021 President Biden signed the Ensuring Innovation Act, which now codifies the current FDA practice of granting NCE exclusivity based on the “active moiety” of a drug rather than the “active ingredient”. The Act replaces the two words “active ingredient” with the definition of “active moiety” the FDA uses. Now pharmaceutical companies cannot extend a product’s exclusivity by simply making slight changes in the chemical composition. Cf. The Ensuring Innovation Act, 415, 117th Cong. § 1(a)(1) (2021); *M. Gallagher / K. C. Adam*, ‘President Biden Signs Legislation Boosting Generic and Biosimilar Drugs’, *White & Case*, 3.5.2021 <<https://www.whitecase.com/publications/alert/president-biden-signs-legislation-boosting-generic-and-biosimilar-drugs-help>> last accessed 9.8.2021; *A. Goldfarb*, ‘Senate Tweaks Hatch-Waxman with Bill to Codify FDA’s “Active Moiety” Regulation’, *JDSUPRA*, 13.4.2021 <<https://www.jdsupra.com/legalnews/senate-tweaks-hatch-waxman-with-bill-to-2461051/>> last accessed 9.8.2021.

¹²² 21 CFR 314.108(a); *U.S. Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration, Center for Drug Evaluation and Research*, ‘New Chemical Entity Exclusivity Determinations for Certain Fixed-Combination Drug Products – Guidance for Industry’, 2014, p. 4 <<https://www.fda.gov/files/drugs/published/New-Chemical-Entity-Exclusivity-Determinations-for-Certain-Fixed-Combination-Drug-Products.pdf>> last accessed 9.8.2021.

¹²³ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 98.

physiological or pharmacological action of the drug substance.”¹²⁴

This five year period is awarded to both full NDAs and § 505 (b) (2) applications. The FDA is neither allowed to accept ANDAs nor other § 505 (b) (2) applications during these five years. The possibility to reduce the exclusivity period of five years to four years is stipulated in 21 CFR § 314.108 (b) (2). The shorter duration applies if the application for the generic version contains the so-called Paragraph IV Certification, which is a certification of patent invalidity or non-infringement. In case this certification is filed within the fifth year, the period of exclusivity may be granted for an additional 30 months of protection. Currently, the FDA takes an average of 31 months to approve an ANDA, in practice this means that the period of exclusivity can last up to 7.5 years.

(2) NEW CLINICAL STUDY EXCLUSIVITY

In 1984, a three year exclusivity period was established for test data stemming from new clinical trials for active moieties, which have already been approved in an NDA, starting with the approval of the supplemental application.¹²⁵ In essence, this means that companies which sponsor or conduct additional studies on a drug that has previously been approved, and these studies lead to changes in the product marketed following a new NDA or supplemental NDA, receive three years of exclusivity. These aforementioned changes include new dosage forms, strengths, indications, routes of administration, patient population and uses and must not have been claimed in the original application.¹²⁶ Bioequivalence studies are not covered under this type of exclusivity. Both supplements to NDAs¹²⁷ or new § 505 (b) (2) applications can benefit from this exclusivity.¹²⁸ Mainly, there are three requirements that must be fulfilled to be awarded this exclusivity period: a new use or indication of an already approved drug product must be found, for which the originator company conducted or at least sponsored new human clinical trials / investigations, which in turn must be essential for the approval of the application or supplement of the new drug.¹²⁹

The applicant must be the one who officially takes responsibility and initiates the clinical investigation on humans.¹³⁰ The company needs to have personally sponsored or provided considerable support, latter is considered fulfilled if the company finances at least 50% of the study cost or purchases exclusive rights to the study.¹³¹ The trials in question must not have been submitted to the FDA prior to make an assessment of effectiveness or safety, regardless if the same or a

¹²⁴ 21 CFR 314.108(a); *U.S. Department of Health and Human Services, Food and Drug Administration, Center for Drug Evaluation and Research* 2014 (supra fn. 122), p. 4.

¹²⁵ *Eisenberg* 2007 (supra fn. 106), p. 360.

¹²⁶ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 7; *C. Hathaway / J. Manthei / C. Scherer*, ‘Exclusivity Strategies in the United States and European Union’, 3 *FDLI* 2009, p. 34 (35).

¹²⁷ If the holder of a NDA wants to bring a modified version of their drug to the market, a supplemental NDA needs to be filed.

¹²⁸ *Junod* 2004 (supra fn. 112), p. 496; *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 99.

¹²⁹ *Upjohn Co v David A Kessler*, 938 F.Supp. 439, 441 (1996).

¹³⁰ *Junod* 2004 (supra fn. 112), p. 497. Name mentioned in Form FDA-1571 as the sponsor of the investigational new drug application under which the trials were conducted.

¹³¹ *Junod* 2004 (supra fn. 112), p. 497; *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 6 fn. 21.

different drug is concerned.¹³² Yet, an investigation / trial can still be deemed “new” if it had been submitted to a foreign drug agency before. Further, these studies cannot be repeated or copied versions of previously submitted trials.¹³³ The Code of Federal Regulation (CFR) defines the term “essential to approval” as signifying “that there are no other data available that could support approval of the application.”¹³⁴ As such, studies that entail useful background information or might be interesting, helpful, or supportive – yet are not essential to the approval of the drug product change, are not sufficient for granting the exclusivity period.¹³⁵

The reach of the exclusivity only relates to a specific change or new indication claimed in the supplemental NDA or § 505 (b) (2) application, which are supported by the new studies, yet it does not include the active ingredient as such.¹³⁶ The reason for introducing this exclusivity period was an attempt to stimulate research and development for new uses and indications of drug products, which were already approved.¹³⁷ The three year exclusivity differs from the NCE exclusivity, insofar as subsequent § 505 (b) (2) applications and ANDAs for the original indication can be submitted to the FDA during this time and the FDA is also allowed to grant approval thereof, yet the exclusivity period protects the new indication.

C) THE BIOLOGIC PRICE COMPETITION AND INNOVATION ACT (BPCIA)
Therapeutic biological products and their approval are subject to regulation under the Public Health Service Act (PHS) of 1944 in the United States of America, which was extensively amended in 2009 with the Biologic Price Competition and Innovation Act (BPCIA).¹³⁸ The Act introduced data exclusivity provisions for biologics and an approval mechanism for biosimilars¹³⁹ for the first time in the country. According to 42 USC § 262 (i) (1) “biological product means a virus, therapeutic serum, toxin, antitoxin, vaccine, blood, blood component or derivative, allergenic product, protein, or analogous product, or arsphenamine or derivative of arsphenamine (or any other trivalent organic arsenic compound), applicable to the prevention, treatment, or cure of a disease or condition of human beings.”¹⁴⁰ Biologics fundamentally differ from small

¹³² *Junod* 2004 (supra fn. 112), p. 498.

¹³³ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 7.

¹³⁴ 21 CFR § 314.108(a).

¹³⁵ *J. R. Thomas*, ‘Regulatory Exclusivity Reform in the 115th Congress’, *Congressional Research Service*, 2017, p. 5 <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R44951.pdf>> last accessed 9.8.2021.

¹³⁶ *BMS v Shalala* 91 F.3d 1493, 1500 (1996).

¹³⁷ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 99.

¹³⁸ *Thomas* 2017 (supra fn. 135), p. 7. Public Health Service Act of 1944, 42 USC §201.

¹³⁹ The term “biosimilar” is defined in the BPCIA as being a biological product that “is highly similar to the reference product notwithstanding minor differences in clinically inactive components”, which has “no clinically meaningful differences between the biological product and the reference product in terms of the safety, purity, and potency of the product.” Cf. 42 USC §262 (i) (2) (A) and (B).

¹⁴⁰ 42 USC § 262 (i) (1); some biologics also meet the definition of drugs under the FDCA, such as insulin, glucagon and human growth hormones. See *FDA*, ‘Frequently Asked Questions About Therapeutic Biological Products’, *FDA*, 7.7.2015

molecules, as they are complex combinations which cannot easily be identified or characterized and are manufactured from living organisms through biological processes.¹⁴¹ In order not to impede the purity, large scale production is not possible as easily.¹⁴² Whereas small molecules have a known structure and are made up of only few atoms produced by chemical processes.¹⁴³ Thus they are easy to characterize and can be produced on a large scale.

Similar to traditional small molecule pharmaceuticals, biologics require a license before the product can be marketed. In the Biologics License Application (BLA), trials must be submitted that show not only the safety, but potency and purity of the biologic.¹⁴⁴ The BPCIA introduces the possibility that applications for biosimilars¹⁴⁵ rely on the data of the so-called reference biologics in an abbreviated BLA under 42 USC § 262 (k). In order to file for such a license the applicant has to submit studies proving the biosimilarity in relation to the reference biologic, and also submit information showing that the two products utilize the same mechanism of action, have the same route of administration, dosage form, and strength. Further the facility in which the biologic is manufactured, processed, packed or held must meet the standards to ensure continuous safety, purity and potency of the product and the condition of use

<<https://www.fda.gov/drugs/therapeutic-biologics-applications-bla/frequently-asked-questions-about-therapeutic-biological-products>> last accessed 9.8.2021.

¹⁴¹ *FDA* 7.7.2015 (supra fn. 140), *FDA*, ‘What Are “Biologics“ Questions and Answers’, *FDA*, 2.6.2018 <<https://www.fda.gov/about-fda/center-biologics-evaluation-and-research-center/what-are-biologics-questions-and-answers>> last accessed 9.8.2021; *U. Lu*, ‘Biologics Price Competition and Innovation Act: Striking a Delicate Balance Between Innovation and Accessibility Delicate Balance Between Innovation and Accessibility’, 15(1) *Minnesota JLSciT* 2014, p. 613 (617).

Detailed differentiation in *L. Tzeng*, ‘Follow-on Biologics, Data Exclusivity, and the FDA’, 25(1) *Berkeley TLJ* 2010, p. 135 (136); *E. L. Levi*, ‘Using Data Exclusivity Grants to Incentivize Cumulative Innovation of Biologics’ Manufacturing Processes’, 66(3) *AULR* 2017, p. 911 (969).

¹⁴² *Lu* 2014 (supra fn. 141), pp. 617, 618. Biologics are very sensitive to heat, pollution and other environmental influences.

¹⁴³ *Tzeng* 2010 (supra fn. 141), pp. 136, 138.

¹⁴⁴ The FDA defines safety, purity and potency as follows:

The word safety means the relative freedom from harmful effects, direct or indirect, when a product is prudently administered, taking into consideration the character of the product in relation to the condition of the recipient at the time.

Purity means relative freedom from extraneous matter in the finished product, whether or not harmful to the recipient or deleterious to the product. Purity includes but is not limited to relative freedom from residual moisture or other volatile substances and pyrogenic substances.

The word potency is interpreted to mean the specific ability or capacity of the product, as indicated by appropriate laboratory tests, to yield a given result.

See *FDA* 2015 (supra fn. 140); 21 CFR § 601.2.

¹⁴⁵ The term “biosimilar” is defined in the BPCIA as being a biological product that “is highly similar to the reference product notwithstanding minor differences in clinically inactive components”, which has “no clinically meaningful differences between the biological product and the reference product in terms of the safety, purity, and potency of the product.” See 42 USC § 262 (i) (2) (A) and (B).

prescribed, recommended or suggested was prior approved for the reference product.¹⁴⁶

The BPCIA introduced two exclusivity periods with a duration of each twelve and four years, which apply to originator reference biologics in 42 USC § 262 (k) (7) and start on the date the approval was granted.¹⁴⁷ During the first four years of the period, it is not possible to file applications for biosimilars with the FDA. Thereafter it is possible to file an application relying on a reference biologic, yet an approval of the biosimilar may not be made effective until after the expiry of the 12 year period. According to 42 USC § 262 (k) (7) (C) (i) and (ii), the exclusivity does not apply for subsequent applications for a change in the product or supplemental applications as the FDCA provides.

After the introduction of the BPCIA in 2009, a debate about the nature of the exclusivity period arose. In essence, there are three opinions – it is deemed that the period qualifies as (1) purely data exclusivity, (2) purely market exclusivity or (3) a combination of both.¹⁴⁸ The FDA considers the first four years to be a period of data exclusivity, whereas the remaining eight years function as market exclusivity.¹⁴⁹ When comparing the wording of § 262 (k) (7) (B) with the five year NCE exclusivity, which undisputedly qualifies as test data exclusivity, it is noticeable that both are the same.¹⁵⁰ Further, by looking at the definition of data exclusivity in contrast to market exclusivity, the FDA’s view becomes clearer.

2. APPROACH IN BILATERAL OR REGIONAL TRADE AGREEMENTS

In the aftermath of the TRIPS Agreement, various countries have entered bilateral and multilateral treaties, which have introduced stricter regimes in comparison to the rules established under TRIPS – with the intention to strengthen the IP regimes.¹⁵¹ One of these countries is the United States, which at the moment has Free Trade Agreements in force with a total of twenty fellow countries.¹⁵²

¹⁴⁶ 42 USC § 262 (k).

¹⁴⁷ R. A. Epstein, ‘The Constitutional Protection of Trade Secrets and Patents under the Biologics Price Competition and Innovation Act of 2009’, 66(3) FDLJ 2011, p. 285 (286).

¹⁴⁸ For a more detailed discussion of the problem see Lu 2014 (supra fn. 141); L. A. Kogan, ‘The U.S. Biologics Price Competition and Innovation Act of 2009 Triggers Public Debates, Regulatory/Policy Risks, and International Trade Concerns’, 6(11) Global Trade and Customs Journal 2011, pp. 513-538.

¹⁴⁹ Levi 2017 (supra fn. 141), pp. 931, 939; Shaikh 2016 (supra fn. 14), pp. 106 f.; Lu 2014 (supra fn. 141), p. 636; Thomas 2017 (supra fn. 135), p. 7.

¹⁵⁰ Shaikh 2016 (supra fn. 14), p. 107 citing: § 262 (k) (7) (B) of BPCIA “An application under this subsection may not be submitted to the Secretary until the date that is 4 years after the date on which the reference product was first licensed under subsection (a).” and §505 (c) (3) (E) (ii) and § 505 (j) (5) (F) (ii) of FDCA “no application may be submitted under this subsection.”

¹⁵¹ Singh / DasGupta 2019 (supra fn. 55), p. 73.

¹⁵² For US Free Trade Agreements see <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>> last accessed 9.8.2021.

These countries include Australia, Bahrain, Canada, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominican Republic, El Salvador, Guatemala, Honduras, Israel, Jordan, Korea, Mexico, Morocco, Nicaragua, Oman, Panama, Peru and Singapore.

After the US pushed for the explicit introduction of test data exclusivity in the negotiations of the TRIPS Agreement and failed, the country found different means to enforce its interests and export the concept in trade agreements. These post-TRIPS agreements often introduced similar wording as used in the North American Free Trade Agreement (NAFTA) or even stronger provisions in order to close the loopholes and uncertainties TRIPS created.¹⁵³ Many treaties prohibit the reliance on test data, which was submitted with an application.¹⁵⁴

The NAFTA was agreed upon in 1992 and created a free trade zone with Mexico and Canada.¹⁵⁵ During the negotiations the US lobbied for the introduction of a provision covering test data exclusivity. Article 1711 prevents regulatory authorities from relying on the originator's data for a reasonable period of time, which normally means no less than five years.¹⁵⁶

Most bilateral treaties and FTAs the US entered into, apply a five year period of exclusivity.¹⁵⁷ The Dominican Republic – Central America – United States Free Trade Agreement (DR-CAFTA) of 2005, expanded the rule even further. In particular, DR-CAFTA requires that the period of five years automatically applies to a product, which was approved in another country to the Agreement.¹⁵⁸ This means, that a marketing authorization in one country prevents the entry of a generic in another country for the five year period as well. However, if the originator applies for marketing authorization in the other country within the first five years, it receives an additional period of five years of exclusivity in that country starting with the time of approval of the marketing authorization, with a maximum of 10 years of exclusivity.¹⁵⁹ The treaties sought with Australia, Bahrain and in the DR-CAFTA also stipulate that the aforementioned provision applies even if regulatory authorities do not accept foreign marketing approvals.¹⁶⁰

Similar to the DR-CAFTA, a provision is stipulated in the US-Singapore treaty, which requires that a foreign exclusivity provision also applies at home. As such, a generic manufacturer is not able to rely on data, which was submitted to a foreign regulatory authority, when the manufacturer applies for market authorization at

¹⁵³ *Scafidi* 2004 (supra fn. 71), p. 347.

¹⁵⁴ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14).

¹⁵⁵ For more information see <<https://www.trade.gov/north-american-free-trade-agreement-nafta>> last accessed 9.8.2021.

¹⁵⁶ Article 1711.

In 2020 an updated and rebalanced agreement entered into force, replacing the NAFTA, which stipulates the “Protection of Undisclosed Test or Other Data” in Article 20.48 and calls for at least five years of data exclusivity. Confer

<<https://ustr.gov/sites/default/files/files/agreements/FTA/USMCA/Text/20%20Intellectual%20Property%20Rights.pdf>> last accessed 9.8.2021.

¹⁵⁷ Such as in the: US-Australia, US-DR-CAFTA, US-Bahrain, US-Morocco, US-Chile, US-Korea, US-Colombia, US-Oman, US-Peru, US-Panama; *Clift* 2007 (supra fn. 32), p. 435.

¹⁵⁸ The DR-CAFTA Agreement applies to the United States, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, the Dominican Republic and Costa Rica. *Clift* 2007 (supra fn. 32), p. 435.

¹⁵⁹ *Clift* 2007 (supra fn. 32), p. 435.

¹⁶⁰ *C. Fink / P. Reichenmiller*, ‘Tightening TRIPS: Intellectual Property Provisions of U.S. Free Trade Agreements’, in: R. Newfarmer (ed) *Trade, Doha, and Development: A Window into the Issues*, World Bank: Washington, 2006, p. 289 (291).

home.¹⁶¹ The treaties concluded with Bahrain and Morocco extend the provision on test data exclusivity even further and impose an additional period of three years of exclusivity for new clinical information presented.¹⁶²

When examining the FTAs of the US, it is important to note, that extensive lobbying is done by the pharmaceutical industry. In fact, the Industry Trade Advisory Committee on Intellectual Property Rights (ITAC 13) is an advisory committee to the US Department of Commerce and the Office of the United States Trade Representative, which is aimed at engaging “business leaders in formulating US trade policy”¹⁶³ ITAC-13 is entrusted with the task of assessing texts of agreements regarding their ability to meet the objectives of the US based intellectual property industry.¹⁶⁴

In summary, it can therefore be stated that the USA is pursuing rather protectionist objectives and is trying to ensure that developing countries also grant test data exclusivity by implementing rules in their bilateral and Free Trade Agreements. Another aim is promoting intellectual property rules, which reflect a standard of protection that is similar to the US law.¹⁶⁵

II. European Union

Similar to the regime of the United States before 1984, clinical test data was generally protected as a trade secret in the European Union prior to 1987. Yet, the exact protection substantially varied between the Member States. In the European Union, the laws relating to data exclusivity apply to small and large molecule pharmaceuticals as and biologic products.¹⁶⁶

In the beginning of the subsequent portrayal of the European Union, an analysis of the legal framework takes place. Then a new policy of the European Medicines Agency (EMA), which has been in place since 2015, is presented.

1. LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE

The following section highlights the applicable laws with respect to test data exclusivity in the European Union. First, the general legal framework relating to the pharmaceutical sector is explained, thereafter the rules in force prior to 2005 will be thoroughly examined. Subsequently an analysis of the “new rules” which apply ever since 2005 ensues.

¹⁶¹ *Fink / Reichenmiller* 2006 (supra fn. 160), p. 291.

¹⁶² FTA US-Bahrain, US-Morocco <<https://ustr.gov/trade-agreements/free-trade-agreements>> last accessed 9.8.2021.

¹⁶³ *International Trade Administration*, ‘Industry Trade Advisory Center’ <<https://www.trade.gov/industry-trade-advisory-center>> last accessed 9.8.2021.

¹⁶⁴ *Clift* 2007 (supra fn. 32), p. 435.

¹⁶⁵ *Scafidi* 2004 (supra fn. 71), p. 347; *Fink / Reichenmiller* 2006 (supra fn. 160), p. 289.

¹⁶⁶ *P. Boulet / C. Garrison / E. FM 't Hoen*, ‘Data Exclusivity in the European Union’, Briefing Document 2019, p. 5 <<https://medicineslawandpolicy.org/wp-content/uploads/2019/06/Euro-pean-Union-Review-of-Pharma-Incentives-Data-Exclusivity.pdf>> last accessed 9.8.2021. *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), pp. 126, 128.

A) THE PATH TO TEST DATA PROTECTION

With Council Directive 65/65/EEC¹⁶⁷, the very first European pharmaceutical Directive, the European Union harmonized the governing laws in the sector of pharmaceutical products for human use at the Community level in 1965 in wake of the thalidomide disaster.¹⁶⁸ The main focus of the Directive was the integration of the standards concerning the marketing authorizations of medicinal products.¹⁶⁹ The Directive further stipulates detailed requirements for the compulsory data enclosed in the application. Pharmaceutical companies were generally required to receive marketing authorization from the competent regulatory authority prior to placing a pharmaceutical product on the market.¹⁷⁰ In order to be granted such approval, the requesting companies had to apply and hand in a dossier containing the results of various tests¹⁷¹ and clinical trials, thus proving the product's safety and efficacy. The Directive did not focus on the protection of test data. Yet, in Art 4 (8) (a) it already introduced a procedure for applying for a marketing authorization, which did not oblige the applicants to present a full dossier on the product's safety and efficacy, called the abridged procedure.¹⁷² The results of the tests and trials may be replaced with a list of published references when dealing with a pharmaceutical product with established use or being composed of a combination of active constituents identical with that of a known product with an established use or consisting of known constituents which have been combined comparably in tested medicinal products with an established use.¹⁷³ The exception thus applies in cases where sufficient data had already been published and is publicly available. Consequently, it was possible for applicants of generic products to avoid having to generate the clinical test data themselves.

¹⁶⁷ Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products [1965] OJ of the European Communities 20.

¹⁶⁸ Thalidomide was a sedative and hypnotic pharmaceutical drug widely used for the treatment of nausea in pregnant women in the late 1950s and early 1960s. Treatment with thalidomide caused severe birth defects and deformities in roughly 10 000 babies. As a consequence of the disaster, systematic toxicity tests were developed and the requirements for safety and efficacy of new pharmaceutical drugs were established. See *J. H. Kim / A. R. Scialli*, 'Thalidomide: The Tragedy of Birth Defects and the Effective Treatment of Disease', 122(1) *Toxicological Sciences* 2011, pp. 1-6.

¹⁶⁹ Council Directive 65/65/EEC of 26 January 1965 on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products [1965] OJ of the European Communities 20, Recitals.

¹⁷⁰ Cf. Article 3 Directive 65/65/EEC (*supra* fn. 167).

¹⁷¹ Cf. Article 4 Directive 65/65/EEC (*supra* fn. 167). In particular, results of physico-chemical, biological or microbiological, pharmacological and toxicological tests.

¹⁷² The applicant is not required to submit results of pharmacological and toxicological tests or the results of clinical trials and is allowed to rely on the data, which was presented in the application of the originator.

¹⁷³ Cf. Article 4 (8) (a) Directive 65/65/EEC (*supra* fn. 167).

B) THE OLD RULES – BEFORE 2005

By introducing Directive 87/21/EEC¹⁷⁴ the EU established a common legal framework protecting the required and submitted data of the originator in order to obtain a market authorization. In this way, test data exclusivity was introduced for the first time in the European Union after the pharmaceutical industry conducted extensive lobbying.¹⁷⁵ The industry claimed the need for the introduction of test data exclusivity was due to the necessity of protecting European R&D.¹⁷⁶ As some Member States did not award patents for pharmaceuticals, test data exclusivity aimed to award some sort of protection.¹⁷⁷ The aforementioned new Directive amended Article 4 of Directive 65/65/EEC and stipulated a new procedure for abridged applications. Pursuant to Article 1(1) of the Directive, the requirement of providing results of pharmacological and toxicological tests or clinical trials does not arise for applicants for marketing authorizations of a product that is “essentially similar” to one that had been authorized prior in a Member State in three distinct situations:

Informed consent application: if the recipient of the original authorization consented to the use of the data contained in the original file as a reference;

or

Bibliographic application: if in conformity with Directive 75/318/EEC detailed references to published scientific literature were presented. This is solely possible in cases where the constituent(s) of the product have a well-established medicinal use with recognized efficacy as well as an acceptable level of safety; or

Abridged application: if the original product has been authorized within the Community for a period of at least 6 years and was marketed in the Member State in which the application was made. Member States had the option to extend the period to 10 years, which will be discussed below.

In practice, receiving authorization referring in detail to published scientific literature (Situation 2) was extremely hard and thus very seldom successful, mostly due to a lack of full information in the published scientific literature,¹⁷⁸ which were deemed necessary under Directive 75/318/EEC.¹⁷⁹

¹⁷⁴ Council Directive 87/21/EEC of 22 December 1986 amending Directive 65/65/EEC on the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action relating to proprietary medicinal products [1987] OJ L15/36.

¹⁷⁵ For example, Spain and Portugal did not award product patents to pharmaceuticals. C. Ho, *Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights*, OUP: Oxford, 2011, p. 261.

¹⁷⁶ Boulet / Garrison / FM ‘t Hoen 2019 (supra fn. 166), pp. 2, 4.

¹⁷⁷ Boulet / Garrison / FM ‘t Hoen 2019 (supra fn. 166), p. 4.

¹⁷⁸ CJEU of 5.12.1995, *Scotia*, C-440/93, ECR I-2870, ECLI:EU:C:1995:307.

The issue at stake was the extent and scope of discretion the relevant regulatory authority has in order to derogate from the requirements laid down in Directive 65/65/EEC. The Court held that the authority may only assess the conclusions of reports and documents, which are required under the applicable Directives. The authorities are however not allowed to relax the conditions themselves.

¹⁷⁹ Council Directive 75/318/EEC of 20 May 1975 on the approximation of the laws of Member States relating to analytical, pharmacotoxicological and clinical standards and protocols in respect of the testing of proprietary medicinal products [1975] OJ L147/1; *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 115.

In particular, the lack of patient-by-patient data in order to compile tabulations, detailed information on the chemical characteristics of product batches used in clinical trials, the availability of case report forms when requested by regulatory authorities, and data from clinical trials and other tests that are generally not published at all or only partially published make it difficult to refer to published scientific literature.¹⁸⁰ Even the ECJ found in the *Scotia* decision that the “documents which have to be submitted in order to make use of the procedure are seldom likely to be found in scientific literature”.¹⁸¹ Further, amendments to the Annex of the Directive were made through the Directive 1999/83/EC¹⁸², expressly stipulating that the required time period to establish a “well-established medicinal use” of a constituent of a medicinal product must not be less than one decade from the first systematic and documented use of that substance as a medicinal product in the EU”.¹⁸³ Therefore effectively creating a 10 year period of exclusivity for the originator.¹⁸⁴

The 1987 Directive generally stipulated a basic period of minimum six years for the test data exclusivity starting with the first marketing approval¹⁸⁵ in a Member State of the EU under Article 4 (8) a (iii). Though, an extension of the span to 10 years was possible at the discretion of the Member States. As a result the following time periods applied:

Mandatory period of ten years in all Member States if the approval of the application was made under the old concertation procedure¹⁸⁶ in accordance with Directive 87/22/EEC.¹⁸⁷

Mandatory period of ten years in all Member States for products which were approved under the centralized procedure.¹⁸⁸

¹⁸⁰ R. F. Kingham / G. H. Castle, ‘Data and Marketing Exclusivity for Pharmaceuticals in the European Community’, 55(2) FDJL 2000, p. 209 (212).

¹⁸¹ CJEU, C-440/93 *Scotia* [1995] (supra fn. 178), para. 22.

¹⁸² Commission Directive 1999/83/EC of 8 September 1999 amending the Annex to Council Directive 75/318/EEC on the approximation of the laws of the Member States relating to analytical, pharmacotoxicological and clinical standards and protocols in respect of the testing of medicinal products [1999] OJ L243/9.

¹⁸³ Commission Directive 1999/83/EC of 8 September 1999, Annex 1 I a Sentence 2.

¹⁸⁴ *Shaikh* 2016 (supra fn. 14), p. 116.

¹⁸⁵ For medicinal products authorized under the centralized procedure, data protection begins with the European Commission's decision to grant the authorization. *Kingham / Castle* 2000 (supra fn. 180), p. 215.

¹⁸⁶ In 1993 a centralized approval system for high-technology medicinal and biotechnological products according to Annex A & B of Council Directive 87/22/EEC of 22 December 1986 on the approximation of national measures relating to the placing on the market of high-technology medicinal products, particularly those derived from biotechnology [1987] OJ L15/38.

Kingham / Castle 2000 (supra fn. 180), p. 210.

As such, data exclusivity for biologics was introduced for the first time ever in the European Union.

¹⁸⁷ Cf. Article 4 Directive 87/22/EEC (supra fn. 186).

¹⁸⁸ The centralized procedure replaces the old concertation procedure via Council Regulation 2309/93 and took effect in January 1995. Marketing authorization applications are filed with the European Medicines Agency. Assuming that all requirements are fulfilled, one authorization will be granted for the whole single market of the European Union. The marketing authorizations are issued by the European Commission (Article 10(2) of Regulation 726/2004).

Optional period of ten years: Member States themselves were able to raise the duration of data exclusivity to 10 years, if the Member States deemed this extension to be in the interest of public health.¹⁸⁹ Ten years of data exclusivity were consequently granted by the countries Belgium, France, Germany, Italy, Luxemburg, Netherlands, Sweden and the United Kingdom.

Minimum period of six years: The countries Austria, Bulgaria, Cyprus, Czech Republic, Denmark, Estonia, Finland, Greece, Hungary, Iceland, Ireland, Lithuania, Latvia, Liechtenstein, Malta, Norway, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, Slovenia and Spain decided against the possibility of extending the exclusivity period, and thus only grant a data exclusivity period following the market authorization of the medicinal product of six years.

Period of six years capped by patents: Only for these aforementioned countries applying the minimum period, it was further possible to cap the 6 years by patent duration. More precisely stated, this means that the duration is capped at the moment the patent protection of the drug expires. Only Greece, Spain and Portugal have implemented this option.¹⁹⁰

This abridged procedure for applications could be followed in cases where the applicant wants to gain marketing authorization for an “essentially similar” product to an already authorized product. The Directive does not provide a definition of the term, yet it helps in identifying what the term does not cover in Article 4 (8) (a) (iii), as it states that results of tests and trials need to be provided when the medicinal product is intended for a different therapeutic use administered by different routes or in different doses in relation to the originator product. In 1998 the European Court of Justice defined in the *Generics* case what the criterion “essentially similar” does entail, it stated that “a medicinal product is essentially similar where it satisfies the criteria of having the same qualitative and quantitative composition in terms of active principles, of having the same pharmaceutical form¹⁹¹ and of being bioequivalent¹⁹², unless it is apparent in the light of scientific knowledge that it differs significantly from the original product in regards to safety or efficacy.”¹⁹³

It is important to note that these rules apply for all market authorization applications, which have been submitted under the decentralized procedure¹⁹⁴ or

In certain cases (see Article 3 and Annex of the Regulation 726/2004), it is mandatory to follow this procedure, for example when high-technology medicinal products or orphan pharmaceutical products are concerned.

¹⁸⁹ Cf. Article 8 (a) (iii) Directive 87/21/EEC (supra fn. 174).

¹⁹⁰ Article 2 Directive 87/21/EEC (supra fn. 174); *Junod* 2004 (supra fn. 112), p. 505.

¹⁹¹ CJEU of 29.4.2004, *Novartis*, C-106/01, EU:C:2004:245, paras 40, 42.

In *Novartis* the ECJ held that in order to determine “the pharmaceutical form of a medicinal product, account must be taken of the form in which it is presented and the form in which it is administered, including the physical form” and that products are “treated as having the same pharmaceutical form, provided that the differences in the form of administration are not significant in scientific terms.”

¹⁹² In *Novartis* the ECJ held that when bioequivalence of products is absent, they are not essentially similar.

¹⁹³ CJEU of 3.12.1998, *Generics*, C-368/96, EU:C:1998:583, para. 36. Emphasis added.

¹⁹⁴ The decentralized procedure is stipulated in Article 28(3) of the amended Directive 2001/83/EC. The goal of this procedure to gain market authorization is several Member

the mutual recognition procedure¹⁹⁵ before 30 October 2005; however, if the centralized procedure was followed the deadline in question is 20 November 2005. On 6 November 2001, both the European Parliament and the Council of the European Union adopted the new Directive 2001/83/EC.¹⁹⁶ Therein, the Directive from 1987 and numerous others adopted since 1965, which concerned medicinal products, were merged into one Community Code. According to Article 128 all earlier Directives were consequently repealed.¹⁹⁷ In the Directive of 2001, the possibility and the requirements under which the application dossier does not need to contain the results of tests and trials were now separately stipulated in Article 10. It is worth noting however, that the newly stipulated rules on European test data exclusivity hardly distinguished from the preceding Directives. The ECJ even considered the provisions thereon equivalent and the wording is essentially identical to Directive 65/65/EEC in the *Generics Case*.¹⁹⁸ Most importantly, the periods of exclusivity and the requirements remained the same. Yet, a major change was the abolition of the reference to Directive 75/318/EEC in the application procedure covering the detailed referral to published scientific literature. The abovementioned dates for the submitted applications also remained.

C) THE NEW RULES – AFTER 2005

In March 2004, Directive 2004/27/EC¹⁹⁹ and Regulation 726/2004²⁰⁰ were adopted, both concern the marketing authorizations for medicinal products. When market authorizations are issued under the centralized procedure, the

States at the same time. The application is submitted to one Member State authority, the so-called Reference Member State or RMS, and indicates other Member States, the Concerned Member States (CMS) for which the market authorization shall also be gained.

¹⁹⁵ Marketing authorizations can also be applied for via the national procedure. The applications are filed with the national regulatory authority of the relevant Member State, as a result the authorization is only valid in that one Member State. Thereafter, it is possible to ask other authorities to recognize the already issued grant of the reference Member State via the mutual recognition procedure, which is laid down in Article 28(2) of the amended Directive 2001/83.

¹⁹⁶ Directive of the European Parliament and of the Council 2001/83/EC of 06 November 2001 on the Community code relating to medicinal products for human use [2001] OJ L311/67.

¹⁹⁷ Article 128 Directive 2001/83/EC reads as follows: “Directives 65/65/EEC, 75/318/EEC, 75/319/EEC, 89/342/EEC, 89/343/EEC, 89/381/EEC, 92/25/EEC, 92/26/EEC, 92/27/EEC, 92/28/EEC and 92/73/EEC, amended by the Directives referred to in Annex II, Part A, are repealed, without prejudice to the obligations of the Member States concerning the time-limits for implementation set out in Annex II, Part B. References to the repealed Directives shall be construed as references to this Directive and shall be read in accordance with the correlation table in Annex III.”

¹⁹⁸ CJEU, C-368/96 *Generics* (supra fn. 193), paras 17, 22.

¹⁹⁹ Directive of the European Parliament and of the Council 2004/27/EC of 31 March 2004 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use [2004] OJ L136/34.

²⁰⁰ Regulation of the European Parliament and of the Council 726/2004 of 31 March 2004 laying down Community procedures for the authorisation and supervision of medicinal products for human and veterinary use and establishing a European Medicines Agency [2004] OJ L 136/1.

applicable laws derive from the Regulation, which also established the European Medicines Agency. In contrast if the other procedures are followed the national laws implementing the Directive apply.

Directive 2004/27/EC and Regulation 726/2004 again amended the rules concerning test data exclusivity and harmonized the duration across the Union for all pharmaceutical products. The Member States had to comply with the Directive until 30 October 2005,²⁰¹ from there on the new regime applied. However, according to Article 2 of the Directive, the new regime does not apply to reference products for which the application for market authorization was submitted prior to the national transposition date. In fact, whether the new or old rules apply solely depends on the date on which the applicant submitted the application for market authorization, rather than the actual date of issue. In order to apply the new rules, the relevant submission date through the decentralized and mutual recognition procedure has to be after 30 October 2005, or after 20 November 2005 if the application was submitted through the centralized procedure.²⁰²

In the amended Directive the notion of the essential similarity of a pharmaceutical product with an authorized product was abolished and instead replaced by the terms reference medicinal product and generic medicinal product. The former meaning “medicinal product authorized under Article 6, in accordance with the provisions of Article 8”, according to the Directive 2004/27/EC.²⁰³ The latter being defined as a “medicinal product, which has the same qualitative and quantitative composition in active substances and the same pharmaceutical form as the reference medicinal product, and whose bioequivalence with the reference medicinal product has been demonstrated by appropriate bioavailability studies.”²⁰⁴

Under the new rules a period of up to 11 years of exclusivity can be granted. The amended Directive and the Regulation further harmonized the data exclusivity rules and extended the minimum period of six years, more precisely the so-called 8+2+1 formula was introduced.²⁰⁵ It applies regardless of which application procedure the originator company chooses to follow. The formula establishes an extended period of eight years of data exclusivity, plus another two years of market exclusivity, plus the possibility of another extra year of market exclusivity. Only after the 8 years of data exclusivity have passed, the applicant of a generic medicinal product can apply for market authorization relying on a reference medicinal product, beforehand the application may not even be submitted. In contrast, during the two or three year period of market exclusivity, a generic company may rely on the originator’s data, prepare and already apply

²⁰¹ Article 3 of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199).

²⁰² Article 89 of Regulation 726/2004 (supra fn. 200); Article 2 of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199).

²⁰³ Article 10 (2) (a) of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199). Article 8 provides for the particulars and documents that must be submitted with the marketing authorization application. These definitions equally apply in the Regulation, see Article 2 of Regulation 726/2004 (supra fn. 200).

²⁰⁴ Article 10 (2) (b) of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199).

²⁰⁵ Article 10 (1) of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199); Article 14 (11) of Regulation 726/2004 (supra fn. 200).

for market approval, yet is not allowed to actually market their generic product. Consequently, for a total of ten or eleven years after the date of authorization of the reference medicinal product no generic product may be placed on the market relying on the originator's data.²⁰⁶

The +1 part of the formula stands for an additional one year of market exclusivity maximum, which the originator company can receive. The 10 year period of exclusivity can be extended by the additional one year, if the originator company gains authorization for one or more new therapeutic indications that bring a significant clinical benefit in comparison with existing therapies within the first eight years that follow the awarding of the market authorization of the originator medical product.²⁰⁷ As those two conditions are relatively vague, the Commission issued a Guidance in November 2007, which provides an outline of the level of evidence necessary to fulfill these criteria.²⁰⁸ The Guidance mentions that Community legislation does not provide a definition of "new therapeutic indication", yet it states that this criterion may refer to a diagnosis, prevention or treatment of a disease.²⁰⁹ Thus, a new indication typically consists of a new disease that is targeted, which has different stages or severity, an extension of the target group and several changes, like the method of treatment²¹⁰ or changing from treatment to prevention or diagnosis or to prevention of the progression or relapse of the disease, duration of the treatment.²¹¹

Further, the significant clinical benefit in comparison with existing therapies needs to be proven. Concerning this criteria, the Guidance states that it is generally assumed if a new treatment provides a clinically relevant advantage (therapeutic or diagnostic) or major contribution in patient care.²¹² This relevant benefit can be demonstrated through greater efficacy, improved safety and/or more favorable

²⁰⁶ Article 14 (11) of Regulation 726/2004 (supra fn. 200); Article 10 (1) 2 of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199).

²⁰⁷ Article 14 (11) of Regulation 726/2004 (supra fn. 200); Article 10 (1) 4 of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199).

In the *Generics* Decision, additional protection was refused for new indications or dosage forms, doses and dosage schedules. These rules are a result of this decision and overrule it. CJEU, C-368/96 *Generics* [1998] (supra fn. 193).

²⁰⁸ *European Commission*, 'Guidance on Elements Required to Support the Significant Clinical Benefit in Comparison with Existing Therapies of a New Therapeutic Indication in Order to Benefit from an Extended (11 Year) Marketing Protection Period', 2007 <https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/files/eudralex/vol-2/c/guideline_14-11-2007_en.pdf> last accessed 9.8.2021.

²⁰⁹ *European Commission* 2007 (supra fn. 208), p. 4; *European Commission*, 'Notice to Applicants: A Guideline on Summary of Product Characteristics', 2005, p. 4 <http://www.kardio.hr/wp-content/uploads/2012/12/spcguidrev1-oct2005_en.pdf> last accessed 9.8.2021.

The Notice to Applicants stipulates in Section 4.1 that "the indication(s) should be stated clearly and concisely and should define the target disease or condition distinguishing between treatment (symptomatic, curative or modifying the evolution or progression of the disease), prevention (primary or secondary) and diagnostic indication. When appropriate it should define the target population especially when restrictions to the patient populations apply."

²¹⁰ Changing from first line treatment to second or the other way around, combination therapy to monotherapy, or one combination therapy to another combination therapy.

²¹¹ *European Commission* 2007 (supra fn. 208), p. 4.

²¹² *European Commission* 2007 (supra fn. 208), p. 5.

pharmacokinetic properties – all in comparison to already existing methods. The claim of these advantages should generally be supported by results of comparative clinical studies.²¹³ Yet, it should be noted that the competent authority ultimately makes its decision and evaluation of the existence of a significant clinical advantage or contribution in patient care based on a case-by-case consideration.

Assuming that the two conditions of new therapeutic indication and significant clinical benefit are fulfilled, the originator company will benefit from eight years of data exclusivity and three years of marketing protection rather than two.

Besides relying on the originators data when applying for a marketing authorization, the applicant can follow the ordinary procedure set forth in Article 8 (3) of the amended Directive and thus submit own results of trials and tests. Apart from the abridged procedure, Article 10 also explains procedures such as the hybrid abridged, biosimilar products, bibliographic, new combination of active substances and approved procedure. Pursuant to Article 10 (3), only medicinal products that fall within the definition of a “generic medicinal product” according to Article 10 (2) (b) or are bioequivalent or do not change in the active substance(s), therapeutic indications, strength, pharmaceutical form or route of administration in relation to the reference medicinal product, can benefit from the exception in Article 10 (1) and not be required to submit the results of pre-clinical tests and clinical trials. Following Article 10 (4) submission of results of tests and trials are also mandatory when a biosimilar, which is a generic version of a biologic reference product, does not fall within the definition of “generic medicinal product”. The rules for procedures for bibliographic, combination²¹⁴ and informed-consent applications, remained the same as in the old rules and can be found respectively in Article 10a, 10b and 10c.

Furthermore, the concept of a global market authorization for abridged procedures was introduced in Article 6(1) Para 2 of the amended Directive, according to it any additional strengths, pharmaceutical forms, administration routes, presentations, as well as any variations and extensions of the same active substance which are subsequently authorized, will be considered to belong in the initial authorization. Therefore all subsequent authorizations are viewed to be part of the same global marketing authorization.²¹⁵ Yet, for these aforementioned changes no further protection is awarded, as the subsequent authorizations do not qualify for a new period of protection nor for an extension of the exclusivity period, this only concerns data provided for new indications. It is especially important to note that the period of data and market exclusivity starts with the date of approval of the initial originator medicinal product.²¹⁶ This global market authorization concept is the basis for the rulings of the ECJ in the *Generics* and *Novartis* Cases.

²¹³ Comparative means in comparison with other existing therapies.

²¹⁴ In cases where already authorized substances are being used in combination for the first time, results of tests and trials necessary in relation to that combination, not to each individual active substance.

²¹⁵ In certain cases, it can be necessary to submit additional data under Article 10 (3) of Directive 2004/27/EC (supra fn. 199).

²¹⁶ *Rius Sanjuan* 2006 (supra fn. 98), p. 13.

2. NEW POLICY OF THE EUROPEAN MEDICINES AGENCY

Pursuant to Article 73 of Regulation No 726/2004²¹⁷ the EMA had developed detailed rules in order to implement Regulation (EC) No 1049/2001 and consequently granted access to EMEA documents. On 30 November 2010, the EMA strengthened its policy on access to documents related to medicinal products for human and veterinary use.²¹⁸ According to this policy the EMA had to ensure an adequate protection of commercially confidential information, personal data and other specific interest, yet grant access to clinical trial data to third parties based on written requests.²¹⁹ The policy covered requests for documents being submitted for drugs.²²⁰ It is worth noting that a general presumption of confidentiality is not intended by legislature, moreover, as can be seen in Recital 68 of Regulation No 536/2014, clinical study reports are in principle publicly accessible once a marketing authorization has been granted.²²¹ On 2 October 2014 the Management Board of the EMA adopted a new policy concerning the publication of clinical data, allowing the Agency to proactively making clinical data, which were submitted with the application for a marketing authorization for medicinal products for human use under the centralized procedure publicly available.²²² The publication does not need to be authorized by the originator, nor does it need to be remunerated²²³. The policy however clearly states that the data is released under the condition that it is used for scientific, non-commercial research purposed – and thus not in order to support an application to obtain a marketing authorization for generic drug approval.²²⁴

²¹⁷ Article 73 of Regulation 726/2004 (supra fn. 200) reads: “Regulation (EC) No 1049/2001 of the European Parliament and of the Council of 30 May 2001 regarding public access to European Parliament, Council and Commission documents (2) shall apply to documents held by the Agency. The Agency shall set up a register pursuant to Article 2(4) of Regulation (EC) No 1049/2001 to make available all documents that are publicly accessible pursuant to this Regulation. The Management Board shall adopt the arrangements for implementing Regulation (EC) No 1049/2001 within six months of entry into force of this Regulation. Decisions taken by the Agency pursuant to Article 8 of Regulation (EC) No 1049/2001 may give rise to the lodging of a complaint with the Ombudsman or form the subject of an action before the Court of Justice, under the conditions laid down in Articles 195 and 230 of the Treaty respectively.”

²¹⁸ EMA, ‘European Medicines Agency Policy on Access to Documents’, Policy/0043, 30.11.2010, EMA/110196/2006.

²¹⁹ EMA, ‘European Medicines Agency Policy on Access to Documents’, Policy/0043, 4.10.2018, EMA/729522/2016

<https://www.ema.europa.eu/en/documents/other/policy/0043-european-medicines-agency-policy-access-documents_en.pdf> last accessed 9.8.2021.

²²⁰ EMA, Policy/0043, 4.10.2018, EMA/729522/2016 (supra fn. 219).

²²¹ CJEU of 5.2.2018, *PTC Therapeutics v EMA*, Case T-718/15, ECLI:EU:T:2018:66, para. 52.

²²² EMA, ‘Questions and answers on the European Medicines Agency policy on publication of clinical data for medicinal products for human use’, 21.3.2019, EMA/357536/2014, Rev 2, p. 2 <https://www.ema.europa.eu/en/documents/report/questions-answers-european-medicines-agency-policy-publication-clinical-data-medicinal-products_en.pdf> last accessed 9.8.2021.

²²³ D. Kim, ‘Knowledge Sharing as a Social Dilemma in Pharmaceutical Innovation’, 71(4) *FDJL* 2016, pp. 673-709.

²²⁴ EMA, ‘European Medicines Agency Policy on Publication of Clinical Data for Medicinal Products for Human Use’, 21.3.2019, EMA/144064/2019, Annex 1 para. 3, Annex 2 para.

The policy came into effect on 1 January 2015 and applies to any new applications as of this date.²²⁵ However, on 5 December 2018 the Agency suspended the publication of clinical data. This is a consequence of the UK leaving the EU and the following relocation of the EMA from London to Amsterdam in March 2019.²²⁶ It remains suspended due to the COVID-19 pandemic, but the EMA is currently publishing clinical data relating to COVID-19 medicines.²²⁷ In general, the publication shall help enable public scrutiny and the application of new knowledge in future research, while concurrently protecting commercially confidential information.²²⁸

3 APPROACH IN BILATERAL OR REGIONAL TRADE AGREEMENTS²²⁹

Data exclusivity is increasingly important for a delay of generic competition. Many originator companies are based in the EU, the pharmaceutical industry invested more than €37 billion in R&D in 2019.²³⁰ In its foreign policy, the EU promotes data exclusivity with its trading partners by ensuring the implementation of rules in (Free) Trade Agreements that demand an introduction or intensification of test data exclusivity.²³¹

The EU entered into an FTA with Peru and Columbia in 2012. In this agreement, Article 231 regulates test data exclusivity and requires a time period of five years for pharmaceuticals. Yet, the agreement acknowledges the possibility of an exception in case of a health emergency during which generic pharmaceuticals can be granted market access.²³² For Columbia, test data for biological and biotechnology products is also covered.²³³

The FTAs with South Korea and Vietnam both stipulate a period of at least five years of test data exclusivity in Article 10.36 and Article 12.41, respectively, while the Agreement with Canada specifies a period of eight years in Article 10. In the aftermath of the EU-Ukraine Deep and Comprehensive Free Trade Agreement, the Ukraine introduced a five year period of test data exclusivity for

2, 3 <https://www.ema.europa.eu/en/documents/other/european-medicines-agency-policy-publication-clinical-data-medicinal-products-human-use_en.pdf> last accessed 9.8.2021.

²²⁵ Ibid 8.

²²⁶ EMA, 'EMA Brexit Preparedness Business Continuity Plan – Phase 3 Implementation Plan', 09.10.2018, EMA/701082/2018 <https://www.ema.europa.eu/en/documents/other/ema-brexit-preparedness-business-continuity-plan-phase-3-implementation-plan_en.pdf> last accessed 9.8.2021.

²²⁷ EMA, 'Clinical Data Publication', EMA <<https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/marketing-authorisation/clinical-data-publication>> last accessed 9.8.2021.

²²⁸ EMA 2019 (supra fn. 224), pp. 3, 4.

²²⁹ For the European Trade Agreements see <<https://ec.europa.eu/trade/policy/countries-and-regions/negotiations-and-agreements/>> last accessed 9.8.2021.

²³⁰ European Commission, 'Questions and Answers: A Pharmaceutical Strategy for Europe', EC, 25.11.2020, Question 3 <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2174> last accessed 9.8.2021.

²³¹ Boulet / Garrison / FM 't Hoën 2019 (supra fn. 166), p. 11.

²³² Diependaele / Cockbain / Sterckx 2017 (supra fn. 38), p. 14.

²³³ D. Acquah, 'Revisiting the Question of Extending the Limits of Protection of Pharmaceutical Patents and Data Outside the EU – The Need to Rebalance', Research Paper 127 12/2020, p. 26.

medicines.²³⁴ In treaties with Central American countries, rules on data exclusivity are not regulated, as these countries already have trade agreements in force with the US, which require the implementation of rules on test data exclusivity.²³⁵ In the negotiations for the trade agreement with the Mercosur trade bloc, which consists of Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay and Venezuela²³⁶, the EU is pushing for introducing rules concerning data exclusivity, as none of these countries currently have provisions in place regarding pharmaceuticals.

Concluding, the primary objective of the European Union regarding test data exclusivity and intellectual property in bilateral and regional agreements is to establish a similar level of protection abroad as applies within the Union.²³⁷

III. India

Today, generic companies are often found in developing countries, as such Brazil, China, and India are among the major producer nations.²³⁸ These companies produce generic drugs at a fraction of the originator's price due to the fact that these drugs are already discovered and clinical trials can be circumvented with proof of bioequivalence, thus they occur much lower costs in the research and development area. In comparison to the originator brand-name drugs, generic versions are usually sold 80-85% cheaper.²³⁹ India for example enjoys a 20% share of the global generic market, in the financial year 2021²⁴⁰ the country exported USD \$ 24.44 billion worth of drugs.²⁴¹ However India did not always hold this position. Between the 1940s and 1950s, the drug prices in India were amongst the highest in the world due to the fact that roughly 90% of the pharmaceutical drug market was under the control of foreign companies.²⁴² In

²³⁴ *Boulet / Garrison / FM 't Hoen* 2019 (supra fn. 166), p. 13.

²³⁵ *Acquah* 2020 (supra fn. 233), p. 26.

²³⁶ Venezuela has been suspended since 1 December 2016 for not complying with Mercosur's regulations and requirements. See S. *Cascione*, 'Mercosur suspends Venezuela, urges immediate transition', *Reuters*, 5.8.2017 <<https://www.reuters.com/article/us-venezuela-politics-mercosur-idUSKBN1AL0IB>> last accessed 9.8.2021; *Mercosur*, 'Suspensión de Venezuela en el MERCOSUR', Mercosur, 5.8.2017 <<https://www.mercosur.int/suspension-de-venezuela-en-el-mercosur/>> last accessed 9.8.2021.

²³⁷ *Boulet / Garrison / FM 't Hoen* 2019 (supra fn. 166), p. 12.

²³⁸ Y. *Taylor*, *BATTLING HIV/AIDS - A Decision Maker's Guide to the Procurement of Medicines and Related Supplies*, World Bank: Washington DC, 2004, p. 82.

²³⁹ *FDA*, 'Generic Drugs: Questions & Answers', *FDA*, 16.03.2021 <<https://www.fda.gov/drugs/questions-answers/generic-drugs-questions-answers>> last accessed 9.8.2021.

²⁴⁰ Note: India's financial year starts in April and ends in March. The financial year 2021 started in April 2020 and ended in March 2021.

Statista, 'Value of Indian pharmaceutical exports from financial year 2012 to 2021', *Statista*, 16.7.2021 <<https://www.statista.com/statistics/1038136/india-value-of-pharmaceutical-exports/>> last accessed 9.8.2021; A. *Sahay*, 'India can become the pharmacy of the world', *BusinessLine*, 7.5.2020 <<https://www.thehindubusinessline.com/opinion/india-can-become-the-pharmacy-of-the-world/article31516558.ece>> last accessed 9.8.2021.

²⁴¹ *Ibid.*

²⁴² M. J. *Adelman / S. Baldia*, 'Prospects and Limits of the Patent Provision in the TRIPS Agreement: The Case of India', 29(3) *Vand J Transnat'l L* 1996, p. 507 (526); D. K. *Tomar*,

1970 the Patents Act was amended and removed product patent protection for pharmaceuticals and the period of protection for processes was shortened to seven years. As a consequence of these actions, the local Indian (generic) pharmaceutical industry experienced rapid growth.²⁴³ Today, drugs produced in India meet 95% of the domestic demand, and roughly $\frac{2}{3}$ of the generic drugs produced there are exported to developing countries.²⁴⁴ In the following, the approach to test data protection is examined especially focusing on the time before India became a member to the WTO and then after its accession.

1. LEGAL FRAMEWORK APPLICABLE

A) PRE ACCESSION TO WTO

In India, the primary legislation regulating the pharmaceutical industry are the Drugs and Cosmetics Act of 1940 (DCA) and the Drugs and Cosmetic Rules (Rules), which were adopted in 1945.²⁴⁵ Both regulate the import, manufacture, distribution as well as sale of drugs and cosmetics.²⁴⁶ As a result of the legislation, the Central Drugs Standard Control Organization (CDSCO) and the Office of the Drugs Controller General (DCGI) were constituted. The main task of the CDSCO is to regulate clinical trials in India, the DCGI is concerned with product approvals, clinical trials, introduction of new drugs as well as import licenses of new drugs.²⁴⁷ Significant changes were introduced in 1988 when Part X-A²⁴⁸ was added to the DCA and Schedule Y was introduced to the Rules.²⁴⁹ Part X-A governs the granting of marketing authorizations for new drugs including biological and special products,²⁵⁰ whereas Schedule Y sets forth requirements and guidelines concerning the conduct of clinical trials. Further, a novel definition of the term “new drug” was introduced in Rule 122-E, which is comparatively much broader.²⁵¹ In order to manufacture or import a new drug,

²⁴³ ‘A Look into the WTO Pharmaceutical Patent Dispute between the United States and India’, 17(3) *Wisconsin ILJ* 1999, p. 579 (582).

In the aftermath, India amended its patent law in 1970 and abolished the so-called product patents for pharmaceuticals and instead permitted only process patents with a maximum protection of 7 years.

²⁴⁴ *M. Azam*, ‘The Experience of TRIPS-Compliant Patent Law Reforms in Brazil, India, and South Africa and Lessons for Bangladesh’, 7(2) *Akron IPJ* 2016, pp. 61 (75 f).

²⁴⁵ *Azam* 2016 (supra fn. 243), p. 74; *Azam* 2016 (supra fn. 56), p. 121.

²⁴⁶ *K. Sindhu / A. K. Singh*, ‘Data Exclusivity in India: A Saga of Ignorance and Illogicality’, in: *S. A. Bobde / S. S. Singh / G. Alam* (eds), *NLIU Law Review*, NLIU: Bhopal, 2014, p. 89 (107).

²⁴⁷ *Sindhu / Singh* 2014 (supra fn. 245), p. 107; *S. Animesh*, ‘Data Exclusivity with Regard to Clinical Data’, 3 *Indian JLT* 2007, p. 82 (96).

²⁴⁸ *Jawahar N / Lakshmi* 2017 (supra fn. 99), p. 1948; *N. V. Gupta / C. M. Reddy / K. P. Reddy / R. A. Kulkarni / H. G. Shivakumar*, ‘Process of Approval of New Drug in India with Emphasis on Clinical Trials’, 13(2) *IJoPSciRevRes* 2012, p. 17 (18).

²⁴⁹ *Animesh* 2007 (supra fn. 246), p. 96; *Chakraborty / Yadav* 2018 (supra fn. 15), p. 35.

²⁵⁰ *Jawahar N / Lakshmi* 2017 (supra fn. 99), p. 1948.

²⁵¹ *N.S. Gopalakrishnan / B. K. Kadavan*, *Study on Test Data Protection in India*, Eastern Book Company: Delhi, 2005, p. 28; *Animesh* 2007 (supra fn. 246).

²⁵² *Animesh* 2007 (supra fn. 246), p. 96.

The new definition includes three categories of drugs where it is obligatory to provide data for approval. The first category is a new substance of chemical which is not used in the coun-

the manufacturer needs to seek approval by the licensing authority DCGI and be granted a license under the DCA and the Drugs & Cosmetics Rules of 1945 and thus submit data as stipulated in Schedule Y.²⁵² Generally, local clinical trials pursuant to the Schedule need to be conducted to establish the safety and efficacy of the new drug.²⁵³ Regardless of the fact that the safety and efficacy of a drug have been established in another country already, new data establishing the safety of the drug may be needed to be submitted. However, the scope of the clinical trials mostly depends on the status of the drugs in question in other countries. Rule 122-A of the DCA stipulates that the requirement of submitting data on clinical trials may be waived, when new drugs, which are approved and being used for several years in other countries, are concerned or if the licensing authority considers a waiver necessary in the interest of public health. In contrast, for drugs that were discovered in India all phases of clinical trials are to be completed.²⁵⁴ The DCA and Rules before India's accession to the WTO did not focus on the protection of data submitted in the market authorization application process.

Besides the DCA and Rules, the Indian Patents Act of 1970 is another relevant Indian law, yet only applies to inventions that are patentable. In India, new usages of known substances or formulations by combining substances are not protected.²⁵⁵ Thus, patent protection does not cover the generated data by the originator. Further, Section 5 of the Official Secrets Act of 1923 obligates public servants/government employees not to disclose or use any confidential information in an unauthorized manner, a violation constitutes a punishable offence.²⁵⁶ The Act does not ensure data protection as such, but rather focuses on the disclosure of relevant data – one of the aspects required under TRIPS. Protection against unfair competition however is not awarded in the Act. Relying on the Act, the injured party can claim damages in civil court, and receive civil remedies for the stolen data, which was submitted to the regulatory authorities.²⁵⁷ Rule 53 of the Drugs and Cosmetics Rules of 1945 also specifies that except for the purposes of official business or in case of a court order, an officer shall not disclose data acquired in the course of his official duties.

In conclusion, this means that India did not have a system of data exclusivity prior to 1995.

try for a long period and which has not been recognized as effective and safe in the country. The second category is an approved drug with new indication, dosage or dosage form. The third category is a new combination of two or more already approved drugs or an existing combination with new indications, dosage or dosage form.

The status of “new drug” lasts for a period of 4 years. During this time all generic versions need to be registered with the CDSCO.

²⁵² Rule 122E und Rule 21E; *Sindhu / Singh* 2014 (supra fn. 245).

²⁵³ *S. Reddy / G. Singh Sandhu*, ‘Report on Steps to be taken by Government of India in the context of Data Protection Provisions of Article 39.3 of TRIPS Agreement’, 2007, p. iv <<https://chemicals.nic.in/sites/default/files/DPBooklet.pdf>> last accessed 9.8.2021.

²⁵⁴ *Gupta / Reddy / Reddy / Kulkarni / Shivakumar* 2012 (supra fn. 247), p. 17; Section 2.4 (a) Schedule Y of DCA and Rules.

²⁵⁵ *Kinuthika* 2015 (supra fn. 44), p. 5.

²⁵⁶ *Singh / DasGupta* 2019 (supra fn. 55), p. 82.

²⁵⁷ *Kinuthika* 2015 (supra fn. 44), p. 5.

B) POST ACCESSION TO WTO

In 1995 India entered the World Trade Organization and thus agreed to adopt the rules of the TRIPS Agreement. Since India was considered a developing country, a transition period to bring the country's laws into compliance with TRIPS applied until 2005.

AA) THE SATWANT REDDY COMMITTEE

In February 2004, the Indian government's Ministry of Chemicals and Fertilizers launched an inter-ministerial committee to study the data protection provision as stated in Article 39.3 of the TRIPS Agreement. In particular, the Committee was "entrusted with the task of recommending appropriate measures to be adopted in the context of data protection provisions outlined in Article 39.3 of TRIPS".²⁵⁸ After three years of deliberations, the Committee, which was chaired by Mrs. Satwant Reddy, Secretary to the Government of India, submitted its Report in May 2007 and recommended different implementations of the protection relating to agrochemical products, traditional medicines and pharmaceuticals. Most importantly, the Committee concluded in the Report that Article 39.3 TRIPS did not require "data exclusivity" and instead required protection of test data against any "unfair commercial use" or "unfair competition", which in turn means that protection needs to be offered through non-disclosure and prohibiting others from accessing test data for unfair commercial use.²⁵⁹ Consequently, this protection would not include any market or data exclusivity nor protection as those measures would thus be considered TRIPS-plus.²⁶⁰ The Report further stated that at India's current state of development, it may not be in the nation's interest to grant data exclusivity to data concerning pharmaceutical drugs and thus rejected an immediate introduction thereof for pharmaceutical products for now.²⁶¹ The basis of both interpretations was seen in paragraph 4 of the Doha Declaration.²⁶² On the other hand, the Report also acknowledged that there is a "need to improve the system and make necessary legal changes and explicitly provide for the minimum requirements under Article 39.3 of TRIPS." It further explained that in the long run, granting higher standards for pharmaceuticals may be in the national interest,²⁶³ yet completely limiting the use of data, even only for a certain period of time, could negatively affect the market and functioning of generic companies.²⁶⁴ In particular, the Report stated that India should introduce a system of data exclusivity for pharmaceuticals after a transition period, the

²⁵⁸ Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), p. 1.

²⁵⁹ Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), p. 4; Animesh 2007 (supra fn. 246), p. 102.

²⁶⁰ Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), pp. 39, 43.

²⁶¹ Singh / DasGupta 2019 (supra fn. 55), p. 82; S. K. Rathod, 'Patent Linage and Data Exclusivity: A Look at Some Developments in India', 8(3) Journal of Generic Medicines 2011, p. 140 (141).

²⁶² Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), p. 6.

²⁶³ Prior to such implementation, a careful study of the impact on the sector and public shall be undertaken in order to avoid any adverse repercussions in the long run. Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), p. 43.

²⁶⁴ Singh / DasGupta 2019 (supra fn. 55), p. 83.

duration of which was not further specified in terms of time, has passed.²⁶⁵ The reason for said transitional period is seen in the need to upgrade the physical infrastructure and technical skills.²⁶⁶ Thereafter a period of five years for data exclusivity was suggested, with the possibility to exclude drugs for life threatening diseases such as HIV/AIDS from the protection provisions.²⁶⁷ However, in relation to agrochemical products the Report recommended the introduction of a data exclusivity regime with a term of three years of protection, concerning traditional medicines the report suggested a five year term.²⁶⁸

BB) CHANGES

In 2001, further important amendments were made to the DCA and Rules regarding the requirements of subsequent approval with the addition of Appendix 1-A in Schedule Y, which demands lower standards for the applications of already approved drugs in comparison to new manufactured drugs. Resulting in a regime that allows a quite simple and cheap entry of a generic drug to the Indian market, as the generic manufacturer is only required to prove that the generic version is bioequivalent to the original drug. Thus, generic manufacturers are not obligated to provide any other data that is specified in Schedule Y. Summarizing, this means that extensive data on the results of clinical and preclinical trials must only be submitted in case of a new drug, which is to be introduced on the market for the first time. Schedule Y was further revised in 2005 in order to bring it into compliance with internationally accepted procedures.²⁶⁹ In March 2005, the Central Drugs Standard Control Organization issued Guidelines for Bioavailability and Bioequivalence Studies, which the generic drug manufacturers have to follow.

As mentioned before, India had to bring its IPR laws in conformity with TRIPS norms by 1 January 2005. Most notably, India's Patent Act was amended in the meantime in three stages, in the years 1999, 2002 and 2005. Before, like many other developing countries, India denied patent protection for pharmaceutical products and only allowed process patents.²⁷⁰ However, subsequently to its accession to the WTO, India implemented product patents for pharmaceuticals.²⁷¹ Yet, no amendment introduced rules on data exclusivity in the Patents Act. The government argued that the reason for not introducing test

²⁶⁵ C. Park / J. Arjun, 'Access to Medicines in India: A Review of Recent Concerns', in: R. Subramanian / L. Shaver (eds), *Access to Knowledge in India: New Research on Intellectual Property, Innovation & Development*, Bloomsbury: London, 2011, p. 78 (99); Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), p. 50.

²⁶⁶ M. D. Janodia / A. Chauhan / S. M. Hakak / D. Sreedhar / V. S. Ligade / N. Udupa, 'Data Exclusivity Provisions in India: Impact on Public Health', 13 JIPR 2008, p. 442 (445).

²⁶⁷ Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), pp. 50, 52ff.

²⁶⁸ Reddy / Sandhu 2007 (supra fn. 253), pp. 40, 43.

²⁶⁹ Jawahar N / Lakshmi 2017 (supra fn. 99), p. 1948.

²⁷⁰ For example countries like Italy, Switzerland and Brazil prohibited patent protection for pharmaceuticals for a long time, in order to promote the local industry. Azam 2016 (supra fn. 243), p. 61.

²⁷¹ Sindhu / Singh 2014 (supra fn. 245), p. 107; Azam 2016 (supra fn. 56), p. 123; J. T. Brougher, *Intellectual Property and Health Technologies – Balancing Innovation and the Public's Health*, Springer: Berlin, 2014, p. 184.

data exclusivity was to protect the Indian and general people and thus further ensure that generic bioequivalent drugs remain affordable and accessible.²⁷²

In the aftermath of the Report, the Government introduced the so-called Pesticide Management Bill of 2008, which laid down a data exclusivity period of five years for agrochemical products. Shortly afterwards, the Bill was opposed.²⁷³

The executive branch of the Government passed two notifications that implement data exclusivity under the Insecticides Act.²⁷⁴ In the Case *Syngenta*, the Delhi High Court ruled that an essential legislative function could not be subsumed within the rule-making powers of the Government.²⁷⁵ In 2015, the Parliamentary Standing Committee also deemed five years of data exclusivity for agrochemicals necessary and an Amendment to the Pesticides Bill was consequently submitted to the Parliament for approval.²⁷⁶

In 2014, the topic of test data exclusivity was again discussed in light of the National Intellectual Property Rights Policy.²⁷⁷ The following Draft Policy once more reiterated that an important area of study and research for future policy developments is the protection of undisclosed information, which however should not extend to data exclusivity.²⁷⁸

Other than these attempts no changes have been made in relation to data exclusivity in India. Notwithstanding the ongoing debates on its introduction, the concept of test data exclusivity has as of today not been introduced in the country's legislation and is as such legally not recognized.²⁷⁹

2. APPROACH IN BILATERAL OR REGIONAL TRADE AGREEMENTS

India does not have a Trade Agreement with the US, nor with the European Union. In fact, the country has not even signed any trade agreements ever since 2012.²⁸⁰

²⁷² V. Sople, 'Data Exclusivity' and IPR Policy: Indian Context', 6(11) IJRSS 2016, pp. 28 (34, 40).

²⁷³ P. Singh, 'Agrochemicals and Data Exclusivity', 7 NLIU Law Review 2018, p. 46 (54).

²⁷⁴ Namely Notification No 17-2/2006-PP.I of 30 October 2007 and Notification F No 17-2/2006-PP.I of 18 February 2008.

²⁷⁵ S. P. Barooah, 'Data exclusivity back on the table for India', *SpicyIP*, 27.3.2015 <<https://spicyip.com/2015/03/data-exclusivity-back-on-the-table-for-india.html>> last accessed 9.8.2021; Rathod 2011 (supra fn. 261), pp. 141 ff.

²⁷⁶ D. Jhaveri, 'Detail Analysis of Law on Data Exclusivity – with Special Focus on India', 3(3) Journal of Legal Studies and Research Intellectual Property Rights Law Review 2017, p. 28 (37).

²⁷⁷ Sople 2016 (supra fn. 272), p. 31; A. Ashok, 'Test Data Protection within Indian IP Regime', Cochin University Law Review 2019, p. 1 (6).

²⁷⁸ National IPR Policy (First Draft), 19.12.2014, p. 13 <<https://ficci.in/sector/report/20316/National-IPR-Policy-First-Draft.pdf>> last accessed 9.8.2021.

²⁷⁹ P. Pusceddu, 'Access to Medicines and TRIPS Compliance in India and Brazil', 36(12) EIPR 2014, p. 790 (795); Singh / DasGupta 2019 (supra fn. 55), p. 82.

²⁸⁰ Ians, 'India set to resume talks on free trade agreement with EU, US', *Business Standard*, 21.11.2020 <https://www.business-standard.com/article/economy-policy/india-set-to-resume-talks-on-free-trade-agreements-with-eu-us-120112100594_1.html> last accessed 9.8.2021.

In 2007, India and the European Union began negotiating extensively with the intention of establishing a Free Trade Agreement. One of the points which was strongly debated concerned the issue of a higher IP protection and especially the notion of test data exclusivity. In 2012 the two parties still did not reach a consensus on the latter. India repeatedly voiced its concerns and rejected an EU proposal concerning data exclusivity and refused to include a provision thereon.²⁸¹ After various differences could not be sorted out, the negotiations ended in 2013.²⁸²

Besides pressure from the European Union, India is also urged by the United States, other developed countries, as well as multinational corporations to adopt rules on data exclusivity.²⁸³

In 2011, Commerce and Industry Minister Anand Sharma stated that the country will not accept data exclusivity in any agreement with any country.²⁸⁴ Thus the country has reiterated its opposition to the concept concerning pharmaceuticals once again. As India is one of the largest producers of generic pharmaceuticals in the world, the country has the ability to refuse provisions on test data and needs to be considerate of its domestic market and possible influences on the market.

E. COMPARISON

I. The Industries

When comparing India, the European Union and the United States, it is important to understand their respective pharmaceutical industries. As previously mentioned, India has been an important global player in the supply of generic drugs for some time and is currently even the world's largest provider of generic drugs.²⁸⁵ Indian pharmaceutical products account for 20% of global generic exports, with the increasing potential in the future.²⁸⁶ In the financial year 2020, the major export destination of India's pharmaceuticals was North America with 34%.²⁸⁷ In 2019, the pharmaceutical industry of the European Union spent € 22.14 billion on the research and development of new drugs, in the US the number was even higher with €58.02 billion. India in contrast only spent €3.27 billion.²⁸⁸ These numbers clearly show where the focus of each industry lies.

²⁸¹ *Sindhu / Singh* 2014 (supra fn. 245), p. 110; *C. M. Corea*, 'Negotiation of a Free Trade Agreement European Union-India: Will India Accept TRIPS-Plus Protection?', 2009, p. 3 <https://www.oxfam.de/system/files/20090609_negotiationofafretradeagreementeuindia_218kb.pdf> last accessed 9.8.2021.

²⁸² *Ians* 2020 (supra fn. 280).

²⁸³ *Azam* 2016 (supra fn. 243), p. 80; *A. Srivastava*, 'Demand for Data Exclusivity in India and Its Implications', 3(4) *IJLMH* 2020, p. 847 (850); *Singh / DasGupta* 2019 (supra fn. 55), p. 82.

²⁸⁴ *PTI*, 'India against inclusion of data exclusivity in any FTA', *Economic Times*, 6.4.2011 <<https://economictimes.indiatimes.com/news/economy/foreign-trade/india-against-inclusion-of-data-exclusivity-in-any-fta/articleshow/7886295.cms?prtpage%C2%BC1>> last accessed 9.8.2021.

²⁸⁵ *India Brand Equity Foundation*, 'Pharmaceuticals', *IBEF*, May 2021, p. 11 <<https://www.ibef.org/download/Pharmaceuticals-May-2021.pdf>> last accessed 9.8.2021.

²⁸⁶ *Statista* 2021 (supra fn. 240).

²⁸⁷ *India Brand Equity Foundation* 2021 (supra fn. 285), p. 11.

²⁸⁸ *VCI* 2019 (supra fn. 10).

The importance of generics can be understood by looking at the volume sales, as generics represent 60–80% of all medicine volume sales. In India, generic drugs have accounted for 70% of the total market revenue, whereas patented drugs only contribute to 9%.²⁸⁹ In the EU generic companies cover 62% of the total demand for pharmaceutical products, whereas in the US more than 80% of all medicine volume sales constitute generics.²⁹⁰ On a worldwide level, generic prescription drugs created a revenue of circa USD 79 billion in 2019, of which the Indian sector would contribute with a revenue of USD 27.9 billion.²⁹¹

Due to the lower prices of generic products, healthcare systems and patients can make savings. The US healthcare system saved roughly USD 313 billion just in 2019 through the usage of generic drugs and an additional USD 2.2 billion through use of biosimilars medicines.²⁹²

II. Launching a Pharmaceutical Product on the Market

The US, the EU as well as India all demand that an application for marketing authorization be submitted and approved before a pharmaceutical product can be launched on the market. The relevant regulatory authorities require that the pharmaceutical company applying submits data to provide the safety, quality and efficacy of the product. Over the course of the century, the requirements for the proof along with for the conduct of clinical trials have become increasingly stringent. The reason for the introduction and development of these rigorous evidence requirements lies in the occurrence of various incidents and scandals, such as the Elixir Sulfanilamide disaster in the US in 1937 and the thalidomide disaster in the EU in 1965 resulting in unnecessary deaths and side effects.

III. Existence of Abbreviated Procedures

When looking at and comparing the possibilities for market entry for generics and biosimilars, it is apparent that all three investigated subjects are familiar with abbreviated procedures for generic and biosimilars and allow for the reliance on data generated by originator manufacturers.

²⁸⁹ Statista, 'Share of pharmaceutical market revenue in India in 2020, by sub segment', Statista, 30.7.2021 <<https://www.statista.com/statistics/712527/india-pharmaceutical-market-revenue-distribution-by-sub-segment/>> last accessed 9.8.2021.

²⁹⁰ ProGenerika 2021 (supra fn. 30); *Research and Markets* 2021 (supra fn. 47); FDA / CDER 2015 (supra fn. 47), p. 1.

Confer *Medicines for Europe* 2017 (supra fn. 47); *International Generic and Biosimilar Medicines Association*, 'A Vision for the Global Generic and Biosimilar Medicines Industry', 2021, Whitepaper 05/2021, p. 7 <https://www.igbamedicines.org/doc/IGBA_Whitepaper_A%20Viion%20for%20the%20Global%20Generic%20and%20Biosimilar%20Medicines%20Industry_registered-user.pdf> last accessed 9.8.2021.

²⁹¹ Statista 2021 (supra fn. 289); Statista, 'Revenue of generic drugs in the prescribed drug market in India from 2008 to 2015 with a forecast for 2020', Statista, 23.4.2021 <<https://www.statista.com/statistics/712829/india-generic-drugs-revenue-in-prescribed-drug-market/>> last accessed 9.8.2021.

²⁹² Statista, 'Savings through Generic Drug Usage in the United States from 2008 to 2019', Statista, September 2020 <<https://www.statista.com/statistics/277492/savings-through-generic-drug-usage-us/>> last accessed 9.8.2021; *International Generic and Biosimilar Medicines Association* 2021 (supra fn. 290), p. 9.

Ever since the Hatch-Waxman Act of 1984, the abridged procedure is extended not only to antibiotics and pre-1962 drugs, but rather all pharmaceuticals in the US. The applicants for a market authorization are allowed to rely on the data generated by the originator after a certain period of time has passed. Yet, the manufacturers are required to provide proof of the similarity of their product with the originator product. The US only introduced an approval mechanism for biologicals in 2009 with the BPCIA, which concurrently established an abbreviated procedure for biosimilars. The US legislation calls for bioequivalence studies or biosimilarity studies to be submitted and an elapsed period of exclusivity, in order to be able to rely on the data of an originator.

In stark contrast to the US, the European legislation has always also covered biosimilars, there is no additional regulation dealing with biosimilars and their approval process. The Indian laws introduced an approval process for biological products back in 1988. India is the only country studied in this essay that recognizes the possibility of a waiver of the requirement to submit data in order to receive a marketing authorization. This waiver is possible in cases where new drugs are already approved and have been used in another country for several years or if the authority deems the waiver necessary in the interest of public health. India lowered the standards for subsequent applications and submitted data for generics in 2001 and ever since only requires studies on bioequivalence.

In the European Union, the process to receive market authorization is possible on different levels, as there are three different procedures namely the centralized, mutual recognition and decentralized procedure. Under these procedures it is possible to be exempted from the obligation to submit test data with the application, if the subsequent applicant fulfills certain conditions. It must be demonstrated that the medicinal product for which the authorization is sought is a generic of the product referenced and the referenced medicinal product must have been authorized for at least eight years. In other words, studies on bioequivalence in case of a small or large molecule drug products and biosimilarity in cases of biologics and an elapsed period of time are necessary.

Both, the EU and US legislation require the submission of bioequivalence or biosimilarity studies, yet the requirements on the conduct of these studies differ in the two regions as well as the applicable periods of time that must have expired.

IV. General Observation Regarding Test Data Exclusivity

The most obvious difference between the three legal frameworks is of general and existential nature. As previously described, the United States was the first country to introduce a period of protection of test data in form of exclusive rights in 1984. The main aim was to provide incentives for further innovation for pharmaceutical companies, while at the same time ensuring generic competition. Due to the implementation in the US, the European countries and regulators came under pressure. After extensive lobbying conducted by the research-based pharmaceutical industry situated in Europe, the first rules on test data exclusivity were introduced just three years later in 1987. In stark contrast to the European Union and the United States, India has never enacted rules on the protection of test data in form of exclusive rights, not even after the country's accession to the WTO in 1995 or after the transitional period ended. Nonetheless, even after the

publication of the Satwant Reddy Committee Report in 2007, India did not enact rules on data exclusivity, not even for agrochemicals – despite explicit calls for implementation. In spite of the pressure India faces by multinational companies and developed countries, the Indian government has consistently rejected implementing data exclusivity. Since India is home to a large pharmaceutical industry for generics and biosimilars, which account for at least 20% of global generic drug exports,²⁹³ the impact of introducing test data on the local economy and industry would need to be carefully assessed beforehand. Interestingly, the US greatly profits from the Indian industry and the governing rules concerning generic drugs and the protection of originator drugs – in the financial year 2020, the US was the biggest export destination for Indian generic pharmaceutical products.²⁹⁴

V. Duration of Exclusivity

After determining that both the European Union and the United States have elaborate laws in relation to test data exclusivity for pharmaceutical products ever since the 1980s, the next comparison focuses on the duration of the exclusivity periods. The European Union undoubtedly has a longer period of protection of test data. As such, the Union provides for eight or six / ten years of exclusivity depending on the date of application for market authorization and procedure followed. The US in contrast awards five years of data exclusivity for a New Chemical Entity and four years for biologics.

In the European Union, under the new rules the period of eight years of data exclusivity is accompanied by a two or three year market exclusivity. The BPCIA provides a similar scheme, and established a period of four years of data exclusivity with another additional eight years of market exclusivity. Whether a six or ten year period was granted under the old rules in the EU mostly depends on the procedure that was followed in the application for market authorization, the type of product and the country where the application was submitted.

The period of data exclusivity for NCE can be prolonged or reduced, the extension is possible for another 30 months, whereas the reduction can be of one year, meaning that the total duration is only four years. Despite the possibilities to extend or shorten the period of exclusivity, the FDA is not allowed to accept applications for generics during the duration. As the Authority currently needs an average of 31 months to approve an ANDA, the actual period of protection can last up to 7.5 years. The US rules for biologics do not recognize the possibility of an extension or reduction.

In the European Union, the possibility of an extension of one year only relates to market exclusivity for pharmaceutical drugs, which applied for market authorization after October / November 2005. Under the old rules an extension of the period was not possible. However, the Member States, namely Greece, Spain and Portugal implemented the possibility of capping the six year data exclusivity period at the moment the patent protection of the drugs expires.

²⁹³ *India Brand Equity Foundation* 2021 (supra fn. 285), p. 11.

²⁹⁴ *India Brand Equity Foundation* 2021 (supra fn. 285), p. 11.

When considering the duration of protection, it is also very interesting to analyze when it starts. In the US, the exclusivity period for biologics and NCEs begins on the date of approval. In the European Union the period of data exclusivity also starts when the marketing authorization for the initial originator medicinal product is granted under the new rules. In the old rules however there was a different start date when the centralized procedure was followed – the crucial date was when the European Commission issued a decision on the application.

VI. Scope of Protection

When examining the scope of protection of the rules on test data exclusivity, it becomes quite clear that the European Union provides for a more generous regime. Ever since the introduction of rules on test data exclusivity small as well as large molecule pharmaceuticals were covered, in addition to biologic products. Under the old rules in the European Union, there was a distinction of the duration depending on the product, so biologics had to be authorized under the centralized procedure and were consequently awarded ten years of data exclusivity. For small and large molecule products the distinction between six or ten years depended on the authorization procedure (national, centralized, decentralized). Under the new rules, all three types receive the same duration of protection. The US clearly distinguishes between small and large molecule New Chemical Entities and biologics. This can already be seen in the different legislation. While New Chemical Entities are regulated under the FDCA, biologics are separately controlled by the BPCIA and as described above, different periods of protection apply. Biologics and biosimilars were regulated only in 2009 in the US, so quite late. The protection of test data in the US only focuses on New Chemical Entities and new indications or uses, in the EU on new medicinal products and new indications or uses. Neither US nor EU law state which data is exactly covered by the exclusivity period. Yet, both legal systems grant exclusive rights to the data generator and prohibit the use, disclosure and reliance thereon for the specified period of time.

So summarizing it can be stated, that both the US and the EU provide for test data exclusivity for small and large molecules as well as biologics, even though their regulation and duration differ.

VII. Possibility of Exceptions

Some FTAs acknowledge the possibility to grant exceptions to the test data exclusivity regime. Even the Doha Declarations encourages WTO Members to fully use the flexibilities of the Agreements and protect the access to medicines in case of emergencies. Many national laws however do not make use of these flexibilities.

Test data exclusivity is independent of any other type of protection in the EU. In other terms this means that data exclusivity applies regardless of whether a patent protection concurrently exists or has already expired. Test data exclusivity will still apply even when a compulsory license has been issued. The European Union law completely prohibits generic or biosimilar products from the market entry until the exclusivity period has passed. Within the Union, there are no safeguards that are able to override and remove the effect of not only data exclusivity but also market exclusivity in case the provisions thereon create a barrier to the access

to a necessary drug – not even in case of an urgent need or emergency situation.²⁹⁵ Similar to the US, generic manufacturers wondered whether exclusivity provisions would still apply in the event of a compulsory license being issued. In 2006, the European Generic Medicines Association contacted the European Commission and asked for clarification on that matter. In a Letter from the European Commission, it was stated that the “European pharmaceutical legislation does not foresee any exceptions to the [...] periods of 8 year data exclusivity and 10 years marketing protection in case of emergency situations or in case a compulsory patent license has been granted by an EU Member State.”²⁹⁶ The EU however recognizes waiver to data and market exclusivity in some trade agreements and provides for exceptions in cases of public interest and national emergency or extreme urgency situations.²⁹⁷

As in the EU, there is no explicitly stated exception to the rules on data exclusivity in the law of the United States. However in 2007, the New Trade Policy of the US approved a so-called express public health exception to both data and market exclusivity – in case of a compulsory license or other public health need.²⁹⁸

VIII. The International Arena

1. INTERPRETATION OF ARTICLE 39.3 OF TRIPS

On an international level, the debate on the interpretation of Article 39.3 of TRIPS divided the world in two opposing parties, which roughly translates to the global north and the south on different sides. On the one hand, the developed countries with extensive research-based industries interpret the provision to include test data exclusivity, whereas developing countries argue that the provision provides for the test data protection as a minimum standard. When looking at the countries studied in this this essay, it seems that the European Union as well as the United States are on the one side of the debate and India being on the opposing side. In contrast to the much more encouraging approach by the US and the European Union concerning test data exclusivity and their stance whether TRIPS contains test data exclusivity, India has a more defensive attitude. India has, up until today, not incorporated a TRIPS-plus standard in its national law. As such, the country has constantly defended its view and protected the country’s important generic pharmaceutical industry.

During the negotiations on TRIPS, especially the United States promoted and advocated for the implementation of rules on test data exclusivity. The country lobbied for an explicit introduction in the Agreement and, therefore, in the international arena, which can be derived from the several drafts and proposals the

²⁹⁵ *Boulet / Garrison / FM ‘t Hoen* 2019 (supra fn. 166), p. 7; *FM ‘t Hoen / Boulet / Baker* 2017 (supra fn. 38), pp. 3, 4.

²⁹⁶ *European Commission*, ‘Subject Tamiflu Application and Data Exclusivity in an Emergency Compulsory Licence Situation’, 20.2.2006, p. 2 <<http://www.cptech.org/ip/health/dataexcl/ec-de-tamiflu.pdf>> last accessed 9.8.2021.

²⁹⁷ See for example the FTA with Peru. *FM ‘t Hoen / Boulet / Baker* 2017 (supra fn. 38), p. 5.

²⁹⁸ *FM ‘t Hoen / Boulet / Baker* 2017 (supra fn. 38), p. 5; *U.S. House Ways and Means Committee*, ‘A New Trade Policy for America’, *Bilaterals*, 2007 <http://www.bilaterals.org/IMG/pdf/07_05_10_New_Trade_Policy_Outline.pdf> last accessed 9.8.2021.

country handed in. The US further lobbied for several other nations to show their support. The history of the negotiations also shows that the European Community supported the idea of implementing test data on an international level too. The Community proposed a version that explicitly calls for test data exclusivity. Yet, in the final version of the Agreement the proposals were not adopted and the provision today does not explicitly demand the implementation of test data exclusivity. The US and European Community had failed their goal due to the resistance of developing countries and especially India and South Africa.

2. APPROACH IN BILATERAL OR REGIONAL TRADE AGREEMENTS

In negotiations on possible trade agreements, India strictly rejects proposals trying to implement test data exclusivity. The country aims to preserve its large generic industry, which provides low-priced medicines for the country itself, many developing countries as well as developed countries. In fact, India exports roughly $\frac{2}{3}$ of the generic drugs produced in the country to developing countries. Yet, India also portrays a large market with its 1.3 billion people. Consequently, the country has the ability to refuse certain provisions detrimental to its economy and healthcare system and decline certain trade agreements altogether. In contrast to India's rather defensive approach, both the US and the European Union pursue more offensive strategies. While the US has been actively pursuing the implementation of exclusivity rules ever since the NAFTA Agreement, the EU has only quite recently begun to incorporate rules on the concept.

Most of the trade agreements the US has currently in force with other countries stipulate a period of test data exclusivity. As such, many Latin American countries were obliged to implement rules thereon in their national laws. The US further urged for provisions in the FTAs that prohibit the reliance on test data, which was submitted with a foreign application or even on a foreign approval altogether – something that India allows. The EU FTAs, up until today, have not expressly laid down a prohibition of the reliance on foreign marketing approvals. In this manner, the EU is more lenient. It is also noticeable, that neither the EU nor the US FTAs recognize the possibility of using test data against the payment of a compensation fee. Many scholars deem this option better than test data exclusivity, as the generic companies would be able to enter the market faster, thus competition and greater access to medicines could be ensured, and a solution to the “free riding” problem is posed simultaneously.

When looking at the FTAs of the US and the EU another noticeable circumstance concerns the exceptions to the test data provisions. The FTA of the US with Bahrain, Morocco, Oman and the Dominican Republic-Central America, as well as the Singapore and Peru-Colombia-EU FTA acknowledge that the countries need to maintain a balance between IP rights and the interest of the public, especially in regards to public health – and thus allow for exceptions. Some even reference the Doha Declaration of 2001.

Summarizing, the US and the EU can be categorized as being rather offensive and pursuing the goal of spreading test data exclusivity provisions in the world, with the EU being more reserved in the past and recently demanding much stronger provisions, whereas India strongly rejects all proposals wanting to implement test data.

F. CONCLUSION

This thesis emphasized the different approaches to test data exclusivity in the United States, the European Union and India. Both the US and the EU provide for a test data exclusivity regime in their national laws ever since the 1980s. India in contrast does not have rules in place concerning the protection of test data in form of exclusive rights. While India strongly resisted proposals for the implementation of the notion on an international level, both during the negotiations of the TRIPS Agreement and later in bilateral and regional Trade Agreements; the United States and the European Union on the other hand heavily promoted, and still does up to today, the introduction thereof on an international level. The European and US-American models have many similarities and have the same underlying aim and idea of trying to promote and incentivize innovation while at the same time ensuring affordable prices and a wide access to medicines.

The COVID-19 Pandemic has shown the importance of research and development in the pharmaceutical sector and highlighted many insufficiencies. Ever since 2007, the US law recognizes the possibility of an express public health exception for data and market exclusivities when a compulsory license was issued or in situations of public health need. The European Union legislation is not familiar with a similar provision. As such, there is no means to override these exclusivity periods, if the companies do not provide consent themselves, not even when public health needs arise.

When examining the aim of the rules of test data exclusivity, the question arises whether test data exclusivities indeed provide a necessary incentive for innovation. Many scholars doubt that. Imposing rules on test data exclusivity and thus providing exclusive rights for a specified period of time could have detrimental negative effects on access to medicines, especially in developing countries, where many people depend on lower-priced generic drugs.

In the end, the question begs whether the advocates of test data exclusivity provisions really aim to balance out the interests of both incentivizing innovations while stimulating competition or whether or not the argument of protecting investments is not just simply backed by a lobby and its profit motives. As the pandemic has shed light on many insufficiencies and problems in the health and pharmaceutical sector, it is time to reevaluate and revise the provisions governing the sector and especially the rules on test data exclusivity. When test data exclusivity was first introduced in the EU and the US, the patent protection regime was very different and more diverse. In the European Union, for example, there were no harmonized rules – while some countries provided process and product patents, others did not. This situation might have once justified the need for introducing exclusivity periods. The landscape today is quite different, however. A different means to regulate and ensure the protection of test data while concurrently providing incentives for innovation could be, for example, a compensation regime. Compensations do not exclude third parties from using and relying on the data and simultaneously recognize the enormous investments for the R&D and conduct of the clinical trials that are necessary to provide the data and proof that products are safe, effective and of quality. As has

TEST DATA EXCLUSIVITY

been described in this thesis, the flexibilities provided by the TRIPS Agreement would allow for a compensation model and still be compliant. The amount of compensation paid would need to be fair and placed in relation. Legislators could draft guidelines in order to ensure this and also to safeguard the two opposing interests of both the research-based industry that creates the data and the generic companies providing low-cost medicines and access to them.

G. Overview

	TRIPS	USA	EU	India
<i>Form of Protection</i>	Data Protection	Data Exclusivity	Data Exclusivity	Data Protection
<i>Stance on Trips</i>	-	Test Data Exclusivity	Test Data Exclusivity	Protection of Test Data, Minimum Standard not in form of Test Data Exclusivity
<i>Trade Agreements</i>	-	Promotes Test Data Exclusivity Rules	Promotes Test Data Exclusivity Rules	Objects to Test Data Exclusivity Rules
<i>Concerned Data</i>	Undisclosed data ➤ required to be submitted in the application for marketing authorization ➤ generation took considerable effort	-	-	-
<i>What Type Of Protection?</i>	Unfair Commercial Use and under certain circumstances Disclosure	Exclusive Rights No Use, Disclosure and Reliance	Exclusive Rights No Use, Disclosure and Reliance BUT: EMA's Policy since 2015	No Disclosure
<i>What Type of Drug?</i>	New Chemical Entities Not: Biologics	New Chemical Entities and new indication or use	New Medicinal Product and new indications or use	New Medicinal Product
<i>Duration</i>	Not stipulated	NCE: 5 years data exclusivity New Indication: 3 years market exclusivity Biologics: ➤ 4 years data exclusivity ➤ 8 years market exclusivity	New Rules: ➤ 8 years data exclusivity ➤ 2 years market exclusivity ➤ possibility of additional 1 year market exclusivity for new indication	-

LITERATURE

- Daniel Acquah* (2014) ‘Extending the Limits of Protection of Pharmaceutical Patents and Data Outside the EU – Is There a Need to Rebalance?’, 45 *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, pp. 256-286.
- (2020) ‘Revisiting the Question of Extending the Limits of Protection of Pharmaceutical Patents and Data Outside the EU – The Need to Rebalance’, Research Paper 127, 12/2020.
- Martin J Adelman / Sonia Baldia* (1996) ‘Prospects and Limits of the Patent Provision in the TRIPS Agreement: The Case of India’ 29(3) *Vanderbilt Journal of Transnational Law (Vand J Transnat'l L)*, pp. 507-534.
- Gabriele Spina Ali* (2018) ‘The 13th Round: Article 39(3) TRIPS and the Struggle over “Unfair Commercial Use”’ 21 *Journal of World Intellectual Property (JWIP)*, pp. 201-242.
- Pamela Andanda* (2012) ‘Managing Intellectual Property Rights over Clinical Trial Data to Promote Access and Benefit Sharing in Public Health’, SECO / WTI Working Paper 4/2012, <https://www.wti.org/media/filer_public/15/de/15de5e72-ebff-4076-b51b-37cc0db8f6b8/wti_seco_wp_04_2012.pdf> last accessed 9.8.2021, also published in (2013) 02 *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, pp. 140-177.
- Shanna Animesh* (2007) ‘Data Exclusivity with Regard to Clinical Data’, 3 *Indian Journal of Law and Technology (Indian JLT)*, pp. 82-104.
- Raquel Artecona / Rosine M Plank-Brumback* (2016) ‘Access to Medicines and Incentives for Innovation – The Balance Struck in the Trans-Pacific Partnership (TPP) on Intellectual Property (Patent and Data Exclusivity) Protection for Pharmaceutical Products’, Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC) Studies and Perspectives No 16.
- Arathi Ashok* (2019) ‘Test Data Protection within Indian IP Regime’, *Cochin University Law Review*, pp. 1-7.
- Moninul Azam* (2016) *Intellectual Property and Public Health in the Developing World*, OpenBook: Cambridge.
- (2016) ‘The Experience of TRIPS-Compliant Patent Law Reforms in Brazil, India, and South Africa and Lessons for Bangladesh’, 7(2) *Akron Intellectual Property Journal (Akron IPJ)*, pp. 61-100.
- Brook K Baker* (2008) ‘Ending Drug Registration Apartheid: Taming Data Exclusivity and Patent/Registration Linkage’, 34 *American Journal of Law & Medicine (American JML)*, pp. 303-344.

- Friedrich-Karl Beier / Gerhard Schricker* (1989) *GATT or WIPO – New Ways in the International Protection of Intellectual Property, Annex III, VCH: Weinheim.*
- Pascale Boulet / Christopher Garrison / Ellen FM 't Hoen* (2019) 'Data Exclusivity in the European Union', Briefing Document 2019
<<https://medicineslawandpolicy.org/wp-content/uploads/2019/06/European-Union-Review-of-Pharma-Incentives-Data-Exclusivity.pdf>> last accessed 9.8.2021.
- Joanna T Brougher* (2014) *Intellectual Property and Health Technologies – Balancing Innovation and the Public's Health*, Springer: Berlin.
- Jörg Burkowitz / Kathrin Grassme* (2019) 'Gesundheitsmarkt USA – Arzneimittel und Biopharmazeutika', German Trade and Invest (GTI) Study 2019
<https://www.exportinitiative-gesundheitswirtschaft.de/EIG/Redaktion-/DE/Publikationen/PDF/gesundheitsmarkt-usa.pdf?__blob=publication-File&v=2> last accessed 9.8.2021.
- Krishnasis Chakraborty / Kavita Yadav* (2018) 'Drug Approval Process in US, Europe and India and its Regulatory Requirements: A Review', 6(3) *International Journal of Drug Regulatory Affairs (IJDR A)*, pp. 31-39.
- Shein-Chung Chow* (2014) 'Bioavailability and Bioequivalence in Drug Development', 6 *Wiley Interdisciplinary Reviews Computational Statistics (WIREs Comput Stat)*, pp. 304-312.
- Charles Clift* (2007) 'Data Protection and Data Exclusivity in Pharmaceuticals and Agrochemicals', in: *Anatole Krattiger / Richard T Mahoney / Lita Nelsen / Jennifer A Thomson / Alan B Bennett / Kanikaram Satyanarayana / Gregory D Graff / Carlos Fernandez / Stanley P Kowalski* (eds), *Intellectual Property Management in Health and Agricultural Innovation: A Handbook of Best Practices, MIHR PIPRA*: Oxford, pp. 431-435.
- Carlos M Correa* (2002) *Protection of Data Submitted for the Registration of Pharmaceuticals: Implementing the Standards of the TRIPS Agreement*, SouthCentre: Geneva.
- (2004) 'Protecting Test Data for Pharmaceutical and Agrochemical Products under Free Trade Agreements', *UNCTAD-ICTSD Dialogue on Moving the pro-development IP agenda forward: Preserving Public Goods in health, education and learning*, Bellagio, 29 November-03 December 2004.
- (2009) 'Negotiation of a Free Trade Agreement European Union-India: Will India Accept TRIPS-Plus Protection?',
<https://www.oxfam.de/system/files/20090609_negotiationofafreetradeaggrementeuindia_218kb.pdf> last accessed 9.8.2021.

- (2011) ‘Test Data Protection: Rights Conferred under the TRIPS-Agreement and Some Effects of TRIPS-plus Standards’, in: Rochelle C Dreyfuss / Katherine J Strandburg (eds), *The Law and Theory of Trade Secrecy – A Handbook of Contemporary Research*, Edward Elgar: Cheltenham, pp. 568-590.
- (2020) *Oxford Commentaries on the GATT/WTO Agreement: Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights – A Commentary on the TRIPS Agreement*, Oxford University Press (OUP): Oxford, 2nd edn.
- Duncan Curley / Marleen HJ van den Horst* (2012) ‘Patents and Regulatory Data Exclusivity for Medicinal Products’, in: Neil Wilkof / Shamnad Basheer (eds), *Overlapping Intellectual Property Rights*, Oxford University Press (OUP): Oxford, pp. 119-136.
- Kimberly A Czub* (2001) ‘Argentina's Emerging Standard of Intellectual Property Protection: A Case Study of the Underlying Conflicts between Developing Countries, TRIPS Standards, and the United States’, 33(2) *Case Western Reserve Journal of International Law (Case Western Reserve JIL)*, pp. 191-231.
- Amol B Deore / Jayprabha R Dhumane / Hrushikesh V Wagh / Rushikesh B Sonawane* (2019) ‘The Stages of Drug Discovery and Development Process’, 7(6) *Asian Journal of Pharmaceutical Research & Development (AJPRD)*, pp. 62-67.
- Lisa Diependaele / Julian Cockbain / Sigrid Sterckx* (2017) ‘Raising the Barriers to Access to Medicines in the Developing World – The Relentless Push for Data Exclusivity’, 17(1) *Developing World Bioethics*, pp. 11-21.
- Rebecca S Eisenberg* (2007) ‘The Role of the FDA in Innovation Policy’, 13(2) *Michigan Telecommunications and Technology Law Review (MTLR)*, pp. 345-388.
- (2011) ‘Data Secrecy in the Age of Regulatory Exclusivity’, in: Rochelle C Dreyfuss / Katherine J Strandburg (eds), *The Law and Theory of Trade Secrets*, Edward Elgar: Cheltenham, pp. 467-491.
- (2012) ‘Patents and Regulatory Exclusivity’, in: Patricia M Danzon / Sean Nicholson (eds), *The Oxford Handbook of the Economics of the Biopharmaceutical Industry*, Oxford University Press (OUP): Oxford, pp. 167-199.
- Richard Elliott* (2002) ‘WTO: US and Argentina Settle Dispute over Patents and Data’, 7(2) *HIV/AIDS Policy and Law Review*, p. 65.
- Alfred B Engelberg* (1999) ‘Special Patent Provisions for Pharmaceuticals: Have They Outlived Their Usefulness? A Political, Legislative and Legal History of U.S. Law and Observations for the Future’, 39 *Journal of Law and Technology (JLTECH)*, pp. 389-426.

- Richard A Epstein* (2011) 'The Constitutional Protection of Trade Secrets and Patents under the Biologics Price Competition and Innovation Act of 2009', 66(3) *Food and Drug Law Journal* (FDLJ), pp. 285-328.
- European Commission* (2005) 'Notice to Applicants: A Guideline on Summary of Product Characteristics' <http://www.kardio.hr/wp-content/uploads/2012/12/spcguidrev1-oct2005_en.pdf> last accessed 9.8.2021.
- (20 February 2006) 'Subject Tamiflu Application and Data Exclusivity in an Emergency Compulsory Licence Situation' <<http://www.cptech.org/ip/health/dataexcl/ec-de-tamiflu.pdf>> accessed 9 August 2021.
- (2007) 'Guidance on Elements Required to Support the Significant Clinical Benefit in Comparison with Existing Therapies of a New Therapeutic Indication in Order to Benefit from an Extended (11 Year) Marketing Protection Period' <https://ec.europa.eu/health/sites/default/files/files/eudralex/vol-2/c/guideline_14-11-2007_en.pdf> last accessed 9.8.2021.
- (25 November 2020) 'Questions and Answers: A Pharmaceutical Strategy for Europe' <https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/qanda_20_2174> last accessed 9.8.2021.
- Christian R Fackelmann* (2009) *Patentschutz und ergänzende Schutzinstrumente für Arzneimittel im Spannungsfeld von Wettbewerb und Innovation*, Carl Heymanns: Cologne.
- (2013) 'Chapter 5: Clinical Data, Data Exclusivity and Private Investment Protection in Europe', in: Josef Drexl / Nari Lee (eds), *Pharmaceutical Innovation, Competition and Patent Law – A Trilateral Perspective*, Edward Elgar: Cheltenham, pp. 141-182.
- FDA and CDER* (19 May 2015) 'FDA/CDER SBIA Chronicles – Patents and Exclusivity' <<https://www.fda.gov/media/92548/download>> last accessed 9.8.2021.
- FDA* (02 May 2015) 'Frequently Asked Questions on Patents and Exclusivity' <<https://www.fda.gov/drugs/development-approval-process-drugs/frequently-asked-questions-patents-and-exclusivity>> last accessed 9.8.2021.
- (07 July 2015) 'Frequently Asked Questions About Therapeutic Biological Products' <<https://www.fda.gov/drugs/therapeutic-biologics-applications-bla/frequently-asked-questions-about-therapeutic-biological-products>> last accessed 9.8.2021.
- (02 June 2018) 'What Are “Biologics“ Questions and Answers' <<https://www.fda.gov/about-fda/center-biologics-evaluation-and-research-cber/what-are-biologics-questions-and-answers>> last accessed 9.8.2021.

- (16 March 2021) ‘Generic Drugs: Questions & Answers’
<<https://www.fda.gov/drugs/questions-answers/generic-drugs-questions-answers>> last accessed 9.8.2021.
- Aaron Fellmeth* (2004) ‘Secrecy, Monopoly, and Access to Pharmaceuticals in International Trade Law: Protection of Marketing Approval Data under the TRIPS Agreement’, 45 *Harvard International Law Journal* (Harvard ILJ), pp. 443-502.
- Carsten Fink / Patrick Reichenmiller* (2006) ‘Tightening TRIPS: Intellectual Property Provisions of U.S. Free Trade Agreements’, in: Richard Newfarmer (ed.), *Trade, Doha, and Development: A Window into the Issues*, World Bank: Washington DC, pp. 289-303.
- Fraunhofer Cluster of Excellence Immune-Mediated Diseases* (2021) ‘Phasen der Medikamentenentwicklung – Vom Medical Need zum neuen Medikament’ <<https://www.cimd.fraunhofer.de/de/kompetenzen/phasen-der-medikamenten-entwicklung.html>> last accessed 9.8.2021.
- Fabian Gaessler / Stefan Wagner* (2019) ‘Patents, Data Exclusivity, and the Development of New Drugs’, Discussion Paper No 176 <https://rationality-and-competition.de/wp-content/uploads/discussion_paper/176.pdf> last accessed 9.8.2021.
- James T Gathii* (2002) ‘The Legal Status of the Doha Declaration on TRIPS and Public Health Under the Vienna Convention on the Law of Treaties’, 15(2) *Harvard Journal of Law and Technology* (JOLT), pp. 291-317.
- Daniel Gervais* (2021) *The TRIPS Agreement: Negotiating History*, Sweet & Maxwell: London, 5th edn.
- Naveen Gopal* (2019) ‘Protection of Clinical Trial Data Under TRIPS: International Understanding and Health Concerns’, pp. 1-12 <<https://ssrn.com/abstract=3470476>> last accessed 9.8.2021.
- N.S Gopalakrishnan / Benoy K Kadavan* (2005) *Study on Test Data Protection in India*, Eastern Book Company: Delhi.
- Himanshu Gupta / Suresh Kumar / Saroj Kumar Roy / R S Gaud* (2010) ‘Patent Protection Strategies’, 2(1) *Journal of Pharmacy And Bioallied Sciences* (JPharmBioalliedSci), pp. 2-7.
- N Vishal Gupta / C Mohan Reddy / K Pradeep Reddy / R Ajay Kulkarni / HG Shivakumar* (2012) ‘Process of Approval of New Drug in India with Emphasis on Clinical Trials’, 13(2) *International Journal of Pharmaceutical Sciences Review and Research* (IJoPSciRevRes), pp. 17-23.
- Bronwyn H Hall* (2007) ‘Patents and Patent Policy’, 23(4) *Oxford Review of Economic Policy*, pp. 568-587.

- Carolyn Hathaway / John Manthei / Cassie Scherer* (2009) 'Exclusivity Strategies in the United States and European Union', 3 Food and Drug Law Institute (FDLI), pp. 34-39.
- Máté Hegedus-Gaspar* (2020) 'Data Exclusivity for Biologics – An Emerging Multilateral Standard?' Master Thesis, University of Canterbury.
- Cynthia Ho* (2011) *Access to Medicine in the Global Economy: International Agreements on Patents and Related Rights*, Oxford University Press (OUP): Oxford.
- Ellen F M 't Hoen / Pascale Boulet / Brook K Baker* (2017) 'Data Exclusivity Exceptions and Compulsory Licensing to Promote Generic Medicines in the European Union: A Proposal for Greater Coherence in European Pharmaceutical Legislation', 10 *Journal of Pharmaceutical Policy and Practice* (JoPPP), pp. 1-9.
- International Federation of Pharmaceutical Manufacturers and Associations* (2000) 'Encouragement of New Clinical Drug Development: The Role of Data Exclusivity' <https://www.who.int/intellectualproperty/topics/ip/en/DataExclusivity_2000.pdf> last accessed 9.8.2021.
- (July 2011) 'Data Exclusivity: Encouraging Development of New Medicines' <https://www.ifpma.org/wp-content/uploads/2016/01/IFPMA_2011_Data_Exclusivity__En_Web.pdf> last accessed 9.8.2021.
- International Generic and Biosimilar Medicines Association* (2021) 'A Vision for the Global Generic and Biosimilar Medicines Industry' Whitepaper 05/2021 <https://www.igbamedicines.org/doc/IGBA_Whitepaper_A%20Vision%20for%20the%20Global%20Generic%20and%20Biosimilar%20Medicines%20Industry_registered-user.pdf> last accessed 9.8.2021.
- Manthan D Janodia / Ajay Chauhan / Shuaib M Hakak / D Sreedhar / V S Ligade / N Udupa* (2008) 'Data Exclusivity Provisions in India: Impact on Public Health', 13 *Journal of Intellectual Property Rights* (JIPR), pp. 442-446.
- Jawahar N / Vidhya Lakshmi T* (2017) 'Regulatory Requirements for the Drug Approval Process in US, Europe and India', 9(10) *Journal of Pharmaceutical Sciences and Research* (JPharmSciRes), pp. 1943-1952.
- Divyam Jhaveri* (2017) 'Detail Analysis of Law on Data Exclusivity – with Special Focus on India', 3(3) *Journal of Legal Studies and Research Intellectual Property Rights Law Review*, pp. 28-38.
- Valerie Junod* (2004) 'Drug Marketing Exclusivity Under United States and European Union Law', 59(4) Food and Drug Law Institute (FDLI), pp. 479-518.
- Dania Kim* (2016) 'Knowledge Sharing as a Social Dilemma in Pharmaceutical Innovation' 71(4) Food and Drug Law Journal (FDJL), pp. 673-709.

