FRANZ EGENBERGER

# SCHLUSSANTRÄGE DES GENERALANWALTS L. A. GEELHOED vom 1. Dezember 2005 [1]

## I — Einführung

1. Die vorliegende Rechtssache betrifft ein Vorabentscheidungsersuchen des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main (Deutschland), das die Gültigkeit bestimmter Aspekte der Verordnung (EG) Nr. 2535/2001 der Kommission vom 14. Dezember 2001 mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 1255/1999 des Rates zur Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse und zur Eröffnung der betreffenden Zollkontingente (ABl. L 341, S. 29) zum Gegenstand hat. Der Fall wirft eine Reihe von wichtigen Grundsatzfragen auf. So stellt sich erstens die Frage, welche Maßstäbe für die gerichtliche Überprüfung von agrarrechtlichen Vorschriften der Kommission anhand des höherrangigen Gemeinschaftsrechts, insbesondere des Diskriminierungsverbots, anzulegen sind. Dabei ist insbesondere zu fragen, ob diese gerichtliche Überprüfung auf diesem Gebiet stets nur beschränkter Art sein kann. Der Fall wirft zweitens die Frage auf, inwieweit die Kommission bei dem Erlass von Rechtsvorschriften an das gemeinschaftliche Wettbewerbsrecht, insbesondere Artikel 86 Absatz 1 EG, gebunden ist. Es ergibt sich drittens die Frage, ob der Gerichtshof Anlass hat, seine eigene Rechtsprechung zu den Voraussetzungen, unter denen sekundäres Gemeinschaftsrecht gerichtlich auf seine Übereinstimmung mit dem Recht der Welthandelsorganisation (World Trade Organisation, im Folgenden: WTO) überprüft werden kann, zu überdenken. Dies wiederum berührt das sensible Thema des Verhältnisses zwischen der Gemeinschaftsrechtsordnung und dem Recht der WTO. Ich werde auf diese Fragen nach einer Schilderung des Hintergrunds der Rechtssache zurückkommen.

## II — Historischer und rechtlicher Hintergrund des Vorabentscheidungsersuchens

### A — *Historischer Hintergrund*

2. Vor seinem Beitritt zur Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft im Jahr 1973 war das Vereinigte Königreich der traditionelle Exportmarkt für Butter aus Neuseeland. Um diesen Markt zu erhalten, wurden mit dem Protokoll Nr. 18 der Akte über den Beitritt Dänemarks, Irlands und des Vereinigten Königreichs (im Folgenden: Protokoll Nr. 18) ursprünglich für einen Zeitraum von fünf Jahren Kontingente mit ermäßigten Zöllen für die Einfuhr von Butter und Käse

1 — Originalsprache: Englisch.

aus Neuseeland vorgesehen [2]. Nach Artikel 1 Absatz 4 des Protokolls Nr. 18 durften gemäß dem Protokoll in das Vereinigte Königreich eingeführte Erzeugnisse nicht in den innergemeinschaftlichen Handel gebracht oder nach Drittländern wieder ausgeführt werden. Diese ursprünglichen Handelsbeschränkungen wurden schrittweise beseitigt: Mit der Verordnung Nr. 3667/83 wurde die neuseeländische Butter auch zur Verarbeitung (und nicht nur zum unmittelbaren Verbrauch) im Vereinigten Königreich zugelassen, und nach der Verordnung Nr. 3841/92 konnte die neuseeländische Butter auch frei im Gemeinsamen Markt (und nicht nur im Vereinigten Königreich) vermarktet werden [3]. Durch verschiedene auf der Grundlage von Artikel 5 Absatz 2 des Protokolls Nr. 18 erlassene Verordnungen des Rates wurde die durch das Protokoll geschaffene Einfuhrregelung bis 1995 verlängert.

3. Ab dem 1. Juli 1995 fielen die Zollkontingente für Milch und Milcherzeugnisse unter das Übereinkommen über die Landwirtschaft im Rahmen der multilateralen Handelsverhandlungen der Uruguay-Runde des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (General Agreement on Tariffs and Trade — GATT) und der Welthandelsorganisation. Für die Europäischen Gemeinschaften sah das Übereinkommen Zollzugeständnisse für bestimmte Milcherzeugnisse vor, die zu ermäßigtem Zoll in die Gemeinschaft eingeführt werden konnten und als Ergebnis von Verhandlungen nach Artikel XXIV Absatz 6 GATT in die Liste CXL aufgenommen wurden. Die in dem Übereinkommen für die Einfuhr von neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft vorgesehenen Zölle wurden im Wege von Verordnungen der Kommission in das Gemeinschaftsrecht übernommen [4].

B — *Anwendbares Gemeinschaftsrecht*

Verordnung Nr. 1255/1999 des Rates

4. Mit der Verordnung Nr. 1255/1999, die auf der Grundlage von Artikel 37 EG erlassen wurde, wurde eine Regelung für die gemeinsame Marktorganisation für Milch und Milcherzeugnisse geschaffen [5].

2 — Artikel 1 und 2 des Protokolls Nr. 18 über die Einfuhr von Butter und Käse aus Neuseeland in das Vereinigte Königreich (ABl. 1972, L 73, S. 173). Diese Zölle wurden ursprünglich so festgesetzt, dass Neuseeland für Butter und Käse einen Preis erzielen konnte, der dem von ihm in den Jahren 1969 bis 1972 erzielten Durchschnittspreis auf dem Markt des Vereinigten Königreichs entsprach, ohne den Absatz von Butter und Käse aus der Gemeinschaft zu gefährden (vgl. Artikel 1 Absatz 3 und Artikel 2 Absatz 2 des Protokolls Nr. 18).

3 — Vgl. Verordnung (EWG) Nr. 3667/83 des Rates vom 19. Dezember 1983 über die weitere Einfuhr neuseeländischer Butter in das Vereinigte Königreich zu Sonderbedingungen (ABl. L 366, S. 16) und Verordnung (EWG) Nr. 3841/92 des Rates vom 17. Dezember 1992 über die weitere Einfuhr neuseeländischer Butter in das Vereinigte Königreich zu Sonderbedingungen (ABl. L 390, S. 1).

4 — Vgl. Verordnung (EG) Nr. 1600/95 der Kommission vom 30. Juni 1995 mit Durchführungsbestimmungen zur Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse und zur Eröffnung der betreffenden Zollkontingente (ABl. L 151, S. 12) und Verordnung (EG) Nr. 1374/98 der Kommission vom 29. Juni 1998 mit Durchführungsbestimmungen zur Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse und zur Eröffnung der betreffenden Zollkontingente (ABl. L 185, S. 21).

5 — Verordnung (EG) Nr. 1255/1999 des Rates vom 17. Mai 1999 über die gemeinsame Marktorganisation für Milch und Milcherzeugnisse (ABl. L 160, S. 48) in geänderter Fassung.

Die Regelung sieht einen auf Interventionen beruhenden Binnenmarkt der Gemeinschaft für Milch und Milcherzeugnisse (Titel I der Verordnung Nr. 1255/1999) und einheitliche Bestimmungen für den Handel mit diesen Erzeugnissen im Verhältnis zu Drittländern (Titel II der Verordnung Nr. 1255/1999) vor. Nach der 17. Begründungserwägung der Verordnung soll diese Handelsregelung den Verpflichtungen Rechnung tragen, die in den Handelsverhandlungen im Rahmen der Uruguay-Runde eingegangen worden sind.

Verordnung Nr. 2535/2001 der Kommission

5. Nach Artikel 26 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1255/1999 ist „[f]ür alle Einfuhren der in Artikel 1 [der Verordnung] genannten Erzeugnisse in die Gemeinschaft ... die Vorlage einer Einfuhrlizenz erforderlich. Für alle Ausfuhren dieser Erzeugnisse aus der Gemeinschaft kann die Vorlage einer Ausfuhrlizenz gefordert werden." Gemäß Artikel 26 Absatz 2 wird „[d]ie Lizenz ... unbeschadet der Bestimmungen über die Anwendung der Artikel 29, 30 und 31 [der Verordnung] von den Mitgliedstaaten jedem Antragsteller unabhängig vom Ort seiner Niederlassung in der Gemeinschaft erteilt". Nach Absatz 3 legt die Kommission nach dem Verfahren des Artikels 42 der Verordnung das Verzeichnis der Erzeugnisse, für die Ausfuhrlizenzen erforderlich sind, die Gültigkeitsdauer dieser Lizenzen und die sonstigen Durchführungsbestimmungen zu Artikel 26 fest. Nach Artikel 29 Absatz 1 werden „[d]ie Zollkontingente für die in Artikel 1 genannten Erzeugnisse, die sich aus den gemäß Artikel 300 des Vertrages geschlossenen Übereinkünften oder aus jedem anderen Rechtsakt des Rates ergeben, ... nach den gemäß dem Verfahren des Artikels 42 festgelegten Modalitäten eröffnet und verwaltet". Artikel 29 Absatz 2 nennt mögliche Verfahren zur Verwaltung der Kontingente; nach dieser Bestimmung ist bei diesen Verfahren „jegliche Diskriminierung zwischen den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern [zu verhindern]" [6]. Gemäß Artikel 44 der Verordnung schließlich ist bei deren Durchführung „zugleich den in den Artikeln 33 und 131 des Vertrages genannten Zielen in geeigneter Weise Rechnung zu tragen".

6. Die Verordnung Nr. 2535/2001, die auf der Grundlage der Artikel 26 Absatz 3 und 29 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1255/1999 erlassen wurde, legt Durchführungsbestimmungen zur Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse und zur Eröffnung der betreffenden Zollkontingente fest. Ihr Titel 2 enthält besondere Bestimmungen für Einfuhren zum ermäßigten Zollsatz. Der Titel enthält drei verschiedene Einfuhrregelungen, die alternativ jeweils für bestimmte Erzeugnisse gelten und einen ermäßigten Zoll vorsehen.

7. Die erste anwendbare Regelung (Kapitel I des Titels 2) betrifft Einfuhren im Rahmen von Gemeinschaftskontingenten auf der

6 — Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung führt drei mögliche Verfahren für die Quotenverwaltung auf. Eine analoge Auflistung von Verfahren ist in Artikel 30 der Verordnung enthalten.

Grundlage nur einer Einfuhrlizenz, die über die Behörden der Mitgliedstaaten bei der Kommission zu beantragen ist. Die zweite anwendbare Regelung (Kapitel II des Titels 2) bezieht sich auf nichtkontingentierte Präferenzeinfuhren ebenfalls auf der Grundlage nur einer Einfuhrlizenz. Die dritte anwendbare Regelung (Kapitel III des Titels 2) gilt für Einfuhren auf der Grundlage von Einfuhrlizenzen, für die eine so genannte „Inward Monitoring Arrangement"-Bescheinigung (Bescheinigung IMA 1) ausgestellt wurde. Dieses Kapitel besteht aus zwei Abschnitten: Abschnitt 1 enthält allgemeine Vorschriften über die Bescheinigung IMA 1 und Abschnitt 2 gilt speziell — und nur — für die Einfuhr neuseeländischer Butter.

8. Gemäß Artikel 24 gilt Abschnitt 1 für Einfuhren im Rahmen der nach Ursprungsland festgelegten Zollkontingente gemäß der Liste CXL, zu denen, wie sich aus Teil A des Anhangs III der Verordnung Nr. 2535/2001 ergibt, auch Einfuhren von neuseeländischer Butter gehören. Der Anhang III legt die geltenden Zollsätze für die in ihm aufgelisteten Produktarten und gegebenenfalls die jährlichen Einfuhrhöchstmengen fest. Artikel 25 Absatz 1 in Abschnitt 1 bestimmt weiter: „Eine Lizenz für die Einfuhr der in Anhang III aufgeführten Erzeugnisse zu dem dort angegebenen Zollsatz wird nur auf Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung IMA 1 für die darin angegebene Nettogesamtmenge erteilt. Die Bescheinigung IMA 1 muss für Butter des Kontingents 09.4589 gemäß Anhang III Teil A (nachstehend: ‚neuseeländische Butter') die Bedingungen gemäß Artikel 40 Absatz 1 und für die übrigen Erzeugnisse die Bedingungen der Artikel 29 bis 33 erfüllen. Auf der Lizenz sind die Nummer und das Datum der Ausstellung der entsprechenden Bescheinigung IMA 1 zu vermerken."

9. Artikel 30 in Abschnitt 1 legt für die Bescheinigung IMA 1 bestimmte Formerfordernisse fest. Nach Artikel 30 Absatz 2 werden die Formblätter in einer der Amtssprachen der Gemeinschaft gedruckt und ausgefüllt, können aber auch in einer Amtssprache des Ausfuhrlands gedruckt und ausgefüllt werden. Gemäß Artikel 32 Absatz 2 ist die Bescheinigung IMA 1 nur gültig, wenn sie von einer in Anhang XII der Verordnung genannten erteilenden Stelle ordnungsgemäß ausgefüllt und mit einem Sichtvermerk versehen wurde; im Fall Neuseelands ist diese Stelle die MAF Food Assurance Authority of the New Zealand Ministry of Agriculture and Forestry (im Folgenden: MAF).