- James H Kim / Anthony R Scialli* (2011) 'Thalidomide: The Tragedy of Birth Defects and the Effective Treatment of Disease', 122(1) *Toxicological Sciences*, pp. 1-6.
- Richard F Kingham / Grant H Castle* (2000) 'Data and Marketing Exclusivity for Pharmaceuticals in the European Community', 55(2) *Food and Drug Law Journal* (FDJL), pp. 209-223.
- D Kiruthika* (2015) 'Data Exclusivity and Indian Law', 3(1) *Journal Law Mantra Quarterly*, pp. 1-8.
- Lawrence A Kogan* (2011) 'The U.S. Biologics Price Competition and Innovation Act of 2009 Triggers Public Debates, Regulatory/Policy Risks, and International Trade Concerns', 6(11) *Global Trade and Customs Journal*, pp. 513-538.
- Eric Lawrence Levi* (2017) 'Using Data Exclusivity Grants to Incentivize Cumulative Innovation of Biologics' Manufacturing Processes', 66(3) *The American University Law Review* (AULR), pp. 911-970.
- Ude Lu* (2014) 'Biologics Price Competition and Innovation Act: Striking a Delicate Balance Between Innovation and Accessibility Delicate Balance Between Innovation and Accessibility', 15(1) *Minnesota Journal of Law, Science & Technology* (Minnesota JLSiT), pp. 613-651.
- Carlen S Magad* (1981-1982) 'Generic Drugs: Breaking the Definitional Barriers to FDA Regulations', 76(4) *Northwestern University Law Review* (Northwestern ULR_{ev}), pp. 613-639.
- Prabodh Malhotra* (2010) *Impact of TRIPS in India – An Access to Medicines Perspective*, Palgrave MacMillan: London.
- Maria Isabel Manley / Grant Strachan* (2015) 'Regulatory Data Protection', in: Maria Isabel Manley / Marina Vickers (eds), *Navigating European Pharmaceutical Law*, Oxford University Press (OUP): Oxford, pp. 255-276.
- Ingo Meitinger* (2005) 'Implementation of Test Data Protection According to Article 39.3 TRIPS – The Search for a Fair Interpretation of the Term "Unfair Commercial Use"', 8(2) *Journal of World Intellectual Property* (JWIP), pp. 123-139.
- Bryan Mercurio* (2018) *Drugs, Patents and Policy*, Cambridge University Press (CUP): Cambridge.
- Olasupo Owuoye* (2014-2015) 'Data Exclusivity and Public Health Under the TRIPS Agreement', 23(2) *Journal of Law, Information and Science* (JLIS), pp. 106-133.

- Chan Park and Jayadev Arjun* (2011) 'Access to Medicines in India: A Review of Recent Concerns', in: Ramesh Subramanian / Lea Shaver (eds), *Access to Knowledge in India: New Research on Intellectual Property, Innovation & Development*, Bloomsbury: London, pp. 78–108.
- Piergiuseppe Pusceddu* (2014) 'Access to Medicines and TRIPS Compliance in India and Brazil', 36(12) *European Intellectual Property Review (EIPR)*, pp. 790–801.
- (2018) 'Assessing Access to Medicines in Preferential Trade Agreements: From the Trans-Pacific Partnership to the Comprehensive and Progressive Agreement for Trans-Pacific Partnership', 49 *International Review of Intellectual Property and Competition Law (IIC)*, pp. 1048–1079.
- Nisha Rajendran / Dixon Thomas / S Suresh Madhavan / Ronald A Herman* (2019) 'Chapter 24 – Ethics in Clinical Research', in: Dixon Thomas (ed.), *Clinical Pharmacy Education, Practice and Research, Clinical Pharmacy, Drug Information, Pharmacovigilance, Pharmacoeconomics and Clinical Research*, Elsevier: Amsterdam, pp. 345–364.
- Sandeep K Rathod* (2011) 'Patent Linage and Data Exclusivity: A Look at Some Developments in India', 8(3) *Journal of Generic Medicines*, pp. 140–149.
- Satwant Reddy / Gurdial Singh Sandhu* (2007) 'Report on Steps to be taken by Government of India in the context of Data Protection Provisions of Article 39.3 of TRIPS Agreement', <<https://chemicals.nic.in/sites/default/files/DPBooklet.pdf>> last accessed 9.8.2021.
- Jerome H Reichman* (2009) 'Rethinking the Role of Clinical Trial Data in International Intellectual Property Law: The Case for a Public Goods Approach', 13(1) *Marquette Intellectual Property Law Review (Marquette IPLRev)*, pp. 1–68.
- Judit Rius Sanjuan* (2006) 'U.S and E.U Protection of Pharmaceutical Test Data', CPTech Discussion Paper No 1 <<http://www.cptech.org/publications/CPTechDPNo1TestData.pdf>> last accessed 9.8.2021.
- Susan Scafidi* (2004) 'The "Good Old Days" of TRIPS: The U.S. Trade Agenda and the Extension of Pharmaceutical Test Data Protection Extension of Pharmaceutical Test Data Protection', 4(2) *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics (YJHPLE)*, pp. 341–352.
- Philip Sedgwick* (2011) 'Phases of Clinical Trials', *British Medical Journal (BMJ)*, pp. 343–345.
- Owais H Shaikh* (2016) *Access to Medicines Versus Test Data Exclusivity: Safeguarding Flexibilities under International Law*, Springer: Berlin.

- (2017) ‘Chapter 4: Index of Data Exclusivity and Access (IDEAS) – An Analysis of Test Data Exclusivity Provisions in Free Trade Agreements and National Laws’, in: Bryan Mercurio / Daria Kim (eds), *Contemporary Issues in Pharmaceutical Patent Law – Setting the Framework and Exploring Policy Options*, Routledge: London, pp. 68-96.
- Kushank Sindhu / Abhishek K Singh* (2014) ‘Data Exclusivity in India: A Saga of Ignorance and Illogicality’, in: Sharad A Bobde / S S Singh / Ghayur Alam (eds), *NLIU Law Review*, National Law Institute University: Bhopal, pp. 89-115.
- Amit Singh / Paramita DasGupta* (2019) ‘Pharmaceutical Test Data Protection and Demands for Data-Exclusivity: Issues and Concerns of Developing Countries and India’s Position’, *24 Journal of Intellectual Property Rights (JIPR)*, pp. 69-88.
- Priyadarshini Singh* (2018) ‘Agrochemicals and Data Exclusivity’, *7 National Law Institute University (NLIU) Law Review*, pp. 46-56.
- G Lee Skillington / Eric M Solovy* (2003) ‘The Protection of Test and Other Data Required by Article 39.3 of the TRIPS Agreement’, *24(1) Northwestern Journal of International Law and Business (Northwestern JILB)*, pp. 1-52.
- Vinod Sople* (2016) ‘Data Exclusivity’ and IPR Policy: Indian Context’, *6(11) International Journal of Research in Social Sciences (IJRSS)*, pp. 28-45.
- Archita Srivastava* (2020) ‘Demand for Data Exclusivity in India and Its Implications’, *3(4) International Journal of Law Management & Humanities (IJLMH)*, pp. 847-852.
- Junaid Subhan* (2006) ‘Scrutinized: The TRIPS Agreement and Public Health’, *9(2) McGill Journal of Medicine (MJM)*, pp. 152-159.
- Yolanda Tayler* (2004) *BATTLING HIV/AIDS – A Decision Maker’s Guide to the Procurement of Medicines and Related Supplies*, World Bank: Washington DC.
- John R Thomas* (2017) ‘Regulatory Exclusivity Reform in the 115th Congress’, Congressional Research Service <<https://fas.org/sgp/crs/misc/R44951.pdf>> last accessed 9.8.2021.
- David K Tomar* (1999) ‘A Look into the WTO Pharmaceutical Patent Dispute between the United States and India’, *17(3) Wisconsin International Law Journal (Wisconsin ILJ)*, pp. 579-604.
- Linfong Tzeng* (2010) ‘Follow-on Biologics, Data Exclusivity, and the FDA’, *25(1) Berkeley Journal of International Law (Berkeley TLJ)*, pp. 135-58.
- Olivier J Wouters / Martin McKee / Jeroen Luyten* (2020) ‘Estimated Research and Development Investment Needed to Bring a New Medicine to Market, 2009-2018’, *323(9) Journal of the American Medical Association (JAMA)*, pp. 844-853.

H Zhu / BV Li / RS Uppoor / M Mehta / LX Yu (2017) 'Chapter 14: Bioavailability and Bioequivalence', in: *Yihong Qiu / Yisheng Chen / Geoff Zhang / Lawrence Yu / Rao Mantri* (eds), *Developing Solid Oral Dosage Forms – Pharmaceutical Theory & Practice*, Elsevier: Amsterdam, 2nd edn, pp. 381-397.

DIE ANRECHNUNG VON NUTZUNGSVORTEILEN IN DEN VW- VERFAHREN – ZWISCHEN SCHADENSAUSGLEICH UND PRÄVENTIVER VERHALTENSSTEUERUNG

TAHSIN BENSOL

First Supervisor: Prof. Dr. Christoph U. Schmid

Second Supervisor: Ricardo Brehme-Roy

ABSTRACT

The question of equalisation of benefits (*compensatio lucri cum damno*) in the VW proceedings was subject to controversial discussions prior to the Federal Court of Justice's (BGH) landmark ruling of May 25, 2020. However, even after the highest court ruling, there is scientific interest in examining the dogmatic justifiability of a denied or limited equalisation of benefits for reasons of *preventive behaviour control* or *deterrence*, as this touches on recurring fundamental questions of German damages law. The Senate avoided a detailed discussion of this issue and strictly adhered to the concept of *compensatory damages*. In the context of this investigation, values and thoughts underlying the case law of the BGH on the denied equalisation of benefits are inductively uncovered in order to, thus, draw conclusions on the existence of a prevention principle under damages law. As a result, prevention and compensation turn out to be cross-case legal principles that shape the regulatory complex of equalisation of benefits together, in mutual supplementation and restriction. In this respect, a refusal or restriction of equalisation of benefits would also have been dogmatically justifiable in the VW proceedings. Arguments of law & economics confirm this result. If applied and interpreted in an appropriately creative manner, civil law can compensate for steering deficits in the legal system. However, it should not assume the steering task on its own. Rather, cross-legal reforms are desirable for the future.

ZUSAMMENFASSUNG

Die Frage nach der Vorteilsausgleichung (*compensatio lucri cum damno*) in den VW-Verfahren war vor dem Grundsatzurteil des BGH vom 25.05.2020 Schauplatz kontroverser Diskussionen. Doch auch nach der höchstrichterlichen Entscheidung besteht das wissenschaftliche Interesse daran, die dogmatische Begründbarkeit einer versagten oder eingeschränkten Vorteilsausgleichung aus Gründen der *präventiven Verhaltenssteuerung* zu untersuchen, da dies wiederkehrende Grundsatzfragen des Schadensrechts berührt. Der Senat mied eine ausführliche Auseinandersetzung damit und hielt streng am Konzept des *Schadensausgleichs* fest. Im Rahmen dieser Untersuchung werden Wertungen und Gedanken, die der Rechtsprechung des BGH zur versagten Vorteilsausgleichung zugrunde liegen, induktiv aufgedeckt, um somit Rückschlüsse auf die Existenz eines schadensrechtlichen Präventionsprinzips zu ziehen. Im Ergebnis erweisen sich Prävention und Ausgleich als fallgruppenübergreifende Rechtsprinzipien, die den Regelungskomplex der Vorteilsausgleichung gemeinsam, in wechselseitiger Ergänzung und Einschränkung gestalten. Insofern wäre eine Versagung bzw. Einschränkung der Vorteilsausgleichung auch in den VW-Verfahren dogmatisch begründbar gewesen. Rechtsökonomische

Argumente bekräftigen dieses Ergebnis. Bei entsprechend kreativer Anwendung und Interpretation, kann das Zivilrecht Steuerungsdefizite der Rechtsordnung ausgleichen. Es sollte die Steuerungsaufgabe der Rechtsordnung jedoch nicht alleine übernehmen. Vielmehr sind für die Zukunft rechtsordnungsübergreifende Reformen wünschenswert.

Inhaltsverzeichnis

A. Untersuchungsgegenstand	81
I. Einführung und Fragestellung	81
II. Argumentation mit Rechtsprinzipien als methodischer Ansatz	83
III. Gang der Untersuchung	83
B. Der Dieselskandal: Ein schadensrechtliches Problem	84
I. Hintergründe zum Dieselskandal	84
II. Das Problem der Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren	85
1. Uneingeschränkter Ausgleich gezogener Vorteile	86
2. Umfassende Versagung einer Vorteilsausgleichung	86
3. Zeitweise Anrechnung bis zum Rückabwicklungsverlangen	87
III. Schadensrechtliche Einordnung	87
1. Das klassische Schadensrecht des BGB	87
2. Die „Gebrochenheit“ des klassischen Schadensrechts	89
III. Zwischenergebnis	90
C. Versagte Vorteilsausgleichung und Präventionsprinzip	91
I. Fallgruppen der versagten Vorteilsausgleichung	91
1. Drittleistungen	91
2. Anrechnung von Erbschaften	98
3. Eigenleistung des Geschädigten	100
II. Schlussfolgerungen aus der Fallgruppenanalyse	101
1. Mangelnde Wertungs Offenheit wertungsverdeckender Formeln	101
2. Präventive Verhaltenssteuerung: Wertung und Gedanke Formeln	102
D. Versagte Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren	105
I. Besonderer Haftungsgrund aus § 826	106
1. Präventiver Rechtsschutz und deliktische Haftung	106
2. Steuerpotentiale des § 826 im Dieselskandal	106
II. Ökonomische Analyse	107
1. Grundannahmen ökonomischer Rechtsanalyse und Dieselskandal	107
2. Behördliche Überwachungs- und Vollzugsdefizite	108
3. Keine abschreckenden finanziellen Sanktionen	110
4. Enger Schutzbereich des Deliktsrechts	110
5. Insuffizienz des kollektiven Rechtsschutzes	111
6. Zwischenfazit: Fehlanreize <i>ex ante</i> sowie <i>ex post</i>	112
E. Ergebnisse der Untersuchung	113
I. Fallgruppenbildung	113
1. Grundsatz: Präventive und verhaltenssteuernde Wirkung durch	113
2. Totaler Schadensausgleich durch Präventionsprinzip	114
3. Präventionsprinzip/Bereicherung des Geschädigten	114
II. Fazit und Ausblick	115
Literatur	117

A. UNTERSUCHUNGSGEGENSTAND

I. Einführung und Fragestellung

Das deutsche Schadensrecht habe in erster Linie dem Prinzip des Schadensausgleichs zu dienen. Davon geht die herrschende Ansicht in der Rechtswissenschaft aus, während sie dem Präventionsgedanken im Sinne der Verhaltenssteuerung nur ausnahmsweise bestimmende Bedeutung beimisst.¹ Ein solches Verständnis des Schadensrechts als reines „Ausgleichsrecht“ entspricht der klassischen Konzeption des BGB.² Bewusst wird in den Motiven zu den heutigen §§ 249 ff. BGB³ zum Ausdruck gebracht, dass eine „Hereinziehung moralisierender oder strafrechtlicher Gesichtspunkte“ bei der Bestimmung und Bemessung des Schadenersatzes ferngehalten werden müsse.⁴ Demnach orientiert sich die Höhe des zu leistenden Schadenersatzes einzig an der vom Geschädigten erlittenen Einbuße und nicht etwa am Verschuldensmaß des Schädigers.⁵

Ungeachtet dessen stellt sich die Frage, ob in einer modernen Gesellschaft nicht auch das Verlangen nach neuen Prinzipienbestimmungen in der Schadensrechtsdogmatik steigt. Das Privatrecht ist immer weniger von „quantitativen Größen in bipolaren Beziehungen“ geprägt. Vielmehr sind auch politische und wirtschaftlichen Einflüsse zu berücksichtigen.⁶ Angesichts technischer Fortschritte werden Schadensfälle immer vielschichtiger und komplexer. Im Lichte des gesellschaftlichen Wandels lässt ein Blick auf die Rechtswirklichkeit begründete Zweifel an der „Ungebrochenheit“ der klassischen Schadensrechtskonzeption aufkommen.⁷ Immer wieder nehmen sich Autoren der Rechtswissenschaft die Rechtsprechung des BGH zum Anlass, um den Gedanken der Prävention als bedeutsamen, teilweise gar vorrangigen Wertungsmaßstab des Schadensrechts zu begründen.⁸ Die Diskussion über die leitenden Prinzipien des deutschen Schadensrechts lebte jüngst, als Folge der mit dem sog. Dieselskandal (engl. *Dieselsgate*) einhergehenden Zivilrechtsstreitigkeiten zwischen der VW AG und ihren Kunden, ein weiteres Mal auf.

¹ Statt vieler *H. Oetker*, ‘§249 BGB’, in: F. J. Säcker / R. Rixecker / H. Oetker / B. Limperg (eds), Münchener Kommentar zum BGB – Band 2 Schuldrecht AT I, C.H. Beck: München, 8. edn, 2019, Rn 8 f.; *J. W. Flume*, ‘§249’, in: G. Heinz / H. Roth / W. Hau / R. Poseck (eds), Beck’scher Online Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 59. edn, 2021, Rn. 50.

² *H. Rüßmann*, ‘§249’, in: M. Junker / R. M. Beckmann, / H. Rüßmann (eds), juris Praxiskommentar – Band 2 Schuldrecht, juris: Saarbrücken, 2020, 9. edn, Rn. 13.

³ Alle im Rahmen dieser Untersuchung zitierten Normen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

⁴ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Band 2 Recht der Schuldverhältnisse, De Gruyter: Berlin, 1896, S. 17 f.

⁵ *D. Looshelders*, Schuldrecht AT, Valen: München, 18. edn, 2020, S.365.

⁶ *G. Brüggemeier*, Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich, Springer Science & Business: Berlin, 2006, S. 8.

⁷ *P. Müller*, Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht, de Gruyter: Berlin, 2000, S. 2 f.

⁸ In diese Richtung vor allem *R. Möller*, Das Präventionsprinzip des Schadensrechts, Duncker Humblot: Berlin, 2006; *K. Schlobach*, Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes, Nomos: Baden-Baden, 2004; *Müller* 2000 (supra fn. 7).

Am 25.5.2020 verkündete der für das Deliktsrecht zuständige VI. Zivilsenat des BGH das erste höchstrichterliche Urteil zu den sog. VW-Verfahren. Zuvor ging es vor den Landes- und Oberlandesgerichten entscheidend um die Frage, ob der Käufer eines manipulierten VW-Dieselfahrzeugs den geleisteten Kaufpreis im Wege seines Schadensersatzanspruchs aus § 826 vollumfänglich zurückerhält oder er sich Nutzungsvorteile für die gefahrenen Kilometer nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung anrechnen lassen muss.⁹ Nun entschied der BGH zwar, dass die VW AG dem Käufer eines manipulierten VW-Dieselfahrzeugs wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung gem. § 826 auf Schadensersatz haftet.¹⁰ Indessen hielt der Senat eine Versagung der Vorteilsausgleichung – in Übereinstimmung mit seiner bisherigen Rechtsprechung – selbst im Rahmen des besonderen Haftungsgrundes aus § 826 für nicht geboten.¹¹

Damit sei jedoch „eine historische Chance verpasst, die Gestaltungskraft des Privatrechts gegen vorsätzlich schädigendes Verhalten effektiv zur Geltung zu bringen“.¹² Die Frage nach der Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren war angesichts der Herausforderungen für die deutsche Rechtsordnung, die der Dieselskandal seit seiner Aufdeckung im September 2015 mit sich brachte, nicht umsonst von außerordentlich wissenschaftlichem Interesse. Vor diesem Hintergrund forderte eine von Teilen der Literatur und einzelnen Landesgerichten vertretene Ansicht die Versagung oder Einschränkung der Vorteilsausgleichung, um eine bessere Prävention im Sinne der Verhaltenssteuerung zu gewährleisten.¹³ Dem hält der Senat entgegen, dass ein solcher Ersatzanspruch des Käufers dem Zuspruch eines dem deutschen Recht fremden „Strafschadensersatzes“ gleichkäme.¹⁴ Anknüpfend an diese schadensrechtsdogmatische Debatte, die der Dieselskandal ausgelöst hat, befasst sich diese Untersuchung mit der folgenden Fragestellung:

„Wäre eine Versagung oder eine Einschränkung der Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren auf der Grundlage eines schadensrechtlichen Präventionsprinzips begründbar gewesen?“

⁹ Vgl. nur OLG München, Entscheidung vom 5.2.2020 – 13 U 4071/18, BeckRS 2020, S. 657, Rn. 76 ff.

¹⁰ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962.

¹¹ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970), Rn. 64 ff.

¹² So Heese im Anschluss an das „Grundsatzurteil“, *Stiftung Warentest*, ‘Abgaskandal: Chronik der Ereignisse – Stand 15.9.2021’, <<https://www.test.de/Abgaskandal-4918330-5092247/>> zuletzt besucht 15.9.2021.

¹³ Statt vieler M. Heese, ‘Herstelleraftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge’, 5 NJW 2019, S. 257 (261 f.); M. Heese, ‘Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge?’, 4 VuR 2019, S. 123 (125 ff). In diese Richtung auch J. Bruns, ‘Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge’, 12 NJW 2019, S. 801 (804 ff.); J. Bruns, ‘Aktuelles zur Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung im Diesel-Skandal’, 31 NJW 2019, S. 2211; J. Bruns, ‘Dieselskandal und Nutzungsentschädigung’, 8 NJW 2020, S. 508. Für die Rechtsprechung LG Frankfurt a. M., Entscheidung vom 30.4.2020 – 2-27 O 2/19, BeckRS 2020, S. 8409, Rn. 32 ff.

¹⁴ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970), Rn. 67; zuvor bereits T. Riehm, ‘Deliktischer Schadensersatz in den „Diesel-Abgas-Fällen“’, 16 NJW 2019, S. 1105 (1108).

II. Argumentation mit Rechtsprinzipien als methodischer Ansatz

Die Dogmatik des Schadensrechts lässt sich nur teilweise aus den gesetzlichen Regelungen des BGB erschließen. Da die §§ 249 ff. einheitlich sowohl für die vertragliche, als auch für die deliktische Haftung gelten, sind sie von hoher Abstraktion geprägt und bedürfen der weitergehenden Konkretisierung durch die Rechtsprechung.¹⁵ Folglich kann die Frage nach einer Versagung der Vorteilsausgleichung zulasten der VW AG auch nicht deduktiv aus dem Gesetz heraus beantwortet werden. Vielmehr sind allgemeine Wertungen und Gedanken, die der Rechtsprechung des BGH zugrunde liegen, induktiv aufzudecken. Zu diesem Zweck bedient sich diese Untersuchung der Argumentation mit Rechtsprinzipien.

Rechtsprinzipien enthalten generelle Wertungstendenzen in Bezug auf umfassende Sachverhalte und die darauf bezogenen konkreteren Rechtskomplexe. Aufgrund ihrer eigenen Überzeugungskraft können sie eine Vermutungswirkung entfalten und Einzelfallentscheidungen rechtfertigen. Allerdings ist ihnen nur nach Möglichkeit, insbesondere unter Beachtung anderer kollidierender Prinzipien, zu folgen. Damit können sie in unterschiedlichem Maße erfüllt sein und in eine Entscheidung miteinfließen, diese aber nicht zwingend festlegen. Sie sind bloß Leitgedanken einer rechtlichen Regelung, ohne die positive Regelung selbst zu sein. Daraus folgt, dass Rechtsprinzipien zeitweise in Gegensatz und Widerspruch zueinander treten, dabei jedoch keinen Anspruch auf Ausschließlichkeit erheben. Eine Rechtsfolge, die von einem Prinzip angefordert wird, kann ebenso an ein anderes Rechtsprinzip anknüpfen. Im Ergebnis entfalten sie ihren eigentlichen Sinngehalt erst in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung. Zu ihrer Verwirklichung bedürfen sie daher der weitergehenden Konkretisierung durch Unterprinzipien und Einzelwertungen.¹⁶

Der hier skizzierten Methodik entsprechend lässt sich die Hypothese aufstellen, dass die präventive Verhaltenssteuerung – ebenso wie der Schadensausgleich – ein fallgruppenübergreifendes Rechtsprinzip des Schadensrechts ist, das vor allem im Bereich der versagten Vorteilsausgleichung zur Geltung kommt.

III. Gang der Untersuchung

Die Verifizierung der aufgestellten Hypothese setzt eine eingehende Analyse der Fallgruppen des versagten Vorteilsausgleichs in den Mittelpunkt dieser Untersuchung (§ 3). Hierbei liegt der Fokus auf den regelmäßig auch in der Kommentarliteratur herangezogenen Grundsatzurteilen des BGH. Die Fallgruppenanalyse erlaubt Schlussfolgerungen hinsichtlich der Wertungen und Gedanken der präventiven Verhaltenssteuerung innerhalb der Fallgruppen versagter Vorteilsausgleichung zu ziehen. Auf dieser Grundlage kann das schadensrechtliche Problem der Vorteilsausgleichung im Kontext der VW-

¹⁵ H. Kötz / G. Wagner, Deliktsrecht, Valen: München, 14. edn, 2021, S. 259; H.-B. Schäfer / C. Ott, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, Springer Gabler: Berlin, 6. edn, 2020, S. 165 f.

¹⁶ F. Bydlinski / P. Bydlinski, Grundzüge der juristischen Methodenlehre, UTB: Stuttgart, 3. edn, 2018, S. 99; C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, Duncker & Humblot: Berlin, 2. edn, 1983, S. 52 ff.

Verfahren sodann aus einer erweiterten Perspektive beurteilt werden, die dem besonderen Haftungsgrund aus § 826 und einer ökonomischen Rechtsanalyse gerecht wird (§ 4). Im Ergebnis erfolgt eine am Präventionsprinzip ausgerichtete Fallgruppenbildung. Die Erkenntnisse münden in ein Fazit mit rechtspolitischem Ausblick (§ 5). Im Folgenden ist jedoch das dem Dieselskandal immanente schadensrechtliche Problem herauszuarbeiten (§ 2).

B. DER DIESELSKANDAL: EIN SCHADENSRECHTLICHES PROBLEM

I. Hintergründe zum Dieselskandal

Der Dieselskandal erreichte die deutsche Öffentlichkeit erstmalig im September 2015. In einem an den VW-Konzern adressierten Notice of Violation machte die Umweltschutzbehörde Environmental Protection Agency zunächst Verstöße gegen den US-amerikanischen Clean Air Act geltend.¹⁷ Anlass dazu gaben wiederholt nachgewiesene Abweichungen zwischen Emissionswerten bei Prüfstandbetrieb einerseits sowie bei realem Fahrzeugbetrieb andererseits. Unter anderem wurde der VW AG vorgeworfen, durch die Installation sog. Abschaltvorrichtungen (*defeat devices*) die Motorsteuerung bestimmter Fahrzeuge mit Dieselmotoren des Typs EA 189 gezielt manipuliert und somit US-Umweltstandards, vor allem die Emissionsgrenzwerte des Clean Air Act, umgangen zu haben. Der Automobilkonzern räumte die Manipulationsvorwürfe nur wenige Tage später ein.¹⁸

Bei der streitgegenständlichen Abschaltvorrichtung handelt es sich um eine die Motorfunktion von Fahrzeugen steuernde, regelnde und überwachende Software, die erkennt, ob sich das Fahrzeug aktuell auf einem technischen Prüfstand zum Zwecke der Ermittlung von Emissionswerten oder im regulären Straßenverkehr befindet. Dementsprechend bringt sie zwei Modi zum Einsatz. Im ersten Modus optimiert sie alle Emissionskontrollsysteme und bringt die Abgasrückführung in Einklang mit den gesetzlich vorgegebenen Grenzwerten. Beim Betrieb im Straßenverkehr schaltet das Gerät jedoch in den gewöhnlichen Modus. Hier kommt es zu einer erheblichen Überschreitung der Grenzwerte.¹⁹ Auch hierzulande bezwecken unionsrechtlich vorgeschriebene Emissionsgrenzwerte eine verbesserte Luftqualität, insbesondere durch die Minderung von Stickstoffoxidemissionen bei Dieselfahrzeugen, zu gewährleisten.²⁰

¹⁷ Vgl. *Environmental Protection Agency*, 'Notice of Violation – 18.9.2015', <<https://www.epa.gov/sites/production/files/2015-10/documents/vw-nov-caa-09-18-15.pdf>> zuletzt besucht 15.9.2021.

¹⁸ Pressemitteilung des (ehemaligen) VW-Vorstandsvorsitzenden Martin Winterkorn vom 20.9.2015, <<https://www.volkswagen-newsroom.com/en/press-releases/statement-by-prof-dr-winterkorn-1987>> zuletzt besucht 15.9.2021.

¹⁹ Vgl. *BMVI*, 'Bericht der Untersuchungskommission „Volkswagen“ – April 2016', S. 4, <https://www.autoevolution.com/pdf/news_attachments/630000-diesel-cars-of-german-origin-to-be-recalled-in-europe-more-to-follow-106820.pdf> zuletzt besucht 15.9.2021.

²⁰ Verordnung (EG) Nr. 715/2007 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Juni 2007 über die Typgenehmigung von Kraftfahrzeugen hinsichtlich der Emissionen von leichten Personenkraftwagen und Nutzfahrzeugen (Euro 5 und Euro 6) und über den Zugang zu Reparatur- und Wartungsinformationen für Fahrzeuge, ABI L 171/1, 29.6.2007,

Stickstoffoxide (NO_x) sind gesundheitsgefährdende Bestandteile des Abgases, die beim Verbrennungsprozess von Dieselmotoren entstehen. Nach Stand der Technik ist es den Automobilherstellern möglich, die Emissionen durch innermotorische Maßnahmen und Abgasnachbehandlungssysteme zu reduzieren. Vor allem können sie mittels Abgasrückführungseinrichtungen, Katalysatoren oder Partikelfilter Abgase in chemisch unschädliche Verbindungen umwandeln und somit reduzieren. Bekanntlich weichen Emissionswerte beim regulären Fahrbetrieb auf der Straße dennoch von denen unter laboratorischen Prüfbedingungen ab. Die Anomalien in den Emissionswerten werden vor allem auf die von Herstellerseite installierten Abschalteneinrichtungen zurückgeführt.²¹ Nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Verordnung Nr. 715/2007/EG ist der Einbau derartiger Abschalteneinrichtungen grundsätzlich verboten.

Inzwischen ist bekannt, dass in weltweit bis zu 11 Mio. Konzernfahrzeugen – davon etwa 482.000 Fahrzeuge in den USA, 8,5 Mio. Fahrzeuge in der EU und 2,5 Mio. Fahrzeuge in Deutschland – der mit einer unzulässigen Abschalteneinrichtung versehene VW-Motor des Typs EA 189 verbaut ist.²² Aktuell mehrten sich zudem Schadenersatzklagen in Bezug auf Fahrzeuge mit den Nachfolgermotoren des Typs EA 288 („Dieselgate 2.0“).²³ Der Skandal schöpft sich jedoch lange nicht an den Grenzen des VW-Konzerns aus. Vielmehr soll die Anwendung von Abschalteneinrichtungen gängige Praxis in der gesamten Automobilindustrie sein.²⁴ Dies bestätigt sich in der zunehmenden Anzahl an Klagen gegen andere Hersteller.²⁵ Demnach betreffen die mit den VW-Verfahren einhergehende Rechtserkenntnisse die gesamte Automobilindustrie und sind nicht nur von rechtswissenschaftlichem, sondern auch von herausgehobenem wirtschafts- und arbeitsmarktpolitischen Interesse.

II. Das Problem der Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren

Sechs Jahre nach Aufdeckung des Skandals sind die zivilrechtlichen Konturen in Bezug auf Motoren des Typs EA 189 weitgehend gezeichnet.²⁶ Grundsätzlich

Erwägungsgrund 6. Seit September 2020 gilt zudem das umfassend reformierte EU-Typengenehmigungsrecht nach der Verordnung 2018/858 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 über die Genehmigung und die Marktüberwachung von Kraftfahrzeugen und Kraftfahrzeuganhängern sowie von Systemen, Bauteilen und selbstständigen technischen Einheiten für diese Fahrzeuge, zur Änderung der Verordnungen (EG) Nr. 715/2007 und (EG) Nr. 595/2009 und zur Aufhebung der Richtlinie 2007/46/EG, ABI L 151/1, 14.6.2018.

²¹ P. Reusch / M. C. Neumann, 'Der Abgasskandal - Eine schematische und inhaltliche Analyse emissionsrechtlicher Bestimmungen in der Europäischen Union und Deutschland', 4 InTeR 2018, S. 188.

²² *BMVI* 2016 (supra fn. 19), S. 4. Siehe auch höchstrichterliche Entscheidungen zur Unzulässigkeit: BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1963 f.), Rn. 17 ff; EuGH, Urteil vom 17.12.2020, *CLCV*, C-693/18, ECLI:EU:C:2020:1040, NJW 2021, S. 1216.

²³ Dazu M. Heese, 'Sachaufklärung im Dieselskandal – Probleme und Abhilfen', 13 NJW 2021, S. 887.

²⁴ Vgl. *BMVI* 2016 (supra fn. 19), S. 119.

²⁵ Siehe nur gegen die Daimler AG, BGH, Urteil vom 13.7.2021 – VI ZR 128/20, BeckRS 2021, S. 21371.

²⁶ Dazu A. Sievers, 'Dieselprozesse und (k)ein Ende?! – Eine Rechtsprechungübersicht zur

haftet die VW AG den getäuschten Käufern, und zwar auch den Gebrauchtwagenkäufern gegenüber wegen sittenwidriger vorsätzlicher Schädigung.²⁷ Hierbei gilt die drei jährige Regelverjährungsfrist, die mit der allgemeinen Kenntnis des Klägers vom Dieselskandal zu laufen beginnt.²⁸ Keinen Anspruch hat, wer manipulierte Fahrzeuge noch nach Bekanntwerden des Skandals im September 2015 gekauft hat.²⁹ In den „Grundfällen“ hat die VW AG den gezahlten Kaufpreis somit Zug um Zug gegen Übergabe und Übereignung des Fahrzeugs zu erstatten. Auf den Kaufpreis müssen sich die Käufer jedoch die bis dahin aus den Fahrzeugen gezogene Nutzungsvorteile, berechnet am Maßstab der gefahrenen Kilometer, anrechnen lassen.³⁰ Der Senat wies hiermit sämtliche entgegenstehende Meinungen der Literatur zurück.

1. UNEINGESCHRÄNKTER AUSGLEICH GEZOGENER VORTEILE

Die im Bereich des Schadensrechts entwickelten Grundsätze der Vorteilsausgleichung seien dazu bestimmt einen „gerechten Ausgleich“ zwischen den widerstreitenden Interessen herbeizuführen. Hierbei dürfe der Geschädigte mit Rücksicht auf das *Bereicherungsverbot* nicht bessergestellt werden, als er ohne das schädigende Ereignis stünde. Zwar seien nur diejenigen Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen, deren Anrechnung mit dem jeweiligen „Zweck des Ersatzanspruchs“ übereinstimmen, d.h. dem Geschädigten „zumutbar“ seien und den Schädiger nicht „unangemessen entlasten“.³¹ Damit sei die Anrechnung von Vorteilen jedoch – selbst beim Anspruch aus vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung gem. § 826 – nicht per se ausgeschlossen. Nach Ansicht des Senats greifen die vorgebrachten Argumente, es erscheine „unbillig“, dass die VW AG aus der aufgedrängten Nutzung der manipulierten Fahrzeuge einen Vorteil ziehe, nicht durch.³² Zwar wirke das Deliktsrecht auch präventiv, die Prävention sei jedoch nur eine „nützliche Folge“ der Kompensation. Ein anderes Ergebnis käme dem Zuspruch eines dem deutschen Recht fremden „Strafschadensersatzes“ gleich.³³

2. UMFASSENDE VERSAGUNG EINER VORTEILSAUSGLEICHUNG

Damit lehnt der BGH eine sowohl im Schrifttum³⁴ als auch in der Instanzenrechtsprechung³⁵ stark vertretene Ansicht ab, die eine versagte Vorteilsausgleichung

Abgastechnik bei VW, Daimler und Fiat, 9 DAR 2021, S. 532. Eine Rechtsprechungsübersicht ist abrufbar unter <<https://www.uni-regensburg.de/rechtswissenschaft/buergerliches-recht/heese/projekt-dieselskandal/index.html>> zuletzt besucht 16.9.2021.

²⁷ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962.

²⁸ BGH, Urteil vom 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, S. 918.

²⁹ BGH, Urteil vom 30.7.2020 – VI ZR 5/20, NJW 2020, S. 2798 (2803 ff.), Rn. 32 ff.

³⁰ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970), Rn. 64 ff.

³¹ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970), Rn. 65.

³² BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970), Rn. 66.

³³ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970), Rn. 67; vgl. bereits zuvor C. Ambrüster, ‘Herstellerhaftung für abgasmanipulierte Fahrzeuge’, 18 ZIP 2019, S. 837 (846); Riehm 2019 (supra fn. 14), S. 1105.

³⁴ Heese 2019 (supra fn. 13), NJW, S. 261 f.; Heese 2019 (supra fn. 13), VuR, S. 125 ff.; S. Otte-Gräßner, ‘Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB durch unzulässige Abschalt- einrichtung („Abgasskandal“), 8 GWR 2019, S. 149; A. Staudinger, ‘Vorteilsanrechnung und

in den VW-Verfahren befürwortet. Dieser Ansicht zufolge sei eine Anrechnung von Nutzungsvorteilen mit dem Zweck der *Prävention* bei deliktischen Ansprüchen nicht zu vereinbaren.³⁶ Im Allgemeinen bliebe der von § 826 missbilligte sittenwidrige Warenabsatz am Markt wirtschaftlich ohne nennenswerte Folgen für den Hersteller. Der Umstand, dass der Umfang des anzurechnenden Vorteils von den tatsächlich gefahrenen Kilometern abhängig sei, setze zudem unerwünschte Anreize zur „mutwilligen Leistungsverzögerung“. Das Hinauszögern einer gerichtlichen Durchsetzung von Ersatzansprüchen erweise sich für die VW AG damit als profitables Nachtatverhalten.³⁷ Eine „effektive Unterbindung“ dessen mittels versagter Vorteilsausgleichung sei das „einzige Mittel“, eine Verhaltensänderung herbeizuführen und letztlich abschreckend zu wirken.³⁸

3. ZEITWEISE ANRECHNUNG BIS ZUM RÜCKABWICKLUNGSVERLANGEN

Nach einer anderen Ansicht sind lediglich diejenigen Vorteile in Abzug zu bringen, die der Käufer gezogen hat, während er das Auto vorbehaltlos nutzen konnte.³⁹ Unberücksichtigt bleiben hingegen Nutzungen, die dem Käufer innerhalb des Zeitraums nach Äußerung seines Rückabwicklungsverlangens bis hin zur tatsächlichen Rückabwicklung quasi „aufgedrängt“ wurden. Wenn man durchgängig einen Abzug der Gebrauchsvorteile vornehmen würde, wäre die Beklagte bei entsprechend langer Prozessdauer, auf die sie durchaus Einfluss habe, weitgehend oder gar vollständig von der Schadensersatzpflicht befreit.⁴⁰ Andererseits könne eine umfassende Versagung der Vorteilsausgleichung auch eine „unbillige Entlastung“ des Geschädigten zur Folge haben, der immerhin über einen gewissen Zeitraum unbeanstandet mit dem Fahrzeug fahren konnte.⁴¹

III. Schadensrechtliche Einordnung

1. DAS KLASSISCHE SCHADENSRECHT DES BGB

Die schadensrechtliche Einordnung der VW-Verfahren setzt eine Darstellung des klassischen BGB-Schadensrecht voraus, dessen dogmatischen Konturen durch das

Verzinsung im Dieselskandal', 10 NJW 2020, S. 641 (645); S. *Arnold*, 'Schuldrecht BT: Abgasskandal und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung', 7 JuS 2020, S. 684 (686 f.); I. v. *Mirbach*, 'Der Vorteilsausgleich bei der Nutzungsanrechnung für manipulierte Diesel-Fahrzeuge', 3 MDR 2020, S. 129; L. *Klöhm*, 'Nutzungsanrechnung und deliktische Zinsen im VW-Dieselskandal', 8 ZIP 2020, S. 341 (343 ff.).

³⁵ Vgl. nur LG Frankfurt a. M., Entscheidung vom 30.4.2020 – 2-27 O 2/19, BeckRS 2020, S. 8409, Rn. 32 ff.; LG Mannheim, Entscheidung vom 7.2.2020 – 9 O 258/19, BeckRS 2020, S. 4003, Rn. 24 f.

³⁶ *Heese* 2019 (supra fn. 13), VuR, S. 127; LG Mannheim, Entscheidung vom 7.2.2020 – 9 O 258/19, BeckRS 2020, S. 4003, Rn. 25.

³⁷ *Heese* 2019 (supra fn. 13), VuR, S. 129.

³⁸ LG Frankfurt a. M., Entscheidung vom 30.4.2020 – 2-27 O 2/19, BeckRS 2020, S. 8409, Rn. 33.

³⁹ OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 13.1.2020 – 15 U 190/19, NJW 2020, S. 546; *Bruns* 2019 (supra fn.13), S. 804 ff.; *Bruns* 2019 (supra fn.13), S. 2211; *Bruns* 2020 (supra fn.13), S. 508.

⁴⁰ OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 13.1.2020 – 15 U 190/19, NJW 2020, S. 546 (547), Rn. 10.

⁴¹ OLG Hamburg, Hinweisbeschluss vom 13.1.2020 – 15 U 190/19, NJW 2020, S. 546 (547), Rn. 19.

übergeordnete Prinzip des *Ausgleichs* gezeichnet sind.⁴² Ganz im Sinne der tief verwurzelten Trennung von Straf- und Zivilrecht, soll es das Schadensrecht von pönalisierenden Erwägungen isolieren, um einen rechtssicheren Rahmen für die Lösung von Schadensermittlungsprozessen zu schaffen, innerhalb dessen der Richter frei von jeglichen Wertungen und an das Gesetz gebunden ist.⁴³

Seinen gesetzlichen Ausdruck findet das Ausgleichsprinzip damit in den haftungsausfüllenden Normen der §§ 249 ff. Der Schadensersatz gewährt dem in seinem Vermögen nachteilig Betroffenen einen Ausgleich für die erlittene Einbuße. Hierbei wird der Schaden dem Geschädigten abgenommen und auf einen anderen – den Schädiger – verlagert.⁴⁴ Die Annahme, dass der Geschädigte durch die Schadensersatzleistung keinen Gewinn erzielen soll (sog. Bereicherungsverbot)⁴⁵ hebt diesen Gedanken in eine bestimmte Richtung hervor: Demzufolge bildet der Schaden eine „kritische Grenze zwischen rechtlich gebotener Kompensation und rechtlich unzulässiger Überkompensation“.⁴⁶ In die andere Richtung gedacht, haftet der Ersatzpflichtige für den gesamten Schaden, den er in ihm zurechenbarer Weise verursacht hat (sog. Totalreparation).⁴⁷

Beide Denkrichtungen beinhaltet das Alles-oder-Nichts-Prinzip. In Übereinstimmung mit der systematischen Trennung von Haftungsbegründung (Haftungsrecht) und -ausfüllung (Schadensrecht) verhindert das Alles-oder-Nichts-Prinzip eine Abstufung des Haftungsumfangs nach Art und Grad des Verschuldens.⁴⁸ Vor diesem Hintergrund soll die Differenzhypothese den Weg in eine „wertungsfreie Rechenoperation“ ebnen. Maßgeblich ist hier ein rechnerischer Vergleich zwischen der tatsächlich gegebenen Vermögenslage und der hypothetischen Vermögenslage, die ohne das schädigende Ereignis bestehen würde. In die Differenzrechnung sind neben Nachteilen auch verletzungsbedingt

⁴² So die überwiegende Auffassung in der Literatur O. Brand, Schadensersatzrecht, C.H. Beck: München, 2. edn, 2015, S. 14; I. Ebert, ‘Vorbemerkung §249’, in: H.-P. Westermann / B. Grunewald / G. Maier-Reimer (eds), Ermann: BGB Kommentar, otto schmidt: Köln, 16. edn, 2020, Rn. 1; Flume 2021 (supra fn. 1), Beck-OK §249, Rn. 50; C. Grüneberg, ‘Vorbemerkung §249’, in: O. Palandt (eds), Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, C.H. Beck: München, 80. edn, 2021, Rn. 2; A. Teichmann, ‘Vorbemerkung §§249-253’, in: R. Stürmer (ed.), Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar, C.H. Beck: München, 17. edn, 2018, Rn. 1; H. Oetker 2019 (supra fn. 1), MüKo §249 BGB, Rn. 8 f.

⁴³ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Band 2 Recht der Schuldverhältnisse, De Gruyter: Berlin, 1896, S. 17 f.; U. Diederichsen, ‘Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht’, in: F. Hauss / R. Schmidt (eds), Festschrift für Ernst Klingmüller, Versicherungswirtschaft: Karlsruhe, 1974, S. 65 (68).

⁴⁴ Brand 2015 (supra fn. 42), S. 14; H. Oetker 2019 (supra fn. 1), MüKo §249 BGB, Rn. 8 f.; E. Deutsch, ‘Die Zwecke des Haftungsrechts’, 26-8 JZ 1971, S. 244 (245).

⁴⁵ G. Schiennann, ‘Vorbemerkung §249’, in: M. Martinek (eds), Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2, Sellier / de Gruyter: Berlin, 15. edn, 2017, Rn. 2; BGH, Urteil vom 4.6.1992 – IX ZR 149/91, NJW 1992, S. 3096.

⁴⁶ C. Alexander, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht, Mohr-Siebeck: Tübingen 2010, S. 158 f.

⁴⁷ Brand 2015 (supra fn. 42), S. 19 f.

⁴⁸ Brüggemeier 2006 (supra fn 6), S. 555; Möller 2006 (supra fn. 8), S. 55.

eingetretene Vorteile einzubeziehen (sog. Vorteilsausgleichung).⁴⁹

2. DIE „GEBROCHENHEIT“ DES KLASSISCHEN SCHADENSRECHTS

Die Rechtsentwicklung zeigt indessen, dass das ursprüngliche Ziel des Gesetzgebers, den Richter durch eine wertungsfreie Rechenoperation an das Gesetz zu binden, fehlgeschlagen ist. Das gegenwärtige Schadensrecht ist in erheblichem Maße durch die richterliche Rechtsfortbildung geprägt.⁵⁰ Mit der Weiterentwicklung von der Begriffsjurisprudenz hin zur Interessens- und Wertungsjurisprudenz hat das Gesetz seine wegweisende Bedeutung verloren.⁵¹ In der Praxis gelangen die Richter vielmehr zu ergebnisgelenkten Entscheidungen nach Wertungs- und Gerechtigkeitsgesichtspunkten.⁵²

Heute besteht weitestgehend Einigkeit darüber, dass nicht immer sämtliche durch das Schadensereignis hervorgerufene Vor- und Nachteile in die Differenzrechnung einzubeziehen sind. Neben die kühle Rechnung treten regelmäßig „wertende Gesichtspunkte“, die darüber entscheiden, welche Positionen zu welchem Wert innerhalb der Schadensermittlung berücksichtigt werden.⁵³ So wendet der BGH die *Schutzzwecklehre* in ständiger Rechtsprechung an und schließt solche Schäden aus der Ersatzpflicht aus, die außerhalb des Schutzbereichs der haftungsbegründenden Norm liegen.⁵⁴ Gleichmaßen entscheidet der „Zweck des Ersatzanspruchs“ im Rahmen der Vorteilsausgleichung darüber, welche der durch das Schadensereignis verursachten Vorteile als differenz- und schadensmindernd in die Berechnung einzubeziehen sind.⁵⁵ Die Schutzzwecklehre entnimmt den Umfang der Ersatzpflicht dem Haftungsgrund selbst, koppelt also das Schadens- an das Haftungsrecht.⁵⁶

Die „Tendenz vom Rechnen zum Werten“ wird in Literatur und Rechtsprechung mit dem Begriff des *normativen Schadens* umschrieben.⁵⁷ Letztlich handelt es sich hierbei nicht um einen Schadensbegriff, sondern um die Erkenntnis der Wertungs-offenheit von Schadensermittlungsprozessen. Der Begriff selbst enthält nämlich keinen materiellen Aussagegehalt. Vielmehr erweist er sich als eine Art „Mogelpackung“ in der Hand der Rechtsprechung, die immer dann zur Anwendung kommt, wenn sich die Annahme eines Schadens nicht mehr rein rechnerisch-quantitativ begründen lässt.⁵⁸

Vor diesem Hintergrund gewinnen Wertungen von Prävention und Verhaltens-

⁴⁹ Vgl. *Brand* 2015 (supra fn. 42), S. 7; *H. Oetker* 2019 (supra fn. 1), MüKo §249 BGB, Rn. 37 ff.; *G. Schieman*, ‘§249’, in: M. Martinek (eds), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 2, Sellier / de Gruyter: Berlin, 15. edn, 2017, Rn. 7.

⁵⁰ *Kötz / Wagner* 2021 (supra fn. 15), S. 259.

⁵¹ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 92.

⁵² *Diederichsen* 1974 (supra fn. 43), S. 69.

⁵³ Statt vieler *Brand* 2015 (supra fn. 42), S. 7 f.; *Rüßmann* 2020 (supra fn. 2), jurisPK §249, Rn. 7, 25.

⁵⁴ Vgl. nur BGH, Urteil vom 20.5.2014 – VI ZR 381/13, NJW 2014, S. 2190 (2191), Rn. 10 m.w.N.

⁵⁵ Vgl. nur BGH, Urteil vom 28.6.2011 – KZR 75/10, NJW 2012, S. 928 (933), Rn. 58 m.w.N.

⁵⁶ *Teichmann* 2018 (supra fn. 42), Jauernig Vor. §§249–253, Rn. 31.

⁵⁷ Statt vieler *Brand* 2015 (supra fn. 42), S. 8 f.; in der Rechtsprechung BGH, Urteil vom 27.4.1965 – VI ZR 124/64, NJW 1965, S. 1430 (1431).

⁵⁸ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 75 und 92 f.

steuerung an Bedeutung. Im schadensrechtlichen Kontext heißt das so viel wie Schadensvorbeugung durch Abschreckung.⁵⁹ Dem liegt die Annahme zugrunde, dass eine drohende Schadensersatzpflicht Mitglieder einer Rechtsgemeinschaft zu rechtskonformen Verhalten anhalten, d. h. eine Verhaltenssteuerung bewirken kann, sofern potentielle Schädiger mit der Schadensersatzpflicht verbundene Kosten einkalkulieren und mit den Vorteilen der von ihnen verfolgten Handlungszwecke abwägen.⁶⁰ Auf Stand der Forschung besteht Einigkeit darin, dass die Begründung einer Haftung naturgemäß präventive oder verhaltenssteuernde Wirkungen entfalten kann. Dahinstehen kann, ob die Haftungsbegründung in erster Linie dem Schadensausgleich dient und die verhaltenssteuernde Wirkung als „erwünschtes Nebenprodukt“ herbeiführt oder ob es primär um die Verhaltenssteuerung geht und die ausgleichende Ersatzpflicht nur das Mittel zum eigentlichen Zweck der Prävention darstellt.⁶¹

Uneinigkeit besteht jedoch hinsichtlich des Stellenwerts präventiver Verhaltenssteuerung im Schadensrecht. Auf dem Pfad des klassischen Schadensrechtsverständnisses befinden sich die Befürworter eines von den Zwecken und Prinzipien der Haftungsanordnung distanzierenden und ausschließlich am Ausgleich orientierten Schadensrechts.⁶² Demnach entfaltet sich die Prävention immer nur im Rahmen des Ausgleichsprinzips und hat keinen Einfluss auf die Bestimmung des Haftungsumfanges. Weit entfernt davon, ein tragendes Rechtsprinzip des Schadensrechts zu sein, kann sie das Ausgleichsprinzip weder ergänzen noch einschränken.

Etwas anderes ergibt sich freilich aus einer vermehrt geteilten Ansicht, die den Zweck der haftungsausfüllenden Normen untrennbar mit der Ratio der Haftungsnormen verbindet. Als „Assistenten“ oder „Diener“ seien die haftungsausfüllenden Normen einzig dazu bestimmt, den haftungsbegründenden Normen Geltung zu verschaffen. Gerechtfertigt ist eine über den Schadensausgleich hinaus gehende Prävention oder Verhaltenssteuerung demnach, wenn die Haftungsnorm dies gebietet.⁶³ Mit diesem Ansatz ist der Nährboden für die Fruchtbarmachung der Prävention als Rechtsprinzip geschaffen.

III. ZWISCHENERGEBNIS

Nach obiger Ausführung steht die Entscheidung des Senats, eine Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren uneingeschränkt durchzuführen, im Einklang mit dem hier dargestellten klassischen Schadensrecht des BGB. Wie dargestellt ist dieses Schadensrechtsverständnis jedoch keineswegs „ungebrochen“. Mit der Tendenz vom „Rechnen zum Werten“ und der „Verkoppelung“ von Haftungsgrund und

⁵⁹ *H. Löwe*, Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht, Peter Lang: Frankfurt, 2000; eingehend zum Präventionsbegriff *A. Janssen*, Präventive Gewinnabschöpfung, Mohr Siebeck: Tübingen, 2017, S. 69 f.; *S. Klunpp*, Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke, Duncker-Humboldt: Berlin, 2002, S. 56; *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 96, 275.

⁶⁰ *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 307.

⁶¹ Vgl. *Janssen* 2017 (supra fn. 59), S. 154 f. m. w. N.

⁶² Siehe oben § 2, C., I., S. 7 f.

⁶³ Statt vieler *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 12 ff.; *G. Wagner*, 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?', 2-3 AcP 2006, S. 352 (456 ff); *Schäfer / Ott* 2020 (supra fn. 15), S. 165.

Haftungsumfang nimmt die Prävention an qualitativer Bedeutung zu und erstarkt möglicherweise zum Rechtsprinzip. Auf dieser Linie lassen sich die im Dieselskandal vertretenen Meinungen zur Einschränkung der Vorteilsausgleichung erklären. Dem folgenden Abschnitt bleibt die Frage überlassen, ob Gedanken und Wertungen der Prävention in der bisherigen Rechtsprechung des BGH zur versagten Vorteilsausgleichung zum Ausdruck gekommen sind.

C. VERSAGTE VORTEILSAUSGLEICHUNG UND PRÄVENTIONSPRINZIP

Die Vorteilsausgleichung beruht auf dem Gedanken, dass durch eine schädigende Handlung nicht nur ausgleichende Nachteile, sondern auch anrechenbare Vorteile entstehen können.⁶⁴ Soweit der Schädiger nach § 249 Abs. 1 denjenigen Zustand herzustellen hat, der bei Hinwegdenken des Schadensereignisse bestehen würde, sind bei strikter Anwendung der Differenzhypothese sämtliche schadensmindernde Vorteile zu berücksichtigen. Die Rechtsprechung untermauert dies mit der Wertung des Bereicherungsverbots: Das Schadensereignis soll den Geschädigten nicht besserstellen, als er sonst dastünde.⁶⁵ Freilich fließen nicht immer sämtliche durch das Schadensereignis hervorgerufene Vorteile in die Schadensberechnung ein. Allgemeingültige Kriterien für die Anrechenbarkeit oder Nichtanrechenbarkeit von Vorteilen existieren nicht. Die Literatur behilft sich mit einer Systematisierung nach Fallgruppen.⁶⁶

I. Fallgruppen der versagten Vorteilsausgleichung

1. DRITTLEISTUNGEN

Die Vorteilsausgleichung wird regelmäßig versagt, wenn der Geschädigte einen Vorteil durch die Leistung eines Dritten erlangt. Dies gilt vor allem für den Bereich der Vorsorge, in dem dritte Vorsorgeträger den Schaden beim Geschädigten ausgleichen und über unterschiedliche Regresskonstruktionen einen Anspruch gegen den Schädiger erhalten. Aber auch sonstige Leistungen Dritter sind zumeist – unabhängig davon, ob sie auf verpflichtender oder freiwilliger Basis beruhen – nicht anrechenbar.

A) VERSICHERUNGSLEISTUNGEN

Nach § 86 Abs. 1 S. 1 VVG⁶⁷ geht der Ersatzanspruch eines geschädigten Versicherungsnehmers auf den Versicherer über, sofern zuletzt genannter den Schaden ersetzt. Damit ist die Vorteilsausgleichung für den gesamten Bereich der Schadensversicherung ausgeschlossen.⁶⁸ Den Vorschriften über die Legalzession von Schadensersatzansprüchen liegt immer eine Wertung für die Versagung der

⁶⁴ *Flume* 2021 (supra fn. 1), Beck-OK §249, Rn. 331; *H. Oetker* 2019 (supra fn. 1), MüKo §249 BGB, Rn. 228.

⁶⁵ BGH, Urteil vom 28.6.2007 – VII ZR 81/06 NJW 2007, S. 2695 (2696), Rn. 18 m. w. N.; siehe bereits oben § 2, C., I., S. 8.

⁶⁶ Statt vieler *Flume* 2021 (supra fn. 1), Beck-OK §249, Rn. 331 ff.

⁶⁷ Entspricht § 67 Abs. 1 S. 1 VVG a. F.

⁶⁸ Vgl. *Schiemann* 2017 (supra fn. 49), Staudinger §249, Rn. 159; *G. Thüsing*, Wertende Schadensberechnung, C.H. Beck: München, 2001, S. 77.

Vorteilsausgleichung zugrunde, da sie andernfalls leerlaufen würden. Schließlich kann ein Ersatzanspruch des Geschädigten gegen den Schädiger nur auf den Dritten übergehen, wenn sie einmal bestanden hat bzw. noch besteht.⁶⁹

Bei der Summenversicherung fehlt eine entsprechende Vorschrift über die Legalzession. Gleichwohl versagt die Rechtsprechung auch hier eine Vorteilsausgleichung. So finden Leistungen aus einer vom Geschädigten abgeschlossenen Unfallversicherung keine schadensmindernde Berücksichtigung.⁷⁰ Ebenfalls sind Leistungen aus der Lebensversicherung auf die Ansprüche aus § 844 Abs. 2 bzw. § 845 nicht anrechnungsfähig und zwar unabhängig davon, ob die Lebensversicherung als Risiko- oder als Sparversicherung abgeschlossen wurde.⁷¹ Im grundlegenden Fall nahmen die Kl. den Bekl. zum Ersatz ihres Unterhaltsausfallschadens aus § 844 Abs. 2 in Anspruch, da dieser bei einem Verkehrsunfall den Tod des Unterhaltsverpflichteten fahrlässig verursacht hatte. Der VI. Zivilsenat versagte die Anrechnung von Erträgen aus der vom Getöteten abgeschlossenen Lebensversicherung auf den Erlebens- und Todesfall, die den Kl. infolge der Tötung zugefallen waren. In Anbetracht von „Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht“ aus § 844 Abs. 2 erscheine es „nicht recht und billig“, den Hinterbliebenen eine Anrechnung „zuzumuten“.⁷² Der Getötete habe sich die private Schadensvorsorge durch nicht unerhebliche Prämienzahlungen erkaufte, um seine Hinterbliebenen für den Fall seines vorzeitigen Ablebens wirtschaftlich abzusichern; nicht etwa um den für seinen Tod verantwortlichen Schädiger zu entlasten.⁷³

Für eine Anrechnung der Versicherungsleistung sprach sich insbesondere *Rother* vor mehr als 50 Jahren aus. Gegen eine Anrechnung spreche hier lediglich die Erwägung, es sei unbillig den Schädiger nicht mit dem vollen Schaden zu belasten. Dieser an „pönale Elemente des Schadensrechts“ angelehnten Überkompensation des Geschädigten stehe jedoch das Ausgleichsprinzip entgegen.⁷⁴ Dass es sich bei den vorzeitig ausbezahlten Erträgen aus der Sparversicherung um einen Vorteil handele, räumte auch der Senat ein.⁷⁵ In der Tat erscheint es vom Standpunkt des Bereicherungsverbots aus fraglich, wenn der Geschädigte – zusätzlich zu den Erträgen aus einer privaten Unfall- oder Lebensversicherung – den vom Schädiger zu leistende Schadensersatz vereinnahmen kann; also eine Kumulation von Versicherungsleistung und Schadensersatz erfolgt.⁷⁶

⁶⁹ Müller 2000 (supra fn. 7), S. 220; Schiemann 2017 (supra fn. 49), Staudinger §249, Rn. 135.

⁷⁰ BGH, Urteil vom 19.11.1955 – VI ZR 214/54, NJW 1956, S. 222; BGH, Urteil vom 17.10.1957 – II ZR 161/56 NJW 1957, S. 1876.

⁷¹ Vgl. insb. BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 218/76, NJW 1979, S. 760 (762); anders noch bei Sparversicherungen in BGH, Urteil vom 19.4.1963 – VI ZR 154/62, NJW 1963, S. 1604.

⁷² BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 218/76, NJW 1979, S. 760 (761).

⁷³ BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 218/76, NJW 1979, S. 760 (762).

⁷⁴ Vgl. *W. Rother*, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, Beck: München, 1965, S. 237 ff.; zitiert nach *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 80.

⁷⁵ BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 218/76, NJW 1979, S. 760 (761).

⁷⁶ Vgl. *G. Wagner*, ‘§843 BGB’, in: F. J. Säcker / R. Rixecker / H. Oetker / B. Limperg (eds), Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 8. edn, 2019, Rn. 42.

Für den Bereich der Sozialversicherungen schreibt § 116 SGB X⁷⁷ den Übergang gesetzlicher Schadenersatzansprüche auf den Sozialversicherer bzw. den Träger der Sozialhilfe vor. Die Rechtsprechung versagt hier eine Vorteilsausgleichung, wenn es in Fällen der Tötung von Sozialversicherungsrentnern um den Übergang von Unterhaltersatzförderungen nach § 844 Abs. 2 geht.⁷⁸ Im exemplarischen Fall zahlte die Rentenversicherung den Hinterbliebenen der Getöteten eine Rente und verlangte diese dann bis zum Zeitpunkt des hypothetisch natürlichen Todes der Rentner von den Schädigern ersetzt. Die Revision bezweifelte den Übergang der Ersatzpflicht. Den Hinterbliebenen wäre aufgrund der Rentenzahlung kein Schaden entstanden. Zudem hätte der Versicherungsträger infolge des Schadensereignisses geringere Leistungen als bisher zu erbringen, weil die Hinterbliebenenrente hinter der zuvor gezahlten Altersrente zurückbliebe.⁷⁹

Dem entgegnet der Großenrat damit, dass Sinn und Zweck des § 1542 RVO a. F. die Schaffung eines „der Billigkeit entsprechenden“ Ausgleichs wären. Der zu diesem Zweck vorgesehene Anspruchsübergang könne keineswegs als Geltendmachung eines dem Versicherungsträger selbst erwachsenen Drittschadens – mit der Folge, dass der Ersatzanspruch sich auf den vom Versicherungsträger selbst erlittenen Schaden begrenzen würde – gedeutet werden.⁸⁰ Nach „rechtsethischen Erwägungen“ dürfe der Schädiger nicht dadurch entlastet werden, dass der von ihm verursachte Schaden durch Leistungen der Sozialversicherung ausgeglichen werde, besonders da diese Leistungen durch Arbeit und Beiträge der Solidargemeinschaft verdient werden und oftmals nur mit erheblichen Zuschüssen des Staates, d.h. der Allgemeinheit möglich seien.⁸¹ Der Schädiger habe eine derartige Begünstigung gerade am wenigsten „verdient“.⁸²

Dem Großenrat wird hier vorgeworfen, sein Ergebnis bei „gänzlichem Dogmatikverzicht“ unter ausschließlicher Berücksichtigung rechtsethischer und moralischer Gesichtspunkte erreicht zu haben.⁸³ Mit der Kategorie des „Verdienens“ schleuse er die Aspekte der Verantwortung und des Verschuldens in den Schadenersatzprozess mithinein und schaffe damit eine wechselseitige Abhängigkeit zwischen des Schädigers Verhalten sowie dessen Behandlung durch die Rechtsprechung.⁸⁴ In einer weiteren Entscheidung bestätigt der VI. Zivilsenat den Beschluss des Großenrats und fügt dem hinzu, dass es gerade bei unerlaubten Handlungen dem Willen der Rechtsordnung entspreche, dass der Schädiger die Folgen seiner Tat trägt.⁸⁵ Somit dürfte auch dieser Begründung des BGH eine „Sanktionierung“ des Schädigers zugrunde liegen⁸⁶, wenn mit Rücksicht auf einen

⁷⁷ Ausgehend von der Vorgängernorm § 1542 RVO a. F.

⁷⁸ Vgl. insb. BGH, Beschluss vom 30.3.1953 – GSZ 1-3/53, NJW 1953, S. 821; BGH, Urteil vom 9.3.1971 – VI ZR 173/69, NJW 1971, S. 936.

⁷⁹ BGH, Beschluss vom 30.3.1953 – GSZ 1-3/53, NJW 1953, S. 821.

⁸⁰ BGH, Beschluss vom 30.3.1953 – GSZ 1-3/53, NJW 1953, S. 821 (822).

⁸¹ BGH, Beschluss vom 30.3.1953 – GSZ 1-3/53, NJW 1953, S. 821 (823).

⁸² BGH, Beschluss vom 30.3.1953 – GSZ 1-3/53, NJW 1953, S. 821 (822).

⁸³ Müller 2000 (supra fn. 7), S. 225.

⁸⁴ G. Schieman, Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts, Beck: München, 1981, S. 125.

⁸⁵ BGH, Urteil vom 9.3.1971 – VI ZR 173/69, NJW 1971, S. 936 (937).

⁸⁶ Vgl. Müller 2000 (supra fn. 7) m. w. N.

„pönalen Haftungszweck“ die Vorwerfbarkeit gegenüber dem Schädiger in den Vordergrund gestellt⁸⁷ oder gar der „sachfremde Gedanke der Sühne“ in den Problembereich der Vorteilsausgleichung integriert werde⁸⁸.

B) LEISTUNGEN DES ARBEITGEBERS UND DES DIENSTHERRN

Entgeltfortzahlungen eines Dritten an den Geschädigten sollen nicht den Schädiger entlasten und sind deswegen nicht auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen. Für das Arbeitsverhältnis ergibt dies sich daraus, dass der Ersatzanspruch nach § 6 EFZG auf den Arbeitgeber übergeht. Eine entsprechende Regelung für Beamtenverhältnisse ist dem § 76 BBG⁸⁹ zu entnehmen.

Freilich hatte sich der BGH mit der Frage nach der Vorteilsausgleichung bei Entgeltfortzahlungen schon vor Erlass der Vorschriften über die Legalzession auseinanderzusetzen. Sofern der III. Zivilsenat eine Versagung der Vorteilsausgleichung ursprünglich mit der von § 616 Abs. 2 a. F.⁹⁰ i.V.m. § 189 RVO⁹¹ bezweckten Entlastung der Krankenkassen begründete,⁹² vermag dies schon deshalb nicht zu überzeugen, weil das Ziel einer Entlastung der Krankenkassen nicht zwingend eine Belastung des Schädigers erfordert. Die Krankenkassen wären genauso entlastet, wenn im vorliegenden Fall der Arbeitnehmer bzw. der Arbeitgeber mit dem Schaden verbleiben würde. Angesichts dessen lasse sich die versagte Vorteilsausgleichung nur als „rechtsethisch gefärbte Entscheidung“ werten, dem Schädiger die Ausgleichung „sozialgebundener Vorteile“ zu verweigern. Dabei erinnere die Argumentation des Senats sowohl in den Gründen als auch in der Wortwahl an eine „verwerfliche Tätergesinnung“.⁹³

Der Senat führt aus, den deliktischen Schädiger gehe der Entgeltfortzahlungsanspruch des Arbeitnehmers gegenüber seinem Arbeitgeber nichts an.⁹⁴ Als „Schadenstifter“⁹⁵ und „Täter“⁹⁶ einer unerlaubten Handlung solle er durch die Entgeltfortzahlung nicht bessergestellt werden, als er sonst dastünde. Der Senat räumt zwar ein, dass der Schaden nicht schon in einer Beeinträchtigung der Erwerbsfähigkeit, sondern immer erst in der tatsächlichen Erwerbseinbuße liege – einen Schaden nach der Differenzhypothese verneinte insofern bereits das Berufungsgericht –, dennoch hielt er einen Schaden „unter dem Gesichtspunkt der Vorteilsausgleichung“ für gegeben.⁹⁷

In einer weiteren Entscheidung versagt der VI. Zivilsenat eine Vorteilsausgleichung unter besonderer Hervorhebung des „spezifischen Fürsorgecharakters“ der Entgeltfortzahlung. Als „soziale Last“, die auf „Opfer“ anderer beruhe, dürfe

⁸⁷ *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 82.

⁸⁸ *O. Werner*, ‘Vorbemerkung §§249 ff.’, in: Michael Martinek (eds), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Buch 2, Sellier / de Gruyter: Berlin, 15. edn, 2017, Rn.108; zitiert nach *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 226.

⁸⁹ Entspricht § 87a BBG a. F.

⁹⁰ Vorgängermorm des heutigen § 3 EFZG.

⁹¹ Vorgängermorm des heutigen § 49 SGB V.

⁹² BGH, Urteil vom 19.6.1952 – III ZR 295/51, NJW 1952, S. 1249 (1250).

⁹³ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 221 f.

⁹⁴ BGH, Urteil vom 19.6.1952 – III ZR 295/51, NJW 1952, S. 1249 (1251).

⁹⁵ BGH, Urteil vom 19.6.1952 – III ZR 295/51, NJW 1952, S. 1249 (1250).

⁹⁶ BGH, Urteil vom 19.6.1952 – III ZR 295/51, NJW 1952, S. 1249 (1251).

⁹⁷ BGH, Urteil vom 19.6.1952 – III ZR 295/51, NJW 1952, S. 1249 (1250).

die Entgeltfortzahlung nicht demjenigen zugutekommen, der den Schadensfall in verantwortlicher Weise verursacht hat. Ansonsten würde der „sozialpolitische Sinn“ dieser Leistung ins Gegenteil verkehrt werden.⁹⁸ Auch wenn ein Schaden nach der Differenzhypothese nicht entstanden sei, habe der Schädiger „billigerweise“ die Last zu tragen, um einen „gerechten Ausgleich“ zu gewährleisten. Dieses Ergebnis liefe nach Ansicht des Senats auch nicht auf einen fingierten Schaden „unter dem Gesichtspunkt einer Bestrafung“ des Schädigers hinaus. Vielmehr könne die Schadensersatzpflicht erst bei einer „wirtschaftlichen und rechtlichen Wertung“ unter Berücksichtigung der gesamten Interessenlage entschieden werden.⁹⁹

Noch weiter geht der Senat, wenn er den Schädiger, unter Zugrundelegung eines „normativen Schadens“ bzw. eines „Schadens im Rechtssinne“, zum Ersatz des Bruttogehalts einschließlich der Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung verpflichtet.¹⁰⁰ Ein entsprechender Regressanspruch des Arbeitgebers in eben dieser Höhe möge, so *Selb*, das Schadensersatzsystem „sprengen“ und „poenalisieren“, besonders weil dem Geschädigten im Falle einer unterbliebenen Entgeltfortzahlung ein Schaden nur in Höhe des Nettolohns entstanden wäre.¹⁰¹ Die Absicht der Rechtsprechung, Verkehrsteilnehmer durch das schadensrechtliche Instrumentarium zu verkehrsgerechtem Verhalten anzuhalten sei hier offensichtlich.¹⁰² Dass der VI. Zivilsenat den dogmatischen Weg des „normativen Schadens“ bestreitet und das Problem der Vorteilsausgleichung hier nicht erwähnt, könne nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Wertungen, die gegen eine Anrechnung der Entgeltfortzahlung vorgebracht werden weitgehend übereinstimmen.¹⁰³

Die „Sanktionserwägungen“ werden umso deutlicher, wenn die Rechtsprechung in weiteren Entscheidungen über ähnlich gelagerte Sachverhalte eine Versagung der Vorteilsausgleichung bemüht. So sind freiwillige oder arbeitsvertraglich bedungene Zahlungen des früheren Arbeitgebers auf den Schadensersatzanspruch eines arbeitsunfähig gewordenen Geschädigten nicht anzurechnen.¹⁰⁴ Der Schadensersatzpflichtige dürfe nicht „unbillig begünstigt“ werden, auch wenn der Anspruchsberechtigte grundsätzlich nicht mehr erhalten solle, als sein Schaden beträgt.¹⁰⁵ Der Senat hebt hervor, dass der Schädiger ansonsten einen „ungerechtfertigten Vorteil“ erlangen würde.¹⁰⁶ In der Folge sah sich der Senat mit dem Vorwurf konfrontiert, „dem Straf- und Sühnedanken maßgebliches Gewicht beigemessen“ zu haben.¹⁰⁷ Im Falle einer an die Witwe des getöteten Arbeitnehmers vom früheren Arbeitgeber geleisteten Witwenpension befürchtet

⁹⁸ BGH, Urteil vom 22.6.1956 – VI ZR 140/55, NJW 1956, S. 1473.

⁹⁹ BGH, Urteil vom 22.6.1956 – VI ZR 140/55, NJW 1956, S. 1473 (1474).

¹⁰⁰ Vgl. BGH NJW 1964, 2007, 2008; BGH NJW 1965, 1430, 1431.

¹⁰¹ *W. Selb*, 'Individualschaden und soziale Sicherung', in: E. Klingmüller (ed.), Schaden und Schädiger: Karlsruher Forum 1964, Versicherungswirtschaft: Karlsruhe, 1966, S. 19; zitiert nach *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 226 f.

¹⁰² *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 227.

¹⁰³ *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 83.

¹⁰⁴ Vgl. nur BGH, Urteil vom 17.6.1953 – IV ZR 113/52, NJW 1953, S. 1346.

¹⁰⁵ BGH, Urteil vom 17.6.1953 – IV ZR 113/52, NJW 1953, S. 1346.

¹⁰⁶ BGH, Urteil vom 17.6.1953 – IV ZR 113/52, NJW 1953, S. 1346 (1347).

¹⁰⁷ *Werner* 2017 (supra fn. 88), Staudinger Vor. §§249ff, Rn. 10; zitiert nach *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 228.

der Großenrat die „Gefahr“, dass der verantwortliche Schädiger bei einer Anrechnung „frei ausgehen könne“.¹⁰⁸ Zusätzlich verweist er auf den allgemeinen Rechtsgedanken aus § 843 Abs. 4. Demnach sollen Leistungen Dritter, die dem Geschädigten aus Anlass des Schadensereignisses erbracht werden, keine schadensmindernde Berücksichtigung finden.¹⁰⁹

Auf diesen Rechtsgedanken wird auch verwiesen, wenn die Vorteilsausgleichung bei vertraglich vereinbarten Bezügen eines Organmitglieds juristischer Personen versagt wird.¹¹⁰ In diesen Fällen greift gar das Argument des spezifisch sozialfürsorglicheren Charakters der Leistungen nicht, da es nicht um arbeitsrechtliche Entgeltfortzahlungen, sondern um Fortzahlungen gesellschaftsvertraglicher Vergütungen im Krankheitsfall des Gesellschafters geht.¹¹¹ Zur Begründung greift der Senat hilfsweise auf den zum Schadensbegriff im deliktischen Haftungsrecht bestehenden besonderen Zusammenhang zwischen Schadensentstehung und Vorteilsausgleichung zurück.¹¹²

C) UNTERHALTSLEISTUNGEN

Unterhaltsleistungen Dritter an den Geschädigten mindern dessen Schadensersatzanspruch grundsätzlich nicht. Der Ersatzanspruch aus § 843 Abs. 1 wird gem. § 843 Abs. 4 nicht dadurch ausgeschlossen, dass ein anderer dem Verletzten Unterhalt zu gewähren hat. Entsprechendes gilt nach § 844 Abs. 2 S. 1 für den Anspruch wegen Tötung eines Unterhaltsverpflichteten und nach § 845 S. 2 für den Anspruch wegen entgangener Dienste. § 843 Abs. 4 drückt einen allgemeinen Rechtsgedanke aus, demzufolge Leistungen Dritter, die dem Geschädigten aus Anlass des Schadensereignisses erbracht werden, den Ersatzanspruch weder ausschließen noch mindern bzw. dem Schädiger nicht zugutekommen sollen.¹¹³

Auf den Schadensersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 ist bei Tötung der Eltern ein Unterhaltsanspruch gegen die Adoptiveltern nicht anzurechnen. Dem folgt die herrschende Ansicht heute, wenn sie sich auf den § 1755 Abs. 1 S. 1 stützt. Ganz unumstritten war dies indessen nicht immer.¹¹⁴ Jedenfalls entschied der BGH sich bereits vor der Neuregelung des § 1755 gegen eine Vorteilsausgleichung. Hierbei ging es um eine Landesversicherungsanstalt, die drei Kindern, deren Eltern bei einem Verkehrsunfall ums Leben kamen, Waisenrenten nach § 1267 RVO a. F.¹¹⁵ gewährte. Hieran änderte sich nichts, nachdem die Kinder von den Adoptiveltern an Kindes Statt angenommen wurden.

¹⁰⁸ BGH, Beschluss vom 31.5.1954 – GSZ 2/54, S. 1153 (1155).

¹⁰⁹ BGH, Beschluss vom 31.5.1954 – GSZ 2/54, S. 1153 (1154).

¹¹⁰ Vgl. BGH, Urteil vom 5.2.1963 – VI ZR 33/62, NJW 1963, S. 1051; BGH, Urteil vom 8.11.1966 – VI ZR 44/65, VersR 1967, S. 83; BGH, Urteil vom 14.10.1969 – VI ZR 55/68, NJW 1970, S. 95; BGH, Urteil vom 9.3.1971 – VI ZR 158/69, NJW 1971, S. 1136.

¹¹¹ Müller 2000 (supra fn. 7), S. 224.

¹¹² BGH, Urteil vom 5.2.1963 – VI ZR 33/62, NJW 1963, S. 1051.

¹¹³ Vgl. BGH, Beschluss vom 30.3.1953 – GSZ 1-3/53, NJW 1953, S. 821 (823); BGH, Beschluss vom 31.5.1954 – GSZ 2/54, S. 1153 (1154); BGH, Urteil vom 22.6.1956 – VI ZR 140/55, NJW 1956, S. 1473.

¹¹⁴ Gegen eine Anrechnung BGH, Urteil vom 22.9.1970 – VI ZR 28/69, NJW 1970, S. 2061; kritisch W. Rother, „Urteilsanmerkung zu BGH 22.9.1970 – VI. ZR 28/69“, 26-20 JZ 1971, S. 657 (660).

¹¹⁵ Vgl. nunmehr § 48 SGB VI.

Der Haftpflichtversicherer der Schädigerin verweigerte nunmehr die Erfüllung des Regressanspruchs der Landesversicherungsanstalt, weil die Kinder mit der Adoption einen neuen Unterhaltsanspruch gegen die Adoptiveltern erworben hätten, während sie ihren Schadensersatzanspruch aus § 844 Abs. 2 verloren.¹¹⁶ Der Senat betonte, dass eine Vorteilsausgleichung in Anbetracht von „Zweck des Schadensersatzes“ und einer nicht gebotenen „unbilligen Entlastung des Schädigers“ zu versagen sei. Der Schädiger solle nicht auf Kosten Dritter aus seiner Verantwortung gezogen werden, wo sein Verhalten die Opfer doch erst in eine hilfsbedürftige Lage gebracht habe.¹¹⁷ Zudem würde eine Anrechnung von Vorteilen wohl eine rechtspolitisch unerwünschte Erschwerung der Adoption von Pflegekindern zur Folge haben.¹¹⁸ Daneben weist der Senat darauf hin, dass Versorgungsleistungen an Unfallwaisen durch Beiträge der Allgemeinheit gefördert werden.¹¹⁹

Interessant ist diese Entscheidung in Anbetracht der Gegebenheit, dass hinter dem Schädiger ein Haftpflichtversicherer steht. Im Ergebnis würde die finanzielle Anlastung den Schädiger also gar nicht treffen. Damit habe der BGH das „Sanktionsdenken“ bis in die verschiedenen Versicherungsträger selbst hineingetragen.¹²⁰ *Rother* fordert diesbezüglich eine gesetzliche Regelung zum Rang- und Regressverhältnis der verschiedenen Ansprüche untereinander. „Moralisierende“ und „pönalisierende“ Erwägungen möchte er dabei nicht berücksichtigt wissen.¹²¹ Aufschlussreich ist zudem eine Entscheidung des BGH hinsichtlich eines Amtshaftungsanspruchs gegen eine Gebietskörperschaft. Das zuständige Jugendamt des beklagten Landkreises hatte als Vormund des betroffenen Kindes eine schädigenden Unterhaltsabfindung vereinbart.¹²² Der IV. Zivilsenat versagte eine Anrechnung des mütterlichen Unterhalts. Bedeutsam ist diese Entscheidung, da der Senat die versagte Vorteilsausgleichung nicht mit sozial- oder fiskalpolitischen Argumenten begründen konnte. Zwar sei die Ablehnung einer Entlastung des Schädigers vielfach damit begründet worden, dass nicht die öffentliche Hand im Ergebnis den Schaden tragen dürfe, da ansonsten eine Entlastung des Schädigers auf Kosten der Allgemeinheit ergehen würde. Demnach hätte also die Anrechnung stattfinden müssen, da es um einen Anspruch gegen den Staat im weiteren Sinne ging. Der Senat räumte jedoch ein, dass diese Erwägungen nicht unerlässliche Voraussetzungen dafür seien, um die Vorteilsausgleichung abzulehnen. Mit Blick auf den Schädiger trägt er vor, dass die Schadloshaltung des Verletzten durch entferntere Unterhaltsverpflichtete, dem wegen schuldhafter Pflichtverletzung haftbaren Vormund keinen Vorteil bringen dürfe. Für eine Belastung der sekundär unterhaltspflichtigen Personen fehle die „innere Rechtfertigung“; auch wenn es sich bei ihnen um Privatpersonen handele.¹²³

¹¹⁶ BGH, Urteil vom 22.9.1970 – VI ZR 28/69, NJW 1970, S. 2061.

¹¹⁷ BGH, Urteil vom 22.9.1970 – VI ZR 28/69, NJW 1970, S. 2061 (2063).

¹¹⁸ BGH, Urteil vom 22.9.1970 – VI ZR 28/69, NJW 1970, S. 2061 (2063f.).

¹¹⁹ BGH, Urteil vom 22.9.1970 – VI ZR 28/69, NJW 1970, S. 2061 (2064).

¹²⁰ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 234.

¹²¹ *Rother* 1971 (supra fn. 114), S. 661.

¹²² BGH, Urteil vom 24.10.1956 – IV ZR 103/56, NJW 1957, S. 138.

¹²³ BGH, Urteil vom 24.10.1956 – IV ZR 103/56, NJW 1957, S. 138 (139).

2. ANRECHNUNG VON ERBSCHAFTEN

In engem Zusammenhang mit der Fallgruppe der Drittleistungen steht, da es sich hier ausschließlich um Fälle des Schadensersatzanspruches nach § 844 Abs. 2 handelt, die Frage nach der schadensmindernden Anrechnung von Erbschaften. Gemeint sind die Fallkonstellationen, in denen der Schädiger den Tod eines Unterhaltspflichtigen und damit den Erbschaftsanfall zugunsten eines Unterhaltsberechtigten verursacht.

In seiner Leitentscheidung unterschied der BGH noch deutlich zwischen Erträgen und dem Stammwert der Erbschaft. Während der VI. Zivilsenat erstere für anrechenbar hielt, versagte er eine Vorteilsausgleichung hinsichtlich des Stammwertes der Erbschaft. Eine Anrechnung des Stammwertes widerspreche dem „Sinn und Zweck der Schadensersatzpflicht“, wenn das Vermögen, das dem Geschädigten in Zukunft unangetastet in voller Höhe zugefallen wäre, zugunsten des Schädigers gemindert werde. Der Vorteil der Geschädigten bestehe lediglich in dem verfrühten Anfall des Stammes der Erbschaft. Eine Anrechnung könne nur hinsichtlich der mit dem verfrühten Erbschaftsanfall ergehenden Erträge stattfinden.¹²⁴

Die Berücksichtigung des hypothetischen Kausalverlaufs ist vorliegend jedoch wenig überzeugend, da oftmals nur schwer vorhergesagt werden kann, ob der Drittgeschädigte den Getöteten tatsächlich beerbt hätte. Gewiss hat ein Lebender keine Erben und wer Erbe wird steht erst im Todeszeitpunkt des Erblassers fest.¹²⁵ Müller wertet die Entscheidung des Senats daher als Ausdruck eines „Gerechtigkeitsgefühls“, demnach der Schädiger aus einem von ihm „verschuldeten“ Tod eines Menschen kein „Kapital schlagen“ soll. Die Unterhaltsberechtigte habe hier einen Schaden nach der Differenzhypothese nicht erlitten. Ganz im Gegenteil sei sie in Höhe der Erbschaft bereichert worden. Mit speziellem Blick auf den Ersatzanspruch aus § 844 Abs. 2 kommt er zum Schluss, dass in solchen Schadensfällen der Tod eines Menschen einer „kühlen, rechnerischen und emotionslosen“ Differenzrechnung Grenzen setzen soll.¹²⁶ Demgegenüber versteht das herrschende Schrifttum die Berücksichtigung des hypothetischen Kausalverlaufs als logische Konsequenz der Differenzhypothese. Der Vorteil, der im Erhalt des Erbschaftsstammes liegt sei anzurechnen, soweit er später ohnehin dem Erben zugefallen wäre. Hiervon werde indessen abgewichen, wenn das so gefundene Ergebnis offensichtlich vom hypothetisch schadensfreien Verlauf abweicht.¹²⁷

Von den Grundsätzen der Differenzhypothese wendet sich der BGH endgültig ab, wenn er eine Berücksichtigung von zukünftigen Vermögensentwicklungen des Erblassers unterlässt.¹²⁸ So lag es in einem Fall, in dem der erblassende Vater Inhaber einer ausbaufähigen Holzhandlung gewesen ist, die sich bei späterem Tode wesentlich vergrößert hätte. Dementsprechend hätte sich sein zu vererbendes Vermögen aller Voraussicht nach bis zum mutmaßlichen Todeszeitpunkt vermehrt. Der Pflichtteilsberechtigte Sohn berief sich darauf, dass

¹²⁴ BGH, Urteil vom 15.1.1953 – VI ZR 46/52, NJW 1953, S. 618 (619).

¹²⁵ Vgl. *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 97.

¹²⁶ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 229 f.

¹²⁷ Vgl. statt vieler *Schiemann* 2017 (supra fn. 49), Staudinger §249, Rn. 164 f.

¹²⁸ Vgl. *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 95.

der frühzeitige Tod seines Vaters seine erbrechtlichen Vermögenserwartungen ungünstig beeinflusst hätte.¹²⁹

Dem Begehren des Klägers kam der Senat in diesem Punkt nicht entgegen. Der durch den Unfalltod des Unterhaltspflichtigen mittelbar betroffene Unterhaltsberechtigte könne sich über den Verlust des Unterhaltsanspruchs hinaus nicht auf hypothetische Vermögensvorteile berufen, die er ohne den Unfall erlangen würde. Eine derartige Ausweitung der §§ 844, 845 wäre angesichts des Ausnahmecharakters der Bestimmungen nicht möglich. Zudem würde man die nach den Grundsätzen der Vorteilsausgleichung gebotene Anrechnung von aus der vorzeitigen Erbschaft zugefallenen Erträgen umgehen, während man den nach der deutschen Rechtsordnung grundsätzlich nicht zu ersetzenden allgemeinen Vermögensschaden in die Berechnung des Unterhaltsschadens einbeziehen würde.¹³⁰

Auf dieser Linie verweigerte der Senat später auch die Berücksichtigung des hypothetischen Kausalverlaufs im umgekehrten Fall, in dem der frühe Tod des Erblassers die erbrechtliche Vermögenslage des Unterhaltsberechtigten aufgrund einer mutmaßlich ungünstigen Vermögensentwicklung verbessert hätte.¹³¹ Zuvor erfolgte bereits eine völlige Umgestaltung der bei der Anrechnung von Erbschaften aufgestellten Grundsätze durch den VI. Zivilsenat. Aus der früheren Entscheidung¹³² werde zu Unrecht der Grundsatz abgeleitet, dass bei der Anrechnung entscheidend zwischen Stammwert und Erträgen einer Erbschaft zu differenzieren sei. Vielmehr seien solche ererbten Vermögenswerte anzurechnen, „die auch vor dem Tod des Unterhaltspflichtigen zur Bestreitung des Unterhalts dienen“, und zwar unabhängig davon, ob es sich hierbei um Erträge oder um den Stammwert des Vermögens handle.¹³³ Diese Formel präzisierter der Senat nunmehr dahingehend, dass auch die Tatsache, dass die Erbschaft ohne den Tod des Unterhaltsverpflichteten von diesem zu Lebzeiten aufgebraucht worden wäre, nun aber durch den Schadensfall unvermindert dem Unterhaltsberechtigten zugutekommt, den Ersatzanspruch seinem „Sinn“ nach nicht mindern könne.¹³⁴

Der VI. Zivilsenat stellte die Anrechnung des Stammwerts der Erbschaft bereits Jahre zuvor zur Diskussion. Letztlich musste sich die unterhaltsberechtigte Mutter das geringe Erbe ihres getöteten unterhaltspflichtigen Sohnes nicht auf ihren Ersatzanspruch anrechnen lassen, weil es sich bei dem Kapital um eine den Einkünften des Getöteten entsprechende bescheidene Rücklage für Notfälle handelte. Eine Anrechnung des Kapitals „zur Entlastung des Schädigers“ wäre der Unterhaltsberechtigten nicht „zuzumuten“ gewesen.¹³⁵ Dieses Ergebnis kann sehr wohl als richtige Folge der obigen Rechtsprechung gewertet werden. Demnach erfolgt eine Anrechnung nämlich nur, wenn und soweit der Wechsel von Rechtsträgern des Erbvermögens, die Funktion des Vermögens als Quelle

¹²⁹ BGH, Urteil vom 25.10.1960 – VI ZR 175/59, NJW 1961, S. 119 (120).

¹³⁰ BGH, Urteil vom 25.10.1960 – VI ZR 175/59, NJW 1961, S. 119 (120).

¹³¹ BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 218/76, NJW 1979, S. 760.

¹³² BGH, Urteil vom 15.1.1953 – VI ZR 46/52, NJW 1953, S. 618.

¹³³ BGH, Urteil vom 19.3.1974 – VI ZR 19/73, NJW 1974, S. 1236 (1237).

¹³⁴ BGH, Urteil vom 19.12.1978 – VI ZR 218/76, NJW 1979, S. 760 (760f.).

¹³⁵ BGH, Urteil vom 22.9.1967 – VI ZR 30/66, VersR 1967, 1154, 1154.

des Unterhalts nicht ändert (sog. „Quellentheorie“ des BGH). Geht man jedoch davon aus, dass der Unterhalt der Mutter im vorliegenden Fall gerade nicht aus der Rücklage bestritten wurde, findet nach der „Quellentheorie“ auch keine Vorteilsausgleichung statt.¹³⁶ Auch hier ist der Billigkeitscharakter der Entscheidung hervorzuheben, womit „Sanktionserwägungen“ auch in dieser Fallgruppe wohl der „innere Grund“ für die versagte Vorteilsausgleichung sein dürften.¹³⁷

3. EIGENLEISTUNG DES GESCHÄDIGTEN

Wenn der Geschädigte den Schaden durch eigene Leistungen abwendet bzw. mindert, entscheidet das Bestehen einer Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 über die Anwendbarkeit der Vorteilsausgleichung. Soweit dem Geschädigten eine Schadensminderungspflicht gem. § 254 Abs. 2 obliegt, sind die aus seiner Minderungstätigkeit gezogenen wirtschaftlichen Vorteile auf den Schadensersatzanspruch anzurechnen. Umgekehrt versagt der BGH eine Vorteilsausgleichung regelmäßig, wenn die Tätigkeit des Geschädigten über das durch § 254 Abs. 2 Gebotene hinausreicht, also eine überpflichtmäßige Anstrengung des Geschädigten vorliegt.

In der Grundsatzentscheidung des BGH ging es um die Frage, ob mögliche oder tatsächlich erzielte Einnahmen aus eigener Erwerbstätigkeit einer Witwe auf ihren Schadensersatzanspruch nach § 844 Abs. 2 anzurechnen waren.¹³⁸ Der BGH folgte der Rechtsprechung des Reichsgerichts¹³⁹ und entschied, dass die Grundsätze des § 254 Abs. 2 auch im Rahmen des Rentenanspruchs aus § 844 Abs. 2 zu berücksichtigen seien. Eine Anrechnung des erzielten Erwerbs erscheine nicht gerechtfertigt, wenn eine Witwe eine Erwerbstätigkeit aufnimmt, obwohl ihr das den Umständen nach nicht „zuzumuten“ gewesen sei. Soweit keine Verpflichtung zur Schadensminderung besteht, erscheine es „geradezu unbillig“, der Witwe die Früchte ihrer Arbeit „zugunsten des Schädigers“ zu entziehen.¹⁴⁰ Interessant ist im konkreten Fall jedoch, dass der Senat in Hinsicht auf das Verhalten des Schädigers argumentiert, die Bäckermeisterswitwe habe die Tätigkeit aus Not übernommen, weil die Schädiger ihrer Verpflichtung zur Rentenzahlung nicht rechtzeitig nachgekommen seien. Darin sieht Müller eine Instrumentalisierung des Schadensersatzes, mit dem Zweck, die Schädiger für die hinausgezögerte Schadenswiedergutmachung zu sanktionieren.¹⁴¹

Der BGH bestätigte diese Grundsätze im sog. „Fahrschullehrerfall“. Infolge eines vom Bkl. verschuldeten Unfalls war der Fahrschulwagen des klagenden Fahrschullehrers mehrere Tage gebrauchsunfähig gewesen. Die ausgefallenen Fahrstunden hatte der Fahrschullehrer, zusätzlich zu seiner Arbeitszeit, in „Überstunden“ nachgeholt. Damit war schon zweifelhaft, ob zum maßgeblichen Zeitpunkt der Urteilsfällung überhaupt ein Verdienstaufschlagschaden im Sinne einer „reinen Differenzhypothese“ gegeben war. Im Ergebnis käme es jedoch nicht

¹³⁶ *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 95.

¹³⁷ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 229, 231.

¹³⁸ BGH, Urteil vom 13.12.1951 – III ZR 83/51, NJW 1952, S. 299.

¹³⁹ RGZ 154, 236.

¹⁴⁰ BGH, Urteil vom 13.12.1951 – III ZR 83/51, NJW 1952, S. 299 (301).

¹⁴¹ *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 236.

darauf an, ob ein Schaden erst gar nicht eingetreten, oder zwar eingetreten und später wieder weggefallen ist.¹⁴² Bei „wertender Betrachtung“ wäre vorliegend der im Bereich der Vorteilsausgleichung entwickelte Grundsatz anwendbar, demzufolge überpflichtmäßige Anstrengungen des Geschädigten zur Schadensminderung den Schädiger nicht entlasten sollten.¹⁴³ Im Ergebnis fingiert der Senat somit einen nach der Differenzhypothese nicht gegebenen Schaden, um den Schädiger mit der Haftpflicht zu belasten.¹⁴⁴

Diesen Weg ging zuvor auch das BAG, als es dem Arzt einen Schadensersatzanspruch gegen seine vertragsbrüchige Arzthelferin zusprach, weil letztere die Arztpraxis ohne Einhaltung der Kündigungsfrist verließ.¹⁴⁵ Vorliegend hatte der Arzt einen tatsächlichen Verdienstrückgang gar nicht erlitten, weil er den Ausfall seiner Angestellten durch vermehrte Arbeitsleistung ausgleichen konnte. Dem Senat wird hier die Absicht unterstellt, er wolle der „Arzthelferin und allen ihren Kollegen“ verdeutlichen, dass ein unbegründetes Fernbleiben vom Dienst in jedem Fall Ersatzansprüche auslöst, gleich ob der betroffene Arbeitgeber den Schaden durch eigene Mehrarbeit auffangen kann oder nicht.

Noch deutlicher sollen die Sanktions- und Präventionserwägungen in den „Schönheitsreparaturfällen“¹⁴⁶ hervorstechen, wenn man dem Vermieter einen Ersatzanspruch gegen den vertragsbrüchigen Vormieter zuspricht, obwohl kein Schaden mehr gegeben ist, weil der Nachmieter inzwischen die Ausführung der Schönheitsreparaturen übernommen hat. Mit der versagten Vorteilsausgleichung entferne der Senat sich hier erheblich vom Ausgleichsprinzip, indem er durch „Geldstrafe pönalisiert“.¹⁴⁷

II. Schlussfolgerungen aus der Fallgruppenanalyse

1. MANGELNDE WERTUNGSOFFENHEIT AUFGRUND WERTUNGS- VERDECKENDER FORMELN

Die Fallgruppenanalyse zeigt, dass die Rechtsprechung zur Einschränkung der Vorteilsausgleichung stets auf wertungsverdeckende Formeln zurückgreift. Versagt die Rechtsprechung eine Vorteilsausgleichung, weil ansonsten der „Schädiger unbillig entlastet“ würde oder eine Anrechnung dem Geschädigten „nicht zuzumuten“ wäre, so ist damit nichts darüber gesagt, welche Wertungen dieser Entscheidung zugrunde liegen. Aus den Begriffen selbst lässt sich nicht entnehmen, warum etwas „unbillig“ oder „unzumutbar“ sein soll. Gleichermaßen trifft dies auf die Formel vom „Sinn und Zweck der Ersatzpflicht“ zu. Sie sind damit inhaltsleer und müssen erst noch im konkreten Schadensfall mit Einzelwertungen gefüllt werden.¹⁴⁸ Die Rechtswissenschaft reagierte umfassend auf diesen Mangel an Wertungsoffenheit. Wie oben dargestellt werden sämtliche Entscheidungen des

¹⁴² BGH, Urteil vom 16.2.1971 – VI ZR 147/69, NJW 1971, S. 836 (837).

¹⁴³ BGH, Urteil vom 16.2.1971 – VI ZR 147/69, NJW 1971, S. 836 (838).

¹⁴⁴ Vgl. Müller 2000 (supra fn. 7), S. 237; Schieman 2017 (supra fn. 49), Staudinger §249, Rn. 146; Thüsing 2001 (supra fn. 68), S. 67.

¹⁴⁵ BAG, Urteil vom 24.8.1967 – 5 AZR 59/67, NJW 1968, S. 221 (222).

¹⁴⁶ Vgl. BGH, Urteil vom 15.11.1967 – VIII ZR 150/65, NJW 1968, S. 491.

¹⁴⁷ Diederichsen 1974 (supra fn. 43), S. 81.

¹⁴⁸ Müller 2000 (supra fn. 7), S. 301 f.; J. Esser / E. Schmidt, Schuldrecht I, Band 1 Allgemeiner Teil, Teilb. 2, Müller: Heidelberg, 8. edn, 2000, S. 236.

BGH auf Wertungen und Gedanken von „Strafe“, „Pönalisierung“, „Sühne“, „Sanktion“, „Prävention“ und „Verhaltenssteuerung“ zurückgeführt.

2. PRÄVENTIVE VERHALTENSSTEUERUNG ALS WERTUNG UND GEDANKE HINTER DEN FORMELN

A) AUFLÖSUNG DER BEGRIFFSVIELFALT

Die vielfältige und undifferenzierte Wortwahl macht eine Klarstellung der Begrifflichkeiten, vor allem im Verhältnis zueinander, erforderlich. Ohne tiefer in die strafrechtliche Zweckdiskussion einzugehen, kann die *Prävention* an dieser Stelle von der *Sühne* im Sinne der Vergeltung abgegrenzt werden. Die Vergeltung zielt letztlich darauf ab, den Täter durch Zufügung eines Übels für ein begangenes Unrecht zu sühnen und somit die verletzte Gerechtigkeit wiederherzustellen. Während das zugefügte Übel im Rahmen der Vergeltung pure Repression und den finalen Zweck darstellt, dient die Prävention dem sozialen Zweck der Verhaltenssteuerung, die mittels Zufügung eines Übels erreicht wird. Sowohl Vergeltung und Sühne als auch Prävention und Verhaltenssteuerung sind anerkannte Zwecke der *Strafe* im Sinne der sog. „Vereinigungstheorie“.¹⁴⁹ Dies rechtfertigt indessen noch keine Abschreibung jeglicher Präventionserwägungen unter dem Vorwand einer unerwünschten *Pönalisierung* des Schadensrechts.

Eine schadensrechtliche *Sanktion* kann und soll nach vielfach vertretener Ansicht nun mal präventiv und verhaltenssteuernd wirken. Hierbei kann der für den sozialen Zweck der Verhaltenssteuerung erforderliche Umfang des Schadensersatzes zufälligerweise auch Vergeltungsgefühlen Genüge tun. Dies rechtfertigt noch lange keinen Verzicht auf die präventive Wirkung des Schadens- und Haftungsrechts. Insofern ist die präventive Verhaltenssteuerung auch nicht von der Strafe im weiteren Sinne abzugrenzen. Vielmehr sind die Grenzen, wenn sie denn bestehen, als schillernd hinzunehmen.

Der im Zusammenhang mit der versagten Vorteilsausgleichung im Vorsorgebereich angeführte Gedanke der Verantwortung ist jedoch leer, wenn er nicht Prävention meint.¹⁵⁰ Für die „Schönheitsreparatur-“ und „Freizeiteinbußefälle“ erkennt *Diederichsen*, dass ihre Ergebnisse maßgeblich von „Gedanken der Prävention und Sanktion“ geprägt sind.¹⁵¹ In seiner umfassenden Untersuchung kann *Müller* den „Sanktions- und Präventionsgedanken“ fallgruppenübergreifend, auch im Hinblick auf die versagte Vorteilsausgleichung, feststellen.¹⁵² Noch umfangreicher befasst sich *Thüsing* mit dem Rechtsinstitut der Vorteilsausgleichung. Dabei unterzieht er die Rechtsprechung zur Vorteilsausgleichung einer rechtsökonomischen Betrachtung. Im Ergebnis führt er die versagte Vorteilsausgleichung für mehrere Fallgruppen auf den Präventionszweck des

¹⁴⁹ C. Roxin / L. Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre, C.H. Beck: München, 5. edn, 2020, S. 129 ff.

¹⁵⁰ H.-L. Weyers, Unfallschäden: Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen, Athenäum: Frankfurt am Main, 1971, S. 547 ff.; zitiert nach *Rießmann* 2020 (supra fn. 2), jurisPK §249, Rn. 19.

¹⁵¹ *Diederichsen* 1974 (supra fn 43), S. 81 ff.

¹⁵² *Müller* 2000 (supra fn. 7), S. 300 ff.

Haftungsrechts zurück.¹⁵³ So sehr die mangelnde Wertungsoffenheit auch eine Konkretisierung des Präventionsprinzips in den Fallgruppen der versagten Vorteilsausgleichung erschweren mag, können mithilfe von rechtswissenschaftlichen Befunden Einzelwertungen und Argumente herausgearbeitet werden.

B) ARGUMENT DER SCHADENSVERLAGERUNG

Das Argument der Schadensverlagerung ist auf das Bestreben *Wilburgs* zurückzuführen, eine neue Begründung für die damals schon herrschende Meinung über die Versagung der Vorteilsausgleichung in Bezug auf Drittleistungen zu finden. Nach einer rechtsvergleichenden Analyse von Rechtsprechung und Literatur gelangt er zu einem neuen Leitgedanken: Nach den Grundsätzen des Schadensrechts habe der Schädiger den gesamten von ihm verursachten Schaden zu beseitigen bzw. zu kompensieren. Folglich sei eine Vorteilsausgleichung immer dann zu versagen, wenn eine Drittleistung den Schaden nicht beseitigt, sondern nur verlagert.¹⁵⁴ Jahrzehnte später bestätigt *Thüsing* das von *Wilburg* gesagte abermals aus einer rechtsvergleichenden und -ökonomischen Perspektive. Das Argument der Schadensverlagerung leitet er unmittelbar aus dem Präventionszweck des Schadensersatzes ab.¹⁵⁵

C) VERZÖGERUNGSARGUMENT

Das Verzögerungsargument stellt eine weitere wichtige Erkenntnis der Analyse dar. *Diederichsen* erklärt die Präventions- und Sanktionsgedanken damit, dass der Schädiger nicht besser wegkommen soll, indem er die Erfüllung an sich begründeter Schadensersatzansprüche so lange hinausschiebt oder verzögert, bis der Schaden sich durch Zeitablauf erledigt.¹⁵⁶ Diese Wertung nimmt der BGH offen vor, wenn er eine Anrechnung von Einnahmen aus eigener Erwerbstätigkeit der Witwe auf ihren Schadensersatzanspruch versagt, weil die Übernahme der Arbeit erst aus Not aufgrund der verzögerten Rentenleistung des Schädigers erfolgt war. Ebenso versagt der BGH eine Anrechnung im Werkvertragsrecht, wenn die Vorteile des Anspruchstellers auf einer Verzögerung der Mängelbeseitigung durch den Anspruchsgegner beruhen.¹⁵⁷ Dies hat das *OLG Hamburg* in seinem Beschluss vom 13.1.2020 erkannt und einen Grundgedanken dahingehend entwickelt, dass der Anspruchsgegner dadurch, dass er dem berechtigten Verlangen des Anspruchstellers nicht nachkommt und der Anspruch erst im Rahmen eines gerichtlichen Prozesses durchgesetzt werden kann, keine Besserstellung durch eine Vorteilsausgleichung erfahren dürfe.¹⁵⁸ Doch auch außerhalb des Geltungsbereichs der Vorteilsausgleichung ist das Verzögerungsargument im Schadensrecht präsent und wird dort von einem nicht

¹⁵³ *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 470 ff.

¹⁵⁴ *W. Wilburg*, 'Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung', 82 *JherJB* 1932, S. 51 (51 ff.); zitiert nach *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 46 f.

¹⁵⁵ *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 388.

¹⁵⁶ *Diederichsen* 1974 (supra fn 43), S. 81.

¹⁵⁷ BGH, Urteil vom 17.5.1984 – VII ZR 169/82, *NJW* 1984, S. 2457 (2459).

¹⁵⁸ *OLG Hamburg*, Hinweisbeschluss vom 13.1.2020 – 15 U 190/19, *NJW* 2020, S. 546 (547), Rn. 10.

unerheblichem Teil der Literatur befürwortet.¹⁵⁹ Man halte sich nur die Entscheidung des BGH über die Erstattung von an sich erforderlichen, aber aus Geldmangel tatsächlich nicht gekauften ärztlich verordneten Stärkungsmitteln vor Augen.¹⁶⁰

D) ABSTUFUNG DES SCHADENSERSATZES NACH DEM GRAD DES VERSCHULDENS?

Die oben angesprochenen Argumente von der Schadensverlagerung und der Verzögerung enthalten stets Erwägungen über eine „gerechte“ Verteilung von Nachteilen aus einem Schadensfall unter Berücksichtigung der individuellen Lage und dem jeweiligen Verhalten der Beteiligten.¹⁶¹ In Fällen der versagten Vorteilsausgleichung aus sozialpolitischen Gründen beruht die Belastung des Schädigers mit dem gesamten „Sozialschaden“ ausdrücklich auf Leitprinzipien der Rechtsethik. Wo dieses Argument nicht greift, wird auf den allgemeinen Rechtsgedanke aus § 843 Abs. 4 oder den deliktischen Haftungsgrund im Allgemeinen hingewiesen. Wenn der BGH einer Mutter die Anrechnung ihres Erbschaftsvermögens nicht „zumuten“ kann, weil es sich bei dieser Vermögensposition nur um eine Rücklage für Notfälle handele, die gerade nicht der Quelle des Unterhalts entsprechen soll, so kann er zu diesem Ergebnis nur gelangen, weil er die individuellen wirtschaftlichen Verhältnisse der Beteiligten berücksichtigt hat.

Das Verzögerungsargument ist maßgeblich geprägt von seiner „Verhaltensbezogenheit“. Ursprünglich hatte der Gesetzgeber die Berücksichtigung derartiger Gesichtspunkte den haftungsbegründenden Normen überlassen. Entsprechend hängt die Überzeugungskraft des Verzögerungsarguments laut *Schiemann* auch davon ab, dass die durch das Alles-oder-Nichts-Prinzip postulierte Inkongruenz zwischen dem Verhalten des Schädigers und dem Schadensersatz unbeachtet bleibt.¹⁶² Vor diesem Hintergrund stellt sich die berechtigte Frage, ob sich nicht das Verschulden des Schädigers als legitimes Kriterium für die Vorteilsausgleichung anbietet. Hiermit ist ein „Proportionalitätsprinzip“ angesprochen, das die Abstufung des Haftungsumfanges nach dem Verschuldensgrad fordert.¹⁶³ Bereits *von Jhering* befürwortete eine allgemeine Abstufung der Schadensersatzpflicht nach der Schwere des Verschuldens bei gleichzeitiger Abkehr vom Alles-oder-Nichts-Prinzip.¹⁶⁴ Im Schrifttum findet sich eine derartige Forderung auch für den besonderen schadensrechtlichen Problembereich der Vorteilsausgleichung.¹⁶⁵ Dabei wird eine regelmäßige

¹⁵⁹ In diese Richtung *Heese* 2019 (supra fn. 13), VuR, S. 128; vgl. m.w.N. *Schiemann* 1981 (supra fn. 84), S. 151 f.

¹⁶⁰ BGH, Urteil vom 29.10.1957 – VI ZR 233/56, NJW 1958, S. 627.

¹⁶¹ *Schiemann* 1981 (supra fn. 84), S. 151 ff.

¹⁶² *Schiemann* 1981 (supra fn. 84), S. 153.

¹⁶³ Vgl. *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 487.

¹⁶⁴ *R. v. Jhering*, Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht, Emil Roth: Gießen, 1867, S. 57; zitiert nach *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 59.

¹⁶⁵ In diese Richtung *E. Eichhoff*, Über die Compensatio lucri cum damno, Baedeker: Leipzig, 1898, S. 29; *P. Heck*, Grundriss des Schuldrechts, J. C. B. Mohr: Tübingen, 1929, S. 50; *H. Stoll / W. Felgenträger*, Vertrag und Unrecht, Bd. II', Mohr: Tübingen, 3. edn, 1943, S. 232; *K. Rudloff*, 'Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhab', in: J. Esser / H.

Versagung der Vorteilsausgleichung für vorsätzliche Schadenszufügungen gefordert. Sofern der BGH seine Entscheidung über die versagte Vorteilsausgleichung regelmäßig auf Gedanken der Gerechtigkeit stützt und dabei die „moralische Kategorie des Verdienens“ anspricht, führt dieser Gedanke – wird er konsequent zu Ende gedacht – zum Proportionalitätsprinzip. Eine schadensrechtliche „Sanktion“, die ohne Rücksicht auf die persönliche Vorwerfbarkeit vollzogen wird, ist mit grundlegenden Gerechtigkeitsvorstellungen nicht vereinbar. Gerade die Schwere des Verschuldens gibt Aufschluss darüber, welche proportionale Zuteilung einer Sanktion der Schädiger letztlich „verdient“.¹⁶⁶

Im Anschluss daran lässt sich die Rechtsprechungslinie des BGH jedenfalls als eine Vorstufe, in einem Rechtsfortbildungsprozess hin zu einem Proportionalitätsprinzip, bewerten. Dass der BGH hier nicht vollkommen abgeneigt war, zeigen auch jüngere Entwicklungen in der Rechtsprechung zum Kapitalanlagenrecht.¹⁶⁷ Hierbei ging es um einen Anleger, der einen Berater wegen fehlerhafter Anlageberatung im Zusammenhang mit der Beteiligung an einem geschlossenen Immobilienfonds in Anspruch nahm. Der Anleger investierte in drei von vier Anlagevorschlägen des Beraters. Während sich der niederländische Fonds negativ entwickelte, warf der inzwischen vollständig abgewickelte kanadische Fonds erhebliche Gewinne ab.¹⁶⁸ Da beide Anlageprodukte auf einem einheitlichen Beratungsgespräch und die Anlageentscheidung somit auf ein und demselben Beratungsfehler bzw. Schadensereignis beruhten, entschied der Senat hier, dass die Gewinne aus dem positiven Anlagegeschäft auf den Schaden aus dem verlustbringenden Geschäft anzurechnen sind. Er stellt fest, dass damit auch keine „Anreize zur Falschberatung“ entstehen würden. Ausdrücklich ließ er offen, ob dies anders zu bewerten wäre, wenn sich Anhaltspunkte für ein „gezieltes Vorgehen“ des Beraters, durch die Art und Weise der Gestaltung des Beratungsvorganges trotz eines Aufklärungsfehlers einer etwaigen Haftung zu entgehen, ergeben würden.¹⁶⁹

D. VERSAGTE VORTEILSAUSGLEICHUNG IN DEN VW-VERFAHREN

Die Fallgruppenanalyse eröffnet neue Perspektiven für die Frage der Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren. Die funktionale Verbundenheit des Haftungs- und Schadensrechts kann nicht mehr angezweifelt werden. Damit ist die Existenz und Geltung des Präventionsprinzips auch im Schadensrecht zu akzeptieren. Zunächst ist der besondere Haftungsgrund aus § 826 hervorzuheben.

Thieme (eds), Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag, Mohr: Tübingen, 1967, S. 423 ff.; jeweils zitiert nach *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 48 f., 59 f.

¹⁶⁶ *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 487.

¹⁶⁷ *Heese* 2019 (supra fn. 13), *VuR*, S. 127 f.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 18.10.2018 – III ZR 497/16, *NJW* 2019, S. 215 (217 f.), Rn. 27 f.

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 18.10.2018 – III ZR 497/16, *NJW* 2019, S. 215 (218), Rn. 30.

I. Besonderer Haftungsgrund aus § 826**1. PRÄVENTIVER RECHTSSCHUTZ UND DELIKTISCHE HAFTUNG**

Im Allgemeinen bezweckt das Deliktsrecht den Schutz privater Rechte und Interessen durch die Statuierung von Verhaltensnormen zu gewährleisten. In diesem Fall ergibt es wenig Sinn, den deliktischen Schutz der Rechte und Güter nach den Maßstäben des Ausgleichsprinzips zu vollziehen, weil die Entstehung eines Ausgleichsanspruchs gerade erst die Verletzung eines der geschützten Rechte und Güter voraussetzt.¹⁷⁰ Vielmehr sind Schäden an Rechten und Gütern in erster Linie vorzubeugen – „Schadensverhütung ist besser als Schadensvergütung“.¹⁷¹

2. STEUERUNGSPOTENTIALE DES § 826 IM DIESELSKANDAL

Dem § 826 wohnen besondere Steuerungspotentiale inne. Bisweilen machte sich dies vor allem im Kapitalanlagenrecht ersichtlich.¹⁷² Angesichts dessen verwundert es auch nicht, dass der Steuerungsgedanke hier bis in die Vorteilsausgleichung hineinfließt.¹⁷³ Auch in der streitgegenständlichen Entscheidung zu den VW-Verfahren macht sich die tatbestandliche „Verhaltensbezogenheit“ des § 826 ersichtlich. So heißt es im Sittenwidrigkeitsurteil, die VW AG habe mit einer für den gesamten Konzern getroffenen strategischen Entscheidung im eigenen Kosten- und Gewinninteresse systematisch und langjährig manipulierte Dieselmotoren in siebenstelligen Stückzahlen, sowohl in verschiedenen Fahrzeugmodellen des eigenen Unternehmens als auch bei mehreren Tochterunternehmen, abgesetzt.¹⁷⁴ Mit dem Ziel eine Typengenehmigung auf kostengünstigem Wege zu erhalten, habe sie die zuständige Typengenehmigungs- und Marktüberwachungsbehörde – namentlich das Kraftfahrt-Bundesamt (KBA) – mittels Verwendung einer nach Art. 5 Abs. 2 S. 1 der Grundverordnung unzulässigen Abschaltvorrichtung und unter Umgehung der vorgeschriebenen Emissionsgrenzwerte bewusst und gewollt getäuscht.¹⁷⁵

In der Folge erwägt der Senat zum einen die deutlich erhöhte Belastung der Umwelt mit Stickstoffoxiden und zum anderen die Gefahr einer Betriebsbeschränkung bzw. -untersagung für die Käufer.¹⁷⁶ Im Verhältnis zu den arglosen Käufern, die sich auf die Einhaltung der gesetzlichen Vorgaben verlassen dürften, stehe das Verhalten der VW AG einer bewussten arglistigen Täuschung gleich.¹⁷⁷ Eine derartig rücksichtslose Gesinnung der VW AG sowohl hinsichtlich der für den einzelnen Käufer möglicherweise auftretenden Folgen und Schäden als auch

¹⁷⁰ *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 37.

¹⁷¹ Vgl. *G. Wagner*, ‘Vor. §823 BGB’, in: F. J. Säcker / R. Rixecker / H. Oetker / B. Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 8. edn, 2019, Rn. 46.

¹⁷² *K. J. Hopt*, ‘Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten von Kreditinstituten’, in: H. Lange / K. W. Nörr / H. P. Westermann (eds), *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Mohr: Tübingen, S. 169 (174); *M. Heese*, *Beratungspflichten*, Mohr-Siebeck: Tübingen, 2015, S. 429; vgl. auch *Wagner* 2006 (supra fn. 63), S. 371 ff.

¹⁷³ BGH, Urteil vom 28.4.2015 – XI ZR 378/13, NJW 2015, S. 2248; BGH, Urteil vom 18.10.2018 – III ZR 497/16, NJW 2019, S. 215.

¹⁷⁴ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1963), Rn. 16.

¹⁷⁵ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1963), Rn. 17 f.

¹⁷⁶ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1964), Rn. 19 ff.

¹⁷⁷ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1965), Rn. 24 f.

hinsichtlich der geltenden Rechtsvorschriften, insbesondere zum Schutz der Gesundheit der Bevölkerung und der Umwelt, verstoße gegen das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden.¹⁷⁸

Dem tritt der Senat zusätzlich entgegen, wenn er bei der Schadensfeststellung den ungewollten Vertrag als Schaden anerkennt, um einen Schutz der allgemeinen Handlungsfreiheit und im Besonderen des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts des Einzelnen zu gewährleisten. Freilich kann er dies lediglich tun, indem er die wertneutrale und rechnerische Differenzhypothese einer normativen Kontrolle, gemessen an den Maßstäben des „Schutzzwecks der Haftung“ einerseits sowie der „Ausgleichsfunktion“ des Schadensersatzes andererseits, unterzieht.¹⁷⁹ Diesbezüglich stellt ein Autor die Frage, ob man damit nicht schon bei der „Verhängung einer Privatstrafe“ wegen sittenwidrigen Verhaltens angelangt sei.¹⁸⁰

Lässt man diesen in der Sache zu begrüßenden Ausführungen jedoch eine uneingeschränkte Vorteilsausgleichung folgen, bleibt das Steuerungspotential des § 826 unausgeschöpft. Es ist nämlich gerade die Androhung einer schadensrechtlichen Sanktion, welche die Geltung der deliktischen Verhaltensnormen gewährleistet, indem sie den Schädiger vor einer möglichen Rechtsverletzung monetär abschreckt.¹⁸¹ Seine Rechtfertigung findet dieser Gedanke in der ökonomische Analyse des Rechts.

II. Ökonomische Analyse

1. GRUNDANNAHMEN ÖKONOMISCHER RECHTSANALYSE UND DIESELSKANDAL

Aus ökonomischer Sicht sind Folgen und Wirkungen einer Rechtsentscheidung am Maßstab der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsmaximierung zu beurteilen. Demnach haben Haftungs- und Schadensrecht im Sinne einer funktionalen Einheit Regeln über Voraussetzung und Umfang der Ersatzpflicht aufzustellen, die das Verhalten von Individuen mittels Anreizen steuern, so dass eine effiziente Ressourcenverteilung und ein gesamtgesellschaftlicher Vorteil erzielt werden. Sofern der Schadensersatz keine verhaltenssteuernde Wirkung entfaltet, verursacht die Schadensübertragung lediglich Umverteilungskosten – so beispielsweise für die Inanspruchnahme rechtsanwaltlicher Dienste oder die Betätigung von Gerichten – und damit einen gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrtsverlust.¹⁸²

Freilich sind nicht sämtliche Schadensereignisse vorzubeugen. Einerseits sind nur solche Schäden zu vermeiden, deren Kosten höher sind als die Kosten möglicher Sorgfaltsmaßnahmen, deren Einsatz die Schadenskosten vorgebeugt hätten („optimales Sorgfaltsniveau“). Andererseits sollen Individuen schadensgeneigte Aktivitäten nur so lange aufnehmen, wie der daraus gezogene Nutzen ihre Kosten einschließlich der Vermeidungs- und Schadenskosten übersteigt („optimales

¹⁷⁸ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1965), Rn. 27.

¹⁷⁹ BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1967), Rn. 45 ff.

¹⁸⁰ H.-J. Ahrens, 'Erstes Dieselskandal-Urteil des BGH - Schadensersatz als Privatstrafe für Sittenwidriges Handeln?', 15 VersR 2020, S. 933 (935).

¹⁸¹ Vgl. Schlobach 2004 (supra fn. 8), S. 267.

¹⁸² Jeweils m. w. N. Schäfer / Ott 2020 (supra fn. 15), S. 164 ff.; Kötz / Wagner 2021 (supra fn. 15), S. 27.

Aktivitätsniveau“).¹⁸³ In das Kosten-Nutzen-Kalkül des rational und eigennützig handelnden *homo oeconomicus* werden keine externen Effekte einfließen, da diese lediglich Dritte oder die Allgemeinheit betreffen. Insbesondere wird ein rein gewinnorientiertes Unternehmen durch seine Tätigkeiten entstehende und die Allgemeinheit betreffende Kosten unberücksichtigt lassen („negative Externalitäten“).

Im Ausgangspunkt hat auch ein Automobilhersteller keinen monetären Anreiz, sein Sorgfalts- und Aktivitätsniveau in Hinsicht auf die durch seine Dieselfahrzeuge entstehenden umwelt- und gesundheitsschädigenden NOx-Emissionen zu optimieren. Diesem Marktversagen tritt der Unionsgesetzgeber entgegen, wenn er das Herstellen und Inverkehrbringen von Fahrzeugen innerhalb der EU an die Einhaltung von Emissionsgrenzwerten knüpft. Die Verhaltensvorgaben bezwecken die *Internalisierung negativer Externalitäten* durch direkte Regulierung des von Herstellerseite zu erbringenden Sorgfalts- und Aktivitätsniveaus. In jedem Fall haben die Hersteller Sorgfaltsmaßnahmen zur Einhaltung der Grenzwerte zu treffen. Bei einem vorsätzlichen Verstoß ist das optimale Aktivitätsniveau erreicht, wenn der Schädiger die Aktivität gänzlich unterlässt.¹⁸⁴

Dass Automobilhersteller Vorschriften zum Schutz der Umwelt und Gesundheit dennoch jahrelang umgehen konnten weist auf Rechtsordnungsdefizite hin. Fehlanreize zur vorsätzlichen Begehung von Rechtsverletzungen kann durch eine intensive Überwachung sowie eine anteilige Kostenbelastung des potentiellen Schädigers entsprechend dem Erwartungswert des Schadens und korrigiert um die Aufdeckungswahrscheinlichkeit entgegengesteuert werden.¹⁸⁵ Das Verwaltungs- und Strafrecht vermögen die erforderliche Abhilfe qua Auferlegung von Verhaltensgeboten und der Sanktionierung im Fall der Nichtbefolgung *ex ante* zu verschaffen. Demgegenüber greift die zivilrechtliche Haftung erst *ex post*, nach Eintritt eines Schadens, sofern der Geschädigte einen Schadensersatzanspruch geltend macht. In der Praxis kommt es häufig aus verschiedenen Gründen nicht dazu.¹⁸⁶

Würden die im Dieselskandal relevanten Umwelt- und Gesundheitsbeeinträchtigungen entsprechenden Überwachungs- und Sanktionsmechanismen unterliegen, wäre die unternehmerische Entscheidung zur Manipulation der NOx-Werte höchstwahrscheinlich nicht erst getroffen worden, da diese mit einer hohen Aufdeckungswahrscheinlichkeit und einer kalkulatorischen Verlusterwartung auf Seiten des Unternehmens verbunden wäre.

2. BEHÖRDLICHE ÜBERWACHUNGS- UND VOLLZUGSDEFIZITE

Zwar ist die Automobilindustrie geprägt von einer hohen Regulierungsdichte nicht zuletzt auch im Interesse des öffentlichen Gesundheits- und Umweltschutzes. So setzt das Inverkehrbringen von Fahrzeugen die Erfüllung einer Vielzahl materieller und prozeduraler Anforderungen, betreffend der Fahrzeug-

¹⁸³ Wagner 2019 (supra fn. 171) MüKo Vor. §823 BGB, Rn. 53 ff. m. w. N.

¹⁸⁴ Schäfer / Ott 2020 (supra fn. 15), S. 301.

¹⁸⁵ Schäfer / Ott 2020 (supra fn. 15), S. 301; H.-B. Schäfer / B. Fuhrmann, 'Zivilrechtlich und rechtsökonomische Aspekte zum Dieselskandal der Volkswagen AG', 4 Wirtschaftsdienst 2018, S. 243 (248) m. w. N.

¹⁸⁶ Kötz / Wagner 2021 (supra fn. 15), S. 37 m. w. N.

genehmigung und -zulassung sowie der technischen Sicherheitsstandards, voraus. Zum Erhalt einer Typengenehmigung hat der Hersteller anhand seiner Antragsunterlagen nachzuweisen, dass seine Kraftfahrzeuge die einschlägigen Vorgaben einschließlich der gesetzlich vorgegebenen Emissionsgrenzwerte erfüllen.¹⁸⁷ Rechtswidrig erlangte Typengenehmigungen kann das KBA dann gem. § 48 VwVfG i. V. m. § 25 Abs. 3 EG-FGV zurücknehmen oder sie durch nachträglich eingefügte Nebenbestimmungen auf der Grundlage von § 25 Abs. 2 EG-FGV so verändern, dass sie nunmehr den rechtlichen Vorgaben genügt.

Für die letztere Alternative entschied sich das KBA als sie den verpflichtenden Rückruf von 2,4 Mio. Fahrzeugen anordnete.¹⁸⁸ Diese Maßnahme erfolgte jedoch erst nach Aufdeckung des Skandals in den USA. Dabei wurde das KBA durch die ADAC bereits 2010 auf Unregelmäßigkeiten in den NOx-Emissionswerten hingewiesen.¹⁸⁹ Letztlich erachtete es die von der VW AG vorgeschlagenen Softwareanpassungen des Motorsteuergeräts auch als geeignete Maßnahme, um den rechtlichen Anforderungen zu genügen. Mit Schreiben vom 10.8.2016 bestätigte das KBA der VW AG, „dass unzulässige Abschalt-einrichtungen nicht (mehr) festgestellt wurden, dass weiterhin vorhandene Abschalt-einrichtungen als zulässig eingestuft wurden, dass die Grenzwerte bei den Schadstoffemissionen eingehalten und dass die Dauerhaltbarkeit von emissionsmindernden Einrichtungen den Anforderungen genügen würden“.¹⁹⁰

Diese Annahme durch das KBA ist nicht ganz unstrittig, zumal nicht sämtliche Fahrzeuge durch ein einfaches Softwareupdate in den normkonformen Zustand versetzt werden konnten. Vielmehr ist bei bestimmten Fahrzeugmodellen der Austausch der Hardware erforderlich. Zudem bestehen noch immer Meinungsverschiedenheiten darüber, ob durch das Aufspielen der Software bzw. durch den Austausch der Hardware eine Leistungsabnahme oder Verbrauchssteigerung bei den Fahrzeugen einhergeht.¹⁹¹ Das Vorgehen des KBA macht den Anschein, als wollte sie den Skandal möglichst zügig und ressourcenschonend abschließen. Die behördlichen Vollzugs- und Überwachungsdefizite legen den Verdacht eines *Regulatory Capture* nah, in dem die Regulierungsbehörde von der zu überwachenden Industrie durchdrungen wurde. Um dem entgegenzuwirken wird vorgeschlagen, das KBA vom Verkehrs- in das Umweltministerium zu verlagern.¹⁹²

¹⁸⁷ §§ 3 ff. EG-FGV; siehe nunmehr Art. 23 ff. VO 2018/858.

¹⁸⁸ KBA, 'Pressemitteilung des KBA vom 16.10.2015: Kraftfahrt-Bundesamt ordnet den Rückruf von 2,4 Millionen Volkswagen an' <https://www.kba.de/DE/Presse/Archiv/Abgasthematik/vw_inhalt.html> zuletzt besucht 26.9.2021.

¹⁸⁹ ADAC, 'Position zum Dieselmotor', <<https://www.adac.de/-/media/adac/pdf/jze/adac-position-zum-dieselmotor.pdf?la=de&hash=CCDA9B3F1A2264FF73B3A02271E7BD0040912E53>> zuletzt besucht 26.9.2021.

¹⁹⁰ Vgl. LG Wuppertal, Urteil vom 16.1.2018 – 4 O 295/17, BeckRS 2018, S. 1446.

¹⁹¹ C. U. Schmid, 'Germany', in: M. F. di Rattalma (ed.), *The Dieselgate. A Legal Perspective*, Springer: Cham, 2017, S. 27 (33).

¹⁹² M. Führ, 'Der Dieselskandal und das Recht. Ein Lehrstück zum technischen Sicherheitsrecht', 5 NVwZ 2017, S. 265 (271); Schäfer / Fuhrmann 2018 (supra fn. 185), S. 248.

3. KEINE ABSCHRECKENDEN FINANZIELLEN SANKTIONEN

Daneben existieren keine abschreckenden finanziellen Sanktionen für den Fall eines Verstoßes gegen die Emissionsgrenzwerte. Der Anwendungsbereich der spezialgesetzlichen Sanktionsregelung in § 37 EG-FGV ist sehr begrenzt und zieht – selbst wenn sie einmal eingreifen sollte – lediglich ein Bußgeld von bis zu 2000 Euro nach sich. Von Bedeutung war im Dieselskandal vielmehr die *Verbandsgeldbuße* des Ordnungswidrigkeitenrechts. Nach § 130 OWiG können höherrangige Mitarbeiter bzw. der Leitungsebene zugehörige Repräsentanten des Unternehmens nämlich auch dann belangt werden, wenn ihnen lediglich zum Vorwurf gemacht wird, die Tätigkeit nachgeordneter Mitarbeiter nicht hinreichend organisiert und überwacht zu haben. Eine solche Aufsichtspflichtverletzung erachtet die Staatsanwaltschaft Braunschweig mit Hinsicht auf den Einbau der Abschaltvorrichtungen und der damit ergehenden Produktion von Fahrzeugen, die nicht der ursprünglich erteilten Typengenehmigung entsprechen, für erfüllt.¹⁹³

Als sog. „Anknüpfungstat“ ermöglicht die Aufsichtspflichtverletzung gem. § 30 Abs. 1 OWiG die direkte Verhängung eines Bußgeldes gegen das Unternehmen. Dass ein Repräsentant individuell bestimmt werden kann ist dabei nicht erforderlich (sog. anonyme Verbandsgeldbuße).¹⁹⁴ Diese Verbandsgeldbuße ist grundsätzlich auf zehn Millionen Euro bei vorsätzlichen und fünf Millionen Euro bei fahrlässigen Anknüpfungstaten beschränkt, § 30 Abs. 2 S. 1 OWiG. Nach § 30 Abs. 3 i. V. m. § 17 Abs. 4 OWiG können höhere Beträge verhängt werden, wenn ansonsten nicht der aus der Anlasstat dem Unternehmen zugeflossene wirtschaftliche Vorteil abgeschöpft würde.

Die Staatsanwaltschaft Braunschweig verhängte der VW AG ein Bußgeld in Höhe von 1 Mrd. Euro. Dieses setzt sich aus einem Betrag von 5 Mio. Euro für die fahrlässige Aufsichtspflichtverletzung und weiteren 995 Mio. Euro für die Abschöpfung wirtschaftlicher Vorteile zusammen. Damit mag der gesamte rechtswidrig erzielte Profit abgeschöpft werden. Für eine effektive Abschreckung hätte das Bußgeld jedoch um den Kehrwert der Aufdeckungswahrscheinlichkeit höher sein müssen als der rechtswidrig erzielte Profit. Bei einer hier angenommenen Aufdeckungswahrscheinlichkeit von einem Drittel wäre das Bußgeld um das 3- oder 4-fache zu erhöhen, wollte man eine abschreckende Wirkung entfalten.¹⁹⁵

4. ENGER SCHUTZBEREICH DES DELIKTSRECHTS

Die zivilrechtliche Haftung kann umwelt- und regulierungsrechtliche Defizite nicht vollständig korrigieren.¹⁹⁶ Allerdings kann sie die Abschreckungswirkung im konkreten Einzelfall stärken, vorausgesetzt der Geschädigte macht seinen

¹⁹³ Staatsanwaltschaft Braunschweig, 'Pressemitteilung vom 13.6.2018: VW muss Bußgeld zahlen', <<https://staatsanwaltschaft-braunschweig.niedersachsen.de/startseite/aktuelles/presseinformationen/vw-muss-bugeld-zahlen-174880.html>> zuletzt besucht 30.9.2021.

¹⁹⁴ A. Baur / P. M. Holle / K. Reiling, 'Rechtsgebietsübergreifende Prävention von Unternehmenskriminalität', 74-21 JZ 2019, S. 1025 (1028).

¹⁹⁵ Schäfer / Ott 2020 (supra fn. 15), S. 597.

¹⁹⁶ Dazu Schäfer / Ott 2020 (supra fn. 15), S. 427 ff m. w. N.

Anspruch geltend. Eher unwirksam sind hierbei kaufrechtliche Ansprüche, da diese überwiegend im Händler-Kunden-Verhältnis bestehen und kurzfristig verjähren, vgl. §§ 438 Abs. 1 Nr. 3, 475 Abs. 2. Grundsätzlich ist das Deliktsrecht zur Abschreckung besser geeignet. Im Gegensatz zu den meisten europäischen Rechtsordnungen ist der Schutzbereich des deutschen Deliktsrechts aber eng umrissen. Im Zentrum setzt § 823 Abs. 1 die Verletzung eines der absoluten Rechtsgüter Leben, Gesundheit, Freiheit, Eigentum oder die Verletzung eines sonstigen Rechts voraus. Die §§ 823 Abs. 2 und 826 gewährleisten unter engen Voraussetzungen den Schutz gegen Rechtsverletzungen, die keine Rechtsgutsverletzung darstellen.¹⁹⁷

Mangels Rechtsgutsverletzung fällt eine Haftung aus § 823 Abs. 1 in den VW-Verfahren komplett weg. Eine Eigentumsverletzung liegt nicht vor, da die manipulierten Fahrzeuge bereits in mangelhaftem Zustand erworben wurden. Der kausale Nachweis einer Gesundheitsschädigung durch erhöhte NOx-Emissionen ist praktisch unmöglich. Dem deutschen Deliktsrecht ist eine quotenabhängige Haftung für gesteigerte Gefahren fremd. Dabei soll es nach der Studie eines anerkannten internationalen Expertenteams, durch die in den Jahren von 2008 bis 2015 in Deutschland verkauften rund 2,6 Mio. Fahrzeuge zu 1.200 vorzeitigen Todesfällen in Europa gekommen sein.¹⁹⁸ Während die Haftung aus § 823 Abs. 2 i.V.m. § 263 StGB an die strafrechtlichen Hürden des Betrugs stößt und maßgeblich vom Verlauf der Ermittlungen abhängt,¹⁹⁹ wird der Verordnung Nr. 715/2007/EG ein Schutzgesetzcharakter größtenteils abgesprochen.²⁰⁰

Entsprechend seiner inhärenten Ergänzungsfunktion als dritte „kleine Generalklausel“ birgt § 826 im hiesigen Fall die größte Abschreckung für Hersteller. Der weite Schutzbereich des § 826 ist jedoch an die enge Tatbestandsvoraussetzung der vorsätzlichen sittenwidrigen Schädigung geknüpft. In Abwesenheit wirksamer Mechanismen zum Abbau von Informationsasymmetrien zwischen Geschädigten und dem Unternehmen hat der Geschädigte eigenständig und mit Kostenrisiken einen langwierigen Prozess gegen ein ressourcenstarkes Unternehmen zu führen, weshalb er mit hoher Wahrscheinlichkeit von der Durchsetzung seiner Ansprüche absehen wird.

5. INSUFFIZIENZ DES KOLLEKTIVEN RECHTSSCHUTZES

Mit Letzterem sind zudem zivilprozessuale Defizite offenbart. Dies gilt vor allem

¹⁹⁷ Im Einzelnen zur deliktischen Rechtslage *Schmid* 2017 (supra fn. 191), S. 39–43.

¹⁹⁸ *Guillaume P. Chossière, Robert Malina / Akshay Ashok / Irene C Dedoussi / Sebastian D Eastham / Raymond L Speth / Steven R H Barrett*, 'Environmental Research Letters: Public health impacts of excess NOx emissions from Volkswagen diesel passenger vehicles in Germany', 12 034014, 2017, <<https://iopscience.iop.org/article/10.1088/1748-9326/aa5987/pdf>> zuletzt besucht 2.10.2021.

¹⁹⁹ Siehe dazu: *LTO*, 'Betrugsprozess um VW-Diesel gestartet', *LTO*, 16.9.2021 <<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/prozessbeginn-lg-braunschweig-vw-diesel-betrug-winterkorn/>> zuletzt besucht 30.9.2021; *LTO*, 'VW-Ingenieure weisen Hauptverantwortung von sich', *LTO*, 23.9.2021 <<https://www.lto.de/recht/kanzleien-unternehmen/k/lg-braunschweig-prozess-betrug-vw-diesel-skandal-ingenieure/>> zuletzt besucht 30.9.2021.

²⁰⁰ In diese Richtung auch BGH, Urteil vom 25.5.2020 – VI ZR 252/19, NJW 2020, S. 1962 (1970 f.), Rn. 72 ff.

für die verfahrensmäßige Bündelung von gleichgelagerten Ansprüchen (sog. kollektiver Rechtsschutz).²⁰¹ Von den manipulierten VW-Motoren des Typs EA189 sind insgesamt 2,4 Mio. Fahrzeuge betroffen. Dies betreffend sollen über 120.000 Zivilklagen eingegangen sein.²⁰² Solange es an einem effektiven Instrument zum kollektiven Rechtsschutz fehlt, sind die Geschädigten benachteiligt. Während die anwaltliche Vertretung auf Herstellerseite mit zentral gestellten Informationen, Rechtsgutachten und Anweisungen zur Vermeidung von Fehlern durch die Rechtsabteilungen und -kanzleien des Unternehmens versorgt wird, führen die Geschädigten Kunden den Rechtsstreit individuell. Dies führt vor allem zur vergleichsweisen kosteneffektiven anwaltlichen Vertretung auf Seiten der Hersteller.²⁰³

Im November 2018 führte die Bundesregierung mit der Musterfeststellungsklage (§§ 606 ff. ZPO) ein allgemeines Instrument zum kollektiven Rechtsschutz ein. Innerhalb dieses Rahmens können Klageschutzverbände die Rechte von Verbrauchern geltend machen. Das Musterverfahren zielt auf die Feststellung von über den Einzelfall hinaus bedeutsamen Vorfragen ab. Ein Geschädigter muss im Anschluss an das Musterfeststellungsurteil seinen konkreten Schaden noch immer eigeninitiativ einklagen.²⁰⁴ Individuell Betroffene konnten sich gem. des *opt-in* Prinzips kostenlos über ein Internetformular zu der Musterfeststellungsklage anmelden. Von dieser Gelegenheit machten mit etwa 440.000 Anmeldungen lediglich 20% aller Betroffenen Gebrauch. Letztlich mündete das Verfahren in einen Vergleich, dem mit 240.000 Beteiligten nur etwas mehr als die Hälfte der ursprünglich am Verfahren Beteiligten zugestimmt hatten.²⁰⁵ Die Abschreckungswirkung der Musterfeststellungsklage ist demnach in Frage zu stellen.

6. ZWISCHENFAZIT: FEHLANREIZE *EX ANTE* SOWIE *EX POST*

Im Ergebnis vermittelt die Rechtsordnung beachtliche Fehlanreize. Vor allem die mangelnde Internalisierung von Sozialschäden führt bei gewinnorientierten Organisationen mit Planungskapazitäten zu unerwünschten Verhaltensanreizen *ex ante*. Ein Automobilhersteller spart in diesem Fall Kosten, wenn er das Produkt mit einem verdeckten Mangel produziert und hohe Schäden bei Dritten und der Allgemeinheit verursacht. Selbst im Falle einer deliktischen Haftung kann der Hersteller das Fahrzeug reparieren bzw. zurücknehmen, sie kostengünstig in einen mangelfreien Zustand bringen und erneut verkaufen. Die Anrechnung von Nutzungsvorteilen verstärkt diese Fehlanreize zusätzlich. Der von § 826 missbilligte sittenwidrige Warenabsatz am Markt bleibt für den Hersteller wirtschaftlich „ohne nennenswerte Folgen“. Der Schädiger bekommt

²⁰¹ Heese 2019 (supra fn. 13), VuR, S. 125, 129; Schmid 2017 (supra fn. 191), S. 44; vgl. C. Althammer, '§50', in: Richard Zöller (ed.), Zivilprozessordnung, ottoschmidt: Köln, 33. edn., 2020, Rn. 55.

²⁰² Sievers 2021 (supra fn. 26), S. 532.

²⁰³ Schäfer / Fuhrmann 2018 (supra fn. 185), S. 248.

²⁰⁴ Kritisch dazu M. Heese, 'Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal', 9 JZ 2019, S. 429 (436).

²⁰⁵ Vgl. A. Sievers, 'Musterfeststellungsklage gegen VW ist beendet', 13.10.2020 <<https://www.adac.de/verkehr/abgas-diesel-fahrverbote/abgasskandal-rechte/faq-musterfeststellungsklage/>> zuletzt besucht 3.10.2021.

nicht nur ein wiederverkäufliches Gebrauchtfahrzeug zurück, das er möglicherweise im Ausland absetzen kann. Er wird zudem für den zwischenzeitlichen Wertverlust des Fahrzeugs erheblich kompensiert.²⁰⁶

Die vollumfängliche Vorteilsausgleichung sorgt auch aus *ex post* Sicht für Fehlreize. Solange Nutzungsvorteile mit zunehmender Dauer der Rechtsdurchsetzung wachsen, hat der Hersteller ein gewichtiges Interesse an der Verzögerung des Rechtsfriedens (Verzögerungsargument).²⁰⁷ Die schädigende Handlung erweist sich als „lukratives Delikt“ oder „effizienter Rechtsbruch“.²⁰⁸ Die eingeführte Musterfeststellungsklage konnte diesem Umstand nur bedingt entgegenwirken und keine ausgeglichene Grundlage für einen Vergleich schaffen, der den Skandal möglichst kostengünstig und dennoch gerecht abwickelt. Dem tritt hinzu, dass ein Großteil der Ansprüche in der Regel verjährt sind.²⁰⁹ Unter diesen Gesichtspunkten hätte man den monetären Fehlreizen im Dieselskandal am besten mit der versagten Vorteilsausgleichung entgegensteuern können.

E. ERGEBNISSE DER UNTERSUCHUNG

I. Fallgruppenbildung

Im Ergebnis konnte die präventive Verhaltenssteuerung als fallgruppenübergreifendes Rechtsprinzip im Bereich der Vorteilsausgleichung nachgewiesen werden. Die Existenz des Präventionsprinzips hebt den Geltungsanspruch des Ausgleichsprinzips nicht *per se* auf. Vielmehr können das Präventions- und Ausgleichsprinzip den Regelungskomplex des Schadensrechts, auch im Bereich der Vorteilsausgleichung, gemeinsam gestalten. Folgende Fallgruppen bilden sich ab.

1. GRUNDSATZ: PRÄVENTIVE UND VERHALTENSTEUERnde WIRKUNG DURCH AUSGLEICHSPRINZIP

Für den in den Fallgruppen der versagten Vorteilsausgleichung relevanten Bereich der Unfallhaftung erzielt der Ausgleich eines Schadens stets auch die erwünschte Präventionswirkung. Dies lässt sich damit erklären, dass hier der Nutzen einer schädigenden Handlung in der Regel geringer ist, als der dadurch verursachte Schaden. Die Verpflichtung zum Ausgleich des Schadens schafft bereits hinreichende Anreize, Schadensfälle zu vermeiden.²¹⁰ An seine Grenzen stößt das Ausgleichsprinzip, wenn ein Vorsorgeträger einschreitet und den Schaden des Geschädigten abfängt, im Ergebnis also kein rechnerischer Schaden entsteht. Eine ausschließliche Orientierung am Ausgleichsprinzip müsste hier eine Vorteilsausgleichung mit sich ziehen.

2. TOTALER SCHADENSAUSGLEICH DURCH PRÄVENTIONSPRINZIP

Dies zu akzeptieren war die Rechtsprechung jedoch nicht gewillt. Daher

²⁰⁶ Heese 2019 (supra fn. 13), VuR, S. 129.

²⁰⁷ Bruns 2019 (supra fn.13), S. 804 f.

²⁰⁸ Vgl. Janssen 2017 (supra fn. 59), S. 7.

²⁰⁹ Vgl. nur BGH, Urteil vom 17.12.2020 – VI ZR 739/20, NJW 2021, S. 918. Die Verjährung verlagerte den Fokus zuletzt auf den deliktischen Herausgabeanspruch nach § 852.

²¹⁰ Möller 2006 (supra fn. 8), S. 241.

bekräftigte man die Prävention zum Rechtsprinzip und stellte es gleichberechtigt neben das Ausgleichsprinzip. Das Präventionsprinzips ergänzt das Ausgleichsprinzip in diesem Fall, um ihm zum Durchbruch zu verhelfen. Nach diesem Schema lässt sich die gesamte Fallgruppe der Dritteleistungen erklären. Hier wird dem Geschädigten durch den Dritten regelmäßig nur der entstandene Schaden ersetzt. Im Gegenzug erhält der Dritte einen Regressanspruch gegen den Schädiger. Von einer Bereicherung des Geschädigten kann hier tatsächlich nicht die Rede sein. Ein Konfliktfall mit dem Ausgleichsprinzip und dessen Bereicherungsverbot liegt nicht vor. Ganz im Gegenteil führt das Präventionsprinzip sogar zur Totalreparation, denn mit der Dritteleistung wurde der Schaden nicht beseitigt, sondern nur verlagert. Damit verhindert das Präventionsprinzip ein Leerlaufen des Haftungsrechts und verschafft dem Gedanken der Totalreparation volle Geltung. Entsprechendes gilt für die Quellentheorie des BGH. Beim Erbfall kommt es lediglich zum Wechsel des Rechtsträgers einer Vermögensmasse. Die Höhe des Schadens beeinflusst dieser Vorteil nicht.²¹¹ Das Präventionsprinzip verfolgt auch hier keine über das Ausgleichsprinzip hinausgehenden Ziele.

Zweifel an der Vereinbarkeit mit dem Ausgleichsprinzip können entstehen, wenn der Geschädigte neben den Erträgen aus einer privaten Unfall- oder Lebensversicherung, den vom Schädiger zu leistendem Schadensersatz vereinnahmen kann. Hier liegt eine Kumulation von Versicherungsleistung und Schadensersatz vor. Dies erscheint auf den ersten Blick zumindest hinsichtlich des Bereicherungsverbots fraglich. Bedenkt man jedoch, dass die Summenversicherungen eine besondere Art des Sparens darstellen, erscheint die Kumulation mit dem Bereicherungsverbot, zumindest im weiteren Sinne, vereinbar zu sein.²¹²

3. VERHALTENSSTEUERUNG DURCH PRÄVENTIONSPRINZIP TROTZ BEREICHERUNG DES GESCHÄDIGTEN

Eine Einschränkung des Ausgleichsprinzips unternimmt der BGH schließlich in der Fallgruppe der Eigenleistung des Geschädigten, wenn er den Schädiger mit einem fiktiven Schaden belastet. Hier lässt sich der „Schadensersatz ohne Schaden“ einzig mit der durch das Präventionsprinzip verfolgten Verhaltenssteuerung begründen. Das Schadensrecht wird damit instrumentalisiert, um Anreizdefizite der Rechtsordnung zu kompensieren. In diesem Fall muss die Instrumentalisierung des Schadensrechts erst recht in den VW-Verfahren erfolgen, in dem es um ein gewinnorientiertes Unternehmen mit Planungskapazitäten geht, das auf der Grundlage einer kühlen wirtschaftlichen Kalkulation lukrative Delikte begeht und hierbei seine Kunden zur Verfestigung des Rechtsbruchs instrumentalisiert.

Die versagte Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren bedeutet nicht gleich eine Durchbrechung tragender zivilrechtlicher Grundsätze, denn ganz so unbestritten ist die Bedeutung des Bereicherungsverbots, selbst unter den Vertretern der klassischen Schadensrechtskonzeption, ohnehin nicht.²¹³ Es fehlt

²¹¹ Vgl. *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 394.

²¹² Vgl. *Wagner* 2019 (supra fn. 76), MüKo §843 BGB, Rn. 42.

²¹³ Vgl. *W. Gmnsky*, 'Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung', 44 NJW 1983, S. 2465 (2467) – als Vertreter der klassischen Schadensrechtskonzeption; differenzierend *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 424 f.; vgl. auch *Wagner* 2006 (supra fn. 63), S. 470 f.

bereits an einer ausdrücklichen Anerkennung im Gesetz.²¹⁴ Laut *Schiemann* ermöglicht das Bereicherungsverbot keine schematische Lösung aller schadensrechtlichen Probleme. Vielmehr ist es eine Leitlinie, die bis zur überzeugenden Begründung einer abweichenden Wertung maßgeblich ist.²¹⁵ Das Bereicherungsverbot lässt sich auch nicht mit dem fehlenden „Strafschadensersatz“ im deutschen Recht begründen. Im Gegenteil noch wies der Gesetzgeber den „Strafschadensersatz“ als eigenständiges Rechtsinstitut zwar zurück; für die Vorteilsausgleichung ließ er die Frage jedoch offen.²¹⁶ Eine Kodifikation über die Grundsätze der Vorteilsausgleichung wäre „insbesondere für Deliktsfälle“ bedenklich und müsste der „Rechtswissenschaft und Praxis überlassen werden“.²¹⁷

II. Fazit und Ausblick

Im Ergebnis ist eine Versagung bzw. Einschränkung der Vorteilsausgleichung in den VW-Verfahren dogmatisch durchaus begründbar. Die in der Fallgruppenanalyse herausgearbeiteten Gedanken und Wertungen untermauern dieses Ergebnis nachdrücklich. Vor allem die funktionale Verbundenheit des Delikts- und Schadensrechts und die damit zusammenhängende Abstufung des Schadensersatzes nach dem Verschuldensgrad des Schädigers im Allgemeinen, sowie das Verzögerungsargument im Besonderen legen eine Versagung der Vorteilsausgleichung auch im vorliegenden Fall des Haftungsgrundes aus § 826 nahe. Die besondere Steuerungswirkung des § 826 hätte in den VW-Verfahren letztlich nur auf diesem Wege entfaltet werden können. Zu beachten ist indessen, dass eine optimale Steuerungswirkung in Unternehmensskandalen wie dem hiesigen nicht allein durch das Privatrecht erreicht werden kann. Der Dieselskandal betrifft private sowie öffentliche Interessen zugleich. Für die Zukunft sind daher effektive Umweltvorschriften in Kombination mit abschreckenden Sanktionsmechanismen gegen Unternehmen und einem modernen Zivilprozessrecht erstrebenswert.

Im Rahmen seiner Möglichkeiten und aufgrund seiner Flexibilität sollte das Privatrecht die Defizite der übrigen Teilrechtsordnungen jedoch stets korrigieren. In den VW-Verfahren hätte dies mittels versagter Vorteilsausgleichung geschehen können. Dem mag entgegenhalten werden, dass dies weder ökonomisch, noch ökologisch sei.²¹⁸ Hinsichtlich der richtigen ex post Aufarbeitung des Skandals lassen sich durchaus verschiedene Meinungen vertreten. Nach hier vertretener Ansicht soll das markt- und umweltschädigende Verhalten des Herstellers jedoch nicht noch mit einer vollumfänglichen Vorteilsausgleichung begünstigt werden. Erst die Sanktionen des Schadensrechts schaffen das zwischen den Vertragsparteien notwendige Vertrauen zum Abschluss eines Vertrags sowie das Vertrauen der

²¹⁴ *Gnmsky* 1983 (supra fn. 213), S. 2467.

²¹⁵ *Schiemann* 2017 (supra fn. 45), Staudinger Vor. §249, Rn. 2; dem folgend BGH, Urteil vom 7.5.2004 – V ZR 77/03, NJW 2004, S. 2526 (2529).

²¹⁶ *Thüsing* 2001 (supra fn. 68), S. 425.

²¹⁷ Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich – Band 2 Recht der Schuldverhältnisse, De Gruyter: Berlin, 1896, S. 18 f.

²¹⁸ Vgl. *S. Lorenz*, 'Roma locuta, causa finita - Die „Dieselskandal“-Entscheidung des BGH', 27 NJW 2020, S. 1924 (1927).

Rechtsgutininhaber gegenüber rechtswidrigen Eingriffen Dritter. Die Etablierung von Schadensregeln ist hierbei legitimes Mittel zum Schutz der Institution „Markt“ und „Wettbewerb“, und zwar sowohl im Verhältnis der Wettbewerber untereinander, als auch im Verhältnis der Anbieter zu ihren Abnehmern.²¹⁹

Die bei einer verstärkten Position der Verbraucher befürchtete Klageindustrie besteht ohnehin, auch unabhängig von einer soliden Rechtsposition der Verbraucher. Vor dem Hintergrund einer Kostenübernahme durch Rechtsschutzversicherungen und einer erfolgreichen Bewerbung der Klägerkanzleien besteht die Motivation zur Klageerhebung selbst dort, wo der Erfolg einer Klage von Anbeginn aussichtslos erscheint. Daneben existiert jedoch auch eine „Beklagtenindustrie“²²⁰, die eine Strategie der Blockadehaltung bei Sachverhalts-ermittlungen zu technischen Fragen verfolgt. Sowohl Kläger- als auch Beklagtenseite zeigen sich an einer Vergleichslösung uninteressiert. In der Anwaltschaft macht sich vor allem ein „copy-paste-Verhalten“²²¹ im Schriftwechsel zwischen Kläger- und Beklagtenvertreter sichtbar. Die damit verursachten Gerichts- und Anwaltskosten bleiben gänzlich ohne gesellschaftlichen Nutzen.²²² Eine Modernisierung des Zivilprozessrechts sollte vor allem auf Unionsebene und mit rechtsvergleichendem Blick in die USA erfolgen, um dortige Erfahrungen sowohl in positiver als auch in negativer Hinsicht auszuwerten.

²¹⁹ *Schlobach* 2004 (supra fn. 8), S. 309 f.; vgl. auch *Schmid* 2017 (supra fn. 191), S. 45.

²²⁰ *Heese*, NJW Editorial Heft 9/2021, <<https://rsw.beck.de/aktuell/daily/magazin/detail/klageindustrie?bifo=port>> zuletzt besucht 3.10.2021.

²²¹ *P. Jacobs*, ‘Dieselskandal und Hilfspruchkörper – die Justiz zwischen Kollaps und Verfassungsverstoß’, 37 NJW 2021, S. 2708.

²²² *Schäfer / Fuhrmann* 2018 (supra fn. 185), S. 248.

LITERATUR

- Hans-Jürgen Ahrens* (2020) ‘Erstes Dieselskandal-Urteil des BGH – Schadensersatz als Privatstrafe für Sittenwidriges Handeln?’, 15 *Versicherungsrecht (VersR)*, S. 933-937.
- Christian Alexander* (2010) *Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht – Privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller und überindividueller Interessen im Wettbewerb*, Mohr-Siebeck: Tübingen.
- Christian Armbrüster* (2019) ‘Herstellerhaftung für abgasmanipulierte Fahrzeuge’, 18 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 837-846.
- Stefan Arnold* (2020) ‘Schuldrecht BT: Abgasskandal und vorsätzliche sittenwidrige Schädigung’, 7 *Juristische Schulung (JuS)*, S. 684-687.
- Alexander Baur / Philipp Maximilian Holle / Katharina Reiling* (2019) ‘Rechtsgebietsübergreifende Prävention von Unternehmenskriminalität’, 74-21 *Juristenzeitung (JZ)*, S. 1025-1035.
- Christoph Althammer* (2020) ‘§50’, in: Richard Zöller (ed.), *Zivilprozessordnung*, Otto Schmidt: Köln, 33. edn.
- Oliver Brand* (2015) *Schadensersatzrecht*, C.H. Beck: München, 2. edn.
- Jan Bruns* (2019) ‘Vorteilsanrechnung beim Schadensersatz für abgasmanipulierte Diesel-Fahrzeuge’, 12 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 801-805.
- (2019) ‘Aktuelles zur Haftung wegen vorsätzlicher sittenwidriger Schädigung im Diesel-Skandal’, 31 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 2211-2213.
- (2020) ‘Dieselskandal und Nutzungsentschädigung’, 8 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 508-512.
- Gert Brüggemeier* (2006) *Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich*, Springer Science & Business: Berlin.
- Franz Bydlinski / Peter Bydlinski* (2018) *Grundzüge der juristischen Methodenlehre*, UTB: Stuttgart, 3. edn.
- Claus-Wilhelm Canaris* (1983) *Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz*, Duncker & Humblot: Berlin, 2. edn.
- Erwin Deutsch* (1971) ‘Die Zwecke des Haftungsrechts’, 26-8 *Juristenzeitung (JZ)*, S. 244-248.
- Uwe Diederichsen* (1974) ‘Argumentationsstrukturen in der Rechtsprechung zum Schadensersatzrecht’, in: Fritz Hauss / Reimer Schmidt (eds), *Festschrift für Ernst Klingmüller, Versicherungswirtschaft: Karlsruhe*, S. 65-85.

- Ina Ebert* (2020) 'Vorbemerkung §249', in: Harm-Peter Westermann / Barbara Grunewald / Georg Maier-Reimer (eds), *Ermann: BGB Kommentar*, otto schmidt: Köln, 16. edn.
- Ernst Eichhoff* (1898), *Über die Compensatio lucri cum damno*, Baedeker: Leipzig.
- Josef Esser / Eike Schmidt* (2000) *Schuldrecht I, Band 1 Allgemeiner Teil, Teilb. 2*, Müller: Heidelberg, 8. edn.
- Martin Führ* (2017) 'Der Dieselskandal und das Recht. Ein Lehrstück zum technischen Sicherheitsrecht', 5 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, S. 265-273.
- Johannes W. Flume (2021) '§249', in: Georg Heinz / Herbert Roth / Wolfgang Hau / Roman Poseck (eds), *Beck'scher Online Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 59. edn.
- Christian Grüneberg* (2021) 'Vorbemerkung §249', in: Otto Palandt (eds), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, C.H. Beck: München, 80. edn.
- Wolfgang Grunsky* (1983) 'Der Ersatz fiktiver Kosten bei der Unfallschadensregulierung', 44 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 2465-2471.
- Phillip Heck* (1929) *Grundriss des Schuldrechts*, J. C. B. Mohr: Tübingen.
- Michael Heese* (2015) *Beratungspflichten*, Mohr-Siebeck: Tübingen.
- (2019) 'Nutzungsentschädigung zugunsten der Hersteller manipulierter Diesel-Kraftfahrzeuge?', 4 *Verbraucher und Recht (VuR)*, S. 123-130.
- (2019) 'Herstellerhaftung für manipulierte Diesel-Kraftfahrzeuge', 5 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 257-263.
- (2019) 'Die Musterfeststellungsklage und der Dieselskandal', 9 *Juristenzeitung (JZ)*, S. 429-440.
- (2021) 'Sachaufklärung im Dieselskandal – Probleme und Abhilfen', 13 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 887-893.
- Klaus J. Hopt* (1993) 'Funktion, Dogmatik und Reichweite der Aufklärungs-, Warn- und Beratungspflichten von Kreditinstituten', in: Hermann Lange / Knut Wolfgang Nörr / Harm Peter Westermann (eds), *Festschrift für Joachim Gernhuber*, Mohr: Tübingen, S. 169-190.
- Peter Jacobs* (2021) 'Dieselskandal und Hilfsspruchkörper – die Justiz zwischen Kollaps und Verfassungsverstoß', 37 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 2708-2714.

- André Janssen* (2017) *Präventive Gewinnabschöpfung*, Mohr Siebeck: Tübingen.
- Rudolf von Jhering* (1867) *Das Schuldmoment im Römischen Privatrecht*, Emil Roth: Gießen.
- Lars Klöhm* (2020) 'Nutzungsanrechnung und deliktische Zinsen im VW-Dieselskandal', 8 *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (ZIP)*, S. 341-350.
- Steffen Klumpp* (2002) *Die Privatstrafe – eine Untersuchung privater Strafzwecke*, Duncker-Humblot: Berlin.
- Hein Kötz / Gerhard Wagner* (2021) *Deliktsrecht*, Valen: München, 14. edn.
- Dirk Looschelders* (2020) *Schuldrecht AT*, Valen: München, 18. edn.
- Stephan Lorenz* (2020) 'Roma locuta, causa finita – Die „Dieselskandal“-Entscheidung des BGH', 27 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 1924-1927.
- Henning Löwe* (2000) *Der Gedanke der Prävention im deutschen Schadensersatzrecht*, Peter Lang: Frankfurt.
- Indra von Mirbach* (2020) 'Der Vorteilsausgleich bei der Nutzungsanrechnung für manipulierte Diesel-Fahrzeuge', 3 *Monatsschrift für Deutsches Recht (MDR)*, S. 129-135.
- Reinhard Möller* (2006) *Das Präventionsprinzip des Schadensrechts*, Duncker Humblot: Berlin.
- Peter Müller* (2000) *Punitive Damages und deutsches Schadensersatzrecht*, de Gruyter: Berlin.
- Hartmut Oetker* (2019) '§249 BGB', in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB – Band 2 Schuldrecht AT I*, C.H. Beck: München, 8. edn.
- Sabine Otte-Gräbner* (2019) 'Vorsätzliche sittenwidrige Schädigung gem. § 826 BGB durch unzulässige Abschalteinrichtung („Abgasskandal“)', 8 *Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht (GWR)*, S. 149.
- Philipp Reusch / Marie C. Neumann* (2018) 'Der Abgasskandal – Eine schematische und inhaltliche Analyse emissionsrechtlicher Bestimmungen in der Europäischen Union und Deutschland', 4 *Zeitschrift zum Innovations- und Technikrecht (InTeR)*, S. 188-195.
- Thomas Riehm* (2019) 'Deliktischer Schadensersatz in den „Diesel-Abgas-Fällen“', 16 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 1105-1111.

- Werner Rother* (1965) *Haftungsbeschränkung im Schadensrecht*, Beck: München.
- (1971) ‘Urteilsanmerkung zu BGH 22.9.1979 - VI. ZR 28/69’, 26-20 *Juristenzeitung (JZ)*, S. 657-661.
- Claus Roxin / Luis Greco* (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil Bd. 1: Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, C.H. Beck: München, 5. edn.
- Karl Rudloff* (1967) ‘Der Vorteilsausgleich als Gewinnabwehr und Glücksteilhabe’, in: *Josef Esser / Hans Thieme* (eds), *Festschrift für Fritz von Hippel zum 70. Geburtstag*, Mohr: Tübingen.
- Helmut Rießmann* (2020) ‘§249’, in: *Markus Junker / Roland Michael Beckmann, / Helmut Rießmann* (eds), *juris Praxiskommentar – Band 2 Schuldrecht*, juris: Saarbrücken, 9. edn.
- Hans-Bernd Schäfer / Claus Ott* (2020) *Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts*, Springer Gabler: Berlin, 6. edn.
- Hans-Bernd Schäfer / Ben Fuhrmann* (2018) ‘Zivilrechtlich und rechtsökonomische Aspekte zum Dieselskandal der Volkswagen AG’, 4 *Wirtschaftsdienst*, S. 243-251.
- Walter Selb* (1966) ‘Individualschaden und soziale Sicherung’, in: *Ernst Klingmüller* (ed.), *Schaden und Schädiger*: Karlsruher Forum 1964, Verlag Versicherungswirtschaft: Karlsruhe.
- Gottfried Schiemann* (1981) *Argumente und Prinzipien bei der Fortbildung des Schadensrechts*, Beck: München.
- (2017) ‘Vorbemerkung §249’, in: *Michael Martinek* (eds), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse: § 249-254 (Schadensersatzrecht)*, Sellier / de Gruyter: Berlin, 15. edn.
- (2017) ‘§249’, in: *Michael Martinek* (eds), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2 Recht der Schuldverhältnisse: § 249-254 (Schadensersatzrecht)*, Sellier / de Gruyter: Berlin, 15. edn.
- Klaus Schlobach* (2004) *Das Präventionsprinzip im Recht des Schadensersatzes*, Nomos: Baden-Baden.
- Christoph U. Schmid* (2017) ‘Germany’, in: *Marco Frigessi di Rattalma* (ed.), *The Dieselsgate. A Legal Perspective*, Springer: Cham, S. 27-46.
- Alexander Sievers* (2021) ‘Dieselprozesse und (k)ein Ende?! – Eine Rechtsprechungsübersicht zur Abgastechnik bei VW, Daimler und Fiat’, 9 *Deutsches Autorecht (DAR)*, S. 532-535.
- Ansgar Staudinger* (2020) ‘Vorteilsanrechnung und Verzinsung im Dieselskandal’, 10 *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, S. 641-646.

Heinrich Stoll / Wilhelm Felgenträger (1943) 'Vertrag und Unrecht, Bd. II', Mohr: Tübingen, 3. edn.

Arndt Teichmann (2018) 'Vorbemerkung §§249-253', in: Rolf Stürner (ed.), *Jauernig – Bürgerliches Gesetzbuch Kommentar*, C.H. Beck: München, 17. edn.

Gregor Thüsing (2001) *Wertende Schadensberechnung*, C.H. Beck: München.

Gerhard Wagner (2006) 'Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?', 2-3 *Archiv für die civilistische Praxis (AcP)*, S. 352-476.

— (2019) '§843 BGB', in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 8. edn.

— (2019) 'Vorbemerkung §823 BGB', in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 8. edn.

Olaf Wemer (2017) 'Vorbemerkung §§249 ff.', in: Michael Martinek (eds), *Staudinger Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Buch 2*, Sellier / de Gruyter: Berlin, 15. edn.

Hans-Leo Weyers (1971) *Unfallschäden: Praxis und Ziele von Haftpflicht- und Vorsorgesystemen*, Athenäum: Frankfurt am Main.

Walter Wilburg (1932) 'Zur Lehre von der Vorteilsausgleichung', 82 *Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts (JherJb)*, S. 51-148.

ILLEGAL WEAPONS EXPORT FROM A VICTIM'S PERSPECTIVE: SHORTCOMINGS OF GERMAN CRIMINAL LAW AND POSSIBLE REMEDY AT INTERNATIONAL COURTS

ANNA ARDEN

First Supervisor: Associate Professor Dr. Fatma Karakaş Doğan

Second Supervisor: Dipl.-Jur. Elena Ewering

ABSTRACT

The present contribution assesses the highly politicized debate concerning weapons exports from a criminal law and victimological perspective. The judgement of the German Federal Court of Justice concerning the criminal responsibility of two former Heckler & Koch employees according to the Foreign Trade and Payments Act is used as a starting point for the analysis. By providing incorrect declarations of final destination, export licenses for weapons to Mexico were fraudulently obtained. In Mexico, police officers used some of these weapons to fatally shoot six students. The analysis is split into three different parts. While the first part ponders upon the possibilities and limits of German criminal law to hold managing directors, the company itself or the two former employees criminally accountable, the second part examines whether the events could amount to international importance, and hence, lead to proceedings at the International Criminal Court in order to provide effective remedy for the victims' families. Finally, the third part assesses whether the failure of the German competent authorities to check the declarations of final destination, the lack of criminal proceedings for aiding to murder or the denial of access to Court records constitute a violation of Germany's obligations under the European Convention of Human Rights.

ZUSAMMENFASSUNG

Vorliegend wird die hoch politisierte Debatte um Waffenexporte aus strafrechtlicher sowie aus viktimologischer Sicht betrachtet. Ausgangspunkt ist das Urteil des Bundesgerichtshofs zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit zweier ehemaliger Heckler & Koch Mitarbeitenden nach dem Außenwirtschaftsgesetz. Mittels inkorrekt abgegebener Endverbleibserklärungen wurden die nötigen Genehmigungen für Waffenexporte nach Mexiko erschlichen. Mit einigen dieser Waffen wurden sechs Studierende durch mexikanische Polizisten getötet. Die folgende Analyse gliedert sich in drei verschiedene Teile. Während der erste Teil sich mit den Möglichkeiten und Grenzen des deutschen Strafrechts befasst, die Geschäftsführer, das Unternehmen oder die beiden ehemaligen Mitarbeitenden strafrechtlich zur Rechenschaft zu ziehen, wird im zweiten Teil untersucht, ob der Fall so gewichtig sein könnte, dass er zu einem Verfahren vor dem Internationalen Strafgerichtshof führen und somit dort ein wirksamer Rechtsbehelf für die Familien der Opfer gegeben sein könnte. Ferner wird geprüft inwiefern die unterlassene Prüfung der Endverbleibserklärungen durch die zuständigen deutschen Behörden, das Ausbleiben eines Strafverfahrens wegen Beihilfe zum Totschlag oder die Ablehnung der Akteneinsicht einen Verstoß gegen die deutschen Verpflichtungen im Rahmen der Europäischen Menschenrechtskonvention darstellt.

Table of contents

A. Introduction	125
B. Illegal weapons export in Germany	126
I. Regulatory framework	126
1. Federal laws	126
2. Council Common Position and political principles	128
II. The case against Heckler & Koch employees	129
1. Facts	129
2. Legal proceedings	130
III. Obstacles within German criminal law	132
1. Limits of accountability	132
2. Applicable law	135
3. Time	136
4. Aiding, § 27 (1) StGB	138
5. Subsidiary role of victims	141
IV. Criticism	143
C. Effective remedy by the International Criminal Court	144
I. Aim of international criminal law	144
II. Relation between the VStGB and the Rome Statute	146
III. Proceedings	147
1. Crimes within the jurisdiction of the Court	147
2. Exercise of jurisdiction	147
3. Interim result	150
IV. Victims at the International Criminal Court	150
V. Criticism	152
D. Effective remedy by the European Court of Human Rights	153
I. Relation between the ECHR and German criminal law	153
II. Jurisdiction and admissibility	154
1. Procedural requirements for admissibility	155
2. Other reasons for inadmissibility	158
3. Inadmissibility due to the subject-matter	159
III. Infringement of the right to life	164
IV. Criticism	165
E. Conclusion	166
Literature	168

A. INTRODUCTION

Weapons, their production and their export, belong to the most controversial issues of our times. They entail the idea of being able to protect oneself and other vulnerable members of society and bring an empowering feeling to the person handling them. At the same time, they bear the risk of severely hurting or killing another individual. This double-edged sword justifies the intense regulatory framework which prescribes in detail under which conditions someone can produce, own, transport and sell weapons and especially heavy weaponry used in combat. Nevertheless, even this detailed framework can be deceived, leaving room for error with potentially horrendous consequences.

According to the Geneva Declaration Secretariat, between 2004 and 2009 526.000 people were killed on average due to lethal violence, which includes 55.000 deaths as a result of direct conflict, 396.000 intentional and 54.000 unintentional homicides and 21.000 deaths as a result of legal interventions.¹ Deaths due to legal interventions is to be understood as “violent deaths of civilians by law enforcement and state security forces during legal interventions”.² The number of deaths caused by legal interventions just emphasizes the threat to individual lives even when weapons are carried by representatives of the State, who are meant to create secure and safe environments.

A case in which weapons have been misused by State officials has its origin in Oberndorf in Southern Germany and has captured the attention of the media³ and non-governmental organizations⁴ worldwide for almost a decade. Weapons produced by Heckler & Koch were found to be used by Mexican police officials to violently attack students, which has left six of them dead, others hurt and 43 as victims to enforced disappearance. This incident happened in one of the Mexican States, which was known for its critical human rights situation. Apart from providing financial resources directed at strengthening the rule of law and encouraging the Mexican government to speedily resolve the case in question, the Federal Ministry of Economic Affairs and Energy as the primarily responsible

¹ Geneva Declaration Secretariat, ‘Global Burden of Armed Violence 2011: Lethal Encounters’, 2011, p. 43,

<http://www.genevadeclaration.org/fileadmin/docs/GBAV2/GBAV2011_CH2.pdf> last accessed 6.7.2021.

² Ibid, p. 44.

³ E.g.: BBC, ‘Heckler & Koch: Mexico firearms export trial opens in Germany’, 15.5.2018, <<https://www.bbc.com/news/world-europe-44122254>> last accessed 6.7.2021; *Report Mainz*, ‘Hinweise auf illegale Waffenexporte von Heckler & Koch’, 13.12.2010, <<https://www.swr.de/report/presse/13/-/id=1197424/did=7292846/nid=1197424/v2snm1/index.html>> last accessed 6.7.2021.

⁴ E.g.: *Business & Human Rights Resource Centre*, ‘Prozess gegen ehemalige Mitarbeiter von Heckler & Koch wegen illegaler Waffenexporte nach Mexiko beginnt’, 2018, <<https://www.business-humanrights.org/en/latest-news/prozess-gegen-ehemalige-mitarbeiter-von-heckler-koch-wegen-illegaler-waffenexporte-nach-mexiko-beginnt/>> last accessed 6.7.2021; *European Center for Constitutional and Human Rights*, ‘Brutale Polizeiaktion in Mexiko: Verantwortung von deutscher Waffenfirma Heckler & Koch’, 2021, <<https://www.ecchr.eu/fall/brutale-polizeiaktion-in-mexiko-verantwortung-von-deutscher-waffenfirma-heckler-koch/>> last accessed 6.7.2021.

government body for granting export licenses, did not assume any responsibility for the situation in Mexico or its resolution.⁵

Even though 80 individuals have been detained by Mexican authorities in connection with the events, the case remains open and leaves the families with uncertainty.⁶ Therefore, the question undeniably arises whether the families of the deceased students can encounter effective remedy at German or international courts. In the following thesis, the focus shall not lie with a possible conviction of the responsible Mexican police officers but to what extent the two former Heckler & Koch employees involved in the application for the export licenses can possibly be held accountable for aiding the murder of the six students. After shortly assessing the German regulatory framework on weapons exports and the judgement of the Federal Court of Justice against the two former Heckler & Koch employees, the German status quo and its capacity to adapt to transnational criminal conducts will be examined. It will be asked why managing directors or the company Heckler & Koch were not held criminally accountable, whether German criminal law is applicable and how the timeline between the different conducts possibly influenced the lack of criminal proceedings for aiding to murder. Moreover, the requirements of a conviction for aiding shall be assessed. Another part of the analysis shall explore the possibility of remedy at the International Criminal Court and highlight the obstacles for the Court to exercise its jurisdiction. Further, it will be asked whether the victims' families could turn to the European Court of Human Rights in order to have adjudicated if Germany has infringed any of its obligations under the European Convention for Human Rights. In all parts, special mention shall be made to the victim's role within the different procedures.

B. ILLEGAL WEAPONS EXPORT IN GERMANY

After a quick overview of the regulatory framework and the criminal proceedings against two former Heckler & Koch employees, the limits of German criminal law shall be examined as well as the role of victims within the German criminal justice system.

I. Regulatory framework

The German regulatory framework concerning arms transfers consists of federal laws and administrative regulations majorly influenced by the European Union.

1. FEDERAL LAWS

The importance of the legal framework governing weapons is illustrated by its mention in the Basic Law for the Federal Republic of Germany (Grundgesetz –

⁵ Nachfrage aus der Fragestunde des Deutschen Bundestages am 23.9.2015, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Parlamentarische-Anfragen/2015/droege-nachfrage.pdf?__blob=publicationFile&v=5> last accessed 6.7.2021.

⁶ *Secretaría de Gobernación*, 'A seis años de la desaparición de los 43, presenta informe la Comisión Presidencial por la Verdad y la Justicia en el caso Ayotzinapa' 2020, <<https://www.gob.mx/segob/prensa/a-seis-anos-de-la-desaparicion-de-los-43-normalistas-presenta-informe-la-comision-presidencial-por-la-verdad-y-la-justicia-en-el-caso-ayotzinapa>> last accessed 6.7.2021.

GG), which promotes peaceful relations between nations, but leaves room for the usage of military power within the limits of international law.⁷ Art. 26 (2) 1 GG provides for the opportunity of war weapons to be manufactured, transported or marketed with permission of the Federal Government. The legislator implemented detailed regulation in the War Weapons Control Act (Kriegswaffenkontrollgesetz – KrWaffKontrG), which aims not only at securing peace and avoiding military conflicts inside and outside of Germany but shall strengthen Germany’s reputation abroad as peaceful and reluctant to aggression.⁸ The KrWaffKontrG has limited applicability to only war weapons, which according to § 1 (1) KrWaffKontrG comprise all items, substances and organisms listed in the War Weapons List, which is an annex to the KrWaffKontrG. In contrast, the Foreign Trade and Payments Act (Außenwirtschaftsgesetz – AWG) covers all trade in goods, services, capital, payments and other types of trade with foreign territories within the meaning of § 1 (1) 1 AWG. The AWG rather constitutes a general framework, which enables the Federal Government to regulate foreign trade via ordinances more specifically.⁹ Restrictions with respect to the trade of arms derive from the Foreign Trade and Payment Ordinance (Außenwirtschaftsverordnung – AWV) and its export list, which establishes license obligations.¹⁰ If the weaponry in question is listed on the War Weapons List and the Export list, both, the KrWaffKontrG and the AWG, are applicable. This leads to the requirement of two licenses for the trade of arms as well as an overlap of the existing criminal provisions in case weapons are exported without having been granted a license.¹¹ Moreover, whereas the AWG is governed by the freedom of foreign trade as shown in § 1 (1) 1 AWG, which indicates that applicants are entitled to an export license in case none of the reasons for denial are applicable, the KrWaffKontrG explicitly negates this claim in § 6 (1).¹² Competent authority for applications according to the KrWaffKontrG is mainly the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy,¹³ which decides after consulting the Federal Foreign Office and the Federal Ministry of Defense.¹⁴ If a license is required in accordance with the AWG, the decision lies with the Federal Office of Economics and Export Control as established in § 13 (1) AWG. Further, weapons exports that carry high political importance are discussed

⁷ *M. Herdegen*, ‘Art. 26 GG’, in: T. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / M. Herdegen / R. Scholz / H. Klein (eds), *Grundgesetz – Kommentar*, Vol. 3, C.H. Beck: Munich, 93rd loose-leaf collection, 2020, para. 2.

⁸ *B. Heinrich*, ‘Vor §1 KrWaffKontrG’, in: W. Joecks / K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch*, Vol. 8, C.H. Beck: Munich, 3rd edn, 2018, paras 3 ff.

⁹ *J. Wagner*, ‘Vor § 17 AWG’, in: W. Joecks / K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht II*, Vol. 7, C.H. Beck: Munich, 3rd edn, 2019, para. 12.

¹⁰ *H. Diemer*, ‘Vor § 1 AWG’, in: G. Erbs / M. Kohlhaas / P. Häberle (eds), *Strafrechtliche Nebengesetze*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 235th loose-leaf collection, 2021, para. 7.

¹¹ *Heinrich* 2018 (supra fn. 8), *MüKo StGB*, Vor §1 KrWaffKontrG, para. 26.

¹² *R. A. P. Glawe*, ‘Der Bundessicherheitsrat als sicherheits- und rüstungspolitisches Koordinationsorgan’, 127-6 DVBl 2012, p. 329 (330).

¹³ § 11 (2) no. 4 KrWaffKontrG in conjunction with § 1 (1) no. 4 KrWaffKontrGDV 1.

¹⁴ *K. Ambos*, ‘Beihilfe zu Kriegsverbrechen durch (legale) Waffenlieferungen?’, 11 StV 2020, p. 788 (789).

within the Federal Security Council,¹⁵ which is a cabinet committee of the Federal Government.¹⁶

2. COUNCIL COMMON POSITION AND POLITICAL PRINCIPLES

For the European Union (EU), Art. 2 of Council Common Position 2008/944/CFSP of 8 December 2008¹⁷ establishes a harmonized set of binding criteria, which are to be considered by Member States when assessing export license applications. These criteria have been incorporated into the political principles of the Federal Government for the export of war weapons and other armaments of 2019,¹⁸ which as an administrative regulation ensures uniform decisions on export applications when the KrWaffKontrG and the AWG leave discretion to the Federal Government.¹⁹

Regarding its content, the political principles discriminate between members of the EU, North Atlantic Treaty Organization (NATO) and NATO-equal countries (Australia, Switzerland, New Zealand, Japan) and third countries such as Mexico. Whereas granting export licenses for the first group of countries is the norm, applications regarding exports to third countries are handled rather restrictively.²⁰ Further, the political principles deviate from the Council Common Position in order to establish stricter regulation. The European framework strengthens the importance of respect for human rights in the country of final destination and requires denial of export licenses for arms if there is a clear risk that the military technology or equipment might be used for internal repression.²¹ German policy, on the other hand, considers sufficient suspicion of internal repression and systematic human rights violations enough to deny authorization.²² The same wording can be found in the version of the political principles of 2000, which applied to the export licenses of Heckler & Koch to Mexico.²³ In addition, in 2015 the principles of the Federal Government for the

¹⁵ K. Pottmeyer, '§ 11 KrWaffKontrG', in: K. Pottmeyer, *Kriegswaffenkontrollgesetz – Kommentar*, Carl Heymanns: Cologne / Berlin, 2nd edn, 1994, para. 5a.

¹⁶ Glawe 2012 (supra fn. 12), p. 330.

¹⁷ Council Common Position 2008/944/CFSP of 8 December 2008 defining common rules governing control of exports of military technology and equipment (Council Common Position), OJ L 335, 13.12.2008, pp. 99-103.

¹⁸ Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 26. Juni 2019, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/politische-grundsätze-fuer-den-export-von-kriegswaffen-und-sonstigen-ruestungsguetern.pdf?__blob=publicationFile&v=4> last accessed 6.7.2021.

¹⁹ K. Pottmeyer, '§ 6 KrWaffKontrG', in: K. Pottmeyer, *Kriegswaffenkontrollgesetz – Kommentar*, Carl Heymanns: Cologne / Berlin, 2nd edn, 1994, para. 13.

²⁰ Federal Ministry of Economic Affairs and Energy, 'Bericht der Bundesregierung über ihre Exportpolitik für konventionelle Rüstungsgüter im Jahre 2019', 2019, p. 12, <https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/P-R/ruestungsexportbericht-2019.pdf?__blob=publicationFile&v=18> last accessed 6.7.2021.

²¹ Art. 2 no. 2 lit. a Council Common Position 2008/944/CFSP (supra fn. 17).

²² III. no. 6 Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 26. Juni 2019 (supra fn. 18).

²³ III no. 4 Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19. Januar 2000, <<http://ruestungsexport-in-o.de/file-ad->

authorization policy concerning export of small and light weapons, associated ammunition and production suspension in third countries were adopted.²⁴ Moreover, post-shipment-controls, aimed at verifying the final destination of exported weaponry, were introduced.²⁵ Consequently, the German regulatory framework has evolved in the last two decades and now increasingly restricts arms transfers especially into third countries. Nevertheless, despite highlighting the importance of the commitment to human rights by the State of final destination,²⁶ the importance of considering victims' rights at trial, once their rights have been infringed by the use of originally German weapons, has not been taken into account.

II. The case against Heckler & Koch employees

1. FACTS

Heckler & Koch is a world leading producer of small arms with its company headquarters in Oberndorf, Germany.²⁷ Since 2005 Heckler & Koch delivered machine guns and assault rifles to the central procurement office of the Mexican government for distribution to the police forces in different Mexican States.²⁸ In line with the German regulatory framework, the responsible sales manager of Heckler & Koch applied for export licenses according to the KrWaffKontrG indicating Mexico as final destination of the weapons, and in accordance to the AWG stipulating the Mexican central procurement office as recipient of the weapons.²⁹ Both applications were accompanied by declarations from the Mexican government listing individual Mexican States as final destinations, in which according to the Federal Foreign Office human rights violations were not to be expected.³⁰ Only the Mexican States of Chiapas, Chihuahua, Jalisco and Guerrero were considered critical due to repeated human rights violations by the Federal Foreign Office, and hence, should not receive weapons produced in Germany.³¹ Trusting the correctness of the declarations, both applications were

min/media/Dokumente/R%C3%BCstungsexporte___Recht/Politische_Grunds%C3%A4tze/Politische-Grundsaeetze-2000.pdf> last accessed 6.7.2021.

²⁴ Grundsätze der Bundesregierung für die Ausföhrgenehmigungspolitik bei der Lieferung von Kleinen und Leichten Waffen, dazugehöriger Munition und entsprechender Herstellungsaus-rüstung in Drittländer vom 18. März 2015,

<https://www.bmwi.de/Redaktion/DE/Downloads/G/grundsaeetze-der-bundesregierung-fuer-die-ausfuehrgenehmigungspolitik-bei-der-lieferung-von-kleinen-und-leichten-waffen.pdf?__blob=publicationFile&v=4> last accessed 6.7.2021.

²⁵ *Federal Ministry for Economic Affairs and Energy* 2019 (supra fn. 20), p.7.

²⁶ I. no. 2 Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 26. Juni 2019 (supra fn. 18); I no. 2 Politische Grundsätze der Bundesregierung für den Export von Kriegswaffen und sonstigen Rüstungsgütern vom 19. Januar 2000 (supra fn. 23); Art. 2 no. 2 Council Common Position 2008/944/CFSP (supra fn. 17).

²⁷ *Heckler & Koch* 2021, <<https://www.heckler-koch.com/de/unternehmen/ueber-hk.html>> last accessed 6.7.2021.

²⁸ BGH (German Federal Court of Justice), Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 5.

²⁹ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 6.

³⁰ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 6.

³¹ *Ambos* 2020 (supra fn. 14), p. 790.

approved and export licenses were issued using the wording of the applications, instead of the declarations, which granted the export on several occasions.³² The declarations issued by the Mexican authorities turned out to be incorrect, since between May 2006 and June 2009 weapons worth 3.730.044 Euro were distributed to Mexican States not indicated before.³³ Both accused, the responsible sales manager and a clerk bound by his instructions, were aware of the incorrectness and the importance of the declarations for the export licenses.³⁴ The investigation by the public prosecution office in Stuttgart against Heckler & Koch started in 2010.³⁵ However, special attention was drawn to the case after an incident in the night from 26th to 27th September 2014. Some of the weapons originating from the critical arms transfers by Heckler & Koch were used by municipal police officers in the city of Iguala, State of Guerrero, to attack students on their way to attend a demonstration in Mexico City, in which 43 students became victims of enforced disappearance, six persons died and at least 40 individuals were hurt.³⁶ In January 2015, only four months after the incident, the investigating Attorney-General presented the “historic truth” of the events, according to which the students were attacked by municipal police on behalf of a criminal gang, which killed the 43 disappeared students, burned their bodies in a near garbage facility and spread their ashes in a nearby river.³⁷ After doubts from experts and the victims’ families, the “historic truth” was renounced in 2020 and a commission of truth was created by the Mexican authorities to restart the investigation.³⁸ To this date, the investigations remain open since details, motives and background of the event are still unclear.³⁹ Even though the commission of truth appears to be a positive turn in the investigations, their results are often easily manipulated and do not constitute sufficient substitute for criminal proceedings.⁴⁰

2. LEGAL PROCEEDINGS

At first instance, the case was heard by the District Court in Stuttgart and continued based on an appeal by the prosecutor, both defendants and Heckler &

³² BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 6.

³³ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580 para. 7.

³⁴ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 9.

³⁵ *Spiegel*, ‘Staatsanwalt ermittelt gegen Heckler & Koch’, 14.08.2010
<<https://www.spiegel.de/wirtschaft/unternehmen/waffenexport-staatsanwalt-ermittelt-gegen-heckler-koch-a-711875.html>> last accessed 6.7.2021.

³⁶ *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, ‘Double Injustice – Report on Human Rights Violations in the Investigation of the Ayotzinapa Case, Executive Summary’, 2018, p. 2,
<https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MX/ExecutiveReportMexico_March2018_EN.PDF> last accessed 6.7.2021.

³⁷ *Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights*, 2018, p. 2 (supra fn. 36).

³⁸ *Alberto Nájjar*, ‘Caso Ayotzinapa – „ Se acabó la verdad histórica“: qué supone el giro en la investigación de la desaparición en México de los 43 estudiantes’, BBC News Mundo, 1.7.2020, <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-53258985>> last accessed 6.7.2021.

³⁹ *Süddeutsche Zeitung*, ‘Neue Festnahme im Fall der 43 verschwundenen Studenten’, 30.6.2020, <<https://www.sueddeutsche.de/panorama/mexiko-verschwundene-studenten-festnahme-guerreros-unidos-1.4952242>> last accessed 6.7.2021.

⁴⁰ *F. Neubacher*, ‘Strafzwecke und Völkerstrafrecht’, 14 NJW 2006, p. 966 (969 f.).

Koch as confiscation participant before the Federal Court of Justice. Nevertheless, the Federal Court of Justice did not find any substantive or procedural legal errors and upheld the ruling.⁴¹ In question was § 22a (1) no. 4 var. 2 KrWaffKontrG, which imposes criminal liability and entails a prison sentence of one year up to five years for anyone who transports war weapons without a license. The legal issue at hand was majorly influenced by administrative law. It was pondered on whether the declarations of final destination constitute part of the export licenses or were rather a prerequisite for being granted the license. Both, the District Court and the Federal Court of Justice, considered the declarations to be mere prerequisites,⁴² meaning that the export and distribution of weapons to critical Mexican States were covered by the existing licenses.⁴³ Further, the licenses were not omitted because they were granted by deceiving the authorities.⁴⁴ The principle of administrative accessoriness (*Grundsatz der Verwaltungsakzessorität*) governs § 22a KrWaffKontrG.⁴⁵ Consequently, deceiving authorities into granting a license renders the license unlawful, but it remains effective for as long as it is not withdrawn, annulled, otherwise cancelled or expires for reasons of time or any other reason in accordance with § 43 (2) of the Administrative Procedure Act (*Verwaltungsverfahrensgesetz – VwVfG*) or is invalid in line with § 44 VwVfG. On hand, this was not the case. Therefore, acting on an unlawful license is not equal to acting without a license.⁴⁶ According to the Court, correcting the impunity in order to equate the criminal liability established in the AWG would contravene the prohibition of analogy in criminal law established in Art. 103 (2) GG and § 1 German Criminal Code (*Strafgesetzbuch – StGB*),⁴⁷ even though this leads to a gap of criminal liability.⁴⁸ As a result, both defendants were not charged with a violation of the KrWaffKontrG. Nonetheless, criminal liability was established in accordance with § 18 (2) no. 1, (7) no. 2, (9) AWG.⁴⁹ In paragraph 9 the legislator explicitly equated actions without a license with actions on the basis of a license obtained by threat, bribery or collusion or obtained fraudulently by means of incorrect or incomplete data. This breaks with the principle of administrative accessoriness and explains why there could have been criminal liability according to the AWG and not in accordance with the KrWaffKontrG.⁵⁰

Having established the outcome of the criminal proceedings, the difference between infringing export control law and a possible criminal responsibility for

⁴¹ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 3.

⁴² BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 30.

⁴³ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 24.

⁴⁴ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 33.

⁴⁵ *B. Heinrich*, ‘§ 22a KrWaffG’, in: W. Joecks / K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch*, Vol. 8, C.H. Beck: München, 3rd edn, 2018, para. 22.

⁴⁶ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 34.

⁴⁷ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 37.

⁴⁸ *Ambos* 2020 (supra fn. 14), p. 790.

⁴⁹ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 38.

⁵⁰ *K. Pottmeyer*, ‘Kleinwaffen nach Mexiko – Landgericht Stuttgart verurteilt Mitarbeiter eines Waffenherstellers’, 2 AW-Prax 2020, p. 93 (94).

offenses against life needs to be highlighted.⁵¹ A conviction according to the AWG is aimed at protecting the State's interests in securing the economic order and Germany's position within military alliances.⁵² Further, it was specifically pointed out by the presiding judge to the legal proceedings at the District Court Stuttgart, that the events in Mexico were not considered during trial.⁵³ This opens up the question of why, if human rights are of utmost importance when granting export licenses, the violations thereof in Mexico are not considered at all. The importance of this trial for the Mexican victims and their families was indicated by the presence of some of them at the hearing at the District Court Stuttgart.⁵⁴ Nevertheless, from the perspective of the German foreign trade law, they are not considered victims to the illegal export of weapons to Mexico.

III. Obstacles within German criminal law

In the following section, the aim is to explore the existing limits within German criminal law which possibly hindered a trial against the two former employees of Heckler & Koch for aiding the murder of the Mexican students. During this analysis, it shall be kept in mind that an effective criminal investigation not only benefits the direct victim, which experienced the criminal act, but also the indirect victims such as family members,⁵⁵ since it can avoid secondary victimization within the criminal justice system.⁵⁶ This departs from the understanding that victims often require someone to be held accountable to achieve closure.

1. LIMITS OF ACCOUNTABILITY

The question arises who can be held accountable and on what grounds.

A) ACCOUNTABILITY OF MANAGING DIRECTORS

The first possible criticism with direct connection to the conviction according to the AWG is the fact that originally not only the sales manager and the clerk were indicted but also two individuals who were managing directors acting as export managers.⁵⁷ In their capacity, they signed the export applications and added the declarations of final destination before they were filed with the competent authority, however, their intent could not be proven during the proceedings.⁵⁸

⁵¹ *Ambos* 2020 (supra fn. 14), p. 791.

⁵² *H. Diemer*, 'Vor §§ 17 bis 19 AWG', in: G. Erbs / M. Kohlhaas / P. Häberle (eds), *Strafrechtliche Nebengesetze*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 235th loose-leaf collection, 2021, para. 2.

⁵³ Press release from the District Court Stuttgart of 21.2.2019, <https://landgericht-stuttgart.justiz-bw.de/pb/Lde/Startseite/Aktuelles/Urteil+im+Verfahren+gegen+Mitarbeiter+von+Heckler+_+Koch/> last accessed 6.7.2021.

⁵⁴ *Sonja Schmidt*, 'Präsenz zeigen, Betroffener besucht Prozess gegen Waffenschmiede Heckler & Koch', *Lateinamerika Nachrichten*, 2018, <<https://lateinamerika-nachrichten.de/artikel/praesenz-zeigen/>> last accessed 6.7.2021.

⁵⁵ *A. Kamen*, *Crime Victims: An Introduction to Victimology*, Wadsworth: Belmont, 8th edn, 2013, p. 3.

⁵⁶ *S. Bock*, 'Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof', 119 *ZStW* 2007, p. 664 (666).

⁵⁷ *Pottmeyer* 2020 (supra fn. 50), p. 93.

⁵⁸ *Pottmeyer* 2020 (supra fn. 50), p. 93.

Hence, different to most of the cases in which criminal accountability of managers is discussed, there was an active conduct on their part which influenced the course of events. The lack thereof would have required the analysis of criminal conduct by omission according to § 13 StGB. With respect to managers, it is discussed whether and to what extent they carry a guarantor's obligation due to their instruction rights towards inferiors, here the sales manager and the clerk, or due to company as source of danger.⁵⁹ Especially the second reason for a guarantor's obligation would have been of utmost interest in the present case, since the export of weapons carries an undeniable greater risk than exporting any other goods.

Nevertheless, the requirement of intent is essential for the establishment of individual criminal accountability of management for both, commission by active conduct or commission by omission.⁶⁰ In general, intent is constituted of two elements, knowledge and willingness to realize the criminal conduct in question.⁶¹ The two elements allow for three degrees of intent. The perpetrator acts with *dolus directus* of the first degree when the realization of a criminal conduct is the aim of his action.⁶² A further gradation is *dolus directus* of the second degree in which the perpetrator has certain knowledge that his actions will violate provisions of criminal law, but it is rather a side effect to the actual goal.⁶³ The last type of intent is *dolus eventualis* which can be affirmed when the perpetrator considered the realization of the criminal conduct to be possible and at least tacitly accepts it.⁶⁴ In contrast, deliberate negligence is given when the perpetrator considered the realization of the criminal conduct to be possible but trusts sincerely that it will be avoided.⁶⁵ In the present case especially *dolus eventualis* is relevant, since it separates intentional from negligent commission of a crime. It is foreseen in § 15 StGB that negligent conduct only creates criminal liability if the law explicitly provides for it. The AWG considers negligent behavior only with respect to administrative offenses in § 19. Consequently, if it cannot be proven that the manager in question at least tacitly accepts the violation of the criminal offense, criminal liability cannot be established. In case the accused manager decides not to give a statement or denies being involved, according to the principle of judge's free evaluation of evidence entailed in § 261 of the German Code of Criminal Procedure (*Strafprozessordnung* – *StPO*), the judge decides on the existence of intent taking into account circumstantial evidence and the overall conditions.⁶⁶ With respect to the presumption of innocence, which is established in Art. 6 (2) of the European Convention of Human Rights (ECHR), the prosecutor needs to deliver sufficient

⁵⁹ M. Lindemann / J. Sommer, 'Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und ihre Bedeutung für den Bereich der Criminal Compliance', 12 JuS 2015, p. 1057 (1058).

⁶⁰ T. Rönnau / C. Becker, 'Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten', 10 NStZ 2016, p. 569.

⁶¹ K. Kühl, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Franz Vahlen: Munich, 8th edn, 2017, § 5 para. 6.

⁶² I. Puppe, '§ 15 StGB', in: U. Kindhäuser / U. Neumann / H.-U. Paeffgen (eds), *Strafgesetzbuch*, Vol. 1, Nomos: Baden-Baden, 5th edn, 2017, para. 106.

⁶³ D. Sternberg-Lieben / I. Sternberg-Lieben, 'Vorsatz im Strafrecht', 11 JuS 2012, p. 976 (977).

⁶⁴ BGH, Judgement of 4 November 1988, 1 StR 262/88, NJW 1989, 781 (783).

⁶⁵ C. Roxin / L. Greco, *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre* – Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 5th edn, 2020, § 12 para. 27.

⁶⁶ Rönnau / Becker 2016 (*supra* fn. 60), p. 571.

evidence to convince the Court of the intent of the defendant.⁶⁷ Due to the often very complex and ambiguous situation surrounding corporate liability, the intent of managers, as in the case in question, can hardly be proven.⁶⁸ Hence, this fundamental principle of criminal law creates substantive room for impunity of higher management even though they actively took part in the realization of the criminal offense.

B) ACCOUNTABILITY OF HECKLER & KOCH

Apart from the employees of Heckler & Koch, one could question to what extent the company itself can be subject to criminal liability. In contrast to other legal systems, German criminal law does not entail corporate criminal liability but rather only considers companies with respect to confiscation in §§ 73 et seq. StGB,⁶⁹ which were used by the District Court in Stuttgart to order the confiscation of 3.730.044 Euro of Heckler & Koch.⁷⁰ Apart from that, corporate accountability is generally only enforceable as an administrative offense in accordance with § 30 of the Act on Regulatory Offenses (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten – OWiG) because of the understanding that companies as legal entities cannot act with guilt.⁷¹ According to the Federal Constitutional Court, the principle of *nulla poena sine culpa*, which indicates that criminal accountability requires the capacity to decide one's actions and to be able to differentiate between what is right and wrong, is founded on the guarantee of human dignity, entailed in Art. 1 (1) GG.⁷² Companies as legal entities are not addressed by the guarantee of human dignity.⁷³ As abstract constructs, they can neither form nor follow a moral code, which would enable them to decide between right and wrong, nor are they capable of deciding to perform a criminal conduct or refrain from doing so.⁷⁴ Therefore, the principle of *nulla poena sine culpa*, with its constitutional status,⁷⁵ also prevents the establishment of corporate criminal accountability in the future.

⁶⁷ *W. Beulke / S. Svoboda*, Strafprozessrecht, C.F. Müller: Heidelberg, 15th edn, 2016, § 2 para. 55.

⁶⁸ *I. Zerbes*, 'Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf- und Strafverfahrensrechts: Eine Bestandsaufnahme', in: F. Jeßberger / W. Kaleck / T. Singelnstein (eds), Wirtschaftsvölkerstrafrecht – Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven, Nomos: Baden-Baden, 2015, p. 205 (227).

⁶⁹ *F. Weidenauer*, 'Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität – Paradigmenwechsel im deutschen Strafrecht oder Instrumentarium zur Sanktionierung Unschuldiger?', 2 CCZ 2021, p. 53.

⁷⁰ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 1.

⁷¹ *P. Wittig*, 'Die Strafbarkeit des Geschäftsherrn nach deutschem Strafrecht für transnationale Menschenrechtsverletzungen', in: M. Krąjewski / F. Oehm / M. Saage-Maaß (eds), Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen, Springer: Berlin/Heidelberg, 2018, p. 195 (198 f.).

⁷² BVerfG (German Federal Constitutional Court), Judgement of 30 June 2009, 2 BvE 2/08, NJW 2009, 2267 (2289).

⁷³ *W. Höfling*, 'Art. 1 GG', in: M. Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, C.H. Beck: Munich, 9th edn, 2021, para. 66.

⁷⁴ *Weidenauer* 2021 (supra fn. 69), p. 54.

⁷⁵ *J. Adam / K. Schmidt / J. Schumacher*, 'Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?', 1 NStZ 2017, p. 7.

From a victim's perspective, this is to be criticized. Within the public eye, companies have a certain identity separate from its employees. While individuals are exchangeable due to the constant cycle of dismissal, promotion and pension, a certain company culture remains. These established practices are the result of the influence of a multitude of individuals, especially more influential managers or directors, which will continue even when staff has partly been renewed. Therefore, merely convicting former employees that have already been dismissed, does not penalize the company and its culture that allowed for the criminal conduct to happen in the first place.

2. APPLICABLE LAW

Now departing from the judgements of the District Court and the Federal Court of Justice, the question arises to what extent the events in Mexico and the participation of Heckler & Koch's employees therein could have been adjudicated by German Courts. §§ 3 to 7 and § 9 StGB establish in which cases German criminal law is applicable. In contrast to international private law, these sections do not consider conflict of laws but only provide for the applicability of German criminal law.⁷⁶ Affirming applicability of substantive German criminal law grants at the same time punitive power to German courts.⁷⁷ Consequently, the lack thereof constitutes a procedural obstacle which leads to the case being dismissed.⁷⁸

The territorial principal established in § 3 StGB, which can be described as the basic principle of criminal jurisdiction,⁷⁹ connects the exercise of punitive power to the offenses being committed on German territory regardless of the nationality of offender and victim.⁸⁰ Where an offense took place is specified in § 9 StGB which differentiates between offenders in paragraph 1 and participants in paragraph 2. For both it is established that the place of commission of the offense in question is where the offender or participant acted or where the offense finally occurred.⁸¹ The possible involvement of the two former Heckler & Koch employees in the murders of the Mexican students can only constitute a degree of participation, considering that they did not commit the offenses themselves or through another individual within the meaning of § 25 (1) StGB, but rather aided its realization by enabling the supply of the used weapons. The relevant conduct was realized on German territory since the applications for the export licenses including the incorrect declarations of final destination, were submitted in Germany. Therefore, the place of commission within the meaning of § 9 (2) 1

⁷⁶ L. Hombrecher, 'Grundzüge und praktische Fragen des Internationalen Strafrechts – Teil 1: Strafanwendungsrecht und Internationale Rechtshilfe', JA 2010, p. 637 (638).

⁷⁷ A. Eser / B. Weißer, 'Vor §§ 3-9 StGB', in: A. Schönke / H. Schröder (eds), Strafgesetzbuch – Kommentar, C.H. Beck: Munich, 30th edn, 2019, para. 8.

⁷⁸ BGH, Judgement of 22 January 1986, 3 StR 472/85, NJW 1986, 2895 (2895).

⁷⁹ K. Ambos, '§ 3 StGB', in: W. Joecks / K. Mießbach (eds), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – §§ 1-37, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 4th edn, 2020, para. 1.

⁸⁰ Eser / Weißer 2019 (supra fn. 77), Vor §§ 3-9 StGB, para. 17.

⁸¹ B. v. Heintschel-Heinegg, '§9 StGB', in: B. v. Heintschel-Heinegg (ed.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, C.H. Beck: Munich, 50th edn, 2021, para. 1.

StGB is Germany, which leads to the applicability of German criminal law in accordance with § 3 StGB.

However, its applicability could be limited due to the lack of national interest, which would prevent the present case from falling within the scope of protection.⁸² The relevant offense of murder (§ 212 StGB) aims at protecting the right to life as a fundamental individual right within our legal system. Due to Art. 3 (1) GG as well as the minimum standard of justice, which forms part of international customary law, the scope of protection of criminal norms generally covers the violation of individual rights such as the right to life, regardless of where the violation took place and the nationality of the victim.⁸³

Nevertheless, the realization of the main offense, being the use of the weapons by the police officials in Mexico, could further require a restriction of the scope of protection. In general, participation follows the principle of accessoriness, meaning that participation can only be punished if there is an intentional, unlawfully committed main offense.⁸⁴ Nonetheless, § 9 (2) 2 StGB allows for prosecution of participation that was realized on German territory, regardless of whether the law of the place of commission considers the main offense a criminal offense, which weakens the strict principle of accessoriness.⁸⁵ It further allows to not only apply German law to the act of participation but also to the required intentional, unlawfully committed main offense committed abroad in order to be able to affirm or dismiss a conviction for aiding.⁸⁶ This is given even though the requirements of § 7 (2) no. 2 StGB, allowing for the application in of German criminal law in case the offense was committed abroad by a foreign national in limited situations, are not fulfilled.⁸⁷ Consequently, the conduct of the employees could have been adjudicated according to German criminal law, regardless of whether the Mexican police officers are held accountable in line with Mexican criminal law before Mexican Courts or not. With this approach, German authorities do not extent their punitive power unduly onto a conduct realized within the territory of another sovereign State, since the legal examination of the police officers is only directed at ensuring accountability for the conduct realized within German jurisdiction.

3. TIME

Another circumstance to consider is the time between the relevant conduct of the two former Heckler & Koch employees and the incident in Mexico. Whereas the weapons were exported to Mexico between 2006 and 2009, the students were killed in September 2014. In general, the identification of the time

⁸² *B. v. Heitschel-Heinegg*, '§3 StGB', in: B. v. Heitschel-Heinegg (ed.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, C.H. Beck: Munich, 50th edn, 2021, para. 3a.

⁸³ *G. Werle / F. Jeßberger*, 'Vor § 3 StGB', in: H. W. Lauffhütte / R. Rissing-van Saan / K. Tiedemann (eds), Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Einleitung, §§ 1-31, Vol. 1, De Gruyter Recht: Berlin, 12th edn, 2007, paras 274, 276.

⁸⁴ *H. Kudlich*, '§26 StGB', in: B. v. Heitschel-Heinegg (ed.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, C.H. Beck: Munich, 50th edn, 2021, para. 4.

⁸⁵ *K. Ambos*, '§ 9 StGB', in: W. Joecks / K. Mießbach (eds), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – §§ 1-37, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 4th edn, 2020, para. 39.

⁸⁶ *G. Gribbohm*, 'Strafrechtsgeltung und Teilnahme – Zur Akzessorietät der Teilnahme im internationalen Strafrecht', 5 JR 1998, p. 177 (178).

⁸⁷ *Gribbohm* 1998 (supra fn. 86), p. 179.

of commission is of essence for criminal proceedings due to the constitutional guarantee of Art. 103 (2) GG, which prohibits the punishment according to laws that were not in force at the time of commission.⁸⁸ It is interesting to mention that the District Court Stuttgart applied the newer version of the AWG from 2013 in accordance with § 2 (3) StGB since it was considered more lenient in favor of the defendants.⁸⁹

§ 8 StGB specifies that an offense is deemed to have been committed at the time when the offender or the participant acted notwithstanding the time when the result occurs. In cases of multiple offenders or participants, the time of commission needs to be established separately for each individual.⁹⁰ The relevant time of participation is the realization of the individual conduct without respect to the main offense.⁹¹ It is to point out that only the objective requirements of the offense in question are relevant with respect to time, not whether or not the offender or participant acted with intent at that time.⁹² With respect to the main offense of murder within the meaning of § 212 (1) StGB, there is no doubt that the conduct was realized in the night from 26th to 27th of September 2014.

Concerning the time of commission of the criminal conduct of the two former Heckler & Koch employees, it is necessary to identify the weapons used by the Mexican police and trace them back to the license used to export this specific item. This requires the effective cooperation with Mexican authorities involved in the investigation. The extent to which the investigation is able to successfully support criminal proceedings in Germany by providing detailed information on the factual happenings of the incident remains questionable. This could hinder the identification of the time when the relevant conduct occurred.

Further, even though the timing for each offender and participant is established separately, the entire timeline needs to be taken into account. In general, aiding can be realized when the main offense is being prepared or in spite of the offender not having decided to commit the crime or even when the crime that will be committed is not yet clear to the participant.⁹³ Due to the fact that the reasons for the incident in Mexico are still unclear, it is not certain when its preparation started nor when the offenders decided to commit the crime. Additionally, it is highly unlikely that already in 2009, when the last weapons were exported by Heckler & Koch, there had been at least a vague plan or preparation by the Mexican police officers to kill the students. Hence, the effective prosecution is not necessarily hindered due to the relatively large timeframe per se, but rather originates from the difficulties and confusion of the

⁸⁸ H. Radtke, 'Art. 103 GG', in: V. Epping / C. Hillgruber (eds), Beck'scher Online-Kommentar Grundgesetz, C.H. Beck: Munich, 47th edn, 2021, para. 42.

⁸⁹ Pottmeyer 2020 (supra fn. 50), p. 94.

⁹⁰ M. Böse, '§ 8 StGB', in: U. Kindhäuser / U. Neumann / H.-U. Paeffgen (eds), Strafgesetzbuch, Vol. 1, Nomos: Baden-Baden, 5th edn, 2017, para. 3.

⁹¹ A. Eser / B. Weißer, '§ 8 StGB', in: A. Schönke / H. Schröder (eds), Strafgesetzbuch – Kommentar, C.H. Beck: Munich, 30th edn, 2019, para. 5.

⁹² K. Ambos, '§ 8 StGB', in: W. Joecks / K. Miebach (eds), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – §§ 1-37, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 4th edn, 2020, para. 17.

⁹³ K. Kühl, '§ 27 StGB', in: K. Lackner / K. Kühl / M. Heger (eds), Strafgesetzbuch – Kommentar, C.H. Beck: Munich, 29th edn, 2018, para. 3.

case itself. As a result, this cannot be considered a real shortcoming of the German regulatory framework.

4. AIDING, § 27 (1) StGB

Having established the possible limits of general principles within German criminal law, it is now necessary to analyze whether the conduct of the two former Heckler & Koch employees fulfills the requirements of § 27 (1) StGB. Regarding their involvement in the realization of the crime, at first, it is necessary to differentiate their conduct from that of a (co-)offender. According to the formal-objective theory, an offender is someone who realizes the offense themselves whereas a participant only prepares or supports the offense.⁹⁴ A different, rather subjective theory focusses on the inner will of the individual, meaning the offender wants the realization of the offense for themselves (*animus auctoris*) while a participant collaborates in someone else's offense (*animus socii*).⁹⁵ A third theory differentiates regarding the actual control over the realization of the offense (*Tat-herrschaftslehre*).⁹⁶ Regarding the conduct of the two former Heckler & Koch employees, obtaining export licenses under false pretenses by providing incorrect declarations of final destination, it can only be characterized as a merely supporting act without *animus auctoris*. They did not have actual control over the police officers' use of the weapons against the students and their deaths as a result. Therefore, according to all different theories, their involvement can only be considered as a degree of participation. Since there is no indication of any contact between the Mexican police officers and the two former employees which would have been necessary for inducing their decision to kill the students, there are no grounds for considering abetting in accordance with § 26 StGB.

The objective elements would need to be given. § 27 (1) StGB foresees the criminal responsibility of someone who assists another in the intentional commission of an unlawful act.

A) INTENTIONAL COMMISSION OF AN UNLAWFUL ACT BY OFFENDER

Due to the limited accessoriness of aiding, the intentional, at least attempted, commission of an unlawful act by the offender is the starting point for a possible conviction of an aider.⁹⁷ As mentioned before, even though the Mexican police officers are not as such subject to German criminal law, in order to establish a possible conviction of the former Heckler & Koch employees for aiding to the crime from German territory, German criminal law is to be applied.⁹⁸ The realization of a murder in accordance with § 212 (1) StGB requires that someone's actions were causal for the death of another person. As information of the precise events of that night in Mexico is missing, an exact analysis is not

⁹⁴ J. Wessels / W. Beulke / H. Satzger, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller: Heidelberg, 50th edn, 2020, § 16 para. 804.

⁹⁵ K. Kühn, 'Täterschaft und Teilnahme', 9 JA 2014, p. 668 (669).

⁹⁶ Wessels / Beulke / Satzger 2020 (supra fn. 94), § 16 para. 806.

⁹⁷ K. Gaede, 'Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB', JA 2007, p. 757.

⁹⁸ See B. III. 2., p.16.

possible. However, it is to be assumed, that the police officers pulled the trigger of their loaded weapons aiming at the students. Had they not pulled the trigger, the students would not have been hit by the bullets and would not have died. Further, shooting a weapon creates the risk of killing someone which was realized in the death of the students. Due to the lack of information, it is not completely clear whether the killings were committed intentionally. For the sake of the analysis, this will be presupposed. Finally, the conduct was supposedly unlawful and not justified and the police officers were capable of guilt. Hence, an intentional commission of an unlawful act by the offender is given.

B) ASSISTANCE TO THE REALIZATION OF THE UNLAWFUL ACT

Further, the conduct of the former Heckler & Koch employees needs to constitute assistance to the realization of the unlawful act.

AA) CAUSAL ASSISTANCE

According to German criminal law, assistance is given with every contribution to the main offense which supports, facilitates or amplifies the offender's violation of protected rights.⁹⁹ It is disputed to what extent the aider's assistance needs to be causal to the actual realization of the offense in the meaning of the theory of equivalence.¹⁰⁰ According to this theory, a contribution to a crime is causal when the offense could not have been realized without it.¹⁰¹ With respect to the causality of assistance, alternative contributions, which would have supported the realization of the offense, are not to be considered.¹⁰² Therefore, with respect to the causality of their actions, it is not of importance if the Mexican police could have used weapons from a different producer to commit the murders. If the two former employees had not submitted incorrect declarations of final destination, Heckler & Koch probably would not have received the necessary export licenses, the weapons in question could not have been exported to Mexico and handed to Mexican police officers in the critical States of Mexico, who used the weapons to kill the six students. As providing the necessary tools for the realization of the crime is a typical contribution for an aider,¹⁰³ the causality can be affirmed and the dispute whether it is necessary or not does not have to be decided.