10. In Abschnitt 2 des Kapitels III, der nur für neuseeländische Butter gilt, bestimmt Artikel 35 Absatz 2: „Einfuhrlizenzen können nur im Vereinigten Königreich beantragt werden. Das Vereinigte Königreich überwacht sämtliche Bescheinigungen IMA 1, die ausgestellt, annulliert, geändert oder berichtigt beziehungsweise für die Kopien ausgestellt werden. Es stellt sicher, dass die Gesamtmenge, für die Einfuhrlizenzen erteilt werden, das Kontingent für das betreffende Einfuhrjahr nicht überschreitet." Artikel 38 in Abschnitt 2 verpflichtet die genannte erteilende Stelle von Neuseeland dazu, der Kommission und den Behörden des Vereinigten Königreichs bestimmte Informationen über die Bescheinigungen IMA 1 zu übermitteln, darunter die Zahl der ausge-

stellten Bescheinigungen sowie gegebenenfalls Annullierungen, Berichtigungen oder Änderungen. Artikel 39 Absatz 2 sieht eine Überwachung der aus Neuseeland eingeführten Buttermengen vor, in deren Rahmen die Mitgliedstaaten und insbesondere das Vereinigte Königreich der Kommission verschiedene Daten zu diesen Einfuhren mitteilen müssen.

11. Nach Titel 3 der Verordnung Nr. 2535/2001 treffen die Mitgliedstaaten die notwendigen Maßnahmen zur Überwachung der in der Verordnung vorgesehenen Bescheinigungsregelung.

C — *Rechtlicher Rahmen in Neuseeland*

Neuseeländische Regelung der Ausfuhrlizenzen

12. Das Verfahren für die Gewährung von Lizenzen zur Ausfuhr neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft ist im New Zealand Dairy Industry Restructuring Act 2001 (Gesetz für die Umstrukturierung der Milchwirtschaft, im Folgenden: DIRA) geregelt. Durch das DIRA wurde der unternehmerische Rahmen für die neuseeländische Milchindustrie einschließlich der für sie geltenden Ausfuhrregelung grundlegend umgestaltet. Mit dem DIRA wurde vor allem die Fusion der beiden (damals) größten Milchkooperativen Neuseelands, der New Zealand Co-operative Dairy Company Ltd und der Kiwi Co-operative Dairies Ltd, zur neuen Fonterra Co-operative Group Limited (im Folgenden: Fonterra) gestattet. Fonterra hält ihrerseits alle Aktien des New Zealand Dairy Board (im Folgenden: NZDB), das durch das DIRA von einer halbstaatlichen Einrichtung zu einem Unternehmen umgewandelt wurde. Subpart 3 des DIRA regelt den internationalen Handel mit bestimmten Märkten und legt dabei u. a. fest, welche Beteiligten die Präferenzzölle für Importe in die Gemeinschaft nutzen können. Nach Artikel 21 (1) DIRA ist es der Zweck von Subpart 3 des Gesetzes, „a) die wirtschaftlichen Vorteile für Neuseeland, die sich aus von ausländischen Regierungen bei der Kontrolle des Zugangs zu ihren heimischen Märkten eingerichteten Zollkontingenten ergeben, zu maximieren; b) Vorsorge dafür zu treffen, dass die neuseeländische Milchindustrie Empfänger dieser Vorteile ist; c) die Interessen Neuseelands in Bezug auf diese Zollkontingente zu wahren; d) sicherzustellen, dass verwaltungsrechtliche und andere Maßnahmen in Übereinstimmung mit Neuseelands internationalen Verpflichtungen stehen". In Artikel 21 (2) DIRA heißt es: „Die wirtschaftlichen Vorteile, die sich aus den in Subsection (1) genannten Zollsätzen ergeben, stehen der Krone zu".

13. Nach Artikel 23 DIRA ist für die Ausfuhr von Milcherzeugnissen nach bestimmten Märkten (darunter die, für die Präferenzzölle gelten) eine Ausfuhrlizenz erforderlich. Nach Artikel 24 (1) DIRA stehen diese Lizenzen für sämtliche betroffene Ausfuhren von Milcherzeugnissen nach der Gemeinschaft zunächst bis zum 31. Dezember 2007 ausschließlich dem NZDB zu. Nach Artikel 25 DIRA gilt dies danach bis zum 31. Dezember 2010 weiterhin für be-

schränkte Mengen von Milcherzeugnissen nach Maßgabe von Absatz 2 dieses Artikels. Gemäß Artikel 26 DIRA fallen alle nach dem 31. Dezember 2007 verfügbar werdenden Ausfuhrlizenzen (d. h. Ausfuhrlizenzen, die nicht automatisch dem NZDB zugeteilt werden) an die Krone zurück und sind von ihr neu zu vergeben. Diese Neuvergabe kann zugunsten des NZDB erfolgen [7]. Gemäß Artikel 28 DIRA darf das NZDB eine ihm für einen der in Frage stehenden Märkte erteilte Lizenz nicht übertragen, weitergeben oder anderweitig über die Lizenz zugunsten einer anderen Person verfügen.

Neuseeländische Regelung für Bescheinigungen IMA 1

14. Nach der Verordnung Nr. 2535/2001 ist, wie oben ausgeführt, das MAF die einzige Stelle, die für die Erteilung von Bescheinigungen IMA 1 für Ausfuhren aus Neuseeland zuständig ist. Die Erteilung von Bescheinigungen IMA 1 für neuseeländische Butter, Cheddar-Käse und bestimmte weitere Käsesorten zum Zweck der Verarbeitung wird durch die Dairy Industry (IMA Certification) Regulations 2000 (Verordnung über die Erteilung der Bescheinigungen IMA in der Milchwirtschaft, im Folgenden: IMA Regulations) geregelt. Artikel 5 der IMA Regulations legt für die Erteilung einer Bescheinigung IMA 1 bestimmte Voraussetzungen fest, darunter die obligatorische Antragstellung bei einer Einrichtung, die zur regelmäßigen Ausfuhr von Erzeugnissen, die Zollkontingenten unterliegen, berechtigt ist [8]. Da nach den Artikeln 24 und 25 DIRA gegenwärtig nur das NZDB Anspruch auf die Erteilung von Lizenzen für die Ausfuhr neuseeländischer Butter nach der Gemeinschaft zu Präferenzzöllen hat, ist das NZDB auch die einzige Einrichtung, der eine Bescheinigung IMA 1 erteilt werden kann.

D — *Übersicht über das Verfahren der Ausfuhr neuseeländischer Butter nach der Gemeinschaft zu Präferenzzöllen*

15. Kurz gesagt, beginnt das Verfahren mit dem Kauf der Milch und der Herstellung von Milcherzeugnissen durch Fonterra. Diese Erzeugnisse werden dann an das NZDB verkauft, das nach dem DIRA die einzige Einrichtung ist, die eine Ausfuhrlizenz für Butterexporte zu Präferenzzöllen nach der Gemeinschaft erlangen kann. Als einziger Inhaber dieser Ausfuhrlizenzen ist das NZDB nach den IMA Regulations auch die einzige Einrichtung, der das MAF Bescheinigungen IMA 1 erteilen kann. Das NZDB verkauft die Butter, die mit der Bescheinigung IMA 1 versehen ist, ausschließlich an eine im Vereinigten Königreich ansässige mittelbare Tochtergesellschaft von Fonterra, die Fonterra Logistics Limited (im Folgenden: Fonterra Logistics). Infolgedessen ist die Fonterra Logistics ihrerseits, weil nach der Verordnung Nr. 2535/2001 der Besitz der Bescheinigung IMA 1 erforderliche Voraussetzung für die Erlangung einer Lizenz für die Einfuhr neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft ist, die einzige Einrichtung,

7 — Artikel 26 (2) und (4) DIRA.

8 — Artikel 5 (1) (b) der IMA Regulations.

der eine solche Einfuhrlizenz gewährt werden kann. Damit ist die Fonterra Logistics die einzige Einrichtung, die präferenzbegünstigte neuseeländische Butter in die Gemeinschaft einführen kann. Nach Erledigung der Zollförmlichkeiten — einschließlich Zahlung des Präferenzzolls — verkauft die Fonterra Logistics die eingeführte Butter an „verschwisterte" mittelbare Tochtergesellschaften von Fonterra in anderen Mitgliedstaaten als dem Vereinigten Königreich [9].

## III — Hintergrund des Vorabentscheidungsersuchens und Vorlagefragen

16. Die Franz Egenberger GmbH Molkerei und Trockenwerk (im Folgenden: Egenberger) ist ein deutsches Unternehmen, das u. a. im Rahmen der in der WTO ohne Festlegung nach Ursprungsland vereinbarten Zollkontingente Milcherzeugnisse in die Gemeinschaft einführt. Im Jahre 2001 wollte Egenberger von der Fonterra Logistics präferenzielle neuseeländische Butter kaufen, die noch nicht die Zollabfertigung der Gemeinschaft durchlaufen hatte. Dies wurde mit der Begründung abgelehnt, dass die Fonterra Group unverzollte Butter zur Einfuhr in die Gemeinschaft ausschließlich an die Fonterra Logistics verkaufe. Im August 2003 beantragte Egenberger bei der Bundesanstalt für Landwirtschaft und Ernährung (BLE) die Erteilung einer Einfuhrlizenz für 100 000 kg Butter aus Neuseeland zur zollermäßigten Einfuhr gemäß Artikel 25 der Verordnung Nr. 2535/2001. Die BLE lehnte den Antrag im Oktober 2003 mit der Begründung ab, erstens könne nach Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 eine Einfuhrlizenz nur nach Vorlage einer entsprechenden Bescheinigung IMA 1 erteilt werden — die Egenberger nicht besaß — und zweitens könnten solche Lizenzanträge für präferenzielle neuseeländische Butter nach Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 nur bei den Behörden des Vereinigten Königreichs gestellt werden. Egenberger legte dagegen im November 2003 Widerspruch ein; der Widerspruch wurde von der BLE im Januar 2004 zurückgewiesen. Gegen den Widerspruchsbescheid erhob Egenberger im Februar 2004 Klage beim Verwaltungsgericht Frankfurt am Main, das das Verfahren aussetzte und dem Gerichtshof folgende Fragen vorlegte:

1. Verstößt Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung der Nr. 2535/2001 der Kommission gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht, insbesondere gegen das Verbot der mengenmäßigen Einfuhrbeschränkungen und Maßnahmen gleicher Wirkung des Artikels 28 EG, das Diskriminierungsverbot des

9 — Diese Unternehmen sind Tochtergesellschaften der NZMP (AMP) Ltd, einer britischen Holding, die zur Fonterra-Gruppe gehört. Die NZMP (AMP) Ltd ist die unmittelbare Muttergesellschaft der Fonterra Logistics.

Artikels 34 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG und gegen Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 des Rates, und ist er deshalb ungültig?

2. Verstößt Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 gegen höherrangiges Gemeinschaftsrecht, insbesondere das Diskriminierungsverbot des Artikels 34 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG und das Diskriminierungsverbot des Artikels 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999, gegen Artikel 28 EG und gegen Artikel 82 Absatz 1 EG, und ist er deshalb ungültig?

3. Verstoßen die Artikel 25 Absatz 1 und 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 der Kommission gegen Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT und gegen Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren, und sind sie deshalb ungültig?

17. Gemäß Artikel 93 der Verfahrensordnung haben Egenberger, die BLE, die Fonterra Logistics, die Französische Republik, die Bundesrepublik Deutschland und die Kommission schriftliche Erklärungen abgegeben. Am 27. September 2005 hat eine mündliche Verhandlung stattgefunden, an der diese Beteiligten, ausgenommen die Französische Republik, sowie die Polnische Republik teilgenommen und sich geäußert haben.

## IV — Prüfung

### A — *Zur ersten Frage*

18. Mit seiner ersten Frage möchte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen wissen, ob Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001, soweit darin vorgeschrieben ist, dass Anträge auf Einfuhrlizenzen für präferenzielle neuseeländische Butter nur im Vereinigten Königreich gestellt werden dürfen, 1. gegen den Grundsatz des freien Warenverkehrs nach Artikel 28 EG und 2. gegen das Diskriminierungsverbot gemäß Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG und/oder 3. Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 verstößt.

#### 1. Artikel 28 EG

19. Nach Auffassung des vorlegenden Gerichts, der sich Egenberger, die BLE und die deutsche Regierung anschließen, verstößt Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung

Nr. 2535/2001 gegen Artikel 28 EG. Das Verwaltungsgericht verweist darauf, dass das Erfordernis der obligatorischen Beantragung von Einfuhrlizenzen im Vereinigten Königreich die Einfuhr von neuseeländischer Butter für potenzielle Importeure, die nicht im Vereinigten Königreich ansässig sind, erschwere und damit den freien Handel in der Gemeinschaft beschränke.

20. Mit diesem Argument wird jedoch übersehen, dass Artikel 28 EG gemäß Artikel 23 Absatz 2 EG nur für die aus den Mitgliedstaaten stammenden Waren sowie für diejenigen Waren aus dritten Ländern gilt, die sich in den Mitgliedstaaten im freien Verkehr befinden. Nach Artikel 24 EG gelten „[a]ls im freien Verkehr eines Mitgliedstaats befindlich ... diejenigen Waren aus dritten Ländern, für die in dem betreffenden Mitgliedstaat die Einfuhr-Förmlichkeiten erfüllt sowie die vorgeschriebenen Zölle und Abgaben gleicher Wirkung erhoben und nicht ganz oder teilweise rückvergütet worden sind". Im vorliegenden Fall gilt das Erfordernis der obligatorischen Beantragung einer Einfuhrlizenz im Vereinigten Königreich definitionsgemäß für neuseeländische Butter, für die die Einfuhr-Förmlichkeiten noch nicht erfüllt und die Zölle noch nicht entrichtet worden sind, womit diese Butter (noch) nicht als im freien Verkehr in der Gemeinschaft befindlich angesehen werden kann. Folglich gilt für dieses Erfordernis, wie durch Urteile des Gerichtshofes in Rechtssachen wie Donckerwolcke [10] bestätigt worden ist, das Verbot der mengenmäßigen Beschränkungen gemäß Artikel 28 EG nicht. Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 fällt somit nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 28 EG und kann diese Bestimmung daher nicht verletzen.

2. Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG

21. In Artikel 34 EG ist geregelt, mit welchen Mitteln die in Artikel 33 Absatz 1 EG niedergelegten Ziele der Gemeinschaft im Bereich der Landwirtschaft zu verwirklichen sind, nämlich durch die Schaffung von gemeinsamen Organisationsformen für die Agrarmärkte. Die Reichweite dieser gemeinsamen Organisation wird in Artikel 34 Absatz 2 EG festgelegt. Sie „kann alle zur Durchführung des Artikels 33 erforderlichen Maßnahmen einschließen, insbesondere Preisregelungen, Beihilfen für die Erzeugung und die Verteilung der verschiedenen Erzeugnisse, Einlagerungs- und Ausgleichsmaßnahmen [und] gemeinsame Einrichtungen zur Stabilisierung der Ein- oder Ausfuhr", unterliegt jedoch ausdrücklich drei Beschränkungen. So ist die gemeinsame Marktorganisation erstens „auf die Verfolgung der Ziele des Artikels 33 zu beschränken". Zweitens muss sie „jede Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern

10 — Urteil vom 15. Dezember 1976 in der Rechtssache 41/76, Donckerwolcke, Slg. 1976, 1921, Randnr. 16.

innerhalb der Gemeinschaft [ausschließen]". Drittens muss eine etwaige gemeinsame Preispolitik „auf gemeinsamen Grundsätzen und einheitlichen Berechnungsmethoden beruhen".

22. Im vorliegenden Fall stellt sich die Frage, ob das Erfordernis, eine Einfuhrlizenz für neuseeländische Butter im Vereinigten Königreich zu beantragen, die zweite dieser Beschränkungen verletzt, also das Verbot jeder Diskriminierung zwischen Erzeugern oder Verbrauchern innerhalb der Gemeinschaft. Nach ständiger Rechtsprechung ist dieses Verbot ein besonderer Ausdruck des allgemeinen Gleichheitsgrundsatzes, wonach vergleichbare Sachverhalte nicht unterschiedlich und unterschiedliche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dass eine solche Behandlung objektiv gerechtfertigt wäre [11]. Maßnahmen im Rahmen der gemeinsamen Agrarpolitik (GAP) dürfen daher zwischen Erzeugern und Verbrauchern nur aufgrund objektiver Kriterien differenzieren [12]. Jedoch kann der Umstand, dass eine Maßnahme im Rahmen der gemeinsamen Marktorganisation für bestimmte Erzeuger je nach der individuellen Ausrichtung ihrer Erzeugung unterschiedliche Auswirkungen haben kann, nicht als eine Diskriminierung angesehen werden, wenn sie auf objektiven, den Erfordernissen des gesamten Funktionierens der gemeinsamen Marktorganisation angepassten Kriterien beruht [13].

23. Vorab ist zu bemerken, dass zwar nicht alle Antragsteller für Einfuhrlizenzen nach Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 unmittelbar, wie es in Artikel 34 Absatz 2 EG heißt, als „Erzeuger" in der Gemeinschaft anzusehen sind, dass aber dieser Umstand meiner Meinung nach für die Prüfung außer Betracht bleiben sollte. Das folgt aus dem Gebot, den Grundsatz der Nichtdiskriminierung als grundlegendes Prinzip des Gemeinschaftsrechts in einem weiten Sinne auszulegen. Hinzu kommt, dass in den beiden hier fraglichen Verordnungen der umfassendere Begriff der Nichtdiskriminierung zwischen „Wirtschaftsteilnehmern" oder „Einführern" verwendet wird [14].

24. Im vorliegenden Fall ist somit erstens zu fragen, ob das Erfordernis, Einfuhrlizenzen im Vereinigten Königreich zu beantragen, eine Ungleichbehandlung von potenziellen Einführern in vergleichbarer Lage darstellt. Während dieses Erfordernis nach Ansicht des vorlegenden Gerichts, von Egenberger, der BLE, der Kommission sowie der französ-

11 — Urteile vom 20. September 1988 in der Rechtssache 203/86, Spanien/Rat, Slg. 1988, 4563, Randnr. 25, vom 13. Juli 2000 in der Rechtssache C-117/99, Unilet, Slg. 2000, I-6077, Randnr. 23, vom 13. Januar 2005 in der Rechtssache C-126/04, Heineken Brouwerijen, Slg. 2005, I-331, Randnr. 16, und vom 17. März 2005 in der Rechtssache C-91/03, Spanien/Rat, Slg. 2005, I-2267, Randnr. 43.

12 — Vgl. vorstehend in Fußnote 11 zitiertes Urteil in der Rechtssache 203/86, Spanien/Rat, Randnr. 25.

13 — Vgl. Urteile vom 9. Juli 1985 in der Rechtssache 179/84, Bozzetti/Invernizzi, Slg. 1985, 2301, Randnr. 34, vom 19. März 1992 in der Rechtssache C-311/90, Hierl, Slg. 1992, I-2061, und vom 11. Mai 2000 in der Rechtssache C-56/99, Gascogne Limousin viandes, Slg. 2000, I-3079, Randnr. 44.

14 — Vgl. Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999: „Bei den Verfahren [zur Verwaltung der Zollkontingente] wird jegliche Diskriminierung zwischen den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern verhindert." Die zweite Begründungserwägung der Verordnung Nr. 2535/2001 sagt: „In Anwendung der Artikel 26 und 29 der Verordnung (EG) Nr. 1255/1999 müssen die Einfuhrlizenzen jedem Antragsteller unabhängig vom Ort der Niederlassung in der Gemeinschaft erteilt werden, wobei unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen jegliche Diskriminierung zwischen den betreffenden Einführern zu vermeiden ist."

sischen und der deutschen Regierung potenzielle Einführer neuseeländischer Butter, die im Vereinigten Königreich ansässig sind, gegenüber denen mit Sitz in anderen Mitgliedstaaten bevorzugt, liegt hierin nach Auffassung der Fonterra Logistics keine Ungleichbehandlung, die unter das Diskriminierungsverbot fällt. Die Fonterra Logistics meint, es sei nicht nachgewiesen, dass nichtbritische Antragsteller insoweit größeren Schwierigkeiten begegneten und höhere Kosten zu tragen hätten als britische.

25. Dieser Argumentation von Fonterra Logistics vermag ich nicht zu folgen. Wie auch das vorlegende Gericht ausführt, ist vielmehr eindeutig, dass eine Lizenzbeantragung im Vereinigten Königreich für dort nicht ansässige Importeure größere Schwierigkeiten mit sich bringt als für einheimische. So ist es zunächst für einen Einführer leichter, einen Antrag in seiner „Muttersprache" zu stellen. Auch wenn für sehr große Unternehmen eine englischsprachige Antragstellung ein normaler Geschäftsvorgang ohne Zusatzkosten oder -probleme sein mag, kann dieses Erfordernis für kleinere Unternehmen ohne weiteres etwa zusätzliche Übersetzungskosten mit sich bringen. Kommt es zu einem Rechtsstreit, so ist es außerdem für nichtbritische Unternehmen ein Nachteil, diesen in einem fremden Rechtssystem führen zu müssen. Meiner Auffassung nach sind diese möglichen zusätzlichen Schwierigkeiten für nicht im Vereinigten Königreich ansässige Importeure hinreichend, um eine Ungleichbehandlung im Sinne des Diskriminierungsverbots zu bejahen. Insoweit kann nicht einfach darauf verwiesen werden, dass international agierende Unternehmen solche Schwierigkeiten in der Praxis meist als unerheblich betrachten werden: Für die hier vorzunehmende Beurteilung gilt keine De-minimis-Regel.

26. Nachdem somit feststeht, dass Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 britische und nichtbritische Einführer ungleich behandelt, stellt sich die zweite Frage, ob es für diese Ungleichbehandlung eine objektive Rechtfertigung gibt. Nach Auffassung der Kommission ist dies zu bejahen, da die Ungleichbehandlung im Hinblick auf das mit der Bestimmung verfolgte Ziel verhältnismäßig sei. Die Kommission verweist vor allem darauf, dass sie bei der Wahrnehmung ihrer Befugnisse im Bereich der GAP ein weites Ermessen habe und die gerichtliche Kontrolle daher auf die Prüfung zu beschränken sei, ob sie ihre Befugnisse offenkundig überschritten habe. Außerdem solle das Erfordernis der obligatorischen Beantragung von Einfuhrlizenzen im Vereinigten Königreich diesem Mitgliedstaat die wirksame Überprüfung aller ausgestellten, annullierten oder geänderten Bescheinigungen IMA 1 ermöglichen, denn nur so könne er sicherstellen, dass die Gesamtmenge der eingeführten Butter nicht das jeweilige Jahreskontingent überschreite.

27. Diese Argumente scheinen mir aus den folgenden Gründen nicht überzeugend:

28. Zunächst gehen die Kommission und die Fonterra Logistics mit diesem Vorbringen weitgehend von der Prämisse aus, dass die gerichtliche Überprüfung von Rechtsvorschriften, die die Kommission im Bereich der Landwirtschaft erlässt, ihrem Wesen nach stets nur beschränkter Art sein könne. Dem vermag ich nicht zuzustimmen. Meines Erachtens ist hier zu unterscheiden zwischen Rechtsetzungsmaßnahmen der Kommission einerseits, die schwierige politische Abwägungen mit sich bringen, bei denen die Kommission zwischen den verschiedenen in Artikel 33 niedergelegten Zielen der GAP einen Ausgleich finden muss, und Maßnahmen der Kommission ohne solche politischen Abwägungen andererseits, die nur die praktische Durchführung und Verwaltung einer Leitlinie oder Politik zum Gegenstand haben.

29. Im erstgenannten Fall ist klar, dass die gerichtliche Überprüfung auf die Frage zu beschränken ist, ob die Rechtsetzungsmaßnahme nicht mit einem offensichtlichen Beurteilungsfehler oder einem Ermessensmissbrauch behaftet ist oder ob die Kommission nicht die Grenzen ihres Ermessens offensichtlich überschritten hat [15]. Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofes verfügt der Gemeinschaftsgesetzgeber im Bereich der GAP über ein weites Ermessen, das der ihm durch die Artikel 34 EG und 37 EG übertragenen Verantwortung entspricht. Die Rechtmäßigkeit einer auf diesem Gebiet erlassenen Maßnahme kann daher nur dann mit einem Mangel behaftet sein, wenn sie angesichts der vom zuständigen Organ verfolgten Ziele offenkundig ungeeignet ist [16]. Zu den Beispielen für Entscheidungen, die in Wahrnehmung dieser politischen Verantwortung erlassen werden, gehören Maßnahmen, mit denen auf plötzliche Entwicklungen auf den Agrarmärkten reagiert wird. So hat der Gerichtshof betont, dass nur die Kommission in der Lage ist, die Entwicklung der Agrarmärkte ständig und aufmerksam zu verfolgen und mit der durch die Situation gebotenen Schnelligkeit zu handeln. Daher kann sich der Rat nach gefestigter Rechtsprechung des Gerichtshofes veranlasst sehen, der Kommission auf diesem Gebiet eine weitgehende Beurteilungs- und Handlungsbefugnis zu übertragen. In diesem Fall sind die Grenzen dieser Zuständigkeit nach den allgemeinen Hauptzielen der Marktorganisation zu beurteilen [17]. So hat der Gerichtshof etwa entschieden, dass eine Entscheidung der Kommission, mit der sie zur Bekämpfung der Maul- und Klauenseuche eine Politik der Nichtimpfung und Schlachtung der infizierten Tiere festlegte, von ihrem Ermessen bei dem Erlass von Entscheidungen im Bereich der GAP gedeckt war [18].

30. Im zweiten genannten Fall — nichtpolitische Maßnahmen der Kommission mit

15 — Urteil vom 6. März 2003 in der Rechtssache C-14/01, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann, Slg. 2003, I-2279, Randnr. 39; vgl. ferner Urteile vom 12. Juli 2001 in der Rechtssache C-189/01, Jippes u. a., Slg. 2001, I-5689, Randnr. 80, und vom 29. Oktober 1998 in der Rechtssache C-375/96, Zaninotto, Slg. 1998, I-6629, Randnr. 64, das oben in Fußnote 13 zitierte Urteil in der Rechtssache C-56/99, Gascogne Limousin, sowie schließlich Urteile vom 7. Februar 2002 in der Rechtssache C-328/00, Weber, Slg. 2002, I-1461, Randnr. 32, vom 16. Mai 2002 in der Rechtssache C-63/00, Schilling und Nehring, Slg. 2002, I-4483, Randnr. 39, und vom 12. Mai 2005 in der Rechtssache C-347/03, ERSA, Slg. 2005, I-3785.