BB) OBJECTIVE ATTRIBUTION

However, it is questionable whether the murder of the students can be objectively attributed to the two former Heckler & Koch employees. In general, a danger or risk needs to be created or increased by the conduct in question, and this specific danger or risk needs to have been realized in the offense.¹⁰⁴ According to the limited accessoriness of participation, which is shown in the requirement of an intentional commission of an unlawful act by the offender, participants are

⁹⁹ *Wessels / Beulke / Satzger* 2020 (supra fn. 94), § 16 para. 900.

¹⁰⁰ Overview in: *B. Weißer*, '§ 27 StGB', in: A. Schönke / H. Schröder (eds), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, C.H. Beck: Munich, 30th edn, 2019, paras 3ff.

¹⁰¹ BGH, Judgement of 28 September 1951, 2 StR 391/51, BeckRS 1951, 31194463.

¹⁰² *Kühl* 2017 (supra fn. 61), § 20 para. 216.

¹⁰³ *Kühl* 2014 (supra fn. 95), p. 672.

¹⁰⁴ *Kühl* 2017 (supra fn. 61), § 4 para. 43.

somewhat held accountable for the wrongful actions of someone else.¹⁰⁵ In order to justify the criminalization of their doing, the threat for protected rights by the aider's contribution needs to go beyond the conduct of the offender and entail an additional legally deprecated risk, which requires the analysis whether objective attribution can be affirmed or not.¹⁰⁶ Considering that exporting weapons per se is not a criminalized behavior, the question is to what extent the manipulation of the licensing process increased the risk of the students' lives, especially when taking into account that the licenses granted by the German competent authorities indeed covered the export to all of Mexico and not only particularly safe States. In the present case, objective attribution is concretized by the principle of administrative accessoriness, meaning that the existence of the export license generally hinders attributing the murders to the former Heckler & Koch employees and converts their conduct into an allowed risk.¹⁰⁷ This prevents their conduct's result to be attributed to them.¹⁰⁸ However, considering that international law attributes independent due diligence obligations to companies regardless of existing permissions uttered by State authorities,¹⁰⁹ and that the economic conduct of selling and exporting weaponry always entails the possible use to take someone's life, it is highly questionable whether the lack of attribution is justified. This is supported by the fact that the critical human rights situation in the receiving country, the high volume of violence and corruption within government institutions is usually fairly evident to individuals within the companies due to an established network and local connections.¹¹⁰ Nevertheless, in order to ensure an adequate assessment of individual freedom to act versus the protection of legal interests and rights and safeguarding victims,¹¹¹ objective attribution due to the infringement of export control laws can only be affirmed when these norms were also aimed at avoiding successive criminal behavior and constitute a final regulation of the matter at hand.¹¹² Regarding the legal framework governing weapons, the first requirement can be affirmed since the aim is to avoid their use by unreliable individuals or in critical or conflict situations which would indicate that the aider cannot rely on the legitimacy of the risk.¹¹³ In contrast, considering § 18 AWG or § 22a KrWaffKontrG

¹⁰⁵ *J. Kretschmer*, 'Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmehrenrecht?', 30-4 Jura 2008, p. 265.

¹⁰⁶ *Weißer* 2019 (supra fn. 100), § 27 StGB, para. 8.

¹⁰⁷ *Ambos* 2020 (supra fn. 14), p. 792.

¹⁰⁸ *W. Mitsch*, 'Das erlaubte Risiko im Strafrecht', 12 JuS 2018, p. 1161 (1167).

¹⁰⁹ E.g.: A/HCR/17/31 (2011), 'Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations "Protect, Respect and Remedy" Framework – Report of the Special Representative of the Secretary General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises', John Ruggie, p. 13 principle 11 commentary: "It exists independently of States' abilities and/or willingness to fulfill their own human rights obligations, and does not diminish those obligations. And it exists over and above compliance with national laws and regulations protecting human rights."; *OECD*, 'OECD Guidelines for Multinational Enterprises', 2011, p. 32 para. 37: "Respect for human rights is the global standard of expected conduct for enterprises independently of States' abilities and/or willingness to fulfill their human rights obligations, and does not diminish those obligations."

¹¹⁰ *Ambos* 2020 (supra fn. 14), p. 793.

¹¹¹ *Kretschmer* 2008 (supra fn. 105), p. 270.

¹¹² *Ambos* 2020 (supra fn. 14), p. 793.

¹¹³ *W. Wohlers*, 'Hilfeleisten und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß

as final regulation is not to be assumed since the injustices criminalized within export control laws are separate from the injustices criminalized within the criminal provisions concerning offenses against life.¹¹⁴ This is strengthened by the fact that the independent due diligence obligations derive from international law, and hence, a mere domestic framework cannot provide sufficient regulation for the matters at hand.¹¹⁵ Therefore, the students' murders cannot be attributed to the former Heckler & Koch employees.

CC) INTERIM RESULT

They did not assist the realization of the crime.

C) I INTERIM RESULT

The objective requirements of aiding are not given which does not allow to hold the two former Heckler & Koch employees accountable for aiding to murder under German criminal law.

5. SUBSIDIARY ROLE OF VICTIMS

The question now arises as to where this result leaves the Mexican victims and their families. German criminal law and criminal law in general focusses on the offender who is convicted because of the violation of a criminal norm, which was introduced to protect the legal interests that society considers to be of utmost importance, not necessarily because of the actual pain and the damage that has been caused.¹¹⁶ This is underlined by the wording of § 152 (1) StPO and § 376 StPO, which indicates the general public as point of reference for the public prosecution to initiate proceedings and not the individual victim.¹¹⁷ Sanctions, which aim at enforcing the general public's interest in the respect towards the established legal framework, can only indirectly protect victims by enforcing existing legislation once the violation already occurred and only protect other potential victims in the future.¹¹⁸ During trial victims are often only attributed the role of witness, reporting their version of what has happened in order to contextualize whether or not the norm in question has been violated by the accused, however, not to allow them to express their pain.¹¹⁹ Their contribution is rather equated with testimony of experts or other eye witnesses, however, due to their experiences their testimony cannot be considered as equivalent.¹²⁰

§27 StGB', 4 NStZ 2000, p. 169 (173).

¹¹⁴ Ambos 2020 (supra fn. 14), p. 793 ff.

¹¹⁵ Ambos 2020 (supra fn. 14), p. 793.

¹¹⁶ J. P. Reemtsma, 'Täterstrafrecht und der Anspruch des Opfers auf Beachtung', in: M. Abraham / J. C. Bublitz / J. Geneuss / P. Krell / K. Wegner (eds), *Verletzte im Strafrecht – 7. Symposium Junger Strafrechterinnen und Strafrechtler Hamburg 2019*, Nomos: Baden-Baden 2020, p. 11 (13 f.).

¹¹⁷ J. Bader, *Legitime Verletzteninteressen im Strafverfahren – Eine kritische Untersuchung der Rechtslage und Vorschläge de lege ferenda*, Springer Fachmedien: Wiesbaden, 2019, p. 9.

¹¹⁸ G. Freund, *Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre*, Springer: Berlin / Heidelberg, 2nd edn, 2009, § 1 para. 6.

¹¹⁹ Reemtsma 2020 (supra fn. 116), p. 24.

¹²⁰ M. Kildhling, 'Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?', 2 NStZ 2002, p. 57 (59).

The subsidiary role of victims is often justified by the intention to avoid the influence of their assumed punitive attitude towards the offender or the idea that criminal proceedings aim at general prevention of crime which implicates the importance to the general public and not only the specific individuals involved.¹²¹ In contrast, instead of strong punitive tendencies wishing for long prison sentences, the majority of victims would rather appreciate greater opportunities to receive information, insight into files and to collaborate with authorities during preliminary investigations as well as during trial.¹²² Further, considering the presence of professional judges instead of juries in addition to the principle of ex officio investigation, which requires the public prosecution office to gather incriminating and exonerating evidence,¹²³ the protection of the alleged offender's rights could still be ensured regardless of impactful victims' statements.¹²⁴

Since the public prosecution did not indict the two former Heckler & Koch employees for aiding to murder, the fundamental interest of the victim's families to the restoration of justice by the means of a fair and public trial, has been denied.¹²⁵

In addition, there was no possibility for the families to join as private accessory prosecutor according to § 395 StPO in order to further a possible conviction on their own accord since it is required that an action has already been brought by the public prosecutor.¹²⁶ Joining the proceedings before the District Court Stuttgart as well as the Federal Court of Justice was not possible for the victims' relatives since neither the KrWaffKontrG nor the AWG are mentioned in § 395 (1) StPO which lists all the unlawful acts which allow to join as a private accessory prosecutor.

However, it can be questioned whether a trial in Germany is really relevant and helpful from a victim's perspective, since participating would require great financial and time resources due to the distance between Germany and Mexico. Especially since Mexican authorities in fact investigate the events. Nevertheless, German Courts constitute a valid forum to at least adjudicate the aiding to the crime and to allow for reassurance that weapon producers are potentially held accountable in their home States for the suffering their illegal actions have caused abroad. Moreover, it could have carried sufficient consideration for the fact that, regardless of the lack of participation in the criminal proceedings, the relatives of the Mexican students are indeed impacted by the outcome of such proceedings.¹²⁷

¹²¹ *Bader* 2019 (supra fn. 117), p. 10 ff.

¹²² *Kildhling* 2002 (supra fn. 120), p. 61.

¹²³ *H. Kudlich*, 'Einleitung StPO', in: C. Knauer / H. Kudlich / H. Schneider (eds), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 2014, para. 139.

¹²⁴ *S. Walther*, 'Zum Anspruch des Deliktsofifers auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren', 11 GA 2007, p. 615 (624).

¹²⁵ *Walther* 2007 (supra fn. 124), p. 617 f.

¹²⁶ *B. Valerius*, '§ 395 StPO', in: C. Knauer / H. Kudlich / H. Schneider (eds), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Vol. 3, C.H. Beck: Munich, 2019, para. 1.

¹²⁷ See *Walther* 2007 (supra fn. 124), p. 618.

IV. Criticism

The difficulties that German criminal law has faced begin with the facts of the case. At the core lies the generally permitted conduct of exporting weapons to third countries, which were used in a fatal incident which was followed by extensive media coverage worldwide. Regardless of the political and public pressure to finally solve the events of that night, the facts and motives are still unclear. However, in order to prosecute the employees for their involvement before German Courts the consideration of the intentional commission of an unlawful act by the offender, which was only briefly introduced and presupposed for the sake of the present analysis, in practice would need to satisfy all the requirements of criminal proceedings. Therefore, in line with the principle of *ex officio* investigation, the German public prosecution office would also have to investigate the happenings in Mexico. However, they lack the human resources and the logistic capacities to do so.¹²⁸ With respect to the established result according to substantive criminal law, it is to be kept in mind that the public prosecution office shall only take action in relation to prosecutable criminal offenses, provided there are sufficient factual indications as foreseen in § 152 (2) StPO. Considering that the conviction for aiding to murder would already be hindered due to the lack of objective attribution, the public prosecution office cannot be required to press charges. Since not even the objective elements of the crime are given, there is no sufficient factual indication. Hence, *de lege lata* a prosecution in the present case is simply not possible. However, the question is whether this should be different *de lege ferenda* because this result undeniable creates a feeling of injustice especially since the export licenses were obtained fraudulently.

The choice to criminalize and change substantive criminal law would require more extensive debates within the general public and the media which could increase the pressure on politicians to change the laws.¹²⁹ Nevertheless, in the past this has only led to the amendment of the licensing procedure, which now includes post-shipment controls and stronger regulation concerning small arms, however, not of criminal provisions. These changes are to be welcomed as preventive measures but do not change the fact that German weapons producers and their employees cannot be held accountable once the weapons were used for undue purposes. Nonetheless, this will not change in the future since it would require a break with fundamental ideas within German criminal law which are aimed at limiting criminal punishment as *ultima ratio*. A change regarding the criminal provisions in the *KrWaffKontrG* could be to introduce a paragraph similar to § 18 (9) *AWG* to align criminal responsibility in cases of fraudulently obtained licenses. However, this would again only criminalize violations of export laws and not the providing of weapons for offenses against life.

Nevertheless, the feeling of injustice could be contravened by further restricting weapons exports and by greater assumption of accountability by the responsible German authorities considering that their established framework, aimed at least

¹²⁸ *W. Kaleck*, 'Die Verantwortung von Unternehmen und Unternehmern für Völkerrechtsverbrechen – die Entwicklung seit den Nürnberger Prozessen', in: F. Jeßberger / W. Kaleck / T. Singelstein (eds), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht – Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven*, Nomos: Baden-Baden, 2015, p. 83 (99).

¹²⁹ *Reemtsma* 2020 (supra fn. 116), p. 14.

indirectly at securing individuals and their fundamental interest, failed. Such concession could provide further help and relief to the Mexican families who have lost their children due to the illegal use of German weapons.

C. EFFECTIVE REMEDY BY THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT

Having demonstrated that German criminal law is not apt to provide remedy, the question arises to what extent criminal proceedings at the International Criminal Court (ICC) could be more suitable with respect to the transnationality of the crime. The idea is indicated taking into account that weapons are an issue of international importance that has been regulated or considered by different international organizations or UN bodies.¹³⁰ Further, transnational companies, especially the ones producing weapons and other armaments, have been implicated to risk international criminal responsibility through their economic activity.¹³¹ In addition, underlining the possible criminal involvement of especially European arms exporters and governments for the commission of war crimes in Yemen, several non-governmental organizations submitted a communication in 2019 to the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court.¹³²

I. Aim of international criminal law

The term international criminal law can be defined widely covering every criminal provision that carries a certain element of internationality, which includes conflict of possibly applicable laws as has been touched upon in the first part of the present analysis, international legal assistance in criminal matters, European criminal law and international criminal law strictly speaking.¹³³ The latter, which will be the focus of this section, entails every norm of international law that establishes, limits or otherwise regulates criminal liability.¹³⁴ In line with Art. 38 (1) of the Statute of the International Court of Justice, this entails international law deriving from international conventions, international custom, general principles of law.¹³⁵ However, at the heart of international criminal law

¹³⁰ E.g.: A/HRC/35/8 (2017), 'Impact of arms transfers on the enjoyment of human rights – Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights'; S/2015/289 (2015), 'Small arms and light weapons – Report of the Secretary General'; OSCE, 'OSCE Document on Small Arms and Light Weapons', 2012, FSC.DOC/1/00/Rev.1.

¹³¹ S. Kirsch, 'Völkerstrafrechtliche Risiken unternehmerischer Tätigkeit', 6 NZWiSt 2014, p. 212 (217).

¹³² *European Center for Constitutional and Human Rights*, 'Case Report – Made in Europe, bombed in Yemen: How the ICC could tackle the responsibility of arms exporters and government officials', 2020, p. 1, <https://www.ecchr.eu/fileadmin/Fallbeschreibungen/CaseReport_ECCHR_Mwatana_Amnesty_CAAT_Delas_Rete.pdf> last accessed 6.7.2021.

¹³³ *Hombrocher* 2010 (supra fn. 76), Teil I, p. 637.

¹³⁴ G. Werle / F. Jeßberger, *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 5th edn, 2020, para. 97.

¹³⁵ H. Satzger, *International and European Criminal Law*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn, 2018, § 10 para. 5.

lies the Rome Statute of the International Criminal Court which is further developed in the Elements of Crimes and the Rules of Procedure and Elements.¹³⁶ The Rome Statute entered into force in 2002 and established the first permanent Court which in accordance with Art. 1 exercises jurisdiction over “the most serious crimes of international concern”. Being faced with the historical impunity of many international crimes due to limitations within national jurisdictions, the aim of its introduction was not to create new substantive law but rather to unify the existing legislation in order to strengthen the possibilities of its enforcement.¹³⁷ It brings together the individual level of criminal law and the collectiveness of international law since the protection of individual goods and interests by enforcing criminal provisions is understood to be of universal importance and essential to securing the well-being of the international community as a collective.¹³⁸

Even though the emphasis lies with systematic violations of protected legal interests by collectives,¹³⁹ the actual proceedings are limited to the establishment of individual criminal accountability.¹⁴⁰ It is aimed at avoiding the possibility that individuals, acting on behalf of State authorities, hide behind the sovereignty of the State and consequently evade individual responsibility.¹⁴¹ A pronounced judgement condemns the crimes and the political structures which enabled their realization and emphasizes the acknowledgement of the victims’ harm and advocates for the restoration of peace and reconciliation.¹⁴² Therefore, with respect to victims, international criminal law goes beyond the mere prevention of crime, but states solidarity to the individuals who suffered from large scale victimization and documents that they were not simply collateral damage in a historical event but declares their experiences and their suffering an injustice.¹⁴³ Moreover, criminal proceedings can help whole societies to cope with the systematic injustices.¹⁴⁴

Looking at the present case, a threat to world peace cannot only be found in military actions between sovereign States but also in their internal affairs and severe violations of human rights,¹⁴⁵ which possibly renders the conduct of the Mexican police officers relevant to the international community. This is emphasized since during the investigations in Mexico, the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights found that a key witness, whose

¹³⁶ *Satzger* 2018 (supra fn. 135), § 13 para. 3.

¹³⁷ *Neubacher* 2006 (supra fn. 40), p. 967.

¹³⁸ *K. Ambos*, ‘Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law’, 33-2 *OJLS* 2013, p. 293 (294).

¹³⁹ *Kirsch* 2014 (supra fn. 131), p. 215.

¹⁴⁰ *Neubacher* 2006 (supra fn. 40), p. 966.

¹⁴¹ *Werle / Jeßberger* 2020 (supra fn. 134), para. 161.

¹⁴² ICC (Trial Chamber III), Decision of 21 June 2016, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision on Sentence pursuant to Article 76 of the Statute, ICC-01/05—01/08, paras 10 f.

¹⁴³ *Neubacher* 2006 (supra fn. 40), p. 969.

¹⁴⁴ *C. Safferling*, *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht*, Springer: Berlin / Heidelberg, 2011, § 4 para. 74.

¹⁴⁵ *Werle / Jeßberger* 2020 (supra fn. 134), para. 106.

testimony was fundamental for presenting the “historic truth”, was tortured and held in arbitrary detention.¹⁴⁶ This implicates a structural and systematic disguise of the factual happenings. In combination with the fact that the Mexican authorities issued the declarations of final destination according to the instructions of Heckler & Koch employees, regardless of the actual destination,¹⁴⁷ a structural dysfunction of relevant State bodies can be detected. This could amount to an attack of fundamental interests of the international community, and hence, could possibly constitute a crime in line with international criminal law.¹⁴⁸

II. Relation between the VStGB and the Rome Statute

Germany, as a State Party, not only signed and ratified the Rome Statute but also transposed its content into the Code of Crimes against International Law (Völkerstrafgesetzbuch – VStGB), modifying some elements in order to comply with the constitutional principle of certainty.¹⁴⁹ This technically means that the core crimes are regulated in multiple legal instruments. However, due to the principle of complementarity as established in Art. 1 of the Rome Statute, domestic criminal proceedings prevail and the subsidiary jurisdiction of the ICC, and with it the applicability of the Rome Statute, is only given when the State is not willing or not capable to prosecute or to investigate.¹⁵⁰ The Court examines this when considering the admissibility of a case following a two-step analysis: firstly, it is asked whether there is an investigation or prosecution on a national level and then to what extent these proceedings are not effective due to the State's unwillingness or inability.¹⁵¹

With the introduction of the VStGB, the German legislator wanted to ensure the capacity of German authorities to intervene when being faced with the core crimes as entailed in the Rome Statute, and consequently protect German sovereignty.¹⁵² It is to point out that the German regulatory instrument also incorporated international customary law, which leads the framework to go beyond what is foreseen in the Rome Statute.¹⁵³ In case a crime cannot be adjudicated under the VStGB, it could still be punishable according to the StGB.¹⁵⁴ In order to create a unified criminal law, the German legislator refrained from creating a new general part in the VStGB, but refers questions regarding attempt, intention, commission and participation to the StGB in accordance with § 2 VStGB.¹⁵⁵ Since criminal responsibility for aiding to murder was hindered

¹⁴⁶ *Office of the High Commissioner for Human Rights* 2018 (supra fn. 36), pp. 6 f.

¹⁴⁷ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 7.

¹⁴⁸ *Werle / Jeßberger* 2020 (supra fn. 134), para. 107.

¹⁴⁹ G. *Werle*, ‘Völkerstrafrecht und deutsches Völkerstrafgesetzbuch’, 8 JZ 2012, p. 373 (375).

¹⁵⁰ *Satzger* 2018 (supra fn. 135), § 12 para. 17.

¹⁵¹ T. *Hamilton*, ‘Case Admissibility at the International Criminal Court’, 14-2 Law & Prac. Int'l Cts & Tribunals 2015, p. 305 (306).

¹⁵² L. *Hombrecher*, ‘Grundzüge und praktische Fragen des Internationalen Strafrechts – Teil 2: Europäisches Strafrecht und Völkerstrafrecht’, JA 2010, p. 731 (735).

¹⁵³ G. *Werle*, ‘Einleitung VStGB’, in: W. Joecks / K. Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch*, Vol. 8, C.H. Beck: München, 3rd edn, 2018, para. 3.

¹⁵⁴ *Werle* 2012 (supra fn. 149), p. 376.

¹⁵⁵ *Hombrecher* 2010 (supra fn. 152), p. 735.

due to the provisions of the general part of the StGB, which would lead to the same result as above, the following analysis shall be limited to the provisions entailed in the Rome Statute.

III. Proceedings

In order for proceedings to be possible, the requirements for jurisdiction as well as admissibility would need to be met. Jurisdiction is given when the situation possibly entails a crime within the Court's jurisdiction and the exercise thereof has been triggered.

1. CRIMES WITHIN THE JURISDICTION OF THE COURT

According to Art. 5 of the Rome Statute the jurisdiction of the Court is limited to the crimes of genocide, crimes against humanity, war crimes and the crime of aggression. Relevant in the context of the export of weapons with fraudulently obtained export licenses, which were then used to kill civilians, could be aiding to crimes against humanity in line with Art. 7 (1) lit. a in conjunction with Art. 25 (3) lit. c of the Rome Statute. Since the weapons in question were exported between 2006 and 2009 and the Rome Statute entered into force for Germany as a founding member on 1st July 2002, temporal jurisdiction in accordance with Art. 11 of the Rome Statute is given.¹⁵⁶ Further, this indicates that Germany has accepted the jurisdiction in line with Art. 12 (1) of the Rome Statute. In addition, Art. 12 (2) establishes the requirement that the criminal conduct in question occurred on the territory of the State Party (territoriality principle) or the accused is a national of the State Party (active nationality principle).¹⁵⁷ The individuals in question both are German nationals and the conduct of providing incorrect declarations of final destination was realized in Germany as well. Looking at the personal aspect of jurisdiction, Art. 25 (1) of the Rome Statute indicates that only natural persons shall be subject to the jurisdiction of the Court, meaning that likewise to German criminal law Heckler & Koch as a company cannot be subject to criminal responsibility awarded by the ICC.

2. EXERCISE OF JURISDICTION

The proceedings need to be initiated according to the procedures foreseen in Art. 13 of the Rome Statute. It is to point out that not singular cases are brought to the attention of the Court but a "situation", that can be described as "the entirety of all legal and factual events in a country, which cause the suspicion that a crime under the Rome Statute was committed"¹⁵⁸ and is specified in the investigation into a multitude of cases.¹⁵⁹ Situations can be referred to the Prosecutor by State Parties (Art. 13 lit. a), the United Nations Security Council (Art. 13 lit. b) or the investigation is initiated by the Prosecutor (Art. 13 lit. c.). The first possibility can also be used by States in which the presumed core crime was realized via self-referral.¹⁶⁰ However, not only the specific conduct of the two former employees of

¹⁵⁶ *Satzger* 2018 (supra fn. 135), § 12 para.11.

¹⁵⁷ *Safferling* 2011 (supra fn. 144), § 7 para. 15.

¹⁵⁸ *Satzger* 2018 (supra fn. 135), § 12 para. 12.

¹⁵⁹ *Safferling* 2011 (supra fn. 144), § 7 para. 17.

¹⁶⁰ *P. Gaeta*, 'Is the Practice of "Self-Referrals" a Sound Start for the ICC?', 2-4 JICJ 2004, p.

Heckler & Koch could be subject to the referral but the whole situation entailing the police actions in Mexico which resulted in the murders and enforced disappearance as well as the concealment by Mexican authorities during the investigations. Consequently, considering diplomatic relations between Germany and Mexico, such a referral is unlikely. Since the Security Council has only used its position twice to refer the situation of Darfur (Sudan) and Libya to the ICC,¹⁶¹ a referral regarding the situation in Mexico is also excluded. Therefore, an investigation proprio motu, in which the Prosecutor acts on his or her own motion, in accordance with Art. 15 of the Rome Statute is the most probable way to exercise jurisdiction on the matter. After having concluded upon the existence of sufficient basis to proceed with an investigation, the Prosecutor would have to submit to the Pre-Trial Chamber a request for the authorization (Art. 15 (3)). The Pre-Trial Chamber then evaluates the Prosecutor's conclusion, the supporting information as well as victim's representations,¹⁶² and determines whether the case appears to fall within the jurisdiction of the Court (Art. 15 (4)). This can be affirmed when the crime – here crimes against humanity by aiding in line with Art. 7 (1) lit. a, Art. 25 (3) lit. c of the Rome Statute – amounts to international injustice. The criminalization of crimes against humanity aims at protecting individual rights such as life, health, liberty and human dignity, which become relevant to the international community by being committed as part of a widespread or systematic attack directed against any civilian population.¹⁶³ This contextual circumstance elevates the committed crimes, which are already punishable under national law, to a level of macro criminality and mass victimization.¹⁶⁴ The specific injustice of crimes against humanity is given due to the risk of the present inhumane policy and the offender's appropriation thereof.¹⁶⁵ The contextual circumstance of crimes against humanity is constituted by five different elements being "(i) an attack directed against any civilian population, (ii) a State or organizational policy, (iii) the widespread or systematic nature of the attack, (iv) a nexus between the individual act and the attack, and (v) knowledge of the attack".¹⁶⁶

949.

¹⁶¹ Sudan: S/RES/1593 (2005), adopted by the Security Council at its 5158th meeting, on 31 March 2005; Libya: S/RES/1970 (2011), adopted by the Security Council at its 6491st meeting, on 26 February 2011.

¹⁶² ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 31 March 2010, Situation in the Republic of Kenya, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, para. 20.

¹⁶³ K. Gierhake, 'Zum Erfordernis eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ als Merkmal der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – Zugleich Analyse der Entscheidung der Pre-Trial Chamber II des Internationalen Strafgerichtshofs vom 31.03.2010 über die „Situation“ in der Republik Kenia nach den Wahlen im Jahre 2007', 11 ZIS 2010, p. 676 (678).

¹⁶⁴ Safferling 2011 (supra fn. 144), § 6 para. 44.

¹⁶⁵ Safferling 2011 (supra fn. 144), § 6 para. 56.

¹⁶⁶ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 31 March 2010, Situation in the Republic of Kenya, Decision pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, para. 79.

A) ATTACK DIRECTED AGAINST ANY CIVILIAN POPULATION

A civilian population can generally be any connected group of individuals and strengthens as a requirement the collective character of the crime.¹⁶⁷ When talking about crimes against humanity not deriving from armed conflict, which are usually characterized through actions from State agents or other organized armed forces, the term civil population covers every individual not involved in the exercise of State power.¹⁶⁸ Transferring this onto the Mexican case, a civilian population in the meaning of Art. 7 of the Rome Statute could be seen in the inhabitants of the four critical States of Chiapas, Chihuahua, Jalisco and Guerrero, since they are connected by being exposed to a specifically high risk of police violence and possible human rights violations. However, the prosecutor would need to prove that the attack was not merely directed against randomly selected individuals.¹⁶⁹

According to the definition in Art. 7 (2) lit. a, an attack is a course of conduct involving the multiple commission of acts referred to in paragraph 1. A multiple commission, which can be affirmed either when the same individual act as listed in lit. a – k is repeated multiple times or when different of the listed crimes are realized,¹⁷⁰ is given in the Mexican case due to the six murders of the students (lit. a), especially taking into account that further 43 students became subject to enforced disappearances (lit. i).

B) STATE OR ORGANIZATIONAL POLICY

Further, it is required that it was committed pursuant to or in furtherance of a State or organizational policy. Necessary is an active promotion or encouragement by the State or organization.¹⁷¹ This element implicitly requires a regular pattern, established by individuals with the capacity to do so, without the need to be formalized.¹⁷² It is sufficient if the attack is to a certain degree planned, directed or organized.¹⁷³ Further, the policy does not have to be adopted by the highest level within the State, but regional or local authorities can also initiate policies within the meaning of this requirement.¹⁷⁴ Transferring this to the situation in Mexico, a policy by the local police would be enough.

¹⁶⁷ *Werle / Jeßberger* 2020 (supra fn. 134), para. 973.

¹⁶⁸ *Werle / Jeßberger* 2020 (supra fn. 134), para. 980.

¹⁶⁹ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 15 June 2009, Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para. 77.

¹⁷⁰ *Safferling* 2011 (supra fn. 144), § 6 para. 62.

¹⁷¹ ICC, Elements of Crimes, 2015, p. 3, <<https://www.icc-cpi.int/Publications/Elements-of-Crimes.pdf> last accessed 8.7.2021.

¹⁷² ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 15 June 2009, Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61 (7) (a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, ICC-01/05-01/08-424, para. 81.

¹⁷³ ICC (Pre-Trial Chamber I), Decision of 30 September 2008, Prosecutor v. Germain Katanga and Mathieu Ngudjolo Chui, Decision on the confirmation of charges, ICC-01/04-01/07-717, para. 396.

¹⁷⁴ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 31 March 2010, Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr, para. 89.

Nevertheless, it is questionable which policy this could be and to what extent there is a regular pattern or organization to pursue this policy. Regarding the series of events which possibly demonstrate such policy, the ICC has referred to decisions of the ad-hoc tribunals, which considered e.g. “the establishment and implementation of autonomous political structures [...], the general content of a political programme [...], media propaganda, the establishment and implementation of autonomous military structures [...], alterations to the “ethnic” composition of populations”¹⁷⁵ as indicators of a policy, and used these factors to consider the presence of a policy.¹⁷⁶ None of these events seem to be present in the situation in Mexico, since the problems at hand presumably rather arise from corruption and short-sighted taking advantage of situations. Therefore, the pursuance of a specific purpose by following a regular pattern cannot be affirmed. As a result, a State or organizational policy is not given.

C) INTERIM RESULT

The contextual circumstance of crimes against humanity is not given. Therefore, the case at hand lacks the relevance to the international community within the meaning of the Rome Statute and an authorization by the Pre-Trial Chamber for the Prosecutor to investigate the Situation is not to be expected. Consequently, there is no possibility to exercise jurisdiction in accordance with Art. 13 of the Rome Statute.

3. INTERIM RESULT

The possibility of remedy at the ICC fails due to the lack of jurisdiction.

IV. Victims at the International Criminal Court

Even though in the present case effective remedy by the ICC cannot be achieved, it is interesting to briefly examine the standing of victims before the Court. During the trials at the International Military Tribunals of Nuremberg and Tokyo victims were only considered as witnesses to the committed crimes which did not change at the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) or the International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR),¹⁷⁷ even though already in 1985 the Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power as the first standard in international law on the rights of victims was adopted.¹⁷⁸ However, the Rome Statute finally entails a possibility for victims to participate in the proceedings due to the incorporation of Art. 68 (3) according to which victims must reapply to

¹⁷⁵ ICTY (Trial Chamber), Judgement of 3 March 2000, Prosecutor v. Tihomir Blaškić, IT-95-14-T, para. 204.

¹⁷⁶ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 31 March 2010, Situation in the Republic of Kenya, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, ICC-01/09-19-Corr., paras 87 f.

¹⁷⁷ G. Petrossian, ‘Opferbeteiligung auf internationaler Ebene’, in: M. Abraham / J. C. Bubltz / J. Geneuss / P. Krell / K. Wegner (eds), *Verletzte im Strafrecht – 7. Symposium Junger Strafrechterinnen und Strafrechter Hamburg 2019*, Nomos: Baden-Baden, 2020, p. 129.

¹⁷⁸ H. Hobbes, ‘Victim Participation in International Criminal Proceedings: Problems and Potential Solutions in Implementing an Effective and Vital Component of Justice’, 49-1 TILJ 2014, p. 1 (4).

the Court at the different stages of the proceedings to have their views and concerns presented.¹⁷⁹ This is only granted by the Court if their personal interests are affected and the rights of the accused and a fair and impartial trial are not endangered by their participation. Overall, individuals can be victims to the pre-situation, meaning the time before an investigation of a situation is triggered in accordance with Art. 13 of the Rome Statute, victims to the situation, victims to the case, victims to the specific act and victims to the indicted specific act.¹⁸⁰ During each of these stages, victims are supported by the Office of the Public Counsel for Victims whose aim it is to enable the effective participation of victims.¹⁸¹ Relevant in case of the Mexican families would have been the time of pre-situation. It is to point out, that they do not have the capacity to trigger investigations, but it is possible to provide information about the possible commission of core crimes to the Prosecutor in line with Art. 15 (2) of the Rome Statute, which at the discretion of the Prosecutor can lead to investigations *proprio motu*.¹⁸² Further, victims may impact the authorization of investigation by making representations to the Pre-Trial Chamber (Art. 15 (3) Rome Statute). However, in order to take such standing, individuals need to be victims according to rule 85 (a) of the Rules of Procedure and Evidence which defines victims as natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court. While the harm recognized can be material, physical and psychological, in order to participate the alleged harm must be “linked with the charges confirmed against the accused”.¹⁸³ To prove this direct link is especially difficult in later stages of an investigation, when higher ranking military or government officials are tried for the atrocities, but the actual harm has been inflicted upon the individual by lower ranking State personnel.¹⁸⁴ Referring back to the case of the Mexican families, it is not accepted that relatives participate on behalf of their deceased family members as victims to the alleged crimes, which only leaves room for participation of parents or siblings as an indirect victim because of the loss the individual has occurred.¹⁸⁵ These two factors, as well as the mere characteristic of the core crimes, which lead to mass victimization and therefore logistic problems to accommodate each victim at trial, often hinder the recognition as a victim and consequently the participation in the proceedings.

Apart from the opportunity to participate and make their voices heard, the victim status before the ICC is also connected with possible reparations, which may be ordered by the Court after a conviction and include restitution, compensation

¹⁷⁹ *Hobbes* 2014 (supra fn. 178), p. 7.

¹⁸⁰ *Petrossian* 2020 (supra fn. 177), p. 138.

¹⁸¹ *Safferling* 2011 (supra fn. 144), § 7 para. 11.

¹⁸² *Petrossian* 2020 (supra fn. 177), p. 131.

¹⁸³ ICC (Appeals Chamber), Judgement of 11 July 2008, Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgement on the appeals of The Prosecutor and The Defense against Trial Chamber I’s Decision on Victims’ Participation of 18 January 2008, ICC-01/04-01/06-1432, paras 1 f.

¹⁸⁴ See *Hobbes* 2014 (supra fn. 178), p. 4.

¹⁸⁵ ICC (Pre-Trial Chamber II), Decision of 26 August 2011, Prosecutor v. Francis Kirimi Muthaura, Uhuru Muigai Kenyatta and Mohammed Hussein Ali, Decision on Victims’ Participation at the Confirmation of Charges Hearing and in the Related Proceedings, ICC-01/09-02/11-267, para. 47.

and rehabilitation (Art. 75 (2) Rome Statute). Reparations can be awarded individually, to the victim in question, or collectively, e.g., by paying money to relief and reconstruction projects in former crisis regions.¹⁸⁶ In the case of Mexico, this could be projects strengthening the rule of law, initiatives against corruption or support systems for victims and their families. Since the convicted perpetrator often does not have the financial funds to cover the ordered reparations,¹⁸⁷ the reparation may be substantiated from the established trust fund. Its limited monetary capacities derive from fines, confiscations or donations, which often only allows for symbolic financial reparation and does not meet the victims' actual needs.¹⁸⁸

V. Criticism

In general, having established the ICC as a permanent mechanism in order to try individuals for genocide, war crimes, crimes against humanity and aggression is to be considered a highly positive development. Nevertheless, it is questionable to what extent the Court can reach its full potential to adjudicate these atrocities while ensuring a fair and impartial trial and providing adequate opportunity for the victims to be heard. Due to the fact, that the validity and implementation of international criminal law is subject to the willingness of the States as traditional subjects to international law, the institution cannot act completely independent.¹⁸⁹ The above-mentioned trigger mechanisms under Art. 13 of the Rome Statute and the dependence on national justice systems to cooperate during investigations and prosecution as entailed in Art. 86 of the Rome Statute are just examples for this. Further, in order to achieve universal acceptance and strengthen the importance of its decisions and judgements, economically and politically important States such as the U.S., China or Russia would need to become State Parties to the Rome Statute.¹⁹⁰ Referring now to the case at hand, it is to point out that due to limited resources and capacities the Court can only consider a fraction of the atrocities and injustices happening all over the world, which explains why corporate involvement, that usually only supports the commission of crimes, cannot be the focus of the Prosecutor's efforts.¹⁹¹ Nevertheless, even though the export of weapons by Heckler & Koch and the murders did not amount to an injustice within the meaning of the Rome Statute, it will be highly interesting to see how the Office of the Prosecutor will deal with the communication submitted by ECCHR and other NGOs concerning arms transfers to Saudi-Arabia and the situation in Yemen. Depending on the outcome, this could establish an effective remedy in order to hold corporations accountable for providing relevant arms and military machinery which is systematically used to infringe fundamental rights of members of civil societies.

¹⁸⁶ *Bock* 2007 (supra fn. 56), p. 679.

¹⁸⁷ *Petrossian* 2020 (supra fn. 177), p. 130.

¹⁸⁸ *Bock* 2007 (supra fn. 56), p. 679.

¹⁸⁹ *Safferling* 2011 (supra fn. 144), § 4 para. 77.

¹⁹⁰ *Werle / Jeßberger* 2020 (supra fn. 134), para.74.

¹⁹¹ *W. Kaleck / M. Saage-Maaf*, 'Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes', 8-3 JICJ 2010, p. 699 (710).

D. EFFECTIVE REMEDY BY THE EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

Since neither the German Courts nor the ICC can provide remedy for the Mexican families the next step is to examine the possibility of an application to the European Court of Human Rights (ECtHR). The ECtHR ensures with its jurisprudence the uniform protection of human rights within the whole of Europe, not limited to the European Union, and functions to a certain degree as a European constitutional court.¹⁹²

The application could consider the lack of criminal proceedings against the two former Heckler & Koch employees for aiding the murder of the Mexican students or the denial of access to records by the District Court in Stuttgart which was filed for by the European Center for Constitutional and Human Rights on behalf of a student's family.¹⁹³ Further, one could ponder on Germany's failure to check the Mexican declarations of final destination, which constituted the basis for the export licenses. Possibly relevant rights and freedoms established in the European Convention on Human Rights (ECHR) are the right to life (Art. 2), the right to a fair trial (Art. 6) and the right to an effective remedy (Art. 13).

I. Relation between the ECHR and German criminal law

First of all, it is necessary to establish the impact of the ECHR on German substantive and procedural criminal law. With ratification, the ECHR and its protocols are binding for all State Parties and with immediate effect create States' obligation to secure the entailed rights and freedoms for everyone within their jurisdiction as established in Art. 1 ECHR.¹⁹⁴ The ECHR is silent on how State Parties comply with their obligations and the status of the convention within national legal systems.¹⁹⁵

In Germany, as an international treaty, the ECHR and its protocols do not have constitutional status per se but are attributed the value of a federal law by having been transposed in line with Art. 59 para. 2 GG.¹⁹⁶ Hence executive and judiciary are already bound by the ECHR due to Art. 20 para. 3 GG.¹⁹⁷ However, as a mere federal law the established guarantees could be circumvented by a later law with respect to the principle of *lex posterior derogate legi priori*.¹⁹⁸ Nevertheless, since the GG is intended to accommodate international law (*Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit*), the ECHR is attributed a factual higher rank which demands the interpretation of newer legislation in line with

¹⁹² J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim, 'Einleitung EMRK', in: J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim / S. v. Raumer (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden, 4th edn, 2017, para. 9.

¹⁹³ *European Center for Constitutional and Human Rights* 2021 (supra fn. 4).

¹⁹⁴ Meyer-Ladewig / Nettesheim 2017 (supra fn. 192), *Einleitung EMRK*, para. 15.

¹⁹⁵ ECtHR, Judgement of 6 February 1976 – no. 5614/72, *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, para. 50.

¹⁹⁶ BVerfG, Decision of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 (3408).

¹⁹⁷ H. Sauer, 'Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur – Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte', 1 ZaöRV 2005, p. 35 (45).

¹⁹⁸ H. Ostendorf, *Strafprozessrecht*, Nomos: Baden-Baden, 3rd edn, 2018, § 5 para. 46.

the ECHR in order to ensure the compliance with Germany's obligation deriving from international public law.¹⁹⁹ This factual priority of the ECHR is only limited when fundamental, constitutional principles will be infringed,²⁰⁰ and further also requires the legislative branch to comply with the Convention.²⁰¹

A certain interdependence between ECHR and criminal law can be noted. While criminal law has been considered the only adequate tool to provide sufficient preventive and repressive protection of severe violation of fundamental rights granted by the ECHR,²⁰² the several procedural rights e.g., established in Art. 6 ECHR, shape the way criminal trials are conducted within domestic jurisdictions.²⁰³

Further, the possibility to claim the violation of rights before the ECtHR in Strasbourg constitutes another instance which hears the case in question, even though the examination does not consider the correct application of domestic laws but only the treaty provisions. Since State Parties are bound by the judgements according to Art. 46 (1) ECHR, the ECtHR holds a powerful position, which has become more and more apparent in the last decades and led to a continuously growing number of applications.²⁰⁴ Nonetheless, in case a violation is identified, the Court cannot overturn a national judgement, but it can allow for the reopening of proceedings for the convicted person's benefit in accordance with § 359 no. 6 StPO.²⁰⁵ Since the application in question would be lodged not by the two former Heckler & Koch employees as convicted individuals, but the families of the Mexican students, a possible reparation under Art. 41 ECHR is more of interest. However, this "just satisfaction", as it is titled within the ECHR, is only awarded when complete reparation, meaning the restoration of the situation before the violation of protected rights, is not foreseen by the national legal framework of the respondent State Party and has not been awarded in the domestic procedures.²⁰⁶

II. Jurisdiction and admissibility

Art. 32 (1) ECHR foresees the jurisdiction of the Court in all matters concerning the interpretation and application of the treaty text and its protocols when it is referred to it in accordance with Articles 33, 34, 46, 47. Considering that the

¹⁹⁹ BVerfG, Decision of 26 March 1987, 2 BvR 589/79, NJW 1987, 2427 (2427); *Sauer* 2005 (supra fn. 197), p. 48.

²⁰⁰ BVerfG, Decision of 14 October 2004, 2 BvR 1481/04, NJW 2004, 3407 (3408).

²⁰¹ *J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim*, 'Art. 1 EMRK', in: *J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim / S. v. Raumer* (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden, 4th edn, 2017, para. 6.

²⁰² *Lukas Staffler*, 'Opferschutz und Verjährung im Spiegel der EGMR-Judikatur: Überlegungen zu den opferbezogenen Schutzpflichten im staatlichen Strafrechtssystem', in: *M. Abraham / J. C. Bublitz / J. Geneuss / P. Krell / K. Wegner* (eds), *Verletzte im Strafrecht – 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Hamburg 2019*, Nomos: Baden-Baden, 2020, p. 53 (57).

²⁰³ *Beulke / Svoboda* 2016 (supra fn. 67), § 1 para. 16.

²⁰⁴ *Meyer-Ladewig / Nettesheim* 2017 (supra fn. 192), Einleitung EMRK, para. 60.

²⁰⁵ *Beulke / Svoboda* 2016 (supra fn. 67), § 1 para. 17.

²⁰⁶ *N. Wenzel*, 'Art. 41 EMRK', in: *U. Karpenstein / F. C. Mayer* (eds), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn, 2015, para. 6.

relatives as individuals would lodge an application before the ECtHR, an individual application in accordance with Art. 34 ECHR is the relevant tool, which has been considered to provide “one of the fundamental guarantees of the effectiveness of the Convention system of human rights protection”.²⁰⁷ In order for an individual application to be admissible, several requirements need to be met.

1. PROCEDURAL REQUIREMENTS FOR ADMISSIBILITY

The procedural requirements of an individual application according to Art. 34 ECHR entail the legal capacity and the capacity to sue and to be sued of the applicant, their victim-status of the applicant, the exhaustion of domestic remedies and an application within the prescribed time limit.²⁰⁸

A) APPLICANT’S CAPACITY AND VICTIM-STATUS

According to Art. 34 ECHR an individual application can be lodged by a person, non-governmental organizations or a group of individuals claiming to be a victim of a violation by a State Party. In general, every natural person, not only nationals of the respondent State, can file an application under Art. 34 ECHR,²⁰⁹ which indicates that also the Mexican family members have been attributed this capacity.

Regarding their victim-status, it is to point out that the concept of victim is autonomous from national interpretations and covers not only direct victims of the alleged violation but also includes indirect victims who are harmfully affected by the violation or have “a valid and personal interest” in it.²¹⁰ One could object to the victim status of the family members, since they were not part of the national proceedings, not even as witness. However, the standing within domestic trials is not a final criterion due to the autonomy of the concept.²¹¹ This is crucial since in the present case inter alia the lack of national proceedings for aiding the murder of the Mexican students constitutes an alleged violation.

Regarding the possible breach of the right to a fair trial (Art. 6 (1)) and the right to an effective remedy (Art. 13), the families are to be considered as direct victims since the denial by the German prosecution to charge the two former Heckler & Koch employees for aiding the murder of the Mexican students has directly affected their capacity to participate as private accessory prosecutor, to testify in Court and make their voices heard. Further, even though an application cannot be lodged on behalf of a deceased person and the family members can

²⁰⁷ ECtHR, Judgement of 4 February 2005, nos. 46827/99 and 46951/99, *Mamatkulov and Askarov v. Turkey*, para. 100.

²⁰⁸ C. Grabenwarter / K. Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention – Ein Studienbuch*, C.H. Beck: Munich, 7th edn, 2021, § 13 para. 5.

²⁰⁹ A. Kulick / J. Meyer-Ladewig, ‘Art. 34 EMRK’, in: J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim / S. v. Raumer (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden, 4th edn, 2017, para. 6.

²¹⁰ ECtHR, Judgement of 7 November 2013, nos. 29381/09 and 32684/09, *Vallianatos and Others v. Greece*, para. 47.

²¹¹ *Council of Europe / European Court of Human Rights*, ‘Practical guide on admissibility criteria’, 2021, para. 21, <https://www.echr.coe.int/documents/admissibility_guide_eng.pdf> last accessed 7.7.2021.

only base the application on the violation of their own rights,²¹² in cases of death or disappearance of the direct victims, here the Mexican students, in which a violation of the right to life (Art. 2) is brought before the Court, close relatives such as parents have been considered as indirect victims, who can lodge an application, since the direct victim is not capable to do so anymore.²¹³ With respect to the failure to check the declarations of final destination it is to highlight that by the loss of their children or siblings, the families have encountered significant harm and have a valid interests in preventing its repetition. As a result, the victim-status of the close relatives of the deceased students is to be affirmed.

B) TIME LIMIT AND EXHAUSTION OF DOMESTIC REMEDIES

Art. 35 (1) ECHR indicates that an application under Art. 34 is only possible within a period of six months from the date on which the final decision was taken. The relevant date is the oral pronouncement of judgment,²¹⁴ which was the 30th of March 2021 for the ruling of the Federal Court of Justice concerning the criminal responsibility of the two former Heckler & Koch employees according to the AWG. Questionable is whether this is the judgement to use as reference point when calculating the six-month period.

In general, the requirement of exhaustion of domestic remedies is a manifestation of the principle of subsidiarity, which corresponds to the fact that the primary responsibility for the protection of the rights and freedoms entailed in the ECHR lies with the State Parties and their authorities.²¹⁵ Therefore, national courts need to have had the opportunity to judge on the compliance of national legislation and its application with the Convention.²¹⁶ Nevertheless, only effective remedies, which are capable of actually repealing the act of the State Party or at least pronounce the unlawfulness thereof, are to be considered.²¹⁷ Ineffective are further remedies that don't entail any prospect of success.²¹⁸

AA) LACK OF PROSECUTION FOR AIDING TO MURDER

Regarding the lack of prosecution, § 152 (1) StPO establishes that only the public prosecution office shall be authorized to prefer public charges (accusatory principle). The families' interest in an investigation and prosecution could have been demonstrated with a report of offense with the public prosecution office in accordance with § 158 (1) StPO. If the public prosecution office had then decided not to grant the application to press charges for aiding to murder, the

²¹² ECtHR, Judgement of 2 February 2010, no. 42430/05, *Aizpurua Ortiz and Others v. Spain*, para. 30.

²¹³ *Grabenwarter / Pabel 2021* (supra fn. 208), § 13 para. 20.

²¹⁴ *K. Reid, A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Thomson Reuters / Sweet & Maxwell: London, 6th edn, 2019, para. 2-004.

²¹⁵ *Meyer-Ladewig / Nettesheim 2017* (supra fn. 192), Einleitung EMRK, para. 28.

²¹⁶ *P. Schäfer, 'Art. 35 EMRK'*, in: U. Karpenstein / F. C. Mayer (eds), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn, 2015, para. 9.

²¹⁷ *M. E. Villinger, Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Schweizer Fällen*, Nomos: Baden-Baden, 3rd edn, 2020, § 4 para. 79.

²¹⁸ *Grabenwarter / Pabel 2021* (supra fn. 208), § 13 para. 30.

families would have received an order about it in accordance with § 171 StPO,²¹⁹ which would have opened up the opportunity for a complaint in accordance with § 172 StPO. This possibility has not been used, however, since the prospects of success are very low,²²⁰ the effectiveness of this remedy needs to be doubted. A further exception to the accusatory principle constitutes § 374 StPO which allows for private prosecution for specific crimes that do not sufficiently touch public interest.²²¹ Nevertheless, offenses against life such as murder (§ 212 StGB) are considered to be of utmost importance to the public interest, therefore are not pursuable by private prosecution. Hence, this remedy was not accessible to the families and consequently ineffective.

BB) DENIAL OF ACCESS TO RECORDS

With respect to the access of records, § 406e (1) StPO allows for the inspection of files on behalf of the aggrieved person. Since the charges pressed against the two former Heckler & Koch employees are based on the AWG, there is no aggrieved person within the meaning of these criminal provisions which is most likely the reason why the inspection was denied. Therefore, even though this decision could have been complained against after the end of investigation,²²² a repeal would not have been granted. Consequently, it cannot be considered an effective remedy.

CC) CONTROL OF DECLARATIONS OF FINAL DESTINATION

Now considering the failure of the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy as well as the Federal Office for Economics and Export Control to check the correctness of the declarations of final destination, an administrative appeal could have been considered. Third parties, who are not recipient of an administrative act, can only appeal under very restrictive circumstances. It's important that the applicable legal provisions not only aim at protecting general public interests but specifically the interests of the claimants.²²³ Concerning the legal framework regarding arms transfers, the protection of individual interests, here the protection of life, is to be affirmed. However, already with the criminal procedures concerning criminal responsibility according to the AWG it has been established that the administrative act was unlawful.²²⁴ In addition, it has already been acted upon the export licenses, which renders a withdrawal useless for the victims' families. Therefore, further administrative proceedings would have been ineffective and as a result not necessary.

²¹⁹ C. Gof, '§ 171 StPO', in: J. Graf (ed.), Beck'sche Online-Kommentare Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra, C.H. Beck: Munich, 39th edn, 2021, para. 1.

²²⁰ G. Moldenhauer, '§172 StPO', in: R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, C.H. Beck: Munich, 8th edn, 2019, para. 1.

²²¹ B. Valerius, '§ 171 StPO', in: J. Graf (ed.), Beck'sche Online-Kommentare Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra, C.H. Beck: Munich, 39th edn, 2021, para. 1.

²²² A. Zabeck, '§ 406e StPO', in: R. Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, C.H. Beck: Munich, 8th edn, 2019, para. 13.

²²³ U. Ransauer, 'Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte – Entwicklung und Bedeutung der Schutznormlehre', 9 JuS 2012, p. 769 (771).

²²⁴ BGH, Judgment of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580, para. 34.

DD) NECESSITY OF A CONSTITUTIONAL COMPLAINT

Since the exhaustion of domestic remedies includes the constitutional courts,²²⁵ a constitutional complaint according to Art. 93 (1) no. 4a GG would have to be filed in Germany at the Federal Constitutional Court in order to exhaust domestic remedies.²²⁶ § 90 (1) of the Act on the Federal Constitutional Court (Bundesverfassungsgerichtsgesetz – BVerfGG) prescribes that such complaint can be lodged by any person claiming a violation of fundamental rights, and therefore, includes foreign nationals as long as the fundamental right in question is not limited to German nationals.²²⁷ In the present case, a violation of the right to life according to Art. 2 (2) 1 GG as well as fundamental judicial rights established in Art. 19 (4) 1 GG or Art. 103 (1) GG, whose violation can also be subject to a constitutional complaint,²²⁸ could be considered. The wording does not limit these rights to German nationals which indicates that the victims' relatives can rely on them. However, it is to be pointed out that other fundamental rights than the ones enumerated in Art. 93 (1) no. 4a GG cannot be claimed, which means that a violation of provisions of the ECHR cannot be directly subject to a constitutional claim before the Federal Constitutional Court.²²⁹ Nevertheless, a constitutional complaint would generally be required, and the pronouncement of this judgement would be considered the starting point of the six-month period.

EE) INTERIM RESULT

Domestic remedies have not been exhausted, and hence, not all procedural requirements are given.

C) INTERIM RESULT

The application is inadmissible. However, it could be rendered admissible if a constitutional complaint will be lodged in the future.

2. OTHER REASONS FOR INADMISSIBILITY

Moreover, Art. 35 (2) ECHR establishes formal reasons, which hinder the admissibility of individual applications such as anonymity of the applicant (lit. a) or the matter has already been adjudicated by the Court (lit. b). Further, Art. 35 (3) lit. a var. 3 ECHR foresees inadmissibility in cases of abuse of the right to an individual application. This reason can cover formal abuse such as repeated applications regarding a similar matter or material abuse such as fraud.²³⁰ However, none of these reasons for inadmissibility are to be expected in this case.

²²⁵ *W. Peukert*, 'Art. 35 EUMRK', in: J. A. Frowein / W. Peukert (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention*, N.P. Engel: Kehl, 3rd edn, 2009, para. 12.

²²⁶ ECtHR, Judgment of 4 December 2008, no. 44036/02, *Adam v. Germany*, paras 85 f.

²²⁷ *R. Zuck*, *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, C.H. Beck: Munich, 5th edn, 2017, para. 628b.

²²⁸ *D. Schröder*, 'Die Justizgrundrechte des Grundgesetzes', 3 JA 2010, p. 167.

²²⁹ *C. Walter*, 'Art. 93 GG', in: T. Maunz / G. Dürig / R. Herzog / M. Herdegen / R. Scholz / H. Klein (eds), *Grundgesetz – Kommentar*, Vol. 6, C.H. Beck: Munich, 93rd loose-leaf collection, 2020, para. 362.

²³⁰ *Reid* 2019 (supra fn. 214), para. 2-028.

3. INADMISSIBILITY DUE TO THE SUBJECT-MATTER

Further, Art. 35 (3) ECHR entails reasons for inadmissibility which refer to the actual content of the application.

A) INCOMPATIBILITY

The individual application cannot be incompatible within the meaning of Art. 35 (3) lit. 1 var. 1 ECHR. The following considerations concern the competence of the ECtHR as well as its jurisdiction, the matter in question and the parties involved.²³¹ Therefore, the following reasons for incompatibility outline the negative limits of the ECtHR's capacity to adjudicate.²³²

AA) INCOMPATIBILITY RATIONE TEMPORIS

An application will be rejected due to a lack of temporal jurisdiction of the ECtHR. The principle of non-retroactivity, which is one of the general rules of international law, prevents a State Party to be bound by treaty provisions before ratification and its entry into force in respect of that State.²³³ Since Germany ratified the ECHR on the 5th December 1952, which allowed the ECHR to enter into force the 3rd September 1953,²³⁴ Germany is unproblematically bound by the ECHR and temporal jurisdiction of the ECtHR is given.

BB) INCOMPATIBILITY RATIONE LOCI

Further, it needs to be established that the event, which possibly constitutes a violation of the protected rights and freedoms, was realized within the jurisdiction of the State Party or the territory controlled by it.²³⁵ The public prosecution office, which did not press charges for aiding to murder, as well as the District Court, which denied access to records are situated on German territory. Further, the Federal Office for Economic Affairs and Energy and the Federal Office of Economics and Export Control as supreme federal authorities, which granted the export licenses, are located on German territory and within Germany's jurisdiction. Hence, inadmissibility *ratione loci* can be denied.

CC) INCOMPATIBILITY RATIONE PERSONAE

This ground for incompatibility is composed of two aspects regarding the responsibility of the State Party and the applicants themselves.

An application needs to be directed against a State Party, which in its jurisdiction had control over a territory and could have tried to secure the rights and freedoms entailed within the ECHR.²³⁶ If there was no effective control, the application would need to be considered inadmissible. All above-mentioned conducts were realized by public authorities or the judiciary. Therefore, the alleged violations were not committed by private individuals, whose behavior

²³¹ *Reid* 2019 (supra fn. 214), para. 2-019.

²³² *Grabewarter / Pabel* 2021 (supra fn. 208), § 13 para.53.

²³³ *Council of Europe / European Court of Human Rights* 2021 (supra fn. 211), para. 244.

²³⁴ *F. C. Mayer*, 'Einleitung EMRK', in: U. Karpenstein / F. C. Mayer (eds), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn, 2015, para. 7.

²³⁵ *Council of Europe / European Court of Human Rights* 2021 (supra fn. 211), para. 235.

²³⁶ *Reid* 2019 (supra fn. 214), para. 2-023.

cannot be attributed to the State Party. Consequently, effective control by the State can be affirmed.

With respect to the applicants, their capacity to participate in the proceedings as well as their victim-status has already been established.²³⁷ Therefore, there is no reason for inadmissibility *ratione personae*.

DD) INCOMPATIBILITY *RATIONE MATERIAE*

Further, applications are dismissed due to inadmissibility *ratione materiae*, which is applicable in situations in which the alleged violation is only covered by a right or freedom not entailed within the ECHR, the scope of the invoked right does not cover the alleged violation or the respondent State has uttered a reservation in line with Art. 57 ECHR.²³⁸

(1) ART. 2 ECHR

The question now is whether the effective investigation and prosecution of individuals who took part in the ending of a victim's life does fall within its scope of protection. In general, Art. 2 (1) ECHR entails the positive obligation of State Parties to protect by law the life of those within their jurisdiction and as a negative obligation, to abstain from intentionally taking someone's life.²³⁹ The established positive obligation covers the need to create an adequate legal and administrative framework in order to prevent offenses that violate the right to life, which is reinforced by functioning law-enforcement that aims at further preventing, suppressing and punishing such offenses.²⁴⁰ Consequently, the right to life also requires State Parties to investigate and if necessary prosecute criminal offenses that violated the right to life.²⁴¹ The obligation to investigate is not limited to the death caused by agents of the State Party, but also any other unlawful death.²⁴² Therefore, the present case falls within the scope of protection of Art. 2 ECHR. Hence, the case in question is not incompatible *ratione materiae* and not to be declared inadmissible in accordance with Art. 35 (4) ECHR.

With respect to the failure to check the correctness of the declarations of final destination, e.g., by contacting the Mexican authorities which issued the declarations, the limits of the above-mentioned positive obligations are to be remembered. At the time in question, Germany had established a legal framework aimed at ensuring the due use of the weapons in question and with it the protection of lives. Part of that legal framework were the declarations of final destinations, which were issued by Mexican officials as representatives of another sovereign State. These declarations of final destination constitute fundamental prerequisites for receiving export licenses,²⁴³ and can impact whether or not

²³⁷ See D. II. 1. a), pp. 41 f.

²³⁸ *Grabenwarter / Pabel* 2021 (supra fn. 208), § 13 para. 58.

²³⁹ *W. A. Schabas*, *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, OUP: Oxford, 2015, p. 122.

²⁴⁰ ECtHR, Judgement of 20 December 2004, no. 50385/99, *Makaratzis v. Greece*, para. 57.

²⁴¹ *Schabas* 2015 (supra fn. 239), p. 122.

²⁴² *C. Grabenwarter*, 'Art. 2', in: *C. Grabenwarter* (ed.), *ECHR – Commentary*, C.H. Beck: Munich, 2014, para. 22.

²⁴³ BGH, Judgement of 30 March 2021, 3 StR 474/19, BeckRS 2021, 11580; para. 6.

licenses will be approved in the future.²⁴⁴ Hence, the importance of these declarations was obvious not only to the German authorities and the employees at Heckler & Koch, but also to the Mexican authorities. It is to be remembered, that authorities are not to be excessively burdened by the positive obligations since individual actions can hardly ever be foreseen which forbids that each realization of a life risk demands the action of authorities.²⁴⁵ Further, it was not directly foreseeable by the Federal Ministry for Economic Affairs and Energy nor the Federal Office of Economics and Export Control, that there was an imminent threat to the lives of the students, even if they had checked the declarations of final destination. Hence, it falls outside the scope of protection of the right to life. Consequently, it is incompatible within the meaning of Art. 35 (3) lit. a var. 1 ECHR. Therefore, the application shall be rejected in accordance with Art. 35 (4) ECHR with respect to the failure to check the declarations.

(2) ART. 6 ECHR

With respect to invoking Art. 6 ECHR, it is to point out that these guarantees were originally not aimed at protecting the victim's interest to a fair trial.²⁴⁶ An application has been considered inadmissible, even when the victim participated in the criminal proceedings as private accessory prosecutor on grounds of *ratione materiae*.²⁴⁷ This strict approach has been criticized since it fails the State Parties' obligations under Art. 1 ECHR to secure the rights of everyone within their jurisdiction.²⁴⁸ There has been a shift within the Courts jurisprudence which acknowledges the possible applicability of the guarantees to victims in criminal proceedings when those are relevant regarding the victim's civil rights and obligations.²⁴⁹ However, the Court maintained the approach, that relying on Art. 6 ECHR is not possible if the conviction of the accused is the mere aim of the victim and not the protection of their civil rights.²⁵⁰ There is no uniform definition of civil rights, but they need to be asserted convincingly in line with domestic civil law and constitute the subject to a dispute that requires the criminal judgement to be adjudicated.²⁵¹ According to the European Center for Constitutional and Human Rights, which represents the parents of one of the students, it was filed for access to the records in order to use the knowledge in a civil trial against Heckler & Koch.²⁵² The specific civil claims, which they aim at bringing against Heckler & Koch, is not known. Nevertheless, participating as private accessory prosecutor in a

²⁴⁴ *Federal Ministry of Economic Affairs and Energy* 2019 (supra fn. 20), p. 14.

²⁴⁵ *Villinger* 2020 (supra fn. 217), § 12 para. 284.

²⁴⁶ *A. Mezykowska*, 'Does the victim of a crime have the right to a fair trial? – Remarks on the protection of crime victims in the light of the guarantees in the European Convention on Human Rights', 31 *PYIL* 2011, p. 285 (286).

²⁴⁷ ECtHR, Decision of 29 March 2001, no. 54102/00, *Asociación de Víctimas del Terrorismo v. Spain*.

²⁴⁸ *Mezykowska* 2011 (supra fn. 246), p. 286.

²⁴⁹ *Mezykowska* 2011 (supra fn. 246), p. 290.

²⁵⁰ ECtHR, Judgement of 22 September 2005, no. 19754/02, *Sigalas v. Greece*, para. 27.

²⁵¹ *J. Meyer-Ladewig / S. Harrendorf / S. König*, 'Art. 6 EMRK', in: *J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim / S. v. Raumer* (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden, 4th edn, 2017, para. 8.

²⁵² *European Center for Constitutional and Human Rights* 2021 (supra fn. 4).

trial concerning criminal responsibility for aiding would have possibly influenced the outcome which then could have had an effect on civil claims for compensation. Looking into a possible tort claim according to § 823 (1) of the German Civil Code (Bürgerliches Gesetzbuch – BGB) which awards compensation in case a person, intentionally or negligently, unlawfully injures the life of another person, the outcome of the criminal proceedings could have a decisive impact on establishing intent and unlawfulness. Further, if the criminal proceedings are decisive for the civil proceedings, it is not required that the applicant already filed for the civil claim regarding compensation, which has not happened for this specific case.²⁵³

Having established all this, however, it is to recall that criminal proceedings still need to have been initiated. Drawing back to the principle of subsidiarity, the ECtHR cannot oblige the authorities of a State Party to press charges for a specific conduct, since the interpretation of domestic law, and with it the decision whether a conduct constitutes a specific criminal offense worth pursuing, is the responsibility of the national authorities.²⁵⁴ Hence, the application is incompatible *ratione materiae* within the meaning of Art. 35 (3) lit. a var. 1 ECHR and not admissible in accordance with Art. 35 (4) ECHR.

(3) ART. 13 ECHR

The aim of Art. 13 ECHR is to ensure that individuals, whose rights and freedoms established in the ECHR were violated, can obtain relief before domestic courts before they address the matter at the ECtHR.²⁵⁵ Even if the wording might indicate that an actual violation of a right is required, it needs to be remembered that only when being able to access effective remedy, such violation can be determined, and hence, the mere claim of an alleged violation is enough to rely on Art. 13 ECHR.²⁵⁶ This indicates that Art. 13 ECHR is necessarily linked to the violation of another substantive right,²⁵⁷ and can only be claimed in connection with other rights.²⁵⁸ In the present case this can be affirmed since an alleged violation of the right to life as well as the right to a fair trial form part of the individual application. In addition, the claim of the substantive right needs to be arguable.²⁵⁹ This is generally given, when the violation of the substantive right has already been established or has at least been considered admissible.²⁶⁰ Whether or not the violation of the right to life can be substantiated will be analyzed shortly, but the claim has already been considered compatible²⁶¹ and other grounds of inadmissibility are not to be expected. Hence, it is to be considered admissible for this purpose. However, State Parties

²⁵³ ECtHR, Judgement of 26 October 1999, no. 31801/96, *Maini v. France*, paras 28 f.

²⁵⁴ *Villinger 2020* (supra fn. 217), § 11 para. 275.

²⁵⁵ ECtHR, Judgement of 26 October 2000, no. 30210/96, *Kudla v. Poland*, para. 152.

²⁵⁶ ECtHR, Judgement of 6 September 1978, no. 5029/71, *Klaas and Others v. Germany*, para. 64.

²⁵⁷ C. Grabenwarter, 'Art. 13', in: C. Grabenwarter (ed.), *ECHR – Commentary*, C.H. Beck: Munich, 2014, para. 5.

²⁵⁸ *Villinger 2020* (supra fn. 217), § 27 para. 855.

²⁵⁹ *Grabenwarter 2014* (supra fn. 257), *ECHR Art. 13* para. 12.

²⁶⁰ *Villinger 2020* (supra fn. 217), § 27 para. 860.

²⁶¹ See D. II. 3. a) dd) (1), pp. 47 f.

are not required to establish a particular form of remedy,²⁶² nor does this guarantee amount to securing the prosecution or conviction of a third party.²⁶³ In addition, Art. 13 ECHR has to be understood as the substantive counterpart to the procedural admissibility criterion of exhaustion of domestic remedies as established in Art. 35 (1) ECHR, which means that if not all effective remedies provided by the State Parties have been used by the applicant, a violation of Art. 13 ECHR is not to be considered.²⁶⁴ Without a final national judgement there is no adequate point of reference to determine whether there has been an effective remedy. As established earlier,²⁶⁵ not all remedies have been exhausted by the families of the deceased students. Therefore, the scope of protection is not opened. Hence, the alleged violation of Art. 13 is incompatible within the meaning of Art. 35 (3) lit. a var. 1 ECHR and therefore shall be rejected according to Art. 35 (4) ECHR.

EE) INTERIM RESULT

Compatibility is only given with respect to the alleged violation of the right to life according to Art. 2 (1) ECHR.

B) MANIFESTLY ILL-FOUNDED AND NO SIGNIFICANT DISADVANTAGE

Inadmissibility is also given when the application is manifestly ill-founded according to Art. 35 (3) lit. a var. 2 ECHR. In practice, this constitutes the most relevant reason for limiting access to the ECtHR and is considered when the merits of the case are obviously unsubstantiated.²⁶⁶ Further, this criterion allows the Court to dismiss cases when the legal question at hand does not constitute sufficient relevance.²⁶⁷ Moreover, if the applicant did not suffer from a significant disadvantage, the application is also to be declared inadmissible. Considering that the subject-matter to a certain extent deals with the responsibility of State Parties for enabling arms transfers to critical States, in which human rights violations are to be expected, and the present victimization potentially derives from the unfulfillment of the State's obligations to secure and respect the rights and freedoms established in the ECHR, the significance of the legal question and of the disadvantage of the families not to see someone being held accountable in Germany has to be affirmed. Consequently, the application is not to be rejected due to being manifestly ill-founded or lack of significant disadvantage.

C) INTERIM RESULT

There alleged violations are partly inadmissible. However, the alleged violation of Art. 2 (1) ECHR for the lack of prosecution is admissible.

²⁶² ECtHR, Judgement of 30 November 2004, no. 48939/99, *Öneryildiz v. Turkey*, para. 146.

²⁶³ ECtHR, Judgement of 30 November 2004, no. 48939/99 *Öneryildiz v. Turkey*, para. 147.

²⁶⁴ *Grabenuarter* 2014 (supra fn. 257), ECHR Art. 13 para. 3.

²⁶⁵ See D. II. 1. b) dd), pp. 44 f.

²⁶⁶ *Grabenuarter / Pabel* 2021 (supra fn. 208), § 13 para. 60.

²⁶⁷ *D. Harris / M. O'Boyle / C. Warbrick*, Law of the European Convention on Human Rights, OUP: Oxford, 3rd edn, 2014, p. 79.

3. INTERIM RESULT

The individual application of the families of the deceased students regards an issue within the jurisdiction of the ECtHR and is admissible.

III. Infringement of the right to life

The aim of the following paragraph is to analyze whether the lack of prosecution regarding criminal responsibility of the two former Heckler & Koch employees for aiding the murder of the Mexican students constitutes a violation of the right to life. Art. 2 ECHR has been described by the ECtHR as one of “the most fundamental provisions in the Convention” and has been considered to “enshrine the basic values of the democratic societies”.²⁶⁸

The question arises whether there has been an interference by the public prosecution office in Stuttgart by not conducting effective official investigation of the possible criminal responsibility for aiding to murder. The Court has established several criteria which need to be met in order to consider an investigation effective and therefore sufficient to not violate Art. 2 (1) ECHR. The investigation needs to have been initiated by the authorities when the matter has come to their attention, without being pressured to do so by a relative's formal complaint or their investigative initiative.²⁶⁹ Further, the investigation has to be conducted thoroughly enough to potentially lead to the responsible person and by an independent authority, must be prompt and the relatives of the victim must be involved in the process in order to protect their legitimate interests.²⁷⁰ However, having the investigation end without a prosecution or conviction does not indicate that the investigation did not fulfill the above mentioned requirements and therefore violates the right to life.²⁷¹

Transferring this onto the case at hand, especially regarding the present transnationality, in order to have been able to investigate possible criminal responsibility of the two former Heckler & Koch employees for aiding the murder of the Mexican students, the public prosecution office needed to be aware of the killings. An investigation into Heckler & Koch concerning the arms transfers was already initiated in 2010. In addition, the happenings in Mexico in 2014 were subject to great media coverage worldwide and in 2015 a documentary by one of the biggest TV channels in Germany revealed the possible connection between the arms transfers to Mexico with fraudulently obtained export licenses and the incident in Mexico.²⁷² Further, the press release regarding the judgement of first instance at the District Court Stuttgart underlines that there has been knowledge about the possible connection between the conduct of the Heckler & Koch employees and the killings in Mexico by stating

²⁶⁸ ECtHR, Judgement of 9 April 2009, no. 71463/01, Šilih v. Slovenia, para. 147.

²⁶⁹ ECtHR, Judgement of 7 January 2010, no. 25965/04, Rantsev v. Cyprus and Russia, para. 232.

²⁷⁰ ECtHR, Judgement of 7 January 2010, no. 25965/04, Rantsev v. Cyprus and Russia, para. 233.

²⁷¹ ECtHR, Judgement of 15 March 2011, no. 39358/05, Tsechoyev v. Russia, para. 150.

²⁷² *Das Erste*, 2015, <<https://www.daserste.de/unterhaltung/film/themenabend-waffenexporte/doku/toedliche-exporte-ruestungsmanager-vor-gericht-106.html>> last accessed 6.7.2021.

explicitly that the judgement in question does not consider how the weapons were used in Mexico.²⁷³ Therefore, it can be assumed that the German competent authorities were aware of the killings and the connection to their jurisdiction. Since, there is no access to internal documents of the public prosecution office in Stuttgart regarding the investigation, it cannot be analyzed properly to what extent there were investigations and whether they fulfill the above-mentioned criteria. However, even if investigations were conducted, it is to point out that actually prosecuting the employees for aiding to murder is not entailed within the obligation to investigate. Further, the ECtHR has stated with respect to renewing investigation due to new information, the “authorities are entitled to take into account the prospects of success of any prosecution”,²⁷⁴ This rationale can be transferred to the earlier stages of an investigation. Considering that criminal responsibility of the two former Heckler & Koch employees already fails since the deaths cannot be objectively attributed to them,²⁷⁵ it is indicated that a prospective prosecution would not have been successful. Therefore, the obligation to investigate was not violated by the public prosecution office in Stuttgart and there was no interference into the right to life.

IV. Criticism

Even though the ECtHR holds an important position in the European legal system to safeguard fundamental and human rights, its capacities are limited. Since the Courts assessments do not cover the right application of domestic laws it cannot be considered a fourth instance for victims to rely upon to finally achieve a conviction of their perpetrator.²⁷⁶ This task still needs to be realized only by State Parties and their respective criminal justice systems. Hence, even if there had been an unjustified infringement of one of the protected rights a judgment would most likely not have been able to compensate the shortcomings of German substantive criminal law. Further, the factual capacities of the ECtHR are insufficient facing the growing of applications in recent years. Therefore, admissibility criteria have been broadened to reject more applications in order to be able to adequately adjudicate the cases with significant importance.²⁷⁷ In combination with the principle of subsidiarity, the exhaustion of domestic remedies as admissibility criterion is not surprising. However, with respect to weapons exports, it needs to be kept in mind that the majority of weapons produced in industrial countries will be used and affect individuals in countries with lower living standards or critical implementation of the rule of law. Consequently, even though they are majorly affected by the presence and use of European weapons, due to lack of financial resources and access to expertise the

²⁷³ Press release from the District Court Stuttgart of 21.2.2019 (supra fn. 53).

²⁷⁴ ECtHR, Judgement of 27 November 2007, no. 32457/04, *Brecknell v. The United Kingdom*, para. 71.

²⁷⁵ See B. III. 4. b) bb), pp. 20 ff.

²⁷⁶ See ECtHR, Judgement of 24 November 1994, no. 17621/91, *Kemmache v. France*, para. 44.

²⁷⁷ *J. Meyer-Ladewig / B. Peters*, ‘Art. 35 EMRK’, in: *J. Meyer-Ladewig / M. Nettesheim / S. v. Raumer* (eds), *Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar*, Nomos: Baden-Baden, 4th edn, 2017, para. 51.

exhaustion of domestic remedies in the respondent State Parties is factually often limited or not possible at all.

E. CONCLUSION

In its core, the present analysis dealt with Germany's obligation to ensure the freedom to act of weapons producers to export weapons as a legal business conduct and the necessary protection of the right to life which can be infringed way beyond German borders. Even though the production and export of weapons is subject to a highly regulated framework which entails several criminal provisions established in the AWG and the KrWaffKontrG, there is no specific provision aiming at criminalizing the case if weapons, exported with fraudulently obtained export licenses, are used to commit offenses against life in third States that are known for their critical human rights situation. Hence, possible criminal responsibility can only be established in accordance with the general provisions of the StGB, which is applicable regardless of the transnational aspect of the murders being committed in Mexico. However, looking into the objective elements of § 27 (1) StGB demonstrated that a conviction fails since the murders cannot be objectively attributed to the two former Heckler & Koch employees. Within the majority of the general public, this encounters incomprehension and consequently creates a feeling of injustice since the link between the conduct of the employees and the murders seems to be so obvious. Had they not provided incorrect declarations of final destination, the export licenses would not have been granted and the students had not died by the use of German weapons. This feeling is further supported by the lengthy investigations in Mexico, which do not seem to be able to reconstruct the happenings of this incident.

However, leaving the highly politicized debate of weapons exports aside, it needs to be asked whether the conduct here in question really constitutes a greater injustice that requires to break with the established dogmatic of German criminal law and criminalize their behavior harsher than an individual selling a butcher's knife to an ordinary customer which is then used to kill another individual. Both items inherent a fundamental risk to physical integrity. The specific use is what renders them dangerous. This being said does not mean that the employees should not take accountability, however, in the present case it should not amount to criminal responsibility regarding the murders. The double-edged sword, that was touched upon when regarding the use of weapons, also applies in relation to the lack of prosecution and a comprehensible feeling of not being heard by German authorities on the part of the victims' families. Here the offender centered approach of criminal law denies them the access to the German criminal justice system since criminal responsibility is not imposed with respect to the actual damage caused but due to the violation of a law.

The lack of remedy has also been established when examining possible proceedings at the ICC. The case at hand does not qualify for being a widespread or systematic attack directed against any civilian population that would elevate it to amount to an international injustice. This restrictive approach respects the sovereignty of the State Parties to the Rome Statute and allows the Prosecutor and the Court to focus its limited resources and capacities to atrocities of greater

dimensions. Nevertheless, it is undeniable that the ICC can potentially play an important role when adjudicating the assistance of companies to the commission of core crimes, which is highlighted by the submitted communication concerning arms transfers to Saudi-Arabia.

With respect to the ECtHR, regardless of its powerful position in protecting human rights within Europe, it needs to be remembered that its jurisdiction is limited to the interpretation of the ECHR whereas the interpretation of domestic legislation is not included in its competence. Hence, whether or not German criminal substantive law entails criminal responsibility for the conduct at hand is not up to its judgement and extensive positive obligations regarding the protection of the right to life are not foreseen within its jurisprudence. Consequently, this again leaves the victim's families without remedy.

However, taking accountability for the events should be shown by restricting further arms exports since they inherent the undeniable danger for the lives of countless individuals. Even though this does not amount to distributing criminal responsibility, it demonstrates the taking of moral accountability towards the victims, something that can also be considered essential to their healing process.

LITERATURE

- Jürgen Adam / Karsten Schmidt / Jörg Schumacher* (2017) 'Nulla poena sine culpa – Was besagt das verfassungsrechtliche Schuldprinzip?' 1 *Neue Zeitschrift für Strafrecht* (NStZ), pp. 7-13.
- Kai Ambos* (2013) 'Punishment without a Sovereign? The Ius Puniendi Issue of International Criminal Law: A First Contribution towards a Consistent Theory of International Criminal Law', 33-2 *Oxford Journal of Legal Studies* (OJLS), pp. 293-315.
- (2020) 'Beihilfe zu Kriegsverbrechen durch (legale) Waffenlieferungen?' 11 *Strafverteidiger* (StV), pp. 788-794.
- (2020) '§ 3 StGB', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – §§ 1-37*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 4th edn.
- (2020) '§ 8 StGB', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – §§ 1-37*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 4th edn.
- (2020) '§ 9 StGB', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – §§ 1-37*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 4th edn.
- Jutta Bader* (2019) *Legitime Verletzteninteressen im Strafverfahren – Eine kritische Untersuchung der Rechtslage und Vorschläge de lege ferenda*, Springer Fachmedien: Wiesbaden.
- Werner Beulke / Sabine Swoboda* (2016) *Strafprozessrecht*, C.F. Müller: Heidelberg, 15th edn.
- Stefanie Bock* (2007) 'Das Opfer vor dem Internationalen Strafgerichtshof', 119 *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft* (ZStW), pp. 664-680.
- Martin Böse* (2017) '§ 8 StGB', in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paefgen (eds), *Strafgesetzbuch*, Vol. 1, Nomos: Baden-Baden, 5th edn.
- Herbert Diemer* (2021) 'Vor § 1 AWG', in: Georg Erbs / Max Kohlhaas / Peter Häberle (eds), *Strafrechtliche Nebengesetze*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 235th loose-leaf collection.
- (2021) 'Vor §§ 17 bis 19 AWG', in: Georg Erbs / Max Kohlhaas / Peter Häberle (eds), *Strafrechtliche Nebengesetze*, Vol. 1, C.H. Beck: Munich, 235th loose-leaf collection.
- Albin Eser / Bettina Weißer* (2019) 'Vor §§ 3-9 StGB', in: Adolf Schönke / Horst Schröder (eds), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, C.H. Beck: Munich, 30th edn.

- / — (2019) ‘§ 8 StGB’, in: Adolf Schönke / Horst Schröder (eds), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, C.H. Beck: Munich, 30th edn.
- Georg Freund* (2009) *Strafrecht Allgemeiner Teil – Personale Straftatlehre*, Springer: Berlin / Heidelberg, 2nd edn.
- Karsten Gaede* (2007) ‘Die strafbare Beihilfe und ihre aktuellen Probleme – Die gelungene Prüfung der §§ 27 und 28 StGB’, *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, pp. 757-762.
- Paola Gaeta* (2004) ‘Is the Practice of “Self-Referrals” a Sound Start for the ICC?’, 2-4 *Journal of International Criminal Justice (JICJ)*, pp. 949-952.
- Katrin Gierhake* (2010) ‘Zum Erfordernis eines „ausgedehnten oder systematischen Angriffs gegen die Zivilbevölkerung“ als Merkmal der Verbrechen gegen die Menschlichkeit – Zugleich Analyse der Entscheidung der Pre-Trial Chamber II des Internationalen Strafgerichtshofs vom 31.03.2010 über die „Situation“ in der Republik Kenia nach den Wahlen im Jahre 2007’, 11 *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik (ZIS)*, pp. 676-694.
- Robert A. P. Glawe* (2012) ‘Der Bundessicherheitsrat als sicherheits- und rüstungspolitisches Koordinationselement’, 127-6 *Deutsches Verwaltungsblatt (DVBl)*, pp. 329-335.
- Claudia Gorf* (2021) ‘§ 171 StPO’, in: Jürgen Graf (ed.), *Beck’sche Online-Kommentare Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra*, C.H. Beck: Munich, 39th edn.
- Christoph Grabenwarter* (2014) ‘Art. 2’, in: Christoph Grabenwarter (ed.), *European Convention on Human Rights – Commentary*, C.H. Beck: Munich.
- (2014) ‘Art. 13’, in: Christoph Grabenwarter (ed.), *European Convention on Human Rights – Commentary*, C.H. Beck: Munich.
- / *Katharina Pabel* (2021) *Europäische Menschenrechtskonvention – Ein Studienbuch*, C.H. Beck: Munich, 7th edn.
- Günter Grubbohm* (1998) ‘Strafrechtsgeltung und Teilnahme – Zur Akzessorietät der Teilnahme im internationalen Strafrecht’, 5 *Juristische Rundschau (JR)*, pp. 177-179.
- Tomas Hamilton* (2015) ‘Case Admissibility at the International Criminal Court’, 14-2 *The Law & Practice of International Courts and Tribunals*, pp. 305-317.
- David Harris / Michael O’Boyle / Colin Warbrick* (2014) *Law of the European Convention on Human Rights*, Oxford University Press (OUP): Oxford, 3rd edn.

- Bernd Heinrich* (2018) 'Vor § 1 KrWaffKontrG', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch, Vol. 8, C.H. Beck: Munich, 3rd edn.
- (2018) '§ 22a KrWaffG', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch, Vol. 8, C.H. Beck: Munich, 3rd edn.
- Bernd v. Heintschel-Heinegg* (2021) '§3 StGB', in: Bernd v. Heintschel-Heinegg (ed.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, C.H. Beck: Munich, 50th edn.
- (2021) '§9 StGB', in: Bernd v. Heintschel-Heinegg (ed.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, C.H. Beck: Munich, 50th edn.
- Matthias Herdegen* (2020) 'Art. 26 GG', in: Theodor Maunz / Günter Dürig, / Roman Herzog / Matthias Herdegen / Rupert Scholz / Hans Klein (eds), Grundgesetz – Kommentar, Vol. 3, C.H. Beck: Munich, 93rd loose-leaf collection.
- Harry Hobbes* (2014) 'Victim Participation in International Criminal Proceedings: Problems and Potential Solutions in Implementing an Effective and Vital Component of Justice', 49-1 Texas International Law Journal (TILJ), pp. 1-33.
- Wolfram Höfling* (2021) 'Art 1 GG', in: Michael Sachs (ed.), Grundgesetz Kommentar, C.H. Beck: Munich, 9th edn.
- Lars Hombrecher* (2010) 'Grundzüge und praktische Fragen des Internationalen Strafrechts – Teil 1: Strafanwendungsrecht und Internationale Rechtshilfe', Juristische Arbeitsblätter (JA), pp. 637-645.
- (2010) 'Grundzüge und praktische Fragen des Internationalen Strafrechts – Teil 2: Europäisches Strafrecht und Völkerstrafrecht', Juristische Arbeitsblätter (JA), pp. 731-737.
- Wolfgang Kaleck / Miriam Saage-Maaß* (2010) 'Corporate Accountability for Human Rights Violations Amounting to International Crimes', 8-3 Journal of International Criminal Justice (JICJ), pp. 699-724.
- (2015) 'Die Verantwortung von Unternehmen und Unternehmern für Völkerrechtsverbrechen – die Entwicklung seit den Nürnberger Prozessen', in: Florian Jeßberger / Wolfgang Kaleck / Tobias Singelstein (eds), Wirtschaftsvölkerstrafrecht – Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven, Nomos: Baden-Baden, pp. 83-120.
- Andrew Karmen* (2013) Crime Victims: An Introduction to Victimology, Wadsworth Cengage Learning: Belmont, 8th edn.

- Stefan Kirsch* (2014) ‘Völkerstrafrechtliche Risiken unternehmerischer Tätigkeit’, 6 Neue Zeitschrift für Wirtschafts-, Steuer- und Unternehmensstrafrecht (NZWiSt), pp. 212–218.
- Michael Kilchling* (2002) ‘Opferschutz und der Strafanspruch des Staates – Ein Widerspruch?’, 2 Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ), pp. 57–63.
- Joachim Kretschmer* (2008) ‘Welchen Einfluss hat die Lehre der objektiven Zurechnung auf das Teilnahmeunrecht?’, 30–4 Juristische Ausbildung (Jura), pp. 265–271.
- Hans Kudlich* (2014) ‘Einleitung StPO’, in: Christoph Knauer / Hans Kudlich / Hartmut Schneider (eds), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, Vol. 1, C.H. Beck: Munich.
- (2021) ‘§26 StGB’, in: Bernd v. Heintschel-Heinegg (ed.), Beck’scher Online-Kommentar StGB, C.H. Beck: Munich, 50th edn.
- Kristian Kühl* (2014) ‘Täterschaft und Teilnahme’, 9 Juristische Arbeitsblätter (JA), pp. 668–674.
- (2018) ‘§ 27 StGB’, in: Karl Lackner / Kristian Kühl / Martin Heger (eds), Strafgesetzbuch – Kommentar, C.H. Beck: Munich, 29th edn.
- Andreas Kulick / Jens Meyer-Ladewig* (2017) ‘Art. 34 EMRK’, in: Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer (eds), Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, Nomos: Baden-Baden, 4th edn.
- (2017) Strafrecht Allgemeiner Teil, Franz Vahlen: Munich, 8th edn.
- Michael Lindemann / Janita Sommer* (2015) ‘Die strafrechtliche Geschäftsherrenhaftung und ihre Bedeutung für den Bereich der Criminal Compliance’, 12 Juristische Schulung (JuS), pp. 1057–1062.
- Franz C. Mayer* (2015) ‘Einleitung EMRK’, in: Ulrich Karpenstein / Franz C. Mayer (eds), Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten, C.H. Beck: Munich, 2nd edn.
- Jens Meyer-Ladewig / Stefan Harrendorf / Stefan König* (2017) ‘Art. 6 EMRK’, in: Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer (eds), Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, Nomos: Baden-Baden, 4th edn.
- / *Martin Nettesheim* (2017) ‘Einleitung EMRK’, in: Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer (eds), Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, Nomos: Baden-Baden, 4th edn.
- / — (2017) ‘Art. 1 EMRK’, in: Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer (eds), Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, Nomos: Baden-Baden, 4th edn.

- / *Birgit Peters* (2017) 'Art. 35 EMRK', in: Jens Meyer-Ladewig / Martin Nettesheim / Stefan von Raumer (eds), Europäische Menschenrechtskonvention – Handkommentar, Nomos: Baden-Baden, 4th edn.
- Aleksandra Mezykowska* (2011) 'Does the victim of a crime have the right to a fair trial? – Remarks on the protection of crime victims in the light of the guarantees in the European Convention on Human Rights', 31 Polish Yearbook of International Law (PYIL), pp. 285-313.
- Wolfgang Mitsch* (2018) 'Das erlaubte Risiko im Strafrecht', 12 Juristische Schulung (JuS), pp. 1161-1168.
- Genwin Moldenhauer* (2019) '§172 StPO', in: Rolf Hannich (ed.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK, C.H. Beck: Munich, 8th edn.
- Frank Neubacher* (2006) 'Strafzwecke und Völkerstrafrecht', 14 Neue Juristische Wochenschrift (NJW), pp. 966-970.
- Heribert Ostendorf* (2018) Strafprozessrecht, Nomos: Baden-Baden, 3rd edn.
- Gugen Petrossian* (2020) 'Opferbeteiligung auf internationaler Ebene', in: Markus Abraham / Jan Christoph Bublitz / Julia Geneuss / Paul Krell / Kilian Wegner (eds), Verletzte im Strafrecht – 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Hamburg 2019, Nomos: Baden-Baden, pp. 129-146.
- Wolfgang Peukert* (2009) 'Art. 35 EUMRK', in: Jochen Abraham Frowein / Wolfgang Peukert (eds), Europäische Menschenrechtskonvention, N.P. Engel Verlag: Kehl am Rhein, 3rd edn.
- Klaus Pottmeyer* (1994) '§ 6 KrWaffKontrG', in: Klaus Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz – Kommentar, Carl Heymanns: Cologne / Berlin, 2nd edn.
- (1994) '§ 11 KrWaffKontrG', in: Klaus Pottmeyer, Kriegswaffenkontrollgesetz – Kommentar, Carl Heymanns: Cologne / Berlin, 2nd edn.
- (2020) 'Kleinwaffen nach Mexiko – Landgericht Stuttgart verurteilt Mitarbeiter eines Waffenherstellers', 2 Außenwirtschaftliche Praxis (AW-Prax), pp. 93-95.
- Ingeborg Puppe* (2017) '§ 15 StGB', in: Urs Kindhäuser / Ulfrid Neumann / Hans-Ullrich Paeffgen (eds), Strafgesetzbuch, Vol. 1, Nomos: Baden-Baden, 5th edn.
- Henning Radtke* (2021) 'Art. 103 GG', in: *Volker Epping / Christian Hillgruber* (eds), Beck'sche Online-Kommentare Grundgesetz, C.H. Beck: Munich, 47th edn.
- Ulrich Ramsauer* (2012) 'Die Dogmatik der subjektiven öffentlichen Rechte – Entwicklung und Bedeutung der Schutznormlehre', 9 Juristische Schulung (JuS), pp. 769-777.

- Jan Philipp Reemtsma* (2020) 'Täterstrafrecht und der Anspruch des Opfers auf Beachtung', in: Markus Abraham / Jan Christoph Bublit / Julia Geneuss / Paul Krell / Kilian Wegner (eds), *Verletzte im Strafrecht – 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Hamburg 2019*, Nomos: Baden-Baden, pp. 11–30.
- Karen Reid* (2019) *A Practitioner's Guide to the European Convention on Human Rights*, Thomson Reuters / Sweet & Maxwell: London, 6th edn.
- Thomas Rönau / Christian Becker* (2016) 'Vorsatzvermeidung durch Unternehmensleiter bei betriebsbezogenen Straftaten', 10 *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 569–575.
- Claus Roxin / Luis Greco* (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil, Grundlagen – Der Aufbau der Verbrechenslehre – Vol. 1*, C.H. Beck: Munich, 5th edn.
- Christoph Safferling* (2011) *Internationales Strafrecht – Strafanwendungsrecht – Völkerstrafrecht – Europäisches Strafrecht*, Springer: Berlin / Heidelberg.
- Helmut Satzger* (2018) *International and European Criminal Law*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn.
- Heiko Sauer* (2005) 'Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur – Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte', 1 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV)*, pp. 35– 68.
- William Anthony Schabas* (2015) *The European Convention on Human Rights – A Commentary*, Oxford University Press (OUP): Oxford.
- Patrick Schäfer* (2015) 'Art 35 EMRK', in: Ulrich Karpenstein / Franz C. Mayer (eds), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn.
- Daniela Schröder* (2010) 'Die Justizgrundrechte des Grundgesetzes', 3 *Juristische Arbeitsblätter (JA)*, pp. 167–174.
- Lukas Staffler* (2020) 'Opferschutz und Verjährung im Spiegel der EGMR-Judikatur: Überlegungen zu den opferbezogenen Schutzpflichten im staatlichen Strafrechtssystem', in: Markus Abraham / Jan Christoph Bublit / Julia Geneuss / Paul Krell / Kilian Wegner (eds), *Verletzte im Strafrecht – 7. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler Hamburg 2019*, Nomos: Baden-Baden, pp. 53–73.
- Detlev Sternberg-Lieben / Irene Sternberg-Lieben* (2012) 'Vorsatz im Strafrecht', 11 *Juristische Schulung (JuS)*, pp. 976–980.

- Brian Valerius* (2019) '§ 395 StPO', in: Christoph Knauer / Hans Kudlich / Hartmut Schneider (eds), *Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung*, Vol. 3, C.H. Beck: Munich.
- (2021) '§ 374 StPO', in: Jürgen Graf (ed.), *Beck'sche Online-Kommentare Strafprozessordnung mit RiStBV und MiStra*, C.H. Beck: Munich, 39th edn.
- Mark E. Villinger* (2020) *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) – mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte in Schweizer Fällen*, Nomos: Baden-Baden, 3rd edn.
- Jörg Wagner* (2019) 'Vor § 17 AWG', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht II*, Vol. 7, C.H. Beck: Munich, 3rd edn.
- Susanne Walther* (2007) 'Zum Anspruch des Deliktsofners auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren', 11 *Goldammer's Archiv (GA)*, pp. 615-627.
- Christian Walter* (2020) 'Art. 93 GG', in: Theodor Maunz / Günter Dürig, / Roman Herzog / Matthias Herdegen / Rupert Scholz / Hans Klein (eds), *Grundgesetz – Kommentar*, Vol. 6, C.H. Beck: Munich, 93rd loose-leaf collection.
- Franziska Weidenauer* (2021) 'Das neue Gesetz zur Bekämpfung der Unternehmenskriminalität – Paradigmenwechsel im deutschen Strafrecht oder Instrumentarium zur Sanktionierung Unschuldiger?', 2 *Corporate Compliance Zeitschrift (CCZ)*, pp. 53-60.
- Bettina Weißer* (2019) '§ 27 StGB', in: Adolf Schönke / Horst Schröder (eds), *Strafgesetzbuch – Kommentar*, C.H. Beck: Munich, 30th edn.
- Nicola Wenzel* (2015) 'Art 41 EMRK', in: Ulrich Karpenstein / Franz C. Mayer (eds), *Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten*, C.H. Beck: Munich, 2nd edn.
- Gerhard Werle / Florian Jeßberger* (2007) 'Vor § 3 StGB', in: Heinrich Wilhelm Laufhütte / Ruth Rissing-van Saan / Klaus Tiedemann (eds), *Leipziger Kommentar Strafgesetzbuch – Einleitung*, §§ 1-31, Vol. 1, De Gruyter Recht: Berlin, 12th edn.
- (2012) 'Völkerstrafrecht und deutsches Völkerstrafgesetzbuch', 8 *Juristen Zeitung (JZ)*, pp. 373-380.
- (2018) 'Einleitung VStGB', in: Wolfgang Joecks / Klaus Miebach (eds), *Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch – Nebenstrafrecht III, Völkerstrafgesetzbuch*, Vol. 8, C.H. Beck: Munich, 3rd edn.
- / *Florian Jeßberger* (2020) *Völkerstrafrecht*, Mohr Siebeck: Tübingen, 5th edn.

- Johannes Wessels / Werner Beulke / Helmut Satzger* (2020) *Strafrecht Allgemeiner Teil – Die Straftat und ihr Aufbau*, C.F. Müller: Heidelberg, 50th edn.
- Petra Wittig* (2018) 'Die Strafbarkeit des Geschäftsherrn nach deutschem Strafrecht für transnationale Menschenrechtsverletzungen', in: Markus Krajewski / Franziska Oehm / Miriam Saage-Maaß (eds), *Zivil- und strafrechtliche Unternehmensverantwortung für Menschenrechtsverletzungen*, Springer: Berlin/Heidelberg, pp. 195-222.
- Wolfgang Wohlers* (2000) 'Hilfeleisten und erlaubtes Risiko – zur Einschränkung der Strafbarkeit gemäß § 27 StGB', 4 *Neue Zeitschrift für Strafrecht (NStZ)*, pp. 169-174.
- Anna Zabeck* (2019) '§ 406e StPO', in: Rolf Hannich (ed.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung mit GVG, EGGVG und EMRK*, C.H. Beck: Munich, 8th edn.
- Ingeborg Zerbes* (2015) 'Globales Wirtschaftshandeln als Gegenstand des Straf- und Strafverfahrensrechts: Eine Bestandsaufnahme', in: Florian Jeßberger / Wolfgang Kaleck / Tobias Singelstein (eds), *Wirtschaftsvölkerstrafrecht – Ursprünge, Begriff, Praxis, Perspektiven*, Nomos: Baden-Baden, pp. 205-240.
- Rüdiger Zuck* (2017) *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, C.H. Beck: Munich, 5th edn.

WTO-CONFORMITY OF THE PROPOSED EU CARBON BORDER ADJUSTMENT MECHANISM

CHRISTIAN DANIEL HEIN

First Supervisor: Prof. Dr. Christine Godt
Second Supervisor: PD Dr. Ulrich Meyerholt

ABSTRACT

European companies are faced with the regulatory and cost burden of the European Emissions Trading System. Not only does this lead to a cost disadvantage, it may also cause carbon leakage through relocation of production to countries with less harsh regulation. At the same time, the scientific evidence of climate change and its tremendous consequences for human life is tightening. Against this background, the EU proposes the adoption of the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM), a novel instrument to impose the costs of carbon emissions on products imported from third countries to level the playing field as well as extraterritorially enforce climate protection. Through this imposition, foreign producers should be incentivized to adopt less carbon intensive production methods and thereby foster the worldwide climate efforts. In adopting CBAM, EU legislators must not only adhere to national and EU law, but also respect international trade law and especially WTO law. In this work, after introductory remarks about the motive and functioning of CBAM, as well as a comparative view on the ways other countries tax carbon emissions, the conformity of CBAM with the GATT will be thoroughly examined. It is argued that it is well possible to design CBAM in a GATT compliant way. Several elements of CBAM will not even violate GATT, others can be justified in terms of Art. XX GATT.

ZUSAMMENFASSUNG

Europäische Unternehmen sind mit den Kosten und der Regulatorik des europäischen Emissionshandelssystems belastet. Dies führt nicht nur zu einem Kostennachteil, sondern kann auch zu einer Verlagerung der Produktion in Länder mit weniger strengen Vorschriften führen. Gleichzeitig verdichten sich die wissenschaftlichen Beweise für den Klimawandel und seine enormen Folgen für das menschliche Leben. Vor diesem Hintergrund schlägt die EU die Verabschiedung des Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) vor, ein neuartiges Instrument, mit dem aus Drittländern importierten Produkten die Kosten für Kohlenstoffemissionen auferlegt werden, um gleiche Wettbewerbsbedingungen zu schaffen und den Klimaschutz extraterritorial durchzusetzen. Dadurch sollen Anreize für ausländische Hersteller geschaffen werden, weniger kohlenstoffintensive Produktionsmethoden anzuwenden und so die weltweiten Klimabemühungen zu unterstützen. Bei der Verabschiedung von CBAM müssen sich die EU-Gesetzgeber nicht nur an nationales und EU-Recht halten, sondern auch das internationale Handelsrecht und insbesondere das WTO-Recht beachten. In dieser Arbeit wird nach einleitenden Bemerkungen über das Motiv und die Funktionsweise von CBAM sowie einem vergleichenden Blick auf die Art und

Weise, wie andere Länder Kohlenstoffemissionen besteuern, die Konformität von CBAM mit dem GATT eingehend untersucht. Es wird argumentiert, dass es durchaus möglich ist, CBAM in einer GATT-konformen Weise zu gestalten. Einige Elemente von CBAM werden nicht einmal gegen GATT verstoßen, andere können mithilfe von Art. XX GATT gerechtfertigt werden

Table of contents

A. Introduction: is CBAM WTO-conform?	179
B. Concept of a carbon border adjustment	180
I. The <i>status quo</i>	180
II. Motivation for the initiative	180
1. Lack of climate ambitions	180
2. The fear of carbon leakage and investment leakage	181
III. Functioning of a CBAM	182
1. Border tax adjustment	182
2. Carbon border adjustment	182
3. Environmental regulation within the EU	183
4. CBAM as a way to neutralize differences on the markets	184
IV. Comparative remarks: other ways to tax carbon emissions	184
1. South African carbon tax act	185
2. Chinese national ETS	186
3. California-Québec ETS and border adjustment	187
4. Comparative remarks and lessons learnt	189
C. Assessment of CBAM's WTO conformity	191
I. Preliminaries	191
II. Prohibited measure	191
1. Art. I GATT	191
2. Art. II GATT	200
3. Art. III GATT	205
4. Art. 11 GATT	205
5. Art. XVI GATT and ASCM	206
6. Art. XXIII GATTt	211
7. Conclusion: prohibited measure	212
III. Justification in terms of art. XX GATT	212
1. Preliminaries	212
2. Art. XX lit. B GATT	212
3. Art. XX lit. G GATT	217
4. Art. XX GATT chapeau	220
5. Conclusion: justification in terms of art. Xx gatt	225
D. Inclusion of environmental law into international trade law	226
I. WTO and environmental law	226
II. Does the GATT sufficiently cater for the environment?	227
E. Conclusion: CBAM can be WTO-conform!	229
Literature	231

A. INTRODUCTION: IS CBAM WTO-CONFORM?

Climate Change is becoming more and more omnipresent by every day. To renew their Kyoto pledge, in 2015 countries around the globe agreed within the Paris Agreement¹ to limit global warming to well below 2°C. Despite these promises, many feel that climate action across the globe is not fast paced enough. Against this background of demands for more intensive climate action, Ursula von der Leyen, as President of the European Commission, introduced her European Green Deal culminating in carbon neutrality by 2050. Also contained in this new package is the Carbon Border Adjustment Mechanism (CBAM) which will be adopted “should differences in levels of ambition worldwide persist”². Since then, the vague concept of CBAM has been more narrowly defined. By end of June 2021, a first proposal is expected.³ While following the Inception Impact Assessment several design options for CBAM are on the desk, it was hinted that the favoured design is the extension of the European Union Emissions Trading System (EU ETS).⁴ Accordingly, solely this design option will be taken a look at, to the exclusion of the other design options.

Regularly mentioned in the context of CBAM is that it will be designed in a manner conform with the World Trade Organization’s (WTO) rules. Little has been said on how this will be ensured. Conformity with WTO law is essential to ensure that CBAM is environmentally effective. If due to a violation of WTO law, countervailing duties are imposed against the EU, CBAM might not only be environmentally ineffective, but would also be related to a landmark ruling sweeping away the political support for future innovative legal mechanisms to ensure that climate action is taken worldwide. As the EU is the environmental avantgarde, it must take care that CBAM does not violate WTO law.

Thus, this bachelor thesis will concern itself with the WTO conformity of CBAM. The purpose is to assess whether CBAM is a violation of WTO law and whether such violation can be justified in terms thereof.

The thesis is divided into three parts. In the first part, the current state and the functioning of a carbon border adjustment will be portrayed. Moreover, a comparative look is taken on other carbon pricing initiatives around the world. The second part is the core of this thesis and deals with the WTO conformity by firstly assessing whether CBAM might contain measures which are prohibited in terms of the General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)⁵ and the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (ASCM)⁶ and thereafter examining whether any prohibited measure can be justified by Art. XX GATT. The third part will take a short look at the relationship between the WTO and

¹ Conference of the Parties, Adoption of the Paris Agreement, 12.12.2015, UN Doc. FCCCC/CP/2015/L.9/Rev/1.

² *European Commission*, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, 11.12.2019, p. 5.

³ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares (2020)1350037, 4.3.2020, p. 1.

⁴ *ERCST*, ‘The ERCST CBAM Proposal Launch’, 2021, 1:22:47 f. <<https://ercst.org/event/the-ercst-cbam-proposal-launch/>> last accessed 24.5.2021.

⁵ General Agreement on Trade and Tariffs, 15.4.1994, 1867 UNTS 187.

⁶ Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, 15.4.1994, 1869 UNTS 14.

environmental matters and will ask the question whether the WTO is equipped to properly cater for environmental matters or whether amendments are required.

B. CONCEPT OF A CARBON BORDER ADJUSTMENT

I. The *status quo*

The European Commission tabled in March 2020 its Inception Impact Assessment on CBAM. By nature, the Inception Impact Assessment is just a vague description of the initiative. Nevertheless, it is the first, and so far only, insight into the Commission's plan and hence worthwhile to take a look at.

The problem CBAM is supposed to address is the lack of enforcement of the Paris Agreement of the EU's trading partners and the resulting transfer of production facilities to countries with more relaxed environmental regulation.⁷ It may be based either on Art. 192 TFEU on environmental measures or on Art. 207 TFEU on common commercial policy measures.⁸ The Inception Impact Assessment proposes a non-exhaustive list of potential design options of CBAM consisting of a carbon tax on certain products, carbon customs duty, tax on importation and extending the scope of application of EU ETS to imports,⁹ with the latter option being preferred though.¹⁰ The measure should be equal to the EU's internal carbon pricing.¹¹ As with the EU ETS, the thought exists to limit the application of CBAM to certain emissions-intensive sectors.¹²

II. Motivation for the initiative

1. LACK OF CLIMATE AMBITIONS

The motivation behind CBAM is the current state of the world's climate and the demands for actions to be taken against climate change.

Climate Change is defined as change of climate which is attributed (in-)directly to human activity that alters the composition of the global atmosphere and which is in addition to natural climate variability observed over comparable time periods (Art. 1 no. 2 United Nations Framework Convention on Climate Change¹³).

In 2015, the international community concluded the Paris Agreement which states in Art. 2 para. 1 lit. a the commitment to reduce the increase of the global average temperature to well below 2°C above pre-industrial levels.

⁷ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, p. 1; *European Commission*, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, 11.12.2019, p. 5; see also *U. Meyerholt*, *Umweltrecht*, BIS-Verlag: Oldenburg, 4th edn, 2016, p. 221.

⁸ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, pp. 1 f.

⁹ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, p. 2.

¹⁰ *ERCST2021* (supra fn. 4) CBAM Proposal Launch, 1:22:47 f.

¹¹ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, p. 2.

¹² *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, p. 2.

¹³ United Nations Framework Convention on Climate Change, 9.5.1992, 1771 UNTS 107.

At the same time, the political environment and ambitions in the field of climate change appear contradictory in that lip services but, in view of the ever-depleting CO₂-budget, only insufficient actions are undertaken. The Mercator Research Institute on Global Commons and Climate Change estimates, based upon IPCC data, that to reach a 1.5°C scenario in 6,5 years or to reach a 2°C scenario in 24,5 years, no more CO₂ may be emitted.¹⁴ With this background, CBAM is specifically meant to raise the climate ambitions of all those trading with the EU via a market-based mechanism.¹⁵

2. THE FEAR OF CARBON LEAKAGE AND INVESTMENT LEAKAGE

Another purpose of CBAM is to prevent carbon leakage.¹⁶

Carbon leakage describes the phenomenon that low-emissions production will be replaced by emissions-intensive production. The term is mainly coined with two categories of carbon leakage: The one is that on a particular market imported emissions-intensive products replace low-emissions products, because the former are cheaper. The latter is that after the observation of the price difference between emissions-intensive products and low-emissions products and the economic success of these respectively, new production plants are built in countries with lax environmental regulations (investment leakage).¹⁷

Carbon leakage due to stricter environmental regulation counteracts the reasoning to adopt such stricter environmental regulation.¹⁸

¹⁴ *Mercator Research Institute on Global Commons and Climate Change*, 'Remaining carbon budget', 2021 <<https://www.mcc-berlin.net/en/research/co2-budget.html>> last accessed 24.5.2021.

¹⁵ *European Commission*, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, 11.12.2019, p. 5; *K. Holzer*, 'Proposals on Carbon-related Border Adjustments: Prospects for WTO Compliance', 4-1 CCLR 2010, p. 51 (55).

¹⁶ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, p. 1; *European Commission*, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, 11.12.2019, p. 5.

¹⁷ *European Commission*, EU ETS Handbook, 2015, p. 60 <https://ec.europa.eu/clima/sites/default/files/docs/ets_handbook_en.pdf> last accessed 24.5.2021;

Europe Jacques Delors, 'Greening EU trade 3 – A European Border Carbon Adjustment proposal' Policy Paper 2020, p. 3 <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/06/PP_200603_Greeningtrade3_Lamy-Pons-Leturcq_EN.pdf> last accessed 24.5.2021; *A. Krenek / M. Sommer / M. Schratzenstaller*, 'A WTO-compatible Border Tax Adjustment for the ETS to Finance the EU Budget', 596 WIFO Working Paper, 2020, p. 1; *D. Ruddigkeit*, 'Border Tax Adjustment and der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels', in: C. Tietje / G. Kraft (eds), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, Institut für Wirtschaftsrecht Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg: Halle, 2009, p. 6; *WTO / UNEP*, Trade and Climate Change – A report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization, WTO Publications: Geneva, 2009, pp. 51, 99 f.; *G. Zachmann / B. McWilliams*, 'A European carbon border tax: much pain, little gain', 5 Bruegel Policy Contribution, 2020, pp. 1 (2 f.)

¹⁸ *ERCST*, 'CBAM for the EU: A Policy Proposal', 2021, p. 10 <<https://secureservercdn.net/160.153.137.163/z7r.689.myftpupload.com/wp-content/uploads/2021/03/20210421-Complete-v6-Final.pdf>> last accessed 24.5.2021; *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p. 3.

III. Functioning of a CBAM

1. BORDER TAX ADJUSTMENT

Superficially speaking, CBAM is a border tax adjustment. These may be defined as any fiscal measures applying the destination principle which demands taxation at the place of consumption.¹⁹ Therefore, border tax adjustments concern the equalization of the tax burden on a product in that exported products are relieved of taxes charged on similar domestic products in the exporting country and imported products are charged with taxes charged on similar domestic products in the importing country.²⁰ The purpose behind a border tax adjustment is to promote the competitiveness of national industry in order to equalize the tax burden on domestic and foreign products.²¹ Border adjustments which are non-fiscal in nature include standards and import requirements²²

2. CARBON BORDER ADJUSTMENT

While a border tax adjustment focusses on the equalization of taxes or other fiscal duties on products, CBAM focusses on the emissions intensity. National law through its prohibitions, product or process requirements can have a decisive influence on the emissions intensity of a product. The compliance with those regulations has a bearing on the respective price of the product. Insofar all products originating from legal systems which have a plethora of environmental regulation in place share a competitive disadvantage in contrast to products from legal systems with laxer environmental regulations. As the consumer generally tends not to the ecological best, but to the cheapest products, products from stricter legal systems face sale difficulties. A carbon border adjustment tries to adjust for these differences in national environmental regulation at the border by imposing that monetary amount which is required for compliance with the stricter environmental regulation on any product originating from countries with laxer regulation, which is supposed to neutralize the importers' advantages.²³ To understand CBAM, it must be seen in the light of its national and European regulatory environment.

¹⁹ *H. Hestermeyer*, 'Art. III GATT', in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para. 45; *Holzer* 2010 (supra fn. 15), p. 52; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 5.

²⁰ *European Economic and Social Committee*, The sectoral industrial perspective on reconciling climate and energy policies, CCMI /167, 17.7.2019, p. 6; *Working Party on Border Tax Adjustments*, Report of 20 November 1970, L/3464, para. 4; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 6; *Umweltbundesamt*, 'Grenzsteuerausgleich für Mehrkosten infolge nationaler/europäischer Umweltschutzinstrumente – Gestaltungsmöglichkeiten und WTO-rechtliche Zulässigkeit', Climate Change 05/08, Umweltbundesamt: Dessau-Roßlau, 2008, p. 3; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 100.

²¹ *European Economic and Social Committee* 2019 (supra fn. 20), p. 6; *Holzer* 2010 (supra fn. 15), p. 54; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 6; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 100.

²² *Holzer* 2010 (supra fn. 15), p. 52.

²³ *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 3.

3. ENVIRONMENTAL REGULATION WITHIN THE EU

A) EU EMISSIONS TRADING SCHEME

Essential hereof is the Emissions Trading System which is based upon Directive 2003/87²⁴. The EU ETS is the European response to the commitments undertaken within the Kyoto Protocol^{25, 26}. Its central element is a market-based mechanism in terms of which the right to pollute will only be acquired if certain certificates (EU Allowances - EUA) are purchased.²⁷ These EUA can be freely traded between emitters (trade element). The amount of these EUA will be reduced regularly (cap element).²⁸ This mechanism is market-based in that producers will have to decide whether to buy EUA to cover their emissions output or whether to invest in new technologies to avoid emissions output.²⁹ As time progresses, due to the decreasing amounts of EUA, the price per EUA will increase, and thereby will act as an incentive to rather invest in new technologies.³⁰ The novelty about the EU ETS is that through the allowance system there will be an ever-increasing price on air pollution, which was up until then free. The EU ETS can be envisioned as an embodiment of the polluter pays principle (Art. 191 para. 2 TFEU *inter alia*), as external costs of environmental damage are – via the EUA – transferred onto the initial polluter and internalized.³¹ Due to the administrative efforts, the scope of EU ETS is limited to certain energy-intensive and emissions-intensive industries, which, however, are responsible for the lion share of EU's emissions (around 45–55% of total EU Emissions),³² with the exclusion of emitters of less than 25,000 tCO₂e (tonnes of CO₂ equivalent).³³ To enable the industry to align with the EU ETS, free EUA

²⁴ Directive 2003/87/EC of the European Parliament and of the Council of 13 October 2003 establishing a scheme for greenhouse gas emission allowance trading within the Community and amending Council Directive 96/61/EC, OJ L 275, 25 October 2003, pp. 23–46, as amended (hereinafter: EU ETS-Directive).

²⁵ Kyoto Protocol to the United Nations Framework Convention on Climate Change, 10 December 1997, 2303 UNTS 148.

²⁶ *European Commission* 2015 (supra fn. 17), p. 7; *Meyerholt* 2016 (supra fn. 7), p. 202; *L. Michaelis / C. Holtwisch*, 'Das europäische Emissionshandelssystem', 1 JA 2005, p. 71; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), pp. 17 f.

²⁷ *Meyerholt* 2016 (supra fn. 7), p. 202.

²⁸ *European Commission* 2015 (supra fn. 17), p. 16; *Centre for International Governance Innovation*, 'A Guide to Emissions Trading under the Western Climate Initiative', 2019, p. 9 <https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Guide%20to%20Emissions_Carmony_Special%20Report_lowres_0.pdf> last accessed 24.5.2021.

²⁹ *Meyerholt* 2016 (supra fn. 7), p. 202; *Liu et al* found a positive correlation between the introduction of the Chinese provincial ETS and the R&D quota of covered companies in contrast to non-covered companies, see *W. Liu / C. Yu / S. Cheng / J. Xu / Y. Wu*, 'China's Carbon Emissions and Trading Pilot, Political Connection, and Innovation Input of Publicly Listed Private Firms', 17 IJERPH 2020, pp. 1 (8 f).

³⁰ *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 9; *Michaelis / Holtwisch* 2005 (supra fn. 26), p. 72.

³¹ *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 10; *Michaelis / Holtwisch* 2005 (supra fn. 26), p. 72.

³² *European Commission* 2015 (supra fn. 17), p. 4; *C. Kreuter-Kirchhof*, 'Klimaschutz durch Emissionshandel? Die jüngste Reform des europäischen Emissionshandelssystems', 28–11 EuZW 2017, p. 412 (413); *Zachmann / McWilliams* 2020 (supra fn. 17), p. 9.

³³ *European Commission* 2015 (supra fn. 17), p. 21.

were assigned in the first trading period.³⁴ Over time, the amount of free EUA is to be gradually reduced by 2.2% (Art. 9 EU ETS-Directive), nevertheless, especially the energy-intensive industry still enjoys the receipt of free EUA due to the fear of carbon leakage.³⁵

B) OTHER ENVIRONMENTAL REGULATION

Companies producing in the EU³⁶ have to comply with a variety of requirements set to promote and protect the environment. While product-related requirements extend to importers as well (and thus may be classified as non-fiscal border adjustments), process- or infrastructure-related requirements are mostly only a burden on EU companies. In addition to requirements, there are also fiscal measures such as the Energy Taxation Directive³⁷ in place. Further, not only have companies to comply with the respective EU law but also with the national law in the respective MS, such as the German Renewable Energy Act (EEG) levy on electricity consumed.

As compliance with these regulations is costly, EU companies are put at a competitive disadvantage on the European as well as on third country markets.

4. CBAM AS A WAY TO NEUTRALIZE DIFFERENCES ON THE MARKETS

As apparent from above, EU companies have to meet the requirements of national and EU environmental regulation leading to higher costs and thereby incur competitive disadvantages. Through CBAM the prices for third country products will increase and EU products will be more competitive. And this not only in respect to the EU internal market. Through the equalization of compliance costs, EU companies might receive more sales income on the internal market and might therefore be able to also enlarge their position on third country markets.

To conclude, a border charge with the value of the compliance costs for production in the EU on imports will neutralize the competitive disadvantages these companies currently face. Nevertheless, to account for all compliance costs faced by EU companies would be administrative burdensome. Furthermore, national regulation differs between the MS. Accordingly, the ambit of CBAM will be limited to the adjustment to EU ETS.

IV. Comparative remarks: other ways to tax carbon emissions

By now, the EU is not the only one having in place some kind of carbon pricing. Amongst others, South Africa has recently introduced a Carbon Tax, China has very recently initiated a national Carbon Market and the federal states California (United States) and Québec (Canada) have implemented a shared ETS with a border adjustment. In order to gain valuable insights for CBAM, these three initiatives will be in the following illuminated.

³⁴ *Kreuter-Kirchhof* 2017 (supra fn. 32), p. 413; *Michaelis / Holwisch* 2005 (supra fn. 26), p. 73.

³⁵ *European Commission* 2015 (supra fn. 17), p. 24; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 13; *Kreuter-Kirchhof* 2017 (supra fn. 32), p. 416.

³⁶ Hereinafter: EU companies.

³⁷ Council Directive 2003/96/EC of 27 October restructuring the Community framework for the taxation of energy products and electricity, OJ L 283, 31 October 2003, pp. 51-70.

1. SOUTH AFRICAN CARBON TAX ACT

South Africa has introduced mid 2019 its Carbon Tax Act (CTA)³⁸. As apparent from its preamble, the CTA is supposed to implement the polluter pays principle by internalizing carbon costs and to build up South Africa's social, economic and environmental resilience.³⁹ To not harm South Africa's developing economy, the CTA is only gradually phased-in along with tax-free allowances.⁴⁰ As South Africa's markets are, due to former state-owned enterprises, oligopolistic, it was opted against an ETS. Because of the few market participants, supply and demand would not function efficiently. Hence, the prices would be too volatile and unresistant to undue influence. Moreover, South Africa lacks the institutional capacities for such an endeavour.⁴¹

Liable to pay Carbon Tax are in terms of s3 CTA all entities that conduct activities in South Africa and thereby emit scope 1 GHG emissions in excess of the threshold provided for such activity in Schedule 2 of the CTA, which adopts the methodology of the 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories.⁴² The tax base in terms of s4 CTA is the sum of the CO₂e of emissions from fuel combustion, industrial processes and fugitive emissions.⁴³ The notion of CO₂e incorporates the concept that the Carbon Tax Act does not only cover CO₂, but also all other GHG listed in Annex A to the Kyoto Protocol. To determine a single tax base, the other GHG will be multiplied by their capability to absorb sunlight and radiate such back to space (global warming potential – GWP)⁴⁴, with reference to the Third Assessment Report by the IPCC.⁴⁵ Upon the CO₂e emitted a tax rate of R102/tCO₂e (around 6 euros) will be imposed

³⁸ Carbon Tax Act No. 15 of 2019, Government Gazette Vol. 647 No. 42483, 23 May 2019, pp. 1-65 (hereinafter: CTA).

³⁹ *Republic of South Africa*, 'Explanatory Memorandum on the Carbon Tax Bill', B 46-2018, 2018, p. 3

<<http://www.treasury.gov.za/public%20comments/CarbonTaxBill2019/Explanatory%20Memorandum%20to%20the%202018%20Carbon%20Tax%20Bill%20-%2020%20Nov%202018.pdf>> last accessed 24.5.2021; *South African Revenue Service*, 'Carbon tax implementation in South Africa', 2020, p. 8 <<https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Docs/CarbonTax/Carbon-Tax-Roadshow-August-2020.pdf>> last accessed 24.5.2021.

⁴⁰ *Republic of South Africa* 2018 (supra fn. 39), pp. 3 f.

⁴¹ *Republic of South Africa* 2018 (supra fn. 39), p. 4.

⁴² *Republic of South Africa* 2018 (supra fn. 39), p. 8; *South African Revenue Service*, 'Carbon Tax – External Policy', SE-CBT-02, 2020, p. 4 <<https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Ops/Policies/SE-CBT-02-Carbon-Tax-External-Policy.pdf>> last accessed 24.5.2021; *South African Revenue Service* 2020 (supra fn. 39), Carbon Tax Implementation, p. 17; *PricewaterhouseCoopers Inc*, 'Get Ready for Carbon Tax, PwC South Africa Indirect Tax Alert', *PwC*, 2019, pp. 1 f. <<https://www.pwc.co.za/en/assets/pdf/taxalert/tax-alert-get-ready-for-carbon-tax.pdf>> last accessed 24.5.2021.

⁴³ *South African Revenue Service* 2020 (supra fn. 42), External Policy, p. 3; *PricewaterhouseCoopers* 2019 (supra fn. 42), pp. 1 f.

⁴⁴ An example for this is s4 para. 2 lit. c subpara. (iii) CTA which states that for example the amount of methane must be multiplied by 23, of nitrous oxide by 296 in order to reach the CO₂e.

⁴⁵ *Republic of South Africa* 2018 (supra fn. 39), p. 11; *D. Ehhalt / M. Prather*, 'Atmospheric Chemistry and Greenhouse Gases', in: IPCC, IPCC Third Assessment Report Climate Change 2001: The Scientific Basis, IPCC: Geneva, 2001, p. 241 (244).

(s5 CTA). The final amount of Carbon Tax is, however, greatly reduced by the plenty amount of tax-free allowances in terms of which a deduction of up to 95% of total GHG emissions is possible (see Schedule 2).⁴⁶

To report emissions, the taxpayer is supposed to use statistical data on the emissions intensity of the processes as so specified in the 2006 IPCC Guidelines for National Greenhouse Gas Inventories or must submit an own assessment. Thereby, benchmarks are used as default position for the tax assessment.⁴⁷

2. CHINESE NATIONAL ETS

Before 2021, China's carbon market was coined by eight provincial ETS which co-existed and served as a pilot phase for a nation-wide ETS.⁴⁸ The reasoning behind this eight-tracks approach might be the significant economic differences in the various Chinese provinces. From 1 February 2021 onwards, a national ETS is established.⁴⁹ The objective behind the initiative is the reduction of GHG and the promotion of green and low-carbon development (Art. 1 Measures for the Administration of Carbon Emissions Trading⁵⁰).

To be subject to the ETS, entities must belong to a sector covered and have an annual output of 26.000 tCO₂e, Art. 8 MACET. It appears as if China opted to cover predominantly Annex A to Kyoto Protocol GHG from the beginning on (see Art. 42 MACET). The ETS is supposed to cover scope 1 and scope 2 emissions.⁵¹ As only guidelines for power generation facilities were published, it appears as if the scope in the initial phase is limited to these.⁵² Nevertheless, these

⁴⁶ *Republic of South Africa* 2018 (supra fn. 39), p. 5; *South African Revenue Service* 2020 (supra fn. 39), Carbon Tax Implementation, p. 9; *PricewaterhouseCoopers* 2019 (supra fn. 42), p. 2.

⁴⁷ *Republic of South Africa* 2018 (supra fn. 39), p. 10; *South African Revenue Service* 2020 (supra fn. 42), External Policy, p. 8; *South African Revenue Service* 2020 (supra fn. 39), Carbon Tax Implementation, p. 29.

⁴⁸ *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), pp. 13 f.; *Liu / Yu / Cheng / Xu / Wu* 2020 (supra fn. 29), pp. 2 f.; *MayerBrown*, 'Implementation of China's National Emissions Trading Scheme – A Forward Look', *MayerBrown*, 22.1.2021, p. 2 <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2021/01/implementation-of-chinas-national-emissions-trading-scheme_a-forward-look_jan21.pdf> last accessed 24.5.2021; *Y. Zeng / S. Weishaar / H. Vedder*, 'Electricity regulation in the Chinese national emissions trading scheme (ETS): lessons for carbon leakage and linkage with the EU ETS', 18-10 Climate Policy 2018, pp. 1246 (1246 f.).

⁴⁹ *MayerBrown* 2021 (supra fn. 48), p. 1.

⁵⁰ Carbon Emissions Trading Management Measures (Trial), Ministerial Decree No. 19 of 5 January 2021, Ministry of Ecology and Environment, 000014672/2021-00004 (hereinafter: MACET).

⁵¹ *Ministry for Ecology and Environment*, Implementation Plan for Setting and Allocating the Total Amount of Carbon Emissions Trading Allowances in 2019-2020 (Power Generation Sector), 000014672/2020-01881, 30.12.2020, pp. 1 f. – due to translation, the page references may not be accurate; *Zeng / Weishaar / Vedder* 2018 (supra fn. 48), p. 1249.

⁵² *Ministry for Ecology and Environment*, List of key emission units to be included in the management of national carbon emission trading allowances in 2019-2020, 000014672/2020-01881, 30.12.2020, p. 1 – due to translation, the page references may not be accurate; *Ministry for Ecology and Environment* 2020 (supra fn. 51), Implementation Plan, p. 30; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 14; *Holman Fenwick Willan*, 'China's National

power generation facilities are on their own already responsible for 1/5 of CO₂ output.⁵³ At a later stage other emissions-intensive sectors such as steel and aviation will be covered as well.⁵⁴ In the initial stage, the allowances shall be given out for free in order to set up the infrastructure, at a later stage paid allocation will be introduced (Art. 15 MACET).⁵⁵ The allowance allocation will depend on historical data in that the emitters need to prove their emissions in the preceding year and will receive allocation based upon that. Taken together all allocated allowances in a province will make up the total allowance quota for such province.⁵⁶ After such initial data collection, it is assumed that a cap will be introduced.⁵⁷ Also stipulated in Art. 29 MACET is that 5% of the emissions may be offset through Chinese Certified Emissions Reductions, which are emissions reductions projects such as methane recovery and forest carbon sequestration.⁵⁸

3. CALIFORNIA–QUÉBEC ETS AND BORDER ADJUSTMENT

California and Québec adopted each an ETS in 2006 and 2013 respectively. Their regional ETS were linked in 2014.⁵⁹ One of the reasons raised for this linkage is that Québec was aware that its carbon market was too small to work smoothly.⁶⁰ Herefore, California and Québec harmonized their ETS, nevertheless, some differences still exist, as for example Québec does not employ free allocation for any covered entities and the sectoral scope varies slightly.⁶¹ Both ETS require persons emitting more than 25,000 tCO₂e, including electricity generators and natural gas facilities, to submit carbon allowances (§2 Regulation respecting a cap-and-trade system for GHG emission allowances⁶²; 17 CCR § 95812⁶³)⁶⁴, which may be purchased either from California's or Québec's auctions or from a secondary market from another company.⁶⁵ In terms

Emissions Trading Scheme', March 2021, p. 3 <<https://www.hfw.com/downloads/002923-HFW-Chinas-National-Emissions-Trading-Scheme.pdf>> last accessed 24.5.2021.

⁵³ *Holman Fenwick Willan* 2021 (supra fn. 52), p. 2.

⁵⁴ *MayerBrown* 2021 (supra fn. 48), p. 2.

⁵⁵ *MayerBrown* 2021 (supra fn. 48), p. 3.

⁵⁶ *Ministry for Ecology and Environment* 2020 (supra fn. 51), Implementation Plan, pp. 3 f.; *Liu / Yu / Cheng / Xu / Wu* 2020 (supra fn. 29), p. 3.

⁵⁷ *Holman Fenwick Willan* 2021 (supra fn. 52), p. 2; *MayerBrown* 2021 (supra fn. 48), p. 3.

⁵⁸ *Holman Fenwick Willan* 2021 (supra fn. 52), p. 3.

⁵⁹ *J.-Y. Benoit / C. Côté*, 'Essay by The Québec Government on Its Cap-and-Trade System and the Western Climate Initiative Regional Carbon Market: Origins, Strengths and Advantages', 33 *Journal of Environmental Law* 2015, p. 42 (54); *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 25; *Umweltbundesamt*, 'The Californian Emissions Trading System and Electricity Market', *Climate Change* 49/2020, *Umweltbundesamt: Dessau-Roßlau*, 2020, p. 18.

⁶⁰ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 52 f.

⁶¹ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 53; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 38; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 22.

⁶² Regulation respecting a cap-and-trade system for greenhouse gas emission allowances, CQLR c Q-2, r 46.1, O.C. 1297-2011.

⁶³ California Cap on Greenhouse Gas Emissions and Market-Based Compliance Mechanisms, 1 January 2012 pursuant to Government Code section 11343.4 (Register 2011, No. 50).

⁶⁴ As the respective regulations are nowadays harmonized, only the Californian regulation will be referred to.

⁶⁵ *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), pp. 41, 81.

of 17 CCR § 95810 covered GHG are predominantly Annex A to Kyoto Protocol GHG.⁶⁶ Emissions reports must receive verification from a by the California Air Resources Board accredited third party.⁶⁷ In California as well as in Québec large portions of industry, including transport, are covered with the result that around 80% of GHG emissions are accounted for.⁶⁸

The ETS is equipped with an offset mechanism in terms of which projects in certain by protocols specified areas can lead to an emissions reduction. However, only 4% of total emissions may be offset.⁶⁹

As is the case in EU ETS, companies prone to carbon leakage are excluded from the mechanism and receive the majority of their allowances for free. The amount of free allowances depends on the GHG emissions as well as production levels in order to not hinder expansion of productions by insufficient allocation.⁷⁰ In order to still force these companies to investments, the amount of free allowances is annually decreased by 1–2%.⁷¹ Furthermore, electricity entities must sell off a part of their allowances regularly. With the proceeds, projects for the consumers' benefit or environmental conservation must be financed.⁷²

Especially notable about this ETS are the floor and ceiling prices employed. In order to ensure that carbon allowance price volatility may not hinder the environmental objective, a floor price was introduced at around 10\$ which annually increases by 5% plus inflation.⁷³ Even without a cap element, the floor price already forces companies to actively decide between investing or purchasing allowances. In case the demand for allowances surpasses the available supply at the auction, further allowances may be allocated from a reserve into which all unsold allowances are regularly allocated. On these allowances from the reserve, a fixed ceiling price is attached which also increases annually by 5% plus inflation. As a result, a shortage of supply will not lead to a situation in which wealthier companies can buy up allowances and thereby squeeze out competitors.⁷⁴ From

⁶⁶ *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association*, 'California: An Emissions Trading Case Study', 2018, p. 3
<https://www.iet.org/resources/Resources/Case_Studies_Worlds_Carbon_Markets/2018/California-Case-Study-Jan2018.pdf> last accessed 24.5.2021; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 24.

⁶⁷ *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), p. 3.

⁶⁸ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 55; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), pp. 49 f.; *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), pp. 2, 6; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 18.

⁶⁹ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 58; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 25; *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), p. 2; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 22.

⁷⁰ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 59; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 57; *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), p. 3; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 20.

⁷¹ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 57.

⁷² *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), p. 5; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 20.

⁷³ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), p. 56; *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), p. 62; *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), p. 3.

⁷⁴ *Benoit / Côté* 2015 (supra fn. 59), pp. 56 f.

the historic data, it can be evidenced that changes in the prices of carbon allowances were mainly determined by the annually increasing floor price.⁷⁵

Another particularity is that in order to avoid legal disputes the legal nature of an allowance was expressly regulated in 17 CCR § 95802 lit. a as a limited tradable authorization to emit GHG. Further it is set forth that the allowance does not constitute a property right (against the state)⁷⁶ and that the regulator shall be free to terminate such allowance (17 CCR § 95820 lit. c). Hereby, the legislator prevented claims due to expropriation and concerning whether the necessary procedure for adoption of a tax was adhered to.⁷⁷

As expressed in 17 CCR § 95812 lit. c para. 2 sublit. b, the ETS also applies to electricity importers which denotes the border adjustment element. If the exact source of electricity cannot be established, and therefore, no emissions data are readily available, the import is deemed to be covered (17 CCR § 95812 lit. d para. 2). As California is part of a physically interconnected electricity system with other federal states, the border adjustment is regularly upon the basis of lack of emissions data levied.⁷⁸ After introduction of the border adjustment, imports of coal-generated electricity decreased by 55%.⁷⁹ Whether this was effected by actual investments or by resource shuffling in that all green energy was transferred to California while the brown energy was used for other purposes without any change to the production facilities cannot be determined. Nevertheless, such resource shuffling is expressly prohibited in terms of 17 CCR § 95852 lit. b para. 2.⁸⁰

4. COMPARATIVE REMARKS AND LESSONS LEARNT

The beforementioned initiatives differ from CBAM, nevertheless, as all initiatives tackle the issue of carbon pricing, some lessons may be learnt.

A) LESSONS LEARNT FOR AN INTERNATIONALISATION OF CBAM

It might be advisable to design CBAM as an international mechanism so that other countries can on the basis of CBAM data set up their own ETS and carbon border adjustment or even accede to the EU ETS/CBAM.⁸¹

The South African CTA is coined by references to IPCC documents, such as the GWP of the GHG. As the IPCC serves as a neutral help desk for information on climate change, it might be advisable to orientate procedures towards IPCC guidelines and benchmarks. To employ international data and standards eases the burden on companies reporting emissions data to several Members as well as helps Members to accede to EU ETS/CBAM.

⁷⁵ *Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association* 2018 (supra fn. 66), p. 4; *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 30.

⁷⁶ Court of Appeal California, Judgement of 7.7.2017, C075930, California Chamber of Commerce et al. v State Air Resources Board et al., 10 Cal.App.5th 604, pp. 44 f.

⁷⁷ *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 26.

⁷⁸ *M. Mehling / H. van Asselt / K. Das / S. Droege / C. Verkuil*, 'Designing Border Carbon Adjustments for enhanced climate action', 113:3 AJIL 2019, pp. 433 (455 f.); *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 25.

⁷⁹ *Umweltbundesamt* 2020 (supra fn. 59), p. 39.

⁸⁰ *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuil* 2019 (supra fn. 78), p. 456.

⁸¹ In regard to the notion of an internationalisation of CBAM see C.III.4.d).

As apparent from South Africa's and Quebec's restraints to introduce an ETS, it might be necessary for the EU to actively assist with the necessary institutional capacities to set up local ETS as well as to provide the necessary market size for an ETS to properly function by cooperation from early on.

Furthermore, already while drafting CBAM, observance must be taken that accession to CBAM is enabled also for countries which do not share the continental civil law tradition. As renewed negotiations with each accession may frustrate the purposes of an international GHG market, in negotiations it must be ensured that no major amendments will be made to the existing structure to allow for the inclusion of the accessor.⁸²

Interesting, yet undetermined, lessons may be gained from the way China developed its ETS in that China first relied on provincial pilot ETS and then unified it to a national ETS. If this approach proves in the long run fruitful, this unification may serve as role model for accession of other ETS to the EU ETS/CBAM.

B) OTHER LESSONS LEARNT

All three initiatives incorporate all GHG, whereby other GHG than CO₂ are included as CO₂e based upon their GWP.⁸³ This might be advisable in order to reflect also other GHG while also being administratively feasible.

As seen in the case of the California-Québec ETS, the introduction of a floor price significantly contributed to an ever-increasing allowance price while the allowance price in the EU ETS is volatile. If such a floor price would have been introduced, the allowance prices would have increased from 14,30€ at least to 36,32€ in the years since operation of EU ETS, independent of market effects.⁸⁴ Although the current EU ETS allowance prices is located on an all-time-high of around 51€⁸⁵, a different revenue stream would have been collected and different incentives to invest would have been elicited between May 2011 (16,35€ vs 20,28€), April 2013 (3,08€ vs 22,79€) and July 2018 (17,34€ vs 30,50€) as these times period were dominated by low allowance prices. To determine such floor price in terms of the EU's climate reduction goals might help to ensure that those goals are actually reached. At the same time, a mechanism should be implemented which allows for progressive adjustment of the floor price if for a longer time the EUA price is significantly above the floor price. Moreover, such floor price might serve as a basis for a predictable tax or import tariff in CBAM.⁸⁶ Another interesting point about the California-Québec ETS is the legal definition of allowance. European legislators could implement a legal definition of allowance to fundament the assessment that it is not a tax or to deem it to be a

⁸² See the drawbacks from the trilateralization of the California-Québec-Ontario Linkage in *Centre for International Governance Innovation* 2019 (supra fn. 28), pp. 43 f.

⁸³ See 17 CCR § 95802 lit. a "Carbon Dioxide Equivalent", Art. 8 MACET, Section 1 "carbon dioxide (CO₂) equivalent" CTA.

⁸⁴ Calculation: Starting price of 14,30€ multiplied by (5% + inflation of roughly 1%) to the power of duration of EU ETS being 16 years.

⁸⁵ As of 24 May 2021. Daily EU ETS carbon market prices are published *inter alia* on: <<https://ember-climate.org/data/carbon-price-viewer/>>, last accessed 24.5.2021.

⁸⁶ See also *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), pp. 3, 8.

tax, dependent on what the European legislators wish to gain or enhance the definition of allowance currently in Art. 3 EU ETS-Directive accordingly. Both the Chinese national ETS as well as the California-Québec ETC allow for an offset mechanism in terms of which fewer allowances must be purchased if specified environmental projects are undertaken or such projects are financed. While such offset mechanism does not result in emissions reductions, it may foster other essential environmental or scientific needs and therefore may be to a certain extent appreciable. Also, it would give some leeway to companies to decide on what to spend on their resources.

C. ASSESSMENT OF CBAM'S WTO CONFORMITY

I. Preliminaries

In the following, the conformity of CBAM to WTO law will be examined. CBAM is, as a mirror to EU ETS, a second pool of allowances from which importers must buy emissions allowances in regard to the emissions intensity of imported products. Hereafter only certain elements of CBAM will be assessed: these are differentiation based on emissions; exemption for certain countries based either on low development or climate ambitions; employment of benchmarks; crediting of domestic environmental policies; cap element; export rebate and distribution of revenue.

II. Prohibited measure

1. ART. I GATT

A) PRELIMINARIES

Art. I GATT depicts one of the core principles of GATT, the most-favoured-nation treatment.⁸⁷ In order to reach a consistent global level of free trade, any favour granted by any Member to any product originating in any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in the territories of all other Members.⁸⁸

B) SCOPE OF ART. I:1 GATT

CBAM must be covered by the scope of Art. I:1 GATT which refers to customs duties and charges of any kind imposed on or in connection with importation of

⁸⁷ J. Bäuml, '131a. WTO', in: H. Krenzler / C. Herrmann / M. Niestedt (eds), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, C.H. Beck: Munich, 16th edn, 2020, para. 57; G. Sacerdoti / E. Castren, 'Art. I GATT', in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, paras 4, 23; K. A. Elliott, 'The WTO and Regional/Bilateral Trade Agreements', in: R. Looney (ed.), Handbook of International Trade Agreements, Country, regional and global approaches, Routledge: London/New York, 2019, p. 17.

⁸⁸ Sacerdoti / Castren 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, paras 4, 52; P.-T. Stoll / F. Schorkopf, WTO – World Economic Order, World Trade Law, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 1, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2006, para. 119; Krennek / Sommer / Schratzensteller 2020 (supra fn. 1717), p. 10; T. Merkel, 'Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax – Überlegungen zur Umsetzbarkeit im Lichte des Welthandelsrechts', 12 ZUR 2020, p. 658 (664); WTO/UNEP 2009 (supra fn. 17), p. 106.

products.⁸⁹ The scope is wide to enable the most-favoured-nation principle to take effect.⁹⁰ Customs are defined as a charge on or in connection with importation of a product.⁹¹ Upon importation, the importer is required to provide allowances covering the GHG emissions of the product. As the allowance only needs to be purchased to import, this qualifies as a custom. For this reason, CBAM falls within the scope of Art. I:1 GATT.

C) FAVOUR GRANTED ONLY TO CERTAIN MEMBERS

Any kind of favour may not be granted exclusively to certain Members. As is apparent from the enumeration as well as the teleological reasoning behind Art. I GATT to be comprehensive, favour must be given a broad ambit to ensure that any benefit occurring is covered. Several potentials favours may occur:

CBAM differentiates between products on the basis of their emissions intensity by requiring more or less allowances regardless of the origin. It was held that WTO jurisprudence align with the wording of Art. I GATT referring to “unconditionally” requires that any favour must be conditional on a criterion of the product imported itself.⁹² This was disputed later by the Panel in *Canada-Autos* in that a violation depends solely on whether the condition is discriminatory to Members.⁹³ Thus, the attachment of neutral conditions, such as environmental criteria is not prohibited by Art. I GATT.⁹⁴ The treatment does not differ based on origin, but solely based on emissions intensity. Companies from all Members can theoretically produce with low emissions. Therefore, the differentiation based on emissions intensity does not grant a favour only to certain Members.

Secondly, CBAM may opt to exempt products from Least Developed Countries (LDC) and Small Island Developing States (SIDS)⁹⁵. The reasoning is two-fold.

⁸⁹ *Sacerdoti / Castren* 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, para. 8.

⁹⁰ *Sacerdoti / Castren* 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, para. 9.

⁹¹ Similar CJEU of 2.4.1998, *Outokompu Oy*, C-213/96, ECLI:EU:C:1998:155, para. 20; *M. Hahn* (2011) ‘Art. II GATT’, in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para 17.

⁹² Panel, Report of 2 July 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, p. 356, para. 14.143; *Sacerdoti / Castren* 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, para. 21.

⁹³ Panel, Report of 11 February 2000, WT/DS139/R WT/DS142/R, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, p. 360, para. 10.29; this was also not appealed to the Appellate Body, see Appellate Body, Report of 31 May 2000, WT/DS139/AB/R WT/DS142/AB/R, *Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry*, p. 25, para. 76; *International Food & Agricultural Trade Policy Council*, *WTO Disciplines and Biofuels: Opportunities and Constraints in the Creation of a Global Marketplace*, IPC Discussion Paper 2006, p. 1 (14); *World Trade Organization*, ‘WTO Analytical Index’, 2021, Art. I GATT (Jurisprudence), para. 43
<https://www.wto.org/english/res_e/publications_e/ai17_e/ai17_e.htm> last accessed 24.5.2021.

⁹⁴ See also *M. A. Calle Saldarriaga*, ‘Sustainable Production and Trade Discrimination: An Analysis of WTO Jurisprudence’, 11 *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* 2018, pp. 1 (8 f.).

⁹⁵ As defined by *United Nations*, ‘World Economic Situation and Prospects’, 2020, pp. 169 f.
<https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020_Annex.pdf> last accessed 24.5.2021.

Firstly, developing countries have started late into the industrialized age and thus have emitted less GHG than developed countries.⁹⁶ Secondly, due to their geographic location mostly in the Southern hemisphere developing countries are affected the most by the consequences of climate change,⁹⁷ while lacking financial resources to establish climate resilience. Regarding an exemption from a measure normally applicable to all other Members, jurisprudence regularly finds a favour to be present,⁹⁸ as thereby a favour is granted only to those Members who are exempted, as is the case is here.

CBAM may also opt to exempt products from Members which have agreed to reduce their emissions above the rate set forth in the Paris Agreement. If such exemption does not provide for sanctions in case of a breach, this would invite the EU's larger trading partners to engage in political horse-trading in terms of which the EU would receive political favours in return for exemption from CBAM and thereby undermine the environmental effectiveness. It discriminates against different Members because of their national commitments and therefore, on the basis of origin. As held above, exemptions of certain Members qualify as favour. Accordingly, it is a favour granted only to certain Members.

Further, CBAM may employ benchmarks as a fall-back option for companies not capable to provide actual emissions data.⁹⁹ A country-specific energy mix benchmark could be provided for all importers from that Member. Due to differences in the respective industries, industry specific benchmarks could be employed. These benchmarks should represent a lower average to effectively lower the administrative burden on the EU administration as well as on importers while not harming the environmental objective by providing overly optimistic emissions data that "dirty" companies could rely on. While this *prima facie* appears origin-neutral, country-specific benchmarks closely relate to the origin of a product. Therefore, it is a favour granted only to certain Members.

Moreover, CBAM may be designed to allow for crediting in respect of domestic policies applicable to the importer. If importers are already under domestic pressure to innovate and invest, no further pressure from the EU may be needed.¹⁰⁰ It must

⁹⁶ C. B. del Ecuador, 'Feedback to the Carbon border adjustment mechanism', 2020, p. 5 <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism/F510399>> last accessed 24.5.2021.

⁹⁷ J. Roy / P. Tschakert / H. Waisman, 'Sustainable Development, Poverty Eradication and Reducing Inequalities', in: IPCC (ed.), *Global Warming of 1.5°C – An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, IPCC: Geneva, 2018, p. 445 (447).

⁹⁸ Panel, Report of 2 July 1998, WT/DS54/R, WT/DS55/R, WT/DS59/R, WT/DS64/R, Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry, p. 356, para. 14.145; Saendoti / Castren 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, para. 12.

⁹⁹ Instead of many *Agora Energiewende*, 'Response to Public Consultation on Border Carbon Adjustments', 2020, p. 8 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism/F510099_en> last accessed 24.5.2021.

¹⁰⁰ ERCST, 'Border Carbon Adjustments in the EU, Issues and Options', 2020, pp. 36 f. <<https://secureservercdn.net/160.153.137.163/z7r.689.myftpupload.com/wp-content/uploads/2020/09/20200929-CBAM-Issues-and-Options-Paper-F-2.pdf>> last ac-

be differentiated between price-based and regulation-based policies. The former category describes GHG taxes, ETS and other environmental levies. The latter encompasses all product, process or infrastructure regulations.

To account for price-based policies is administratively feasible, as taxes may be determined by reference to the tax returns, even though problems regarding tax exemptions and different ambits of foreign ETS are to be expected.¹⁰¹

Regulation-based policies cannot be as easily equated to a reduction in the CBAM rate. Each domestic policy would require an assessment of its effect on GHG emissions. Moreover, either CBAM as well as EU ETS should account for regulation-based policies or neither should.¹⁰² Further, successful regulation-based policies should reflect in lower GHG emissions of the respective company. If reduced GHG emissions are not observable, then the policy is apparently not effective and should not be credited anyway. Furthermore, jurisprudence states that national legislation which discriminates against other Members because the latter do not have the same or a comparable measure in place violates Art. I GATT.¹⁰³ The adoption of an offset-mechanism, as is the case in the Chinese or the California-Québec ETS, would lead to the same finding, as also then only the offset of comparable projects would be allowed. Crediting is hence a favour granted only to Members which have comparable measures in place.

Concluding, in the scenarios, some kind of favour would be transferred only to some Members and not to all, with the exception of CBAM's differentiation on the basis of emissions intensity of a product, as this condition is origin-neutral.

D) LIKENESS

The product from the invoking Member must be like to the products from favoured Members. Products which are exempted on account of a Member's development or climate ambitions as well as products which are imported at a lower CBAM rate due to domestic carbon pricing will essentially be the same as such product from any other Member. Accordingly, these products will be in the following regarded as like. All that is relevant for the further analysis of the concept of likeness is therefore the employment of benchmarks and the implication that CBAM's rate differs in relation to the GHG emissions of a product. For illustrative purposes, the likeness will be assessed in regard to emissions-intensive and emissions-neutral steel, as steel will fall under the scope of CBAM.

Even though the concept of likeness is key to the application of GATT and is used throughout the GATT, the GATT lacks a precise definition of likeness.

cessed 24.5.2021; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), pp. 9 f.; similarly *World Trade Organization*, 'Brexit, EU's carbon border adjustment mechanism take centre stage at Market Access Committee', *WTO*, 16.11.2020
<https://www.wto.org/english/news_e/news20_e/mark_16nov20_e.htm> last accessed 24.5.2021.

¹⁰¹ *ERCST* 2020 (supra fn. 100), Border Carbon Adjustments, p. 37.

¹⁰² *ERCST* 2020 (supra fn. 100), Border Carbon Adjustments, p. 38.

¹⁰³ Appellate Body, Report of 12 October 1998, WT/DS58/AB/R, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, pp. 64 f, para. 164; Panel, Report of 6 November 1952, G/32 – 1 S/59, Belgian Family Allowances (Allocations Familiales), p. 1, para. 3.

Dispute bodies commonly refer to four criteria:¹⁰⁴ characteristics; end use; tariff classifications and consumers' tastes and habits.¹⁰⁵ However, as repeatedly noted, these are only guiding principles and the likeness of products requires a case-by-case assessment,¹⁰⁶ by assessing all available evidence.¹⁰⁷

AA) THE GUIDING PRINCIPLES

The above-mentioned guiding principles will be assessed respectively.

The principle of characteristics encompasses the properties, nature and quality of the product.¹⁰⁸ This is a solely physical examination of the product, which can go as far as the molecule level.¹⁰⁹ Nevertheless, regardless of the emissions generated in its production, steel is steel and does not change its chemical composition due to the emissions output during production.¹¹⁰ The physical likeness of steel cannot be contended.

The second guiding principle is the end use of the product. This is demand-focused in that it assesses whether the products can satisfy the same demands,¹¹¹ are used in the same way and capable of substituting each other.¹¹² Generally, emissions-intensive and emissions-neutral steel do not differ in quality or field of application, and are for this reason substitutable.¹¹³ Hypothetically, such a differentiation between emissions-intensive and emissions-neutral steel would appear if the MS would accept only less emissions-intensive steel in all public procurements, thereby restricting the end-use.¹¹⁴ This argument may also be advanced under consumers' tastes and habits, but the effect is dictated by politically influenced law-making and not by consumer choice.

¹⁰⁴ *Working Party on Border Tax Adjustments* 1970 (supra fn. 20), para. 18; *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), para. 128; *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p. 7; *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 10; *L. Franken*, 'Nachhaltigkeitsstandards und ihre Vereinbarkeit mit WTO-Recht', 2 ZUR 2010, p. 66 (68); *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 107.

¹⁰⁵ *Inter alia* Panel, Report of 18 September 2000, WT/DS135/R, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, p. 422, paras 8.112 f.

¹⁰⁶ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), pp. 422 f., para. 8.114; Appellate Body, Report of 12 March 2001, WT/DS135/AB/R, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products, p. 41, para. 109; *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), para. 144; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 663.

¹⁰⁷ Appellate Body, EC-Asbestos 2001 (supra fn. 106), p. 41, para. 109; *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 61.

¹⁰⁸ *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 10; *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 462; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 664.

¹⁰⁹ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 424, para. 8.121; Panel, Report of 29 January 1996, WT/DS2/R, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, p. 34, para. 6.9.

¹¹⁰ *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 17.

¹¹¹ *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 10; *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 460; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 663.

¹¹² Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 423, para. 8.118.

¹¹³ *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 460.

¹¹⁴ See for example, the similar, albeit weaker, requirement of the consideration principle in terms of § 13 Bundes-Klimaschutzgesetz which requires preferential consideration to which extent different offers for a public procurement fulfill Germany's climate reduction targets.

Despite a potential restriction on public procurement, emissions-neutral and emissions-intensive steel can be used in the same way and are therefore, in terms of this guiding principle, like.

The third guiding principle refers to how the product is categorized in the schedule of concessions. As apparent from Section XV Chapter 72 of the Harmonized System, there is no distinction being made between emissions-neutral and emissions-intensive steel. Concluding, the steels are in terms thereof like.

The fourth guiding principle refers to consumers' tastes and habits, that is whether consumers perceive the different products to fulfil the same demand.¹¹⁵

In *EC-Asbestos*, the Appellate Body stated that the health risks of asbestos will likely have an effect on the consumers and their treatment of asbestos.¹¹⁶ The same may be said regarding climate change and emissions reduction. In the current environment of voices from all sectors of society and businesses demanding harsher emissions reductions and more stringent environmental protection, it is likely that the purchase decisions of consumers is affected by the emissions intensity of a product.¹¹⁷ Already today it can be evidenced that many companies specifically advertise their climate and emissions reduction commitments and stress that they are either emissions-neutral or only use low-emissions or socially fair products. As apparent from this trend, the question of sustainability and does define the consumers' tastes and habits. To sum up, regarding the fourth guiding principle, emissions-neutral and emissions-intensive steel are unlike.

Concluding, just by referring to the guiding principles, it appears that emissions-neutral and emissions-intensive steel has a likelihood of being classified as like, as only consumers' tastes and habits indicate unlikeness.

BB) PROCESS AND PRODUCTION MEASURES (PPM)

The main difference between emissions-intensive and emissions-neutral steel are GHG emissions during the production phase. The question of non-product related process and production measures (PPM) and their effect on likeness is regularly raised in regard to the WTO conformity of carbon border adjustments.¹¹⁸ The overwhelming majority of opinions will deny that PPM can have a bearing on the likeness of a product.¹¹⁹

¹¹⁵ *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 10; *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuijl* 2019 (supra fn. 78), p. 460; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 663.

¹¹⁶ Appellate Body, *EC-Asbestos* 2001 (supra fn. 106), p. 45, para. 116; *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuijl* 2019 (supra fn. 78), pp. 460 f.

¹¹⁷ Similar in regard to dolphin-safe caught tuna: Panel, Report of 15 September 2011, WT/DS381/R, United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products (Mexico), p. 174, paras 7.248 f. and pp. 217 f., para. 7.439; *Rud-digkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 16; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 17.

¹¹⁸ *Holzer* 2010 (supra fn. 15), p. 58; *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 10; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 663; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 11; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 106.

¹¹⁹ *Inter alia Hesteneyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, para. 33; *del Ecuador* 2020 (supra fn. 96), p. 3; *Holzer* 2010 (supra fn. 15), pp. 57 f.; *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 10; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 663.

Opposed thereto are *inter alia* Howse and Regan situated. The notion of PPM arose after *US-Tuna (Mexico)* in which it was held that measures on the basis of PPM, instead of physical characteristics, have *inter alia* no bearing on likeness.¹²⁰ Moreover, PPM were assessed as unilateral behaviour, unjustly infringing the sovereignty of other Members in areas where international cooperation was required.¹²¹ As opposed thereto, to regulate PPM is the subject of a plethora of national law and often out of public policy reasons. It is not apparent that Members would limit their sovereignty by internationally prohibiting these.¹²² In regard to the legal argument behind its reasoning, the Panel stated that Art. III GATT encompasses only measures relating to the physical characteristics of a product.¹²³ These arguments are contradicted in that the reference to the term product in Art. III:4 GATT does not determine whether or not non-physical characteristics should be regarded but only, as is the case in other articles of GATT, denotes that the article regulates trade in products and not in services. Moreover, Art. III:2 GATT refers to “taxes (...) applied directly or indirectly to (...) products”, which implies that not only direct product taxes but also indirect production and process taxes are covered.¹²⁴ Further, it cannot be dismissed that regulation of non-physical characteristics of a product can have an effect on the sale of a product.¹²⁵ Moreover, the complaint in issue in that very case was that the measure in question prohibited sales via an import ban.¹²⁶ Also, other WTO jurisprudence already regarded non-physical characteristics of products, even if not expressly denoted as such.¹²⁷ Interestingly, the Panel in *EC-Asbestos* did not react at all to Canada stating that “the likeness of the manufacturing process” evidences the likeness of asbestos and other fibres.¹²⁸ Also, the Spain-Coffee case seems intriguing. While the Panel therein held that differences in taste due to geographical factors, processing of beans and the cultivation methods were insufficient reasons for differential treatment, it noted that it is usual that agricultural products differ in taste and aroma due to these factors.¹²⁹ In the case at hand though, as coffee is usually blended, the consumer would not be able to

¹²⁰ Panel, Report of 3 September 1991, DS21/R – 39S/155, United States – Restrictions on Imports of Tuna (Mexico), p. 33, para. 5.14; supporting Panel, Report of 16 June 1994, DS29/R, United States – Restrictions on Imports of Tuna (EEC), p. 49, para. 5.9; *Hestemeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, para. 73; *Calle Saldamiaga* 2018 (supra fn. 93), p. 4.

¹²¹ Panel, US-Tuna (EEC) 1994 (supra fn. 120), p. 57, paras 5.38 f.; *R. House / D. Regan*, ‘The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining “Unilateralism” in Trade Policy’, 11-2 EJIL 2000, p. 249 (251); *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 11.

¹²² *House / Regan* 2000 (supra fn. 121), p. 274.

¹²³ Panel, US-Tuna (Mexico) 1991 (supra fn. 120), pp. 32 f., paras 5.11–5.15; *House / Regan* 2000 (supra fn. 121), p. 254.

¹²⁴ *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 11.

¹²⁵ See for the contrary: Panel, US-Tuna (Mexico) 1991 (supra fn. 120), p. 33, para. 5.14; *House / Regan* 2000 (supra fn. 121), p. 254; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), pp. 11 f.

¹²⁶ See Panel, US-Tuna (Mexico) 1991 (supra fn. 120), p. 30, para. 5.8; *House / Regan* 2000 (supra fn. 121), p. 254.

¹²⁷ *House / Regan* 2000 (supra fn. 121), p. 255.

¹²⁸ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 423, para. 8.118.

¹²⁹ Panel, Report of 11 June 1981, L/5135 – 28S/102, Spain – Tariff Treatment of Unroasted Coffee, p. 8, para. 4.6.

differentiate between the different coffee beans.¹³⁰ Thereby, the Panel acknowledged that PPM can generally have a bearing on the perception of products in the eyes of the consumer and therefore on the likeness.

In understanding GATT, it must be kept in mind that its clauses were drafted 75 years ago.¹³¹ Since then, a variety of PPM were introduced around the globe. Accordingly, the GATT needs to be interpreted in the light thereof. Furthermore, as stated by the Working Party on Border Tax Adjustments, there is divergence among the Members whether taxes on processes are eligible.¹³²

Concluding, the question of PPM is way less settled than it *prima facie* appears. A solid reasoning for the non-consideration of PPM could not be provided. Thus, along with Howse and Regan, the minority opinion that PPM are a decisive factor in regarding the likeness is taken sides with.

As the minority opinion is followed, it must be assessed whether there are PPM which differ between emissions-neutral and emissions-intensive steel. This can be answered in the affirmative, with the GHG emissions output in production being the relevant characteristics. To conclude, GHG emissions are a relevant non-physical characteristic contradicting likeness.

CC) OTHER EVIDENCE

As stated, the four guiding principles may be supplemented. Interesting, because also relevant here, is that while the Panel in *EC-Asbestos* negated that the pathogenicity of asbestos is relevant in the assessment of likeness,¹³³ the Appellate Body later revoked this by considering the pathogenicity as a defining aspect of asbestos.¹³⁴ Going beyond that, in a concurring opinion, one of the arbitrators stated that he or she could not envision what evidence of other guiding principles could outweigh the assumption of unlikeness in the face of the “undisputed deadly nature” of asbestos. Moreover, he or she inferred that other non-economic factors, such as health, should be considered.¹³⁵

Even when surely not all arbitrators might find such harsh words on this matter, health is a criterion which must be considered in assessing likeness. The effects of climate change on human health, especially in more affected regions in the Southern Hemisphere, is undisputed and therefore, the emissions intensity should be taken into account.¹³⁶ The difference to *EC-Asbestos* is though that while *EC-Asbestos* regarded a pathogenicity which directly stemmed from the product, the

¹³⁰ Panel, Spain Unroasted Coffee 1981 (supra fn. 129), p. 8, para. 4.7; *International Food & Agricultural Trade Policy Council* 2006 (supra fn. 93), p. 9.

¹³¹ Appellate Body, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 103), p. 48, para. 129.

¹³² *Working Party on Border Tax Adjustments* 1970 (supra fn. 20), para. 15.

¹³³ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 423, para. 8.118; *M. Gehring*, ‘Nachhaltigkeit durch Verfahren im Welthandelsrecht, Umwelt- und Nachhaltigkeitsprüfungen und die WTO’, in: Thomas Bruha / Armin Hatje / Meinhard Hilf / Hans Ipsen / Rainer Lagoni / Gert Nicolaysen / Stefan Oeter (eds), *Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht*, Volume 46, Duncker & Humblot: Berlin, 2007, p. 74.

¹³⁴ Appellate Body, EC-Asbestos 2001 (supra fn. 106), p. 44, para. 114; *Hestemeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, para. 71; *Gehring* 2007 (supra fn. 133), p. 76; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 14.

¹³⁵ Appellate Body, EC-Asbestos 2001 (supra fn. 106), pp. 56 f., para. 154.

¹³⁶ *International Food & Agricultural Trade Policy Council* 2006 (supra fn. 93), p. 26.

health risk from emissions is more indirect. Nevertheless, this indirect nature should also be taken into account for purposes of assessing likeness, even though it might not be sufficient alone to outweigh any other evidence as was the situation in *EC-Asbestos*.

DD) CONCLUSION: LIKENESS

In favour of likeness, the principles of physical characteristics, end-use and tariff classifications can be raised. Against likeness consumers' tastes and habits, indirect health risks and GHG emissions as PPM can be mentioned. Even if supporting the overwhelming majority in regard to PPM, the consumers' tastes and habits and the indirect health risks should establish a case against likeness.

In the opinion of the author, emissions-neutral and emissions-intensive steel are thus unlike. As a result, a differentiation based on benchmarks and generally based on different GHG emissions does not constitute a violation of Art. I GATT as the products are unlike.

E) SPECIAL AND DIFFERENTIAL TREATMENT

CBAM may opt to exempt products from LDC and SIDS from its ambit. While this is in fact a more favourable treatment, it might fall under an exclusion.

WTO features several exclusions and special treatments for developing Members. The Doha Declaration, as an example, states that due to the particular vulnerability of developing countries in adapting to the global economy, these require further integration efforts.¹³⁷ Especially relating to LDC, the WTO Members commit themselves to free market access in order to support the development of these Members.¹³⁸ Also, the preamble of the Agreement Establishing the WTO expressly refers to sustainable development which entails special consideration for developing countries, and all provisions of GATT must be interpreted bearing this in mind.¹³⁹ Further, the Members agreed to further support small economies and try to contribute to a solution of indebtedness of developing countries.¹⁴⁰ As apparent from these declarations, the principle of special and differential treatment is an integral part of WTO law.¹⁴¹

Especially regarding the application of Art. I GATT, it was agreed within the Enabling Clause that Members are entitled to grant more favourable treatment to developing countries.¹⁴² With this in mind, an exemption of LDC and SIDS is in

¹³⁷ *World Trade Organization*, Ministerial Declaration adopted on the 14 November 2001 in Doha, WT/MIN(01)/DEC(1), 20 November 2001 (hereinafter: Doha Declaration), para 3.

¹³⁸ Doha Declaration, 2001, para. 42; *World Trade Organization*, Differential and More Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries, L/4903, 28 November 1979 (hereinafter: Enabling Clause), para. 5.

¹³⁹ H. Hestermeyer / A. J. Grotto, 'Preamble GATT', in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para 26; *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p 7.

¹⁴⁰ Doha Declaration, 2001, paras 35 f.

¹⁴¹ Doha Declaration, 2001, para. 44.

¹⁴² Enabling Clause, 1979, para. 1; *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 77; *Sacerdoti / Castren* 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, paras 31, 33; *ERCST* 2021 (supra fn. 18), CBAM Policy Proposal, p. 12.

accordance with WTO law.

To prevent transshipment in that companies restructure their supply chains to pass through LDC and SIDS,¹⁴³ fulfilment of a local content requirement should be introduced to be entitled to the exemption.

Therefore, Art. I GATT cannot, on the basis of the Enabling Clause, be invoked regarding more favourable treatment to LDC and SIDS. Because the Enabling Clause serves as an exclusion to the ambit of Art. I:1 GATT, no recourse to Art. XX GATT is required.¹⁴⁴

F. CONCLUSION: ART. I GATT

Due to the principle of special and differential treatment, the exclusion of LDC and SIDS does not violate Art. I GATT. The differentiation based on emissions intensity does not qualify as a favour. Due to the unlikeness of the products, benchmarks do not violate Art. I GATT. Exemptions based on climate ambitions and reductions based on carbon pricing violate Art. I GATT and those provisions of CBAM would be a prohibited measure.

2. ART. II GATT

A) PRELIMINARIES

Art. II:1 GATT represents the principle of *pacta sunt servanda* in that Members should refrain from introducing less favourable concessions than previously agreed on.¹⁴⁵ As Art. II:1 GATT refers especially to concessions, it only applies in regard to customs. As was held regarding Art. I:1 GATT, CBAM is a custom.

However, Art. II:2 GATT lists exclusions. For Art. II:2 lit. a GATT to apply, CBAM must be a charge equivalent to an internal tax, the internal tax must be product-related, the charge must concern like products, the charge may not be in excess to the internal tax (Art. III:2 sentence 1 GATT) and may not be applied so as to afford protection of domestic industries (Art. III:2 sentence 2 icw Art. III:1 GATT). These will now be assessed respectively.

B) PRODUCT-RELATED INTERNAL TAX

The internal tax in question would be the purchase of EUA under EU ETS. Therefore, it must be assessed whether EU ETS qualifies as a tax.

AA) QUALIFICATION AS A TAX

The term “tax” is defined as a compulsory monetary payment which is not a direct consideration for a service rendered by public authorities.¹⁴⁶

¹⁴³ ERCST 2021 (supra fn. 18), CBAM Policy Proposal, p. 13; *Verband der Industriellen Energie- & Kraftwirtschaft*, ‘Folgenabschätzung der Europäischen Kommission für einen Carbon Border Adjustment Mechanism’, 2020, p. 8 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-/F510205_en> last accessed 24.5.2021.

¹⁴⁴ *Sacerdoti / Castren* 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, para. 32.

¹⁴⁵ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), paras 80 f.; *Hahn* 2011 (supra fn. 91), Art. II GATT, para. 33; *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p. 7; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 659.

¹⁴⁶ Court of Appeal California – 3rd Appellate District, Judgement of 7.7.2017, C075930, California Chamber of Commerce et al. v State Air Resources Board et al., 10 Cal.App.5th 604, p. 35; CJEU of 28.3.1996, *AGF Belgium v EEC and Others*, C-191/94,

Within the EU ETS, EU companies must purchase EUA for their emissions output. It must be determined whether the EUA is consideration for the monetary payment. With sound reasons, this can be denied. It is stated that through the purchase of the EUA, no right is being transferred (as the state does not own air)¹⁴⁷ and the monetary payment is only supposed to internalize environmental damage.¹⁴⁸ Furthermore, the companies are already entitled to emit in terms of immission law.¹⁴⁹

Nevertheless, the *de facto* situation is that companies, who didn't obtain a certificate, are not allowed to pollute.¹⁵⁰ Companies owning certificates benefit in contrast to companies without certificates from the right to pollute.¹⁵¹ Furthermore, nothing prevents the legislature from adding to current requirements in terms of immission law the obligation to purchase EUA. Even if it is asserted that the state does not own the global common air that does not imply that accordingly the individual has the right to pollute.¹⁵² Moreover, by introducing the EU ETS, the legislature expressly decided to limit access to a common good, which is within its competence.¹⁵³ Furthermore, the incurrence of the EUA is voluntary, as companies can also decide to reduce their emissions.¹⁵⁴ In addition, the EUA are freely tradable between companies whereas the payable tax can be ceded but such cession does not entitle the other company to tax-exempted profits.¹⁵⁵ In case of a tax, the purchasing company would then not be entitled to pollute, but only to pay. Therefore, the author is of the opinion that the monetary payment is in fact consideration for the right to pollute.¹⁵⁶

ECLI:EU:C:1996:144, para. 9; CJEU of 8.2.1968, *Van Leeuwen v Gemeente Rotterdam*, C-32/67, ECLI:EU:C:1968:8, p. 48; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 20;

C. Seiler, 'Kompetenz- und verfahrensrechtliche Maßstäbe europäischer Umweltabgaben', 1 EuR 2010, pp. 67 (73 f.); R. Wemmann / S. Bering, 'Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorleitsabschöpfungsabgaben am Beispiel der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissions-handelsgesetz (BEHG)', 8 NVwZ 2020, p. 497 (499).

¹⁴⁷ *Wemmann / Bering* 2020 (supra fn. 146), p. 501.

¹⁴⁸ *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 661; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 21; *Seiler* 2010 (supra fn. 146), pp. 75–78.

¹⁴⁹ *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 661.

¹⁵⁰ Bundesverfassungsgericht, Order of 5 March 2018, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 974, para. 26; *Wemmann / Bering* 2020 (supra fn. 146), p. 500.

¹⁵¹ Bundesverfassungsgericht, Order of 5 March 2018, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 974 f, para. 32.

¹⁵² Bundesverwaltungsgericht, Judgement of 30 June 2005, 7 C 26/04, NVwZ 2005, 1178, 1181 f., para. 34; Court of Appeal California – 3rd Appellate District, Judgement of 7.7.2017, C075930, California Chamber of Commerce et al. v State Air Resources Board et al., 10 Cal.App.5th 604, pp. 43 f.

¹⁵³ Bundesverfassungsgericht, Order of 5 March 2018, 1 BvR 2864/13, NVwZ 2018, 972, 975, paras 34–37.

¹⁵⁴ Court of Appeal California – 3rd Appellate District, Judgement of 7.7.2017, C075930, California Chamber of Commerce et al. v State Air Resources Board et al., 10 Cal.App.5th 604, pp. 39 f., this argument on its own is weak in the sense that companies can also decide to sell less products and thereby incur less sales, in that sense, taxes are always voluntary.

¹⁵⁵ Opposing thereto *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 22.

¹⁵⁶ Court of Appeal California – 3rd Appellate District, Judgement of 7.7.2017, C075930, California Chamber of Commerce et al. v State Air Resources Board et al., 10 Cal.App.5th 604, pp. 39 – 48; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 21; most likely also supportive C. Callies, 'Art.

Concluding, EU ETS is not a tax. The exemption in terms of Art.II:2 lit.b GATT does not apply.

BB) HYPOTHETICAL ASSUMPTION: EU ETS IS A TAX

As there are a number of opinions treating EU ETS as a tax system,¹⁵⁷ the following assessment of Art. II:2 lit. a GATT will hypothetically assume that EU ETS is a tax. Moreover, in the further assessment of lit. a some interesting general remarks regarding the design of CBAM can be made.

The internal tax must be product-related, Art. II:2 lit. a GATT. EUA are allocated upon the emissions output of companies and not in regard to emissions of a singular product. Therefore, the decisive question is what product-related entails. From a pure reading of the provision the “internal tax (...) in respect of the (...) product” is concerned. This would imply a tax on products. Nevertheless, Art. II:2 lit. a GATT refers also to Art. III:2 GATT. The latter provision states “internal taxes (...) applied, directly or indirectly, to (...) products”. It appears as if the ambit of Art. III:2 GATT may be wider than of Art. II:2 lit. a GATT, as the tax’s application may be direct or indirect.

To establish the meaning, the ordinary meaning of the words as well as the context and purpose must be assessed (Art. 31 para. 1 Vienna Convention on the Law of Treaties¹⁵⁸).¹⁵⁹ “Indirect” refers to something additional and not connected easily to the issue.¹⁶⁰ The obligation to purchase allowances is related to products in that without the production of products, no GHG would be emitted. Also, internally the costs of the allowances will be regarded as production costs and therefore within cost-centre accounting additionally leveraged onto the product price. In regard to the context, the Working Party on Border Tax Adjustments categorized some kinds of taxes, such as VAT, as direct but noted that some Members even adjusted social security charges, while not having an apparent relation to a product.¹⁶¹ Further, the Working Party established that no agreement could be reached on whether other taxes such as energy taxes or advertising taxes are product taxes.¹⁶² Also the legislative history of Art. III GATT does not shed a helpful light. Due to disagreement on the exact meaning of direct and indirect, no interpretative note to Art. III GATT was enacted.¹⁶³

Taxes directly applied on products are *inter alia* sin taxes or VAT. Taxes indirectly applied should encompass production and process taxes, for example those levied onto prior-stage products or on inputs such as energy taxes.¹⁶⁴ To exclude the latter

192 AEUV’, in: C. Calliess / M. Ruffert (eds), EUV/AEUV, C.H. Beck: Munich, 5th edn, 2016, para. 29.

¹⁵⁷ *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 661; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 21; *Seiler* 2010 (supra fn. 146), pp. 74 f.

¹⁵⁸ Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, 1855 UNTS 331.

¹⁵⁹ Panel, Report of 15 May 1998, WT/DS58/R, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, p. 291, para. 7.27.

¹⁶⁰ *Cambridge Dictionary*, ‘Indirect’ <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/>> last accessed 24.5.2021.

¹⁶¹ *Working Party on Border Tax Adjustments* 1970 (supra fn. 20), paras 14 f.

¹⁶² *Working Party on Border Tax Adjustments* 1970 (supra fn. 20), para. 15.

¹⁶³ *Working Party on Border Tax Adjustments* 1970 (supra fn. 20), Annex, para. 14.

¹⁶⁴ Similarly *Hestemeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, para. 39; *Umweltbundesamt* 2008

category of indirect taxes would run foul of the reasoning behind Art. II:2 lit. a GATT which concerns itself with all factors having an influence on the product price and are equally applied to domestic products and imported products.¹⁶⁵ As the EUA are purchased to cover emissions output related to products, it is likely that the price of the EUA will be leveraged onto the product price and thus EUA should be included into the scope of taxes indirectly applied to the product.

Despite the disagreements in the Working Party and while lacking WTO jurisprudence, the author is of the opinion that EU ETS could qualify as a product-related indirect internal tax under the hypothetical assumption of EU ETS being a tax.

C) CHARGE MUST BE EQUIVALENT TO INTERNAL TAX

The notion of equivalence is an embodiment of the national treatment principle. Imported products should be treated like domestic products. Therefore, also the charge must be in terms of Art. II:2 lit. a GATT equivalent to the price of EUA. The relationship between Art. II:2 lit. a GATT and Ad Art. III GATT is not necessarily clear. If EU ETS is an internal tax, it could be stated that CBAM is part of that internal tax, but is focussed on imports and levied at the border. In such a situation, CBAM would be in terms of Ad Art. III GATT deemed an internal tax and therefore Art. II GATT would not apply.¹⁶⁶ Art. II:2 lit. a GATT leads essentially to the same result, but has a wider ambit. It is stated that this doubling is meant to assure the legality of those measures.¹⁶⁷

In regard to whether CBAM is a charge equivalent to EU ETS, certain issues must be noted. Firstly, EU ETS is designed as a market-based mechanism in which allowances are sold via auctions. This implies that the price of EUA is not fixed, but volatile.¹⁶⁸ Secondly, the EUA market within EU ETS must be separated from the second pool of allowances for importers. If EU companies would have access to this allowance market, this could lead to serious market distortions and domestic and foreign companies might try to squeeze out competitors by buying up allowances. At the same time instead of reducing emissions, EU companies could satisfy their emissions demand from the increased amount of allowances. These issues have the result that it is virtually impossible to ensure just via a market-based mechanism that the second pool of allowance has the same allowance price as an EUA. Further, while EU ETS does not directly tax products, but emissions of companies, CBAM will tax products being imported. Accordingly, also the tax base differs.

Due to the mentioned differences between CBAM and EU ETS they cannot be treated as the same tax and thus Ad Art. III GATT cannot apply here.

To overcome these problems, the experience from the California-Québec ETS should be taken into account and a floor price should be introduced into the EU ETS. The allowance price of the second pool of allowances would then be fixed

(supra fn. 20), p. 11.

¹⁶⁵ *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 13.

¹⁶⁶ Similar CJEU of 2.4.1998, *Autokompu Oy*, C-213/96, ECLI:EU:C:1998:155, paras 24 f.

¹⁶⁷ *Hahn* 2011 (supra fn. 91), Art. II GATT, para. 70.

¹⁶⁸ *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 16.

to the floor price of the EU ETS. This would have the consequence that only the EU ETS is market-based, and the import allowance pool is fixed. Another option would be to directly fix the allowance price to the EUA price.¹⁶⁹ Due to the fluctuations, this will lead to uncertainty which hinders trade and might be politically opposed while not being significantly more environmentally effective. Therefore, the floor price appears as the only viable design to ensure that the price of allowances in the second pool is always lower or equal to the EUA price. If this is implemented, CBAM is equivalent or lower to EU ETS.

D) CHARGE MUST CONCERN LIKE PRODUCTS

The charge which is equivalent to the internal tax must concern like products. A further complexity of the notion of likeness is that its scope differs throughout the GATT.¹⁷⁰ In essence, the same considerations as was elaborated on with reference to likeness under Art. I GATT should apply. For EU ETS and CBAM to apply on like products, the sectorial scope must be the same or at least CBAM may not apply to sectors to which EU ETS does not apply. Within those sectors, the products are like, as products with all levels of GHG intensity are concerned. Concluding, the charge concerns like products to the internal tax.

E) NO PROTECTION TO DOMESTIC PRODUCTION

The charge may not be applied to the imported or domestic products so as to afford protection to domestic production (Art. II:2 lit. a icw Art. III:2 second sentence icw Art. III:1 GATT). The reasoning behind this provision is that protectionism hinders international trade and leads to an allocation of products on non-market/non-efficiency based mechanisms.¹⁷¹

To assess whether the measure is applied to afford protection regard may be taken to subjective elements, such as the legislative motive, as well as to objective elements, such as its structure and method of application.¹⁷²

Firstly, the intent will be assessed. As apparent from the Inception Impact Assessment but also from views expressed by the European Parliament, CBAM serves as a tool to reduce global emissions. Insofar as CBAM reacts to carbon leakage, it must be remembered that carbon leakage may appear economic but concerns the exportation of emissions and is therefore also environmental in nature.¹⁷³ Apparent herefrom, the intent is green.

Secondly, the structure and method of application must not be protectionist. If CBAM for imports mirrors EU ETS for domestic products, there should be no *prima facie* indicators for protectionism, especially as if through introduction of a

¹⁶⁹ ERCST2021 (supra fn. 18), CBAM Policy Proposal, p. 11.

¹⁷⁰ Appellate Body, EC-Asbestos 2001 (supra fn. 106), p. 36, para. 96; *Sacerdoti / Castren* 2011 (supra fn. 87), Art. I GATT, para. 14; *Franken* 2010 (supra fn. 104), p. 69.

¹⁷¹ *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), para. 141.

¹⁷² *Hestermeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, paras 22, 59; *House / Regan* 2000 (supra fn. 121), pp. 264 f.; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuil* 2019 (supra fn. 78), p. 462.

¹⁷³ *European Commission*, Carbon Border Adjustment Mechanism Inception Impact Assessment, Ref. Ares(2020)1350037, 4.3.2020, p. 1; *European Parliament*, Report towards a WTO-compatible EU carbon border adjustment mechanism (2020/2043(INI)), A9-0019/2021, 15.2.2021, p. 7.

floor price and a phased-in extension of the sectorial scope of CBAM, EU ETS is at all times more stringent than CBAM. An important issue in this regard is the treatment of the current high levels of free allocation within EU ETS. If free allocation is continued while imports from like sectors are charged, the objective structure would appear protectionist. Accordingly, it is of utmost importance that free allocation is phased-out. In the meantime, products from these sectors may only be charged to the extent that EU companies have to purchase EUA.¹⁷⁴ If the above is affirmed, CBAM is not applied so as to afford protection to domestic production.

F) CONCLUSION: ART. II GATT

If EU ETS classifies as an internal tax in terms of Art. II:2 lit. a GATT, Article II:1 GATT does not apply, as in such a case CBAM would be a charge equivalent to an internal tax.

However, this was a purely hypothetical exercise, as EU ETS does not qualify as a tax. Instead, CBAM is a customs duty which is not provided for in the relevant schedules of concessions and therefore violates Art. II:1 GATT.

3. ART. III GATT

Art. III GATT is another cornerstone of WTO law by embodying the national treatment principle in that foreign products should be treated no less favourable than domestic products.¹⁷⁵ It prohibits discriminations within the market on the basis of origin.¹⁷⁶ While Art. III GATT is concerned with internal measures, as internal pendant to Art. II GATT on external tariff measures and to Art. XI GATT on external non-tariff measures,¹⁷⁷ CBAM is a charge on importation. Concluding, Art. III GATT does not apply.

4. ART. XI GATT

Art. XI GATT concerns the general elimination of external quantitative restrictions. While Art. I to III GATT are regularly mentioned with respect to CBAM, little light has been shed on Art. XI GATT thus far. The applicability of the provision requires that a restriction, other than a duty, on the import is maintained, such as a quota, an import licence requirement or any other measure.¹⁷⁸

In terms of the cap element of CBAM, the amount of allowances is fixed and will be gradually reduced. Only a certain amount of allowances will be available and no emissions-intensive import will receive market access as soon as all allowances are sold. This could qualify as a quota, which can be defined as

¹⁷⁴ *ERCST* 2021 (supra fn. 18), CBAM Policy Proposal, pp. 21 f.

¹⁷⁵ *Hestemeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, para. 1; *International Food & Agricultural Trade Policy Council* 2006 (supra fn. 93), p. 22; *Elliott* 2019 (supra fn. 87), p. 18.

¹⁷⁶ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 64; *Hestemeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, paras 2-4; *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), para. 140; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 663.

¹⁷⁷ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 94; *Hestemeyer* 2011 (supra fn. 19), Art III GATT, para. 12.

¹⁷⁸ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), paras 88 f.; *R. Wolfrum*, 'Art. XI GATT', in: *R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestemeyer* (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para. 1.

numerical limitation on imports.¹⁷⁹ In contrast to other quotas not the amount of products is limited, but the amount of GHG emissions related thereto. Whether this difference leads to a non-classification under the term “quota” is irrelevant, as Art. XI GATT with the term “other measures” contains a fall-back clause to cover any scenario being a restriction on imports.¹⁸⁰ As none of the exclusions in Art. XI:2 GATT apply, the cap element of CBAM violates Art. XI:1 GATT.

5. ART. XVI GATT AND ASCM

A) PRELIMINARIES

Art. XVI GATT as well as the ASCM deal with subsidies. While Art. XVI GATT specifies only a notification requirement, the ASCM sets out substantive provisions.¹⁸¹ Subsidies are specially regulated within WTO law, as they may lead to trade distortions in that non-efficient companies are artificially kept afloat through them and thereby, global competition is harmed. As subsidies may also be required in order to support the government’s mandate of providing for the people and fostering their well-being,¹⁸² not all are prohibited.

ASCM provides for three categories of subsidies: Red-light subsidies are those of grave nature and are prohibited (Art. 3 ASCM). Yellow-light subsidies are not prohibited but could be subject to countervailing measures (Art. 5 ASCM). Lastly, green-light subsidies are not prohibited and are not actionable (Art. 8 ASCM).¹⁸³ However, the provisional application of Art. 8 ASCM lapsed,¹⁸⁴ and therefore green-light subsidies are now actionable as well.¹⁸⁵

CBAM could contain two features which may be characterized as a subsidy and require an assessment. The export rebate and the distribution of revenue. Those will now be analysed.

¹⁷⁹ *Wolfrum* 2011 (supra fn. 178), Art. XI GATT, para. 12.

¹⁸⁰ *Wolfrum* 2011 (supra fn. 178), Art. XI GATT, para. 14.

¹⁸¹ *F. Baetens / H. Hestermeyer*, ‘Art. XVI GATT’, in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para. 2; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 34.

¹⁸² Panel, Report of 29 August 2003, WT/DS257/R, United States – Final Countervailing Duty Determination with respect to Certain Softwood Lumber from Canada, p. 79, para. 7.29; *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 120; *K. Adamantopoulos*, ‘Art. 1 SCMA’, in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / M. Koebele (eds), *WTO – Trade Remedies*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2008, para. 1; *M. Wu*, ‘Re-examining “Green Light” Subsidies in the Wake of New Green Industrial Policies’, 2015, p. 1 <<http://e15initiative.org/publications/re-examining-green-light-subsidies-in-the-wake-of-new-green-industrial-policies-2/>> last accessed 24.5.2021.

¹⁸³ *K. Adamantopoulos / V. Akrítidis*, ‘Art. 3 SCMA’, in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / M. Koebele (eds), *WTO – Trade Remedies*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2008, para. 1; *International Food & Agricultural Trade Policy Council* 2006 (supra fn. 93), p. 16; *Wu* 2015 (supra fn. 182), p. 1.

¹⁸⁴ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 122; *United Nations Conference on Trade and Development*, Dispute Settlement, World Trade Organization, 3.7 Subsidies and Countervailing Measures, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.15, 2003, p. 17; *Wu* 2015 (supra fn. 182), p. 1.

¹⁸⁵ *Wu* 2015 (supra fn. 182), p. 4.

B) DEFINITION OF A SUBSIDY (ARTT. 1 F ASCM)

In terms of Art. 1 ASCM, a subsidy is a financial contribution by a government whereby a benefit is conferred and which is specific in terms of Art. 2 ASCM.¹⁸⁶ Art. 1.1 lit. a para. 1 ASCM provides for an exhaustive list of financial contributions.¹⁸⁷ Subparagraph (i) concerns a direct transfer of funds referring to payments to a company, directly and not via intermediaries,¹⁸⁸ such as *inter alia* R&D grants, interest rate reductions and capital infusions.¹⁸⁹ Subparagraph (ii) deals with government revenue which is due but is foregone or not collected, such as tax incentives or tax exemptions.¹⁹⁰ As apparent from the wording, it must be established that under other circumstances the government revenue, which is not limited to taxes,¹⁹¹ would have been due as well as that the company was *de facto* not taxed in the end.¹⁹² Government revenue is due, when like companies, not subject to the measure, are taxed on like activities.¹⁹³ Subparagraph (iv) refers to governmental payments via funds. It serves as an anti-circumvention provision to prevent governments from taking the actions listed in subparagraphs (i) to (iii) through employment of public or private intermediaries.¹⁹⁴

C) EXPORT REBATE AND FREE ALLOCATION

To be a two-way border adjustment, CBAM could compensate EU companies exporting for their environmental compliance costs and thereby increase their market potential in third countries.¹⁹⁵

This could be effected through a direct payment or through free allocation. Both could be interpreted as a government practice involving a direct transfer of funds in terms of subparagraph (i) or as government revenue foregone in terms of subparagraph (ii), as both a direct payment and allowances have monetary value if

¹⁸⁶ Panel, US Softwood Lumber from Canada 2003 (supra fn. 182), p. 78, para. 7.26; *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 2; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 660; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 31; *WTO* 2021 (supra fn. 9393), Analytical Index, Art. 1 SCMA (Jurisprudence), para. 1.

¹⁸⁷ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 11, 80; *WTO* 2021 (supra fn. 9393), Analytical Index, Art. 1 SCMA (Jurisprudence), para. 5.

¹⁸⁸ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 19, 23.

¹⁸⁹ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 20, 24.

¹⁹⁰ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 31.

¹⁹¹ Panel, Report of 8 October 1999, WT/DS108/R, United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations”, p. 258, para. 7.42.

¹⁹² *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, paras 33 f.; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 660.

¹⁹³ Panel, US Foreign Sales Corporations 1999 (supra fn. 191), p. 258, paras 7.44 f.; *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 41.

¹⁹⁴ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, paras 63, 79; *United Nations Conference on Trade and Development* 2003 (supra fn. 184), p. 12; *WTO* 2021 (supra fn. 9393), Analytical Index, Art. 1 SCMA (Jurisprudence), para. 7.

¹⁹⁵ *European Parliament* 2021 (supra fn. 173), WTO-compatible EU mechanism, p. 11; *CEMBUREAU*, ‘Carbon Border Mechanisms, Enabling the industry to deliver carbon neutrality investments’, 2020, p. 8 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-/F509956_en> last accessed 24.5.2021; *Krenek / Sommer / Schratzensteller* 2020 (supra fn. 1717), p. 13.

directly transferred and as in both situations the EU ETS allowance requirement would *de facto* not apply to companies purely because of their exports, while it applies to like companies on the market. However, footnote 1 to the ASCM provides for an exemption in regard to an exported product from duties or taxes borne by the product when destined for domestic consumption.¹⁹⁶ In line with footnote 58, “duty” is to be understood as customs duty. EU ETS qualifies neither as tax nor as customs duty. CBAM, which is a customs duty, does not apply to the exported (domestic) product. Therefore, the export rebate does not lead to an exemption from or remission of a tax or duty. Hence, footnote 1 does not apply.

In terms of Art. 1.1 lit. b ASCM, a benefit must be conferred. A benefit leads to a more advantageous situation of the recipient as opposed to the situation under ordinary market circumstances.¹⁹⁷ Through the export rebate, the company receives the price originally paid for the EUA. As this increases the capital of the company, a benefit is conferred.

In terms of Art. 1.2 icw Art. 2 ASCM, the subsidy must be specific. A subsidy is specific if it is tailored to apply only to specified enterprises, industries or groups thereof or if it is a prohibited subsidy in terms of Art. 2.3 icw Art. 3 ASCM.¹⁹⁸

The export rebate applies to industries which are exposed to carbon leakage (see the like provision in Art. 10b para. 1 EU ETS-Directive). As a subsidization of unrelated industries is not a concerted action bearing distortive effects on international trade, it was held that the group of industries must be related in that they produce sufficiently similar and related products.¹⁹⁹ It does not seem far-fetched to determine those industries exposed to carbon leakage within EU ETS as a group of specific industries, as they are industries with the same characteristics (risk of carbon leakage; subject to EU ETS) in by the EU ETS-Directive expressly specified industries.²⁰⁰

The export rebate could hide under the cover of the safe haven²⁰¹ provided for in Art. 2.1 lit. b ASCM which deems subsidies as unspecific. Herefore, the eligibility must be automatically reached upon fulfilment of transparent and objective criteria. Footnote 2 states that a criterion is objective if it does not favour certain enterprises, is economic and horizontally applied.²⁰² The ASCM provides for the examples of employees or size of enterprise, although, as

¹⁹⁶ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 44; *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuijl* 2019 (supra fn. 78), p. 471.

¹⁹⁷ *Adamantopoulos* 2008 (supra fn. 182), Art. 1 SCMA, para. 92; *United Nations Conference on Trade and Development* 2003 (supra fn. 184), p. 12.

¹⁹⁸ *B. Evtimov*, ‘Art. 2 SCMA’, in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / M. Koebele (eds), *WTO – Trade Remedies*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2008, para. 5; *United Nations Conference on Trade and Development* 2003 (supra fn. 184), pp. 13 f.

¹⁹⁹ Panel, *US Softwood Lumber from Canada* 2003 (supra fn. 182), p. 104, para. 7.116 and p. 105, para. 7.120; *Evtimov* 2008 (supra fn. 198), Art. 2 SCMA, paras 15, 18.

²⁰⁰ Similarly *WTO* 2021 (supra fn. 9393), Analytical Index, Art. 2 SCMA (Jurisprudence), paras 9-11.

²⁰¹ *Evtimov* 2008 (supra fn. 198), Art. 2 SCMA, para. 32.

²⁰² *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 32.

apparent from the term “such as” those are not exhaustive.²⁰³ Further criteria, which were discussed, are unemployment, pollution and safety standards.²⁰⁴ To determine the exposure to carbon leakage, it is referred to the total value of exports and imports, emission intensity and value added. Further, as Art. 10b EU ETS-Directive is potentially open to industries of different value chains, its application is horizontal. As Art. 10b EU ETS-Directive refers to broad and generally accepted criteria, and especially as pollution which can be deemed for these purposes similar to emission intensity was already discussed as criterion, and as no preferential treatment of certain industries is apparent, the criteria are objective. Therefore, Art.2.1 lit.b ASCM contradicts the finding of specificity. Nonetheless, Art. 2.1 lit. b ASCM would be overturned if the subsidy is prohibited in terms of Art. 3 ASCM, as then the specificity is irrebuttably presumed.²⁰⁵ For Art. 3 ASCM to apply, the subsidy must be contingent upon export performance. This entails that the granting of the subsidy is conditional or dependent upon *inter alia* export performance.²⁰⁶ The granting of the export rebate depends *inter alia* on the total value of exports to third countries and the value of imports from third countries (Art. 10b para. 1 EU ETS-Directive).²⁰⁷ Due to the reference to the exports, this criterion is directly linked to the industry’s export performance. The consequence thereof is that the export rebate is a prohibited subsidy in terms of Art. 3.1 lit. a ASCM and entitles Members to remedies in terms of Art. 4 ASCM which start with consultation but also involve countermeasures.

Concluding, the export rebate is a subsidy due to foregone government revenue in terms of Art. 1.1 lit. a para. 1 subpara. (ii) ASCM, which is specific due to contingency on export performance, Art. 1.2 icw Art. 2.3 icw Art. 3.1 lit. a ASCM.

A further point may be made here in regard to free allocation as currently under EU ETS. This free allocation regards all emissions and not only, as would be the case under an export rebate, emissions of products exported. The same considerations as above apply to such free allocation. Free allocation is determined by reference to export performance/risk of carbon leakage and therefore, is a prohibited subsidy.

D) DISTRIBUTION OF REVENUES RECEIVED

Any measure shows its true colours by its revenue distribution. Depending on the design, estimations are that CBAM might cash in between 5-14 billion euros per year.²⁰⁸ The revenue could either be distributed to consumers,²⁰⁹ to the

²⁰³ *Evtimov* 2008 (supra fn. 198), Art. 2 SCMA, para. 34.

²⁰⁴ *Evtimov* 2008 (supra fn. 198), Art. 2 SCMA, para. 35.

²⁰⁵ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 123; *Evtimov* 2008 (supra fn. 198), Art. 2 SCMA, para. 64; *Adamantopoulos / Akritidis* 2008 (supra fn. 183), Art. 3 SCMA, para. 4.

²⁰⁶ *Adamantopoulos / Akritidis* 2008 (supra fn. 183), Art. 3 SCMA, para. 18.

²⁰⁷ *European Commission* 2015 (supra fn. 17), p. 63.

²⁰⁸ *European Parliament* 2021 (supra fn. 173), WTO-compatible EU mechanism, p. 30; *ERCST* 2020 (supra fn. 100), Border Carbon Adjustments, p. 40.

²⁰⁹ See *Verbraucherzentrale Bundesverband*, ‘EU-Grenzausgleichsmechanismus aus Verbrauchersicht’, 2020, p. 1 <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your->

Innovation Fund as is the case with the EU ETS revenue or to an international fund to assist developing countries in their transition to a low-emissions economy.

To distribute the revenue to consumers would neutralize the effect of CBAM. They would essentially be able to purchase the same products and then CBAM would send no signal to emissions-intensive companies. Further, the sectors covered are not agriculture or livestock, so that no endangerment of the minimum subsistence level is to be expected. Nevertheless, while a distribution to the consumers is a direct transfer of funds in terms of Art. 1.1 (a)(1)(i) ASCM, it is not to enterprises or industries and therefore unspecific in terms of Art. 2 ASCM.

To allocate the revenue to the Innovation Fund would foster innovation and investment into a low-emissions transition within the EU. The volume thereof could be doubled via CBAM's revenue.²¹⁰ By allocating the revenue to an international fund, such as the Green Climate Fund established under the Paris Agreement, the revenue would also foster innovation and investment but in developing countries and would decrease emissions and increase the economic development there. Also, such a significant contribution to the Green Climate Fund, which over its lifespan approved only 30 billion euro so far,²¹¹ would increase the EU's environmental and political power. It would qualify as a financial contribution to a fund, Art. 1.1 (a)(1)(iv) ASCM. Also, a financial benefit will be conferred to the recipient, as those recipients will receive an equity infusion or a low-interest loan, which would otherwise be inaccessible on the free market.

For specificity in terms of Art. 2 ASCM, it must be restricted to certain companies or industries producing sufficiently similar products. In contrast thereto, the funds' resources are open to all innovation and investment projects from potentially any industry background. Especially if the Green Climate Fund is concerned, a finding of specificity would need to be teleologically prevented. ASCM's purpose is to prevent subsidization of one's own industry out of protectionist motives while the Green Climate Fund provides funds for developmental and environmental reasons to non-EU projects. Further, also Art. 27 ASCM demands special and differential treatment.

Concluding, the allocation to the Innovation Fund or Green Climate Fund is not sufficiently specific. In the case of the latter, such a finding would also need to be prevented by teleological interpretation.

[say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-/F510027_en](https://ec.europa.eu/clima/policies/innovation-fund_en) last accessed 24.5.2021.

²¹⁰ *European Commission*, 'Innovation Fund', 2021

[<https://ec.europa.eu/clima/policies/innovation-fund_en>](https://ec.europa.eu/clima/policies/innovation-fund_en) last accessed 24.5.2021.

²¹¹ *Green Climate Fund*, 'GCF at a glance, Project Portfolio', 2021, p. 1

[<https://www.greenclimate.fund/sites/default/files/document/gcf-project-portfolio-en_0.pdf>](https://www.greenclimate.fund/sites/default/files/document/gcf-project-portfolio-en_0.pdf) last accessed 24.5.2021.

E) CONCLUSION: ART. XVI GATT AND ASCM

An export rebate amounts to a prohibited subsidy as it is contingent upon export performance. The distribution of revenues, either via the Innovation Fund or the Green Climate Fund, lacks specificity and is therefore not a prohibited subsidy.

6. ART. XXIII GATT

Art. XXIII:1 GATT appears as a mixture between a fall-back clause and a substantial provision on its own. In terms thereof, any nullification or impairment of benefits arising out of the GATT may be remedied. The reasoning is that the objective of free trade may not only be frustrated through measures which are enumerated in GATT, but also by other measures.²¹² Due to its broad ambit, Art. XXIII:1 GATT requires a cautious approach.²¹³ As Art. XXIII:1 GATT is invoked against CBAM as a distinct measure, only lit. b will be assessed.

To establish a violation of Art. XXIII:1 lit. b GATT, there must be a benefit arising out of the GATT.²¹⁴ A benefit regularly invoked is the legitimate expectation of an improvement of market access as a result of tariff concessions.²¹⁵ Such legitimate expectation would not exist if the adoption of the measure was foreseeable.²¹⁶ Foreseeability implies a high threshold. For example, it is insufficient that the measure is consistent with previous general policies but must be related to a specific policy. Only regarding economic measures (as opposed to non-economic measures), the rebuttable presumption that any measure following upon a recent tariff negotiation is unforeseeable applies.²¹⁷

The potential adoption of CBAM is the result of an ever-increasing pool of scientific data and recent experiences about the threats imposed by climate change. As an environmental measure the above rebuttable presumption does not apply. Furthermore, CBAM wasn't the avantgarde of carbon border adjustments. The California-Québec ETS introduced a border adjustment on electricity. Several GHG border adjustments were tabled in the US,²¹⁸ and CBAM is the fourth attempt at adopting an EU carbon border adjustment.²¹⁹ Furthermore, since decades of negotiations about global emissions reductions are ongoing, which set the environment for stringent EU climate regulations. Accordingly, Members cannot rely on a legitimate expectation of an improved market access of emissions-intensive imports. Therefore, Art. XXIII:1 lit. b GATT does not apply.

²¹² Appellate Body, EC-Asbestos 2001 (supra fn. 106), pp. 66 f., para. 185.

²¹³ Appellate Body, EC-Asbestos 2001 (supra fn. 106), p. 67, para. 186.

²¹⁴ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), pp. 459 f., para. 8.283; P.-T. Stoll, 'Art. XXIII GATT', in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para. 24.

²¹⁵ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 460, para. 8.285; Panel, Report of 17 June 1987, L/6175 – 34S/136, United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances, p. 17, para. 5.2.2; Stoll 2011 (supra fn. 214), Art. XXIII GATT, para. 22.

²¹⁶ Stoll 2011 (supra fn. 214), Art. XXIII GATT, paras 38 f.

²¹⁷ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), pp. 461 f., para. 8.291.

²¹⁸ *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), pp. 4 f.; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 4.

²¹⁹ *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p. 4; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 3.

7. CONCLUSION: PROHIBITED MEASURE

While the general differentiation between imports on the basis of emissions intensity is WTO-conform, exemptions based on climate ambitions and reductions based on carbon pricing violate Art. I GATT. CBAM in itself is the introduction of a new customs duty and thus violates Art. II:1 GATT. Its cap element violates Art. XI:1 GATT. The export rebate is a prohibited subsidy, as it is contingent on export performance in terms of the ASCM.

III. Justification in terms of Art. XX GATT

1. PRELIMINARIES

As established, the adoption of CBAM may lead to violations. Such may be justified in terms of Art. XX GATT. In the following, CBAM will be treated as one single measure, as otherwise the remarks will be repetitive. A successful defence only justifies prohibited measures under GATT and not a prohibited subsidy under the ASCM.²²⁰ The export rebate is thus unjustifiable.

Arts. XX, XXI and XXIV GATT are separated into four different group of exemptions (economic policy, public policy, public security, multilateral policy)²²¹ which follow upon an introductory clause, also referred to as Art. XX Chapeau. The reasoning behind those exemptions is to uphold the national sovereignty of the Members.²²² Even though it appears as if the Chapeau is the introductory clause to the exemptions, the Appellate Body held that the Chapeau must be assessed as a second tier in regard to the specific exemption established.²²³

CBAM is adopted with a view to prevent carbon leakage and to increase the reductions of emissions of the EU's trading partners to prevent climate change, hence, the exemptions of lit. b regarding protection of animal, plant and human life and lit. g regarding conservation of exhaustible resources will be assessed.

2. ART. XX LIT. B GATT

A) PRELIMINARIES

In terms of Art. XX lit. b GATT, any measure necessary to protect human, animal or plant life or health shall be exempted from the application of GATT.

B) PROTECTION OF HUMAN, ANIMAL OR PLANT LIFE OR HEALTH

The wording "to protect" implies that there must be a risk against which human, animal or plant life or health must be shielded, with a risk being probable

²²⁰ *ERCST 2020* (supra fn. 100), Border Carbon Adjustments, p. 21; similarly in regard to the SPS Agreement and the TBT Agreement *WTO 2021* (supra fn. 9393), Analytical Index, Art. XX GATT (Jurisprudence), paras 219-221.

²²¹ *R. Wolfrum*, 'Art. XX GATT Introduction', in: *R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer* (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para 2; *Stoll / Schorkopf 2006* (supra fn. 88), para. 152.

²²² *Stoll / Schorkopf 2006* (supra fn. 88), para. 175.

²²³ Appellate Body, Report of 29 April 1996, WT/DS2/AB/R, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, p. 22; Appellate Body, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 103), p. 44, para. 118; *Wolfrum 2011* (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 8.

damage.²²⁴ Whether the environment in its entirety is covered by lit. b, is subject to debate.²²⁵ Nonetheless, most measures protecting the environment will automatically also protect human, animal or plant life.²²⁶ The risk could lie in the consequences of climate change. Climate change is most likely to have and already has drastic effects, such as the following: In a 1,5 °C scenario, already by 2030 only in regard to increasing levels of heat annually 38.000 people may die from heat distress. Further 48.000 will pass away from diarrhoea (as a symptom of heat strokes), 60.000 from malaria (which spreads faster in warm areas) and 95.000 from childhood undernutrition (due to lower crop yields in hot areas).²²⁷ 8% of the global population will face severe water shortage in case of a temperature increase of 1.7°C above pre-industrial levels within 2021 – 2040.²²⁸ If temperature is only increasing by 1.5°C instead of 2°C above pre-industrial levels, around 30 million people less will be exposed to increased flooding in 2050.²²⁹ Regarding animal and plant life, it is estimated that 3 million metric tonnes of fish will perish per degree of global warming,²³⁰ which is about 2% of the annual global fish consumption.²³¹ In a 1.5°C scenario, around 6.5% of the biomes will transform.²³² 47% of species' extinctions are related to climate change.²³³ 50% of the corals of the Great Barrier Reef died through heat waves already.²³⁴

Against this background of past and future damage to human, animal and plant life, CBAM is introduced as a means to reduce the cause of these harms, which are GHG emissions.

The consequence of CBAM will not take effect only in the EU. Therefore, it might be questioned whether the EU is even entitled to act to protect life outside of the EU's borders. To this notion of extraterritoriality, it should be firstly noted that Art. XX lit. b GATT is nowhere expressly limited to domestic

²²⁴ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), pp. 433 f., para. 8.170; *P.-T. Stoll / L. Strack*, 'Art. XX lit. b GATT', in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, paras 31 f.

²²⁵ *Stoll / Strack* 2011 (supra fn. 224), Art. XX lit. b GATT, para. 25; see for example Art. EXC.1 para. 3 Title XII EU-UK TCA and Art. 32.1 para. 3 USMCA which because of this uncertainty expressly include environment into their understanding of Art. XX GATT.

²²⁶ *Stoll / Strack* 2011 (supra fn. 224), Art. XX lit. b GATT, para. 27.

²²⁷ *Roy / Tschakert / Waisman* 2018 (supra fn. 97), p. 452.

²²⁸ *O. Hoegh-Guldberg / D. Jacob / M. Taylor*, 'Impacts of 1.5°C of Global Warming on Natural and Human Systems', in: IPCC (ed.), *Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty*, IPCC: Geneva, 2018, p. 175 (213).

²²⁹ *Hoegh-Guldberg / Jacob / Taylor* 2018 (supra fn. 228), p. 214.

²³⁰ *Roy / Tschakert / Waisman* 2018 (supra fn. 97), p. 452.

²³¹ *Statista*, 'Global fish production from 2002 to 2019', *Statista*, 2020 <<https://www.statista.com/statistics/264577/total-world-fish-production-since-2002/>> last accessed 24.5.2021.

²³² *Hoegh-Guldberg / Jacob / Taylor* 2018 (supra fn. 228), p. 216.

²³³ *Hoegh-Guldberg / Jacob / Taylor* 2018 (supra fn. 228), p. 218.

²³⁴ *Hoegh-Guldberg / Jacob / Taylor* 2018 (supra fn. 228), p. 226.

life.²³⁵ Secondly, the special circumstances of ecosystems must be kept in mind in that ecosystems are all interrelated and minor effects in one ecosystem may result in drastic effects in another, apparently unrelated, ecosystem (butterfly effect),²³⁶ which is also internationally recognised by Principles 2 and 19 of the Rio Declaration of 1992²³⁷. Accordingly, to protect its own population, the EU is forced to actions whose effects will not only take place within the EU. Further, it should be noticed that the EU's actions in this field are beneficial to the whole world.

To conclude, CBAM is designed to protect human, animal and plant life.

C) NECESSARY TO

The measure must be necessary to attain the reduction of emissions. The assessment of necessity requires a three-step process. Firstly, the measure must establish a genuine relationship of ends and means.²³⁸ Secondly, there must be no less restrictive measure that would achieve the same result.²³⁹ And lastly, all interests involved must be weighed and balanced.

AA) GENUINE RELATIONSHIP BETWEEN ENDS AND MEANS

For the first criterion of a genuine relationship of the ends and means employed, it is required that the measure contributes significantly to the achievement of the purpose of Art. XX lit. b GATT.²⁴⁰ The EU is a net GHG importing region and 30% of the domestic CO₂ production can be attributed to imports.²⁴¹ Furthermore, while the EU constantly reduces the emissions from production within the EU, the GHG emissions related to the EU's international trade are continuously rising.²⁴² Hence, the EU's total emissions could be greatly reduced if the emissions imported are reduced. At the same time, incentives for foreign trading partners to transition to an emissions-neutral economy will yield, in addition to reduced EU emissions, greater benefits for global emissions reduction. Especially if the energy generation in third countries is encouraged to move towards renewable energy, to lower the CBAM rate on their products, significant emissions reductions around the globe are to be expected.

²³⁵ Panel, US-Tuna (Mexico) 1991 (supra fn. 120), p. 36, para. 5.25; *Stoll / Strack* 2011 (supra fn. 224), Art. XX lit. b GATT, para. 52; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 26.

²³⁶ *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 26; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), pp. 24 f.; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 108.

²³⁷ Rio Declaration on Environment and Development, 12 August 1992, A/CONF.151/26 (Vol. I).

²³⁸ *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 465; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 25.

²³⁹ *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 466; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 26.

²⁴⁰ *Wolfnum* 2011 (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 16; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 465.

²⁴¹ *European Parliament* 2021 (supra fn. 173), WTO-compatible EU mechanism, p. 4; *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p. 3.

²⁴² *European Parliament* 2021 (supra fn. 173), WTO-compatible EU mechanism, p. 17.

Moreover, the introduction of CBAM will also require the phase-out of free allowances which will greatly reduce inner EU emissions.²⁴³ While certain opinions are raised that free allowances in the EU ETS were not challenged within the last 15 years,²⁴⁴ it must be recalled that within that time period free allowances never meant any burden to imports. If CBAM is introduced along with EU ETS free allowances, importers will be discriminated against and will oppose CBAM because of that. As free allowances, especially in the emissions-intensive sectors being responsible for the lion share of EU emissions, prevent any need to innovate, the environmental reasoning behind EU ETS and CBAM is endangered and this might suffice to prevent a genuine relationship between ends and means. While an immediate withdrawal of all free allowances might create significant risks to the industry, they need to be phased-out.²⁴⁵ Furthermore, through the need to reduce emissions, global research and development efforts in regard to low-emissions technologies will be enhanced, especially via the distribution of CBAM's revenue. With the reduction of emissions, the above described detrimental impacts on humans, animals and plants will be mitigated.²⁴⁶ Concluding, the adoption of CBAM will contribute significantly to the securing of human, animal and plant life and health.

BB) NO LESS RESTRICTIVE BUT SAME EFFECTIVE MEASURE

The second criterion is that there may not be a less restrictive measure which is as effective as the measure employed and the Member could reasonably be expected to employ the less restrictive measure to achieve the objective pursued.²⁴⁷ In this assessment, it must be borne in mind that the level of protection is within the ambit of national sovereignty, thus, a state may opt for a total ban to realize a total exclusion of risk to protect its citizens, and such should then be the benchmark for any other less restrictive measure.²⁴⁸

It is advanced that the allocation of free allowances would be a less restrictive measure to pursue the objective of carbon leakage.²⁴⁹ While it eases the compliance burden on EU companies, free allocation hinders any innovative

²⁴³ *European Commission*, The European Green Deal, COM(2019) 640 final, 11.12.2019, p. 5 footnote 10 marks CBAM as alternative to free allocation.

²⁴⁴ *Inter alia Agora Energiewende* 2020 (supra fn. 99), p. 9.

²⁴⁵ *European Parliament* 2021 (supra fn. 173), WTO-compatible EU mechanism, p. 25; *CEMBUREAU* 2020 (supra fn. 195), p. 6.

²⁴⁶ See C.III.2.b).

²⁴⁷ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 441, para. 8.198; Panel, US-Gasoline 1996 (supra fn. 109), p. 39, para. 6.24; similarly in regard to Art. 2.2 TBT Agreement Panel, US-Tuna II (Mexico) 2011 (supra fn. 117), p. 221, paras 7.458; *Wolfnum* 2011 (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 17; *Stoll / Strack* 2011 (supra fn. 224), Art. XX lit. b GATT, paras 38 f.; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 466; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 26.

²⁴⁸ Panel, US-Gasoline 1996 (supra fn. 109), p. 39, para. 6.22; Panel, US-Tuna II (Mexico) 2011 (supra fn. 117), p. 218, para. 7.441; *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), para. 185.

²⁴⁹ *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 466, the authors note themselves though that continuance of free allocation is neither in line with the environmental nor the economic rationale behind CBAM.

mechanisms within the company due to a lack of need to reduce emissions. Further, no coercion on the EU's trading partners would be exercised and thereby, the other objective of CBAM is by a pure free allocation not fulfilled. Therefore, the allocation of free allowances is not capable of being as effective.

A Carbon Importation Charge as a flat-percentage-charge would be administratively less burdensome on the respective companies, as no requirements to track emissions would be incurred. To conform with Art. III GATT though it must be ensured that the Charge is at all times lower than (or not in excess of) the EUA price. This would require a difficult methodology, as the former is directly attached to the product price while the latter is levied upon companies and only leveraged to products. In the end, a ceiling price for the Charge would be required. Even though it is administratively less of a burden, it does not pursue the same objectives. A Carbon Importation Charge could only fulfil its environmental reasoning through the distribution of the revenue. The Charge on its own does not radiate any incentive to trading partners or foreign companies to reduce emissions. Therefore, a Carbon Importation Charge would not be as effective.

Another measure would be Carbon Product Standards²⁵⁰ in terms of which sunset dates for installations with a certain emissions output will be determined. As after such sunset date, no products from such emissions-intensive installations, whether domestic or foreign, will be allowed for sale on the internal market, the measure could potentially have the same environmental effect on imports as CBAM. However, as CBAM enables companies to still sell their products on the internal market, while incurring CBAM though, CBAM is in comparison less trade restrictive than a Carbon Product Standard.²⁵¹

While multilateral negotiations in regard to a joint ETS may be less restrictive, as no measure would be unilaterally imposed, such an approach would consume more of the precious time left to effectively hinder global warming while not necessarily be fruitful and thus be less effective.

No less restrictive but same effective measure could be identified.

CC) WEIGHING AND BALANCING

The last criterion concerns itself with the weighing and balancing of the different interests of the Members involved in the matter.²⁵² In contrast to the previous criterion, this is a holistic criterion in that all evidence advanced must be

²⁵⁰ *Actionaid*, 'EU Carbon Border Adjustment and its potential impacts on developing countries', Discussion Paper 2020, p. 2

<<https://actionaid.org/sites/default/files/publications/ActionAid%20discussion%20paper%20on%20the%20EU%20carbon%20border%20adjustment%20-%20March%202020.pdf>> last accessed 24.5.2021; *Agora Energiewende* 2020 (supra fn. 99), p. 4; *Sandbag*, 'Response to the Open Feedback invitation on an inception impact assessment for the implementation of Border Carbon Adjustments', 2020, p. 2 <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-/F510119_en> last accessed 24.5.2021.

²⁵¹ Similarly, while in a different context, *Bundesverwaltungsgericht*, Judgement of 30 June 2005, 7 C 26/04, NVwZ 2005, 1178, 1182, para. 37.

²⁵² *Wolfnum* 2011 (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 18.

regarded.²⁵³ Moreover, it was held that the graver the objective pursued, the less strict is this test to be applied.²⁵⁴ Here it also must be borne in mind that the sovereignty of Members implies the freedom to determine protection levels.²⁵⁵

As described above,²⁵⁶ climate change is life-threatening while CBAM has the potential to greatly reduce global emissions.

Nevertheless, CBAM greatly affects other Members in that emissions-intensive industries around the world are burdened with the obligation to purchase allowances and with the administrative burden to provide emissions data. This burden is eased by the provision of country-specific benchmarks. Furthermore, from the global developments on local ETS, it can be assumed that similar border adjustment will be introduced in the near future worldwide. Therefore, while the administrative burden is incurred only in regard to CBAM, the fruits in the form of emissions data will be usable also for other border adjustments and ETS.