16 — Vgl. das vorstehend in Fußnote 15 zitierte Urteil in der Rechtssache C-347/03, ERSA, Randnr. 131; vgl. ferner Urteile vom 13. November 1990 in der Rechtssache C-331/88, Fedesa, Slg. 1990, I-4023, Randnr. 8, vom 17. Juli 1997 in der Rechtssache C-354/95, National Farmers' Union, Slg. 1997, I-4559, Randnr. 50, und vom 22. November 2001 in der Rechtssache C-301/97, Niederlande/Rat, Slg. 2001, I-8853, Randnr. 74, sowie die vorstehend in Fußnote 15 zitierten Urteile in den Rechtssachen C-63/00, Schilling und Nehring, Randnr. 39, und C-14/01, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann, Randnr. 39.

17 — Oben in Fußnote 15 zitiertes Urteil in der Rechtssache C-14/01, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann, Randnr. 38. Vgl. auch Urteile vom 21. Mai 1987 in den verbundenen Rechtssachen 133/85 bis 136/85, Rau u. a., Slg. 1987, 2289, Randnr. 31, vom 11. März 1987 in der Rechtssache 265/85, Van den Bergh en Jurgens und Van Dijk Food Products, Slg. 1987, 1155, Randnr. 14, und vom 21. März 1991 in der Rechtssache C-359/89, SAFA, Slg. 1991, I-1677, Randnr. 16, sowie das oben in Fußnote 13 zitierte Urteil in der Rechtssache C-311/90, Hierl, Randnr. 14.

18 — Vgl. das oben in Fußnote 15 zitierte Urteil in der Rechtssache C-189/01, Jippes.

im Wesentlichen administrativem oder durchführendem Charakter — sehe ich hingegen keinen Grund, warum die Reichweite der gerichtlichen Kontrolle solcher Maßnahmen beschränkt sein sollte — oder anderen Maßstäben unterliegen sollte, als sie für die Kontrolle von Einzelmaßnahmen der Mitgliedstaaten für die Durchführung der GAP gelten. In diesen Fällen fehlt der maßgebende Grund für die Beschränkung der gerichtlichen Kontrolle — nämlich die grundlegende Trennung von Legislative und Judikative, in deren Rahmen es nicht Sache der Gerichte ist, politische Entscheidungen des Gesetzgebers im Nachhinein in Frage zu stellen. Diese Erwägung ist es, die der von mir zitierten Rechtsprechung des Gerichtshofes zugrunde liegt: Danach soll der Gerichtshof nicht Normgebungsakte der Gemeinschaft überprüfen, die in Wahrnehmung ihrer „politischen Verantwortung" gemäß den Artikeln 34 EG und 37 EG erlassen wurden; der Umfang der gerichtlichen Kontrolle von Maßnahmen der Kommission soll nur dort beschränkt sein, wo ihr der Rat für ihr Handeln einen weiten Ermessensspielraum gewährt hat. Die Argumente für eine umfassendere gerichtliche Nachprüfung von agrarrechtlichen Durchführungsmaßnahmen der Kommission sind erst recht dort stichhaltig, wo diese Kontrolle der Einhaltung des Diskriminierungsverbots dient, das — wie oben ausgeführt — nach Artikel 34 Absatz 2 EG eine vom Vertrag ausdrücklich errichtete Beschränkung der Mittel darstellt, mit denen die Ziele der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Landwirtschaft zu erreichen sind. Im gleichen Sinne hat der Rat die von ihm erteilte Ermächtigung für die Verwaltung der Zollkontingente in Artikel 29 der Verordnung Nr. 1255/1999 einer ausdrücklichen Beschränkung des Ermessens bei der Wahrnehmung dieser Aufgabe unterworfen. Bei ihr ist „jegliche Diskriminierung zwischen den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern [zu verhindern]".

31. Im vorliegenden Fall führt die Kommission zur Rechtfertigung des in Artikel 35 Absatz 2 normierten Erfordernisses der obligatorischen Beantragung von Einfuhrlizenzen im Vereinigten Königreich Gründe der Einfachheit und Wirksamkeit der Kontrolle und Verifizierung der Anträge an; außerdem werde dadurch sichergestellt, dass das Gesamtkontingent für die Einfuhr neuseeländischer Butter nicht überschritten werde. Diese Rechtfertigung ist meiner Auffassung nach nicht ausreichend. Auch wenn das Ziel einer ordnungsgemäßen Überwachung, Verifizierung und Kontrolle der Einfuhrlizenzanträge grundsätzlich anzuerkennen ist, erscheint es für seine Verwirklichung unverhältnismäßig, alle Importeure zur Antragstellung im Vereinigten Königreich zu verpflichten. Vor allem erscheint äußerst fragwürdig, wie angebracht und wirkungsvoll diese Verpflichtung für die Erreichung dieses Zieles tatsächlich ist. Es gibt keinen Beweis dafür, dass die Behörden des Vereinigten Königreichs für die Überwachung der Einfuhrlizenzen automatisch einen Vorsprung besitzen. Wie oben erwähnt, gilt das in Frage stehende Erfordernis nach der Verordnung Nr. 2535/2001 einzig für neuseeländische Butter [19]. Soweit für andere Erzeugnisse (nämlich die, die unter Titel 2 Kapitel III Abschnitt 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 fallen) außer einer Einfuhrlizenz eine Bescheinigung IMA 1 verlangt wird [20], können die Einfuhrlizenzen von jeder für die Lizenzerteilung zuständigen Stelle in der Gemeinschaft ausgestellt werden. Ich vermag keinen objektiven Grund zu erkennen — noch wurde ein solcher benannt –, warum eine entsprechende Regelung nicht grundsätzlich

19 — Titel 2 Kapitel III Abschnitt 2 der Verordnung Nr. 2535/2001, zu dem Artikel 35 Absatz 2 gehört, gilt, wie oben erwähnt, ausschließlich für neuseeländische Butter.

20 — Dabei handelt es sich um Einfuhren im Rahmen 1. der nach Ursprungsland festgelegten Zollkontingente gemäß der Liste CXL außer neuseeländischer Butter, 2. der Kontingente im Rahmen des Abkommens mit Norwegen und 3. des Abkommens mit Zypern (Artikel 24 der Verordnung Nr. 2535/2001).

ebenso wirksam sein sollte, soweit es um die Einfuhr von neuseeländischer Butter geht. So verdient Erwähnung, dass bereits die Verordnung Nr. 2535/2001 selbst den Behörden der Mitgliedstaaten die Kontrolle von Gewicht und Fettgehalt der eingeführten neuseeländischen Butter überträgt, um zu gewährleisten, dass sie mit den Angaben auf der entsprechenden Bescheinigung IMA 1 übereinstimmen [21].

32. Vielmehr liegt es meines Erachtens auf der Hand, dass der wirkliche Grund für die Aufnahme des Artikels 35 Absatz 2 in die Verordnung Nr. 2535/2001 historischer Art ist. Wie die Kommission in ihren Erklärungen eingeräumt hat, liegt der ursprüngliche Grund für die obligatorische Beantragung von Einfuhrlizenzen für neuseeländische Butter im Vereinigten Königreich darin, dass das Vereinigte Königreich nach dem Protokoll Nr. 18 das einzige Land war, in dem diese Butter vermarktet werden durfte. Obwohl diese Beschränkung mit der Verordnung Nr. 3841/92 fiel und präferenzielle Butter aus Neuseeland seither frei in der Gemeinschaft vertrieben werden konnte, blieb die Pflicht zur Beantragung der Einfuhrlizenz im Vereinigten Königreich einfach bestehen, obgleich ihr Grund inzwischen völlig entfallen war. Artikel 35 Absatz 2 ist daher meiner Auffassung nach unter keinem vernünftigen Gesichtspunkt als eine politische Maßnahme anzusehen, die nur beschränkter gerichtlicher Kontrolle unterworfen wäre.

33. Damit verbleibt für die Beibehaltung dieser Rechtslage nur ein mögliches Argument — nämlich das, dass die Beibehaltung des Status quo einfacher ist. Es erscheint vorstellbar, dass Befürworter dieses Arguments auf die Erfahrung der Behörden des Vereinigten Königreichs mit der Bearbeitung von Einfuhrlizenzanträgen für neuseeländische Butter verweisen. Sie könnten auch darauf verweisen, dass sich die diversen Verpflichtungen zur Übermittlung verschiedener Informationen nach den Artikeln 38 und 39 der Verordnung Nr. 2535/2001 ausschließlich auf die Behörden des Vereinigten Königreichs beziehen. Diese Argumente sind freilich nicht zwingend. Wie bereits erwähnt, sind schon jetzt die Behörden anderer Mitgliedstaaten für die Bearbeitung von Einfuhrlizenzanträgen für alle sonstigen Erzeugnisse zuständig, die dem Erfordernis der Vorlage einer Bescheinigung IMA 1 unterliegen. Jedenfalls hat in meinen Augen das Interesse daran, Nachteile für nicht im Vereinigten Königreich ansässige Wirtschaftsteilnehmer zu vermeiden, größeres Gewicht als jeder marginale praktische Erfahrungsvorsprung, den die Behörden des Vereinigten Königreichs besitzen mögen. Auch wenn andere Artikel der Verordnung Nr. 2535/2001 in ihrer gegenwärtigen Fassung auf die Behörden des Vereinigten Königreichs als „Anlaufstelle" für neuseeländische Butter Bezug nehmen, sehe ich keinen zwingenden Grund, warum eine Änderung dieser Artikel im Sinne einer Bezugnahme auf die für die Lizenzerteilung zuständigen Stellen der Mitgliedstaaten ein Problem darstellen sollte oder, wie ich weiter unten ausführe, warum nicht das Vereinigte Königreich in Zusammenarbeit mit diesen Stellen seine statistischen Aufgaben auch weiter wahrnehmen sollte.

34. Aus diesen Gründen bin ich der Auffassung, dass Artikel 35 Absatz 2 der Verord-

21 — Anhang IV der Verordnung Nr. 2535/2001.

nung Nr. 2535/2001 den in Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG niedergelegten Grundsatz der Nichtdiskriminierung verletzt und daher für ungültig zu erklären ist.

3. Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999

35. Die letzte Frage des vorlegenden Gerichts zu Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 betrifft dessen Vereinbarkeit mit Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999.

36. Obgleich eine Beantwortung dieser Teilfrage nach dem Gesagten nicht zwingend notwendig ist, möchte ich darauf hinweisen, dass ich beide Artikel für ohne weiteres vereinbar halte. Artikel 26 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 schreibt lediglich vor, dass Lizenzen (einschließlich Einfuhrlizenzen) von den Mitgliedstaaten unbeschadet der Bestimmungen über die Anwendung der Artikel 29, 30 und 31 jedem Antragsteller unabhängig vom Ort seiner Niederlassung in der Gemeinschaft erteilt werden. Es ist jedoch nicht bestritten worden, dass gemäß Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 Einfuhrlizenzen (theoretisch) Antragstellern mit Sitz in allen Mitgliedstaaten erteilt werden können. Wie bereits dargelegt, ist der springende Punkt, dass diese Antragsteller bei der Beantragung der Lizenzen mutmaßlich praktisch benachteiligt sein werden. Dass Artikel 26 Absatz 2 im Plural davon spricht, dass die Lizenz von den „Mitgliedstaaten" erteilt wird, ist meiner Auffassung nach nicht ausschlaggebend, da dies Teil einer allgemeinen Regelung ist, wonach Einfuhren in die Gemeinschaft lizenzpflichtig sind und Ausfuhren aus der Gemeinschaft lizenzpflichtig sein können. Es ist daher für mich nicht ersichtlich, warum die Verwendung des Plurals an dieser Stelle notwendig die Möglichkeit ausschließen sollte, einen bestimmten Mitgliedstaat — soweit erforderlich und gerechtfertigt — für zuständig zur Entgegennahme der Lizenzanträge für ein bestimmtes Erzeugnis zu erklären [22].

B — *Zur zweiten Frage*

37. Mit seiner zweiten Frage möchte das Verwaltungsgericht im Wesentlichen wissen, ob Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001, soweit danach Einfuhrlizenzen für bestimmte Erzeugnisse, darunter präferenzielle neuseeländische Butter, von der erteilenden Stelle nur nach Vorlage einer Bescheinigung IMA 1 ausgestellt werden können, gegen 1. die Diskriminierungsverbote der Artikel 34 Absatz 2 Unterabsatz 2 EG und 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 und 2. Artikel 28 EG und/oder 3. Artikel 82 Absatz 1 EG verstößt und deshalb für ungültig zu erklären ist.

22 — Dass nach der Bestimmung die Lizenzen „unbeschadet der Bestimmungen über die Anwendung der Artikel 29, 30 und 31" zu erteilen sind, bedeutet meiner Auffassung nach weiterhin nur, dass die Mitgliedstaaten bei der Erteilung der Lizenzen die von der Kommission gemäß diesen Artikeln festgelegten Methoden für die Verwaltung der (Einfuhr- und Ausfuhr-)Kontingente beachten müssen.

1. Diskriminierungsverbot

38. Demgemäß stellt sich erstens die Frage, ob das Erfordernis, wonach Einfuhrlizenzen für bestimmte Erzeugnisse, darunter präferenzielle neuseeländische Butter, von der erteilenden Stelle nur auf Vorlage einer Bescheinigung IMA 1 ausgestellt werden können, das Diskriminierungsverbot gemäß den Artikeln 34 Absatz 2 EG und 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 verletzt. Ich werde diese beiden Artikel zusammen behandeln, da sie meines Erachtens den gleichen Grundsatz normieren. Wie oben dargelegt, bedeutet das Gleichbehandlungsgebot, dass gleiche Sachverhalte nicht ungleich und ungleiche Sachverhalte nicht gleich behandelt werden dürfen, es sei denn, dies wäre objektiv gerechtfertigt. Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 bekräftigt den Nichtdiskriminierungsgrundsatz lediglich im spezifischen Kontext der Verwaltung der Zollkontingente.