The most important aspect is though that CBAM is genuinely introduced to hinder an increase in the global average temperature. To distribute the revenue to the Green Climate Fund, quickly phase-out free allocation, to establish Art. 192 TFEU as legal basis and to not introduce an export rebate will support the finding of genuineness. If this objective can be reached, the whole world will benefit. For many people, the majority of which not even living in the EU, the fulfilment of CBAM's (and also of the Paris Agreement's) objective is not a question of economics but of survival. Therefore, the interests of the EU (and the world population) supersede any other purely economic interests advanced.

D) INTERIM RESULT: ART. XX LIT. B GATT

As assessed above, CBAM is necessary to protect human, animal or plant life from the consequences of climate change.

3. ART. XX LIT. G GATT

A) PRELIMINARIES

In terms of Art. XX lit. g GATT, any measure relating to the conservation of exhaustible natural resources if such measures are made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption shall be exempted from the application of GATT.

B) ENVIRONMENT AS EXHAUSTIBLE NATURAL RESOURCE

The environment must be an exhaustible natural resource. The provision was originally created with focus on mineral resources and their strategic importance for domestic industries.²⁵⁷ Thus, the parties argued in *US-Shrimp* that it is referred

²⁵³ *Wolfrum* 2011 (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 18.

²⁵⁴ *Mehling / van Asselt / Das / Droge / Verkuijl* 2019 (supra fn. 78), p. 466.

²⁵⁵ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 435, para. 8.179; *Wolfrum* 2011 (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 15.

²⁵⁶ See C.III.2.b).

²⁵⁷ Panel, US-Gasoline 1996 (supra fn. 109), p. 44, para. 6.36; *N. Matz-Lück / R. Wolfrum*, 'Art. XX lit. g GATT', in: R. Wolfrum / P.-T. Stoll / H. Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Pub-

only to finite and neither to biological nor renewable resources, otherwise the term “exhaustible” would be redundant, if resources which cannot be fully depleted by consumption are also covered.²⁵⁸ This was rebuked by stating that non-mineral resources could also be exhausted.²⁵⁹ Moreover, lit. g requires to be interpreted with regard to the contemporary situation as well as the rising awareness within the WTO for environmental concerns as apparent from the inclusion of environment into the WTO’s preamble.²⁶⁰ As well as other international law, WTO law is “by definition evolutionary”²⁶¹ and hence able to develop to mirror current affairs.²⁶² In light thereof, also non-mineral resources, such as the environment, clean air and biodiversity, are encompassed.

A resource is exhaustible if it is depleted by natural or human consumption.²⁶³ While under normal circumstances the life cycles of biosystems prevent exhaustion, through destruction and global warming, the environment and its regeneration capabilities are severely impaired. This has already happened up to a point where it is unsure whether processes such as the melting of the ice caps can even be reversed (tipping points).²⁶⁴ Therefore, despite its regenerative capabilities, the environment has due to anthropogenic influences become exhaustible.

The majority opinion supports this assumption,²⁶⁵ partly with reference to *US-Gasoline* in which clean air was held to be an exhaustible natural resource.²⁶⁶

In the context of lit. g the issue of extraterritoriality as under lit. b arises. It was held that a sufficient nexus between the Member and the natural resource suffices.²⁶⁷ In light of the effects of climate change, this should be uncontested.

lishers: Leiden/Boston, 2011, para 15; *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), paras 190, 756; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), pp. 26 f.

²⁵⁸ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 47, para. 127.

²⁵⁹ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 47, paras 127 f.; supporting Panel, *US-Tuna (EEC)* 1994 (supra fn. 120), p. 50, para. 5.13; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 27.

²⁶⁰ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 48, para. 129; *Hestemeyer / Grotto* 2011 (supra fn. 139), Preamble GATT, paras 17, 23; *Matz-Lüeck / Wolftrum* 2011 (supra fn. 257), Art. XX lit. g GATT, para. 20.

²⁶¹ International Court of Justice, *Legal Consequences of States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970)*, para. 53.

²⁶² Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), pp. 48 f., para. 130; similarly European Court of Human Rights, *Judgement of 25 April 1978, No. 5856/72, Tyrer versus United Kingdom*, para. 31; see further G. *Vidigal*, ‘Evolutionary Interpretation and International Law: Book Review’, 24 *Journal of International Economic Law* 2021, pp. 203 (209 f., 214).

²⁶³ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 47, para. 127; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 665.

²⁶⁴ *Høegh-Guldberg / Jacob / Taylor* 2018 (supra fn. 228), pp. 257 f.; *Roy / Tschakert / Waisman* 2018 (supra fn. 97), p. 458.

²⁶⁵ *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 665; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 26; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 108.

²⁶⁶ Panel, *US-Gasoline* 1996 (supra fn. 109), p. 44, para. 6.37; *Matz-Lüeck / Wolftrum* 2011 (supra fn. 257), Art. XX lit. g GATT, para. 21; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuijl* 2019 (supra fn. 78), pp. 466 f.; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 107.

To conclude, the environment classifies as a natural exhaustible resource.

C) RELATED TO

CBAM must be related to the conservation of the environment.

The exemption under lit. g is to be preferred over lit. b because the threshold which is inherent to the term “related to” is lower than the threshold inherent to “necessary” under lit. b.²⁶⁸ Hence, it is only required to prove that the measure is reasonably related to the conservation.²⁶⁹

As elaborated on,²⁷⁰ to reduce emissions has significant beneficial impacts on the environment, while in the absence thereof, the environment will continue to be depleted. CBAM forces importers to reduce emissions to remain competitive. Therefore, CBAM is reasonably related to the conservation of the environment.

D) EVEN-HANDEDNESS OF TREATMENT

Furthermore, the measure must be made effective in conjunction with restrictions on domestic production or consumption. This might be seen as an addition to the national treatment principle in that environmental measures are only seen as legitimate and genuine if they apply equally to domestic and foreign companies.²⁷¹ An even-handedness, that is a level playing field between environmental regulation of domestic companies and importers, is required.²⁷²

CBAM must be designed as a mirror to EU ETS to pass this test. Because of this it would be fatal if free allocations are kept in place to the detriment of importers. Further, in comparison to EU benchmarks too strict country-specific benchmarks might be seen as not even-handed. Important herefore is that the benchmarks genuinely reflect the emissions intensity in that Member.

Concluding, CBAM is even-handed to the EU ETS.

E) INTERIM RESULT: ART. XX LIT. G GATT

As assessed above, CBAM is related to the conservation of the environment.

²⁶⁷ *Bäumler* 2020 (supra fn. 87), para. 113; *Matz-Lück / Wolfrum* 2011 (supra fn. 257), Art. XX lit. g GATT, para. 24; *P.-T. Stoll / S. Vöneky*, ‘The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade’, 62 *ZaöRV* 2002, p. 21 (30).

²⁶⁸ Appellate Body, US – Gasoline 1996 (supra fn. 223), pp. 17–19; *International Food & Agricultural Trade Policy Council* 2006 (supra fn. 93), p. 28; *E. Weiss*, ‘Integrating Environment and Trade’, 19 *Journal of International Economic Law* 2016, p. 367 (369).

²⁶⁹ Appellate Body, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 103), p. 52, para. 136; Panel, US-Gasoline 1996 (supra fn. 109), p. 45, para. 6.39; similar Panel, US-Tuna (EEC) 1994 (supra fn. 120), p. 53, para. 5.22; *Wolfrum* 2011 (supra fn. 221), Art. XX GATT Introduction, para. 21; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuil* 2019 (supra fn. 78), p. 467; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 665.

²⁷⁰ See C.III.2.b).

²⁷¹ *Matz-Lück / Wolfrum* 2011 (supra fn. 257), Art. XX lit. g GATT, para. 34; *Stoll / Schorkopf* 2006 (supra fn. 88), para. 758; *Stoll / Vöneky* 2002 (supra fn. 267), p. 31.

²⁷² Appellate Body, US – Gasoline 1996 (supra fn. 223), pp. 20 f; Appellate Body, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 103), p. 54, para. 143; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuil* 2019 (supra fn. 78), p. 467; *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 665.

4. ART. XX GATT CHAPEAU

A) PRELIMINARIES

Not only must the measures qualify for one of the exemptions listed in Art. XX GATT, but moreover must be in conformity with the Chapeau. The Chapeau clause has the purpose to screen out any measures which are not enacted in good faith and are meant to evade the obligations arising under GATT.²⁷³ While Art. XX GATT is meant to uphold national sovereignty in the areas listed, it must be ensured that Art. XX GATT does not lead to a frustration of the purpose of GATT and that also the rights of others are kept in sight.²⁷⁴

B) DISCRIMINATION

The measure could be discriminatory. This is the case if different Members or domestic and imported products are treated *de jure* or *de facto* differently.²⁷⁵

CBAM is an external mirror of EU ETS. Accordingly, there should not be any discrimination between domestic and imported products. Regarding different Members though, CBAM could discriminate in four different ways.

Firstly, LDC and SIDS are exempted from the ambit of CBAM. Those Members are treated preferentially towards other Members. However, in terms of the Enabling Clause, special and differential treatment is excluded from the ambit of Art. I GATT and requires no exemption in terms of Art. XX GATT.

Secondly, CBAM accounts for carbon pricing methods of the respective Members and reduces the CBAM rate accordingly. This discriminates against all Members not putting in place carbon pricing, whether or not they gain similar results via other environmental non-price based regulation or not.

Thirdly, CBAM employs country-specific benchmarks. In terms thereof, CBAM discriminates between Members which have a greener energy mix and those relying on fossil fuels as well as between Members having emissions-intensive industry sectors and others having less emissions-intensive industry sectors.

Fourthly, the cap element may be discriminatory, however, it is a burden on all importers regardless of their origin. Therefore, it is not discriminatory.

A discriminatory measure may not be unjust or arbitrary.²⁷⁶

²⁷³ Panel, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 159), p. 292, para. 7.29; *ERCST2020* (supra fn. 100), Border Carbon Adjustments, p. 20; *Franken* 2010 (supra fn. 104), p. 71; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 28; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 109.

²⁷⁴ Appellate Body, US – Gasoline 1996 (supra fn. 223), p. 22; Appellate Body, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 103), p. 57, para. 151; Panel, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 159), p. 295, paras 7.39 f.; R. *Wolfnum*, ‘Art. XX GATT Chapeau’, in: R. *Wolfnum* / P.-T. *Stoll* / H. *Hestermeyer* (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston, 2011, para. 4; *Stoll / Vöneky* 2002 (supra fn. 267), pp. 31 f.

²⁷⁵ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 447, para. 8.227; *Wolfnum* 2011 (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 44.

²⁷⁶ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 447, para. 8.226; Panel, Report of 15 June 2001, WT/DS58/RW, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to article 21.5 by Malaysia, p. 96, para. 5.124.

AA) ARBITRARY DISCRIMINATION

To not qualify as an arbitrary discrimination, the measure must be implemented in a transparent and predictable manner with a right to be heard.²⁷⁷ This entails that the measure is carried out in light of the principles of fairness and due process and in the absence of inconsistency or capriciousness.²⁷⁸ To be not arbitrary, which measures qualify as foreign carbon pricing and how the data is derived for the benchmarks need to be expressed by law.

In regard to carbon pricing, it must be clearly stated whether the emissions content subject to carbon pricing is exempt from CBAM or whether only already paid carbon prices will be deducted from the CBAM rate. The former mechanism would have the result that foreign free allowances will also lead to a non-applicability of CBAM and that also low carbon pricing leads to exemptions, which is environmentally not desirable and may be seen as inconsistent.

If CBAM only credits carbon pricing, it might be questioned whether this is arbitrary to Members which adopted other measures of climate protection than carbon pricing, for example stringent emissions reduction targets. In this context, reference should be made to *US-Shrimp* in which it was held that the requirement towards other Members to introduce “essentially the same measure” was arbitrary and did not allow to account for differences, flexibility and other policy approaches.²⁷⁹ To require carbon pricing appears *prima facie* as such an inflexible requirement. *US-Shrimp* must be distinguished from CBAM though. While in *US-Shrimp* also employment of other measures preventing the catch of sea turtles resulted in an import ban, Members’ usage of other environmental regulation to reduce emissions output will lead to those companies incurring a lower CBAM rate due to lower emissions. Accordingly, all emissions related measures will directly reflect on the CBAM rate. As a consequence, and in opposition to the measure in question in *US-Shrimp*, CBAM gives other Members “sufficient latitude” to put “in place regulatory programmes comparable in effectiveness”²⁸⁰. Only carbon pricing which has only indirect effects via later innovations and investments or revenue distribution needs to be especially regarded. Whether to include an offset mechanism, is predominantly a policy decision, but those projects supported have likewise only indirect to none effect on emissions of the company.

²⁷⁷ *Wolfrum* 2011 (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 40; *Europe Jacques Delors* 2020 (supra fn. 17), p. 7; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuil* 2019 (supra fn. 78), p. 468.

²⁷⁸ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 74, para. 181; Discrimination found in lack of fairness in CJEU, Judgement of 2 April 1998, C-213/96, *Outokumpu Oy*, ECLI:EU:C:1998:155, paras 34 f., 39; *Wolfrum* 2011 (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 41; *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuil* 2019 (supra fn. 78), p. 468.

²⁷⁹ Appellate Body, Report of 22 October 2001, WT/DS58/AB/RW, *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Recourse to article 21.5 of the DSU by Malaysia, p. 45, para. 140; Panel, *US-Shrimp Products – Recourse* (supra fn. 276), p. 88, para. 5.93 and p. 91, para. 5.103; C. Tietje, ‘Die völkerrechtliche Kooperationspflicht im Spannungsverhältnis Welthandel/Umweltschutz und ihre Bedeutung für die europäische Umweltblume’, 35-2 *EuR* 2000, p. 285 (292).

²⁸⁰ Appellate Body, *US Shrimp Products – Recourse* (supra fn. 279), p. 46, para. 144.

Regarding the country-specific benchmarks, a clear procedure should be set out in the legislation as well as accompanying handbooks on how to report actual emissions data to rebut the assumptions of the country-specific benchmarks.²⁸¹ This would entail that companies which are greener than the country-specific benchmark are given the possibility to consult (CBAM-certified) auditors and to submit the auditors' report via an established and easily accessible online platform. As discrimination may arise if those auditors are not available worldwide, it is advisable to not design a very own monitoring and reporting standard, but to rely on already existing standards, such as the Greenhouse Gas Protocol²⁸². If the mechanism employs such standards, a certain infrastructure and knowledge on the application thereof is already available. In regard to smaller Members, where availability cannot be ensured, discretion should be assigned to the EU administration to allow those companies to rely on other methods of reporting. Especially in regard to the reporting of actual emissions data, an appeal authority within the EU administration with right to recourse to a court should be established to ensure due process and fairness in the application of CBAM. To substantiate the non-arbitrariness, the EU should set forth regular revisits of the rules on administration of CBAM to ensure that they are non-discriminatory. Concluding, CBAM should not result in arbitrary discrimination.

BB) UNJUSTIFIABLE DISCRIMINATION

To not qualify as an unjustifiable discrimination, the measure must be applied in a manner which closely adheres to standards and realities on the ground.²⁸³

To only recognize carbon pricing could be seen as unjust, however, as elaborated on,²⁸⁴ the justification is that other environmental legislation if it is actually efficient should result in lower emissions output per company and should reduce the CBAM rate anyway. To further regard those policies could even be unjust to Members only employing carbon pricing. Carbon pricing has no such direct effect on the emissions output, but taxes it as well. Hence, carbon pricing needs special consideration and should be deducted from the CBAM rate. To only recognize carbon pricing is thus not unjustifiable.

Regarding the employment of benchmarks, such is reasoned by the administrative cost on the EU as well as on the companies. With the option to report actual emissions data and thereby rebut the benchmarks, companies are given sufficient latitude.²⁸⁵ Moreover, the benchmarks are representative of the GHG intensity of the Members' industry. A finding of unjustness is far-fetched.

²⁸¹ *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuijl* 2019 (supra fn. 78), p. 468.

²⁸² The Greenhouse Gas Protocol differentiates between scope 1 (directly by company), scope 2 (energy generation) and scope 3 (ancillary emissions, such as transport, product-life-cycle). According to its own statement, it is used by 92% of Fortune 500 companies, *ERCST 2020* (supra fn. 100), *Border Carbon Adjustments*, p. 31; *Greenhouse Gas Protocol*, A Corporate Accounting and Reporting Standard, World Resources Institute and World Business Council for Sustainable Development: Geneva/Washington, revised edn, 2004; *Greenhouse Gas Protocol*, 'Companies and Organizations', 2021, p. 27 <<https://ghgprotocol.org/companies-and-organizations>> last accessed 24.5.2021.

²⁸³ *Wolfrum* 2011 (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 34.

²⁸⁴ See C.II.1.c).

²⁸⁵ *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 666.

It could be raised that the measure is nevertheless unjustifiable, as developing countries historically contributed less to current levels of global GHG,²⁸⁶ and therefore the benchmarks should adjust to the share in the global CO₂-budget. To the contrary, as many developing countries are nowadays active as suppliers of developed countries,²⁸⁷ they contribute significantly to global GHG emissions. In fact, already 2009 developing countries and developed countries emitted the same amount of GHG.²⁸⁸ In 2018, in the list of top 20 carbon emitters in absolute terms all developed countries on that list such as USA, Germany, Japan, France and so on emitted less than only China and India combined.²⁸⁹ The emissions curve of developing countries increases significantly due to dependency on fossil fuels as well as progressive industrialization.²⁹⁰ Especially on a long-term perspective, to exempt all developing countries would impair the environmental reasoning of CBAM severely, despite the historical outputs of developed countries. The employment of benchmarks is therefore not unjustifiable. No unjustifiable discrimination was established.

CC) WHERE THE SAME CONDITIONS PREVAIL

Discrimination can only occur if Members with different conditions are treated like equals or if Members with the same conditions are treated differently.²⁹¹ A consideration of the Members' conditions and the circumstances is required.²⁹² Lacking an arbitrary or unjustifiable discrimination, this need not be assessed.

C) DISGUISED RESTRICTION ON INTERNATIONAL TRADE

CBAM may not classify as a disguised restriction on international trade. It was noted that the decisive part of the phrase is not the restriction, as all violations constitute restrictions, but that the measure is disguised.²⁹³ As apparent from an interpretation in terms of Art. 31 VCLT the ordinary meaning of "disguise" is to deliberately hide the true colours of something.²⁹⁴ Hence, a disguised restriction is a measure which falls within the exemptions listed in Art. XX GATT, but whose purpose is to restrict trade.²⁹⁵ Following Mehling this follows a three-step test.²⁹⁶ Firstly, the measure must be publicly announced.²⁹⁷ Secondly, it should be

²⁸⁶ *Merkel* 2020 (supra fn. 88), p. 666.

²⁸⁷ *Actionaid* 2020 (supra fn. 250), p. 6.

²⁸⁸ *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 5.

²⁸⁹ *Union of Concerned Scientists*, 'Each Country's Share of CO₂ Emissions', 2020 <<https://www.ucsusa.org/resources/each-country-share-co2-emissions>> last accessed 24.5.2021.

²⁹⁰ *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 5.

²⁹¹ *Wolfnum* 2011 (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 43; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 28.

²⁹² *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 469.

²⁹³ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 450, para. 8.236.

²⁹⁴ *Cambridge Dictionary*, 'Disguise' <<https://dictionary.cambridge.org/dictionary/english/>> last accessed 24.5.2021.

²⁹⁵ Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), p. 450, para. 8.236.

²⁹⁶ *Mehling / van Asselt / Das / Droegge / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 470.

²⁹⁷ Appellate Body, US – Gasoline 1996 (supra fn. 223), p. 25; Panel, EC-Asbestos 2000 (supra fn. 105), pp. 448 f., paras 8.234 f.; *Wolfnum* 2011 (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 45.

noted whether the measure arbitrarily or unjustifiably discriminates.²⁹⁸ And thirdly, the design and structure of the measure should be assessed.²⁹⁹ CBAM was publicly announced *inter alia* via the Inception Impact Assessment and discussed on WTO level³⁰⁰ and by developing countries³⁰¹. CBAM does not discriminate arbitrarily or unjustifiably as established above. Lastly, CBAM's design may not be a concealed trade-restrictive measure, but genuinely environmental. With the phasing-out of free allocation within the EU, and the gradual introduction of CBAM, emissions of all trade activities with regard to the EU will be priced and hence incentives created to reduce emissions. As this regime applies fully to companies located within the EU and elsewhere, this is merely equalizing the burden already borne by EU companies. Also, the exclusive distribution of the revenue among developing countries as most affected by and least capable of fighting against climate change fosters a genuine environmental motive. This will be supported by adoption of CBAM in terms of Art. 192 TFEU as a measure purely concerned with environmental matters. The introduction of export rebates may reverse these findings. If with revenue received from companies producing elsewhere EU companies are financed via the Innovation Fund with a view to better their position on the markets of third countries, this might cast a shadow on the environmental reasoning. Concluding, no finding of a disguised restriction could be established.

D) MULTILATERAL APPROACH

While this is not expressed in Art. XX GATT Chapeau, in *US-Shrimp* it was held that the US failed to initiate negotiations with all parties involved in good faith (implying not an “one-off”, but a continuous exercise) and only upon failure of such negotiations or only in regard to parties not negotiating, to introduce environmental trade measures would have been allowed.³⁰² As the WTO is a multilateral trade regime, it was held that in terms of its nature as an organization determined to free trade, the WTO would always prefer a consensual multilateral solution over the unilateral imposition of rules.³⁰³ This is also apparent

²⁹⁸ Appellate Body, *US – Gasoline 1996* (supra fn. 223), p. 25; Panel, *EC-Asbestos 2000* (supra fn. 105), p. 449, para. 8.235.

²⁹⁹ Panel, *US-Shrimp Products – Recourse* (supra fn. 276), p. 100, para. 5.142; *Wolfnum 2011* (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 45; *WTO/UNEP 2009* (supra fn. 17), p. 110.

³⁰⁰ *World Trade Organization 2020* (supra fn. 100).

³⁰¹ *BASIC*, ‘Joint Statement issued at the conclusion of the 30th BASIC Ministerial Meeting on Climate Change hosted by India on 8th April 2021’, 8 April 2021, para. 19 <https://www.environment.gov.za/mediarelease/basic_ministerialmeeting_climatechange_india> last accessed 24.5.2021.

³⁰² Appellate Body, *US-Shrimp Products 1998* (supra fn. 103), p. 66, para. 166; Panel, *US-Shrimp Products – Recourse* (supra fn. 276), pp. 80 f., paras 5.66 f.; *Wolfnum 2011* (supra fn. 274), Art. XX GATT Chapeau, para. 36; *Stoll / Schorkopf 2006* (supra fn. 88), paras 195, 759; C. Godt, ‘Global Environmental Governance and the WTO: Emerging Rules through Evolving Practice: The CBD-Bonn Guidelines’, in: C. Joerges / E.-U. Petersmann (eds), *Hart: Oxford*, p. 413 (419); *Stoll / Vöneky 2002* (supra fn. 267), pp. 32 f.; *Umweltbundesamt 2008* (supra fn. 20), p. 29.

³⁰³ Panel, *US-Shrimp Products – Recourse* (supra fn. 276), p. 78, para. 5.56; Panel, *US-Shrimp Products 1998* (supra fn. 159), p. 296, para. 7.43.

from the Preamble of GATT referring to “entering into reciprocal and mutually advantageous arrangements”.³⁰⁴ While regarding certain policy issues, a multilateral approach might not be preferable, especially in the field of environmental protection with the environment as a global common which cannot be protected by one Member alone, there is an obligation to cooperate.³⁰⁵

The question is whether the EU has fulfilled this obligation. The EU has participated and been active in several agreements on climate change, the latest seminal one being the Paris Agreement. Nonetheless, the EU did not negotiate any agreement regarding an ETS. From the little case law, it cannot be discerned whether the involvement in the Paris Agreement is sufficient to allow the EU to take more stringent measures. The assumption goes that by negotiating the Paris Agreement, the EU acted in good faith on multilateral level and thereby fulfilled its obligation to cooperate.³⁰⁶ Also, in case of a legal dispute, any WTO body must recognize that the implementation of stricter emissions reduction targets in comparison to the Paris Agreement or even a regional or global ETS is futile and will take years while urgent and effective action was required by yesterday.

Nevertheless, the EU should engage in negotiations. Not only to prevent legal challenges, but also because it makes only sense to pursue a global ETS with a CBAM against non-members. CBAM is being introduced because other countries are less strict than the EU with their climate commitments. If other countries would increase their climate commitments to the level of the EU, then there would be no need for CBAM, hence CBAM should contain a sunset clause. While the EU progresses CBAM, it should negotiate with other progressive countries, such as Japan, United Kingdom, Canada or even California-Québec as well as the members of EFTA, to establish a Carbon Customs Union in which an internal ETS is introduced and which is secured by an external carbon border adjustment. Such a Carbon Customs Union should be careful to avoid unanimity to not hinder its effectiveness. Furthermore, as learnt from the experience of the accession of Ontario, it should be designed in a way to allow for swift accession. But most importantly, the EU may not back down from the current EUA price. If such a Carbon Customs Union is supposed to be fertile and lead to further emissions reduction, the weakest may not determine the allowance price.

But, as stated, even absent further negotiations, the EU fulfilled its obligations to negotiate through its participation in *inter alia* the Paris Agreement.³⁰⁷

5. CONCLUSION: JUSTIFICATION IN TERMS OF ART. XX GATT

To put it all in a nutshell, CBAM’s compliance to WTO depends on how

³⁰⁴ Panel, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 159), p. 296, para. 7.42; *Hestemeyer / Grotto* 2011 (supra fn. 139), Preamble GATT, para. 31.

³⁰⁵ See also Principle 12 of Rio Declaration 1992; Panel, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 159), p. 299, para. 7.50; *Ruddigkeit* 2009 (supra fn. 17), p. 27; *Tietje* 2000 (supra fn. 279), p. 292; *Umweltbundesamt* 2008 (supra fn. 20), p. 28.

³⁰⁶ *Franken* 2010 (supra fn. 104), p. 71; *Mehling / van Asselt / Das / Droege / Verkuyl* 2019 (supra fn. 78), p. 469.

³⁰⁷ For an exhaustive list of MEA to which the EU is a party or a signatory, see, *European Commission*, ‘Multilateral Environmental Agreements’, 2021 <https://ec.europa.eu/environment/international_issues/agreements_en.htm> last accessed 24.5.2021.

genuinely it is introduced. Design elements such as distribution of revenues, free allocation or export rebate are decisive to determine its genuineness. Any violation of GATT can be exempted by reference to either Art. XX lit. b or g GATT. To design CBAM as WTO-compliant is therefore possible.

D. INCLUSION OF ENVIRONMENTAL LAW INTO INTERNATIONAL TRADE LAW

I. WTO and environmental law

Since the original adoption of GATT 1947, the WTO has seen several challenges of environmental measures as well as negotiations concerning the inclusion of environmental aspects.³⁰⁸

While it was not the first case on environmental matters, the dispute bodies held in *US-Tuna (Mexico)* that trade trumps environment.³⁰⁹ The US imposed a ban on the import of tuna on Members with less stringent dolphin protection regulations.³¹⁰ As Mexico felt this to be an abuse of environmental law to disguise a protectionist measure,³¹¹ it challenged the measures successfully. The report led to an uproar and marked the beginning of the conflict between trade and environment.³¹² *US-Tuna (Mexico)* was pursued by a series of initiatives to reconcile trade and environment, with only minor results though. Most notable, in 1994 the Preamble to the WTO was adopted, expressly including environmental considerations.³¹³ While also in *US-Shrimp* the Panel held against the US, it made certain to pronounce that generally states are allowed under GATT to enact environmental measures being restrictive on trade.³¹⁴ Contrary thereto, the conflicts carried on. As to the exemption of environmental subsidies in Art. 8:2 lit. a ASCM, despite countries' calls about the detrimental signal to the public, such was not extended.³¹⁵ Developing countries, as Mexico did in *US-Tuna (Mexico)*, referred to environmental measures as "eco-imperialism" and prevented amendments of WTO law in regard thereto.³¹⁶

³⁰⁸ Weiss 2016 (supra fn. 268), p. 367.

³⁰⁹ Panel, *US-Tuna (Mexico)* 1991 (supra fn. 120), pp. 35 f., paras 5.28 f. and pp. 37 f., paras 5.33 f.; D. Vogel, 'The Environment and International Trade', 12-1 *Journal of Policy History* 2000, pp. 72 (73).

³¹⁰ Panel, *US-Tuna (Mexico)* 1991 (supra fn. 120), p. 30, para. 5.1; Vogel 2000 (supra fn. 309), p. 73.

³¹¹ Vogel 2000 (supra fn. 309), p. 75.

³¹² Vogel 2000 (supra fn. 309), p. 76.

³¹³ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 48, para. 129; Panel, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 159), p. 296, para. 7.42; Gehring 2007 (supra fn. 133), p. 65; I. Kim, 'Trade Agreements and the Environment', in: R. Looney (ed.), *Handbook of International Trade Agreements, Country, regional and global approaches*, Routledge: London/New York, 2019, p. 18; Tietje 2000 (supra fn. 279), p. 286; *WTO/UNEP* 2009 (supra fn. 17), p. 80.

³¹⁴ Panel, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 159), p. 301, para. 9.1; Tietje 2000 (supra fn. 279), p. 291; Vogel 2000 (supra fn. 309), p. 81.

³¹⁵ Wu 2015 (supra fn. 182), p. 4.

³¹⁶ D. B. Hakim, 'Economic Growth, Trade and Environmental Issues: Testing Environmental Kuznets Curve', 3-3 *Economic Journal of Emerging Markets* 2011, p. 299 (301); Kim 2019 (supra fn. 313), p. 126; Vogel 2000 (supra fn. 309), pp. 73 f.

Within the WTO, the conflict was institutionalized *inter alia* by the Committee on Trade and Environment, however, these attempts remained futile to solve the issues. Also, negotiations on an Environmental Goods Agreement which would lead to tariff reductions or exemption for all products that contribute to environmental protection, green growth, climate resilience and sustainable development were initiated. Thereby, worldwide access to green technologies and products necessary to overcome climate change was supposed to be eased. But the negotiations were halted in 2018.³¹⁷

As apparent from the above assessment of the WTO conformity of CBAM, a number of disputes around environmental measures have not yet been solved and the implementation of environmental measures is not free of risk of being successfully challenged in front of the WTO dispute bodies.³¹⁸ At the same time, the body of environmental agreements regulating *inter alia* trade-related aspects is constantly rising and by now covers several aspects of international trade.³¹⁹

II. Does the GATT sufficiently cater for the environment?

In light of the ongoing challenges in dealing with the environment (as apparent from the previous assessment of CBAM as well as the above remarks on WTO and environmental law) and the increasing importance and awareness for environmental matters, the question might be asked whether GATT is sufficient to find solutions thereto or whether GATT requires an amendment. To find an answer, the uncertainties in the above assessment should be recalled:

By now, it should be seen as established that Art. XX GATT includes environmental matters in lit. b and lit. g. Extensive case law has already paved the way heretofore.³²⁰ Accordingly, even measures which violate GATT can be exempted.

While an exemption is appreciable, maybe environmental measures should not even violate GATT in the first place.

To attach origin-neutral, non-discriminatory environmental criteria to imports is not prohibited by Art. I GATT. Thus, if accorded to all Members, imports can be made subject to *inter alia* emissions intensity.

As apparent from Art. III and Art. II:2 lit. a GATT regulations covering domestic and foreign companies likewise do not violate WTO law. Any environmental law which requires the same standards from domestic and imported products should be *prima facie* WTO conform. This is so far also justified to avoid disguised protectionist measures and serves the environmental rationale.

However, due to GATT's primary distinction into taxes and customs, other

³¹⁷ *European Parliament*, 'Legislative Train – Plurilateral Environmental Goods Agreement (EGA)', 2021, <[https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-environmental-goods-agreement-\(ega\)>](https://www.europarl.europa.eu/legislative-train/theme-a-balanced-and-progressive-trade-policy-to-harness-globalisation/file-environmental-goods-agreement-(ega)>) last accessed 24.5.2021.

³¹⁸ To cater for these uncertainties, trade liberalization agreements usually include extensive chapters on environmental matters.

³¹⁹ See for an overview of multilateral agreements, excluding regional ones, *World Trade Organization*, Matrix on Trade-related Measures pursuant to selected Multilateral Environmental Agreements, WT/CTE/160/Rev.9 TN/TE/S/5/Rev.7, 19 March 2021.

³²⁰ Appellate Body, US-Shrimp Products 1998 (supra fn. 103), p. 48, para. 129; Panel, US-Gasoline 1996 (supra fn. 109), p. 44, para. 6.37; *Vidigal* 2021 (supra fn. 262), pp. 207 f., 216.

measures of a more *sui generis* nature such as ETS are not well accounted for and hence do not benefit from the exclusions provided for in GATT. Next to Art. III and Art. II:2 lit. a GATT, this can be also seen with the export rebate. If EU ETS was a tax, the export rebate would not have classified as a prohibited subsidy but would have been excluded under footnote 1 to the ASCM. A reasoning for the differential treatment of non-taxes cannot be advanced.

Moreover, the relationship between multilateral environmental agreements (MEA) and the WTO is still vague and could also so far not be solved by the Committee on Trade and Environment. This was *inter alia* prevalent in *Chile-Swordfish* concerning the Chilean prohibition for EU's ships to port in Chile if they fished swordfish while not adhering to Chilean conservation laws.³²¹ As the Chilean prohibition was a measure regulated by GATT and UNCLOS³²², the case was brought before the Panel and the International Tribunal for the Law of the Sea. By consensus the parties later resolved the Panel case with reference to the findings of the International Tribunal,³²³ and thereby saved the Panel from deciding on the interrelationship of WTO and other international agreements.

To which extent MEA influence the interpretation of WTO law may be determined by reference to Art. 31 VCLT. In terms of Art. 31 para. 1 VCLT, interpretation must regard the wording as well as the purpose of a provision. As paragraph 2 states the purpose may be fleshed out by later agreements related to the treaty. Within the WTO, no agreement on trade-related environmental aspects was concluded. The negotiations on the Environmental Goods Agreement failed. In terms of Art. 31 para. 3 lit. b VCLT, any subsequent practice should be regarded. In *US-Tuna (EEC)*, the Panel held that MEA cannot affect the interpretation of the WTO, as those are not part (of the practice) of the WTO.³²⁴ As Art. 31 para. 3 lit. c VCLT sets forth, any international law applicable to the parties may be referred to. In *EC-Biotech*, the Panel held that "the parties" in terms of lit. c refer to all WTO Members, not only those in dispute.³²⁵ This interpretation virtually hinders that MEA will ever be taken into account via lit. c, as there is no MEA to which all WTO Members are parties to. Lastly, lit. c may be employed to refer to international customary law or general principles of law. While in *EC-Biotech*, the Panel held in 2006 that the precautionary principle did not elevate yet to the rank of international customary law,³²⁶ to regard the Rio Principles as international customary law may be the gateway to introduce environmental law into the WTO.

For interpretation purposes, it therefore seems impossible to regard MEA as interpretation guidelines for WTO law. This finding contradicts fully with the

³²¹ *Stoll / Vöneky* 2002 (supra fn. 267), pp. 21 f.

³²² United Nations Convention on the Law of the Sea, 10 December 1982, 1833 UNTS 3.

³²³ European Union and Chile, Joint Communication of 3 June 2010, WT/DS193/4 G/L/367/Add.1, Chile – Measures Affecting the Transit and Importation of Swordfish.

³²⁴ Panel, *US-Tuna (EEC)* 1994 (supra fn. 120), pp. 51 f., para. 5.19.

³²⁵ Panel, Report of 29 September 2006, WT/DS291/R WT/DS292/R WT/DS293/R, European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, p. 333, para. 7.68.

³²⁶ Panel, *EC Approval and Marketing of Biotech Products* 2006 (supra fn. 325), pp. 340 f., para. 7.89.

Appellate Body in *US-Shrimp* which regarded MEA for several purposes and even reasoned the obligation to cooperate by reference to MEA, resulting in the US losing the case.³²⁷

To elaborate on the relationship between MEA and WTO law is beyond the scope of this thesis. It suffices to say that a clarification by *Chile-Swordfish* would have been helpful to settle whether trade-related aspects of MEA are *lex specialis* to GATT, to what extent MEA are guidelines for interpretation of WTO law, which dispute body is responsible and how to deal with a Member adopting trade measures in conformity with a MEA against a non-party to such MEA.³²⁸ The importance for an express declaration over these matters will increase over the years with the increase of MEA and their trade-related provisions.

Further, it should be kept in mind that with increasing awareness of the consequences of climate change, dispute bodies may be more likely to be open for a green interpretation of GATT in terms of Art. 31 para. 1 VCLT, regardless of the relationship of MEA and WTO. Especially as it was several times handed down that international law must be seen in the respective context and is dynamic in nature. This would allow the dispute bodies more leeway when examining especially Art. XX GATT.

Therefore, as established, there is no inherent or non-by-interpretation-curable fault within the WTO. Most environmental measures are not even prohibited, and even if, will be exempted in terms of Art. XX GATT. The wording “customs duty” and “tax” should be interpreted more openly, to allow for novel instruments to tackle a range of policies, including the environment. The relationship with MEA requires regulation though in order to accurately reflect the global environmental agenda. Concluding, the GATT does cater for environment, but not sufficiently to be in step with current global environmental initiatives.

E. CONCLUSION: CBAM CAN BE WTO-CONFORM!

The issue of the WTO conformity of CBAM was often superficially raised in literature. Some, going deeper into the topic, provided for potential violations but refrained from material assessments by simply referring to Art. XX GATT. This assessment is supposed to be a material assessment of the most relevant aspects of CBAM under WTO law.

Within this assessment the following structural elements of CBAM were held to be not violating, or if so, exempt by GATT: Differentiations based on emissions intensity are origin-neutral and thus conform. The exemptions of LDC and SIDS are justified by the Enabling Clause. A further exemption of ambitious countries is discriminatory and should also out of efficiency reasons not be pursued. Benchmarks may be discriminatory but can be exempt. Crediting of domestic policies can be exempt. The cap element is a violation which can be exempt. The export rebate violates the ASCM and cannot be exempt, while the distribution of revenues is not a violation, regardless of whether to an international environmental

³²⁷ Appellate Body, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 103), p. 49, para. 130 and pp. 67 f., para. 168; Panel, *US-Shrimp Products* 1998 (supra fn. 159), p. 295, para. 7.53.

³²⁸ *Stoll / Vöneky* 2002 (supra fn. 267), p. 22.

fund or to the Innovation Fund. However, to distribute the revenue to the former would support the genuineness and would prevent the finding of disguised protectionism. The introduction of a floor price in EU ETS which serves as price for CBAM could ensure that they are always equivalent.

In the end, CBAM's conformity with Art. XX GATT will depend ultimately on the motives of the EU, as apparent from CBAM's structure and design. Therefore, the EU should be careful to avoid introducing industry-policy but focus solely on CBAM as a genuine environmental instrument to prevent carbon leakage and to reduce global emissions by forcing others to adhere to their climate commitments. Furthermore, as noted several times, EU ETS should also always be stricter than CBAM to avoid legal challenges.

On a sidenote, the issue of an International GHG Market or more precisely a Carbon Customs Union was raised as sunset clause for CBAM. It was stated that negotiations towards such will on the one hand ensure the fulfilment of the Art. XX GATT Chapeau but on the other hand should, anyway, be an inherent feature of CBAM in that through such a multilateral initiative the motive of CBAM being the lack of climate ambitions can be further tackled.

This bachelor thesis can be deepened in several aspects. Firstly, as now the WTO conformity is established, the next step would be to come up with an actual fleshed out design of CBAM compatible with the WTO. Secondly, the notion of an international GHG market requires further research, also regarding its WTO conformity. And thirdly, assessment of other carbon pricing initiatives may help to improve CBAM as well as EU ETS and also contribute to establishing core principles for a Carbon Customs Union.

The climate crises is at our front door. To end with the voice of my generation: We can avoid climate and ecological catastrophe. Humans are very adaptable: we can still **fix** this. But the opportunity to do so will not last for long. We must start today.

Greta Thunberg³²⁹

Maybe CBAM is one of the mosaic pieces to **fix** this.

³²⁹ *The Guardian*, ““You did not act in time”: Greta Thunberg’s full speech to MPs”, *The Guardian*, 2019 <<https://www.theguardian.com/environment/2019/apr/23/greta-thunberg-full-speech-to-mps-you-did-not-act-in-time>>, last accessed 24.5.2021.

LITERATURE

- Actionaid* (2020) 'EU Carbon Border Adjustment and its potential impacts on developing countries', Discussion Paper
<<https://actionaid.org/sites/default/files/publications/ActionAid%20discussion%20paper%20on%20the%20EU%20carbon%20border%20adjustment%20-%20March%202020.pdf>> last accessed 24.5.2021.
- Konstantinos Adamantopoulos* (2008) 'Art. 1 SCMA', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Michael Koebele (eds), *WTO – Trade Remedies*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- / *Vassilis Akrítidis* (2008) 'Art. 3 SCMA', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Michael Koebele (eds), *WTO – Trade Remedies*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Freya Baetens / Holger Hestermeyer* (2011) 'Art. XVI GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Jelena Bäumler* (2020) '131a. WTO', in: Horst Krenzler / Christoph Herrmann / Marian Niestedt (eds), *EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht*, C.H. Beck: Munich, 16th edn.
- Jean-Yves Benoit / Claude Côté* (2015) 'Essay by The Québec Government on Its Cap-and-Trade System and the Western Climate Initiative Regional Carbon Market: Origins, Strengths and Advantages', 33 *Journal of Environmental Law*, pp. 42-60.
- María Alejandra Calle Saldarriaga* (2018) 'Sustainable Production and Trade Discrimination: An Analysis of WTO Jurisprudence', 11 *Anuario Colombiano de Derecho Internacional*, pp. 1-31.
- Christian Callies* (2016) 'Art. 192 AEUV', in: Christian Callies / Matthias Ruffert (eds), *EUV/AEUV*, C.H. Beck: Munich, 5th edn.
- Centre for International Governance Innovation* (2019) 'A Guide to Emissions Trading under the Western Climate Initiative'
<https://www.cigionline.org/sites/default/files/documents/Guide%20to%20Emissions_Carmody_Special%20Report_lowres_0.pdf> last accessed 24.5.2021.
- Cluster Bananero del Ecuador* (2020) 'Feedback to the Carbon border adjustment mechanism' <<https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-Carbon-Border-Adjustment-Mechanism/F510399>> last accessed 24.5.2021.

Dieter Ehhalt / Michael Prather (2001) ‘Atmospheric Chemistry and Greenhouse Gases’, in: IPCC, IPCC Third Assessment Report Climate Change 2001: The Scientific Basis, IPCC: Geneva, pp. 241–287.

Kimberly Ann Elliott (2019) ‘The WTO and Regional/Bilateral Trade Agreements’, in: Robert Looney (ed.), Handbook of International Trade Agreements, Country, regional and global approaches, Routledge: London/New York.

Environmental Defense Fund / International Emissions Trading Association (2018) ‘California: An Emissions Trading Case Study’
<https://www.iet.org/resources/Resources/Case_Studies_Worlds_Carbon_Markets/2018/California-Case-Study-Jan2018.pdf> last accessed 24.5.2021.

European Commission (2015) EU ETS Handbook
<https://ec.europa.eu/clima/sites/default/files/docs/ets_handbook_en.pdf>
last accessed 24.5.2021.

Europe Jacques Delors (2020) ‘Greening EU trade 3 – A European Border Carbon Adjustment proposal’ Policy Paper 2020 <https://institutdelors.eu/wp-content/uploads/2020/06/PP_200603_Greeningtrade3_Lamy-Pons-Leturcq_EN.pdf> last accessed 24.5.2021.

European Roundtable on Climate Change and Sustainable Transition – ERCST (2020) ‘Border Carbon Adjustments in the EU, Issues and Options’
<<https://securerusercontent.net/160.153.137.163/z7r.689.myftpupload.com/wp-content/uploads/2020/09/20200929-CBAM-Issues-and-Options-Paper-F-2.pdf>> last accessed 24.5.2021.

— (2021) ‘The ERCST CBAM Proposal Launch’ <<https://ercst.org/event/the-ercst-cbam-proposal-launch/>> last accessed 24.5.2021.

— (2021) ‘CBAM for the EU: A Policy Proposal’
<<https://securerusercontent.net/160.153.137.163/z7r.689.myftpupload.com/wp-content/uploads/2021/03/20210421-Complete-v6-Final.pdf>> last accessed 24.5.2021.

Bogdan Evtimov (2008) ‘Art. 2 SCMA’, in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Michael Koebele (eds), WTO – Trade Remedies, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 4, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.

Lorenz Franken (2010) ‘Nachhaltigkeitsstandards und ihre Vereinbarkeit mit WTO-Recht’, 2 Zeitschrift für Umweltrecht (ZUR), pp. 66–73.

Markus Gehring (2007) ‘Nachhaltigkeit durch Verfahren im Welthandelsrecht, Umwelt- und Nachhaltigkeitsprüfungen und die WTO’, in: Thomas Bruha / Armin Hatje / Meinhard Hilf / Hans Ipsen / Rainer Lagoni / Gert Nicolaysen / Stefan Oeter (eds), Hamburger Studien zum Europäischen und Internationalen Recht, Volume 46, Duncker & Humblot: Berlin.

- Christine Godt* (2006) 'Global Environmental Governance and the WTO: Emerging Rules through Evolving Practice: The CBD-Bonn Guidelines', in: Christian Joerges / Ernst-Ulrich Petersmann (eds), Hart: Oxford, pp. 413-435.
- Green Climate Fund* (2021) 'GCF at a glance, Project Portfolio' <https://www.greenclimate.fund/sites/default/files/document/gcf-project-portfolio-en_0.pdf> last accessed 24.5.2021.
- Greenhouse Gas Protocol* (2004) A Corporate Accounting and Reporting Standard, World Resources Institute and World Business Council for Sustainable Development: Geneva/Washington, revised edn.
- (2021) 'Companies and Organizations' <<https://ghgprotocol.org/companies-and-organizations>> last accessed 24.5.2021.
- Michael Hahn* (2011) 'Art. II GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Dedi Budiman Hakim* (2011) 'Economic Growth, Trade and Environmental Issues: Testing Environmental Kuznets Curve', 3-3 Economic Journal of Emerging Markets, pp. 299-313.
- Holger Hestermeyer* (2011) 'Art. III GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Holger Hestermeyer / Andrew J. Grotto* (2011) 'Preamble GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Ove Hoegh-Guldberg / Daniela Jacob / Michael Taylor* (2018) 'Impacts of 1.5°C of Global Warming on Natural and Human Systems', in: IPCC (ed.), Global Warming of 1.5°C. An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, IPCC: Geneva, pp. 175-311.
- Holman Fenwick Willan* (March 2021) 'China's National Emissions Trading Scheme', <<https://www.hfw.com/downloads/002923-HFW-Chinas-National-Emissions-Trading-Scheme.pdf>> last accessed 24.5.2021.
- Kateryna Holzer* (2010) 'Proposals on Carbon-related Border Adjustments: Prospects for WTO Compliance', 4-1 CCLR, pp. 51-64.

- Robert Howse / Donald Regan* (2000) 'The Product/Process Distinction – An Illusory Basis for Disciplining “Unilateralism” in Trade Policy', 11-2 *European Journal of International Law* (EJIL), pp. 249-289.
- International Food & Agricultural Trade Policy Council (IPC)* (2006) *WTO Disciplines and Biofuels: Opportunities and Constraints in the Creation of a Global Marketplace*, IPC Discussion Paper, pp. 1-44.
- Inkyoung Kim* (2019) 'Trade Agreements and the Environment', in: Robert Looney (ed.), *Handbook of International Trade Agreements, Country, regional and global approaches*, Routledge: London/New York.
- Alexander Krenke / Mark Sommer / Margit Schratzenstaller* (2020) 'A WTO-compatible Border Tax Adjustment for the ETS to Finance the EU Budget', 596 WIFO Working Paper, pp. 1-25.
- Charlotte Kreuter-Kirchhof* (2017) 'Klimaschutz durch Emissionshandel? Die jüngste Reform des europäischen Emissionshandelssystems', 28-11 *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* (EuZW), pp. 412-418.
- Wei Liu / Chunquan Yu / Shixiong Cheng / Jingyi Xu / Yuzhao Wu* (2020) 'China's Carbon Emissions and Trading Pilot, Political Connection, and Innovation Input of Publicly Listed Private Firms', 17 *International Journal of Environmental Research and Public Health* (IJERPH), pp. 1-18.
- Nele Matz-Lück / Rüdiger Wolfrum* (2011) 'Art. XX lit. g GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- MayerBrown* (2021) 'Implementation of China's National Emissions Trading Scheme – A Forward Look' <https://www.mayerbrown.com/-/media/files/perspectives-events/publications/2021/01/implementation-of-chinas-national-emissions-trading-scheme_a-forward-look_jan21.pdf> last accessed 24.5.2021.
- Michael Mehling / Harro van Asselt / Kasturi Das / Susanne Droege / Cleo Verkuijl* (2019) 'Designing Border Carbon Adjustments for enhanced climate action', 113:3 *American Journal of International Law* (AJIL), pp. 433-481.
- Tim Merkel* (2020) 'Rechtliche Fragen einer Carbon Border Tax – Überlegungen zur Umsetzbarkeit im Lichte des Welthandelsrechts', 12 *Zeitschrift für Umweltrecht* (ZUR), pp. 658-666.
- Ulrich Meyerholt* (2016) *Umweltrecht*, BIS-Verlag: Oldenburg, 4th edn.
- Lars Michaelis / Christoph Holtwisch* (2005) 'Das europäische Emissionshandelssystem', 1 *Juristische Arbeitsblätter* (JA), pp. 71-76.

- PricewaterhouseCoopers Inc* (2019) 'Get Ready for Carbon Tax, PwC South Africa Indirect Tax Alert' <<https://www.pwc.co.za/en/assets/pdf/taxalert/tax-alert-get-ready-for-carbon-tax.pdf>> last accessed 24.5.2021.
- Republic of South Africa* (2018) 'Explanatory Memorandum on the Carbon Tax Bill', B 46-2018 <<http://www.treasury.gov.za/public%20comments/CarbonTaxBill2019/Explanatory%20Memorandum%20to%20the%202018%20Carbon%20Tax%20Bill%20-%202020%20Nov%202018.pdf>> last accessed 24.5.2021.
- Joyashree Roy / Petra Tschakert / Henry Waisman* (2018) 'Sustainable Development, Poverty Eradication and Reducing Inequalities', in: IPCC (ed.), Global Warming of 1.5°C – An IPCC Special Report on the impacts of global warming of 1.5°C above pre-industrial levels and related global greenhouse gas emission pathways, in the context of strengthening the global response to the threat of climate change, sustainable development, and efforts to eradicate poverty, IPCC: Geneva, pp. 445-538.
- Dana Ruddigkeit* (2009) 'Border Tax Adjustment and der Schnittstelle von Welthandelsrecht und Klimaschutz vor dem Hintergrund des Europäischen Emissionszertifikatehandels', in: Christian Tietje / Gerhard Kraft (eds), Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht, Heft 89, Institut für Wirtschaftsrecht Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg: Halle.
- Giorgio Sacerdoti / Erik Castren* (2011) 'Art. I GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Christian Seiler* (2010) 'Kompetenz- und verfahrensrechtliche Maßstäbe europäischer Umweltabgaben', 1 Europarecht (EuR), pp. 67-89.
- South African Revenue Service* (2020) 'Carbon Tax – External Policy', SE-CBT-02 <<https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Ops/Policies/SE-CBT-02-Carbon-Tax-External-Policy.pdf>> last accessed 24.5.2021.
- (2020) 'Carbon tax implementation in South Africa' <<https://www.sars.gov.za/wp-content/uploads/Docs/CarbonTax/Carbon-Tax-Roadshow-August-2020.pdf>> last accessed 24.5.2021.
- Peter-Tobias Stoll* (2011) 'Art. XXIII GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), WTO – Trade in Goods, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- / *Silja Vöneky* (2002) 'The Swordfish Case: Law of the Sea v. Trade', 62 Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (ZaöRV), pp. 21-36.

- / *Frank Schorkopf* (2006) *WTO – World Economic Order, World Trade Law*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 1, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- / *Lutz Strack* (2011) ‘Art. XX lit. b GATT’, in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- Christian Tietje* (2000) ‘Die völkerrechtliche Kooperationspflicht im Spannungsverhältnis Welthandel/Umweltschutz und ihre Bedeutung für die europäische Umweltblume’, 35-2 *Europarecht (EuR)*, pp. 285-296.
- Umweltbundesamt* (2008) ‘Grenzsteuerausgleich für Mehrkosten infolge nationaler/europäischer Umweltschutzinstrumente – Gestaltungsmöglichkeiten und WTO-rechtliche Zulässigkeit’, *Climate Change* 05/08, Umweltbundesamt: Dessau-Roßlau.
- (2020) ‘The Californian Emissions Trading System and Electricity Market’, *Climate Change* 49/2020, Umweltbundesamt: Dessau-Roßlau.
- United Nations* (2020) *World Economic Situation and Prospects* <https://www.un.org/development/desa/dpad/wp-content/uploads/sites/45/WESP2020_Annex.pdf> last accessed 24.5.2021.
- Verband der Industriellen Energie- & Kraftwirtschaft* (2020) ‘Folgenabschätzung der Europäischen Kommission für einen Carbon Border Adjustment Mechanism’ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-/F510205_en>, last accessed 24.5.2021.
- Verbraucherzentrale Bundesverband* (2020) ‘EU-Grenzausgleichsmechanismus aus Verbrauchersicht’ <https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12228-EU-Green-Deal-carbon-border-adjustment-mechanism-/F510027_en> last accessed 24.5.2021.
- Geraldo Vidigal* (2021) ‘Evolutionary Interpretation and International Law: Book Review’, 24 *Journal of International Economic Law*, pp. 203-219.
- David Vogel* (2000) ‘The Environment and International Trade’, 12-1 *Journal of Policy History*, pp. 72-100.
- Edith Weiss* (2016) ‘Integrating Environment and Trade’, 19 *Journal of International Economic Law*, pp. 367-369.
- Rainer Wernsmann / Simon Bering* (2020) ‘Verfassungsrechtliche Anforderungen an Vorteilsabschöpfungsabgaben am Beispiel der CO₂-Bepreisung nach dem Brennstoffemissionshandelsgesetz (BEHG)’, 8 *Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ)*, pp. 497-504.

- Rüdiger Wolfrum* (2011) 'Art. XI GATT', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- (2011) 'Art. XX GATT Chapeau', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- (2011) 'Art. XX GATT Introduction', in: Rüdiger Wolfrum / Peter-Tobias Stoll / Holger Hestermeyer (eds), *WTO – Trade in Goods*, Max Planck Commentaries on World Trade Law, Volume 5, Martinus Nijhoff Publishers: Leiden/Boston.
- World Trade Organization / United Nations Environment Programme* (2009) *Trade and Climate Change – A report by the United Nations Environment Programme and the World Trade Organization*, WTO Publications: Geneva.
- Mark Wu* (2015) 'Re-examining “Green Light” Subsidies in the Wake of New Green Industrial Policies' <<http://e15initiative.org/publications/re-examining-green-light-subsidies-in-the-wake-of-new-green-industrial-policies-2/>> last accessed 24.5.2021.
- Georg Zachmann / Ben McWilliams* (2020) 'A European carbon border tax: much pain, little gain', 5 *Bruegel Policy Contribution*, pp. 1–19.
- Yingying Zeng / Stefan Weishaar / Hans Vedder* (2018) 'Electricity regulation in the Chinese national emissions trading scheme (ETS): lessons for carbon leakage and linkage with the EU ETS', 18-10 *Climate Policy*, pp. 1246–1259.

**(UN-)LOGIK DER UNTERDRÜCKUNG – ANTISCHWARZE
GEWALT IN DER GEBURTENBEURKUNDUNG
FATOU SILLAH**

First Supervisor: Prof. Dr. Andreas Fischer-Lescano

Second Supervisor: Nele Austermann

ABSTRACT

The Bremen registry office systematically denies children of Black parents their birth certificates. The purpose of this is to deprive the children concerned of German citizenship. According to the current principle of descent, the children should also be German citizens because of the father's German citizenship. However, without any reason, the registry office regularly doubts the paternity and thus the basis on which the child should obtain German citizenship. In this paper, the issue is placed in the global context and historical continuity of enslavement and colonialism as forms of antiblackness. It is shown how law serves as a means to deprive Black people of the ability to act and to mark them as criminal and oppressible. Moreover, it is addressed how the law ensures that this status is passed on to future generations of Black people. This highlights how oppression is institutionalised and perpetuated. The resistance of those affected by this oppression is also referred to in this context. This is followed by an analysis of how this form of antiblackness manifests in the legal discourse, especially in jurisprudence and legislation. The findings are brought together in a conclusion. In this, attention is paid to the un/logic that lies in anti-black violence. The content of the work is largely based on an interview conducted with a person targeted by the registry office's actions. The theoretical basis is Afropessimism, as developed by Frank Wilderson III for an understanding of antiblackness.

ZUSAMMENFASSUNG

Das Bremer Standesamt verweigert systematisch Kindern Schwarzer Eltern ihre Geburtsurkunden. Zweck ist es dabei, den betroffenen Kindern die deutsche Staatsangehörigkeit vorzuenthalten. Nach dem geltenden Abstammungsprinzip müssten die Kinder aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit des Vaters ebenfalls deutsche Staatsangehörige sein. Das Standesamt zweifelt jedoch regelmäßig grundlos die Vaterschaft und damit die Grundlage für den Übergang der deutschen Staatsangehörigkeit auf das Kind an. In der vorliegenden Arbeit wird dieser Sachverhalt in den globalen Kontext und die historische Kontinuität von Versklavung und Kolonialismus als Formen antischwarzer Gewalt eingeordnet. Dabei wird aufgezeigt, wie Recht als Mittel dient, Schwarze Menschen handlungsunfähig zu machen, zu kriminalisieren, als unterdrückbar zu markieren und gleichzeitig sicherstellt, dass dieser Status an zukünftige Generationen Schwarzer Menschen weitergegeben wird. Es wird dargelegt, wie so die Unterdrückung institutionalisiert und perpetuiert wird. Auch auf den Widerstand, den Betroffene gegen diese Unterdrückung leisten, wird in diesem Zusammenhang verwiesen. Darauf folgen eine Analyse, wie sich diese Form antischwarzer Gewalt im Rechtsdiskurs, vor allem in Rechtsprechung und Gesetzgebung, manifestiert und ein Fazit, in dem die Erkenntnisse zusammengeführt werden. Thematisiert

wird dabei immer wieder die Un/logik, die in antischwarzer Gewalt liegt. Inhaltlich basiert die Arbeit zum Großteil auf einem mit einer Betroffenen geführten Interview. Die theoretische Grundlage bietet der Afropessimismus, wie ihn Frank Wilderson III zum Verständnis von *Antiblackness* entwickelt hat.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	241
B. Sachverhalt	242
C. Die Praxis des Standesamtes als antischwarze Gewalt	244
I. Antiblackness	244
1. Afropessimismus	244
2. Antiblackness und Recht	246
II. Interview	246
1. Kampf um Handlungsfähigkeit	247
2. (Un-)Gerechtigkeit	249
3. Kriminalisierung	252
4. Kontinuitäten Anti-Schwarzer Gewalt	254
III. Ergebnis	257
D. Die Manifestation antischwarzer Gewalt im Rechtsdiskurs	257
I. Rechtsprechung	258
1. Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung	258
2. Maßgeblicher Zeitpunkt für den Übergang der Staatsangehörigkeit	261
3. Die Rolle von Grund- und Kinderrechten	263
4. Zwischenergebnis	265
II. Gesetzgebung	266
1. Mechanismus der §§ 1597a BGB und 85a AufenthG	267
2. Genese	268
3. Verfassungsmäßigkeit	270
4. Zwischenergebnis	272
III. Ergebnis	272
E. Fazit	273
Literatur	274

A. EINLEITUNG

In *Revolutionary Mothering* schreibt Loretta J. Ross, dass reproduktive Gerechtigkeit aus drei Aspekten besteht (1) dem Menschenrecht ein Kind nicht zu bekommen, (2) dem Menschenrecht ein Kind zu bekommen und (3) dem Menschenrecht ein Kind in einer sicheren und gesunden Umgebung aufzuziehen.¹ Ich² widme mich in der folgenden Arbeit insbesondere dem dritten Aspekt reproduktiver Gerechtigkeit. Im Angesicht antischwarzer Gewalt geht es stets darum, Schwarzes Leben zu verunmöglichen. Das ist mal offensichtlich, wie etwa bei den Genoziden, die an Schwarzen Menschen verübt wurden und werden, mal weniger direkt durch das Rauben von Lebensgrundlagen. So ist es ein radikaler Akt Eltern Schwarzer Kinder zu sein, denn es bedeutet die Leben derjenigen zu ermöglichen, zu hegen und zu pflegen, die nicht existieren sollten.³

Es ist also kein Ausnahmefall, wenn auch in der deutschen *Einwanderungspolitik* Schwarze Familien zum Ziel von Gewalt werden. Aktuell schaffen Schwarze Mütter durch ihren Protest vermehrt Aufmerksamkeit für den Umstand, dass das Bremer Standesamt systematisch Schwarzen Eltern die Geburtsurkunden ihrer Kinder vorenthält.⁴ Betroffen sind Schwarze Familien, bei denen der Mann*,⁵ der die Vaterschaft anerkennt, deutscher Staatsangehöriger ist, während die Mutter eine andere Staatsangehörigkeit und keinen Aufenthaltstitel hat. Nach dem geltenden Abstammungsprinzip müssten die Kinder aufgrund der deutschen Staatsangehörigkeit eines Elternteils ebenfalls deutsche Staatsangehörige sein. Mit der Geburtsurkunde würde dies eindeutig festgelegt. Von Seiten des Standesamtes wird jedoch verhindert, dass es dazu kommt, indem das Ausstellen der Geburtsurkunde verweigert wird. Die Behörde argumentiert, dass die Mutter in ihrem Heimatland verheiratet sein könnte und der Ehepartner dem entsprechend rechtlich als Vater des Kindes gelten müsste. Damit würde die deutsche Staatsangehörigkeit des Mannes*, der die Vaterschaft anerkannt hat, nicht auf das Kind übergehen. Der zugrundeliegende Sachverhalt ergibt sich aus einem entsprechenden Beschluss des OVG Bremen⁶ und einem Interview mit einer Betroffenen.

Zunächst schildere ich den Sachverhalt, wie er sich aus einem Beschluss des OVG Bremen ergibt (II). Im nächsten Teil lege ich dar, inwiefern durch das

¹ L. J. Ross, 'Preface', in: Mai'a Williams / China Martens / Alexis Pauline Gumbs (eds), *Revolutionary Mothering*, PM Press: Oakland California 2016, S. xiii (xvi).

² Ich nutze die erste Person Singular, um zu verdeutlichen, dass ich diese Arbeit eben nicht aus einer vermeintlich objektiven Perspektive verfasse, sondern gerade aus meiner Position als Schwarze Deutsche.

³ Ross 2016 (supra fn. 1) S. xviii.

⁴ *Buten un binnen*, 'Demo vor Bremer Standesamt: Mütter fordern Geburtsurkunden', *Buten un Binnen*, 22.9.2020, <<https://www.butenunbinnen.de/nachrichten/gesellschaft/demonstration-standesamt-geburtsurkunden-bremen-100.html>> zuletzt besucht 6.7.2021.

⁵ Ich füge den Zusatz „*“ den Worten „Mann“ und „Frau“ an, um zu verdeutlichen, dass es sich hierbei um gesellschaftlich konstruierte Konzepte von Geschlechtlichkeit handelt, die sich nicht selbstverständlich aus biologischen Tatsachen ergeben. Genauso sind auch die vergeschlechtlichen Begriffe „Mutter“ und „Vater“ als sozial konstruiert zu betrachten.

⁶ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20.

Vorgehen des Standesamtes antischwarze Gewalt ausgeübt wird. Grundlage dafür bildet ein mit einer Betroffenen geführtes Interview. Ich ordne die sich daraus ergebenden Inhalte in den globalen Kontext und die historische Kontinuität von Versklavung, Kolonialismus und anderen Formen antischwarzer Gewalt ein. Dabei zeige ich auf, wie Recht als Mittel dient, Schwarze Menschen handlungsunfähig zu machen, zu kriminalisieren, als unterdrückbar zu markieren und gleichzeitig sicherstellt, dass dieser Status an zukünftige Generationen Schwarzer Menschen weitergegeben wird. Ich lege dar, wie so die Unterdrückung institutionalisiert und perpetuiert wird. In diesem Zusammenhang verweise ich auch auf Widerstand, der gegen diese Unterdrückung geleistet wird (III). Abschließend lege ich dar, wie sich diese Form antischwarzer Gewalt im Rechtsdiskurs, vor allem in Rechtsprechung und Gesetzgebung, manifestiert (IV) und führe meine Erkenntnisse in einem Fazit zusammen (V). Ich thematisiere in dieser Arbeit immer wieder die un/logik,⁷ die in antischwarzer Gewalt liegt.

Die theoretische Grundlage dieser Arbeit bildet der Afropessimismus,⁸ wie ihn Frank Wilderson III zum Verständnis von *Antiblackness* entwickelt hat. Für die Durchführung und Analyse des Interviews habe ich die Methode des *Active Interviewing*⁹ verwendet. Ziel dieser Arbeit ist das Hervorheben der Rolle der Betroffenen als handlungsfähige Subjekte. Ich verfasse nicht lediglich eine Arbeit über Recht als Instrument der Unterdrückung, sondern auch über die Individuen, die sich in diesem System befinden. Aus diesem Grund spielt auch ihr Widerstand eine Rolle. Um die Subjekt-Objekt Dichotomie weiter aufzubrechen, werde ich an vielen Stellen Zitate aus dem Interview einfügen. Das ist – vor allem in der juristischen – wissenschaftlichen Disziplin nicht üblich. Aber wie Christina Sharpe schreibt: „*We must become undisciplined*“,¹⁰ denn die vorherrschenden wissenschaftlichen Standards sind Teil des Systems, das uns daran hindert, unser eigenes Wissen als legitim anzusehen und uns so unterdrückt.

Als Autorin* verhandle ich in dieser Arbeit auch meine eigene Position innerhalb antischwarzer Strukturen. Ich bin Schwarz und von Geburt an deutsche Staatsangehörige. Zum Zeitpunkt meiner Geburt hatte meine weiße Mutter die deutsche und mein Schwarzer Vater die gambische Staatsangehörigkeit.

B. SACHVERHALT

Der folgende Sachverhalt ist einem Beschluss des OVG Bremen¹¹ entnommen und wird exemplarisch für eine Vielzahl von zusammenhängenden Fällen behandelt, die eine Praxis des Bremer Standesamtes begründen. Bei diesem Vorgehen werden systematisch Familienbeziehungen negiert, um Kindern die deutsche Staatsangehörigkeit vorzuenthalten und ein sich daraus ableitendes

⁷ C. Sharpe, *In the Wake: On Blackness and Being*, Duke University Press: Durham / London, 2016, S. 81.

⁸ F. B. III Wilderson, *Afropessimism*, Liveright Publishing: New York, 2020.

⁹ J. A. Holstein / J. F. Gubrium, 'Active Interviewing', in: David Silverman (ed.), *Qualitative Research: Theory, Method and Practice*, Sage Publications: London, 1997, S. 113-129.

¹⁰ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 13.

¹¹ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20.

Aufenthaltsrecht des Elternteils mit anderer als der deutschen Staatsangehörigkeit zu verhindern.

Im vorliegenden Fall klagte eine ghanaische Staatsangehörige. Sie hielt sich vor ihrer Einreise nach Deutschland in den Niederlanden auf. In Bremen angekommen meldete sie sich bei der Erstaufnahmeeinrichtung und stellte Antrag auf eine Duldung mit der Begründung auf der Suche nach dem ihr bekannten und ihres Wissens in Deutschland lebenden Vater ihres ungeborenen Kindes zu sein. Im April 2020 wurde ihr Kind geboren und kurz darauf eine Vaterschaftsanerkennung eines deutschen Staatsangehörigen beurkundet. Das Kind wurde in das Geburtenregister eingetragen. Eine Geburtsurkunde wurde jedoch nicht ausgestellt. Die Mutter sollte auf eine Erstaufnahmeeinrichtung in Niedersachsen umverteilt werden und sich auf Aufforderung des Migrationsamtes zum Zwecke der Prüfung einer Umverteilung mit ihrem Kind zur Zentralen Aufnahmestelle für Asylbewerber und ausländische Flüchtlinge (ZASt) begeben (Vorspracheverpflichtung). Im August 2020 wurde der Mutter und dem Kind eine ZASt in Niedersachsen zugewiesen. Weiterhin wurde mit dem Bescheid die sofortige Vollziehung angedroht. Die Mutter und das Kind erhoben Klage gegen die Vorspracheverpflichtung und suchten um einstweiligen Rechtsschutz nach.

Sie machten geltend, das Kind sei durch die Vaterschaftsanerkennung des V deutscher Staatsangehöriger geworden und könne somit nicht der Verteilung unterliegen. Dies stehe auch der Verteilung der Mutter entgegen, da ihr ein daraus abgeleitetes Aufenthaltsrecht zustünde. Insbesondere bestehe eine schützenswerte Beziehung zwischen dem Kind und dem Anerkennenden, da die Mutter und der Anerkennende in einem Haushalt lebten und gemeinsam die Sorge für das Kind ausübten. Somit stehe auch die sozial-familiäre Beziehung einer Verteilung entgegen.

Die Stadtgemeinde Bremen erkannte keine schützenswerte Beziehung zwischen dem Kind und dem Anerkennenden an, die Anerkennung der Vaterschaft und Sorgeerklärung würden dafür nicht ausreichen. Die Stadtgemeinde Bremen ging des Weiteren davon aus, dass die Mutter in Ghana verheiratet sei, da sich aus dem von ihr vorgelegten Auszug aus dem ghanaischen Geburtenregister ergebe, dass sie nicht mehr ihren Mädchennamen trüge. Die Vaterschaftsanerkennung sei mithin gem. § 1594 Abs. 2 BGB unwirksam, da der Ehemann der Mutter gem. § 1592 Nr. 1 BGB als rechtlicher Vater anzusehen sei. Es liege weiterhin keine Geburtsurkunde vor, in die der Anerkennende als Vater eingetragen wäre. Damit sei eine Abstammung des Kindes vom Anerkennenden nicht nachgewiesen.

Das VG Bremen gab mit Beschluss vom 14.10.2020¹² der Familie recht und ordnete die aufschiebende Wirkung der Klage an. Zur Begründung führte es aus, das Kind sei deutscher Staatsangehöriger. Hierfür komme es nicht auf die Existenz einer Geburtsurkunde, sondern allein auf die wirksame Anerkennung der Vaterschaft durch einen Deutschen an. Vorliegend sei kein Grund für die Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung ersichtlich. Insbesondere gebe es keine Anhaltspunkte dafür, dass die Mutter verheiratet sei und deshalb die Vaterschaft eines eventuellen Ehemanns der Wirksamkeit der Anerkennung entgegenstehe.

¹² VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20.

Hiergegen legte die Stadtgemeinde Bremen Beschwerde beim OVG ein. Betreffend des Kindes stellte das OVG das Verfahren ein, da in der Zwischenzeit eine Geburtsurkunde ausgestellt wurde, in die der Anerkennende als Vater eingetragen war und das Kind nun auch von der Stadtgemeinde Bremen als deutscher Staatsangehöriger angesehen wurde. Im Übrigen wies das Gericht die Beschwerde zurück und bestätigte den Beschluss des VG.

C. DIE PRAXIS DES STANDESAMTES ALS ANTISCHWARZE GEWALT

Im Folgenden ordne ich den Sachverhalt in einen Kontext von antischwarzer Gewalt ein. Dazu lege ich zunächst die theoretische Grundlage dar, auf der meine Analyse fußt, um sie dann mit der Perspektive einer Mutter zu verbinden, die sich in einer ähnlichen Situation befindet, wie die Mutter im soeben geschilderten Sachverhalt.

I. Antiblackness

Die Begriffe *Antiblackness* und antischwarze Gewalt, wie ich sie verwende, beschreiben die Unterdrückung Schwarzer Menschen über Jahrhunderte und Kontinente hinweg. Ihnen wohnt das Verständnis inne, dass die heutige Weltordnung auf den Rücken Schwarzer Menschen errichtet wurde und dass das Fortbestehen dieser Unterdrückung die Bedingung für das Anhalten eben dieser Ordnung ist. Analogien zu Formen von Diskriminierung, wie Unterdrückung von queeren Menschen, der Arbeiter:innenklasse oder auch Rassismus gegen nicht-Schwarze Menschen mystifizieren diesen Umstand eher, als dass sie antischwarze Gewalt begreifbar machen.¹³ Denn bei antischwarzer Gewalt handelt es sich nicht um eine Form der Diskriminierung, sondern eine für den Bestand der Gesellschaft notwendige Gewalt.¹⁴ Deshalb spreche ich nicht von anti-Schwarzem Rassismus, was nahelegen würde, dass es sich dabei um eine Unterkategorie von Rassismus handelt (wie z.B. antimuslimischer Rassismus), sondern von antischwarzer Gewalt oder *Antiblackness*. „Schwarz“ wird dabei nicht als kulturelle oder ethnische Gruppe definiert, sondern als eine paradigmatische Position innerhalb ineinander verschränkter Machtverhältnisse, die sich aus der Versklavung ergeben hat.¹⁵

1. AFROPESSIMISMUS

Das im vorherigen Abschnitt dargelegte Verständnis von antischwarzer Gewalt ergibt sich aus dem Afropessimismus. Zentral für ein Verständnis dieser Theorie ist die Grundannahme, dass arabischer sowie transatlantischer Sklavenhandel und Kolonialismus nicht als geschichtliche Ereignisse, sondern als die Realität Schwarzer Menschen noch heute grundlegend definierende relationale Dynamiken zu betrachten sind. Die heutigen Zustände, wie etwa das europäische Grenzregime und Lager- und Einwanderungspolitik, sind, nach

¹³ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 14, 41.

¹⁴ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 40.

¹⁵ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 102.

einer afropessimistischen Betrachtungsweise, direkte Konsequenz von Versklavung. Saidiya Hartman beschreibt diese Kontinuität als „*the afterlife of slavery*“.¹⁶

Christina Sharpe begreift Schwarze Lebensrealitäten als *living in the wake*. „*Living in the wake on a global level means living the disastrous time and effect of continued marked migrations, Mediterranean and Caribbean disasters, trans-American and -African migration, structural adjustment imposed by the International Monetary Fund that continues imperialisms/colonialisms and more*“.¹⁷ *The wake* steht dabei bildlich für die Aspekte, die Schwarzes Leben definieren. Der Begriff meint die Wellen im Wasser, die ein Schiff hinterlässt, nachdem es durchgefahren ist und damit die Auswirkungen, die der transatlantische Sklavenhandel nach sich zieht.¹⁸ *To be in the wake of a gun* bedeutet gleichzeitig, sich im Visier einer Waffe zu befinden und steht so für die Gefahr der willkürlichen Gewalt, in deren Präsenz sich Schwarze Menschen zu jedem Zeitpunkt befinden. Ebenso beschreibt *the wake* auch das Ritual der Totenwache und steht somit für den konstanten Zustand des Trauerns um die Toten der Gegenwart und der Vergangenheit, in dem sich Schwarze Menschen befinden.¹⁹ Letztlich meint *in the wake* sein auch wach sein, sich über den eigenen Zustand bewusst sein und steht damit für Handlungsmöglichkeiten und das Potenzial der Befreiung.²⁰

Bei Gewalt gegen Schwarze Menschen handelt es sich um eine für den Bestand der Gesellschaft notwendige Gewalt. Sie produziert, was Frank Wilderson III „*the 'inside-outside' of civil society*“²¹ nennt. Antischwarze Gewalt bestärkt die Mitglieder der Gesellschaft darin, dass sie eben dies sind – Mitglieder einer Gesellschaft. Denn es gibt eine Gewalt, derer sie nicht Opfer werden können. Diese Form der Gewalt ist Personen vorbehalten, die sich außerhalb von Gesellschaft bewegen. Von ihr können nur Schwarze Menschen betroffen sein. So markiert antischwarze Gewalt die Linie zwischen Schwarzen und allen anderen und damit auch zwischen Gesellschaft und nicht-Gesellschaft. Zwar können nicht-Schwarze Menschen Gewalt erfahren, der Unterschied liegt jedoch darin, dass es einen unmittelbaren Nutzen hinter der Gewalt gibt, die beispielsweise gegen (nicht-Schwarze) Arbeiter:innen ausgeübt wird. Durch ihre Unterdrückung kann der Mehrwert ihrer Arbeit abgeschöpft werden. Im Fall von Unterdrückung Schwarzer Menschen fehlt dieser unmittelbare Nutzen. Es ist eine grundlose Gewalt, die dennoch notwendig ist, um Gesellschaft zu ermöglichen.²² Christina Sharpe schließt daraus: „*We, now, are [...] living the time when our labor is no longer necessary but our flesh, our bodies, are still the stuff out of which 'democracy' is produced*“.²³ Somit ist aus einer afropessimistischen Perspektive die Gewalt, die von demokratischen Staaten auf Schwarze Menschen ausgeübt

¹⁶ S. Hartman, *Lose your mother*, Farrar, Straus & Giroux: New York, 2007, S. 6.

¹⁷ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 15.

¹⁸ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 3.

¹⁹ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 21.

²⁰ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 4.

²¹ F. B. III Wilderson / S. Spatzek / P. von Gleich, 'The Inside-Outside of Civil Society: An Interview with Frank B. Wilderson, III', 2-1 Black Studies Papers 2016, S. 4 (15).

²² Wilderson / Spatzek / von Gleich 2016 (supra fn. 21), S. 15.

²³ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 112.

wird, keine Diskriminierung, sondern notwendige Gewalt, um den Staat zu erhalten. „*The violence perpetrated against us is not a form of discrimination; it is a necessary violence*“.²⁴

2. ANTIBLACKNESS UND RECHT

Aus diesem Gegensatz zwischen „Schwarz“ auf der einen und „Gesellschaft“ auf der anderen Seite ergibt sich, dass das Ziel des Staates, seine Angehörigen zu schützen, sich nicht auf Schwarze Menschen erstreckt. Im Gegenteil: Schwarze Menschen sind die Bedrohung, vor der die Gesellschaft geschützt werden muss. Dem entsprechend sind Schwarze Menschen im Kontext von Recht keine Träger:innen von Rechten, also keine Rechtssubjekte, sondern Objekte. So zerfällt an Schwarzen Menschen die Bedeutung des Schutzes der Grundrechte und ordnet sich zu einer neuen Bedeutung. Christina Sharpe beschreibt diesen Vorgang als *anagrammatical Blackness*.²⁵ Das Bild des Anagramms, steht dafür, dass ein Wort in seine Bestandteile zerlegt und in einer neuen Reihenfolge eine andere Bedeutung erhält als diejenige des ursprünglichen Begriffs. Damit ist beispielsweise die Familie nicht weiter die schützenswerte „Keimzelle der menschlichen Gemeinschaft“²⁶ sondern Bedrohung für eben diese. Deswegen stehen Schwarze Familien nicht, wie andere, unter dem Schutz der Rechtsordnung, sondern werden explizit ins Visier genommen.

Diese Betrachtung Schwarzer Menschen als Bedrohung resultiert in einer Kriminalisierung Schwarzer Existenz an sich. Um verdächtigt oder bestraft zu werden, bedarf es bei Schwarzen Menschen keiner Straftat. Der Anlass zum Verdacht ist einzig ihre Existenz. Ihr Verbrechen liegt in ihrem Schwarzsein.²⁷

Thema des folgenden Abschnitts ist es, wie der Ausschluss Schwarzer Menschen aus der Gesellschaft durch antischarze Gewalt mittels Rechts durchgesetzt und verfestigt wird. Ich bespreche, wie Menschen durch ihren rechtlichen Status (z.B. Ausländer:in oder Geduldete:r) als unterdrückbar markiert werden und wie diese Unterdrückbarkeit vererbt und damit perpetuiert wird. Ich beschreibe auch die Konsequenzen, die Unterdrückbarkeit sowie realisierte Unterdrückung für Schwarze Menschen haben.

II. Interview

Der folgende Teil basiert maßgeblich auf einem von mir selbst geführten Interview mit Grace Eze,²⁸ einer Mutter, der zum Zeitpunkt des Interviews seit über einem Jahr die Geburtsurkunde ihres Kindes, Nathan, verweigert wird. Auch ihr wird unterstellt, sie sei verheiratet und der Mann*, der die Vaterschaft zu Nathan anerkannt hat, somit nicht der rechtliche Vater. Grace ist außerdem eine der Organisator:innen der Proteste Schwarzer Mütter, die als Reaktion auf das Vorgehen des Standesamtes entstanden sind. Ihre Erfahrungen mit den deutschen Behörden werden als *staring back* und somit als Gegenwehr zum *white*

²⁴ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 40.

²⁵ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 75.

²⁶ P. Badura, 'Art 6 GG', in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, C.H. Beck: München, 93. EL 2020, Rn. 1.

²⁷ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 57.

²⁸ Die Namen der am Interview beteiligten Personen wurden geändert, sind mir aber bekannt.

gaze, den sie mehrmals im Interview beschreibt, eingebracht.²⁹ Nach ihrer eigenen Aussage ist ihre Stimme als die einer „*Black, African migrant wom[a]n*“³⁰ und „*mother*“³¹ zu hören. Grace's Aussagen habe ich zu vier Themen gruppiert und setzte sie im Folgenden in Beziehung mit akademischen Texten, Gesetzgebungsmaterialien und Rechtsprechung. Die Themen sind der Kampf um Handlungsfähigkeit (a), (Un-)Gerechtigkeit (b), Kriminalisierung (c) und Kontinuitäten Anti-Schwarzer Gewalt (d). Im oben geschilderten Sachverhalt klagt die Familie gegen die Vorspracheverpflichtung, weshalb ist die Stadtgemeinde Bremen als Rechtsträgerin des Migrationsamtes Klagegegnerin ist. Im kommenden Abschnitt ist das vorgelagerte Verfahren um die Geburtsurkunde zentral. Deshalb ist hier das Standesamt die entscheidende Behörde.

1. KAMPF UM HANDLUNGSFÄHIGKEIT

Eines der Themen, die aus dem Gespräch mit Grace hervorgehen, ist das Gefühl von Ohnmacht gegenüber den Verwaltungsabläufen- und Entscheidungen. Grace stellt sich in Interaktion mit dem Standesamt überwiegend als passiv dar. Insbesondere spricht sie in einem Zweiklang, der diese Dynamik verdeutlicht. Häufig fallen Sätze nach dem Muster „*They asked us to [...] bring it. So, we took it to them*“,³² „*They invited us; we went*“,³³ „*[T]hey said the father's birth certificate needs to be translated to German and we did that*“.³⁴ Grace reagiert viel mehr als dass sie agiert. An vielen Stellen schildert Grace, wie sie den Zweiklang zu durchbrechen versucht und eine aktive Rolle einnimmt, indem sie nach längerer Untätigkeit der Behörde die Initiative ergreift. Ihre Anläufe bleiben jedoch fruchtlos. Das Standesamt demonstriert seine Macht durch Stille und drängt Grace so in die Passivität. Grace schildert diesen Kampf um Handlungsfähigkeit und ihre gleichzeitige Abhängigkeit folgendermaßen: „*So, I was waiting, and they never wrote me again to come and submit those things. So, I had to start writing again*“.³⁵ Wenn Grace die Interaktion mit dem Standesamt schildert, dann wird daraus ein Machtgefälle deutlich. Immer wieder zählt sie die Dokumente auf, die von ihr verlangt werden.³⁶ Wenn sie das tut, dann scheint es, als wolle die Liste nie enden; als würde sie unter der Last der verlangten Dokumente erdrückt. An einer Stelle sagt Grace, dass unmögliche Dinge von ihr verlangt würden.³⁷ Gleichzeitig ist ihr nicht klar, wozu die einzelnen Dokumente benötigt werden.³⁸ Es scheint ihr zu keinem Zeitpunkt erklärt worden zu sein. Sie wird im Unklaren über die Vorgänge gelassen und so weiter in ihrer Handlungsfähigkeit eingeschränkt. Ihr wird keine andere Möglichkeit gelassen, als zu reagieren.

²⁹ Mit der Verwendung der Begriffe *white gaze* und *staring back* beziehe ich mich auf B. Hooks, 'The Oppositional Gaze: Black female Spectators', in: Amelia Jones (ed.), *The Feminism and Visual Culture Reader*, Routledge: New York, 2003, S. 94-105.

³⁰ Transkript Interview Grace Eze, Z. 322, 330.

³¹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 248-249, 329.

³² Transkript Interview Grace Eze, Z. 49-50.

³³ Transkript Interview Grace Eze, Z. 45.

³⁴ Transkript Interview Grace Eze, Z. 46-47.

³⁵ Transkript Interview Grace Eze, Z. 171-172.

³⁶ Transkript Interview Grace Eze, Z. 121-125, 144-147, 164-169, 187-188.

³⁷ Transkript Interview Grace Eze, Z. 147.

³⁸ Transkript Interview Grace Eze, Z. 149-151.

Dieser Eindruck erhärtet sich dadurch, dass Grace im Verfahren auf verschiedene Sachbearbeiter:innen trifft, die jeweils unterschiedliche Dokumente von ihr verlangen³⁹ und ihre Macht Grace gegenüber demonstrieren. „*And here they'll be turning you around, turn you here, turn you there, turn you there, turn you there, treat you anyhow, call you all sort of thing, call you a prostitute, call you idiot, call you fool, call you this and that. Standesamt...*“⁴⁰

Dass Grace nicht über das Verfahren und seine einzelnen Schritte informiert wird, ist als besonders problematisch zu bewerten, da ihre gesamte Lebenssituation abhängig von diesem Verfahren ist. Dessen ist sie sich schmerzhaft bewusst. „*By now, if they had given me my residence permit since, if they had issued the birth certificate of this child since the date it was due, and I had gone to school, they had given me the residence permit, I had started going to German course since, by now I'm sure that by now I'd have gone far. I would have been thinking of how to, you know, get a job, start to work, start to face my life, get settled. But here I am, just sitting on the fence and looking. Don't even know what happens tomorrow*“.⁴¹ Ohne die Geburtsurkunde bekommt Nathan keine deutsche Staatsangehörigkeit. Damit bekommt auch Grace keinen Aufenthaltstitel, hat keine Möglichkeit einen Deutschkurs zu besuchen oder zu arbeiten und kaum eine Chance aus dem Lager ausziehen, in dem sie mit ihrem Kind lebt.

Die passive Rolle, in die Grace gedrängt wird, resultiert unmittelbar aus dem Gesetz. Sie ist die Realität, die sich daraus ergibt, dass kaum Möglichkeiten bestehen, Einfluss auf das laufende Verwaltungsverfahren zu nehmen. Grace hat jedoch in ihrem Protest eine Möglichkeit gefunden, die Handlungsfähigkeit zu erkämpfen, derer sie im Verfahren von Gesetz und Behörden beraubt wird. Indem sie sich gemeinsam mit anderen betroffenen Müttern organisiert und Kundgebungen vor dem Standesamt und dem Senator für Inneres abhält, macht Grace sich das Recht zu Nutzen. Zwar ist gem. Art. 8 Abs. 1 GG seiner Ausgestaltung nach das Grundrecht auf Versammlungsfreiheit deutschen Staatsangehörigen vorbehalten, jedoch sind dem BVerfG nach auch die Grundrechte im Lichte der EMRK auszulegen, die in Art. 11 allen Personen das Recht zugesteht, sich frei und friedlich mit anderen zu versammeln.⁴² Somit führt die Rechtsordnung nicht nur zu Grace's Entmündigung. Auch wenn dieser Teil überwiegt – dem Grundgesetz nach sollte ihr die Versammlungsfreiheit gar nicht erst zustehen – so hat sie durch Artt. 8 GG i.V.m. 11 EMRK die Möglichkeit, sich Gehör zu verschaffen. Diese Option ist keinesfalls vergleichbar mit einem Rechtsbehelf, da sie ungleich viel mehr Organisationsaufwand und die Bereitschaft erfordert an die Öffentlichkeit zu gehen. Außerdem besteht die Möglichkeit des Protests meist erst dann, wenn offensichtliche Rechtsverletzungen in hoher Zahl stattfinden. Rechtsbehelfe sollten jedoch jeder einzelnen Person bei jeder Art von rechtswidrigem Verwaltungshandeln

³⁹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 65–66, 179–185.

⁴⁰ Transkript Interview Grace Eze, Z. 647–649.

⁴¹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 657–662.

⁴² BVerfG, Entscheidung vom 4.5.2011 – 2 BvR 2365/09, S. 307, 317 ff.; *Wolfram Höfling*, 'Art 8 GG', in: Michael Sachs (ed.), *Kommentar zum Grundgesetz*, C.H. Beck: München, 9. edn, Rn. 50f.

zustehen. Dennoch hat Grace es geschafft, sich das Instrument ihrer Unterdrückung zu Nutzen zu machen.

2. (UN-)GERECHTIGKEIT

Grace betont an vielen Stellen, dass das Verfahren ihrem Gerechtigkeitsempfinden widerspricht. Oft bezeichnet sie das Vorgehen des Standesamtes als „*wrong*“⁴³ und „*not fair*“.⁴⁴

A) UNGLEICHBEHANDLUNG

Insbesondere prangert sie die Ungleichbehandlung an, der sich Schwarze, immigrierte Mütter gegenüber anderen (immigrierten) Müttern ausgesetzt sehen. Sie erklärt es mir so: „[...] *because they are white*⁴⁵, *you don't care to do the same thing. It's only Black people that you are marginalizing. That you are discriminating, that you want to investigate*“.⁴⁶ Außerdem: „*And this is peculiar, it is peculiar to African-German, Black-German children. This ill treatment, this child rights violation is peculiar to Black German children, whose parents are African migrants, Black. Coloured. And I can assure you, the whole origin of this whole saga is colour, because we are Black. That is it*“.⁴⁷ Grace akzeptiert die Erklärungen, die das Standesamt auf den Vorwurf des *Racial Profiling* entgegnet nicht. Sie sagt, wenn es dem Standesamt darum ginge, die Dokumente zu beschaffen, um festzustellen, ob die Frauen* verheiratet seien, dann müssten bei nicht-Schwarzen immigrierten Frauen*, die Kinder in Deutschland zur Welt bringen, genauso vorgehen. Sie enttarnt das Vorgehen des Standesamtes an dieser Stelle als Teil antischwarzer Strukturen. Was Grace besonders widersprüchlich erscheint ist, dass nicht „nur“ dem Kind einer Schwarzen immigrierten Frau* die Geburtsurkunde verweigert wird. Bei dem betroffenen Kind handelt es sich auch um das Kind eines deutschen Staatsangehörigen. „*Their fathers are working. The father of Nathan has been in this land, he has been in Deutschland for 30 years. For 30 years, he has been in Deutschland. He has been working. He schooled here. He's been working here; he is still working till date. He pays his tax. He's a responsible citizen of this community. So why are you depriving his child of what is due?*“⁴⁸ Grace steht vor dem Widerspruch, dass der Vater von Nathan eigentlich ein Leben führt, wie es von einem Immigranten erwartet wird: er arbeitet, zahlt Steuern und ist mittlerweile deutscher Staatsangehöriger. Dennoch wird sein Kind auf eine Art behandelt, wie man es sich kaum bei weißen Deutschen vorstellen kann. „*If the crime is blackness, is the sentence the circuit between the ship and the shore?*“⁴⁹ Grace steht vor dieser Realität. Es gibt kein

⁴³ Transkript Interview Grace Eze, Z. 520, 563, 601, 617, 635, 662.

⁴⁴ Transkript Interview Grace Eze, Z. 330, 449.

⁴⁵ An einer Stelle korrigiert sich Grace, nachdem sie von weißen Frauen spricht und sagt „That is the whites, the Women of Colour“ (Transkript Interview Grace Eze, Z. 324). Meistens bezieht sie sich explizit auf andere immigrierte Frauen. Ich gehe deswegen davon aus, dass sie auch an dieser Stelle mit „weiß“ vor allem „nicht-Schwarz“ meint.

⁴⁶ Transkript Interview Grace Eze, Z. 356-358.

⁴⁷ Transkript Interview Grace Eze, Z. 449-452.

⁴⁸ Transkript Interview Grace Eze, Z. 669-672.

⁴⁹ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 57.

Ankommen für Schwarze Menschen. Nicht nach 30 Jahren, auch nicht, wenn sie in Deutschland geboren sind.

B) KINDERRECHTE ALS ANAGRAMM

Dennoch ist Grace überzeugt davon, dass ihrem Kind eine Geburtsurkunde und die deutsche Staatsangehörigkeit zustehen und dass die Bremer Behörden das Recht darauf verletzen, indem sie Nathans Geburtsurkunde nicht ausstellen. „*That is the right of the child. Whether the Standesamt likes it or not. One of the rights of a child is to have its own birth certificate. And it is also its right to have his parental acknowledgement on its birth certificate*”⁵⁰ „*It's a child's rights violation*”⁵¹ Sie identifiziert den Umstand, dass das Amt für Soziale Dienste die Vaterschafts- anerkennung beurkundet hat, diese dann jedoch vom Standesamt infrage gestellt wird, als Knackpunkt. „*The German authority says yes, that is, they have signed the Fatherschaft, recognized it, documented it in the system. Now you come to Standesamt, instead of Standesamt to give you the birth certificate, Standesamt is saying no. While the German authority already said yes*”⁵² Das Bremer VG gibt ihr recht, es ist nicht am Standesamt, bereits beurkundete Vaterschaftsanerkennungen anzuzweifeln.⁵³ Es müsste Nathans Geburtsurkunde daher ausstellen. Doch wie kann Grace dieses Recht für ihr Kind einfordern? Es stellt sich die Frage, wie viel Schutz Grace ihrem Kind bieten kann, während sie sich selbst in einer prekären Lage befindet, in der sie immer wieder in die Passivität gedrängt wird und um ihre Handlungsfähigkeit als Subjekt kämpfen muss. „Schwarze Menschen in *mothering* Beziehungen können ihren Kindern das ‘Recht Schwarz zu sein, [...] das Recht auf Leben, auf Sein‘ nicht (weiter)geben, denn sie besitzen es selbst nicht. [...] Wenn Schwarzem Leben die Möglichkeit verwehrt wird, das ‚Recht auf Sein‘ an die nächste Generation weiterzugeben, welche Bedeutungen zerfallen [an] diesem Leben dann?“⁵⁴ Der Schutz, den Eltern ihren Kindern bieten, wie auch der Schutz, den die Kinderrechte bieten sollten, zerfällt wie ein Anagramm und fügt sich zu einer neuen Bedeutung zusammen.

C) DIE ÖFFENTLICHKEIT ALS RICHTERIN

Grace wird im Verwaltungsverfahren daran gehindert, eine aktive Rolle einzunehmen, die für sie sprechenden Argumente vorzubringen und ihre Rechte einzufordern. Auch Sharpe stellt fest, dass Schwarze Menschen die Justiz nicht, wie andere in Anspruch nehmen können: „[...] *one cannot trust, support, or condone the state's application of something they call justice*”⁵⁵ Grace wählt deswegen den öffentlichen Protest als Form des Widerstands. Ich gewinne im Gespräch den Eindruck, dass sie die Öffentlichkeit als Richterin einsetzen und somit den:die fehlende:n Richter:in im Verwaltungsverfahren ausgleichen will. Ihr Ziel ist es, dass so viele Menschen wie möglich von der Situation erfahren. „*So, anybody that*

⁵⁰ Transkript Interview Grace Eze, Z. 433–435.

⁵¹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 728.

⁵² Transkript Interview Grace Eze, Z. 571–573.

⁵³ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20.

⁵⁴ M. Bakayoko, ‘The Unclaimed Life of Black Motherhood in Germany: Die Krise zwischen Schwarzer Mutterschaft und Menschlichkeit‘ Bachelorarbeit Universität Bremen, 2020, S. 26.

⁵⁵ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 111.

can talk, let everybody use their voice, in the media, any medium that we can use to talk to Standesamt, let's talk to them to stop this, their misbehaviour. It's misbehaviour".⁵⁶ Es klingt, als würde sie das Standesamt anklagen. „For me, I will report them to the whole world. With this thing they are doing. If I have the voice to speak to the whole world, I will speak to them and let them know what the Germans are doing.”⁵⁷

D) INSIDE-OUTSIDE

Grace und ihre Mitstreiter:innen nutzen die Öffentlichkeit, um die Frage zu stellen, die sie im Verwaltungsverfahren nicht stellen können. „*We went there asking them why are they holding back the birth certificates of our children?*“.⁵⁸ Das scheint eine ungelöste Frage zu sein, die sich Grace häufig stellt. Immer wieder fragt sie, warum das Standesamt so vorgeht.⁵⁹ Grace gibt selbst die Antwort auf diese Frage. Sie weiß, dass das Standesamt aufgrund ihres Schwarzseins die Vaterschaft eines Mannes* mit deutscher Staatsangehörigkeit nicht anerkennt.⁶⁰ Diese Antwort kann die Frage jedoch nicht auflösen. Sie ist eine Sackgasse. Wenn Grace's Schwarzsein das Problem ist, dann gibt es keinen Ausweg. So bleibt die Frage weiter bestehen. Eine andere mögliche Antwort auf die Frage des ‚Warum‘ ist das politische Ziel der Behörden, missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen aufzudecken und zu verhindern. Es könnte also sein, dass durch diese Praxis das Erschleichen von Aufenthaltstiteln durch falsche Vaterschaftsanerkennungen verhindert werden soll. Auf eine Anfrage hin räumte jedoch die Bundesregierung ein, dass ihr keinerlei Zahlen zu missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen vorlägen.⁶¹ Als Grundlage für die Annahme der Erforderlichkeit einer Regelung zur Verhinderung missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen wird in der Antwort der Bundesregierung ein Beitrag des Rundfunk Berlin-Brandenburg genannt, in dem es hauptsächlich um vermutete Fälle geht.⁶² In Bremen und Bremerhaven wurden seit Einführung des Verbotes missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen im Jahr 2017 bis einschließlich 2020 insgesamt lediglich 17 Vaterschaftsanerkennungen als missbräuchlich eingestuft.⁶³ Es gibt also keinen greifbaren Grund für die systematische Rechtsverletzung von Müttern und ihren Kindern. Dennoch ist die Angst vor missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen so groß, dass auf sie mit dem in Gesetzesform gegossenen Generalverdacht des Verbotes missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen geantwortet wird. Schwarze Familien werden als Gefahr für die bestehende Ordnung gesehen, und damit zum Ziel administrativer Gewalt. In

⁵⁶ Transkript Interview Grace Eze, Z. 666 f.

⁵⁷ Transkript Interview Grace Eze, Z. 677-679.

⁵⁸ Transkript Interview Grace Eze, Z. 320 f.

⁵⁹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 336, 342 f., 363, 432 f., 533 f., 549 f., mwN.

⁶⁰ Transkript Interview Grace Eze, Z. 450-452.

⁶¹ Deutscher Bundestag Drucksache 18/13097 vom 12.7.2017, S. 2-4; *M. Stem*, '§ 1597 a BGB – Probleme und Erforderlichkeit', 16 *NZ Fam* 2017, S. 740 (741).

⁶² Der Beitrag des Rundfunk Berlin-Brandenburg ist nicht mehr abrufbar. Dieser Artikel der FAZ greift die Inhalte jedoch auf: *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 'Wie die Vaterschaft zum Geschäftsmodell wird', *FAZ Net*, 6.6.2017, <<https://www.faz.net/aktuell/gesellschaft/kriminalitaet/vaterschaft-als-kriminelles-geschaeftsmodell-15048718.html>> zuletzt besucht 6.7.2021.

⁶³ Bremische Bürgerschaft Drucksache 20/720 vom 17.11.20, S. 2.

Afropessimism wird Jared Sexton mit den folgenden Worten zitiert: „*You better understand White people’s fantasies because tomorrow they’ll be legislation*”.⁶⁴ Wenn der Grund für das Vorgehen des Standesamtes jedoch nicht in Fakten liegt, wie ist es dann zu erklären? Nach Frank Wilderson III handelt es sich bei antischwarzer Gewalt um eine Gewalt, die keinen unmittelbaren Zweck verfolgt. Der Grund für die Gewalt liege jenseits der Vernunft.⁶⁵ Es gehe vielmehr darum, die Grenze des „*inside-outside*’ of civil society”⁶⁶ zu markieren. Es ist diese un-/logik, der sich die Betroffenen ausgesetzt sehen. Im Gegensatz zu Gewalt gegen Arbeiter:innen, welche eine wirtschaftliche Ordnung aufrecht erhalte oder Gewalt gegen Amerikanische Ureinwohner:innen, welche eine koloniale Ordnung sicherstelle, gewährleiste antischwarze Gewalt „*the order of life itself*”.⁶⁷ Das Standesamt verdeutlicht mit seiner Praxis Grace, den anderen Schwarzen Müttern und ihren Kindern, dass sie nicht Teil der Gesellschaft sind und markiert so die Grenze zwischen Gesellschaft und nicht-Gesellschaft.

3. KRIMINALISIERUNG

An mehreren Stellen in unserem Gespräch wird deutlich, dass sich Grace einer Kriminalisierung durch die Standesbeam:innen ausgesetzt sieht. Sie fragt: „*Is it a crime to migrate to this community? It’s not a crime. So why are they treating us like we are- we have committed the worst crime on this planet by coming to their community and having to give birth here?*”⁶⁸ und fordert: „*stop treating us like we are criminals*”.⁶⁹ Das Verfahren, dem sie unterzogen wird, bezeichnet sie an mehreren Stellen als „*investigation*”⁷⁰ und nutzt das Wort „*interrogation*“,⁷¹ um zu beschreiben, wie in einem Amtsüberprüfungsverfahren ihre Familienmitglieder über sie befragt wurden. Dieser Eindruck der Kriminalisierung entsteht zum großen Teil dadurch, dass die Standesbeam:innen Grace verdächtigen, sich etwas erschleichen zu wollen, das ihr nicht zusteht. Jeder Angabe, die sie macht, wird misstraut. Die Dynamik, die dadurch entsteht, ist die der *interrogation*, der *investigation*.

A) VERFAHREN GEPRÄGT VON MISSTRAUEN

Die Ursache für das Misstrauen liegt nicht allein bei einzelnen Standesbeam:innen; es ist gesetzlich vorgeschrieben. Gem. § 1597a BGB entsteht der Verdacht einer *missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung* bereits, wenn einer der Elternteile geduldet ist und der andere die deutsche Staatsangehörigkeit hat. Eine geduldete Frau* kann kein Kind von einem deutschen Staatsangehörigen bekommen, ohne verdächtigt zu werden, dass die Verbindung zwischen dem Kind und dem Vater nicht echt ist. Aus dieser Regelung ergibt sich ein großer Spielraum für Standesbeam:innen, die entscheiden können, inwieweit sie dem

⁶⁴ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 196.

⁶⁵ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 90.

⁶⁶ Wilderson / Spatzek / von Gleich 2016 (supra fn. 21), S. 15.

⁶⁷ Wilderson 2020 (supra fn. 8), S. 92.

⁶⁸ Transkript Interview Grace Eze, Z. 679–681.

⁶⁹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 684.

⁷⁰ Transkript Interview Grace Eze, Z. 192, 195, 223, 233, 253, 362, 376, mwN.

⁷¹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 213, 221.

Verdacht nachgehen. Die Regelung des § 1597a BGB ist zwar auf alle Personen anwendbar, die vollziehbar ausreisepflichtig sind oder einen Asylantrag gestellt haben und Angehörige eines *sicheren Herkunftsstaates* sind. Grace's Schilderungen zufolge nutzen die Standesbeam:innen den ihnen zugestandenen Spielraum jedoch, um gezielt Schwarze Familien zu überprüfen.⁷² Gem. § 5 PStV trifft die Beam:innen eine Prüfungspflicht. Demnach dürfen Eintragungen im Personenstandsregister und sonstige Beurkundungen erst vorgenommen werden, wenn der zugrunde liegende Sachverhalt ermittelt und abschließend geprüft worden ist. Der Sachverhalt ist abschließend geprüft, wenn ein Umstand gem. § 9 PStG durch öffentliche Urkunde nachgewiesen ist. Standesbeam:innen hätten also die Möglichkeit (und nach dem o.g. Beschluss des OVG Bremen die Pflicht), die Geburtsurkunde auszustellen, nachdem durch die beurkundete Vaterschaftsanerkennung die Abstammung des Kindes von seinem Vater nachgewiesen wurde. Dennoch wird bei Grace und ihren Mitstreiter:innen anders gehandelt. Die Vaterschaftsanerkennung wird ignoriert. Den vorgelegten Urkunden, die die Ledigkeit der betreffenden Person belegen, wird misstraut. In vielen Fällen, so wie dem von Grace, artet das Verfahren derart aus, dass selbst die durch ihre Geburtsurkunde und ihren Pass nachgewiesene Identität der Mutter angezweifelt wird. In dem Fall beginnt das Standesamt ein Amtsüberprüfungsverfahren, in dem die Identität der Person überprüft wird. In diesem Verfahren werden ihre Eltern, Nachbar:innen und Bekannte im Herkunftsland über die betreffende Person befragt. Die Kosten für dieses Verfahren, in dem das Standesamt mit dem Auswärtigen Amt und der jeweils zuständigen Auslandsvertretung zusammenarbeitet, tragen die Betroffenen selbst. In Grace's Fall belaufen sie sich auf 665 €. ⁷³ Es ist dieses Amtsüberprüfungsverfahren, in dessen Kontext Grace von *interrogation*, *investigation* und *Degradierung*⁷⁴ spricht. Es stellt sich die Frage, wie eine Person Misstrauen entgegenwirken kann, wenn es ihre Identität ist, die in Frage gestellt wird. Wenn Schwarzsein und nicht das Verhalten Misstrauen erweckt, kann dem überhaupt entgegengewirkt werden? Auch hier spiegelt sich die oben gestellte Frage wieder: „*If the crime is blackness, is the sentence the circuit between the ship and the shore?*“⁷⁵ Gibt es etwas, das Schwarze Menschen tun können, um anzukommen?

B) FAMILIE AUßERHALB DES ‚DOMESTIC REALM‘

Im Interview fordert Grace, dass Familien- und Migrationssachen getrennt behandelt werden sollten.⁷⁶ Auch die Systematik des Gesetzes gibt vor, dass Familie und Aufenthalt grundsätzlich getrennt voneinander zu betrachten sind. So sind familiäre Beziehungen regelmäßig ein Grund, andere Verfahren um einen Aufenthaltstitel zu beenden und aufgrund des Familienverhältnisses einen Aufenthaltstitel zu erteilen. Beispielsweise ist gem. § 28 Abs. 1 S. 1 AufenthG nahe Verwandtschaft Grundlage für einen Aufenthaltstitel und gem. § 15 a Abs. 1 S. 6 AufenthG ist die familiäre Beziehung ein zwingender Grund, der einer

⁷² Transkript Interview Grace Eze, Z. 356–358.

⁷³ Transkript Interview Grace Eze, Z. 164–170.

⁷⁴ Transkript Interview Grace Eze, Z. 204.

⁷⁵ *Sharpe* 2016 (supra fn. 7), S. 57.

⁷⁶ Transkript Interview Grace Eze, Z. 622.

Umverteilung entgegensteht. Die Familie soll geschützt werden – auch vor Eingriffen durch den Staat. So sieht es Art. 6 Abs. 1, 2 und 3 GG vor. Dieser Schutz wird Schwarzen Menschen vorenthalten. Dabei sind Schwarze Familien kein „Kollateralschaden“, sondern explizites Ziel von Gesetzgebung und vor allem Behördenpraxis. Anders als in anderen Bereichen der Familiengesetzgebung, geht es nicht um ihren Schutz, sondern um die Familie als Bedrohung. So kann auch erklärt werden, dass das Kindeswohl, das gem. Art. 3 Abs. 1 UN-KRK bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen gleich viel ob sie von öffentlichen oder privaten Einrichtungen der sozialen Fürsorge, Gerichten, Verwaltungsbehörden oder Gesetzgebungsorganen getroffen werden, zu priorisieren ist, weder im § 1597a BGB noch im dazugehörigen Gesetzgebungsverfahren⁷⁷ Berücksichtigung fand.

Ich sehe hier eine Parallele zu der Situation Schwarzer Frauen* in der Karibik zur Zeit des transatlantischen Sklavenhandels. Schon damals war es üblich, dass Familie und Wirtschaft getrennt voneinander betrachtet wurden. Diese Grenze wurde im Falle Schwarzer Familien jedoch verwischt. Die Kinder Schwarzer Frauen* waren, genau wie sie selbst, Eigentum.⁷⁸ Ihre Familienverhältnisse spielten sich auf dem Markt ab und befanden sich so außerhalb des Schutzes von „*domestic life*“, der weißen Müttern zustand.⁷⁹ Auch wenn qualitative Unterschiede zwischen der Situation Schwarzer Frauen* zur Zeit des transatlantischen Sklavenhandels und der Situation von Grace bestehen, haben sie gemeinsam, dass ihr Muttersein nicht im Schutz des *domestic realm*, sondern in der Öffentlichkeit verortet ist. Bei der Betrachtung dieses Musters sehe ich die Bedeutung von Mutter, Kind und Familie wie ein Anagramm zerfallen und sich zu einer neuen Bedeutung zusammensetzen. „*Meanings of words fall apart. [...] We see that mother doesn't mean 'mother', but 'felon' [...]. We see that child is not 'child'*“.⁸⁰ Da Schwarzen Familien der Schutz dessen, was Jennifer Morgan *domestic realm* nennt, nicht zusteht, sind ihre Beziehungen offen für staatliche Eingriffe.

4. KONTINUITÄTEN ANTI-SCHWARZER GEWALT

Es besteht also ein Zusammenhang zwischen der Situation, in der sich Grace befindet und der Situation Schwarzer Frauen* zur Zeit des transatlantischen Sklavenhandels. Auch Grace setzt im Gespräch mit mir ihre Erfahrungen in Bezug zu Kolonialismus und Sklaverei. Sie spricht von sich als Betroffene – als Teil derer, die kolonisiert und versklavt wurden. “[...] [T]hey came, and they colonized, they took everything away from us. They enslaved us. [...] And here they left us with nothing”.⁸¹ Die Situation Schwarzer Frauen* zur Zeit des transatlantischen Sklavenhandels unterscheidet sich von der heutigen zwar in ihrer Qualität; jedoch sehen sie sich nach wie vor einer Gewalt ausgesetzt, die sie außerhalb der Gesellschaft verortet. Meine Absicht bei dieser Feststellung ist es nicht, gleichzusetzen und dabei bestehende Unterschiede zu verwischen, sondern

⁷⁷ *Stem* 2017 (supra fn. 61), S. 741.

⁷⁸ *J. L. Morgan*, ‘Partus sequitur ventrem: Law, Race, and Reproduction in Colonial Slavery’, *22 Small Axe: A Caribbean Journal of Criticism* 2018, S. 1 (13).

⁷⁹ *Morgan* 2018 (supra fn. 78), S. 12.

⁸⁰ *Sharpe* 2016 (supra fn. 7), S. 75–77.

⁸¹ Transkript Interview Grace Eze, Z. 692–694.

Parallelen an den Stellen zu ziehen, wo sie helfen, die heutige Situation verständlich zu machen. So verstehe ich ebenfalls Saidiya Hartman, wenn sie die die Realität, in der Schwarze Menschen leben als „*the afterlife of slavery*“⁸² beschreibt.

A) VERERBUNG VON UNTERDRÜCKBARKEIT

Bei dem Verfahren um die Geburtenbeurkundung geht es darum, ob das betreffende Kind die deutsche Staatsangehörigkeit erlangt, was es zu einem gewissen Grad vor Unterdrückung schützen würde. Der Wohnort des Kindes könnte nicht durch das Migrationsamt bestimmt werden und das Kind somit nicht auf eine andere ZAST umverteilt werden. Das Kind wäre also weniger unterdrückbar, wenn es die deutsche Staatsangehörigkeit hätte. *Antiblackness* macht körperliche Merkmale zu Markern der Unterdrückbarkeit. Die Weitergabe dieser Merkmale erfolgt von selbst. So sind Kinder von Schwarzen Menschen – wie ihre Eltern – als unterdrückbar zu erkennen. Das Recht spiegelt die genetische Vererbung, indem es den rechtlichen Status einer Person vom Status ihrer Eltern abhängig macht. So wird die Vererbung der Unterdrückbarkeit, etwa durch Staatsangehörigkeitsrecht, institutionalisiert. Nach dem deutschen Staatsangehörigkeitsrecht konnte bis 1999 die deutsche Staatsangehörigkeit per Geburt nur erlangen, wessen Eltern deutsche Staatsangehörige waren. Dem damals streng geltenden *ius-sanguinis*-Prinzip nach, konnte die deutsche Staatsangehörigkeit gem. § 4 RuStAG nur durch das Blut übertragen werden, im Gegensatz zum beispielsweise in den USA geltenden *ius-soli*-Prinzip, nach dem alle Personen, die auf dem Gebiet eines Staates geboren werden, die Staatsangehörigkeit des jeweiligen Staates erlangen.⁸³ Da das *ius-sanguinis*-Prinzip weiterhin die Grundlage des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts bildet,⁸⁴ entspricht es immer noch dem Regelfall, dass Kinder von Eltern mit anderer als der deutschen Staatsangehörigkeit in Deutschland aufwachsen und wie ihre Eltern von ihrem relativen Schutz ausgeschlossen sind. So wird in Deutschland geborenen und/oder aufwachsenden Kindern systematisch der Schutz vorenthalten, den ihnen die deutsche Staatsangehörigkeit bieten würde.

B) KOLONIALE KONTINUITÄT

Auch in der damaligen Kolonie Deutsch-Südwestafrika trat das Thema der Vererbbarkeit als Frage der Staatsangehörigkeit auf. Die deutsche Staatsangehörigkeit war weißen Menschen vorbehalten, während nur Schwarze Menschen als sog. Eingeborene galten, was sie per Definition vom Deutschsein

⁸² Hartman 2007 (supra fn 16), S. 6.

⁸³ I. S. Rollecke, Gerechte Einwanderungs- und Staatsangehörigkeitskriterien: Ein dunkler Punkt der Gerechtigkeitstheorien, Nomos: Baden-Baden 1999, S. 56 f.

⁸⁴ Seit der Reform des StAG von 2000 ist es gem. § 4 Abs. 3 StAG möglich, dass ein Kind die deutsche Staatsangehörigkeit durch Geburt in der BRD erlangt, auch wenn die Eltern eine andere Staatsangehörigkeit haben. Dies ist jedoch nur unter strengen Voraussetzungen möglich, wodurch der Anwendungsbereich so sehr eingeschränkt wird, dass im Grunde kaum vom *ius-sanguinis* Prinzip abgewichen wird.

ausschluss.⁸⁵ Deutschsein war also vererbbar und untrennbar verbunden mit Weißsein; genauso wie der Status der *Eingeborenen* von Eltern an ihre Kinder weitergegeben und zum Gegenteil von Deutschsein wurde. Auch Kinder, die einen Schwarzen und einen weißen Elternteil hatten, galten als *Eingeborene*.⁸⁶ Es war für Schwarze Menschen also nicht möglich, ihre Kinder vor der Einordnung in diese Kategorie und dem Ausgeliefertsein gegenüber Gewalt, die dieser Status mit sich brachte, zu schützen. Der Status war mit dem Sein verknüpft und wurde unweigerlich an die nächste Generation weitergegeben. Jennifer Morgans Analyse zur Situation versklavter Frauen* in karibischen Kolonien passt auch hier: „[...] [T]he physiognomy of subjection was not only heritable but was so indelibly rooted in black women's bodies that it could not be dislodged“.⁸⁷ Die Merkmale der Unterdrückbarkeit und ihre Weitergabe sind in den Körpern Schwarzer Frauen* verortet. Obwohl diese Analyse sich auf einen anderen Kontinent und eine andere Zeit bezieht, trifft sie auch hier zu. *Racial colonialism* war ein globales Projekt und Entwicklungen können nicht getrennt voneinander betrachtet werden. Sie ergeben nur Sinn, wenn sie gemeinsam betrachtet und in Bezug zueinander gesetzt werden.

In karibischen Kolonien wurde die Frage der Unterdrückbarkeit als eine von Versklavung oder relativer *Freiheit* gestellt. Bei der Vererbbarkeit wurde festgelegt, ob die Kinder versklavter Menschen ebenso Sklav:innen sein sollten, wie ihre Eltern. Wie weit sollte das Eigentumsrecht an einer Person reichen? Hatten die Eigentümer:innen einer Person ein *Recht* auf Eigentum an deren Kindern? *Partus sequitur ventrem* bestimmte hier, dass Kinder dem Status der Mutter folgen sollten. Das überrascht zunächst, da es radikal konträr zur zeitgenössischen europäischen Vorstellung von Vererbbarkeit ging.⁸⁸ Im patriarchalen Verständnis der Familienordnung war eine Patrilineare Konzeption üblich, bei der Kinder beispielsweise die Staatsangehörigkeit ihres Vaters erben. Warum sich bei der Frage der Sklaverei für eine matrilineare Ordnung entschieden wurde, wurde nie rechtlich begründet. Es wurde als gesunder Menschenverstand angesehen, dass es bei Schwarzen Menschen so sein müsse, wie beim Vieh, nicht wie bei Menschen.⁸⁹ Die un/logik von *partus sequitur ventrem* wird verständlich, wenn man betrachtet, dass es bei Schwarzen Menschen nicht um die familienrechtliche Abstammung eines Kindes ging, sondern um Eigentumsverhältnisse.⁹⁰ Die familiären Beziehungen Schwarzer Menschen waren nicht durch das Familienrecht geregelt. Wieder befinden sich Schwarze Familien außerhalb des *domestic realm*⁹¹ und die Mutterschaft Schwarzer Frauen* steht nicht unter dem Schutz der Familie.

⁸⁵ F. El-Tayeb, *Schwarze Deutsche, der Diskurs um "Rasse" und nationale Identität 1890–1933*, Campus: Frankfurt am Main, 2001, S. 107.

⁸⁶ El-Tayeb 2001 (supra fn. 85), S. 118 ff.

⁸⁷ Morgan 2018 (supra fn. 78), S. 16.

⁸⁸ Morgan 2018 (supra fn. 78), S. 5.

⁸⁹ Morgan 2018 (supra fn. 78), S. 4.

⁹⁰ Morgan 2018 (supra fn. 78), S. 5.

⁹¹ Morgan 2018 (supra fn. 78), S. 12.

C) MUTTERSCHAFT ALS ANAGRAMM

Auch Grace's Muttersein befindet sich außerhalb des Schutzes des *domestic realm*. Daher steht Grace vor der Frage: „[...] *[I]f they are doing that now, at the birth of the child they are already depriving them of their right to get their birth certificate, who knows what they will deprive them of tomorrow?*“.⁹² Sie weiß, dass es Eingriffe gibt, vor denen sie Nathan nicht schützen kann. Sie kann ihm seine Geburtsurkunde nicht ausstellen, sie kann ihm seine Staatsangehörigkeit nicht geben und sie kann ihm kein anderes Zu Hause als das Lager bieten, in dem beide gerade wohnen. Was kommt in der Zukunft noch auf Nathan zu, vor dem ihn seine Mutter nicht beschützen kann? Sharpe fragt: *“In the afterlives of partus sequitur ventrem what does, what can mothering mean for Black women, for Black people? What kind of mother/ing is it if one must always be prepared with knowledge of the possibility of the violent death of one's child? Is it mothering if one knows that one's child might be killed at any time [...]? Swallowed whole by the state, purged by the police, stopped and frisked, back broken, humiliated, interned in 'camps' [...]”*. Hier zerfällt die Bedeutung der Begriffe „Mutter“ und „Kind“. Anstatt dem Kind Schutz zu gewähren, bedeutet Muttersein für Schwarze Menschen ihrem Kind unweigerlich Marker der Unterdrückbarkeit mitzugeben.

III. Ergebnis

Grace erlebt in dem Verfahren um die Geburtsurkunde ihres Kindes verschiedene Aspekte antischwarzer Gewalt. Sie wird ihrer Handlungsfähigkeit beraubt und kriminalisiert. Die Erfahrungen, die sie macht, stehen in einer Kontinuität mit der Gewalt, die Schwarze Frauen* schon im deutschen Kolonialismus und zur Zeit des transatlantischen Sklavenhandels erlebten. Sie teilen die Erfahrung, durch antischwarze Gewalt aus Gesellschaft ausgeschlossen zu sein. Hierbei dient Recht dazu, Schwarze Menschen als unterdrückbar zu markieren und die Unterdrückung zu perpetuieren, indem die Unterdrückbarkeit auf ihre Kinder übertragen wird.

D. DIE MANIFESTATION ANTISCHWARZER GEWALT IM RECHTSDISKURS

Im folgenden Abschnitt lege ich dar, wie sich die oben geschilderten Umstände im Rechtsdiskurs niederschlagen. Zum Rechtsdiskurs zählen etwa „die legislativen und judikativen Entscheidungen, die allgemeinverbindliche Normen aufstellen, sie auf konkrete Lebenssachverhalte anwenden und in dem Wissen darum, dass diese mit staatlichem Zwang durchgesetzt werden können, normative Verhaltenserwartungen stabilisieren“.⁹³ Ich stelle daher die einschlägige Rechtsprechung (1) und Gesetzgebung (2) dar. Ergänzend führe ich Kommentarliteratur und juristische Aufsätze an und erläutere, wie sie antischwarze Gewalt sichtbar machen oder sich diese an ihnen manifestiert.

⁹² Transkript Interview Grace Eze, Z. 628-630.

⁹³ D. Liebscher, Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, Suhrkamp: Berlin 2021, S. 21.

I. Rechtsprechung

In diesem Abschnitt analysiere ich den Beschluss des Bremer OVG,⁹⁴ dem auch der unter II geschilderte Sachverhalt entnommen ist, die Entscheidung des VG Bremen,⁹⁵ die dem vorausging und ziehe Entscheidungen heran, denen vergleichbare Sachverhalte zugrunde liegen. Darunter ist auch ein Beschluss des BVerfG,⁹⁶ in dem die behördliche Anfechtung von Vaterschaftsanerkennungen für verfassungswidrig erklärt wird. Diese Entscheidungen werden zur Erörterung der Frage angeführt, wie im Verfahren die jeweiligen Interessen der Familien und der Behörden gewichtet werden. Dies erläutere ich anhand von drei zentralen Aspekten: den Kriterien für die Wirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung (a), dem maßgeblichen Zeitpunkt für den Übergang der Vaterschaft (b) und der Rolle, die Grund- und Kinderrechte im Verfahren spielen (c).

1. WIRKSAMKEIT DER VATERSCHAFTSANERKENNUNG

Im Sachverhalt, wie auch im Fall von Grace, wurde jeweils bereits eine Vaterschaftsanerkennung beurkundet. Das Standesamt argumentiert jedoch, diese Vaterschaftsanerkennung sei unwirksam, da die Mutter mit einem anderen Mann* als dem Anerkennenden verheiratet sei.⁹⁷ Nach § 1592 Nr. 1 BGB ist in erster Linie der Mann* Vater, der zum Zeitpunkt der Geburt mit der Mutter des Kindes verheiratet ist.⁹⁸ Solange eine Vaterschaft durch Ehe gem. § 1592 Nr. 1 BGB besteht, entfaltet diese eine Sperrwirkung für die Vaterschaftsanerkennung.⁹⁹ Diese Vorschrift dient dem Zweck, dass das Kind keine zwei, sondern nur einen Vater im Rechtssinne haben soll.¹⁰⁰ Unerheblich für die Wirksamkeit der Anerkennung ist, ob der Anerkennende auch der leibliche Vater des Kindes ist. Es kommt allein auf die rechtliche Vaterschaft an.¹⁰¹ Argumente, die gegen eine leibliche Vaterschaft des Anerkennenden sprechen fallen folglich nicht ins Gewicht.¹⁰² Auch Vaterschaftsgutachten, die die leibliche Vaterschaft des Anerkennenden belegen, sprechen nicht für die Wirksamkeit der Anerkennung.¹⁰³ Wenn der Anerkennende der leibliche Vater ist, kann die Vaterschaftsanerkennung zwar gem. § 1597a Abs. 5 BGB nicht mehr *missbräuchlich* sein. Die Unwirksamkeit aufgrund anderweitiger Vaterschaft gem. § 1594 Abs. 2 BGB wird dadurch jedoch nicht beseitigt.¹⁰⁴

A) GENERALVERDACHT DES STANDESAMTES

Das Bremer Standesamt nimmt bei Frauen* aus Nigeria und Ghana grundsätzlich die Möglichkeit des Bestehens einer anderweitigen Ehe an, wodurch jede für ihr

⁹⁴ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20.

⁹⁵ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20.

⁹⁶ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10.

⁹⁷ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 8.

⁹⁸ M. Wellenhofer, '§1592 BGB', in: F. J. Säcker / R. Rixecker / H. Oetker / B. Limperg (eds), Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 8. edn, 2020, Rn. 2.

⁹⁹ M. Wellenhofer, '§1594 BGB', in: F. J. Säcker / R. Rixecker / H. Oetker / B. Limperg (eds), Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 8. edn, 2020, Rn. 31.

¹⁰⁰ Wellenhofer 2020 (supra fn. 99), §1594 BGB, Rn. 31.

¹⁰¹ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 12.

¹⁰² OVG Bremen, Entscheidung vom 23.11.2020 – 2 B 250/20, Rn. 14.

¹⁰³ OVG Bremen, Entscheidung vom 3.2.2021 – 2 B 404/20, Rn. 17.

¹⁰⁴ OVG Bremen, Entscheidung vom 3.2.2021 – 2 B 405/20.

Kind abgegebene Vaterschaftsanerkennung unwirksam wäre. Die Frauen* erhalten aufgrund ihrer Nationalität ein vorgefertigtes Schreiben des Standesamtes, in dem ihnen mitgeteilt wird, ihre eigene Geburtsurkunde werde nicht anerkannt und ihre Identität sei daher nicht nachgewiesen.¹⁰⁵ Damit gelte auch ihr Personenstand als nicht nachgewiesen und es sei nicht ausgeschlossen, dass die Frau* mit einem anderen Mann* verheiratet sei als mit dem, der die Vaterschaft anerkannt hat.

B) ERFORDERNIS DES KONKRETEN ANHALTSPUNKTES

Die Gerichte, hingegen, fordern einen konkreten Anhaltspunkt für das Bestehen einer Ehe mit einem anderen Mann* als dem Anerkennenden.¹⁰⁶ Der Negativbeweis könne von den Müttern nicht gefordert werden, wenn kein Anhaltspunkt für den Verdacht bestünde.¹⁰⁷ Das OVG Bremen entschied: „Hat ein deutscher Staatsangehöriger die Vaterschaft für das Kind einer ausländischen Mutter anerkannt, bedarf es zur Geltendmachung des Erwerbs der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes eines Nachweises der Ledigkeit der Mutter nur, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Bestehen einer Ehe vorliegen.“¹⁰⁸ Zwar müsse bei Eintragung einer Vaterschaft aufgrund Anerkenntnisses grundsätzlich ausgeschlossen sein, dass die Kindesmutter zum Zeitpunkt der Geburt mit einem anderen Mann* verheiratet war. Allein die Einschätzung des Urkundenwesens als unzuverlässig und der daraus resultierende der Umstand, dass die Identität der Kindesmutter nicht nachgewiesen sei, berechtige allerdings noch nicht zu derartigen Zweifeln, so das OLG Oldenburg.¹⁰⁹ Das OVG Bremen weist weiterhin auf das Problem des Negativbeweises hin. Selbst bei einem Deutschen, dessen Identität mit Urkunden nachgewiesen werden könne, sei nicht auszuschließen, dass er im Ausland eine wirksame Ehe eingegangen sei, die nicht zur Kenntnis deutscher Behörden gelangte. Noch weniger vermöge eine Person mit einer Herkunft aus Ländern, die über ein weniger gut funktionierendes Personenstandswesen verfügten, einen derartigen Negativbeweis zu führen.¹¹⁰ Der Mutter quasi ins Blaue hinein den nur schwer zu führenden „Negativbeweis“ aufzuerlegen, dass sie in ihrem Heimatland nicht verheiratet wäre, sei eine unzumutbare Anforderung.¹¹¹ Der Sachverhalt sei hinsichtlich der Staatsangehörigkeit von Amts wegen aufzuklären, so das VG Bremen in der dem Beschluss des OVG Bremen vorausgehenden Entscheidung. Die materielle Beweislast für die von der Antragsgegnerin behauptete Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung liege nach allgemeinen Beweisgrundsätzen und wegen des Schutzes des Art. 16 Abs. 1 GG bei der Antragsgegnerin.¹¹² Die Beweislast

¹⁰⁵ Gespräch mit dem Flüchtlingsrat Bremen.

¹⁰⁶ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 22; OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 25.7.2013 – 11 Wx 35/13; OLG München, Entscheidung vom 19.10.2005 – 31 Wx 053/05, Rn. 11; OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19 (PS), Rn. 14.

¹⁰⁷ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 19.

¹⁰⁸ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Leitsatz Nr. 2.

¹⁰⁹ OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.01.2020 – 12 W 63/19 (PS), Rn. 11.

¹¹⁰ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 19.

¹¹¹ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 19.

¹¹² VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 19.

liegt also grundsätzlich bei den Behörden. Die Gerichte weisen somit den Generalverdacht der Behörden zurück. Diese haben zunächst einen konkreten Anhaltspunkt für das Bestehen einer Ehe vorzulegen.

C) KONKRETER ANHALTSPUNKT

Worin ein solcher „konkreter Anhaltspunkt“ besteht, ist somit entscheidend. Denn sein (nicht-) Vorliegen bestimmt, ob sich im Verfahren die Beweislast zulasten der Familien verschiebt oder ob sie bei der Behörde bleibt. Das Bremer Standesamt legt den Begriff des „konkreten Anhaltspunktes“ sehr weit aus, um nicht von seinem Generalverdacht abrücken zu müssen. So deutet es den Umstand, dass viele Mütter aus Ghana, für deren Kinder deutsche Staatsangehörige die Vaterschaft anerkannt haben, mit einem anderen Mann* verheiratet gewesen wären als konkreten Anhaltspunkt für das Bestehen einer Ehe.¹¹³ Folglich bestünde bei jeder Frau* mit ghanaischer Staatsangehörigkeit ein konkreter Anhaltspunkt für die Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung.

Diese Argumentation weist das OVG Bremen dezidiert zurück. Einzig die Staatsangehörigkeit einer Person sei kein „konkreter Anhaltspunkt“. In den bekannten Fällen hätten neben der ghanaischen Staatsangehörigkeit stets deutliche einzelfallbezogene Indizien auf eine bestehende Ehe hingewiesen.¹¹⁴ Auch ein zuvor geborenes Kind mit einem anderen Nachnamen als dem, den die Mutter trägt, stellt für das Gericht keinen „konkreten Anhaltspunkt“ dar.¹¹⁵ An die Vermutung einer Ehe mit einem anderen Mann* stellt es höhere Ansprüche und fordert etwa, dass die Mutter im Visumsantrag angegeben habe, sie sei verheiratet.¹¹⁶

Jedoch sind sich die Gerichte bei der Definition eines „konkreten Anhaltspunktes“ uneins. So hält das OLG Oldenburg entsprechende Zweifel bereits für berechtigt, wenn das Vaterschaftsanerkennnis der wesentliche Anknüpfungspunkt für den aufenthaltsrechtlichen Status der Kindesmutter ist oder wenn mögliche und zumutbare Mitwirkungshandlungen zur Feststellung der Identität der Kindesmutter unterlassen werden.¹¹⁷ Anknüpfungspunkt für den aufenthaltsrechtlichen Status der Mutter ist eine Vaterschaftsanerkennung immer dann, wenn sie zuvor keinen Aufenthaltstitel hatte. Mit dieser Definition des „konkreten Anhaltspunktes“ werden also Mütter aufgrund ihrer ohnehin schon prekären aufenthaltsrechtlichen Situation unter Generalverdacht gestellt. Auch das Unterlassen zumutbarer Mitwirkungshandlungen als „konkreter Anhaltspunkt“ ist problematisch. Zum Unterlassen zumutbarer Mitwirkungshandlungen könnte etwa das Amtsüberprüfungsverfahren zählen, welches das Bremer Standesamt Betroffenen nahelegt durchzuführen, um ihre Identität nachzuweisen. Es ist dieses Verfahren, auf dessen Ergebnis Grace seit Monaten wartet, aufgrund dessen ein Anwalt des deutschen Konsulats in Nigeria ihre Familie über sie befragt hat und für das sie selbst über 600 € gezahlt hat.

¹¹³ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 19.

¹¹⁴ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 23.

¹¹⁵ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 23.

¹¹⁶ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 22.

¹¹⁷ OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19 (PS), Rn. 12.

Auch das OVG Bremen ist nicht konsequent in den erhöhten Anforderungen, die es an einen „konkreten Anhaltspunkt“ stellt. Kritisiert es einerseits die Unzumutbarkeit des Negativbeweises, so fordert es diesen gleichzeitig von Frauen*, die eine Scheidungsurkunde zum Nachweis ihrer Ledigkeit vorlegen. So wird eine Scheidungsurkunde aus Ghana erst als Anhaltspunkt für das Bestehen einer Ehe genommen, anstatt für deren Auflösung.¹¹⁸ Argumentiert wird folgendermaßen: Die Scheidungsurkunde biete einen konkreten Anhaltspunkt dafür, dass die Frau* zu einem früheren Zeitpunkt verheiratet war. Ihre Beweiskraft reiche jedoch nicht dazu aus, zu beweisen, dass die geschlossene Ehe aufgelöst wurde.¹¹⁹ Aufgrund mangelnder Sorgfalt und Kontrolle sowie eines unzuverlässigen Urkundswesens komme es in Ghana häufig vor, dass staatliche Behörden formal echte Urkunden (insbesondere Geburts-, Heirats-, Sterbe-, und Scheidungsurkunden) ausstellten, die unzutreffende Angaben enthielten.¹²⁰ Folglich könnten Scheidungsurkunden die Auflösung der Ehe nicht nachweisen.¹²¹ Dasselbe gilt für Nigeria, da das nigerianische Urkundenwesen von Gerichten ebenfalls als „nicht hinreichend entwickelt“ angesehen wird.¹²² Eine Scheidungsurkunde ist somit nicht etwa der Beweis für die Auflösung einer Ehe, sondern im Gegenteil: der konkrete Anhaltspunkt für ihr Bestehen.

Die Position der Gerichte zum Generalverdacht der Unwirksamkeit von Vaterschaftsanerkennungen, die Frauen aus Ghana und Nigeria ein Aufenthaltsrecht vermitteln, ist also ambivalent. Einerseits wird der Generalverdacht der Behörden zurückgewiesen und ein „konkreter Anhaltspunkt“ gefordert.¹²³ Andererseits wird dieses Erfordernis teilweise derart weit ausgelegt, dass nahezu kein Unterschied zum Generalverdacht besteht.¹²⁴ Insbesondere geschiedene Frauen* sehen sich mit dem Problem des Negativbeweises konfrontiert. Sie müssen die Auflösung ihrer Ehe beweisen, ohne dabei auf Urkunden ihres Herkunftslandes zurückgreifen zu können, da deren Beweiskraft als nicht ausreichend angesehen wird.

2. MABGEBLICHER ZEITPUNKT FÜR DEN ÜBERGANG DER STAATSANGEHÖRIGKEIT

Kern der Diskussion um missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen ist der Übergang der deutschen Staatsangehörigkeit des Anerkennenden auf das Kind. Zentral ist also auch die Frage, welche Voraussetzungen zum Übergang der Staatsangehörigkeit erfüllt sein müssen.

Das Standesamt geht davon aus, dass es zum Übergang der deutschen Staatsangehörigkeit des Anerkennenden auf das Kind der Beurkundung der

¹¹⁸ OVG Bremen, Entscheidung vom 3.2.2021 – 2 B 404/20, Rn. 18.

¹¹⁹ OVG Bremen, Entscheidung vom 20.11.2020 – 2 B 249/20, Rn. 20.

¹²⁰ OVG Bremen, Entscheidung vom 3.2.2021 – 2 B 404/20, Rn. 18.

¹²¹ OVG Bremen, Entscheidung vom 20.11.2020 – 2 B 249/20, Rn. 20.

¹²² OLG Zweibrücken, Entscheidung vom 23.4.2012 – 3 W 28/12.

¹²³ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 22; OLG Karlsruhe, Entscheidung vom 25.7.2013 – 11 Wx 35/13; OLG München, Entscheidung vom 19.10.2005 – 31 Wx 053/05, Rn. 11; OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19 (PS), Rn. 14.

¹²⁴ OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19 (PS), Rn. 12.

Abstammung durch die Geburtsurkunde bedarf. Im Verfahren vor dem OVG Bremen argumentiert es, das Kind sei kein deutscher Staatsangehöriger, da es keine Geburtsurkunde gebe, die die Abstammung von einem deutschen Staatsangehörigen belege.¹²⁵ Auch hat es den Rechtsstreit erst für erledigt erklärt, als eine Geburtsurkunde vorgelegt wurde, in die der Vater mit deutscher Staatsangehörigkeit eingetragen war.¹²⁶

Diese Argumentation steht im Gegensatz zu höchstrichterlicher Rechtsprechung wie auch Gesetzgebung. So sind sich Judikative und Legislative einig, dass die Staatsangehörigkeit mit der wirksamen Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung auf das Kind übergeht. In § 4 Abs. 1 S. 2 StAG heißt es: „Ist bei der Geburt des Kindes nur der Vater deutscher Staatsangehöriger, und ist zur Begründung der Abstammung nach den deutschen Gesetzen die Anerkennung oder Feststellung der Vaterschaft erforderlich, so bedarf es zur Geltendmachung des Erwerbs einer [...] wirksamen Anerkennung [...] der Vaterschaft“. Von diesem Zeitpunkt an ist das Kind rückwirkend ab seiner Geburt als deutsche:r Staatsangehörige:r zu betrachten.¹²⁷ Auch das Bundesverfassungsgericht verortet den Übergang der Staatsangehörigkeit auf den Zeitpunkt der wirksamen Vaterschaftsanerkennung.¹²⁸ Dem folgt auch das OVG Bremen.¹²⁹ Die Geburtsurkunde diene lediglich als Beweis, sei jedoch nicht konstitutiv für die Staatsangehörigkeit.¹³⁰ Es komme nicht darauf an, dass eine Geburtsurkunde vorgelegt würde. Die Eintragungen bei der Geburt eines Kindes ausländischer Eltern in Deutschland beweise lediglich die Tatsache der Inlandsgeburt, nicht aber die rechtliche Eigenschaft des Kindes als deutsche:r Staatsangehörige:r.¹³¹ Die Abstammung des Kindes von einem deutschen Vater müsse im Verfahren nicht zwingend durch die Vorlage einer Geburtsurkunde nachgewiesen werden.¹³²

Dass das Bremer Standesamt sich einer so eindeutigen Rechtslage widersetzt, kann darauf zurückgeführt werden, dass es keinen Einfluss darauf hat, ob die Vaterschaftsanerkennung beurkundet wird oder nicht. Die Beurkundung der Vaterschaftsanerkennung kann etwa vom Jugendamt oder von Notar:innen vorgenommen werden.¹³³ Anders bei der Geburtsurkunde. Hier liegt die Entscheidung in der Hand der Standesbeamt:innen. Hängt der Übergang der Staatsangehörigkeit von der Geburtsurkunde ab, so ist maßgeblich, wie das Standesamt die Vaterschaftsanerkennung einstuft. Folglich hat das Standesamt ein Interesse daran, dass die Staatsangehörigkeit nicht mit wirksamer Anerkennung, sondern erst mit Ausstellung der Geburtsurkunde übergeht. So kann die Behörde weiter Druck auf Familien ausüben, indem sie das Ausstellen der Geburtsurkunde verweigert oder in die Länge zieht. Während dieser Zeit entstehen etwa Probleme

¹²⁵ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 2.

¹²⁶ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 7.

¹²⁷ F. Weber, ‘§4 StAG’, in: W. Kluth / A. Heusch (eds), Beck’scher Onlinekommentar zum Ausländerrecht, C.H. Beck: München, 29. edn, 2021, Rn. 17.

¹²⁸ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 19.

¹²⁹ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 10, 11, 15.

¹³⁰ OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 25.

¹³¹ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 16.

¹³² OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Leitsatz Nr. 3.

¹³³ M. Wellenhofer, ‘§1597a BGB’, in: F. J. Säcker / R. Rixecker / H. Oetker / B. Limperg (eds), Münchener Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 8. edn, 2020, Rn. 11.

bei der Krankenversicherung der Kinder, der Beantragung von Kinder- und Elterngeld.¹³⁴ Vor Allem stellt ohne Vorlage der Geburtsurkunde des Kindes das Migrationsamt der Mutter des Kindes keinen Aufenthaltstitel aus.¹³⁵

3. DIE ROLLE VON GRUND- UND KINDERRECHTEN

Im Verfahren ist das Familiengrundrecht gem. Art. 6 GG aber auch der Schutz der Staatsangehörigkeit gem. Art. 16 GG betroffen. Die verfassungsrechtlichen Maßstäbe für Vaterschaftsanerkennungen hat das BVerfG in seinem Beschluss vom 17.12.2013 festgelegt.¹³⁶ Auch die Rechte der betroffenen Kinder spielen eine Rolle, denn nach Art. 3 Abs. 1 der UN-Kinderrechtskonvention ist bei allen Maßnahmen, die Kinder betreffen, das Wohl des Kindes ein Gesichtspunkt, der vorrangig zu berücksichtigen ist.

A) SCHUTZ DER STAATSANGEHÖRIGKEIT

Im Bundesverfassungsgerichtsbeschluss zur Behördenanfechtung widmet sich das Gericht vor allem der Verletzung von Art. 16 GG, dem Schutz der deutschen Staatsangehörigkeit. Die Behördenanfechtung räumte gem. § 16000 Abs. 1 Nr. 5 BGB A.F. bestimmten Behörden das Recht ein, eine bereits beurkundete Vaterschaftsanerkennung rückwirkend anzufechten, wenn diese einzig zur Erlangung aufenthaltsrechtlicher Vorteile erfolgt war und keine sozial-familiäre Beziehung zwischen dem Anerkennenden und dem Kind bestand. In seinem Beschluss nahm das Gericht in erster Linie Anstoß daran, dass die Vaterschaftsanerkennung rückwirkend aufgehoben werden konnte, denn mit der wirksamen Vaterschaftsanerkennung war auch die deutsche Staatsangehörigkeit auf das Kind übergegangen.¹³⁷ Ihm diese rückwirkend abzuerkennen sei eine „absolut verbotene Entziehung der Staatsangehörigkeit“¹³⁸ und damit verfassungswidrig. Fraglich ist, wie nach diesen Maßstäben das Vorgehen des Bremer Standesamtes zu bewerten ist. Denn faktisch wird auch hier eine bereits beurkundete Vaterschaftsanerkennung rückwirkend in Frage gestellt. Technisch gesehen setzt das Standesamt jedoch früher an und zweifelt die Wirksamkeit der beurkundeten Vaterschaftsanerkennung an. Durch eine unwirksame Vaterschaftsanerkennung wäre auch die Staatsangehörigkeit nicht auf das Kind übergegangen. Diese könnte ihm folglich auch nicht entzogen werden.

Das VG Bremen entschied, selbst wenn das Beurkundungsverfahren um die Vaterschaftsanerkennung aufgrund des Verdachts der Missbräuchlichkeit nicht ohne Weiteres hätte beurkundet werden dürfen, könne dies in Umsetzung der verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung nicht nachträglich im standesamtlichen Verfahren bei der Ausstellung der Geburtsurkunde wettgemacht werden.¹³⁹ Selbst wenn also der Verdacht der Missbräuchlichkeit besteht, darf nach dem VG Bremen das Standesamt die bereits beurkundete Vaterschaftsanerkennung nicht

¹³⁴ A. Koch/V. Lies, Geboren, registriert – und dann?, in: Humboldt Law Clinic Working Paper 16, 2008, S. 6, 16 f.

¹³⁵ Transkript Interview Grace Eze, Z. 573-576.

¹³⁶ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10.

¹³⁷ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 19.

¹³⁸ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 30.

¹³⁹ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 20.

in Zweifel ziehen. Der Bundesgesetzgeber habe ein Verfahren für die Feststellung des Nichtbestehens der deutschen Staatsangehörigkeit in § 30 StAG vorgesehen, welches auch von Amts wegen betrieben werden könne. Auch hier trage die Behörde die volle Beweislast für das Nichtbestehen der deutschen Staatsangehörigkeit.¹⁴⁰ Weiterhin liege die materielle Beweislast für die von der Antragsgegnerin behauptete Unwirksamkeit der Vaterschaftsanerkennung nach allgemeinen Beweisgrundsätzen und wegen des Schutzes des Art. 16 Abs. 1 GG bei der Antragsgegnerin.¹⁴¹ Eine bloße Behauptung oder abstrakte Möglichkeit einer anderweitigen Vaterschaft sei nicht ausreichend. Dies folge zwingend aus dem grundrechtlich gebotenen Schutz der deutschen Staatsangehörigkeit nach Art. 16 GG. Das VG Bremen wertet also die Praxis des Standesamtes als unvereinbar mit höchstrichterlicher Rechtsprechung zum Schutz von Art. 16 GG. Abgesehen vom Beschluss des VG Bremen wird jedoch in keiner der hier herangezogenen Entscheidungen Bezug auf den Schutz von Art. 16 GG oder das Urteil des BVerfG genommen.

B) ELTERN- UND FAMILIENGRUNDRECHT UND RECHT AUF ELTERLICHE PFLEGE UND ERZIEHUNG

Das BVerfG sah in der Behördenanfechtung auch eine Verletzung von Art. 6 GG, namentlich dem Elternrecht gem. Art. 6 Abs. 2 S. 1 GG, dem Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung gem. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG und dem allgemeinen Familiengrundrecht gem. Art. 6 Abs. 1 GG. Auch an den Eingriffen in das Elternrecht und das Recht des Kindes auf Gewährleistung elterlicher Pflege kritisiert das Gericht vorrangig, dass rückwirkend in den Bestand der Elternschaft eingegriffen wird.¹⁴² Die Behördenanfechtung beende die zuvor bestehende rechtliche Vaterschaft gegen den Willen aller Familienmitglieder und greife so in das Bestandsinteresse beider Eltern ein.¹⁴³ Der Umstand der rückwirkenden Auflösung der Vaterschaft führe ebenfalls zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das Recht des Kindes auf elterliche Pflege und Erziehung.¹⁴⁴ Wäre die behördliche Anfechtungsklage erfolgreich, entfielen rückwirkend auf den Tag der Geburt des Kindes die bisherige Vaterschaftszuordnung. Dem Kind würde mit der erfolgreichen Vaterschaftsanfechtung durch die staatliche Behörde der rechtliche Vater genommen.¹⁴⁵

Wie bereits im obigen Abschnitt geschildert, versucht das Standesamt die Problematik des rückwirkenden Eingriffs zu umgehen. Das BVerfG beanstandet jedoch darüber hinaus einen unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Familiengrundrecht. Die Behördenanfechtung belaste ein tatsächlich bestehendes Familienleben unnötig mit behördlichen und gerichtlichen Ausforschungen.¹⁴⁶ So würde durch das Verfahren die soziale Beziehung zwischen den Betroffenen belastet, da die gesamte familiäre Situation einer staatlichen Prüfung unterzogen

¹⁴⁰ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 22.

¹⁴¹ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 19.

¹⁴² BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 94, 101.

¹⁴³ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 96.

¹⁴⁴ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 100-103.

¹⁴⁵ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 102.

¹⁴⁶ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 104.

und die biologische Vaterschaft in Frage gestellt würde.¹⁴⁷ Die behördlichen Ermittlungen nähmen den Beteiligten die Gewissheit und Vertrauen in ihre familiären Beziehungen, indem sie deren tatsächliche und rechtliche Grundlage in Frage stellten.¹⁴⁸ Es sei nicht gerechtfertigt, nicht verheiratete, ausländische oder binationale Elternpaare, die keinen gemeinsamen Wohnsitz haben, generell dem Verdacht auszusetzen, die Vaterschaftsanerkennung allein aus aufenthaltsrechtlichen Gründen vorgenommen zu haben und deren Familienleben damit ohne Weiteres mit behördlichen Nachforschungen zu belasten.¹⁴⁹ Hier geht das BVerfG in seiner Kritik über die rückwirkende Aufhebung der Vaterschaftsanerkennung hinaus und greift die Ausforschung der Familienverhältnisse an sich an. Diese Kritik lässt sich auch auf den hier behandelten Sachverhalt anwenden. Alle Familien – insbesondere Mütter –, die in das Raster fallen, werden auf intimste Details ihres Lebens ausgeforscht, wie Grace es in unserem Gespräch beschrieben hat. Dennoch nimmt keines der Gerichte Bezug auf diesen Teil der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts.

Insgesamt finden die betroffenen Grundrechte kaum Beachtung in den einfachergerichtlichen Entscheidungen. Lediglich das VG Bremen bezog den Schutz des Art. 16 GG in seine Entscheidung ein.¹⁵⁰ Art. 6 GG wurde hingegen überhaupt nicht berücksichtigt.

C) KINDESWOHL

Mit Ratifizierung der UN-Kinderrechtskonvention (UN-KRK) hat sich Deutschland verpflichtet, das Recht des Kindes zu achten, seine Identität, einschließlich seiner Staatsangehörigkeit, seines Namens und seiner gesetzlich anerkannten Familienbeziehungen, ohne rechtswidrige Eingriffe zu behalten. Jedoch findet das Kindeswohl in keiner der gerichtlichen Entscheidungen Erwähnung. Bis auf einige Ausnahmen wird das Kind nicht als Subjekt mit eigenen Interessen gesehen. Einzig an einer Stelle nimmt das OLG Oldenburg Bezug auf die paradoxe Situation, dass die Sperrwirkung des § 1594 Abs.2 BGB eigentlich verhindern solle, dass das Kind zwei Väter im Rechtssinne hätte, das momentane Vorgehen aber dazu führe, dass ein Kind im Rechtssinne überhaupt keinen Vater habe.¹⁵¹ So werden zumindest mittelbar die Interessen des Kindes thematisiert. Als rechtlicher Maßstab, den das Kindeswohl nach Art. 3 Abs. 1 UN-KRK bieten sollte, findet es aber keine Berücksichtigung.

4. ZWISCHENERGEBNIS

Die Rechtsprechung zeigt sich in den Verfahren den Familien zugewandter als die Behörden. Dem Generalverdacht des Standesamtes setzen die Gerichte das Erfordernis des „konkreten Anhaltspunktes“ entgegen. Außerdem legen sie den Zeitpunkt des Übergangs der Staatsangehörigkeit konsequent auf die wirksame Anerkennung der Vaterschaft und fordern für den Beleg der Abstammung nicht

¹⁴⁷ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 105.

¹⁴⁸ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 107.

¹⁴⁹ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 109.

¹⁵⁰ VG Bremen, Entscheidung vom 14.10.2020 – 4 V 1713/20, Rn. 19.

¹⁵¹ OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19, Rn. 11.

die Geburtsurkunde des Kindes.¹⁵² Jedoch weist auch die Rechtsprechung problematische Argumentationsmuster auf. So wird auf den eigentlich durchbrochenen Generalverdacht gegenüber Müttern aus Ghana und Nigeria zurückgegriffen, indem das Erfordernis des „konkreten Anhaltspunktes“ unnötig weit ausgelegt wird, etwa wenn das OLG Oldenburg in mangelnder Mitwirkung einen Anhaltspunkt für eine anderweitig bestehende Ehe ansieht.¹⁵³ Dabei gibt es viele Gründe, aus denen die Betroffenen nicht mitwirken, etwa weil sie sich weigern, ihre intimsten Lebensverhältnisse von deutschen Behörden ausforschen zu lassen oder weil sie sich das Amtsüberprüfungsverfahren schlicht nicht leisten können. Die mangelnde Mitwirkung muss also nicht bedeuten, dass die Person etwas zu verheimlichen hat. Dies bringt die Betroffenen in eine Situation, in der sie entweder das Amtsüberprüfungsverfahren über sich ergehen lassen und die Kosten für dieses tragen müssen oder andernfalls dem Standesamt einen „konkreten Anhaltspunkt“ für eine anderweitig bestehende Ehe liefern. Sie werden so ihrer Handlungsfähigkeit beraubt. Aus der weiten Auslegung des „konkreten Anhaltspunktes“ spricht darüber hinaus das Misstrauen, das auch die Gerichte gegenüber den Betroffenen an den Tag legen. Zuletzt ist als höchst besorgniserregend hervorzuheben, welche eine geringe Rolle die Grund- und Kinderrechte in den Entscheidungen der Gerichte spielen. Vor allem Art. 6 GG findet überhaupt keine Berücksichtigung, obwohl das Bundesverfassungsgericht gerade für diesen Fall bereits Maßstäbe aufgestellt hat. Auch die Instrumentalisierung der Sperrwirkung von Vaterschaftsanerkennungen, wenn es bereits einen rechtlichen Vater gibt, wird von den Gerichten weitgehend hingenommen. Die Regelung ist dazu gedacht, zu verhindern, dass ein Kind zwei Väter im Rechtssinne hat.¹⁵⁴ Die Praxis des Standesamtes führt jedoch dazu, dass das Kind gar keinen rechtlichen Vater hat. Es wird nicht, wie bei der Anfechtung der Vaterschaft gem. § 1600 Abs. 1 Nr. 1, 2 BGB ein Vater durch einen anderen ersetzt, sondern dem Kind wird gänzlich eine Person vorenthalten, gegen das es etwa Unterhalts- oder Erbansprüche geltend machen könnte. Das Interesse des Kindes am Bestehen der Vaterschaft wird jedoch von den Gerichten nicht berücksichtigt. Somit lässt sich sagen, dass die Interessen der Familien im Verfahren gegenüber denen der Behörden nicht ausreichend gewichtet werden.

II. Gesetzgebung

In diesem Abschnitt thematisiere ich die legislativen Entscheidungen, die in Bezug auf Vaterschaftsanerkennungen getroffen wurden. Dafür werden die §§ 1597a BGB und 85a AufenthG herangezogen, da sie explizit mit dem Zweck eingeführt wurden, Vaterschaftsanerkennungen zu verhindern, die die rechtlichen Voraussetzungen für den Aufenthalt einer oder mehrerer der beteiligten Personen schaffen. Zunächst lege ich den Mechanismus der §§ 1597a BGB und 85a AufenthG dar (a) und befasse mich mit der Genese der Normen (b). Darauf folgend nehme ich Bezug auf die Diskussion um ihre Verfassungsmäßigkeit (c).

¹⁵² OVG Bremen, Entscheidung vom 10.2.2021 – 2 B 335/20, Rn. 10, 11, 15.

¹⁵³ OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19 (PS), Rn. 12.

¹⁵⁴ OLG Oldenburg, Entscheidung vom 30.1.2020 – 12 W 63/19, Rn. 11.

1. MECHANISMUS DER §§ 1597A BGB UND 85A AUFENTHG

Zweck der §§ 1597a BGB und 85a AufenthG ist die Missbilligung von Vaterschaftsanerkennungen, die gezielt zur Erlangung eines Aufenthaltstitels abgegeben werden.¹⁵⁵ Diese sollen verhindert werden, bevor sie überhaupt entstehen.¹⁵⁶ Als missbräuchlich gelten Vaterschaftsanerkennungen, bei denen ausschließlich aufenthaltsrechtliche Vorteile erlangt werden sollen¹⁵⁷ und bei der der Anerkennende keine Verantwortung für das Kind übernehmen will.¹⁵⁸ Die aufenthaltsrechtlichen Rechtsfolgen müssen das Leitmotiv der Anerkennung sein.¹⁵⁹ Durch das Verbot soll verhindert werden, dass die Vaterschaftsanerkennung gezielt genutzt wird, um den Aufenthalt des Vaters, der Mutter oder des Kindes zu ermöglichen.¹⁶⁰ Das schließt auch den Erwerb der deutschen Staatsangehörigkeit des Kindes durch Abstammung gem. § 4 Abs. 1, 3 StAG ein.¹⁶¹ § 1597a BGB schreibt eine Vorprüfung der beurkundenden Behörde, etwa durch Jugendamt, Standesamt, Amtsgericht, Notar:in oder Konsularbeamt:in vor.¹⁶² Die jeweilige Behörde hat jede Vaterschaftsanerkennung auf Missbräuchlichkeit zu prüfen.¹⁶³ Da es sich lediglich um eine Vorprüfung handelt, müssen in diesem Teil des Verfahrens keine näheren Ermittlungen von Amts wegen vorgenommen oder zusätzliche Informationen beschafft werden.¹⁶⁴ Gründe, die gem. § 1597a Abs. 2 S. 2 BGB eine *missbräuchliche Anerkennung der Vaterschaft* widerleglich vermuten¹⁶⁵ und die Prüfungspflicht eintreten lassen sind das Bestehen einer vollziehbaren Ausreisepflicht von Anerkennendem, Mutter oder Kind (Nr. 1) – insbesondere dadurch erkennbar, dass die betroffene Person im Besitz einer Duldung oder Grenzübertrittsbescheinigung ist,¹⁶⁶ ein Asylantrag des Anerkennenden, der Mutter oder des Kindes bei Staatsangehörigkeit eines *Sicheren Herkunftsstaates* gem. § 29a AsylG (Nr. 2), das Fehlen von persönlichen

¹⁵⁵ Deutscher Bundestag Drucksache 18/12415 vom 17.5.2017, S. 16; *D. Hahn*, ‘§1597a’, in: W. Hau / R. Poseck (eds), Beck’scher Online Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 58. edn 2021, Rn. 1; *A. Spickhoff*, ‘§ 1597a BGB’, in: A. Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, C.H. Beck: München, 3. edn, 2018, Rn. 1; *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 5; *R. Kemper*, ‘§ 1597a BGB’, in: R. Schulze (ed.), *Handkommentar BGB*, Nomos: Baden-Baden, 10. edn, 2019, Rn. 1, 4.

¹⁵⁶ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 1; *Kemper* 2019 (supra fn. 155), §1597a Rn. 2.

¹⁵⁷ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 1, 5.

¹⁵⁸ *Spickhoff* 2018 (supra fn. 155), §1597a BGB, Rn. 1; *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 5.

¹⁵⁹ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 8.

¹⁶⁰ *Hahn* 2021 (supra fn. 155), §1597a, Rn. 1; *C. Budzikiewicz*, ‘Anmerkungen zu den §§ 1594–1598’, in: O. Jauernig (ed.), *Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 18. edn, 2021, Rn. 9.

¹⁶¹ *Hahn* 2021 (supra fn. 155), §1597a, Rn. 4.

¹⁶² *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 11; *Kemper* 2019 (supra fn. 155), §1597a Rn. 3.

¹⁶³ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 11.

¹⁶⁴ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 11; *Kemper* 2019 (supra fn. 155), §1597a Rn. 7.

¹⁶⁵ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 26; *Kemper* 2019 (supra fn. 155), §1597a Rn. 6.

¹⁶⁶ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 13.

Beziehungen zwischen dem Anerkennenden und der Mutter oder dem Kind (Nr. 3), der Verdacht wiederholter missbräuchlicher Anerkennungen (Nr. 4) und der Verdacht, dass dem Anerkennenden oder der Mutter ein Vermögensvorteil für die Anerkennung oder die Zustimmung dazu gewährt oder versprochen worden ist (Nr. 5). Eine Vaterschaftsanerkennung kann gem. § 1597a BGB nicht missbräuchlich sein, wenn der Anerkennende der leibliche Vater ist. Das Verfahren kann folglich jederzeit durch die Vorlage eines positiven Vaterschaftsgutachtens beendet werden. Werden die Zweifel in der Vorprüfung nicht ausgeräumt, ist die beurkundende Behörde verpflichtet, das Beurkundungsverfahren auszusetzen.¹⁶⁷ Gegen die Aussetzung ist kein Rechtsmittel vorgesehen.¹⁶⁸ Das Verfahren ist an die Ausländerbehörde zu übermitteln, die gem. § 85a AufenthG prüft, ob eine missbräuchliche Vaterschaftsanerkennung vorliegt.¹⁶⁹ Hier endet die Vorprüfung der beurkundenden Behörde und beginnt die Sachprüfung der Ausländerbehörde.¹⁷⁰ Stellt die Ausländerbehörde fest, dass einer der genannten Gründe tatsächlich besteht, so stellt sie dies durch Verwaltungsakt fest und teilt dies der beurkundenden Behörde mit, die die Beurkundung daraufhin ablehnt.¹⁷¹ Eine dennoch erfolgte Anerkennung ist unwirksam.¹⁷² Der Verwaltungsakt kann mit einer Anfechtungsklage oder einem Widerspruch angegriffen werden.¹⁷³ Gem. § 84 Abs. 1 S. 1 Nr. 9 AufenthG hat der Widerspruch keine aufschiebende Wirkung. Wird keine Missbräuchlichkeit festgestellt, so stellt die Ausländerbehörde das Verfahren ein und teilt dies der beurkundenden Behörde mit. Diese nimmt daraufhin die Beurkundung vor.¹⁷⁴

2. GENESE

Nachdem die Behördenanfechtung für verfassungswidrig erklärt wurde, sollte ein neuer Mechanismus gefunden werden, um Vaterschaftsanerkennungen zu verhindern, die den Beteiligten ein Aufenthaltsrecht vermitteln.¹⁷⁵ Zu diesem Zweck wurden die §§ 1597a BGB und 85a AufenthG mit Verabschiedung des Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht eingeführt. Hierbei war das Verbot missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen jedoch nicht eines der Hauptanliegen, sondern wurde kurz vor der Abstimmung durch einen Änderungsantrag in das Gesetzesvorhaben eingebracht.¹⁷⁶ Aus diesem Grund

¹⁶⁷ *Budzikiewicz* 2021 (supra fn. 160), Anmerkungen zu den §§ 1594–1598, Rn. 9; *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 11, 24; *Kemper* 2019 (supra fn. 155), §1597a Rn. 8.

¹⁶⁸ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 24.

¹⁶⁹ *Hahn* 2021 (supra fn. 155), §1597a, Rn. 3; *Budzikiewicz* 2021 (supra fn. 160), Anmerkungen zu den §§ 1594–1598, Rn. 9.

¹⁷⁰ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 11.

¹⁷¹ *Hahn* 2021 (supra fn. 155), §1597a, Rn. 3; *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 28; *Kemper* 2019 (supra fn. 155), §1597a Rn. 1.

¹⁷² *Budzikiewicz* 2021 (supra fn. 160), Anmerkungen zu den §§ 1594–1598, Rn. 9; *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 30.

¹⁷³ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 28.

¹⁷⁴ *Hahn* 2021 (supra fn. 155), §1597a, Rn. 3; *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 29.

¹⁷⁵ *Wellenhofer* 2020 (supra fn. 13399), §1597a BGB, Rn. 2–4.

¹⁷⁶ *Stem* 2017 (supra fn. 61), S. 740.

wird auf das Verbot auch nicht in der Gesetzesbegründung Bezug genommen.¹⁷⁷ Zur Kontextualisierung der Normen ziehe ich daher die Plenardebatte heran, die der Verabschiedung des Gesetzes vorausging.

Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht stand in unmittelbarem inhaltlichen Zusammenhang mit dem von Anis Amri verübten Terroranschlag vom 16.12.2016 auf einen Berliner Weihnachtsmarkt. Die Notwendigkeit des Gesetzes zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht wird in der Plenardebatte mit diesem Ereignis gerechtfertigt.¹⁷⁸ Die Befürworter:innen geben den §§ 1597a BGB und 85a AufenthG in der Debatte nur wenig Raum und rücken andere Maßnahmen des Gesetzes in den Fokus.¹⁷⁹ Die Oppositionsfractionen weisen jedoch unverblümt darauf hin, dass das Verbot *missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen* nicht mit Schutz vor terroristischen Anschlägen zu rechtfertigen ist.¹⁸⁰ „Wenn Sie sagen: ‘Das alles ist jetzt die Antwort auf Anis Amri’, dann erklären Sie mir jetzt doch mal, was das Problem der Vaterschaftsanerkennung [...] mit dem Fall Anis Amri zu tun hat. Das hat überhaupt nichts damit zu tun. Sie gehen hier robust an das Recht auf ein Familienleben dann heran, wenn Migranten oder Flüchtlinge betroffen sind. Das, was Sie hier machen, ist schofel, respektlos und desintegrativ“.¹⁸¹ Auch die Regierungsfractionen vermögen den Zusammenhang zwischen Vaterschaftsanerkennungen und Terroranschlägen nicht herzustellen. Von ihrer Seite wird nur abstrakt auf Sicherheitsrisiken und die Notwendigkeit der Durchsetzung der Ausreisepflicht verwiesen: „Wir wollen weiterhin, dass diejenigen Schutz erfahren und integriert werden, die wirklich schutzbedürftig sind. Dazu gehört aber auch, Abschiebungen effektiv durchzusetzen und gefährliche Ausreisepflichtige besser zu überwachen“.¹⁸² Es wird zwischen „gefährlichen“ und „schutzwürdigen“ Ausländer:innen unterschieden. Die von der Regelung betroffenen Familien werden auf der Seite derer verortet, die keines Schutzes bedürfen und gegen die konsequent vorgegangen werden muss, da ansonsten eine Gefahr für die öffentliche Sicherheit drohe. Das Verbot *missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen* ist eine familienrechtliche Norm, die aber zum Zwecke einer restriktiveren Regelung des Aufenthaltsrechts eingeführt wurde. Es geht folglich nicht um die betroffenen Familien, sondern darum konsequent abschieben zu können, wo es nur geht.

3. VERFASSUNGSMÄßIGKEIT

Die Maßstäbe für die Verfassungsmäßigkeit ergeben sich, wie bereits unter Punkt IV.1.c) dargelegt, maßgeblich aus dem Beschluss des BVerfG zur Behördenanfechtung. Darüber hinaus finden auch die allgemeinen Grundsätze des Verfassungsrechts Anwendung.

A) MAßSTÄBE DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS

In seiner Entscheidung zur Behördenanfechtung hat das BVerfG bereits Maßstäbe

¹⁷⁷ Deutscher Bundestag Drucksache 19/10047 vom 10.5.2019.

¹⁷⁸ Burkhard Lischka (SPD), Plenarprotokoll 18/234 vom 18.5.2017, S. 23727.

¹⁷⁹ Plenarprotokoll 18/234 vom 18.5.2017, S. 23725-23733.

¹⁸⁰ Volker Beck (Bündnis 90/Die Grünen), Plenarprotokoll 18/234 vom 18.5.2017, S. 23727.

¹⁸¹ Volker Beck (Bündnis 90/Die Grünen), Plenarprotokoll 18/234 vom 18.5.2017, S. 23729.

¹⁸² Ole Schröder (CDU), Plenarprotokoll 18/234 vom 18.5.2017, S. 23725.

für die Verfassungsmäßigkeit von Maßnahmen gegen Vaterschaftsanerkennungen aufgestellt. Das Gericht kritisiert an mehreren Stellen den Generalverdacht, den die Behördenanfechtung bedeutet.¹⁸³ Gem. § 16000 Abs. 1 Nr. 5, Abs. 3 BGB A.F. stand jede Vaterschaftsanerkennung unter dem Verdacht der Missbräuchlichkeit, bei der die rechtlichen Voraussetzungen für den erlaubten Aufenthalt einer: der Beteiligten schuf. Die Anerkennung war anfechtbar, wenn zwischen dem Kind und dem Anerkennenden keine sozial-familiäre Beziehung bestand. Das BVerfG entschied, dass zwar grundsätzlich gegen *missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen* vorgegangen werden dürfe,¹⁸⁴ eine solche Regelung jedoch derart differenzieren müsste, dass nicht alle ausländischen oder binationalen Elternpaare mit getrennten Wohnsitzen dabei unter Generalverdacht gestellt würden.¹⁸⁵ Das Negativmerkmal der sozial-familiären Beziehung sei zu weit gefasst.¹⁸⁶ Es sei jedoch nicht ausgeschlossen, treffgenauere Kriterien zu verwenden.¹⁸⁷ Der Gesetzgeber dürfe sich „objektiver Merkmale“ bedienen, welche widerleglich indizierten, dass die Vaterschaftsanerkennung lediglich zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken erfolge.¹⁸⁸ Beispielhaft nennt das BVerfG Fälle, in denen die Eltern zugeben, dass die Vaterschaftsanerkennung lediglich zu aufenthaltsrechtlichen Zwecken erfolgt, in denen der Anerkennende bereits mehrfach Kinder verschiedener ausländischer Mütter anerkannt hat oder in denen der Anerkennende eine Geldzahlung anlässlich der Vaterschaftsanerkennung erhalten hat.¹⁸⁹

Nach § 1597a Abs. 2 BGB wird die Missbräuchlichkeit einer Vaterschaftsanerkennung über die Beispiele des BVerfG hinaus vermutet, wenn Mutter, Vater oder Kind vollziehbar ausreisepflichtig sind (Nr. 1) oder eine:r der Beteiligten einen Asylantrag gestellt hat und Staatsangehörige:r eines *Sicheren Herkunftsstaates* ist. Die Kriterien des § 1597a Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB sind zu weit gefasst. Ähnlich wie bei dem Negativerfordernis der sozial-familiären Beziehung werden Familien unter Generalverdacht gestellt, bei denen ein Elternteil einen prekären Aufenthaltsstatus hat. Eine Person, die etwa in Deutschland geduldet ist oder eine Person aus einem *sicheren Herkunftsstaat* (etwa Ghana), die einen Asylantrag gestellt hat, kann kein Kind mit deutscher Staatsangehörigkeit bekommen, ohne den Verdacht der Missbräuchlichkeit zu wecken. So kritisiert auch Werdermann das Verbot *missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen* und bewertet es in Bezug auf das Kriterium der Staatsangehörigkeit eines *sicheren Herkunftsstaates* als unverhältnismäßig.¹⁹⁰

B) ERFORDERLICHKEIT

Auch ist fraglich, ob es eines so gravierenden Eingriffs in das Familienleben überhaupt bedarf. So stellt Stern die Erforderlichkeit einer Regelung zu

¹⁸³ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 99, 103, 109.

¹⁸⁴ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 108.

¹⁸⁵ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 109.

¹⁸⁶ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 70.

¹⁸⁷ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 70.

¹⁸⁸ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 54.

¹⁸⁹ BVerfG, Entscheidung vom 17.12.2013 – 1 BvL 6/10, Rn. 54.

¹⁹⁰ D. Werdermann, 'Die Vereinbarkeit von Sonderrecht für Asylsuchende und Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten mit Art. 3 GG', 1 ZAR 2018, S. 11-18.

missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennungen in Frage. Die Bundesregierung habe am 12.7.2017 in einer Antwort auf eine kleine Anfrage zum Thema der „Scheinvaterschaften“ zur Aufenthaltserlangung mitgeteilt, es lägen ihr keine belastbaren Fallzahlen der letzten Jahre vor.¹⁹¹ Auch in Bremen scheint die Erforderlichkeit gering. Von Inkrafttreten der Norm im Jahr 2017 bis einschließlich 2020 wurde in Bremen und Bremerhaven insgesamt lediglich in 17 Fällen eine Vaterschaftsanerkennung als missbräuchlich eingestuft.¹⁹² Stellt man diese geringe Fallzahl dem Generalverdacht gegenüber, dem die Familien ausgesetzt sind, so entsteht unweigerlich der Eindruck der Unverhältnismäßigkeit. Es mangelt schlechthin an der Erforderlichkeit für eine abstrakt-generelle Norm zur Regelung des Sachverhaltes.

C) MANGELNDE BERÜCKSICHTIGUNG VON KINDERRECHTEN

Das Verbot missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen wurde durch das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht eingeführt. Mit seiner Einführung wurde also zur Steuerung von Migration das Familienrecht geändert. Daran kritisiert Stern, dass gerade aufgrund des kurzfristigen Hinzufügens der §§ 1597a BGB und 85a AufenthG durch einen Änderungsantrag eine breite familienrechtliche Diskussion und Anhörung sachkundiger familienrechtlicher Fachverbände im Vorfeld nicht möglich gewesen sei. Diese sei jedoch notwendig gewesen.¹⁹³ Denn so war die Einbeziehung von Belangen des Kindes und sonstiger familienrechtlicher Aspekte ersichtlich noch nicht einmal Gegenstand des Gesetzgebungsverfahrens.¹⁹⁴ Aus familienrechtlicher Sicht müsse dies als bedenklich und befremdlich erachtet werden.¹⁹⁵ Kaesling kritisiert insbesondere, dass die Interessen des Kindes keinerlei Berücksichtigung fänden. Das Gesetz zur besseren Durchsetzung der Ausreisepflicht schein das Kind primär als Mittel zum Zweck der Erschleichung eines Aufenthaltsrechts in Deutschland zu sehen. Seine Rechte und Interessen hätten im eiligen Gesetzgebungsverfahren keine nennenswerte Rolle gespielt.¹⁹⁶ Die Vaterschaftsbegründung durch Anerkenntnis diene in erster Linie dem Kind. Daher habe der Gesetzgeber ursprünglich darauf verzichtet, die Gründe für eine konkrete Anerkennung zu erforschen oder zu reglementieren.¹⁹⁷ Grundsätzlich entspreche es dem System des BGB, dem Kind einen rechtlichen Vater zu geben. Abstammungsrechtliche Regelungen müssten sich auch am Leitprinzip des Kindeswohls messen lassen. Die Subjektstellung des Kindes und das abstammungsrechtliche Leitprinzip des Kindeswohls habe im Gesetzgebungsverfahren jedoch keinen Eingang gefunden.¹⁹⁸

In der Kritik spiegelt sich wider, dass diese Änderung des Familienrechts nicht im Interesse der Kinder oder der Familien vorgenommen wurde. Schwarzen

¹⁹¹ Stern 2017 (supra fn. 61), S. 741; Deutscher Bundestag Drucksache 18/13097 vom 12.7.2017.

¹⁹² Bremische Bürgerschaft Drucksache 20/720 vom 17.11.20, S. 2.

¹⁹³ Stern 2017 (supra fn. 61), S. 741.

¹⁹⁴ Stern 2017 (supra fn. 61), S. 741.

¹⁹⁵ Stern 2017 (supra fn. 61), S. 741.

¹⁹⁶ K. Kaesling, 'Die Neuregelung der missbräuchlichen Vaterschaftsanerkennung und das Wohl des Kindes', 70 (51) NJW 2017, S. 3686 (3688).

¹⁹⁷ Kaesling 2017 (supra fn. 196), S. 3688.

¹⁹⁸ Kaesling 2017 (supra fn. 196), S. 3686.

Familien steht der Schutz der Rechtsordnung nicht im gleichen Maße zu, wie anderen Familien. Das Gesetz wurde nicht für, sondern gegen sie verabschiedet. Das Interesse der Kinder wird nicht als schützenswert erachtet und findet daher keinen Eingang in das Gesetz.

4. ZWISCHENERGEBNIS

Es bestehen erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit des Verbotes missbräuchlicher Vaterschaftsanerkennungen. Insbesondere der Generalverdacht gegenüber Personen, die vollziehbar ausreisepflichtig sind und Personen mit Staatsangehörigkeit aus einem sog. sicheren Herkunftsstaat, die einen Asylantrag gestellt haben, ist in höchstem Maße kritikwürdig und aus ihm sprechen Misstrauen und Kriminalisierung, mit denen Schwarzen Menschen so häufig konfrontiert sind. In Verbindung mit mangelnden Hinweisen für die Erforderlichkeit der Normen erscheint das Vorgehen gegen *missbräuchliche Vaterschaftsanerkennungen* mit diesem Gesetz übertrieben. Die gefühlte Bedrohung war ausschlaggebend für die Einführung des Verbotes. Darüber hinaus gibt es zu denken, dass Grund- und Kinderrechte im Gesetzgebungsverfahren keinerlei Berücksichtigung fanden und vor allem das Kindeswohl im Verfahren gem. §§ 1597a BGB und 85a AufenthG keine Relevanz hat.

III. Ergebnis

In den Entscheidungen der Gerichte, wie auch im Gesetz spiegeln sich die Erfahrungen, die Grace mir in unserem Gespräch geschildert hat. Aus ihnen sprechen Misstrauen, Kriminalisierung, eine große Ungerechtigkeit und der Wille, die Betroffenen so weit wie möglich ihrer Handlungsfähigkeit zu berauben. Dem Generalverdacht des Bremer Standesamtes setzen die Gerichte zu wenig entgegen und ermöglichen so weiterhin, dass Schwarze Mütter und ihre Kinder in erster Linie nicht als schützenswerte Familie gesehen werden, sondern als potenzielle Gefahr. Ihnen wird von vornherein misstraut und die Beweislast etwa in den Fällen geschiedener Frauen* so umgekehrt, dass es an ihnen ist zu beweisen, dass sie nicht verheiratet sind. Dazu bleibt ihnen einzig das Amtsüberprüfungsverfahren, denn die Urkunden aus ihren Herkunftsländern werden nicht akzeptiert. Kinderrechte spielen weder in der Rechtsprechung noch in der Gesetzgebung eine Rolle. Das Interesse der Kinder bleibt gänzlich außen vor. Sie werden gar nicht als Akteur:innen gesehen. Das Kind ist hier nicht Kind, sondern ein Faktor, der potenziell zur Erschleichung eines Aufenthaltstitels dienen könnte. „*We see that child is not 'child'*“.¹⁹⁹ Selbst im Beschluss des BVerfG ist der Schutz der Familie nur ein nachrangiger Gedanke, während der Fokus auf der Verletzung von Art. 16 GG liegt.

Die Vaterschaftsanerkennungen werden als Migrations- und nicht als Familiensache behandelt. In unserem Gespräch fordert Grace, dass Familien- und Migrationsachen getrennt behandelt werden sollten.²⁰⁰ Auch die Systematik des Gesetzes gibt vor, dass Familie und Aufenthalt grundsätzlich getrennt voneinander zu betrachten sind (s. II.2.c). Hier wird beides so eng miteinander

¹⁹⁹ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 75-77.

²⁰⁰ Transkript Interview Grace Eze, Z. 622.

verwoben, dass es als eins auftritt. Schwarze Familien werden als Bedrohung gesehen, nicht als schützenswert. Der Schutz des „domestic life“²⁰¹ greift nicht und Schwarze Familien sind vollends den staatlichen Eingriffen ausgeliefert.

E. FAZIT

Ich begreife das Handeln des Standesamtes als antischwarze Gewalt. Das Verfahren zur Feststellung der Missbräuchlichkeit der Vaterschaftsanerkennung ist so ausgestaltet, dass davon Betroffene kaum eine Wahl darin haben, wie sie reagieren. Schwarze Menschen werden so handlungsunfähig gemacht und sind der willkürlichen, nicht überprüfbaren Einschätzung der beurkundenden Behörde oder Urkundsperson ausgeliefert.²⁰²

Durch § 1597a Abs. 2 Nr. 1 und 2 BGB wie auch aus der Verwaltungspraxis des Standesamtes, den Müttern eine Ehe zu unterstellen, entsteht ein Generalverdacht. Nach Grace's Schilderung wird der Spielraum, den die Standesbeamten:innen haben dazu genutzt, gezielt Schwarze Mütter zu drangsalieren. Ein solches *Racial Profiling* macht den kriminalisierenden Aspekt antischwarzer Gewalt deutlich. Schwarze Menschen werden als Bedrohung wahrgenommen, selbst wenn es sich um eine Familie handelt, die grundsätzlich unter dem Schutz von Art. 6 Abs. 1 GG steht. Der Schutz der Familie steht Schwarzen Menschen nicht in dem Maße zu, wie es bei anderen Familien der Fall ist. Im Gegenteil, sie werden als Bedrohung für die bestehende Ordnung zum Ziel repressiver *Einwanderungspolitik*. Der Beschränkte Schutz der Familie ist als Kontinuität zu transatlantischem Sklavenhandel und deutschem Kolonialismus zu sehen. Auch hier wurde Schwarzen Familien keine Schutzwürdigkeit zugesprochen. Ihre Beziehungen wurden nicht als Teil des *domestic life* gesehen und vor Eingriffen geschützt, sondern in der Öffentlichkeit verortet und waren so offen für Gewalt von staatlicher sowie privater Seite. Auch die Gerichte und Gesetzgebung sind Teil der Strukturen, die durch Gewalt die Trennlinie zwischen Gesellschaft und nicht-Gesellschaft ziehen und Schwarze Menschen so jenseits von Gesellschaft verorten. Auch sie institutionalisieren die Vererbbarkeit von Unterdrückung einer Generation Schwarzer Menschen an die nächste.

Diese Gewalt kann nicht verstanden werden, wenn sie nicht im Kontext von Kolonialismus und *Antiblackness* gesehen wird. Gesetzgebung und deren Ausübung werden nur in ihrem Zusammenhang mit antischwarzer Gewalt verständlich. Doch das Recht reißt diese Realität aus ihrem Kontext und zwingt uns seine un/logik²⁰³ als neutral und objektiv zu begreifen. Die Bedeutung von (Rechts-) Begriffen, wie „Mutter“ oder „Familie“ zerfallen an Schwarzen Menschen. Dennoch müssen diese Begriffe auf sie angewendet werden. Die Unterdrückung, die Gesetzgebung und ihre Umsetzung bedeuten, muss daher in ihren Zusammenhang (re-)kontextualisiert werden, um antischwarze Gewalt begreifbar und bekämpfbar zu machen.

²⁰¹ Morgan 2018 (supra fn. 78), S. 14, 12.

²⁰² Stern 2017 (supra fn. 61), S. 740 f.

²⁰³ Sharpe 2016 (supra fn. 7), S. 81.

LITERATUR

- Peter Badura* (2020) 'Art 6 GG', in: Theodor Maunz / Günter Dürig (Begr.), Kommentar zum Grundgesetz, C.H. Beck: München, 93. Ergänzungslieferung.
- Maciré Bakayoko* (2020) 'The Unclaimed Life of Black Motherhood in Germany: Die Krise zwischen Schwarzer Mutterschaft und Menschlichkeit' Bachelorarbeit an der Universität Bremen.
- Christine Budzikiewicz* (2021) 'Anmerkungen zu den §§ 1594–1598', in: Othmar Jauremig (ed.), Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 18. edn.
- Fatima El-Tayeb* (2001) Schwarze Deutsche, der Diskurs um "Rasse" und nationale Identität 1890 – 1933, Campus: Frankfurt am Main.
- Dieter Hahn* (2021) '§1597a', in: Wolfgang Hau / Roman Poseck (eds), Beck'scher Online Kommentar zum BGB, C.H. Beck: München, 58. edn.
- Saidiya Hartman* (2007) Lose your mother, Farrar, Straus & Giroux: New York.
- Wolfram Höfling* (2021) 'Art 8 GG', in: Michael Sachs (ed.), Kommentar zum Grundgesetz, 9. edn, C.H. Beck: München.
- James A. Holstein / Jaber F. Gubrium* (1997) 'Active Interviewing', in: David Silverman (ed.), Qualitative Research: Theory, Method and Practice, Sage Publications: London, S. 113–129.
- Bell Hooks* (2003) 'The Oppositional Gaze: Black female Spectators', in: Amelia Jones (ed.), The Feminism and Visual Culture Reader, Routledge: New York, S. 94–105.
- Katharina Kaesling* (2017) 'Die Neuregelung der missbräuchlichen Vaterschaftsankennung und das Wohl des Kindes', 70 (51) Neue Juristische Wochenschrift (NJW), S. 3686–3690.
- Rainer Kemper* (2019) '§ 1597a BGB', in: Reiner Schulze (ed.), Handkommentar BGB, Nomos: Baden-Baden, 10. edn.
- Andrea Koch / Victoria Lies* (2018) Geboren, registriert – und dann?, in: Humboldt Law Clinic Working Paper 16.
- Doris Liebscher* (2021) Rasse im Recht – Recht gegen Rassismus, Suhrkamp: Berlin.
- Jennifer L. Morgan* (2018) 'Partus sequitur ventrem: Law, Race, and Reproduction in Colonial Slavery', 22 Small Axe: A Caribbean Journal of Criticism, S. 1–17.
- Ines Sabine Rolke* (1999) Gerechte Einwanderungs- und Staatsangehörigkeitskriterien: Ein dunkler Punkt der Gerechtigkeitstheorien, Nomos: Baden-Baden.

- Loretta J. Ross* (2016) 'Preface', in: Mai'a Williams / China Martens / Alexis Pauline Gumbs (eds), *Revolutionary Mothering*, PM Press: Oakland California, S. xiii – xviii.
- Christina Sharpe* (2016) *In the Wake: On Blackness and Being*, Duke University Press: Durham / London.
- Andreas Spickhoff* (2018) '§ 1597a BGB', in: Andreas Spickhoff (ed.), *Medizinrecht*, C.H. Beck: München, 3. edn.
- Michael Stern* (2017) '§ 1597 a BGB – Probleme und Erforderlichkeit', 16 *Neue Zeitschrift für Familienrecht (NZFam)*, S. 740–741.
- Ferdinand Weber* (2021) '§ 4 StAG', in: Winfried Kluth / Andreas Heusch (eds), *Beck'scher Onlinekommentar zum Ausländerrecht*, C.H. Beck: München, 29. edn.
- Marina Wellenhofer* (2020) '§1592 BGB', in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 8. edn.
- (2020) '§1594 BGB', in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 8. edn.
- (2020) '§1597a BGB', in: Franz Jürgen Säcker / Roland Rixecker / Hartmut Oetker / Bettina Limperg (eds), *Münchener Kommentar zum BGB*, C.H. Beck: München, 8. edn.
- David Werdenmann* (2018) 'Die Vereinbarkeit von Sonderrecht für Asylsuchende und Geduldete aus sicheren Herkunftsstaaten mit Art. 3 GG', 1 *Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR)*, S. 11–18.
- Frank B. III Wilderson* (2020) *Afropessimism*, Liveright Publishing: New York.
- Frank B. III Wilderson / Samira Spatzek / Paula von Gleich* (2016) 'The Inside-Outside of Civil Society: An Interview with Frank B. Wilderson, III', 2-1 *Black Studies Papers*, S. 4–22.

DIE EU IM LICHT DES SOZIALDUMPINGS – TEIL DER BEWEGUNG IN POLANYIS MODELL DER DOPPELBEWEGUNG?

TAHIR ŞENEL

First Supervisor: Prof. Dr. Christian Joerges

Second Supervisor: Prof. Dr. Christoph U. Schmid

ABSTRACT

Market related decision-making on the European level penetrates into shaping domestic social rights policy by the member states of the European Union. The great Transformation, Karl Polanyis critique of the Laissez-faire, is pertinent for the precise assessment of consequences in this context. As market enforcing integration is enhanced through European courts and legislation, social rights are in danger of being reduced increasingly on the domestic level. The Posted Workers Directive and the pertinent decisions Viking and Laval led to the blockade of collective action of trade unions in favor of transnational economic activity. The recent Directive amending the Posted Workers Directive shifted the weight of the common market, but did not reverse the forementioned decisions entirely. Yet the neo-Polanyian Caporaso and Tarrow concluded, that the Court of Justice of the European Union, rather than disembedding the common european market, contributes to an independent body of social rights. This conclusion, when put under close scrutiny, is not convincing. Martin Höpner and Armin Schäfer posit persuasively, that social rights are instead just a subdimension of European integration. As a corollary intra-European heterogeneity is the decisive factor ameliorating the integration through law asymmetrically to the detriment of the political integration and social rights. The primary project of the European Union is the market-making economic integration, which has a negative impact on domestic redistributive policies based on solidarity. Member states increase their competitive advantage through the reduction of social costs. While social dumping took advantage of the Posted Workers Directive, its amendment serves protectionistic policy. The most important insight of Polanyis model of the double movement is the danger of protectionism resulting in a stalemate. This stalemate was the birthplace of fascism and communism. The European Unions purpose of existence lies precisely in preventing another such historic tragedy.

ZUSAMMENFASSUNG

Europarechtliche Entscheidungen über die wirtschaftlichen Grundfreiheiten beeinflussen die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union in der Gestaltung von sozialen Rechten. Die große Transformation, Karl Polanyis Kritik am Laissez-faire, bleibt in diesem Kontext hochrelevant. Dies zeigt sich in der Gefahr, dass der europäische Markt durch die negative Integration mitgliedstaatliches Sozialrecht auf Null reduzieren könnte. Die EU-Entsenderichtlinie schränkte kollektive Maßnahmen der Gewerkschaften ein und ermöglichte dadurch europaweites Sozialdumping. Selbst nach der Umsetzung der Änderungsrichtlinie bleibt in diesem Kontext der Nachhall der Entscheidungen Viking und Laval

erhalten. Dennoch meinen die Neo-Polanyisten Caporaso und Tarrow, dass der EuGH über Urteile zu den Grundfreiheiten soziale Rechte der Unionsbürger stärke. Diese Auffassung hält einer genaueren Betrachtung nicht stand. Martin Höpner und Armin Schäfer zeigen überzeugend auf, dass soziale Rechte lediglich eine Unterdimension der Integration durch Recht darstellen. Entscheidend für die Gestaltung von sozialen Rechten bleibt dabei weiterhin die von der Heterogenität der Europäischen Union beeinflusste asymmetrische Integrationsentwicklung von negativer und positiver Integration. Die Europäische Union ist und bleibt eine marktbezogene liberalisierende Kraft, die das nationalstaatliche Solidaritätsprinzip torpediert. Die Wettbewerbsvorteilbeschaffung findet auf nationalstaatlicher Ebene über die Reduzierung von sozialen Rechten statt. Auf das Sozialdumping durch die Entsenderichtlinie folgt der Protektionismus durch die Änderungsrichtlinie. Die wichtigste Erkenntnis des Modells der Doppelbewegung ist, wie der Protektionismus sie im Stillstand enden lassen kann. Dieser Stillstand stellte die Geburtsstätte des Faschismus und Kommunismus dar. Das Existenzrecht der Europäischen Union liegt in dem Verhindern einer erneuten solchen historischen Tragödie.

Inhaltsverzeichnis

A. Einleitung	280
B. Die Doppelbewegung von Karl Polanyi	280
I. Die Einhegung und der Beginn der großen Transformation	281
II. Der selbstregulierende Markt	281
III. Die Entbettung des Marktes	281
IV. Die fiktiven Waren	282
1. Die Arbeit	282
2. Der Boden	282
3. Das Geld	283
4. Die Bedeutung der fiktiven Waren	283
V. Die formalistische und substantivistische Wirtschaftsethnologie	283
1. Der Laissez-faire und die formalistische Wirtschaftsethnologie	283
2. Die ökonomischen Handelsgrundsätze	284
3. Der Substantivismus als wirtschaftsethnologisches Paradigma	284
VI. Die Einbettung des Marktes	285
VII. Bewegung und Gegenbewegung	285
VIII. Die Doppelbewegung	286
IX. Der bedrohliche Stillstand	287
1. Der historische Weg zur Pattsituation	287
2. Der Stillstand	288
C. Die EU als polanyisches Pendelum	288
I. Die europäische Idee	288
2. Die politische Entwicklung der EU	289
3. Die rechtliche Entwicklung der EU	289
II. Polanyi in der EU?	290
1. Die EU als marktschaffende Institution	290
2. Das Marktversagen als Maxime	290
3. Effektivitätsmaxime der EU	291

D. Die Entwicklung von Sozialrecht in Europa	291
I. Erste Phase	292
II. Zweite Phase	292
III. Dritte Phase	293
1. Europäische Solidarität?	293
2. Europäische Familienrechte	294
3. Grundfreiheitsgenuss durch soziale Beziehungen?	295
4. Die Grundfreiheiten von der Wirtschaft entkoppeln?	295
IV. Europäisches Sozialrecht	296
1. Die Doppelbewegung in der EU	296
2. Ergebnisse dieser Doppelbewegung	297
3. Zwischenergebnis	297
E. Soziale Rechte nur Unterdimension der Integration durch Recht?	299
I. Die Heterogenität als Verstärker der Integrationsformen	299
1. Wirtschaftliche und institutionelle Unterschiede innerhalb der EU	300
2. Konsequenzen der Heterogenität	300
II. Die Dynamik der positiven und negativen Integration	300
III. Die marktgestaltende Dimension	301
IV. Die marktschaffende Dimension	302
V. Der europäische Antidiskriminierungsraum	303
1. Ein freier aber fairer Markt	303
2. Der Wandel vom Marktbürger zum Unionsbürger	304
VI. Das Sozialdumping unter dem Schutz der Grundfreiheiten	304
1. Der Fall Viking und die Niederlassungsfreiheit	305
2. Der Fall Laval und die Dienstleistungsfreiheit	305
3. Die Entsenderrichtlinie 96/71	305
4. Die Umsetzung der Änderungsrichtlinie 2018/957	306
5. Das Sozialdumping im Schutz der Niederlassungsfreiheit	309
6. Die Konsequenzen für koordinierte Marktwirtschaften	310
F. Fazit	311
Literatur	314

A. EINLEITUNG

Die Europäische Union ist aus der Idee, eine gemeinsame wirtschaftliche Gemeinschaft zu bilden, herangewachsen. Diese Gemeinschaft soll ein erneutes derart gräuliches menschliches Desaster, wie den Zweiten Weltkrieg in Europa, für alle Zeit verhindern. Die Gründe für den Zweiten Weltkrieg sind mitunter in dem Modell der Doppelbewegung von Polanyi zu finden. Der durch die Liberalisierung entstandene soziale Druck führte die Massen in die Hände der Faschisten. Welche Ironie der Geschichte es doch wäre, wenn die Europäische Union durch ihre liberalisierenden Maßnahmen gerade das erreicht, was sie ursprünglich zu verhindern bezwecken sollte.

Die Frage, ob und wie die Europäische Union in das Modell der Doppelbewegung passt und welche Konsequenzen die Zuordnung für Europa bürgt, ist daher, für unser aller Zukunft in Europa, von immenser Bedeutung, nicht nur als Staatsangehörige ihrer Mitgliedsstaaten, sondern insbesondere auch als ihre Unionsbürger.

Die wirtschaftlichen Grundfreiheiten erfahren auf europäischer Ebene, allen voran durch die negative Integration, verstärkt Schutz, während soziale Rechte weiterhin in der Obhut der Rechtssysteme der einzelnen Mitgliedsstaaten bleiben. Gekoppelt mit der Heterogenität der Europäischen Union führt dies zu einem Anstieg an Sozialdumping, über das die Mitgliedsstaaten ihre Wettbewerbsfähigkeit ausbauen. Die Globalisierung stellt hierbei das Streckenpferd der Liberalisierung dar, während das Sozialdumping auf europäischer Ebene durch Urteile des EuGHs und Richtlinien der Kommission wechselhaft dynamisiert wird.

Vertreter des Neo-Polanyismus sehen indes in der Europäischen Union nicht nur eine liberalisierende Macht der Marktintegration, sondern auch ein soziale Rechte der Unionsbürger stärkendes Gefüge und ordnen sie im Modell der Doppelbewegung sowohl der Bewegung wie auch der Gegenbewegung zu. Um dies zu überprüfen, wird in dieser Arbeit zunächst das Modell der Doppelbewegung erläutert, sodann die neo-polanyischen Argumente analysiert, um dann zuletzt, anhand der das Sozialdumping betreffenden Entscheidungen des EuGH, ermitteln zu können, ob ihre Auffassung zu revidieren sein sollte. Insbesondere wird auf die Entscheidungen Viking und Laval Bezug genommen, die in diesem Kontext von höchster Bedeutung und Relevanz sind. Nicht zuletzt wird die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG und dessen Neuauffassung in Form der Änderungsrichtlinie 2018/957 thematisiert und beleuchtet. Die Entwicklung in diesem Bereich bleibt aufgrund ihrer Auswirkung auf das Sozialdumping hochbrisant und interessant.

B. DIE DOPPELBEWEGUNG VON KARL POLANYI

Die Dynamik der Doppelbewegung wurde in Karl Paul Polanyis Lebenswerk „The Great Transformation“ ausgearbeitet. Im Folgenden werden die Erkenntnisse seines Werkes „The Great Transformation“ dargestellt und im Zuge dieser, die zu vermeidenden Konsequenzen der Doppelbewegung ausgeführt.

I. Die Einhegung und der Beginn der großen Transformation

Durch die Einhegung von Grundstücken wurde das Feudalsystem in England schon Anfang des 15. Jahrhunderts aufgebrochen. Die Einhegung war eine Agrarreform, durch die viele landwirtschaftliche Kleinbetriebe den durch die Reform entstandenen Großbetrieben weichen mussten. Der dadurch resultierten Landflucht versuchte die englische Krone mit verschiedenen die Einhegung einschränkenden Gesetzen entgegenzuwirken. Letztlich führte, trotz der einschränkenden Gesetze, die zum Ende des 17. Jahrhunderts stark fortgeschrittene Einhegung von Grundstücken zu Landflucht und Pauperismus. Diesen Entwicklungen sollte mit dem 1795 erlassenen Speenhamland-Gesetz entgegengetreten werden. Die Speenhamland-Gesetzgebung stellte eine soziale Absicherung für die durch die Einhegung stark verarmten Teile der Bevölkerung dar, indem sie Zuschüsse in Brotlaibpreishöhe für arbeitende Männer ermöglichte, welche jedoch lediglich in der kommunalen Heimat beansprucht werden konnten. Mit der Abschaffung des Speenhamland-Gesetzes und der durch sie geschaffenen sozialen Absicherung bekam der Kapitalismus neuen Aufwind und „die große Transformation“ begann.¹

II. Der selbstregulierende Markt

Die Funktionen des Feudalsystems wurden nun vom selbstregulierenden Markt übernommen und führten, nach liberaler Auffassung, somit zu mehr Freiheit und Wohlstand. Der selbstregulierende Markt bestimmt den Wert der Güter über den Preismechanismus allein nach Angebot und Nachfrage.² Dies wurde auf nationaler Ebene durch die Liberalisierung der Marktwirtschaft ermöglicht. Auf internationaler Ebene ist durch die Etablierung des Goldstandards und des Freihandels die Möglichkeit geschaffen worden, dass sich der selbstregulierende Markt über die Ländergrenzen erstrecken konnte. Der Goldstandard versicherte ausländischen Unternehmern, dass der von ihnen zu zahlende Preis auch an einen bestimmten Goldwert gekoppelt gewesen ist.³ Nach Polanyi stellt dieses normative Idealbild des selbstregulierenden Marktes jedoch lediglich eine Utopie dar, dessen Verwirklichung allenfalls mit der Zerstörung substantieller gesellschaftlicher Werte einhergehen würde.⁴ Diese Zerstörung erfolgt durch die vollständige Entbettung der Wirtschaft aus den gesellschaftlichen Strukturen.

III. Die Entbettung des Marktes

Bis zum Beginn des industriellen Zeitalters und des Kapitalismus ist die Wirtschaft stets in der Gesellschaft eingebettet gewesen, das heißt, dass sie sich

¹ F. Block, 'Introduction' in Karl Polanyi (ed.) *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Press: Boston, 2001, S. xviii (xxxiv ff.); P. Henseler, 'Was uns Karl Polanyi heute noch zu sagen hat', 4 *Der öffentliche Sektor* 2010, S. 1 (14 ff.); K. Polanyi, *The Great Transformation: The Economic Origins of Our Time* (1994), Beacon Press: Boston, 2001, S. 82 ff.; W. Sachs, 'Missdeuteter Vordenker', 133 *PÖ* 2013, S. 18 (19).

² L. Herzog, Was bedeutet es, „Märkte einzubetten“? Eine Taxonomie, 3 *ZfPP* 2016, 13 (16).

³ Block 2001 (supra fn. 1), S. xxx ff.; J. Caporaso / S. Tarou, Polanyi in Brussels – European institutions and the embedding of markets in society, in: RECON Online Working Paper 01/2008, S. 5.

⁴ Block 2001 (supra fn. 1), S. xxiv.

der sie regulierenden Kräfte wie der Politik, der Religion und der sozialen Beziehungen unterordnen musste.⁵ Der Wert eines Gutes ist demnach nicht durch den Preismechanismus von Angebot und Nachfrage bestimmt gewesen, sondern hauptsächlich durch die Ordnungsprinzipien dieser den Markt regulierenden Kräfte.⁶

Die Entbettung der Wirtschaft, also ihre Aussonderung aus der Gesellschaft und der Loslösung von dem Einflussbereich, der sie regulierenden Kräfte, entsteht nach Polanyi durch die Vermarktung der nichtvermarktungsfähigen Güter, den „fiktiven Waren“. Die „fiktiven Waren“ sind die Arbeit, der Boden und das Geld. Die Gesellschaft dient durch ihre Vermarktung nur noch als Anhängsel der Wirtschaft, die somit nicht mehr in sozialen Beziehungen eingebettet ist, sondern jene sozialen Beziehungen in das Wirtschaftssystem eingebettet werden.

IV. Die fiktiven Waren

Der Ausgangspunkt der Entbettung entsteht durch die Kommodifizierung der nichtvermarktungsfähigen fiktiven Waren, nämlich der Arbeit, des Bodens und des Geldes. Diese Waren sind naturgemäß nicht zum Verkauf beziehungsweise Handel bestimmt und verhalten sich auch nicht so, als wenn sie zu diesem Zweck produziert worden wären.⁷

1. DIE ARBEIT

Der Mensch stellt sich in Form von Arbeit zur Verfügung. Jedoch kann er nicht wie eine für den Markt produzierte Handelsware behandelt werden. Er kann weder gelagert noch transportiert werden, und so wirkt der Markt auch seinem Wertverlust nicht entgegen, falls seine Arbeit nicht benötigt werden sollte. Waren, die für den Handel bestimmt sind, verlieren bei sinkender Nachfrage ihren Wert, welcher jedoch durch den selbstregulierenden Markt ausgeglichen werden kann, da durch den gesunkenen Wert das Angebot dieser Ware sich ebenfalls verringert. Dadurch wird der Wertverlust abgedämpft oder der Preis pendelt sich sogar wieder ein. Dies ist bei dem Menschen als „fiktive Ware“ nicht möglich. Seine Anzahl verringert sich nicht allein durch eine verringerte Nachfrage an seiner zur Verfügung gestellten Arbeit, da der Mensch einen von diesem Marktpreis abstrahierten übergeordneten Wert innehat. Diesen übergeordneten Wert schaffen marktunabhängige gesellschaftliche Ideale und soziale Beziehungen.

2. DER BODEN

Der nicht rein ökonomische Wert von Boden ergibt sich nicht nur aus der Höhe des jeweiligen Grundstücks- oder des Mietpreises, sondern auch aus seiner gesellschaftlichen und kulturellen Bedeutung sowie seiner immateriellen Ausschöpfung, wie der Anblick und das Erlebnis der Natur. Polanyi zufolge ist Boden für den Menschen in erster Linie „der Ort des Wohnens, die Grundlage

⁵ *Block* 2001 (supra fn. 1), S. xxiv ff.

⁶ *Herzog* 2016 (supra fn. 2), S. 18.

⁷ *Block* 2001 (supra fn. 1), S. xxv; *S. Klein*, 'Fictitious Freedom: A Polanyian Critique of the Republican Revival', 61-4 *AJPS* 2017, S. 852 (857 f); *Sachs* 2013 (supra fn. 1), S. 21.

seiner physischen Sicherheit, das Landschaftsbild und die Jahreszeiten”⁸. Der rein ökonomische Wert von Boden lässt sich jedoch nur anhand seines Marktwertes oder seiner Preisgestaltung durch Angebot und Nachfrage bestimmen. Die Unversehrtheit der Umwelt, das Vorhandensein von Natur oder die Wohnung als Schutz und Intimität gewährender privater Rückzugsort haben eine für die Gesellschaft übergeordnete Bedeutung.

3. DAS GELD

Auch das Geld dient nicht nur als Zahlungsmittel, sondern hat, indem es die Kaufkraft von Personen und Unternehmen absichert, eine übergeordnete Bedeutung für die Gesellschaft. Durch eine plötzlich einsetzende Inflation verringert sich der Geldwert einer Währung derart stark, dass Personen und Unternehmen ihren Verpflichtungen nicht mehr nachkommen können. Ohne monetäre Regulierungsmaßnahmen durch die Zentralbanken, die dem entgegenwirken wollen, würde der Handel mit Geld sich „auf die Wirtschaft ähnlich desaströs auswirken wie sich Überschwemmungen und Dürre auf primitive Gesellschaften ausgewirkt haben.“⁹

4. DIE BEDEUTUNG DER FIKTIVEN WAREN

Die Vermarktung von „fiktiven Waren“ führt zu einer „Entbettung“ des Marktes aus der Gesellschaft, da sie die Substanz der Gesellschaft ausmachen, aber sie durch ihre Vermarktung lediglich auf ihren ökonomischen Wert reduziert werden, wenn bei ihrer Preisgestaltung durch Angebot und Nachfrage ihre übergeordnete substantielle Bedeutung keine Beachtung findet.

V. Die formalistische und substantivistische Wirtschaftsethnologie

Die Wirtschaftsethnologie versucht das wirtschaftliche Verhalten von Menschen zu erklären. Der weit verbreiteten formalistischen Auffassung hat Polanyi mit der von ihm erstmalig vorgestellten substantivistischen Auffassung ein Alternativmodell geschaffen. Im Folgenden werden das formalistische Paradigma der Wirtschaftsethnologie, der Laissez-faire, die verschiedenen Handelsgrundsätze und das substantivistische Paradigma erläutert.

1. DER LAISSEZ-FAIRE UND DIE FORMALISTISCHE WIRTSCHAFTSETHNOLOGIE

Neoliberale Verfechter des „Laissez-faire“, was frei übersetzt „machen lassen“ bedeutet, sehen in der vollkommenen Entbettung des Marktes von der Gesellschaft das Idealbild der Wirtschaft. Ohne die Einschränkung der individuellen Freiheit ökonomischem Handeln nachzugehen, verringern sich Transaktionskosten und die unsichtbare Hand fördert un gelenkt das Gemeinwohl aller.¹⁰ Der Markt reguliert sich selbst. Diese formalistische Auffassung sieht den Markt als Konstrukt, welches über den Preismechanismus Güter unter Knappheit effizient verwertet, indem die Fluktuation von Angebot und Nachfrage diese

⁸ Klein 2017 (supra fn. 7), S. 858; Polanyi 2001 (supra fn. 1), S. 74 f.

⁹ Klein 2017 (supra fn. 7), S. 858; Polanyi 2001 (supra fn. 1), S. 76.

¹⁰ Herzog 2016 (supra fn. 2), S. 16; J. M. Keynes, Das Ende des Laissez-Faire [:] Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft (1926), 2nd edn, Duncker & Humblot: Munich / Leipzig, 2011, S. 29.

immerwährend gegenseitig ausbalanciert.¹¹ Um die Kritik Polanyis an der formalistischen Auffassung verstehen zu können, müssen die verschiedenen Formen der Handelsgrundsätze genauer analysiert werden.

2. DIE ÖKONOMISCHEN HANDELSGRUNDSÄTZE

Nach Polanyi gibt es vier verschiedene Formen der Integration zu denen jeweils ein ökonomischer Handelsgrundsatz gehört, die durch soziale und politische Institutionen Anwendung finden und dazu führen, dass die Gesellschaft sich auf die Vermarktung von Waren auswirken kann. Die vier Formen der Integration lauten: Die Wechselseitigkeit, die Umverteilung, das Haushalten und der Markttauschhandel. Die dazu gehörenden Handelsgrundsätze sind: Die Symmetrie der Reziprozität, nach der die Waren zwischen zwei Punkten hin- und herbewegt werden, die Zentralität der Umverteilung, nach der die Waren bei einem Punkt gesammelt und von dort aus verteilt werden, die zirkuläre Autarkie des Haushaltens, und die Tauschhandelleistungsmittel, die den nutzenmaximierenden Markttauschhandel ausmachen.¹² Im Gegensatz zu den restlichen Handelsgrundsätzen und Formen der Integration ergeben sich aus Tauschhandelleistungsmittel und dem Markttauschhandel lediglich eine Institution und zwar die des Marktes. An diesem Punkt kollidiert der Markt als Institution mit den fiktiven Waren, weil nach der formalistischen Auffassung nur der Marktmechanismus für die Preisgestaltung maßgeblich sein darf. Der Preis würde sonst durch andere sich auf den Preis auswirkende Institutionen und normative Kräfte abgefälscht werden. Die „fiktiven Waren“ und die mit ihnen zusammenhängende Substanz von Gesellschaft und Natur wären nach der formalistischen Auffassung nur über diese eine Integrationsform vermarktet, die dem substantiellen Anteil der fiktiven Waren keine Bedeutung schenkt und dieser somit keinen Schutz vor Ausbeutung und Zerstörung erhält.

Der entbettete Markt ist nach Polanyi demzufolge nichts als eine unmögliche Utopie, da er die Substanz der Gesellschaft und Natur mit seiner Vollendung zerstört haben würde. Da die Gesellschaft nicht vollends vermarktet werden kann, kann es auch keine reine Marktgesellschaft geben. Polanyi vertritt deshalb eine substantivistische Auffassung der politischen Ökonomie.

3. DER SUBSTANTIVISMUS ALS WIRTSCHAFTSETHNOLOGISCHES PARADIGMA

Marktgesellschaften unterjochen den Solidaritätsgedanken von Umverteilung und Reziprozität.¹³ Auch die Selbstversorgung vom Haushalten ist auf keine marktgesellschaftsorientierte Nutzenmaximierung ausgerichtet.

Diese Formen der Integration sind für die Verflechtung der Gesellschaft mit den vermarkteten fiktiven Waren von entscheidender Bedeutung, da sich so der Druck auf sie verringert und sie nicht den Auswüchsen des freien Marktes hilflos ausgeliefert sind. Sie können zudem auch nebeneinander bestehen und somit mehrere Institutionen erzeugen. Die substantivistische Auffassung sieht den Markt

¹¹ Klein 2017 (supra fn. 7), S. 857.

¹² R. H. Halperin, *Cultural Economies Past and Present*, Texas Press Sourcebooks in Anthropology No. 18, University of Texas: Austin, 1995, S. 144 ff.; Klein 2017 (supra fn. 7), S. 858.

¹³ M. Höpner / A. Schäfer, 'Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting', 66-3 IO 2012, S. 429 (433).

als eine wichtige zur Erfüllung von materialistischen Bedürfnissen dienlichen und der Aufrechterhaltung des Warenverkehrs bezweckenden Institution und nicht nur als die logische Optimierung von knappen Wirtschaftsgütern.¹⁴ Die substantiellen Anteile der „fiktiven Waren“ werden durch die Einbettung des Marktes in die Gesellschaft mittels der Integrationsformen vor verschiedenen Formen vermarktungsbedingter Schädigungen geschützt, da sie die dahinterstehenden sozialen Beziehungen schwerer gewichtigen und bestärken.¹⁵

VI. Die Einbettung des Marktes

So wie der Markt stärker von der Gesellschaft entbettet sein kann, kann er auch stärker in sie eingebettet sein. Politisches Handeln und staatliches Regulieren variieren den Stärkegrad der Einbettung vor allem in Bezug auf die „fiktiven Waren“. Der Staat hilft bei Arbeitslosigkeit in Form von Arbeitslosengeld aus, sozial Bedürftigen in Form von Sozialhilfe und bietet Ausbildungs-, Schulungs- und Weiterbildungsmaßnahmen an. Ebenso unterstützt er die Agrarwirtschaft durch Subventionen, schafft durch innerstädtischen sozialen Wohnungsbau Wohnraum für sozial Bedürftige, beschützt durch Umweltschutzregulierungen die Natur und sorgt für ökologische Nachhaltigkeit, sichert die Grundversorgung ab und wirkt über die Zentralbank De- und Inflation entgegen.¹⁶ Die Einbettung durch staatliches Regulieren ist insbesondere aufgrund der Anfälligkeit der Märkte für Krisen und für die Verminderung der durch diese entstehenden weitreichenden Folgen wichtig.¹⁷

VII. Bewegung und Gegenbewegung

Der Goldstandard war eine der größeren Errungenschaften zur Etablierung des freien Marktes und seiner Internationalisierung, indem er durch die Kopplung nationaler Währungen an einen bestimmten Goldwert den Handel über nationale Grenzen hinaus, ohne die Einflussnahme nationaler Regulierung, ermöglicht hatte. Der formalistischen Wirtschaftstheorie zufolge hätte der Goldautomatismus bei einer verringerten Goldmenge im Importland durch Deflation für eine verbesserte Wettbewerbsfähigkeit gesorgt haben müssen, da sinkende Löhne geringere Produktionskosten zur Folge gehabt hätten. Das Importland hätte nunmehr durch den dadurch angestiegenen Export seine Goldmengen vergrößert haben können, woraufhin folglich die Arbeitslöhne wiederum angestiegen gewesen wären. Letzten Endes führte es jedoch zu gesellschaftlich unerträglichen volkswirtschaftlichen Einbußen, die zu hoher Arbeitslosigkeit, der Insolvenz von Unternehmen und Banken sowie den Einbruch der Agrarwirtschaft führten.¹⁸ Die Tragweite dieser Einbußen ist weitreichender gewesen, als dass sie für die Vorteile des freien Marktes in Kauf zu nehmen gewesen ist. An dieser Stelle wirken die von Polanyi als Gegenbewegung bezeichneten gesellschaftlichen Gegenmaßnahmen den volkswirtschaftlichen Einbußen entgegen, damit sich dadurch der entstandene Druck auf die Gesellschaft reduziert. Die Gegenbewegung kann sowohl von nicht-

¹⁴ Polanyi 2001 (supra fn. 1), S. 248 f.

¹⁵ Herzog 2016 (supra fn. 2), S. 16.

¹⁶ Block 2001 (supra fn. 1), S. xxvi.

¹⁷ Herzog 2016 (supra fn. 2), S. 15.

¹⁸ Block 2001 (supra fn. 1), S. xxxi.

staatlichen Akteuren wie auch von staatlichen Akteuren ausgehen. Ungleich der Auffassung einiger liberaler Wirtschaftswissenschaftler finden die einzelnen Maßnahmen der Gegenbewegung unkoordiniert statt, und zwar als Reaktion auf die Auswirkungen der Marktgesellschaft auf die „fiktiven Waren“.¹⁹ Die Gegenbewegung versucht durch Maßnahmen der Dekommodifizierung die „fiktiven Waren“ von dem Druck des Laissez-faire zu entlasten und den Markt wieder in die Gesellschaft einzubetten. Dieses Wechselspiel von Bewegung und Gegenbewegung, Entbettung und Einbettung, bezeichnet Polanyi treffend als Doppelbewegung.

VIII. Die Doppelbewegung

Die Doppelbewegung stellt nicht die Lösung der durch die Marktgesellschaft entstandenen sozialen Probleme dar, sondern die Analyse des durch die Marktgesellschaft zustande gekommenen Wechselspiels kollidierender gesellschaftlicher und wirtschaftlicher Interessen.

Auf der einen Seite steht die Expansion des freien Marktes mit seiner effizienteren Verwertung von Gütern und Waren. Auf der anderen Seite die aus der Vermarktung der fiktiven Waren resultierenden Einschränkungen eben dieses freien Marktes, da die Gesellschaft bestrebt ist, die substantiellen Anteile, der nicht vermarktungsfähigen fiktiven Waren, vor den Ausuferungen des Laissez-faire zu beschützen. Den Begriff der Gesellschaft sieht Polanyi als eine metaphorische Kurzform des verschiedenartigen Kollektivs institutionell und interessenorientiert agierender politischer Akteure. Diese politischen Akteure können sowohl staatliche als auch nichtstaatliche Akteure sein, wobei ihr konkretes Verlangen nach Dekommodifizierung der „fiktiven Waren“ oftmals davon abhängt, ob sie die gesellschaftlich übergreifende Unterstützung anderer politischer Akteure erhalten, indem sie über deren Verständnis oder mittelbare Betroffenheit an deren eigenen Interessen anknüpfen können. So wie der Staat sowohl der Bewegung als auch der Gegenbewegung beiträgt, tragen nichtstaatliche Akteure ebenso sowohl der Bewegung als auch der Gegenbewegung bei. Einerseits treiben die in der liberalen Marktwirtschaft agierenden nichtstaatlichen Akteure individuell und unkoordiniert die Bewegung an,²⁰ andererseits setzen nichtstaatliche Akteure, wie beispielsweise Gewerkschaften, der Mieterschutzbund oder Umwelt- und Naturschutzorganisationen, gleichermaßen individuell und unkoordiniert die Gegenbewegung in Gang. Sie möchten durch verschiedene Mittel auf die ihrerseits verlangte Dekommodifizierung fiktiver Waren aufmerksam machen und sie antreiben. Ein Warnstreik führt während der Tarifverhandlungen zwischen Arbeitgeber und Gewerkschaft durch Arbeitskraftausfall oder streikbedingter Betriebsstilllegung nicht nur zu erhöhtem Druck auf die Fortführung oder Aufnahme von Tarifverhandlungen, sondern schafft auch bei außerhalb von den Tarifverhandlungen Betroffenen zu Aufmerksamkeit auf das Anliegen der Streikenden. Im Generalstreik gipfelt diese gesellschaftlich übergreifende kollektive Interessensvertretung in der Gesamtheit der Arbeitnehmer einer Volkswirtschaft.