39. Theoretisch kann eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift das Diskriminierungsverbot in zweierlei Weise verletzen.

40. So erstens, wie oben erwähnt, dadurch, dass die Vorschrift selbst ihrem Wortlaut nach ein Kriterium vorsieht, das Wirtschaftsteilnehmer untereinander diskriminiert, im vorliegenden Fall bei der Erteilung der Einfuhrlizenzen. Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 enthält keine Diskriminierung in diesem Sinne. Zwar sieht der Artikel formal eine Ungleichbehandlung vor: Mit der Anforderung, dass Einfuhrlizenzen nur auf Vorlage einer Bescheinigung IMA 1 erteilt werden, unterscheidet der Artikel zwischen Wirtschaftsteilnehmern, die diese Bescheinigung besitzen, und solchen, die sie nicht besitzen. Diese Ungleichbehandlung ist jedoch meines Erachtens gerechtfertigt. Das mit der Anforderung verfolgte Ziel wird im vorliegenden Fall in der neunten Begründungserwägung der Verordnung Nr. 2535/2001 formuliert. Danach wird mit der Anforderung im Wesentlichen bezweckt, das Einfuhrverfahren dadurch zu vereinfachen, dass den für die Einfuhr zuständigen Behörden ihre Kontrolle der Übereinstimmung der Erzeugnisse mit der betreffenden Warenbezeichnung und der Einhaltung der Zollkontingente erleichtert wird. Die von dem Ausfuhrland ausgestellte Bescheinigung IMA 1 bietet nämlich Gewähr dafür, dass die ausgeführten Waren mit ihrer Bezeichnung übereinstimmen.

41. Grundsätzlich ist diese Rechtfertigung ohne weiteres anzuerkennen. In den Artikeln 26 Absatz 1 und 29 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1255/1999, die die Rechtsgrundlage der Verordnung Nr. 2535/2001 bilden, hat der Rat die Kommission u. a. dazu ermächtigt, Durchführungsvorschriften für die in diesen Artikeln vorgesehene Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse zu erlassen. Die Entscheidung der Kommission, bestimmte Erzeugnisse im Interesse der Überprüfung, ob die Importwaren der Warenbezeichnung und dem Zollkontingent entsprechen, einer zusätzlichen Anforderung — nämlich dem Erfordernis einer entsprechenden Bescheinigung IMA 1 — zu unterwerfen, ist ein klassisches Beispiel für eine politische Abwägung, die in das Ermessen der Kommission fällt. So weist Egenberger ausdrücklich darauf hin, dass sie

sich gegen das Erfordernis, eine Bescheinigung IMA 1 vorzulegen, nicht grundsätzlich wendet. Folglich lässt sich nicht sagen, dass Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 Wirtschaftsteilnehmer bereits dem Wortlaut nach diskriminiert. In diesem Sinne ist die Vorschrift nicht diskriminierend.

42. Freilich kann eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift das Diskriminierungsverbot in einem zweiten, gesonderten Sinne verletzen. Insoweit geht es um eine Fallgestaltung, in der die Kommission ausdrücklich verpflichtet ist, die Gleichbehandlung der Wirtschaftsteilnehmer in der Gemeinschaft zu gewährleisten, und in der sie weiterhin Verwaltungsaufgaben, die sie nach einer Ermächtigungsgrundlage des Rates beim Erlass ihrer Rechtsvorschriften selbst wahrzunehmen hat, einem dritten Staat überträgt. In diesem Fall muss die Kommission sicherstellen, dass das Diskriminierungsverbot auch von dem dritten Staat eingehalten wird, an den sie ihre Verwaltungsaufgaben delegiert hat. Versäumt sie dies und führt dieses Versäumnis zu einer Diskriminierung von Wirtschaftsteilnehmern in der Gemeinschaft, so ist ihr die Verletzung des Diskriminierungsverbots unmittelbar zuzurechnen.

43. Dafür, diese Art einer „delegierten Diskriminierung" der Kommission zuzurechnen, gibt es gute Gründe. Erstens kann sich die Kommission, soweit sie der Rat mit der Wahrnehmung einer bestimmten Aufgabe im Einklang mit dem Grundsatz der Nichtdiskriminierung betraut, dieser Pflicht nicht einfach dadurch entledigen, dass sie sich zur (teilweisen) Übertragung der Aufgabe an einen dritten Staat entschließt. Dies würde nicht nur die Absicht untergraben, die der Rat mit dem Erlass der Ermächtigungsgrundlage zum Ausdruck gebracht hat[23], sondern auch die Wirksamkeit des im Vertrag niedergelegten grundlegenden Diskriminierungsverbots in Frage stellen. Weiterhin ist, gleichviel ob diskriminierende Vorschriften von einem Drittstaat oder von der Kommission selbst erlassen werden, der verursachte Schaden aus der Sicht eines Wirtschaftsteilnehmers der Gemeinschaft genau der gleiche.

44. Im vorliegenden Fall war die der Kommission vom Rat erteilte Ermächtigung, Durchführungsvorschriften für die Verordnung Nr. 1255/1999 zur Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse und zur Eröffnung der betreffenden Zollkontingente zu erlassen, ausdrücklich an die Bedingung geknüpft, dass das Verbot von Diskriminierungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern innerhalb der Gemeinschaft eingehalten werde. So ist nach Artikel 29 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1255/1999 bei den Verfahren zur Verwaltung der Zollkontingente „jegliche Diskriminierung zwischen den betreffenden Wirtschaftsteilnehmern [zu verhindern]". Die gleiche Bedingung bringt die zweite Begründungserwägung der auf der Grundlage der Verordnung Nr. 1255/1999 erlassenen Verordnung Nr. 2535/2001 zum Ausdruck: „In Anwendung der Artikel 26 und 29 der Verordnung (EG) Nr. 1255/1999 müssen die Einfuhrlizenzen jedem Antrag-

23 — Vgl. entsprechend das oben in Fußnote 15 zitierte Urteil in der Rechtssache C-14/01, Molkerei Wagenfeld Karl Niemann, Randnr. 35: „Nach Artikel 211 vierter Gedankenstrich EG übt die Kommission, um das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des gemeinsamen Marktes zu gewährleisten, die Befugnisse aus, die ihr der Rat zur Durchführung der von ihm erlassenen Vorschriften überträgt."

steller unabhängig vom Ort der Niederlassung in der Gemeinschaft erteilt werden, wobei unter Berücksichtigung der einschlägigen Bestimmungen jegliche Diskriminierung zwischen den betreffenden Einführern zu vermeiden ist."

45. Wie ausgeführt, hat die Kommission für bestimmte Milcherzeugnisse ein Verfahren der Kontingentverwaltung und eine Einfuhrregelung gewählt, die als Voraussetzung für die Erteilung einer Lizenz zur Einfuhr in die Gemeinschaft für das in Frage stehende Erzeugnis den Besitz einer Bescheinigung IMA 1 verlangen. Die ausschließliche Zuständigkeit für die Ausstellung dieser Bescheinigungen wurde den „erteilenden Stellen" von Drittstaaten übertragen, die die Kommission im Anhang XII der Verordnung Nr. 2535/2001 aufgeführt hat [24]. Titel 2 Kapitel III Abschnitt 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 erlegt den erteilenden Stellen für die Ausstellung der Bescheinigungen IMA 1 verschiedene Verpflichtungen auf, so etwa hinsichtlich der Form dieser Bescheinigungen, ihrer Gültigkeit und ihres Inhalts [25]. Für neuseeländische Butter sieht Anhang IV der Verordnung Nr. 2535/2001 eingehende Regeln vor, die das neuseeländische MAF bei der Ausstellung der Bescheinigungen IMA 1 und der Überwachung des Gewichts und Fettgehalts der Butter beachten muss [26]. Die Kommission hat es jedoch nicht zu einer dieser festgelegten Pflichten erhoben, dass bei der Ausstellung der Bescheinigungen IMA 1 der Grundsatz der Nichtdiskriminierung zwischen den Wirtschaftsteilnehmern zu wahren ist. Was die Ausstellung der Bescheinigungen IMA 1 für die Einfuhr von neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft angeht, so liegt klar auf der Hand, dass dieses Versäumnis den neuseeländischen Behörden die Vornahme einer Diskriminierung zwischen Wirtschaftsteilnehmern im Sinne von Artikel 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 bei der Erteilung der Bescheinigungen ermöglicht hat. So unterliegt es erstens keinem Zweifel, dass die neuseeländische Regelung für die Erteilung der Bescheinigungen IMA 1 Wirtschaftsteilnehmer ungleich behandelt. Wie oben beschrieben, kann nach dieser Regelung nur ein einziger Wirtschaftsteilnehmer, das NZDB, eine Bescheinigung IMA 1 für solche Einfuhren in die Gemeinschaft erlangen. Zweitens ist diese Ungleichbehandlung nicht im Sinne des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots objektiv gerechtfertigt. Wie oben dargelegt, ist die neuseeländische Regelung ausdrücklich erlassen worden, um die wirtschaftlichen Vorteile aus dem Export neuseeländischer Butter nach der Gemeinschaft zu maximieren und sicherzustellen, dass diese Vorteile so weit wie möglich über Fonterra wieder der neuseeländischen Milchwirtschaft zugute kommen. Hierin liegt keine gültige gemeinschaftsrechtliche Rechtfertigung für die in Frage stehende Ungleichbehandlung, insbesondere nicht für eine so krasse Ungleichbehandlung, wie sie hier offensichtlich ist, nämlich den vollständigen Ausschluss aller anderen Wirtschaftsteilnehmer von der Möglichkeit, neuseeländische Butter in die Gemeinschaft einzuführen.

46. Aus diesen Gründen ist die Kommission nicht ihrer Verpflichtung nachgekommen, sicherzustellen, dass ein Drittstaat, dem sie ihre in der Ermächtigungsgrundlage des Rates vorgesehene Verwaltungsaufgabe übertragen hat, das Diskriminierungsverbot ein-

24 — Damit unterscheidet sich diese Einfuhrregelung von der für andere Milcherzeugnisse gemäß Titel 2 Kapitel I und II der Verordnung Nr. 2535/2001, wonach für Einfuhren nur eine Einfuhrlizenz erforderlich ist, die die für die Einfuhr zuständigen Behörden der Gemeinschaft erteilen.

25 — Vgl. die Artikel 25 und 29 bis 31 der Verordnung Nr. 2535/2001.

26 — Artikel 40 Absatz 1 Verordnung Nr. 2535/2001.

hält. Die daraus entstandene Diskriminierung zwischen verschiedenen Wirtschaftsteilnehmern muss daher meines Erachtens der Kommission zugerechnet werden. Ich möchte hinzufügen, dass die Festlegung einer Bedingung oder Verpflichtung, das Verbot von Diskriminierungen zwischen Wirtschaftsteilnehmern einzuhalten, in meinen Augen keine unangemessenen praktischen Schwierigkeiten mit sich brächte. Was zunächst die Überwachung der Erfüllung dieser Pflicht durch die Kommission angeht, so gilt die Regelung über die Bescheinigungen IMA 1 nur in einem beschränkten Kreis von Ländern. Weiterhin haben die erteilenden Stellen bereits verschiedene Verpflichtungen, die Kommission über die Funktionsweise ihrer entsprechenden Regelungen zu unterrichten [27]. Diese könnten ohne weiteres beispielsweise um die Pflicht ergänzt werden, dafür Sorge zu tragen, dass die Bescheinigungen IMA 1 in einer nicht diskriminierenden Weise vergeben werden, oder eine Liste der Wirtschaftsteilnehmer zu erstellen, denen im jeweiligen Jahr der Kontingentierung Bescheinigungen IMA 1 erteilt wurden. Was die möglichen Folgen einer Verletzung dieser Verpflichtung betrifft, so ließen sich solche Konsequenzen in verschiedenen Formen denken, die von informellen Gesprächen zwischen der Kommission und der erteilenden Stelle bis zu einer förmlichen Änderung der für die erteilenden Stellen in dem Drittstaat geltenden Regelung reichen [28].

47. Auf diesen Teil der Vorlagefrage sollte daher geantwortet werden, dass Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 die Diskriminierungsverbote der Artikel 34 Absatz 2 EG und 29 Absatz 2 der Verordnung Nr. 1255/1999 verletzt und daher für ungültig zu erklären ist.

2. Artikel 28 EG

48. Das vorlegende Gericht stellt weiter die Frage, ob das in Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 festgelegte Erfordernis, wonach für die Beantragung einer Einfuhrlizenz eine Bescheinigung IMA 1 vorzulegen ist, gegen das in Artikel 28 EG normierte Verbot von Beschränkungen des freien Warenverkehrs verstößt. Die klassische Antwort auf diese Frage wäre verneinend, und zwar aus den gleichen Gründen, die ich oben bei der Beantwortung der ersten Frage erörtert habe, also vor allem deswegen, weil dieses Erfordernis Erzeugnisse betrifft, die sich noch nicht im freien Verkehr innerhalb der Gemeinschaft befinden, und damit nicht in den Anwendungsbereich von Artikel 28 EG fällt.