¹⁹ Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 4.

²⁰ Klein 2017 (supra fn. 7), S. 860; Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 4.

Die Doppelbewegung ist sich bildlich wie das Tauziehen von um einen Sumpf umherstehenden staatlichen und nichtstaatlichen Akteuren vorzustellen, die jeweils entweder am Seilende der Bewegung oder der Gegenbewegung ziehen. Je näher sie dem Sumpf kommen, desto fester ziehen sie um nicht im Torfschlamm zu versinken.

IX. Der bedrohliche Stillstand

Dieses hin und her zwischen Bewegung und Gegenbewegung kann jedoch auch in einem desaströsen Stillstand enden, wie es Anfang des 20. Jahrhunderts geschehen ist, nachdem die freie Marktwirtschaft den Merkantilismus abgelöst hatte.

1. DER HISTORISCHE WEG ZUR PATTSITUATION

Der Merkantilismus fand mit dem Entstehen der Marktgesellschaft Ende des 18. Jahrhunderts sein Ende. Sein wirtschaftliches Hauptbegehren war es die Staatskasse zu füllen, was im Vergleich zum freien Markt, im Zeitalter der Industrialisierung, die Grundlage einer ineffizienteren Wirtschaft schuf, die in den Bereichen der Produktivität und Wettbewerbsfähigkeit nicht mit der des freien Marktes mithalten konnte. Die Liberalisierung begann, der Arbeitnehmerkampf widersetze sich ihr. Mit der Zeit führte die Dynamik der Doppelbewegung dazu, dass die Arbeitnehmer, um sich ihre Rechte zusichern zu können, die Parlamente erobert hatten, „die Arbeitgeber jedoch die Festung der freien Marktwirtschaft hielten“²¹. Es begann der Stillstand von Bewegung und Gegenbewegung. Den Unternehmern fielen weitere Einführungen von Marktliberalisierungsmaßnahmen schwer und die Arbeitnehmer konnten nicht die Hand abhacken, die sie fütterte. Der dadurch resultierend unelastischer gewordenen Marktwirtschaft ist über den Imperialismus zur Erschließung neuer Märkte verholfen worden. Aber da dies nur eine kurzzeitige Abhilfe schuf, versuchten die Nationalstaaten ihren Märkten durch protektionistische Maßnahmen weitreichenden Schutz zu gewähren. Protektionistische Maßnahmen, wie Repressivzölle, ließen Staaten die Auswirkungen des Goldstandards auf die für ihre Volkswirtschaft in hohem Maße bedeutsamen Wirtschaftssektoren regulieren, ohne dass sie ihn abschaffen mussten. Auch nachdem der Imperialismus seinen Kulminationspunkt im ersten Weltkrieg fand, wurde der Goldstandard kurz nach Kriegsende wieder eingeführt. Wie weitreichend die Auswirkungen des Goldstandards sein können, ist anhand der Antriebskraft die er für die Weltwirtschaftskrise, die 1929 begann und bis 1933 anhielt, ausgemacht hatte, nochmals unter Beweis gestellt worden. Auch der 1930 erlassene Smoot-Hawley Tariff Act, durch den auf mehr als 20.000 Importwaren Zölle erhoben wurden, hatte die Weltwirtschaftskrise verschärft.²²

²¹ Klein 2017 (supra fn. 7), S. 860.

²² R. Whaples, 'Where Is There Consensus Among American Economic Historians? The Results of a Survey on Forty Propositions', 55-1 JEH 1995, S. 139 (151).

2. DER STILLSTAND

Die Doppelbewegung war nicht von Dauer und führte aus der Pattsituation zwischen Bewegung und Gegenbewegung in die Sackgasse der Marktgesellschaft, aus der der Faschismus und Kommunismus vorgaben herausführen zu können, dies aber verbunden mit der Abschaffung von sämtlichen demokratischen Institutionen in Politik und Wirtschaft. Der Faschismus konnte sich daher, trotz kurzzeitigem Aufkeimen in den Jahren vor der Weltwirtschaftskrise, erst im Zuge ihrer als Alternative für den Marktliberalismus darbieten und sich dadurch als aufstrebende Ideologie manifestieren.²³ Das Leid, der Schrecken und der Terror, der durch den Faschismus und Kommunismus entstand, war das Produkt der Marktgesellschaft. Nach hundert Jahren Ausbleiben von größeren militärischen Konflikten folgte kurz auf den ersten Weltkrieg der Zweite. Das Fazit der Großen Transformation lautet deshalb, dass „die Gesellschaft des 19. Jahrhunderts zerfallen ist“²⁴, zerfallen an den Institutionen, die zunächst für Frieden und wirtschaftlichen Aufschwung gesorgt hatten, da sie die Gesellschaft und auch sich selbst in die scheinbar ausweglose Sackgasse der Marktgesellschaft führten und dort niederreißen ließen und somit die beiden verheerendsten Kriege der Menschheitsgeschichte folgten.

C. DIE EU ALS POLANYISCHES PENDELUM

I. Die europäische Idee

Damit sich die tragische Katastrophe des zweiten Weltkrieges in Europa nicht noch einmal wiederholt, hat sich nach eben dieser die europäische Idee einer staatsgrenzenübergreifenden Gemeinschaft gebildet. Die europäischen Staaten sollten wirtschaftlich so eng aneinandergelassen sein, dass sich ein Krieg zwischen ihnen allein schon aus ökonomischen Gründen nicht mehr lohnen würde. Der erste Schritt war die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl 1952, auf die die Unterzeichnung der Römischen Verträge 1957 folgte. Die europäische Idee dient nunmehr schon seit fast 70 Jahren als Garant für Frieden in Europa und hat sich im Laufe der Zeit sowohl in Bezug auf die geographische als auch die rechtliche und politische Reichweite entwickelt und erweitert.

1. DIE GEOGRAPHISCHE ENTWICKLUNGSGESCHICHTE

Die folgenreichste geographische Entwicklung der EU waren die Osterweiterungen von 2004 und 2007. Durch diese Erweiterungen hat die EU ihre Ostgrenze nicht nur mit der NATO in Übereinstimmung gebracht, sondern ist vor allem aus ökonomischer und sozialer Perspektive disparat angewachsen. Die neuen EU-Mitgliedsländer unterscheiden sich insbesondere in den für diese Ausarbeitung gewichtigen Parametern des Wohlstands, der Steuer- und Abgabenbelastung, Sozialhilfeausgaben, tarifvertragliche Abdeckung und dem

²³ *Block* 2001 (supra fn. 1), S. xxii, xxix, xxxiii; *Polanyi* 2001 (supra fn. 1), S. 245, 351.

²⁴ *Polanyi* 2001 (supra fn. 1), S. 3.

Organisationsgrad von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden hochgradig von den alten Mitgliedsstaaten.²⁵

2. DIE POLITISCHE ENTWICKLUNG DER EU

Die weitreichendste politische Entwicklung der Europäischen Union war die Unterzeichnung der Einheitlichen Europäischen Akte. Durch sie entstand ein bedeutender politischer Reformprozess für die Europäische Gemeinschaft. Sie ergänzte den qualifizierten Mehrheitsbeschluss im Europäischen Rat und Rat der Europäischen Union um bestimmte Kompetenzbereiche, verlieh neue Rechte und Kompetenzen an das Europäische Parlament und verschaffte der Vollendung des Binnenmarktes einen definitiven zeitlichen Rahmen. Durch Art. 235 EWGV gab sie zudem den Gemeinschaftsorganen vor, die Europäische Gemeinschaft speziell in Bezug auf den Europäischen Binnenmarkt und den vertraglichen Grundfreiheiten fortzuentwickeln.²⁶ Durch diese richtungsweisende Vorgabe eröffnete sich für den Europäischen Gerichtshof eine richterrechtliche Europarechtsfortentwicklung, die durch weit gefasste Auslegungen, unabhängig von den politischen Organen der EG, das Fundament der Grundfreiheiten ausbauen konnte.

3. DIE RECHTLICHE ENTWICKLUNG DER EU

Die entscheidenden rechtlichen Entwicklungsetappen waren hierfür die der Van-Gend-&-Loos- und Costa/ENEL-Entscheidung. In diesen Entscheidungen entwickelte der EuGH den Anwendungsvorrang und die unmittelbare Geltung des Unionsrechts, die sich nach ihm aus der teilweisen Souveränitätsabtretung der Mitgliedsstaaten ergab.²⁷ Die unmittelbare Geltung des Unionsrechts gewährt Rechtssubjekten sich auf einen Anspruch berufen zu können, ohne dass ein vorheriger Transformationsakt die unionsrechtliche Anspruchsgrundlage gesondert umgesetzt hat. Völkerrechtliche Verträge werden in Deutschland innerstaatlich erst wirksam, nachdem sie durch das Parlament ratifiziert und anschließend im Bundesgesetzblatt Teil II veröffentlicht wurden. Die unmittelbare Geltung stellte ein Novum im Völkerrecht dar.

Der Anwendungsvorrang des Unionsrechts führt bei einer Normkollision zur Verpflichtung die unionsrechtliche Norm an Stelle der ihr entgegenstehenden nationalen Vorschrift anzuwenden. Verkürzt zusammengefasst führt die unmittelbare Geltung des Unionsrechts zu einer Verpflichtung Unionsrecht anzuwenden und der Anwendungsvorrang zu einer Verpflichtung nationale Vorschriften nicht anzuwenden.²⁸

²⁵ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 436 f.

²⁶ S. Maçiera, 'Die Einheitliche Europäische Akte und die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union', in: W. Fiedler (eds), Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck – Verfassungsrecht und Völkerrecht, Carl Heymanns: Cologne 1989, S. 507 (517); Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 7 f.

²⁷ CJEU of 5.2.1963, *Van Gend & Loos*, C-26/62, ECLI:EU:C:1963:1, para 25 f.; CJEU of 15.7.1964, *Costa/ENEL*, C-6/64, ECLI:EU:C:1964:66, para 1269 ff.

²⁸ S. Prechal, 'Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union', in: Catherine Barnard (eds), *The Fundamentals of EU Law Revisited, Assessing*

II. Polanyi in der EU?

Die Gewichtung und das Ergebnis dieser Entwicklungen wird in der Literatur verschieden bewertet und ist dabei vermehrt anhand der Doppelbewegung Polanyis analysiert oder ihr gar zugeordnet worden. Die Neo-Polanyisten Caporaso und Tarrow haben im Rahmen dieser Diskussion in ihrer Publikation „Polanyi in Brussels“ aus dem Jahre 2008 diesbezüglich interessante Thesen herausgearbeitet. Für sie nimmt die Europäische Union als staatlicher Akteur im Rahmen der Doppelbewegung sowohl als liberalisierende Kraft eine Rolle in der Bewegung als auch als regulatives Organ eine Rolle in der Gegenbewegung ein. Dieses Fazit schließen sie aus der Prämisse, dass der völlig entbettete Markt eine unmögliche Utopie darstellt. Da dies nicht möglich ist, sind marktschaffende Maßnahmen auch immer an einbettende Maßnahmen gekoppelt. Eine von der Sozialpolitik entkoppelte Marktliberalisierung ist daher nicht möglich.

1. DIE EU ALS MARKTSCHAFFENDE INSTITUTION

Die Europäische Union ist im Kern eine marktliberalisierende Bewegung gewesen. Über die negative Integration bis hin zu gemeinsamen Standards auf dem europäischen Binnenmarkt hat sie etliche marktliberalisierende Maßnahmen geschaffen. Zentral hierfür ist die 1987 in Kraft getretene Einheitliche Europäische Akte, durch die sich die EU die Vollendung des europäischen Binnenmarktes bis 1992 zum Ziel gesetzt hatte. In dem von ihr vorgegebenem genauen zeitlichen Rahmen sind etliche Rechtsakte erlassen worden, die bezwecken sollten, dass ein kohärenter sowie effizienter einheitlicher europäischer Binnenmarkt geschaffen werden kann. Um dieses Ziel zu erreichen hat die EEA politische Entscheidungen bezüglich des Binnenmarktes auf europäischer legislativer Ebene durch das Ersetzen des Abstimmungsverfahrens der Einstimmigkeit durch die qualifizierte Mehrheit erleichtert. Der Beschluss der Einheitlichen Europäischen Akte war die unumgängliche logische Konsequenz der römischen Verträge, da sie für die in den römischen Verträgen zum Ziel gesetzte Vollendung des Binnenmarktes und der Etablierung der Grundfreiheiten notwendig war.²⁹

2. DAS MARKTVERSAGEN ALS MAXIME

In der bis zur Ratifizierung der EEA andauernden Vorschlags- und Diskussionsphase kam es zu einem europaübergreifenden politischen Umschwung von sozialdemokratischen hin zu konservativ-wirtschaftsliberalen Regierungen, die in der EEA durch ihre marktschaffende Eigenschaft eine Verstärkung eigener innenpolitischer Reformprozesse sahen und sie somit nachdrücklich unterstützten.³⁰ Das Hauptinteresse an der Vollendung des Binnenmarktes lag in der Beseitigung von zwischenmitgliedstaatlichen Handelsbarrieren. Der Zweck der Beseitigung von Handelsbarrieren zielt auf die Effizienzoptimierung im Handelsverkehr ab. Wirtschaftliche Akteure streben primär den für sie durch Ressourcenallokation entstehenden vorteilhaftesten wirtschaftlichen Nutzen an. Der Marktmechanismus ermöglicht eine effiziente Ressourcenallokation, die in der

the Impact of the Constitutional Debate, OUP: Oxford 2007, S. 35 (37 f.).

²⁹ Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 7.

³⁰ Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 8.

Pareto-Verbesserung ihr Optimum findet. Eine pareto-effiziente Allokation ist eine Transaktion bei der kein Marktteilnehmer schlechter gestellt wird und dabei mindestens einer besser gestellt ist.³¹

Scheitert eine solche sonst pareto-effiziente Transaktion an einer Externalität, wie dem Importzoll oder einer anderen gesetzlichen Bestimmung des Staates, in den der Marktteilnehmer seine Ware exportieren möchte, führt dies zum Marktversagen. Staaten handeln grundsätzlich im Eigeninteresse, sodass wenig Initiative entsteht dieses Marktversagen einseitig durch gesetzliche Bestimmungen zu beseitigen. Auch bilaterale Abkommen sind letztlich nur Versprechungen, die ohne ein zuständiges Organ, das im Streitfall eine bindende Entscheidung trifft, dazu führen, dass Staaten den Streit zu ihren Gunsten auslegen und der Import weiterhin am Marktversagen scheitert. Um diese aufeinandertreffenden opportunen Wahrnehmungen von Eigeninteresse zu beseitigen, können Staaten in einer dritten unabhängigen Organisation, an welche auch zwangsläufig beidseitig Souveränität abgetreten werden muss, ein Organ finden, das Entscheidungen trifft, die dann außerhalb des Machtbereiches der jeweiligen Staaten liegen.³² Daher führt nach Majone nicht das Marktversagen selbst, sondern das Scheitern einer zwischenstaatlichen Beseitigung der zum Marktversagen führenden Externalität zur Abtretung von Souveränität an eine supranationale Organisation wie der Europäischen Union.³³

3. EFFEKTIVITÄTSMAXIME DER EU

Die EU bestrebt durch das Beseitigen dieser Externalitäten und anderen Handelsbarrieren aus Effektivitätsgründen die Verhinderung von Marktversagen. An diesem Punkt knüpfen Caporaso und Tarrow an, indem sie die von der EU aus Effektivitätsgründen entstandenen Vorschriften nicht nur aus rein ökonomischer Perspektive, sondern auch aus sozialer Perspektive veranlasst sehen und die EU somit, als ein der Gegenbewegung zugehöriges Teilstück, ihr zuordnen. Unter Effektivitätsmaximierung aus sozialer Perspektive verstehen sie, dass die durch Externalitäten anfallenden sozialen Grenzkosten auf den Verursacher zurückgeführt werden. Auf dieser Argumentation aufbauend stellen Caporaso und Tarrow die These auf, dass einige der europarechtlichen Vorschriften und Entscheidungen des EuGH sogar über die Effektivitätsmaxime hinausgehen, einen Mindestgehalt an europäischem Sozialrecht schaffen und so den Markt in die Gesellschaft einbetten.³⁴

D. Die Entwicklung von Sozialrecht in Europa

Im Folgenden wird die These, die Caporaso und Tarrow aus einer weitreichenden Fallanalyse verschiedener Fälle des EuGH schließen, genauer erläutert. Die Entwicklung von richterrechtlichem europäischem Sozialrecht und

³¹ Herzog 2016 (supra fn. 2), S. 23.

³² Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 9 f.

³³ G. Majone, 'The European Community: An „Independent Forth Branch of the Government“?', in: G. Brüggemeier (eds), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Schriftenreihe des ZERP, ZERP: Bremen 1994, S. 23 (37).

³⁴ Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 10.

die damit erzielte Einbettung des Marktes erreiche die EU, indem sie nicht-vermarktungsfähige Güter über die Grundfreiheiten in ihren sozialen Kontext einbette. Insbesondere über die Grundfreiheiten der Arbeitnehmerfreizügigkeit und der Niederlassungsfreiheit habe der EuGH in seinen Urteilen eigentlich ökonomische Entscheidungen in einen sozialen Rahmen gesetzt. Dieser hat sich nach Caporaso und Tarrow in 3 Phasen sukzessiv herausgebildet, in denen primär bestimmt wurde wer sich auf die Grundfreiheiten berufen darf und wie weit sie in ihrem sozialen Kontext reichen.

I. ERSTE PHASE

In der ersten Phase ist durch die Van-Gend-&-Loos- und Costa/ENEL-Entscheidungen der Anwendungsvorrang und die unmittelbare Geltung des Unionsrechts entstanden, sodass sich Unionssubjekte ohne einen vorherigen Transformationsakt direkt auf Ihre Grundfreiheiten berufen können. Dies führte dazu, dass der Rechtsweg öfter ersucht wurde. Durch die vermehrte Anzahl von Fällen kam es unvermeidbar zu einer beschleunigten Europarechtsfortentwicklung. Des Weiteren wurde, durch mehrere Entscheidungen des EuGH, die Möglichkeit ausgeräumt, dass Mitgliedsstaaten durch eine eigenständige Definition des Arbeitnehmerbegriffs bestimmen dürfen, wer von den Grundfreiheiten erfasst wird. In dem Fall *Levin v. Staatssecretaris van Justitie*,³⁵ 1981, verweigerte die Niederländische Regierung einem Arbeitnehmer die Inanspruchnahme seiner Arbeitnehmerfreizügigkeit, weil er bislang als geringfügig Beschäftigter mit einer Teilzeitstelle, um seinen Lebensunterhalt bestreiten zu können, nicht ausreichend verdient habe. Dem EuGH zufolge ist jedoch lediglich maßgeblich, ob er einer echten und tatsächlichen Tätigkeit nachgeht und dass diese einen wirtschaftlichen Wert aufweist. Der EuGH hat sich in seinen Urteilen zwar auf keine einzig gültige Definition des Arbeitnehmerbegriffs festgelegt, aber immer wieder verdeutlicht, dass die Begriffsdefinition eine gemeinschaftsrechtliche Bedeutung innehat und demnach weit auszulegen ist.³⁶

II. ZWEITE PHASE

In der zweiten Phase hat die Rechtsprechung bei der Anwendung der Arbeitnehmerfreizügigkeit darauf abgezielt, dass sie etwaiges Marktversagen zu verhindern vermochte. Ein Marktversagen entstünde, wenn transnationale Arbeitnehmer durch ungleiche Behandlung gehemmt wären, ihrer im Ausland beabsichtigten Tätigkeit nachzugehen. Beispielsweise würden transnationale Arbeitnehmer, die ihre Beitragsjahre nicht mitgliedersstaatsübergreifend anrechnen können, aufgrund des dadurch wegfallenden Rentenanspruchs benachteiligt werden. Der EuGH hat in dem Fall C-482/93, bei dem die Klägerin mehrere Jahre in den Niederlanden und in Spanien gearbeitet hatte, aber ihr nach einer niederländischen Bestimmung kein Rentenanspruch zustand, entschieden, dass „das Arbeitsleben als Ganzes in Betracht gezogen werden muss und nicht

³⁵ CJEU of 23.3.1982, *Levin/Staatssecretaris van Justitie*, C-53/81, ECLI:EU:C:1982:105.

³⁶ *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 12; *T. Dullinger/M. Risak*, The concept of ‘worker’ in EU law, Status quo and potential for change, ETUI 2018, Report 140, S. 27; CJEU of 2.7.1986, *Lawrie-Blum*, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284, para 16.

lediglich in Bezug auf ein bestimmtes Arbeitsverhältnis in einem Land oder zu einem einzelnen Zeitpunkt.“³⁷

Auch die Benachteiligung transnationaler Arbeitnehmer durch Wohnsitzklauseln lässt einen zu Marktversagen führenden Hemmfaktor entstehen. Mit dem Artikel 10 der Verordnung 1408/71 wurden Wohnsitzklauseln, die einem EU-Bürger den erworbenen Anspruch auf Geldleistungen aufgrund seines Wohnsitzes verwehren, verboten. Der EuGH hat den Anwendungsbereich des Artikels 10 der Verordnung 1408/71 gewählt weit ausgelegt, um so potentielles Marktversagen verhindern zu können.

Caporaso und Tarrow sehen in dem Fall C-186/87,³⁸ *Cowan v. Tresor Public*, die Spitze der vom EuGH anhand von Marktversagen ausgehenden Anwendungsration der Grundfreiheiten. Ein britischer Staatsangehöriger ist während eines Urlaubsaufenthaltes in Paris ausgeraubt worden. Ein Schadensersatzanspruch, den in einem solchen Falle ein französischer Staatsangehöriger gegenüber dem französischen Staat geltend hätte machen können, ist dem britischen Geschädigten mit der Begründung, dass der Schadensersatzanspruch auf einem nationalstaatlichen Solidaritätsgedanken beruhe, verwehrt worden. Der Kläger entgegnete dem in Luxemburg, dass Touristen, sollten ihnen der Anspruch verwehrt werden, abgehalten werden würden in Frankreich Dienstleistungen wahrzunehmen und so in ihrer Grundfreiheit eingeschränkt sind.

Der EuGH wies den Vortrag Frankreichs ab und erklärte Herrn Cowan als in seiner Dienstleistungsfreiheit eingeschränkt, da sie inhärenterweise auch den Anspruch diskriminierungsfreien Schutz gewährt zu bekommen erfasst.³⁹

III. DRITTE PHASE

In der dritten Phase schuf der EuGH, teilweise sogar marktversagenunabhängig, durch Richterrecht die ersten Ansätze von europäischem Sozialrecht. Dies stellen Caporaso und Tarrow anhand mehrerer Fälle dar, bei denen mitunter sozialpolitischer Inhalt vorhanden war und mit denen sich der EuGH näher befasst hatte.

1. EUROPÄISCHE SOLIDARITÄT?

In dem ersten Fall C-63/86⁴⁰ geht es um einen staatlichen Zuschuss, der einem Selbstständigen aus einem anderen Mitgliedsstaat als Italien, seitens der italienischen Behörden verweigert wurde, da sie für das Wahrnehmen seines sekundären Niederlassungsrechts keine Notwendigkeit einer Wohnung erachteten. Zudem handele es sich der italienischen Regierung zufolge nicht um eine Beschränkung, sondern um eine Vergünstigung, die auf einem nationalstaatlichen Solidaritätsgedanken basiert. Der EuGH betrachtete Vergünstigungen

³⁷ *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 13; R. Comelissen, 'The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Policy (Regulations 1408/71 and 574/72)', 33 CMLR 1996, S. 439 (453).

³⁸ CJEU of 2.2.1989, *Cowan/Trésor public*, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47.

³⁹ *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 13; CJEU of 2.2.1989, *Cowan/Trésor public*, C-186/87, ECLI:EU:C:1989:47, para 13 f., 17, 20.

⁴⁰ CJEU of 14.1.1988, *Kommission/Italienische Republik*, C-63/87, ECLI:EU:C:1988:9.

ebenfalls als europarechtswidrig, da sonst keine gleichen Voraussetzungen zwischen Selbstständigen aus verschiedenen Mitgliedsstaaten bestünden.⁴¹

Caporaso und Tarrow erkennen hier einen sozialpolitischen Interpretationsansatz des EuGH, da er bei dem Urteil über die Dienstleistungsfreiheit die sozialen Rechte des Klägers anerkenne und somit den nationalstaatlichen Solidaritätsgedanken schwächen, dafür aber den europäischen stärken würde. Etwas leichtsinnig bewerten sie, dass die Wechselseitigkeit von Rechten und Pflichten von Staatsangehörigen dadurch zwar stark geschwächt wird, dies aber aufgrund des Steuerbeitrages der Wanderarbeiter nicht besonders schwerwiegend sei.⁴²

2. EUROPÄISCHE FAMILIENRECHTE

Anhand zwei weiterer Fälle möchten Caporaso und Tarrow aufzeigen, dass sich der EuGH und der Rat der Europäischen Union näher mit Erwägungen zur Familie befasst haben.

In diesen Fällen hatte der EuGH im Vorabentscheidungsverfahren entschieden, dass sich auf Angehörige beziehende Wohnsitzklauseln als Bedingung für soziale Geldleistungen europarechtswidrig sind. Im ersten der beiden Fälle, C-228/88,⁴³ handelte es sich um italienische Staatsangehörige, die in Deutschland Arbeitnehmer waren, deren Kinder sich jedoch in Italien auf der Arbeitssuche befanden. Da diese Art von Wohnsitzklauseln nach der EU-Verordnung 1408/71 aufgehoben wurde, hatte der EuGH dem Einwand Deutschlands, dass den arbeitssuchenden Angehörigen nicht über die deutsche Arbeitsvermittlung zu Arbeit verholfen werden könne und Deutschland daher nicht auf deren Arbeitslosigkeit Einfluss nehmen kann, im Bereich von Geldleistungen an arbeitssuchende Angehörige keine Geltung zugesprochen. Damit der Geltungsbereich des Art. 73 der VO erfüllt ist, reicht es „wenn das Kind der Arbeitsvermittlung in dem Mitgliedstaat zur Verfügung steht, in dem es wohnt.“⁴⁴

Auch beim zweiten Fall, C-66/92,⁴⁵ hat der EuGH die Voraussetzung des Wohnsitzes des Ehepartners in den Niederlanden, die bei Nichtvorhandensein zu einem reduzierten Geldleistungsbetrag führte, als europarechtswidrig erklärt. Die EU-VO 1408/71 betrifft zwar keine Geldleistungen der Sozialhilfe, dafür aber die der sozialen Sicherheit. Dabei wird auf den Zweck und die Voraussetzung der Geldleistung abgestellt und nicht auf die gesetzliche Einordnung. Daher ist unerheblich, dass der niederländische Gesetzgeber die reduzierte Geldleistung nicht als eine der sozialen Sicherheit erachtet hat. Zudem ist aufgrund des Art. 4 Abs. 2 ebenfalls unerheblich, dass die Finanzierung über öffentliche Mittel geschieht.⁴⁶ Daher musste die Geldleistung in voller Höhe an den Antragsteller ausgezahlt werden.

Caporaso und Tarrow schließen sich bei diesen Fällen der Meinung von Cornelissen, dass „die Gebietszugehörigkeit den familiären Beziehungen und der Wirtschaft untergeordnet, ... und die Familie, in die Wirtschaft eingebettet ist,“

⁴¹ CJEU of 14.1.1988, *Kommission/Italienische Republik*, C-63/87, ECLI:EU:C:1988:9, para 16 ff.

⁴² *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 15.

⁴³ CJEU of 22.2.1990, *Bronzino/Kindergeldkasse*, C-228/88, ECLI:EU:C:1990:85.

⁴⁴ CJEU of 22.2.1990, *Bronzino/Kindergeldkasse*, C-228/88, ECLI:EU:C:1990:85, para 12.

⁴⁵ CJEU of 2.8.1993, *Acciardi/provincie Noord-Holland*, C-66/92, ECLI:EU:C:1993:341.

⁴⁶ CJEU of 2.8.1993, *Acciardi/provincie Noord-Holland*, C-66/92, ECLI:EU:C:1993:341, para 18.

an. Zudem sei aus den Urteilen nicht erkennbar, „ob sich aus den sozialen Erwägungen eine eigene rechtliche Grundlage ergibt oder ob sie lediglich der Effizienzoptimierung dienen“.⁴⁷

3. GRUNDFREIHEITSGENUSS DURCH SOZIALE BEZIEHUNGEN?

In dem folgenden Fall hat sich nach Caporaso und Tarrow sogar schon das Grundgerüst von nur teilweise auf Effizienz bedachtem europäischen Sozialrecht angedeutet, da sich die Klägerin auf die Dienstleistungsfreiheit berufen konnte, ohne selbst jemals Dienstleistungen erbracht zu haben.

In dem Fall C-60/00⁴⁸ hat eine philippinische Staatsangehörige sich auf die Grundfreiheit ihres britischen Ehemannes berufen und somit ihr Aufenthaltsrecht begründet, ohne dass er sich für die Erbringung von Dienstleistungen in einen anderen Mitgliedsstaat begeben hatte. Alleine schon dadurch, dass er Dienstleistungen an Personen eines anderen Mitgliedsstaats erbringt, kann seine Frau sich auf die ihrem Ehemann zu gewährende Dienstleistungsfreiheit berufen, da er sonst zwischen seiner beruflichen Tätigkeit und einem gemeinsamen Familienleben zu entscheiden hätte. Dieses kann aus Gründen des Allgemeininteresses verwehrt werden, aber nur unter verhältnismäßiger Wahrung der Grundrechte.⁴⁹ Der Eingriff in das Familienleben wäre ein unverhältnismäßig starker Einschnitt in das Grundrecht auf Achtung des Familienlebens, da kein schwerer wiegendes zwingendes gesellschaftliches Interesse gegeben war. Caporaso und Tarrow sehen in diesem Fall ein gutes Beispiel dafür, wie selbst wenn eine Person keine Dienstleistungen ausführt, sie sich allein aufgrund sozialer Beziehungen auf die Dienstleistungsfreiheit berufen kann.⁵⁰

4. DIE GRUNDFREIHEITEN VON DER WIRTSCHAFT ENTKOPPELN?

Caporaso und Tarrow schließen ihre Argumentation mit einem Fall ab, bei dem sie zu erkennen glauben, dass der EuGH die Grundfreiheitsausübung von der ökonomischen Ebene entkoppelt anerkannt habe. Ihre Bewertung dieses Falls und eine kurze Auflistung der Ergebnisse aus Fällen mit sozialpolitischem Bezug führt sie zu der Überzeugung, dass die Rechtsprechung des EuGH sich mittlerweile in etliche soziale Bereiche erweitert hat. Bei diesen weiteren vom EuGH entschiedenen Fällen ging es um die Definition der Familie, die emotionale Bindung zwischen Familienangehörigen, Schwangerschaftsrechte und sorge-rechtliche Angelegenheiten zwischen Eltern und Kindern. Außerdem behalten Witwer und Geschiedene ihre Rechte bei und unverheiratete Lebensgefährten erhalten ein Begleitungsrecht in andere Mitgliedsstaaten.⁵¹ Da diese Fälle auch in den sozialpolitischen Lebensbereich fallen, sind sie nicht nur aus marktökonomischer Perspektive von Bedeutung, sondern auch für die Gesellschaft als solche.

⁴⁷ *Comelissen* 1996 (supra fn. 37), S. 461.

⁴⁸ CJEU of 11.7.2002, *Carpenter/Secretary of State*, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434.

⁴⁹ CJEU of 11.7.2002, *Carpenter/Secretary of State*, C-60/00, ECLI:EU:C:2002:434, para 40 f.

⁵⁰ *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 16.

⁵¹ *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 17.

Bei der Bewertung des Falls C-200/02,⁵² den Caporaso und Tarrow ebenfalls in den Zugehörigkeitsbereich der dritten Phase einordnen, folgen sie der Meinung Hatzpoulos, der in ihm eine für das Europarecht wegweisende Meilensteinentscheidung erkennt, da die Grundfreiheitsausübung erstmalig von der ökonomischen Ebene entkoppelt anerkannt werde.⁵³

Der Ausgangsrechtsstreit handelt von einem in Irland geborenem Kind chinesischer Eltern, das nach dem im irischen Recht Anwendung findenden Geburtsortsprinzip die irische Staatsangehörigkeit erhielt. Die Eltern beantragten ein für sie von der Grundfreiheit des Kindes abgeleitetes Aufenthaltsrecht, obwohl das Kind keiner direkten wirtschaftlichen Tätigkeit nachgehen konnte und bekamen dieses gerichtlich zugesprochen.

Die von Caporaso und Tarrow festgestellte von der ökonomischen Ebene erstmalig entkoppelte Grundfreiheitsausübung hält bei einer genaueren Betrachtung nicht stand. Der EuGH hat das Aufenthaltsrecht zwar nicht aufgrund des Empfangs von entgeltlichen Kinderbetreuungsleistungen begründet, aber auch nicht uneingeschränkt ohne jegliche wirtschaftliche Tätigkeit, sondern gemäß Artikel 18 EG unter Achtung des Artikels 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/364. Nach Artikel 18 EG wird das Aufenthaltsrecht jedem Unionsbürger unmittelbar zuerkannt, sofern keine beschränkenden Bestimmungen bestehen. Die im Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 90/364 bestimmten Voraussetzungen der Verfügung über ausreichende Existenzmittel sowie umfassendem Krankenversicherungsschutz sind erfüllt gewesen, sodass auch die Eltern, die für die Personenfürsorge unabdingbar sind, in den Genuss des Aufenthaltsrechts ihres Kindes gekommen sind.⁵⁴

Wären die zum uneingeschränkten Aufenthaltsrecht führenden Voraussetzungen der wirtschaftlichen Selbstversorgung nicht erfüllt gewesen, wäre es nicht ohne weiteres zu einem auf der Unionsbürgerschaft beruhenden Aufenthaltsrecht gekommen, sodass von einer Entkopplung gar nicht erst die Rede sein kann.

IV. Europäisches Sozialrecht

Caporaso und Tarrow ziehen aus der in drei Phasen eingeteilten Entwicklung die Erkenntnis, dass die EU, allen voran der EuGH, sozialpolitische Maßnahmen geschaffen hat um als Institution dienen zu können, die dem durch die Globalisierung bedingten Sozialstaatsabbau der Mitgliedstaaten entgegenwirkt. Die Globalisierung verschärft den Wettbewerb auf der weltwirtschaftlichen Ebene, sodass Nationalstaaten, mit dem Ziel Produktionskosten zu reduzieren, zulasten ihrer Bürger sozialstaatliche Ausgaben verringern.⁵⁵

1. DIE DOPPELBEWEGUNG IN DER EU

Während die Nationalstaaten den Sozialstaat verringern diene die EU als Anlaufstelle für die Stärkung sozialer Rechte von Unionsbürgern. An dieser Stelle kristallisiere sich die Doppelbewegung der EU heraus. Die EU ist nicht nur

⁵² CJEU of 19.10.2004, *Zhu & Chen/Secretary of State*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639.

⁵³ *V. Hatzpoulos*, 'A (More) Social Europe: A Political Cross Road or a Legal One- Way Dialogue between Luxembourg and Lisbon', 42 CMLR 2005, S. 1599 (1601).

⁵⁴ CJEU of 19.10.2004, *Zhu & Chen/Secretary of State*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, para 44 ff.

⁵⁵ *Caporaso/Tarrow* 2008 (supra fn. 3) S. 17 ff.

eine liberalisierende Organisation, sondern Sorge auch für soziale Sicherheit. Sie ersetze in Polanyis Modell der Doppelbewegung den liberalen Staat des 19. Jahrhunderts, der als staatlicher Akteur sowohl der Bewegung als auch der Gegenbewegung beigetragen hatte.⁵⁶ Die sozialen Rechte, die sich auf europäischer Ebene aus Entscheidungen des EuGH abgezeichnet haben, führen zu einem unionsstaatlichen statt nationalstaatlichen Sozialrechtsstandard. Europa könne sich zu einem Begründer einer europäischen Zivilgesellschaft entwickeln.

2. ERGEBNISSE DIESER DOPPELBEWEGUNG

Die Sozialpolitik, die bislang zustande kam, stellt noch kein gänzlich neues europäisches Sozialrecht dar. Vielmehr bestehe sie aus Entscheidungen des EuGH die mit sozialpolitischem Inhalt eingefloßt wurden. Dies spiegele sich auch bei den nichtstaatlichen Akteuren wieder, die, um ihre Rechte zu wahren, ihre Anliegen nicht mehr überwiegend an Institutionen auf nationalstaatlicher Ebene, sondern immer öfter unmittelbar an europäische Institutionen richten.⁵⁷

Die Globalisierung führt durch die freie Weltwirtschaft zu größerem internationalen Wettbewerb und drängt Staaten, um wettbewerbsfähiger sein zu können, dazu Kosten zu sparen. Da der entbettete Markt nur eine Fiktion darstellt, bleibt die Gegenbewegung zu der Bewegung, der Globalisierung, nicht aus. Während die Nationalstaaten versuchen dem Druck der Globalisierung stand zu halten, trete die EU ihr sublim durch richterrechtliches Sozialrecht entgegen.

3. ZWISCHENERGEBNIS

Die These von Caporaso und Tarrow, dass der EuGH mit sozialpolitisch behaftetem Richterrecht der Bewegung angehört, scheint bereits auf dem ersten Blick gewagt zu sein. Selbst die Fälle, auf denen sie ihre Argumentation aufbauen, halten bei genauerer Betrachtung der angeblichen richterrechtlichen Entkopplung der Grundfreiheiten von der ökonomischen Ebene nicht stand und weisen auf, dass der sozialpolitische Inhalt allenfalls ein Anhängsel der ökonomischen Ebene darstellt und die EU somit eindeutig der Bewegung zugehörig ist. Richtig erkannt haben Caporaso und Tarrow, dass der EuGH bei seinen Entscheidungen auch sozialpolitische Erwägungen miteinfließen lassen hat. Jedoch zielt der EuGH bei seinen Entscheidungen primär auf die wirtschaftliche Effizienzoptimierung ab, bei der die sozialpolitischen Erwägungen lediglich nebensächlich sind. Die von Caporaso und Tarrow aufgelisteten Fälle stellen dies, ganz zum Gegensatz ihrer Auffassung, unmissverständlich dar. Bei dem Beispielsfall der zweiten Phase erkennen sie erst gar nicht wie der EuGH das nationalstaatliche Solidaritätsprinzips torpediert und bei dem ersten Beispielsfall aus der dritten Phase spielen sie das Ausmaß herunter, indem sie auf eine angebliche europäische Solidarität hinweisen. Solidarität beruht auf Wechselseitigkeit von Rechten und Pflichten. Diese ist solange nicht gegeben, wie sich das Anspruchsrecht durch europäische Grundfreiheiten ergibt, die Kosten jedoch auf nationalstaatlicher Ebene gedeckt werden. Bei den nächsten beiden Beispielsfällen der dritten Phase, hinsichtlich der europäischen Familienrechte, missverstehen sie die Meinung Cornelissens, der ich mich ebenfalls anschließe, auf

⁵⁶ Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 17.

⁵⁷ Caporaso/Tarrow 2008 (supra fn. 3) S. 18.

ganzer Linie. Nach Cornelissen ist die Familie in die Wirtschaft eingebettet und nicht umgekehrt. Das heißt die Familie stellt allenfalls ein Anhängsel der Wirtschaft dar. Zudem schlussfolgert er, dass nicht erkenntlich ist, ob die sozialen Erwägungen eine rechtliche Grundlage bilden. Selbst nach kurzzeitiger Auseinandersetzung mit der Dynamik der Doppelbewegung kommt unverkennbar zum Vorschein, dass Akteure, die die Gesellschaft als Anhängsel zur Wirtschaft erachten und so behandeln, der Bewegung zuzuordnen sind und nicht der Gegenbewegung. Auch bei dem Fall C-60/00 zu dem Casparo und Tarrow meinen, dass man sich über soziale Beziehungen auf Grundfreiheiten berufen könne, wird deutlich, dass sie die Gewichtung des EuGH verkennen. Die soziale Beziehung dient auch hier lediglich als Anhängsel, dass von der wirtschaftlichen Dienstleistungsfreiheit gebraucht wird um sich grundrechtswahrend entfalten zu können. In diesem wie auch in allen weiteren Fällen mit sozialpolitischem Bezug stehen die ökonomischen Faktoren im Zentrum der Entscheidungsbegründung und wirken sich dabei auf den sozialpolitischen Inhalt aus. Würde die Europäische Union mit ihren Institutionen der Bewegung angehören, so wäre dies genau umgekehrt. Im letzten Beispielfall aus der dritten Phase schenken Caporaso und Tarrow der Urteilsbegründung nicht die erforderliche Aufmerksamkeit, sodass sie der Maßgabe der finanziellen Selbstversorgung des EuGH keine Erwägung schenken. Ohne diese essenzielle Erwägung könnte man durchaus schlussfolgern, dass die Grundfreiheitsausübung von der Wirtschaft entkoppelt anerkannt wurde. Jedoch ist in dem Fall ein auf der Dienstleistungsfreiheit beruhendes Aufenthaltsrecht vom EuGH abgelehnt worden, da „nach Artikel 4 Absatz 2 Unterabsatz 1 der Richtlinie 73/148 das Aufenthaltsrecht des Leistungsempfängers im Rahmen des freien Dienstleistungsverkehrs der Dauer der betreffenden Leistung entspricht.“⁵⁸ Stattdessen stützt sich das Aufenthaltsrecht über Artikel 18 Absatz 1 EG und Artikel 1 Absatz 1 der Richtlinie 90/364 EWG auf die Unionsbürgerschaft, indem es sie mit dem Diskriminierungsverbot verknüpft.⁵⁹ Seit dem Vertrag von Lissabon ist die Unionsbürgerschaft in den Artikeln 20 ff. AEUV gefestigt worden und trägt grundfreiheitsunabhängige Rechte und Pflichten mit sich. Auch die Freizügigkeitsausübung erlangte nach den Entscheidungen Grzelczyk⁶⁰ und Trojani⁶¹ durch die Richtlinie 2004/38/EG Neuerungen. Wo der EuGH in den Entscheidungen Grzelczyk und Trojani noch den Ärmsten der Armen unionsbürgerlichen Schutz zusprach, ruderte die Richtlinie wieder ein Stück zurück.⁶² Nach Art. 20 Abs. 2, Art. 21 AEUV ist die Freizügigkeitsausübung zwar unabhängig eines wirtschaftlichen Kontextes möglich, jedoch nur unter der Maßgabe ausreichender Existenzmittel des drittstaats-

⁵⁸ CJEU of 19.10.2004, *Zhu & Chen/Secretary of State*, C-200/02, ECLI:EU:C:2004:639, para 23.

⁵⁹ D. Steiger, 'Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primär-rechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie', 3 EuR 2018, S. 269 (306 ff.).

⁶⁰ CJEU of 20.9.2001, *Grzelczyk/Centre public*, C-184/99, ECLI:EU:C:2001:458.

⁶¹ CJEU of 7.9.2004, *Trojani/Centre public*, C-456/02, ECLI:EU:C:2004:488.

⁶² T. Kingreen, 'In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen', 21 NVwZ 2015, S. 1473 (1503, 1504).

angehörigen Verwandten in aufsteigender Linie.⁶³ Diese Freizügigkeitsausübung wurde laut Rechtsprechung des EuGH in dem Ausnahmefall einer sonst entstehenden Kernbereichsverletzung der Unionsbürgerschaft sogar unabhängig von Mobilitätsförderung anerkannt.⁶⁴ Jedoch bleibt abgesehen von der Ausnahme dieser Kernbereichsverletzung die Mobilitätsförderung noch immer Hauptaugenmerk der Freizügigkeitsausübung. So gewährte der EuGH in neueren Fällen⁶⁵ den Sozialbehörden der Mitgliedsstaaten die Möglichkeit nichterwerbstätige Unionsbürger sozialrechtlich ungleich zu behandeln. Unionsbürger werden dadurch wieder verstärkt auf ihre Funktion im Binnenmarkt reduziert und genießen keinen völlig marktgesellschaftlich unabhängigen sozialen Schutz.⁶⁶ Die Grundfreiheiten wiederum trennen, eingebettet im wirtschaftlichen Kontext, das Erbringen von sozialen Pflichten von dem Genuss sozialer Rechte. Je weniger die sozialen Pflichten desto geringer die gesellschaftliche Wechselseitigkeit und Umverteilung. Die EU als solidarische Sozialunion bleibt so in weiter Ferne.

E. SOZIALE RECHTE NUR UNTERDIMENSION DER INTEGRATION DURCH RECHT?

Im Rahmen der Diskussion, in wie weit die EU mit ihren Institutionen Anfänge eines europäischen Sozialrechts schafft, haben sich Martin Höpner und Armin Schäfer mit ihrem Artikel „Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting“ eingeschaltet. Für sie stellen soziale Rechte auf europäischer Ebene lediglich eine Unterdimension der Integration durch Recht dar. Im Folgenden erläutere ich wie sie zu dieser Auffassung gelangen und wie Entscheidungen des EuGH das Sozialdumping bekräftigen.

I. Die Heterogenität als Verstärker der Integrationsformen

Martin Höpner und Armin Schäfer unterscheiden die wirtschaftliche und soziale Integration auf europäischer Ebene in drei Dimensionen: Die marktgestaltende Integration, die marktschaffende Integration und den europäischen Antidiskriminierungsraum. Die Reichweite und Geschwindigkeit der durch die jeweilige Dimension erreichten Integration fällt unterschiedlich aus. Diese asymmetrische Integrationsentwicklung liegt vor allem an der Heterogenität der Mitgliedstaaten.

⁶³ CJEU of 8.3.2011, *Zambrano/Office nacional de l'emploi*, C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124, para 35.

⁶⁴ M. Nettesheim, 'Der »Kernbereich« der Unionsbürgerschaft - vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds', 21 JZ 2011, S. 1030 (1030 f.); F. Schweiber, 'Bereichsspezifische Begrenzung des sozialen Gehalts der Unionsbürgerschaft oder „Rückkehr zum Marktbürger“? Zur jüngeren Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten beim Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen im Aufenthaltsstaat', 22 NZS 2016, S. 841 (847 f.).

⁶⁵ CJEU of 11.11.2014, *Jobcenter Leipzig/Dano*, C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358; CJEU of 15.9.2015, *Alimanovic/Jobcenter Berlin*, C-67/14, ECLI:EU:C:2015:597.

⁶⁶ *Kingreen* 2015 (supra fn. 62) S. 1504.

1. WIRTSCHAFTLICHE UND INSTITUTIONELLE UNTERSCHIEDE INNERHALB DER EU

Die nunmehr 27 Mitgliedsstaaten unterscheiden sich im Vergleich zu den 6 Gründungsmitgliedern um ein Vielfaches. Große Unterschiede sind nicht nur beim Wohlstandsniveau, gemessen am Bruttoinlandsprodukt pro Kopf, zu finden, sondern auch auf institutioneller Ebene, der Konstruktionsweise und Größe der Wohlfahrtsstaaten. Die Summe der Einnahmen aus Steuern- und Sozialabgaben, in Prozent des Bruttoinlandsprodukts, sowie die Summe aller Sozialschutzausgaben, ebenfalls gemessen in Prozent des Bruttoinlandsprodukts, fällt bei den Ländern der Osterweiterung deutlich geringer aus. Diese Differenz liegt hauptsächlich an den verschiedenen Verteilungsmodellen der Mitgliedsstaaten.⁶⁷ Während liberale Marktwirtschaften von der durch minimale Einflussnahme erreichten wirtschaftlichen Gewinnmaximierung profitieren, begründen koordinierte Marktwirtschaften ihre wirtschaftlichen Vorteile durch den sozialen Ausgleich, die soziale Sicherung und das staatlich gelenkte institutionelle Korrigieren und Ergänzen des freien Marktes.⁶⁸ Diese Unterschiede spiegeln sich ebenfalls bei der Organisationsquote von Arbeitgeberverbänden und dem Deckungsgrad von Tarifverträgen wieder, welche bei den Ländern der Osterweiterung jeweils deutlich niedriger ausfallen. Des Weiteren besteht bei den skandinavischen Ländern eine atypisch hohe Organisationsquote der Gewerkschaften.⁶⁹

2. KONSEQUENZEN DER HETEROGENITÄT

Durch die gestiegene Heterogenität verfestigt sich zudem die von Scharpf als Politikverflechtungsfälle bezeichnete Blockadeanfälligkeit des Mehrebenensystems der Europäischen Union. Die Politikverflechtungsfälle kommt bei einem föderalen Staatswesen mit starker Verzahnung der Aufgabengebiete von Zentralstaat und Ländern zustande.⁷⁰ Ein heterogenes föderales System führt demnach zu noch ineffizienteren Entscheidungen und versperrt sich selbst, durch ihre Heterogenität, die Möglichkeit das System von einer Blockade zu befreien.

II. Die Dynamik der positiven und negativen Integration

Auf diese Dynamik hat Scharpf bereits mehrfach in seinen Artikeln zu dem asymmetrischen Entwicklungsfortschritt der negativen und positiven Integration hingewiesen.⁷¹ Die negative Integration führt durch die Beseitigung von

⁶⁷ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 436 ff.

⁶⁸ F. W. Scharpf, 'Economic integration, democracy and the welfare state', 4-1 JEPP 1997, S. 18 (27 ff.).

⁶⁹ R. J. Franzese Jr. / P. A. Hall, 'Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion als Work in Progress', in: M. Höpner / A. Schäfer (eds), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Band 61, MPIfG: Frankfurt/New York 2008, S. 407 (412).

⁷⁰ F. W. Scharpf, 'Die Politikverflechtungsfälle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich', 26-4 PVZ 1985, S. 323 (324f., 342); F. W. Scharpf, 'The S. Joint-Decision Trap Revisited', 44-4 JCMS 2006, S. 845 (855 ff.).

⁷¹ F. W. Scharpf, 'The double asymmetry of European integration – Or: Why the EU cannot be a social market economy', MPIfG 2009, 7; Scharpf 2006 (supra fn. 70), S. 854; F. W. Scharpf, 'Negative und positive Integration', in: M. Höpner / A. Schäfer (eds), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 61 Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesell-

zwischenstaatlichen Handelsbeschränkungen und Behinderungen des freien Wettbewerbs zu der Errichtung eines integrierten Marktes. Die positive Integration umfasst alle Maßnahmen und Entscheidungen, die auf der supranationalen Ebene zur Etablierung und dem Ausbau von wirtschaftspolitischen und regulativen Kompetenzen führen.⁷² Während die negative Integration ausschließlich „marktschaffende“ Entscheidungen beinhaltet, umfasst die positive Integration sowohl „marktkorrigierende“ als auch „marktschaffende“ Interventionen. Die positive Integration findet durch die politische Integration statt, die negative Integration aufgrund der Politikverflechtungsfalle verstärkt durch die Integration durch Recht.⁷³

In konkretem Bezug auf die EU betrifft die negative Integration die Vollendung eines gemeinsamen europäischen Binnenmarktes und die positive Integration die gemeinsame politische Gestaltung der EU. Im Folgenden wird dargestellt, wie Höpner und Schäfer anhand der drei Dimensionen erläutern, wie und weshalb die politische Integration im Vergleich zur Integration durch Recht zurückbleibt und welche Folgen dies für die Europäische Union hat.

III. Die marktgestaltende Dimension

Unter die erste der von Höpner und Schäfer aufgelisteten Dimensionen, der marktgestaltenden Dimension, fallen größtenteils politische Entscheidungen der positiven Integration. Diese sind im Bereich der Sozialpolitik hauptsächlich auf die wenigen legislativen Kompetenzen der EU beschränkt, namentlich auf die europäische Gleichstellungspolitik, Beschäftigungspolitik und begrenzt bei den sozialen Rechten von europäischen Arbeitnehmern.

Darüber hinausgehende sozialrechtliche Kompetenzen sind auf EU-Rechtsebene bislang nicht entstanden. Deren Entwicklung ist derzeit aufgrund der Dynamik der politischen Integration und der anhaltenden Starre der Politikverflechtungsfalle sehr unwahrscheinlich oder allenfalls graduell bis schleppend vorstellbar.

Auf EU-Ebene haben daher im sozialpolitischen Bereich weiche Koordinierungsformen von den Regierungen stärkeren Rückhalt erhalten als das europäische legislative Hard Law. Der Vertrag von Amsterdam schaffte sodann die gesetzliche Grundlage für die „Offene Methode der Koordinierung“. Die offene Koordinierungsmethode besteht aus gegenseitigem Austausch und Zusammenarbeit an periodischen Zielen und Leitlinien Reformprozesse durch gemeinsame Erkenntnisse bestärkender und vereinfachender anzuregen.⁷⁴ Da sowohl das Europäische Parlament als auch der EuGH bei dieser Form der gemeinsamen Gestaltung der EU ausgeschlossen ist, beruht sie ausschließlich auf der freiwilligen Mitarbeit der Mitgliedsstaaten und ist durch eine fehlende Sanktionsfunktion rechtlich unverbindlich. Die Literatur ist sich weitgehend uneinig wie ertragreich die OMK letztlich ist, da sie aufgrund der fehlenden

schaftsforschung Köln, MPIfG: Frankfurt/New York 2008, S. 49 (49 ff.).

⁷² J. Pinder, 'Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EE', 24-3 *The World Today* – Mar 1 1968, S. 88 (90 ff.); *Scharpf* 1997 (supra fn. 68), S. 50 f.

⁷³ *Scharpf* (2009, supra fn. 73) S. 13.

⁷⁴ M. Höpner / A. Schäfer, 'Grenzen der Integration - wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird', 33-1 *Integration* 2010, S. 3 (12 f.).

Durchsetzungskraft teils nur zu Lippenbekenntnissen führt, jedoch gerade deshalb auf europäischer Ebene auch neue sozialpolitische Bereiche zumindest angesprochen werden.⁷⁵ Aus diesen Gründen erhält sie im Vergleich zu bedeutenden Urteilen des EuGH auch eine geringere Wahrnehmung in der europaweiten Öffentlichkeit. Grundsätzlich zielt sie auf eine bessere Beschäftigungsrate ab und führt daher nicht zu gestiegenen Gehältern oder einer deutlich verbesserten Einbindung der Sozialpartner, wie den Gewerkschaften und Industrieverbänden. Dies führt zu einer stärkeren Vermarktung der fiktiven Güter und der Entbettung des Marktes.

Eine weitere Form der marktgestaltenden Integration stellt der soziale Dialog dar. Der soziale Dialog hatte, mit der durch den Vertrag von Maastricht für Sozialpartner eröffneten Möglichkeit Richtlinienvorschläge einzureichen, in den 90er Jahren zu der Verabschiedung von mehreren sogenannten Sozialpartner-Richtlinien geführt. Der fruchtende Gebrauch dieser Form des sozialen Dialogs ist durch die angestiegene Heterogenität für Sozialpartner wie Gewerkschaften und Industrieverbände deutlich zurückgegangen, sodass andere Sozialpartner, insbesondere Arbeitnehmerverbände, sich nunmehr vermehrt auf die OMK ähnlichen Koordinierungsmethoden des sozialen Dialogs umgestellt haben.

Die Formen der marktgestaltenden Integration haben sich durch die angestiegene Heterogenität der Mitgliedsstaaten der Europäischen Union vom legislativen Europarecht zunehmend auf unverbindliche Koordinierungsmethoden geändert.

IV. Die marktschaffende Dimension

Die zweite Dimension, die marktschaffende, profitiert von den Umständen, die die positive Integration erschweren. Während auf legislativer Ebene durch die Politikverflechtungsfälle die vorausgesetzten Abstimmungserfordernisse selten erfüllt werden können, erreicht die Integration durch Recht auf der marktschaffenden Dimension durch die Eigenermächtigung des EuGH und der Erschließung neuer Anwendungsbereiche eine fortwährende Erweiterung. Diese asymmetrische Dynamik hat aufgrund der durch die Osterweiterung angestiegenen Heterogenität der Mitgliedsstaaten an Disproportionalität gewonnen.⁷⁶

Dies ist aus zwei Gründen der Fall. Erstens führt die größere Heterogenität zu mehr Fällen, welche die Integration durch Recht vorantreiben. Aufgrund des höheren Konfliktpotentials heterogener Mitgliedsstaaten werden diese Fälle dem EuGH vermehrt vorgelegt, sodass Europarecht in Bereichen angewendet wird, die sonst vorerst nicht erschlossen worden wären. Zweitens verringert die Heterogenität die Wahrscheinlichkeit, dass die Mitgliedsstaaten gemeinsam und koordiniert Urteilen des EuGH politisch entgegenwirken. Insbesondere im Bereich des Sozialschutzes ist das Einstimmigkeitserfordernis eine hohe Hürde, die nur schwierig überwunden werden kann. Daher kann die Integration durch Recht voranschreiten, während legislatives europäisches Sozialrecht sich fast gänzlich im Stillstand befindet.⁷⁷

Mit dem Anwendungsvorrang und der unmittelbaren Geltung von Europarecht

⁷⁵ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 439 ff.

⁷⁶ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 438, 441.

⁷⁷ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 445; Höpner/Schäfer 2010 (supra fn. 74), S. 9.

konnte der EuGH über die Grundfreiheiten staatsnahe Firmen und Private in den Binnenmarkt einbinden, deren Einbindung ursprünglich nicht explizit vorgesehen gewesen ist. Auch das Prinzip, auf das die Wahrung der Grundfreiheiten abzielt, hat sich durch die Leitentscheidungen des EuGH, *Dassonville*, *Cassis de Dijon* und *Keck*,⁷⁸ von dem des diskriminierungsfreien Zugangs zum Binnenmarkt zu dem der Nichteinschränkung gewandelt. Dadurch sind Marktteilnehmer aus anderen Mitgliedsstaaten nicht nur diskriminierungsfrei gleich zu behandeln, sondern ihnen ist der Marktzugang, inklusive Anerkenntnis produktbezogener Regelungen ihres Herkunftslandes, zu gewähren. Da Privatpersonen durch die horizontale Wirkung der Grundfreiheiten mit eingeschlossen sind, haben Sozialpartner diese ebenfalls zu beachten. Somit wirken sich marktschaffende Entscheidungen des EuGH indirekt auch auf den sozialen Rahmen aus, den Sozialpartner auf nationalstaatlicher Ebene schaffen. Folglich sind nicht nur die Sozialpartner, die als nichtstaatliche Akteure im polanyischen Modell der Doppelbewegung der Gegenbewegung zugehören, sondern auch die Gegenbewegung selbst durch marktschaffendes europäisches Richterrecht eingeschränkt. Dies möchte ich anhand der zwei folgenreichen Entscheidungen des EuGH, *Viking*⁷⁹ und *Laval*,⁸⁰ schildern. Zunächst kommen wir jedoch vorerst noch zu der dritten Dimension, der Schaffung eines europäischen Antidiskriminierungsraums.

V. Der europäische Antidiskriminierungsraum

Die von Höpner und Schäfer genannte dritte Dimension der Integration ist die Errichtung eines europäischen Antidiskriminierungsraums. Dabei wurden sowohl über die politische Integration als auch über die Integration durch Recht Individualrechte gestärkt. Auch wenn die vier Antidiskriminierungsrichtlinien Anfang der 2000er Jahre⁸¹ maßgeblich für den Ausbau von Schutz vor Diskriminierung in vielen Mitgliedsstaaten gewesen sind, ist der richterrechtliche Anteil an der Schaffung des europäischen Antidiskriminierungsraums nicht weniger bedeutsam.

1. EIN FREIER ABER FAIRER MARKT

Die durch den Antidiskriminierungsraum geschaffenen Individualrechte sind in zwei Gruppen zu unterteilen. Einmal zu solchen Rechten, die Menschen vor jeglicher Ungleichbehandlung schützen sollen und zu solchen Rechten, die Unionsbürgern einen diskriminierungsfreien Zugang zu dem Sozialstaatswesen

⁷⁸ CJEU of 11.7.1974, *Dassonville*, C-8/74, ECLI:EU:C:1974:82; CJEU of 20.2.1979, *Cassis de Dijon*, C-120/78, ECLI:EU:C:1979:42; CJEU of 24.11.1993, *Keck*, C-267/91 and C-268/91, ECLI:EU:C:1993:905.

⁷⁹ CJEU of 11.12.2007, *Viking*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772.

⁸⁰ CJEU of 18.12.2007, *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809.

⁸¹ Council Dir. 2000/43/EC of 29 June 2000 implementing the principle of equal treatment between persons irrespective of racial or ethnic origin, EC OJ L-180, S. 22-26; Council Dir. 2000/78/EC of 27 November 2000 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation, OJ 303, S. 16-22; Council Dir. 2004/113/EC of 13 December 2004 implementing the principle of equal treatment between men and women in the access to and supply of goods and services, OJ 373, S. 37-43.

europäischer Mitgliedsstaaten gewährleisten. Während die ersteren Rechte einen freien aber fairen europäischen Binnenmarkt schaffen sollen, betrifft die zweite Gruppe von Individualrechten das Kernargument von Caporaso und Tarrow, weshalb die Europäische Union durch die Schaffung von europäischen individuellen sozialen Rechten als Teil der Bewegung den europäischen Binnenmarkt einzubetten versucht. Diese sozialen Individualrechte hat der EuGH geschaffen, indem er das Recht auf Freizügigkeit aus Art. 21 AEUV mit dem Diskriminierungsverbot aus Art. 18 AEUV gekoppelt hat.⁸²

2. DER WANDEL VOM MARKTBÜRGER ZUM UNIONSBÜRGER

Aus dieser richterrechtlichen Primärrechtsfortentwicklung hat sich der Marktbürger zum Unionsbürger gewandelt und konnte soziale Rechte wahrnehmen, ohne sich auf seine Arbeitnehmerfreizügigkeit zu berufen.⁸³ In diesem von ökonomischer Aktivität entkoppelten Zugang zum Sozialwesen der Mitgliedstaaten haben Caporaso und Tarrow das Entstehen europäischen Sozialrechts erkannt. Der EuGH stärkt die sozialen Rechte seiner Unionsbürger und trägt auf diese Weise der Einbettung des Marktes bei. Auch wenn Caporaso und Tarrow in der Rechtsprechung des EuGH zu Recht die Stärkung sozialer Rechte erkannt haben, verkennen sie jedoch die Bedeutung der solidarischen Wechselseitigkeit von sozialen Rechten und Pflichten. Dadurch, dass der EuGH Unionsbürgern das Recht zuspricht Zugang zum Sozialwesen europäischer Mitgliedsstaaten zu erhalten, ohne selbst einen Beitrag leisten zu müssen und somit soziale Rechte von Pflichten ablöst, verstärkt er den Druck auf das Sozialstaatswesen der Mitgliedstaaten. Ein auf solidarischer Umverteilung beruhender Sozialstaat ist ein der Einbettung des Marktes äußerst dienliches wie auch wichtiges Instrument und kann nur durch die Wechselseitigkeit von sozialen Rechten und Pflichten bestehen. Wenn der EuGH, wie Caporaso und Tarrow richtig erkannt haben, durch seine Entscheidungen soziale Rechte von Pflichten trennt, bewirkt dies mitnichten die Einbettung des Marktes. Viel eher trägt der Anschein dieser falschen europäischen Solidarität einen Beitrag zur negativen Politisierung bei, der die Kluft zwischen den sozialen Gruppen vergrößert.⁸⁴ Wenn die unter Druck geratenen Wohlfahrtsstaaten Alternativen in der Sparpolitik suchen und sich der soziale Schutz infolgedessen auf nationaler Ebene verringert, finden die sozial Schwachen als große Verlierer ihren Schuldigen mit Leichtigkeit in Brüssel.

VI. Das Sozialdumping unter dem Schutz der Grundfreiheiten

Der EuGH hat durch seine Rechtsprechung nicht nur die Solidarität der sozialen Umverteilung untergraben, sondern durch die Entscheidungen Viking und Laval auch den durch Tarifverträge und Gewerkschaften gewährleisteten sozialen Schutz torpediert. Bei den Fällen Viking und Laval hat der EuGH die

⁸² Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 445; Höpner/Schäfer 2010 (supra fn. 74), S. 16; Schreiber 2016 (supra fn. 64), S. 847; Steiger 2018 (supra fn. 59), S. 306 ff.

⁸³ Höpner/Schäfer 2010 (supra fn. 74), S. 18.

⁸⁴ Höpner/Schäfer 2010 (supra fn. 74), S. 3 f.

kollektiven Maßnahmen, die die Gewerkschaften aufgrund des Kampfes gegen Sozialdumping ergriffen hatten, als europarechtswidrig beurteilt.

1. DER FALL VIKING UND DIE NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

Bei dem Fall Viking ging es um ein Schiff, das aus Kostengründen von Finnland nach Estland ausgeflaggt werden sollte. Laut der koordinierten Billigflaggen-Strategie gegen Sozialdumping durch Ausflaggung der Internationalen Transportarbeiter-Föderation, ein globaler Gewerkschaftsverband, ist das Herkunftsland des wirtschaftlichen Eigentümers eines Schiffes und nicht ihre Nationalflagge dafür maßgeblich, welche Gewerkschaft sich an der Tarifverhandlung beteiligen darf. Daher bestand die finnische, mit Unterstützung der estnischen Gewerkschaft, darauf die Tarifvereinbarungen zu treffen und drohte an anderenfalls kollektive Maßnahmen durchzuführen. Da Viking durch die Ausflaggung erreichen wollte, dass Lohnkosten gesenkt werden können, da das Schiff ansonsten drohte von den konkurrierenden estnischen Schiffen vom Markt verdrängt zu werden, verweigerte sie die Verhandlung mit der finnischen Gewerkschaft und eröffnete einen Rechtsstreit. Dieser wurde dem EuGH zur Vorabentscheidung vorgelegt. Der EuGH erkannte zwar das Ergreifen von kollektiven Maßnahmen als Grundrecht an, legte Art. 43 jedoch dahingehend aus, dass diese die sich in Kollision befindliche Niederlassungsfreiheit nicht beschränken dürfen.⁸⁵

2. DER FALL LAVAL UND DIE DIENSTLEISTUNGSFREIHEIT

Der Fall Laval betraf ebenfalls kollektive Maßnahmen, die gegen die lettische Firma Laval getroffen worden sind, damit diese für ihre an der Baustelle einer schwedischen Schule tätigen lettischen Arbeitnehmer einen Anschlussarbeitsvertrag auf schwedischem Vergütungsniveau abschließt. Die Firma Laval schloss stattdessen einen Tarifvertrag mit einer lettischen Gewerkschaft ab, woraufhin die schwedische Gewerkschaft mit der kollektiven Maßnahme einer Baustellenblockade antwortete und sich durch Solidaritätsmaßnahmen von anderen schwedischen Gewerkschaften unterstützen ließ. Der EuGH erkannte auch in diesem Fall kollektive Maßnahmen als Grundrecht an. Im Gegensatz zum Fall Viking sah aufgrund der durch die kollektiven Maßnahmen beschränkten Dienstleistungsfreiheit nicht nur europäisches Primärrecht verletzt,⁸⁶ sondern, indem es der EU-Entsenderichtlinie 96/71/EG entgegenstand, auch europäisches Sekundärrecht.

3. DIE ENTSENDERICHTLINIE 96/71

Der EuGH legt die Entsenderichtlinie so stark restriktiv aus, dass er den in Art. 3 Abs. 1 c) zugesicherten Mindestlohn zugleich als Mindest- wie auch Höchstgrenze verstand. Die durch Art. 3 Abs. 7 eingeräumten günstigeren Beschäftigungs- und Arbeitsbedingungen werden als optionales Kannrecht gedeutet, dessen Ausübung

⁸⁵ CJEU of 11.12.2007, *Viking*, C-438/05, ECLI:EU:C:2007:772, para 73 f., 90; F. Biltgen, 'Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten des Arbeitslebens, Unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Sozialcharta', 20 NZR 2016, S. 1245 (1248).

⁸⁶ CJEU of 18.12.2007, *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, para 99, 108 ff.

nicht vorgeschrieben werden darf, da „[...] eine derartige Auslegung darauf hinaus[liefe], der genannten Richtlinie ihre praktische Wirksamkeit zu nehmen.“⁸⁷ Zudem wurde das arbeitsrechtliche Territorialprinzip von dem Herkunftslandprinzip verdrängt.⁸⁸ Diese Reinterpretation nahm der Entsenderichtlinie den sozialen Fahrtwind aus den Flügeln über einen europaweiten Mindestlohn sozialen Schutz an entsendete Arbeitnehmer zu gewähren und den Arbeitsmarkt der koordinierten Marktwirtschaften der Europäischen Union von dem Wettbewerbsdruck der liberaleren Niedriglohnländer zu entlasten.⁸⁹

4. DIE UMSETZUNG DER ÄNDERUNGSRICHTLINIE 2018/957

Die Arbeitnehmer-Entsenderichtlinie 96/71/EG ist durch die Änderungsrichtlinie (EU) 2018/957 in einigen Bereichen nicht unerheblich geändert worden. Die Umsetzung der Änderungsrichtlinie ist mit der Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes (AEntgG) in Deutschland fristgerecht erfolgt und am 30.07.2020 in Kraft getreten.⁹⁰ Im Folgenden wird aufgeführt inwieweit sich die Regelungen für Wanderarbeitnehmer in Deutschland nunmehr geändert haben und welche Auswirkung auf das Sozialdumping prognostiziert werden kann. Die wichtigsten Neuerungen der Umsetzung sind die abgeänderte Begrifflichkeit für den Vergütungsrahmen und der erweiterte Anwendungsbereich.⁹¹ Das Ziel lautet „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“. Eine hierfür wichtige Änderung ist, dass der Begriff „Mindestentgeltsätze“ mit dem Begriff „Entlohnung“ ersetzt wurde. Versendete Arbeitnehmer sind somit unter bestimmten Bedingungen Langzeitangestellten in Bezug auf die anwendbaren Entlohnungsvorschriften gleichgestellt. Dass diese wichtige Entscheidung auf politischer, marktgestaltender Ebene getroffen werden konnte, ist überraschend. Die restriktive Auslegung des Begriffs „Mindestentgeltsätze“ des EuGHs aus dem Fall *Laval* ist durch die Umsetzung aufgehoben. Dem Unterlaufen des Mindestlohns von Leiharbeitsfirmen durch Aufrechnung von Entsendekosten wurde ebenfalls ein Ende gesetzt, indem auch die Entscheidung des EuGHs aus dem *Sähköalojen* Urteil⁹² mit umgesetzt wurde. Erstmals erkannte der EuGH die Festlegung der Höhe von Mindestlöhnen als zulässiges Mittel für die Sicherstellung lauterer Wettbewerbs an.⁹³ Des Weiteren finden nunmehr auch die Vorschriften von bundesweiten Tarifverträgen auf entsendete Arbeitnehmer Anwendung. Zuvor ist dieser Anwendungsbereich nur auf das Baugewerbe begrenzt gewesen.⁹⁴ Zentrale Arbeitsbedingungen sind meistens tarifautonom gestaltet. Arbeits-

⁸⁷ CJEU of 18.12.2007, *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, para 80.

⁸⁸ *Höpner/Schäfer* 2010 (supra fn. 74), S. 10.

⁸⁹ *Höpner/Schäfer* 2012 (supra fn. 13), S. 438.

⁹⁰ *M. Franzen*, ‘Das geänderte Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)’, 1 *EuZA* 2021, S. 3 (5); *C. Picker*, ‘Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie: Mehr als (nur) Transparenz wagen’, 2 *ZEuP* 2020, S. 305 (306).

⁹¹ *B. Braun*, ‘Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957’, 32-33 *BB* 2020, S. 1780 (1780).

⁹² CJEU of 12.2.2015, *Sähköalojen*, C-396/13, ECLI:EU:C:2015:86, para 72.

⁹³ *R. Zimmer*, ‘Arbeitnehmerentsendung in Europa nach Revision der Entsenderichtlinie 2018 (Teil I) Grundsätzliche Änderungen und Paradigmenwechsel bei der Entlohnung’, 10 *ZES-AR* 2020, S. 403 (407).

⁹⁴ *Franzen* 2021 (supra fn. 90), S. 9; *Braun* 2020 (supra fn. 91), S. 1781.

bedingungen aus regional ausgehandelten Tarifverträgen sind nach der Umsetzung nicht mit in den Anwendungsbereich aufgenommen. Dies sei in der Änderungsrichtlinie ebenfalls gefordert gewesen und daher europarechtswidrig umgesetzt worden.⁹⁵ Hier besteht noch Nachbesserungsbedarf.

Bei Langzeitentsendungen gelten, wenige Ausnahmen ausgenommen, für die entsendeten Arbeitnehmer ab 12 oder, nach Verlängerung, 18 Monaten, sämtliche gesetzlich vorgeschriebene und in für allgemeinverbindlich erklärten Tarifverträgen ausgehandelte Arbeitsbedingungen. Die Regelungen des Aufnahmestaates gelten nur, wenn sie für den entsendeten Arbeitnehmer vorteilhafter sind als die seines Herkunftsstaates. Diese Gleichbehandlung ist für die Mitgliedsstaaten bislang nur optional gewesen. Bei Nichtvorhandensein allgemeinverbindlich geltender Tarifverträge finden die Arbeitsbedingungen auf entsendete Arbeitnehmer weiterhin keine Anwendung.⁹⁶ In Deutschland sind allgemeinverbindlich geltende Tarifverträge nur in wenigen Branchen verbreitet. Die Umsetzung der Änderungsrichtlinie dürfte somit am Beispiel Deutschlands in diesem Kontext nicht allzu viel ändern.⁹⁷ Das Ziel, „gleicher Lohn für gleiche Arbeit am gleichen Ort“, ist daher noch immer nicht vollständig erreicht. Auf europäischer Ebene ist es interessant, ob auch die branchenbezogene Entgeltzahlungsermittlung Anwendung findet.

Gegen die Änderungsrichtlinie haben Ungarn und Polen Klage erhoben. Sie beriefen sich auf die Nichtigkeit der Änderungs-RL, da sie auf der falschen Ermächtigungsgrundlage beruhe, die Kompetenzen der EU überschreite, gegen die Dienstleistungsfreiheit und ROM I-VO verstoße. Dabei beziehen sich beide Klagen stark darauf, dass ein fairer Markt für Niedriglohnländer nur weiterhin Bestand haben kann, wenn diese auch ihre komparativen Lohnpreisvorteile benützen und in Einsatz bringen dürfen. Der EuGH wies die Klagen zurück. Dem EuGH zufolge finde die Einschränkung ihre Rechtfertigung durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses. Hierbei herangezogen wurde der Gleichstellungsansatz, also die Pflicht zum sozialen Schutz und zur sozialen Sicherheit.⁹⁸ Der Unionsgesetzgeber genießt zu der Verfolgung von Allgemeininteressen einen weiten Ermessensspielraum.⁹⁹ Der in die Auslegung mit einzubeziehende Artikel 9 AEUV gebiete dies und sei mit Blick auf die Osterweiterungen neu zu bewerten.¹⁰⁰ Diese Begründung erscheint nicht

⁹⁵ W. Däubler, 'Ein neues Stück Wettbewerbsgleichheit', 32-33 BB 2020, S. 1; C. Ziegler, 'Das reformierte Arbeitnehmer-Entsendegesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957', 35 DStR 2020, S. 1923 (1924, 1928); R. Zimmer, 'Arbeitnehmerentsendung in Europa nach Revision der Entsenderichtlinie 2018 (Teil II) Kollektivrechtliche Aspekte', 11/12 ZESAR 2020, S. 465 (471).

⁹⁶ G. Mäver, 'Die Umsetzung der revidierten Arbeitnehmerentsenderichtlinie – Überblick und erste Bewertung', 22 ArbR 2020, S. 559 (560).

⁹⁷ H. Kipper 'Die Novelle der Entsende-RL und die polnisch-ungarische Nichtigkeitsklage', 909 WiRO 2021, S. 257 (261 f.).

⁹⁸ CJEU of 8.12.2020, *Hungary v Parliament and Council*, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, para 10, 105 ff., 126 ff.

⁹⁹ A. Epiney, 'Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2020', 18 NVwZ 2021, S. 1345 (1345 f.).

¹⁰⁰ CJEU of 8.12.2020, *Hungary v Parliament and Council*, C-620/18, ECLI:EU:C:2020:1001, para 62.

überzeugend, da weder der soziale Schutz vor Rechtsmissbrauch gesteigert wird noch die soziale Sicherheit sich für entsendete Arbeitnehmer besonders erhöht. Die entsendeten Leiharbeiter kommen zwar in den Genuss der Arbeitsbedingungen des neuen Arbeitsstaates, aber letztlich wären sie auch dann mit den Arbeitnehmern ihres Entsendestaates gleichgestellt, wenn die Entlohnung betreffenden Regelungen keine Anwendung auf sie fänden. Die Gleichbehandlung von entsendeten Arbeitnehmern führt vielmehr auf protektionistischen Schutz des Lohnniveaus im Ankunftsstaat, da Niedriglohnpreisunterbietungen deutlich erschwert werden. Das Ziel in der Gleichstellung sollte im Erreichen von fairerem Wettbewerb liegen und nicht im Erreichen von neuen Formen des Protektionismus.¹⁰¹ Auch wenn das Urteil des EuGH rechtlich nicht zu beanstanden ist, ist der Unmut Polens und Ungarns nachvollziehbar, da ihren Erwägungen zur Fairness nicht genügend Beachtung geschenkt wurde und ihnen stattdessen die „westliche Fairness“, die östliche Arbeitnehmer vor Ausbeutung und westliche Arbeitnehmer vor Lohndumping schützen soll, als Maßstab für das Allgemeininteresse erhoben wurde.¹⁰² Der EuGH bezog sich gekonnt nicht auf für diese Ländern überaus wichtigen Marktvorteil von niedrigeren Löhnen. Deutlich ausschlaggebender wäre indes ein Wechsel der Sozialversicherung des entsandten Arbeitnehmers. Ein entsandter Arbeitnehmer wechselt erst nach 24 Monaten zum Sozialversicherungssystem des Zielstaates.¹⁰³ Eine bessere und einheitlichere Regelung ist die vollumfängliche Gleichschaltung entsendeter Arbeitnehmer sowohl in Bezug auf die Arbeitsbedingungen als auch auf die steuer- sowie sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften. Es gilt das Arbeitsrecht und Sozialrecht zu harmonisieren. So wäre der Markt nicht nur auf protektionistische Weise geschützt, sondern die Wechselseitigkeit und Umverteilung des Beitrages der Wanderarbeitnehmer würde die soziale Sicherheit maßgeblich erhöhen. Andere Methoden des Sozialdumpings über die Reduzierung der Sozialversicherungsbeiträge, die bereits jetzt schon stark divergieren, bleiben trotz der Umsetzung nach wie vor möglich.¹⁰⁴ Diese Meinung vertreten auch die Gewerkschaften, nach denen die Richtlinie nicht weit genug geht. Insbesondere, dass regionale Tarifverträge erst bei Langzeitanstellungen Anwendung finden, merken sie an. Für die Arbeitgeber wiederum sei durch die Richtlinie, die Anstellung von entsendeten Arbeitnehmer mit einem unverhältnismäßig großen bürokratischen Aufwand verbunden, sodass sich diese gerade für kleine und mittelständische Unternehmen kaum mehr lohne.¹⁰⁵ Die lediglich ausnahmereiche Anwendbarkeit von Arbeitsbedingungen sowie die ausstehende Harmonisierung von Arbeits- und Sozialversicherungsrecht bei Wanderarbeitnehmern führt dazu, dass die Richtlinie

¹⁰¹ E. Sommer, 'Grenzenlose Entsendung? – Spagat zwischen fairen Arbeitsbedingungen und Dienstleistungsfreiheit', in: F. Marhold, U. Becker, E. Eichenhofer, G. Igl, G. Prosperetti (eds), Festschrift für Maximilian Fuchs – Arbeits- und Sozialrecht für Europa, Nomos: Baden-Baden 2020, S. 307 (314).

¹⁰² Küpper 2021 (supra fn. 97), S. 261.

¹⁰³ Ziegler 2020 (supra fn. 95), S. 1925.

¹⁰⁴ Däubler 2020 (supra fn. 95), S. 1; L. Hochscheidt / S. Wixforth, 'Haifischbecken Entsendung: Arbeitnehmerfreizügigkeit: warum die europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit (immer noch) dringend reformiert werden muss', 69-2 SoSi 2020, S. 78 (80).

¹⁰⁵ Braun 2020 (supra fn. 91), S. 1784.

verstärkt zu Protektionismus beitragen dürfte, statt die sozialen Rechte vor den Grundfreiheiten besser zu schützen. Es ist eine unzureichende protektionistische Fortführung der Sähköalojen Rechtsprechung des EuGHs, mit der es die Laval-Entscheidung revidierte. Die geänderte Entsenderichtlinie führt jetzt zwar zu einer anderen Rechtslage bezüglich europäischem Sekundärrechts, die zentrale Problematik, dass die Dienstleistungsfreiheit über kollektiven Maßnahmen steht, findet jedoch, entgegen des Vortragens Ungarns in seiner Klage, keine Abänderung.¹⁰⁶ Auch der Fall Viking dürfte unter der geänderten Entsenderichtlinie nicht anders entschieden worden sein. Im Fall „Henry am Zug“¹⁰⁷ entschied der EuGH, dass die über eine grenzüberschreitende Subunternehmerkette auf Zügen der Österreichischen Bundesbahnen (ÖBB) angestellten ungarischen Boardservicekräfte gemäß ungarischem Tariflohn bezahlt werden dürfen. Die Begründung, dass die Haupttätigkeit von Boardservicekräfte als hochmobile Arbeitskräfte im Be- und Entladen bestehe und daher auf den Ort abzusehen sei, an dem dies stattfindet,¹⁰⁸ überzeugt wenig. Schließlich verbringen sie den Großteil ihrer Arbeitszeit als Servicekraft in den Wagnen. Der EuGH schützt die europäisch abgesicherten wirtschaftlichen Freiheiten weiterhin, wo es ihm möglich ist. Der soziale Schutz der Beschäftigten bleibt auf nationaler Ebene liegen. Eine Abkehr hiervon ist nur möglich, wenn die sozialen Schutzrechte der Beschäftigten ebenfalls auf europäischer Ebene abgesichert sind und der EuGH zwischen wirtschaftlichen Freiheiten und dem sozialen Schutz abwägen muss. An Problematik gewinnt dies bei politischen Rechtsfragen, dessen Entscheidung der europäische Gesetzgeber faktisch dem EuGH überlässt. Ein aktuelles Beispiel stellt die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie dar. Sie beinhaltet keine gesetzliche Regelung, nach der entschieden wird, ob der Arbeitnehmerstatus nach europäischem oder mitgliedstaatlichem Recht bestimmt werden soll.¹⁰⁹ Die Änderungsrichtlinie ist zwar ein Schritt in die richtige Richtung, da die vollständige Harmonisierung von sozialen Schutzrechten aufgrund der Heterogenität der Mitgliedsstaaten derzeit noch nicht realisierbar ist, jedoch muss ein Mindestmaß an sozialem Schutz auf europarechtlicher Ebene geschaffen werden.¹¹⁰

Anderenfalls führen selbst Änderungen, die den Beschäftigten dienen sollen, durch Sozialdumping und Protektionismus zu noch stärkerer Verdrängung von sozialen Rechten.

5. DAS SOZIALDUMPING IM SCHUTZ DER NIEDERLASSUNGSFREIHEIT

Trotz der erstmaligen Anerkennung der Durchführung von kollektiven Maßnahmen als Grundrecht, hat dieses laut EuGH nicht nur diskriminierungsfrei zu erfolgen, sondern ist einer Verhältnismäßigkeitsprüfung zu unterliegen und durch zwingende Gründe des Allgemeininteresses zu rechtfertigen.¹¹¹ Diese

¹⁰⁶ Küpper 2021 (supra fn. 97), S. 260.

¹⁰⁷ CJEU of 19.12.2019, *Henry am Zug*, C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110.

¹⁰⁸ CJEU of 19.12.2019, *Henry am Zug*, C-16/18, ECLI:EU:C:2019:1110, para 23 ff.

¹⁰⁹ Picker 2020 (supra fn. 90), S. 334.

¹¹⁰ *Hodscheidt/Wixforth* 2020 (supra fn. 104) S. 82.

¹¹¹ *F. Biltgen* 2016 (supra fn. 85), S. 1247 f; *Höpner/Schäfer* 2012 (supra fn. 13), S. 444; *Höpner/Schäfer* 2010 (supra fn. 74), S. 10.

klassische Rechtsprechung des EuGH ordnet somit Arbeits- und Sozialverfassungen der Mitgliedsstaaten der ungehinderten Grundfreiheitsausübung unter.¹¹² Rechtlich brisant ist hierbei die laut Art. 153 Abs. 5 AEUV ausdrücklich fehlende Unionskompetenz im Koalitionsrecht, Streikrecht sowie Aussperrungsrecht.¹¹³ Im Fall Viking hat der EuGH die sogenannte Lex Britannia Vorschrift schwedischer Gewerkschaften, aufgrund ihrer diskriminierenden Eigenschaft gegenüber ausländischen Firmen, als europarechtswidrig erklärt. Aufgrund der äußerst breiten tarifvertraglichen Abdeckung durch Gewerkschaften ist es nach schwedischem Recht verboten durch kollektive Maßnahmen den Tarifvertrag einer anderen Gewerkschaft zu verdrängen. Dadurch soll das schwedische gewerkschaftsabhängige Tarifvertragsaushandlungssystem geschützt werden. Die Lex Britannia hat das schwedische Mitbestimmungsgesetz dahingehend geändert, dass dieses Verbot auf mit ausländischen Gewerkschaften geschlossene Tarifverträge nicht anzuwenden ist und hat deshalb gegen EU-Recht verstoßen.¹¹⁴ Der EuGH betont hierbei erneut die horizontale Wirkung des EU-Rechts und erweitert sie auf die eigentlich außerhalb ihrer Unionskompetenz liegend agierenden Sozialpartner wie Gewerkschaften.¹¹⁵ Dies hat auch durch die Änderungsrichtlinie keine Abänderung gefunden. Gewerkschaften dienen durch ihre kollektiven Maßnahmen dem sozialen Schutz des fiktiven Guts der Arbeit vor wirtschaftlicher Ausbeutung des freien Marktes. Wenn diese der ungehinderten Grundfreiheitsausübung untergeordnet werden, bewirkt dies aufgrund der Einschränkung sozialer Schutzmaßnahmen durch wirtschaftliche Interessen eine erweiterte Kommodifizierung des fiktiven Guts der Arbeit und die Entbettung des Marktes. Für andere Mitgliedsstaaten als Schweden, die kein breites Tarifvereinbarungssystem über Gewerkschaften vorweisen, ist die durch dieses Urteil bewirkte Kommodifizierung nicht vergleichbar schwerwiegend.¹¹⁶

6. DIE KONSEQUENZEN FÜR KOORDINIERTE MARKTWIRTSCHAFTEN

Das sozialdemokratische Tarifvereinbarungssystem über Gewerkschaften, das statt auf einen festgeschriebenen Mindestlohn, auf eine breit gedeckte tariflich vereinbarte und im europäischen Vergleich überdurchschnittlich hoch ausgehandelte Vergütung setzt, ist bis zur Änderungsrichtlinie dem Wettbewerbsdruck liberaler Niedriglohnländer schutzlos ausgeliefert gewesen. Trotz dieser begrüßungswerten Änderung durch den europäischen Gesetzgeber bleibt die Gefahr erhalten, dass der EuGH nichtstaatliche Akteure, die zweifelsfrei der

¹¹² Höpner/Schäfer 2010 (supra fn. 74), S. 20; M. Höpner / A. Schäfer, 'Grundzüge einer politökonomischen Perspektive auf die europäische Integration', in: M. Höpner/A. Schäfer (eds), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 61 MPfG, MPIfG: Frankfurt/New York 2008, S. 11 (25).

¹¹³ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 444; Höpner/Schäfer 2008 (supra fn. 112), S. 26; A. Junker, 'Kooperation oder Konfrontation der obersten Instanzen in Deutschland und Europa - Dargestellt am Beispiel des Streikrechts und der Kirchenautonomie', 3 EuZA 2018, S. 304 (311).

¹¹⁴ CJEU of 18.12.2007, *Laval*, C-341/05, ECLI:EU:C:2007:809, para 40.

¹¹⁵ Höpner/Schäfer 2012 (supra fn. 13), S. 444.

¹¹⁶ Scharpf (2009, supra fn. 73) S. 22.

Gegenbewegung angehören, einschränkt und somit europaweit Sozialdumping weiterhin unter den Schutz der Grundfreiheiten stellt. Dies wird solange bestehen bleiben, wie die wirtschaftlichen Grundfreiheiten auf europarechtlicher Ebene Schutz erfahren, während der Schutz sozialer Rechte Beschäftigter auf nationaler Ebene verbleiben.

Es erscheint fast schon absurd, die marktschaffende Integration durch Recht im Modell der Doppelbewegung von Polanyi in die Gegenbewegung einzuordnen. Caporaso und Tarrow wäre sehr geholfen, die Entscheidungen Viking und Laval auch jetzt noch, nach mehr als einem Jahrzehnt ihrer Verkündung, genauer zu lesen und ihre Auffassung zu überdenken.

F. FAZIT

Die Europäische Union und ihre Institutionen, allen voran der EuGH, haben ihren wirtschaftsliberalisierenden Geist auch fast 70 Jahre nach der Unterzeichnung der ersten Verträge nicht verloren. Die Reformation ihres politischen Systems zu einer ebenso sozialen wie wirtschaftlichen supranationalen Organisation fällt der Politikverflechtungsfalle zum Opfer und erreicht über die positive Integration kaum Fortschritte. Auch wenn die EU seit dem Vertrag von Lissabon durch Art. 28 GRCh an das Recht auf Kollektivverhandlungen und Kollektivmaßnahmen gebunden ist, hat sich daran nicht viel geändert. Die durch die Osterweiterungen angestiegene Heterogenität verstärkt die Blockadeanfälligkeit der positiven Integration, während die Integration durch Recht voranschreitet. Die ungehinderte Ausübung der Grundfreiheiten unterstützt den europaweiten Ausbau von Sozialdumping, indem die Niedriglohnländer der Osterweiterungen ihre Wettbewerbsvorteile auf den Märkten der koordinierten Marktwirtschaften ausspielen dürfen.

So auch bei dem freien Zugang zu den Sozialsystemen der Mitgliedsstaaten über die Unionsbürgerschaft. Während die liberalen Marktwirtschaften geringen sozialen Schutz gewähren, können ihre Staatsangehörigen Nutznießer des Sozialstaatswesens der koordinierten Marktwirtschaften sein. Diese vom EuGH gewährten Individualrechte trennen soziale Rechte von sozialen Pflichten. Ein solidarisches System der Umverteilung kann nur auf der Wechselseitigkeit von Rechten und Pflichten basieren. Die vom EuGH bewirkte Trennung belastet durch die entkoppelte Stärkung von sozialen Rechten das auf Solidarität beruhende nationale Sozialstaatswesen. Zudem sind Gewerkschaften durch die unmittelbare horizontale Wirkung der Grundfreiheiten diesen untergeordnet und haben sie bei der Ausübung von kollektiven Maßnahmen zu beachten. Dadurch sind Sozialpartner, die als nichtstaatliche Akteure den Schutz fiktiver Güter bezwecken, in ihrem Aktionsradius eingeschränkt und die Einbettung des Marktes wird erschwert. Die Reinterpretation der Entsenderichtlinie stellte nationale Mindestlöhne als optionale Höchstvergütung fest, sodass qualifizierte Arbeitskräfte aus Niedriglohnländern gewerkschaftlich ausgehandelte branchenübliche Tariflöhne unterboten und verdrängten. Der politische Protest auf diese äußerst kontroverse Entscheidung erhärtete sich und der EuGH ruderte mit der Sähkälöjen Entscheidung zurück. Diese Entscheidung wurde auch mit der Änderungsrichtlinie auf politischer Ebene umgesetzt. Dem Sozialdumping für

tariflich ausgehandelte Vergütung wurde somit zwar Einhaltung geboten, jedoch bleibt der Ursprung der Problematik unberührt. Die Integration durch Recht entledigt die koordinierten Marktwirtschaften um ihre institutionellen Vorteile. Im Modell der Doppelbewegung bettet die Gegenbewegung den Markt wieder ein, indem sie die fiktiven Güter nicht nur dem Marktmechanismus überlässt, sondern ihnen über die Umverteilung und Wechselseitigkeit sozialen Schutz verschafft. Das genaue Gegenteil geschieht, wenn das Sozialdumping auf dem Rücken der Grundfreiheiten getragen wird, während das Sozialstaatswesen der Mitgliedsstaaten zugleich in ihrer Solidarität beschränkt wird. Im Angesicht dieser Tatsachen ist die Meinung, dass die Europäische Union durch ihre Institutionen sowohl der Bewegung als auch der Gegenbewegung zugehört, nicht vertretbar. Dennoch ist das Modell der Doppelbewegung hilfreich um die Entwicklung und das Wechselspiel von supranationaler europäischer Politik und Marktintegration mit der Sozialpolitik auf nationaler Ebene der Mitgliedsstaaten zu begreifen. Da der EuGH Individualrechte, und somit auch das Sozialdumping, auf europäischer Ebene stärkt, bleiben die koordinierten Marktwirtschaften dem Wettbewerbsdruck der liberaleren Mitgliedsstaaten der Osterweiterungen ausgesetzt. Selbst wenn die koordinierten Marktwirtschaften auf politischer Ebene, wie im Falle der Änderungsrichtlinie, dem geeint entgegenzutreten können, was im Vergleich zur negativen Integration eine Seltenheit darstellt, verschiebt dies den Druck lediglich auf die typischen Entsendestaaten. Diese wiederum können über eine Reduzierung der Sozialkosten der entsendeten Arbeitnehmern ihre Konkurrenzfähigkeit erneut steigern und das komparative Kostenverhältnis zu ihren Gunsten wenden. Es bleibt abzuwarten, wie sich dies nach der Entscheidung des EuGH zu der polnisch-ungarischen Nichtigkeitsklage bei den betroffenen Mitgliedsstaaten aus den neuen Erweiterungen entwickelt. Das Muster bleibt allgegenwärtig, als Antwort auf die EU reagieren betroffene Mitgliedsstaaten auf nationaler Ebene mit Einsparungen am Sozialstaatswesen. Die Schuldigen der Sparpolitik halten sich, für die Verlierer der Liberalisierung, unantastbar in Brüssel versteckt, weshalb sie sich ihnen auf nationaler Ebene widersetzen, indem sie sich nach nationalistischen und euroskeptischen Alternativen umschaun. Der Grund für den fehlenden Fortschritt der Gegenbewegung auf europäischer Ebene lässt sich im systemimmanenten Gefüge der EU finden, welches sowohl auf der negativen wie auch positiven Integrationsebene über keine redistributiven Kompetenzen verfügt und daher keine für die Gegenbewegung elementar notwendigen Maßnahmen schaffen kann. Ein Ausbau dieser Kompetenzen ist aufgrund der Heterogenität und des Widerstandes der Mitgliedsstaaten äußerst schwer vorstellbar, da diese aus Eigeninteresse in erster Linie ihre Wähler durch politische Versprechen auf nationaler Ebene für sich gewinnen möchten, die sie ohne diesbezügliche Kompetenzen ihnen nicht darbieten könnten. Die geschichtlichen Konsequenzen einer Pattsituation als Ermahnung nehmend, sollte deshalb auf europäischer Ebene zumindest der Grad an Liberalisierung zurückgeschraubt werden, sei es durch geeigneten politischen Widerstand der Mitgliedsstaaten oder überdachte Urteile des EuGH. Eine Revision der fast bedingungslosen Gewährung von sozialen Individualrechten lässt sich beispielsweise in den Urteilen *Dano* und *Alimanovic* finden. Auch die am 30.07.2020 in Deutschland

in Kraft getretene Umsetzung der Änderungsrichtlinie mäßigt, nach mehr als 20 Jahren, durch einen verstärkten Schutz vor Lohn- und Sozialdumping den Druck der Liberalisierung auf die Mitgliedsstaaten. Es bleibt jedoch zu bezweifeln, dass die Entscheidung Laval dadurch heute anders ausfallen würde, da sie letztlich hauptsächlich die Dienstleistungsfreiheit betrifft.¹¹⁷ Auch das Sozialdumping könnte hierdurch eine neue Dimension erfahren, da durch die auf europäischer Ebene fehlende Mindestharmonisierung von sozialen Rechten nunmehr Gefahr droht, dass die Niedriglohnländer, deren Sozialbeiträge bereits schon vor der Änderungsrichtlinie im Vergleich deutlich geringer ausfielen, ihren Wettbewerbsvorteil über eine Reduzierung der Sozialbeitragskosten ausbauen. Diese auf europäischer Ebene erreichte Änderungen tragen dementsprechend allem voran einen symbolischen Wert. Um die für den Erhalt der Demokratie notwendige Doppelbewegung auch auf europäischer Ebene zu beleben, müssen soziale redistributive Kompetenzen geschaffen werden. Da eine gemeinsame europäische Identität europäübergreifend noch nicht vorhanden ist, würde die komplette Verlagerung der redistributiven Kompetenzen von der nationalstaatlichen auf die supranationale europäische Ebene lediglich zu einer verstärkten negativen Politisierung führen. Damit Europa nicht noch mehr Schicksale wie den Brexit erleidet, sollte die gemeinsame europäische Identität dennoch solidarisch erweitert werden, sodass die sozial Schwächeren sich nicht vernachlässigt vorkommen und die zwischeneuropäische Heterogenität sich verringert.

¹¹⁷ M. Kellerbauer, 'Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?', 20 EuZW 2018, S. 846 (852 f.).

LITERATUR

- François Biltgen* (2016) 'Die Rechtsprechung des EuGH zu den Grundrechten des Arbeitslebens, Unter besonderer Berücksichtigung der Europäischen Sozialcharta', 20 Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht (NZR), S. 1245-1252.
- Fred Block* (2001) 'Introduction' in Karl Polanyi (ed.) *The Great Transformation: The Political and Economic Origins of Our Time*, Beacon Press: Boston, S. XVIII-XXXIX.
- Björn Braun* (2020) 'Änderung des Arbeitnehmer-Entsendegesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957', 32-33 Betriebs-Berater (BB), S. 1780-1784.
- James Caporaso / Sidney Tarow* (2008) Polanyi in Brussels European institutions and the embedding of markets in society, in: RECON Online Working Paper 01/2008 January.
- Rob Cornelissen* (1996) 'The Principle of Territoriality and the Community Regulations on Social Policy (Regulations 1408/71 and 574/72)', 33 Common Market Law Review (CMLR), S. 439-471.
- Wolfgang Däubler* (2020) 'Ein neues Stück Wettbewerbsgleichheit', 32-33 Betriebs-Berater (BB), S. 1.
- Thomas Dullinger / Martin Risak* (2018) 'The concept of 'worker' in EU law, Status quo and potential for change', Report 140 European Trade Union Institute: Brüssel.
- Astrid Epiney* (2021) 'Die Rechtsprechung des EuGH im Jahr 2020', 18 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), pp- 1345-1356.
- Robert J. Franzese Jr. / Peter A. Hall* (2008) 'Die Europäische Wirtschafts- und Währungsunion als Work in Progress', in: M. Höpner/ A. Schäfer (eds), *Die Politische Ökonomie der europäischen Integration*, Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, Band 61, MPIfG: Frankfurt/New York, S. 407-414.
- Martin Franzen* (2021) 'Das geänderte Arbeitnehmer-Entsendegesetz (AEntG)', 1 Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), S. 3-24.
- Rhoda H. Halperin* (1995) *Cultural Economies Past and Present*, Texas Press Sourcebooks in Anthropology No. 18, University of Texas: Austin.
- Vassillis Hatzpoulos* (2005) 'A (More) Social Europe: A Political Cross Road or a Legal One- Way Dialogue between Luxembourg and Lisbon', 42 Common Market Law Review (CMLR), S. 1599-1635.
- Peter Henseler* (2010) 'Was uns Karl Polanyi heute noch zu sagen hat', 4 Der öffentliche Sektor – Jahrgang 36, S. 1-22.

- Lisa Herzog* (2016) 'Was bedeutet es, „Märkte einzubetten“? Eine Taxonomie', 3-1 Zeitschrift für Praktische Philosophie (ZfPP), S. 13-52.
- Lukas Hochscheidt / Susanne Wixforth* (2020) 'Haifischbecken Entsendung: Arbeitnehmerfreizügigkeit: warum die europäische Arbeitnehmerfreizügigkeit (immer noch) dringend reformiert werden muss', 69-2 Soziale Sicherheit: Zeitschrift für Arbeit und Soziales (SoSi), S. 78-82.
- Martin Höpner / Armin Schäfer* (2008) 'Grundzüge einer politökonomischen Perspektive auf die europäische Integration' in: Martin Höpner / Armin Schäfer (eds), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 61 Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, MPIfG: Frankfurt/New York, S. 11-45.
- (2010) 'Grenzen der Integration – wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird', 33-1 Integration – Vierteljahrszeitschrift des Instituts für Europäische Politik in Zusammenarbeit mit dem Arbeitskreis Europäische Integration, S. 3-64.
- (2012) 'Embeddedness and Regional Integration: Waiting for Polanyi in a Hayekian Setting', 66-3 International Organization (IO), S. 429-455.
- Abbo Junker* (2018) 'Kooperation oder Konfrontation der obersten Instanzen in Deutschland und Europa - Dargestellt am Beispiel des Streikrechts und der Kirchenautonomie', 3 Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA), S. 304-326.
- Manuel Kellerbauer* (2018) 'Zur Reform der EU-Entsenderichtlinie: Arbeitnehmerschutz durch gleichen Lohn für gleiche Arbeit?', 20 Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht (EuZW), S. 846-853.
- John Maynard Keynes* (2011) Das Ende des Laissez-Faire [:] Ideen zur Verbindung von Privat- und Gemeinwirtschaft (1926), 2nd edn, Duncker & Humblot: Munich / Leipzig.
- Thorsten Kingreen* (2015) 'In love with the single market? Die EuGH-Entscheidung Alimanovic zum Ausschluss von Unionsbürgern von sozialen Grundsicherungsleistungen', 21 Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht (NVwZ), S. 1473-1552.
- Steven Klein* (2017) 'Fictitious Freedom: A Polyanian Critique of the Republican Revival', 61-4 American Journal of Political Science (AJPS), S. 852-863.
- Herbert Küpper* (2021) 'Die Novelle der Entsende-RL und die polnisch-ungarische Nichtigkeitsklage', 909 Wirtschaft und Recht in Osteuropa (WiRO), S. 257-262.

- Martin Nettesheim* (2011) 'Der »Kernbereich« der Unionsbürgerschaft – vom Schutz der Mobilität zur Gewährleistung eines Lebensumfelds', 21 *JuristenZeitung* (JZ), S. 1030-1037.
- Siegfried Magiera* (1989) 'Die Einheitliche Europäische Akte und die Fortentwicklung der Europäischen Gemeinschaft zur Europäischen Union', in: Wilfried Fiedler (eds), *Gedächtnisschrift für Wilhelm Karl Geck – Verfassungsrecht und Völkerrecht*, Carl Heymanns: Cologne, S. 507-530.
- Giandomenico Majone* (1994) 'The European Community: An „Independent Forth Branch of the Government“?', in: Gert Brüggemeier (eds), *Verfassungen für ein ziviles Europa*, Schriftenreihe des Zentrums für Europäische Rechtspolitik an der Universität Bremen (ZERP), ZERP: Bremen, S. 23-44.
- Gunther Mäver* (2020) 'Die Umsetzung der revidierten Arbeitnehmerentsenderichtlinie – Überblick und erste Bewertung', 22 *Arbeitsrecht Aktuell* (ArbR), S. 559-561.
- Christian Picker* (2020) 'Die neue Arbeitsbedingungenrichtlinie: Mehr als (nur) Transparenz wagen', 2 *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* (ZEuP), S. 305-334.
- John Pinder* (1968) 'Positive Integration and Negative Integration: Some Problems of Economic Union in the EE', 24-3 *The World Today* – Mar 1, S. 88-110.
- Karl Polanyi* (2001) *The Great Transformation: The Economic Origins of Our Time* (1994), Beacon Press: Boston.
- Sacha Prechal* (2007) 'Direct effect, indirect effect, supremacy and the evolving constitution of the European Union', in: Catherine Barnard (eds), *The Fundamentals of EU Law Revisited, Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford University Press: Oxford, S. 35-70.
- Wolfgang Sachs* (2013) 'Missdeuteter Vordenker', 133 *Politische Ökologie* (PÖ), S. 18-23.
- Fritz W. Scharpf* (1985) 'Die Politikverflechtungs-Falle: Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich', 26-4 *Politische Vierteljahresschrift* (PVZ), S. 323-356.
- (1997) 'Economic integration, democracy and the welfare state', 4-1 *Journal of European Public Policy* (JEPP), S. 18-36.
- (2006) 'The S. Joint-Decision Trap Revisited', 44-4 *Journal of Common Market Studies* (JCMS), S. 845-64.

- (2008) ‘Negative und positive Integration’, in: M. Höpner / A. Schäfer (eds), Die Politische Ökonomie der europäischen Integration, 61 Schriften aus dem Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Köln, MPIfG: Frankfurt/New York, S. 49-88.
- (2009) ‘The Double Asymmetry of European Integration - Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy’, in: MPIfG Working Paper 09/12, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung, Köln.
- Frank Schreiber* (2016) ‘Bereichsspezifische Begrenzung des sozialen Gehalts der Unionsbürgerschaft oder „Rückkehr zum Marktbürger“? Zur jüngeren Rechtsprechung des EuGH zu den Diskriminierungsverboten beim Zugang zu steuerfinanzierten Sozialleistungen im Aufenthaltsstaat’, 22 Neue Zeitschrift für Sozialrecht (NZS), S. 841-880.
- Dominik Steiger* (2018) ‘Freizügigkeit in der EU und Einschränkungen von Sozialleistungen für EU-Ausländer – Vom Verlust der richtigen Balance zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten und den Rechten des Einzelnen sowie der Notwendigkeit einer primärrechtskonformen Auslegung der Freizügigkeitsrichtlinie’, 3 Europarecht (EuR), S. 269-384.
- Eva Sommer* (2020) ‘Grenzenlose Entsendung? – Spagat zwischen fairen Arbeitsbedingungen und Dienstleistungsfreiheit’, in: Franz Marhold, Ulrich Becker, Eberhard Eichenhofer, Gerhard Igl, Giulio Prosperetti (eds), Festschrift für Maximilian Fuchs – Arbeits- und Sozialrecht für Europa, Nomos: Baden-Baden, S. 307-318.
- Robert Whaples* (1995) ‘Where Is There Consensus Among American Economic Historians? The Results of a Survey on Forty Propositions’, 55-1 Journal of Economic History (JEH), S. 139-154.
- Christian Ziegler* (2020) ‘Das reformierte Arbeitnehmer-Entsendegesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2018/957’, 35 Deutsches Steuerrecht (DStR), S. 1923-1928.
- Reinhard Zimmer* (2020) ‘Arbeitnehmerentsendung in Europa nach Revision der Entsenderichtlinie 2018 (Teil I) Grundsätzliche Änderungen und Paradigmenwechsel bei der Entlohnung’, 10 Zeitschrift für europäisches Sozial- und Arbeitsrecht (ZESAR), S. 403-408.
- (2020) ‘Arbeitnehmerentsendung in Europa nach Revision der Entsenderichtlinie 2018 (Teil II) Kollektivrechtliche Aspekte’, 11/12 Zeitschrift für europäisches Sozial und Arbeitsrecht (ZESAR), S. 465-471.