49. Ich möchte dennoch darauf hinweisen, dass mir diese Antwort nicht völlig befriedigend erscheint. Wie ausgeführt, hat die Art und Weise, in der die Kommission dem ihr erteilten Auftrag zum Erlass von Durchführungsvorschriften für die Einfuhrregelung nachgekommen ist, zur Folge, dass nur ein einziges Unternehmen zur Einfuhr von neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft berechtigt ist. Geht man von der wirtschaftlichen Realität aus, so wird die Existenz nur eines einzigen Importeurs, der damit z. B. beim Wiederverkauf höhere Preise berech-

27 — Vgl. z. B. die Artikel 33 und 38 der Verordnung Nr. 2535/2001.

28 — Dazu ist es beispielsweise bereits einmal im Fall der Überschreitung eines Kontingents in Norwegen gekommen. Als Reaktion darauf wurden die beiden norwegischen erteilenden Stellen durch eine einzige Stelle ersetzt, die unmittelbar dem norwegischen Landwirtschaftsministerium untersteht (vgl. die 15. Begründungserwägung der Verordnung Nr. 2535/2001).

nen kann, sich auf den zwischenstaatlichen Handel mit dieser Butter, sobald sie einmal im freien Verkehr ist, beschränkend auswirken — darauf werde ich unten zurückkommen. Es entspräche daher meines Erachtens dem wirtschaftlichen Zweck und der Wirksamkeit von Artikel 28 EG, wenn eine Pflicht der Kommission zur Berücksichtigung und Minimierung solcher Beschränkungen bei der Wahrnehmung der ihr übertragenen Durchführungs- und Verwaltungsaufgaben anerkannt würde. Angesichts meiner Ausführungen zum ersten und dritten Teil der zweiten Frage des vorlegenden Gerichts erscheint mir jedoch eine nähere Prüfung dieses Gesichtspunkts im vorliegenden Fall nicht erforderlich.

3. Artikel 82 Absatz 1 EG

50. Die zweite Frage des vorlegenden Gerichts geht schließlich dahin, ob Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 auch gegen Artikel 82 Absatz 1 EG verstößt, der die missbräuchliche Ausnutzung der beherrschenden Stellung eines Unternehmens auf dem Gemeinsamen Markt oder auf einem wesentlichen Teil desselben untersagt.

51. Da Artikel 82 Absatz 1 EG nur für Verhaltensweisen der Unternehmen selbst gilt [29], kann dieser Artikel als solcher eindeutig keine Grundlage für die Überprüfung einer Verordnung der Kommission bilden. Die Frage im vorliegenden Fall geht vielmehr dahin, ob Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 gegen Artikel 82 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 86 Absatz 1 EG verstößt. Artikel 86 Absatz 1 EG bestimmt: „Die Mitgliedstaaten werden in Bezug auf öffentliche Unternehmen und auf Unternehmen, denen sie besondere oder ausschließliche Rechte gewähren, keine diesem Vertrag und insbesondere dessen Artikeln 12 und 81 bis 89 widersprechende Maßnahmen treffen oder beibehalten." Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofes ist diese Bestimmung, obwohl sich Artikel 82 EG an die Unternehmen richtet, dahin aufzufassen, dass der Vertrag für die Mitgliedstaaten die Verpflichtung begründet, keine Maßnahmen zu treffen oder beizubehalten, die die praktische Wirksamkeit dieser Bestimmung ausschalten könnten [30]. Daher dürfen die Mitgliedstaaten keine Maßnahmen erlassen oder beibehalten, die eine Lage schaffen, in der ein Unternehmen zwangsläufig gegen den Vertrag verstoßen muss [31].

52. Die Prüfung der Frage, ob diese Rechtsprechung im vorliegenden Fall einschlägig ist, erfordert grundsätzlich drei Schritte. So ist erstens zu fragen, ob das in Artikel 86 Absatz 1 EG normierte Verbot nicht nur für Maßnahmen der Mitgliedstaaten gilt, son-

29 — Urteile vom 13. Dezember 1991 in der Rechtssache C-18/88, GB-Inno-BM, Slg. 1991, I-5941, Randnr. 20, und vom 19. März 1991 in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, Slg. 1991, I-1223.

30 — Urteil vom 16. November 1977 in der Rechtssache 13/77, INNO, Slg. 1977, 2115, Randnr. 31.

31 — Urteil vom 23. April 1991 in der Rechtssache C-41/90, Höfner und Elser, Slg. 1991, I-1979, Randnr. 27. Vgl. auch das oben in Fußnote 30 zitierte Urteil in der Rechtssache 13/77, INNO, Randnr. 33, wo von dem Erlass von Maßnahmen die Rede ist, „die es privaten Unternehmen ermöglichen, sich den ihnen durch den Artikel [81 bis 89] des Vertrages auferlegten Bindungen zu entziehen".

dern auch für Normsetzungsakte der Kommission im Bereich der Landwirtschaft auf der Grundlage einer ihr vom Rat erteilten Ermächtigung. Wenn ja, so stellt sich zweitens die Frage, ob die Kommission dem NZDB durch Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 oder eine andere Vorschrift besondere oder ausschließliche Rechte gewährt hat. Ist auch dies zu bejahen, so ist drittens zu fragen, ob Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 die Fonterra Group oder Teile des Konzerns in eine Lage versetzt, in der sie zwangsläufig gegen Artikel 82 EG verstoßen.

53. Was die erste Frage angeht, so bestehen, obwohl sich Artikel 86 Absatz 1 EG ausdrücklich nur auf Maßnahmen der Mitgliedstaaten bezieht, überzeugende Gründe für die Auslegung der Bestimmung dahin, dass sie sich grundsätzlich auch auf Maßnahmen der Kommission auf der Grundlage einer ihr vom Rat erteilten Ermächtigung erstreckt. An erster Stelle unter diesen Gründen ist die Pflicht der Kommission aus Artikel 10 EG zu nennen, die Erfüllung der Aufgaben der Gemeinschaft zu erleichtern und alle Maßnahmen zu unterlassen, welche die Verwirklichung der Ziele des Vertrages gefährden könnten [32]. Ein weiterer zwingender Grund liegt in der Aufgabe der Kommission gemäß Artikel 211 EG, das ordnungsgemäße Funktionieren und die Entwicklung des Gemeinsamen Marktes zu gewährleisten, was offenkundig auch das in Artikel 3 Buchstabe g EG niedergelegte Ziel umfasst, den Wettbewerb innerhalb des Binnenmarktes vor Verfälschungen zu schützen.

54. Dass die in Frage stehende Regelung der Kommission auf dem Gebiet der Landwirtschaft erlassen wurde, spricht zusätzlich für diese Sichtweise. Artikel 33 EG zählt die Belieferung der Verbraucher zu angemessenen Preisen ausdrücklich zu den Zielen der GAP [33]. Da dies auch eines der Hauptziele der Wettbewerbsregeln des Vertrages einschließlich der Artikel 86 Absatz 1 EG und 82 Absatz 1 EG ist, liegt die Einbeziehung von agrarrechtlichen Regelungen der Kommission in den Anwendungsbereich des Artikels 86 Absatz 1 EG grundsätzlich im Interesse der Wirksamkeit sowohl des Artikels 33 EG als auch der Wettbewerbsregeln. Insoweit erscheint mir das Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache Milk Marque aufschlussreich. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof entschieden, dass die Gemeinschaftsorgane bei der Verfolgung der verschiedenen Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik gemäß Artikel 33 EG die ständige Verpflichtung haben, diese einzelnen Ziele miteinander in Einklang zu bringen [34]. Speziell zu den Wettbewerbsregeln des Vertrages hat der Gerichtshof in dieser Rechtssache festgestellt, dass die Aufrechterhaltung eines wirksamen Wettbewerbs auf den Märkten für landwirtschaftliche Erzeugnisse zu den Zielen der gemeinsamen Agrarpolitik und der in Frage stehenden gemeinsamen Marktorganisation zählt [35]. Zu den Wirkungen von Artikel 36 EG hat der

32 — Vgl. zur Bindung auch der Gemeinschaftsorgane durch Artikel 10 EG Urteile vom 10. Februar 1983 in der Rechtssache 230/81, Luxemburg/Parlament, Slg. 1983, 255, Randr. 37, vom 15. Januar 1986 in der Rechtssache 52/84, Kommission/Belgien, Slg. 1986, 89, Randnr. 16, vom 1. Juni 1999 in der Rechtssache C-319/97, Kortas, Slg. 1999, I-3143, Randnr. 35, und vom 10. Dezember 2002 in der Rechtssache C-29/99, Kommission/Rat, Slg. 2002, I-11221, Randnr. 69, sowie die Erklärung Nr. 3 zum Vertrag von Nizza zu Artikel 10 EG-Vertrag.

33 — Vgl. auch Urteil vom 26. Mai 2005 in der Rechtssache C-283/03, A. H. Kuipers/Productschap Zuivel, Slg. 2005, I-4255.

34 — Urteil vom 9. September 2003 in der Rechtssache C-137/00, Milk Marque, Slg. 2003, I-7975.

35 — Randnr. 57 des Urteils Milk Marque.

Gerichtshof im Urteil Milk Marque ausgeführt, dass es nach Artikel 36 EG zwar dem Rat überlassen bleibt, darüber zu entscheiden, inwieweit die gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln auf die Produktion landwirtschaftlicher Erzeugnisse und den Handel mit diesen Anwendung finden, um so der besonderen Lage auf den Märkten für diese Erzeugnisse Rechnung tragen zu können, dass aber in dieser Bestimmung gleichwohl die Anwendbarkeit der gemeinschaftlichen Wettbewerbsregeln im Agrarsektor als Grundsatz niedergelegt ist [36].

55. Obgleich der Gerichtshof in der Rechtssache Milk Marque auch entschieden hat, dass nach Artikel 36 EG die Ziele der gemeinsamen Agrarpolitik Vorrang vor widerstreitenden Zielen der Wettbewerbspolitik haben, handelt es sich in meinen Augen im vorliegenden Fall nicht um einen Sachverhalt, in dem ein Konflikt zwischen diesen beiden Politiken besteht. Ein solcher Konflikt erschiene mir dann vorstellbar, wenn es im vorliegenden Verfahren darum ginge, dass Erfordernis der Vorlage einer Bescheinigung IMA 1 für die Beantragung einer gemeinschaftlichen Einfuhrlizenz für Butter aus Neuseeland gänzlich abzuschaffen. Die Klägerin hat aber bekräftigt, dass dies nicht Gegenstand des Verfahrens ist. Vielmehr begehrt die Klägerin (ohne Diskriminierung) Zugang zu dem Markt für die Einfuhr von neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft. Dies betrifft nur die von der Kommission vorzunehmende Festlegung der Bedingungen, unter denen sie ihre Zuständigkeiten für die Verwaltung der Zollkontingente delegiert, und impliziert daher meiner Ansicht nach keinen Konflikt zwischen der GAP und der Wettbewerbspolitik.

56. Damit sind der zweite und dritte Prüfungsschritt erreicht. Diese können zusammen erörtert werden, da es sich bei der angeblich „besondere oder ausschließliche Rechte" gewährenden Maßnahme und der Maßnahme, die zwangsläufig zu einem Verstoß gegen Artikel 82 EG führen soll, in Wirklichkeit um ein und dieselbe Regelung handelt — nämlich Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 [37]. Ist Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 als eine Bestimmung anzusehen, die der Fonterra Group oder Teilen von ihr besondere oder ausschließliche Rechte gewährt und dadurch eine Lage schafft, in der der Konzern zwangsläufig gegen Artikel 82 EG verstoßen muss?

57. Was zunächst die Frage nach der Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten angeht, so sieht natürlich Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 keine ausdrückliche Benennung des NZDB als einzigen Wirtschaftsteilnehmer, dem eine Bescheinigung IMA 1 erteilt werden darf, vor und ermöglicht dem NZDB damit nicht unmittelbar ein Verhalten, das gegen Artikel 82 Absatz 1 EG verstößt. Hierbei handelt es sich vielmehr um eine Folge der neuseeländischen Rechtsvorschriften, die einen Anspruch auf Erteilung der Bescheinigungen IMA 1 nur dem NZDB einräumen, da es die ausschließliche

36 — Randnr. 58 des Urteils Milk Marque.

37 — Vgl. z. B. das oben in Fußnote 29 zitierte Urteil in der Rechtssache C-202/88, Frankreich/Kommission, in dem der Gerichtshof bestätigt hat, dass die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten selbst eine „Maßnahme" im Sinne von Artikel 86 Absatz 1 EG sein kann, ohne dass insoweit zwei gesonderte Maßnahmen erforderlich sind.

Lizenz für die Ausfuhr neuseeländischer Butter nach der Gemeinschaft besitzt. Wie ich oben ausgeführt habe, nehmen jedoch Drittländer mit der Organisation und Verwaltung der Erteilung der Bescheinigungen IMA 1 Befugnisse wahr, die ihnen die Kommission im Rahmen des Regelungssystems übertragen hat, das gemäß der ihr vom Rat erteilten Ermächtigung für den Erlass und die Durchführung von Bestimmungen zur Einfuhr von Milch und Milcherzeugnissen geschaffen wurde. Obgleich es das Ergebnis neuseeländischer Rechtsvorschriften ist, dass die Bescheinigungen IMA 1 für die Einfuhr neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft ausschließlich an das NZDB vergeben werden, müssen die Folgen dieser Rechtsvorschriften innerhalb der Gemeinschaft somit der Kommission zugerechnet werden. Diese ist damit als verantwortlich für die Gewährung von besonderen oder ausschließlichen Rechten durch Neuseeland anzusehen.

58. Sodann ist zu prüfen, ob der ausschließliche Anspruch des NZDB auf die Bescheinigungen IMA 1 bedeutet, dass die Fonterra Group oder Teile des Konzerns durch die bloße Ausübung dieses ausschließlichen Anspruchs zwangsläufig ihre beherrschende Stellung missbrauchen müssen. Logischerweise stellt sich insoweit als Erstes die Frage: Hat es eine missbräuchliche Ausnutzung einer beherrschenden Stellung durch die Fonterra Group oder einen Teil von ihr im Sinne von Artikel 82 Absatz 1 EG gegeben? Wie die Fonterra Logistics hervorhebt, würde die Ermittlung des relevanten Marktes und der Umfang der der Fonterra Group auf diesem Markt zukommenden Macht eine eingehende Analyse der wirtschaftlichen Sachlage erfordern. Um dem Gerichtshof eine solche Analyse zu ermöglichen, sind die ihm im Rahmen des vorliegenden Vorabentscheidungsverfahrens verfügbaren Informationen nicht ausreichend; das Vorabentscheidungsverfahren erscheint auch nicht geeignet, um über eine solche Frage zu entscheiden. Dies ist vielmehr Sache des vorlegenden Gerichts. Käme das vorlegende Gericht nach einer entsprechenden Prüfung zu dem Ergebnis, dass die Fonterra Group oder ein Teil von ihr eine beherrschende Stellung auf einem relevanten Markt — beispielsweise dem Markt für die Ausfuhr neuseeländischer Butter nach der Gemeinschaft oder dem Markt für deren Einfuhr in die Gemeinschaft — besitzt, so ergäbe sich die zweite Frage, ob die Fonterra Group oder ein Teil von ihr diese Stellung missbräuchlich ausgenutzt hat. Auch diese Frage kann der Gerichtshof ohne eine Definition des relevanten Marktes nicht abschließend beurteilen [38]. Ich möchte insoweit ergänzend auf Folgendes hinweisen. Bei seiner Beurteilung, ob eine beherrschende Stellung missbräuchlich ausgenutzt wurde, sollte das vorlegende Gericht die Umstände berücksichtigen, die meines Erachtens in erheblichem Umfang schädliche wettbewerbswidrige Folgen der gegenwärtigen Einfuhrregelung innerhalb der Gemeinschaft darstellen. Der durch das Monopol an

38 — Würde festgestellt, dass die Fonterra Group (oder ein Teil von ihr) eine beherrschende Stellung auf einem Markt für die Einfuhr von (neuseeländischer) Butter (nach der Gemeinschaft) innehat, so wäre als möglicher Ausgangspunkt auf das oben in Fußnote 29 zitierte Urteil des Gerichtshofes in der Rechtssache 18/88, GB-Inno-BM, hinzuweisen. In dieser Rechtssache hat der Gerichtshof entschieden, dass Maßnahmen, die es einem Unternehmen mit beherrschender Stellung erleichtern, seine auf einem Markt bestehende Macht auf Nachbarmärkte auszuweiten, gegen Artikel 86 Absatz 1 EG in Verbindung mit Artikel 82 Absatz 1 EG verstoßen. Dieser Grundsatz erschiene mir gleichermaßen anwendbar, wenn die Macht auf einem Markt auf einen nachgelagerten Markt wie den Markt für Einfuhren in die Gemeinschaft ausgeweitet wird. Je nach der gewählten Definition des Marktes könnte weiterhin die Rechtsprechung heranzuziehen sein, die die Weigerung der Belieferung von neuen Kunden in Fällen betrifft, in denen diese Belieferung für die Wettbewerbsfähigkeit des Kunden unverzichtbar ist; vgl. entsprechend Urteil vom 3. Oktober 1985 in der Rechtssache 311/84, Télémarketing, Slg. 1985, 3261.

den Einfuhrlizenzen für neuseeländische Butter bewirkte Schaden, der hauptsächlich in der Gemeinschaft spürbar wird, ist im Wesentlichen zweierlei Art.

59. Erstens zahlen die Verbraucher der Gemeinschaft mehr für das Erzeugnis und für nachgelagerte Produkte, die aus diesem Erzeugnis hergestellt werden. Da Wettbewerb erst möglich wird, wenn das Erzeugnis in den freien Verkehr gelangt, ist der Monopolimporteur frei darin, seine Preise für den Weiterverkauf nach Erfüllung der Zollförmlichkeiten unabhängig von Wettbewerbern, Kunden und letztlich den Verbrauchern festzusetzen [39]. Diese höheren Preise werden anschließend an die Verbraucher weitergegeben. Zweitens kommen die Vorteile aus den Monopolerlösen beim Weiterverkauf des Erzeugnisses nur einem einzigen Unternehmen zugute. Wie oben ausgeführt, liegt dieses Motiv den neuseeländischen Rechtsvorschriften ausdrücklich zugrunde, das Motiv nämlich, die wirtschaftlichen Vorteile im Zusammenhang mit der Ausfuhr neuseeländischer Butter nach der Gemeinschaft zu maximieren und sicherzustellen, dass diese Vorteile so weit wie möglich über Fonterra der neuseeländischen Milchwirtschaft zugute kommen. Das bedeutet nicht nur, dass alle anderen potenziellen Einführer vom Import des Erzeugnisses vollständig ausgeschlossen sind, sondern auch, dass die Fonterra Logistics (und möglicherweise ihre „verschwisterten" Vertriebsunternehmen in der Gemeinschaft) auf dem Markt oder den Märkten, die dem der neuseeländischen Butter nachgelagert sind, einen erheblichen Vorsprung genießen, da andere Wiederverkäufer ihre erhöhten Kosten aus dem hohen Verkaufspreis der Fonterra Logistics weitergeben müssen. Zusammengefasst sind die (unmittelbaren und mittelbaren) Schadensfolgen dieses absoluten Monopols für die Verbraucher der Gemeinschaft als potenziell schwerwiegend einzustufen.

60. Käme das vorlegende Gericht zu dem Ergebnis, dass die Fonterra Group (oder ein Teil von ihr), etwa durch Ausweitung ihrer beherrschenden Stellung auf einen nachgelagerten Markt oder durch eine missbräuchliche Weigerung, der Klägerin vor der Einfuhr Butter zu verkaufen, ihre beherrschende Stellung missbraucht hat, so ergäbe sich als letzte Frage, ob dieser Missbrauch zwangsläufige Folge der neuseeländischen Rechtsvorschriften war. Insoweit stünde es zwar dem NZDB theoretisch frei, seine für die Gemeinschaft bestimmte Butter zusammen mit den entsprechenden Bescheinigungen IMA 1 anderen Importeuren als der Fonterra Logistics zu verkaufen. Wie jedoch das vorlegende Gericht dargelegt hat, wurde das von der Klägerin an das NZDB gerichtete Ersuchen, ihr solche Butter zu verkaufen, einfach mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Fonterra Group nach ihrer Unternehmenspolitik Butter zur Einfuhr in die Gemeinschaft auf Vertriebsstufen vor der des Endverbrauchers nur an die Fonterra Logistics verkaufe. Man könnte darum argumentieren, dass somit ein etwaiger Verstoß gegen Artikel 82 EG infolge der Handlungsweise des NZDB nicht zwangsläufiges Ergebnis des Umstands sei, dass die neuseeländischen Rechtsvorschriften dem NZDB ausschließliche Rechte einräumen [40]. Ein solches Argument erschiene freilich gekünstelt. Es lässt vor allem außer Betracht, welchen Zweck die neuseeländischen Rechtsvorschriften mit der

39 — Zur klassischen Definition der beherrschenden Stellung vgl. u. a. Urteil vom 14. Februar 1978 in der Rechtssache 27/76, United Brands/Kommission, Slg. 1978, 207, Randnr. 65.

40 — Vgl. Urteil vom 5. Oktober 1994 in der Rechtssache C-323/93, Centre d'Insémination de la Crespelle, Slg. 1994, I-5077.

Regelung für die Vergabe der Bescheinigungen IMA 1 verfolgen, nämlich die Maximierung der wirtschaftlichen Vorteile Neuseelands aus seinen Butterexporten im Rahmen von Zollkontingenten und die Weitergabe dieser Vorteile an die neuseeländische Milchwirtschaft. Damit ist es aber die mit der Regelung ausdrücklich verfolgte Absicht, dass das NZDB seine Butter zur Einfuhr in die Gemeinschaft auch weiterhin ausschließlich an die Fonterra Logistics verkauft. Realistischerweise sollte daher die Weigerung des NZDB, jedem anderen Wirtschaftsteilnehmer als der Fonterra Logistics Butter zu verkaufen, als zwangsläufige Folge der Rechtsvorschriften Neuseelands angesehen werden.

C — *Zur dritten Frage*

61. Mit seiner dritten Frage möchte das Verwaltungsgericht wissen, ob die Artikel 25 Absatz 1 und 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 deshalb für ungültig zu erklären sind, weil sie 1. gegen das für staatliche Unternehmen geltende Diskriminierungsverbot des Artikels XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT und/oder 2. gegen die in Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über die Einfuhrlizenzverfahren vorgeschriebene Pflicht verstoßen, die Regeln für Einfuhrlizenzverfahren neutral anzuwenden und angemessen zu handhaben. Da das GATT 1994 und das Übereinkommen über Einfuhrlizenzverfahren Anhänge des WTO-Abkommens bilden, ist damit ein weiteres Mal die Frage aufgeworfen, inwieweit das Gemeinschaftsrecht auf seine Übereinstimmung mit Rechtsvorschriften der WTO überprüft werden kann.

1. Geltende Grundsätze

62. Insoweit hat der Gerichtshof entschieden, dass die WTO-Übereinkünfte wegen ihrer Natur und ihrer Struktur grundsätzlich nicht zu den Vorschriften gehören, an denen der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit von Handlungen der Gemeinschaftsorgane misst [41]. Von diesem Grundsatz gibt es allerdings zwei Ausnahmen. Die erste Ausnahme gilt dann, wenn eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift ausdrücklich auf eine bestimmte Vorschrift des GATT verweist (so genannte „Fediol"-Ausnahme) [42]. Wie die Beteiligten des vorliegenden Verfahrens anerkannt haben, greift diese Ausnahme hier nicht ein. Die Verordnung Nr. 2535/2001 verweist an keiner Stelle auf Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT oder Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren. Die zweite Ausnahme gilt, wenn die Gemeinschaft mit dem Erlass der angegriffenen Rechtsvorschriften eine bestimmte im Rahmen der WTO eingegangene Verpflichtung umsetzen wollte (so genannte „Nakajima"-Ausnahme) [43]. Diese Ausnahme ist es, die im vorliegenden Fall geltend gemacht wird.

41 — Vgl. z. B. Urteil vom 23. November 1999 in der Rechtssache C-149/96, Portugal/Rat, Slg. 1999, I-8395, Randnr. 47.

42 — Vgl. Urteil vom 22. Juni 1989 in der Rechtssache 70/87, Fediol/Kommission, Slg. 1989, 1781, Randnrn. 19 bis 22.

43 — Vgl. Urteil vom 7. Mai 1991 in der Rechtssache C-69/89, Nakajima/Rat, Slg. 1991, I-2069, Randnr. 31.

2. Sollte der Gerichtshof die Nakajima-Rechtsprechung einer Überprüfung unterziehen?

63. Vor der Prüfung, ob diese Ausnahme hier anwendbar ist, möchte ich darauf eingehen, dass die Kommission dem Gerichtshof vorgeschlagen hat, im vorliegenden Fall seine Rechtsprechung zu der Frage weiterzuentwickeln, unter welchen Voraussetzungen gemeinschaftsrechtliche Vorschriften auf ihre Übereinstimmung mit Rechtsvorschriften der WTO überprüft werden können. Die Kommission macht insbesondere geltend, dass dem Grundgedanken der Rechtsprechung des Gerichtshofes zur „Nakajima"-Ausnahme besser durch einen Grundsatz der „völkerrechtskonformen Auslegung" der gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften zur Wirksamkeit verholfen würde [44]. Die Kommission hebt hervor, dass der einseitige Charakter der Nakajima-Ausnahme in Widerspruch zu dem in den WTO-Übereinkünften selbst niedergelegten Gleichgewicht stehe. Außerdem sei zu befürchten, dass die Ausnahme in ihrer praktischen Konsequenz dazu führen werde, dass der Gemeinschaftsgesetzgeber, um die Anwendbarkeit der Ausnahme zu vermeiden, eine Bezugnahme auf das Recht der WTO in den Begründungserwägungen der gemeinschaftlichen Rechtsakte unterlassen werde.

64. Dazu möchte ich bemerken, dass die Kommission in meinen Augen jedoch keine überzeugenden Gründe dafür vorgetragen hat, warum der Gerichtshof die seit langem bestehende Nakajima-Ausnahme im vorliegenden Fall überdenken (oder aufheben) sollte. So war er sich zunächst bei dem Erlass seiner Grundsatzentscheidungen zu den Voraussetzungen, unter denen Vorschriften der WTO einen Prüfungsmaßstab für gemeinschaftliche Rechtsakte bilden können, im vollen Umfang der Implikationen bewusst, die die den WTO-Übereinkünften zugrunde liegende Wechselseitigkeit mit sich bringt. So hat der Gerichtshof etwa in seinem Urteil Portugal/Rat daran erinnert, dass das WTO-Abkommen „ebenso wie das GATT 1947 ... auf dem Prinzip von Verhandlungen ‚auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen' aufbaut" [45]. In allen diesen Rechtssachen hat der Gerichtshof gleichwohl die Fediol-Ausnahme ebenso wie die Nakajima-Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz bestätigt, dass Rechtsakte der Gemeinschaft nicht auf ihre Übereinstimmung mit dem Recht der WTO überprüft werden dürfen. Diese Ausnahmen widersprechen meines Erachtens auch nicht dem diesem allgemeinen Prinzip zugrunde liegenden Gedanken, dass durch die Anerkennung einer unmittelbaren Wirkung der WTO-Regeln „den Legislativ- und Exekutivorganen der Gemeinschaft der Spielraum genommen [würde], über den die entsprechenden Organe der Handelspartner der Gemeinschaft verfügen" [46]. Lag dem Erlass einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift in einem gegebenen Fall speziell die Absicht zugrunde, eine bestimmte Verpflichtung aus dem Recht der WTO umzusetzen, so hat sich der Gemeinschaftsgesetzgeber im Kern dafür entschieden, seinen eigenen Verhandlungsspielraum selbst durch eine „Inkorporierung" dieser Verpflichtung in das Gemeinschaftsrecht einzuschränken.

44 — Dabei handelt es sich um den Grundsatz, dass in einem Fall, in dem der Wortlaut einer Vorschrift des sekundären Gemeinschaftsrechts mehr als nur eine Auslegung zulässt, diese Vorschrift wegen des Vorrangs der von der Gemeinschaft geschlossenen Verträge vor den Bestimmungen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesen Verträgen auszulegen ist (vgl. Urteil vom 10. September 1996 in der Rechtssache C-61/94, Kommission/Deutschland, Slg. 1996, I-3989, Randnr. 52).

45 — Vgl. z. B. das oben in Fußnote 41 zitierte Urteil in der Rechtssache C-149/96, Portugal/Rat, in dem der Gerichtshof ausdrücklich darauf hingewiesen hat, dass „einige Mitglieder, die zu den wichtigsten Handelspartnern der Gemeinschaft gehören, aus dem Sinn und Zweck der WTO-Übereinkünfte [folgern], dass diese nicht zu den Normen gehören, an denen ihre Gerichte die Rechtmäßigkeit der internen Rechtsvorschriften messen".

46 — Ebenda, Randnr. 46.

65. Was das andere Argument der Kommission für eine Aufhebung der Nakajima-Ausnahme angeht — dass diese nämlich in der Praxis den Gemeinschaftsgesetzgeber dazu veranlassen werde, Bezugnahmen auf das Recht der WTO in seinen Rechtsvorschriften zu vermeiden —, so scheint es mir ebenso unattraktiv wie unerheblich. Unattraktiv deshalb, weil es den vorsätzlichen Versuch des Gemeinschaftsgesetzgebers voraussetzt, die gerichtliche Durchsetzbarkeit bindender WTO-Verpflichtungen in Fällen zu vermeiden, in denen die Voraussetzungen für eine unmittelbare Wirkung sonst gegeben wären — was auf den Versuch hinausliefe, den Legalitätsgrundsatz zu umgehen. Unerheblich deshalb, weil die Prüfung, ob die Nakajima-Ausnahme eingreift — wie ich unten noch ausführen werde —, nicht darauf beschränkt ist, in rein formalistischer Weise zu kontrollieren, ob der Wortlaut des in Frage stehenden Rechtsakts ausdrücklich auf das Recht der WTO Bezug nimmt.

66. Schließlich erscheint mir die bloße Tatsache, dass die Reichweite der Nakajima-Ausnahme nach der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes möglicherweise — wie ich unten erörtern werde — nicht vollständig geklärt ist, noch kein Grund dafür zu sein, ihre Geltung im Grundsatz zu bestreiten. Meines Erachtens sollte daher der Vorschlag der Kommission, die Rechtsprechung des Gerichtshofes weiterzuentwickeln und die Nakajima-Ausnahme aufzuheben, verworfen werden.

3. Anwendung der Nakajima-Rechtsprechung: Reichweite der Ausnahme

67. Sodann ist der Frage nachzugehen, ob die Nakajima-Ausnahme im vorliegenden Fall eingreift. Wurde mit den Artikeln 25 Absatz 1 oder 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 vom Gemeinschaftsgesetzgeber die Intention verfolgt, eine bestimmte im Rahmen der WTO eingegangene Verpflichtung umzusetzen? Diese Frage verlangt eine sorgfältige Prüfung der tatsächlichen Reichweite der Nakajima-Rechtsprechung.

68. Insoweit sei zunächst darauf hingewiesen, dass die Rechtsprechung des Gerichtshofes in diesem Bereich meiner Auffassung nach nicht eindeutig erscheint. Bisher hat der Gerichtshof keinen klaren, stimmigen und handhabbaren Grundsatz formuliert, der die Fälle, in denen die Nakajima-Ausnahme eingreift, von jenen unterscheidet, in denen dies nicht der Fall ist. Mir erscheint diese Situation nicht akzeptabel, zumal es hier um die Reichweite des Grundsatzes der unmittelbaren Wirkung selbst geht. Vor einer Anwendung der Ausnahme auf den vorliegenden Sachverhalt möchte ich mich deshalb darauf konzentrieren, diesen Grundsatz abzugrenzen.

69. Der erste Schritt hierfür ist eine Bestandsaufnahme der Sachverhalte, in denen der Gerichtshof die Ausnahme bisher angewandt hat. Dabei handelte es sich hauptsächlich um Antidumping-Fälle wie die Rechtssache Nakajima selbst und die Rechtssache Petrotub, die beide vom Gerichtshof entschieden worden sind [47], und um zahl-

47 — Oben in Fußnote 43 zitiertes Urteil in der Rechtssache C-69/89, Nakajima/Rat, und Urteil vom 19. Januar 2003 in der Rechtssache C-76/00, Petrotub, Slg. 2003, I-79. Ich möchte darauf hinweisen, dass der Gerichtshof sich im Fall Petrotub nicht nur auf die Nakajima-Ausnahme, sondern auch auf den Grundsatz der völkerrechtskonformen Auslegung bezogen hat.

reiche ähnliche vom Gericht erster Instanz entschiedene Fälle [48]. In diesen Rechtssachen ging es stets um die Gültigkeit gemeinschaftsrechtlicher Antidumping-Vorschriften im Licht bestimmter Vorschriften des Antidumping-Kodex der WTO [49]. Ein anderer Fall, in dem der Gerichtshof die Ausnahme anwandte, ist die Rechtssache C-352/96, Italien/Rat [50]. Dort überprüfte der Gerichtshof die Rechtmäßigkeit der Verordnung Nr. 1522/96 des Rates zur Eröffnung und Verwaltung von Einfuhrzollkontingenten für Reis und Bruchreis anhand des Artikels XXIV Absatz 6 GATT und der Nummern 5 ff. der Vereinbarung zur Auslegung des Artikels XXIV GATT. Da die Verordnung im Rahmen der Durchführung des Ergebnisses von Verhandlungen mit dem GATT nicht angehörenden Ländern gemäß Artikel XXIV Absatz 6 GATT erlassen worden war [51], kam der Gerichtshof im Einklang mit der Nakajima-Ausnahme zu dem Ergebnis, dass die Verordnung auf ihre Übereinstimmung mit diesem Artikel überprüft werden sollte. Generalanwalt Mischo wies darauf hin, dass die Klägerin in jener Rechtssache zwar keinen Verstoß gegen andere Artikel des GATT geltend gemacht hatte, dass dem aber grundsätzlich nichts entgegengestanden hätte [52]. Schließlich stützte sich Generalanwalt Jacobs in der Rechtssache C-377/98, Niederlande/Parlament, auf die Nakajima-Ausnahme für seine Feststellung, dass die Richtlinie 98/44 über den rechtlichen Schutz biotechnologischer Erfindungen anhand des TRIPs-Übereinkommens und des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse überprüft werden kann [53]. Der Gerichtshof hat diese Frage in seinem Urteil nicht ausdrücklich erörtert [54].

70. Hingegen hat der Gerichtshof die Anwendung der Nakajima-Ausnahme in einer Reihe von Fällen abgelehnt [55]. Viele dieser Fälle betrafen die Gültigkeit von Maßnahmen der Gemeinschaft im Rahmen der gemeinsamen Marktorganisation für Bananen im Licht von Vorschriften der WTO. In der Rechtssache Van Parys hat der Gerichtshof jüngst entschieden, es sei nicht Absicht der Gemeinschaft gewesen, mit der Änderung eines Titels einer Verordnung über eine gemeinsame Handelsregelung mit Drittstaaten für Bananen, die nach einer Entscheidung des Streitbeilegungsgremiums der WTO vorgenommen wurde, eine bestimmte im Rahmen der WTO eingegangene Verpflichtung zu erfüllen. Obgleich die Änderung laut den Begründungserwägungen der Änderungsverordnung vorgenommen worden war, um die von der Gemeinschaft im Rahmen der WTO eingegangenen internationalen Verpflichtungen einzuhalten, verwies der Gerichtshof darauf, dass es zu einer Schwächung der Position der Gemeinschaft bei der Suche nach einer beiderseits akzepta-

48 — Vgl. z. B. Urteile vom 27. Januar 2000 in der Rechtssache T-256/97, BEUC/Kommission, Slg. 2000, II-101, und vom 5. Juni 1996 in der Rechtssache T-162/94, NMB France, Slg. 1996, II-427.

49 — Also des Übereinkommens zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (ABl. 1994, L 336, S. 103).

50 — Urteil vom 12. November 1998 in der Rechtssache C-352/96, Italien/Rat, Slg. 1998, I-6937.

51 — Diese Artikel sahen Verhandlungen mit dem GATT nicht angehörenden Ländern vor, um mit ihnen Ausgleichsmaßnahmen zu vereinbaren, die infolge der Erhöhung einiger Zollsätze notwendig geworden waren.

52 — Schlussanträge des Generalanwalts Mischo vom 28. April 1998 in der oben in Fußnote 50 zitierten Rechtssache C-352/96, Italien/Rat, Nrn. 24 und 25.

53 — Schlussanträge des Generalanwalts Jacobs vom 14. Juni 2001 in der Rechtssache C-377/98, Niederlande/Parlament, Slg. 2001, I-7079.

54 — Der Gerichtshof hat den Grund für eine gerichtliche Überprüfung der Richtlinie auf ihre Übereinstimmung mit dem Recht der WTO in abweichender und origineller Weise in Randnr. 55 des Urteils wie folgt formuliert: „[D]er Klagegrund [ist] so zu verstehen, dass er weniger einen eigenen Verstoß der Gemeinschaft gegen ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen, sondern vielmehr die den Mitgliedstaaten durch die Richtlinie vermeintlich auferlegte Verpflichtung beanstandet, gegen ihre völkerrechtlichen Pflichten zu verstoßen".

55 — Ein offenkundiges Beispiel hierfür ist das oben in Fußnote 41 zitierte Urteil in der Rechtssache C-149/96, Portugal/Rat; vgl. auch das oben in Fußnote 16 zitierte Urteil in der Rechtssache C-301/97, Niederlande/Rat.

blen Lösung einer Streitigkeit führen könnte, wenn einer Entscheidung des Streitbeilegungsgremiums unmittelbare Wirkung zuerkannt würde [56].

71. Kurz vor diesem Urteil war das Gericht in der Rechtssache Chiquita zu einem ähnlichen Schluss gelangt. Es kam darin zu dem Ergebnis, dass eine Verordnung der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zu der Einfuhrregelung für Bananen nicht auf ihre Übereinstimmung mit u. a. Artikel XIII GATT (nichtdiskriminierende Anwendung von mengenmäßigen Beschränkungen) überprüft werden kann. Artikel XIII GATT war anders als etwa die Einzelregelungen des Antidumping-Kodex im Wesentlichen allgemeiner Art. Weiterhin wollte die Gemeinschaft mit dem Erlass der fraglichen Verordnung zwar ihren im Rahmen der WTO eingegangenen Verpflichtungen nachkommen, aber keine auf einer WTO-Übereinkunft beruhenden Vorschriften in das Gemeinschaftsrecht umsetzen, um das Gleichgewicht zwischen den Rechten und Pflichten der Parteien dieser Übereinkunft aufrechtzuerhalten [57].

56 — Urteil vom 1. März 2005 in der Rechtssache C-377/02, Van Parys, Slg. 2005, I-1465, Randnr. 51. Vgl. auch Beschluss des Gerichtshofes vom 2. Mai 2001 in der Rechtssache C-307/99, OGT Fruchthandelsgesellschaft, Slg. 2001, I-3159, und Urteil vom 20. März 2001 in der Rechtssache T-52/99, T. Port/Kommission, Slg. 2001, II-981, Randnrn. 44 bis 60.

57 — Urteil vom 3. Februar 2005 in der Rechtssache T-19/01, Chiquita, Slg. 2005, II-315, Randnrn. 156 bis 171. Vgl. auch die Rechtssache C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, I-4973, in der Generalanwalt Gulmann in seinen Schlussanträgen vom 8. Juni 1994 die Auffassung vertrat, es sei „entscheidend, dass der Gerichtshof [seine Feststellung, dass Gemeinschaftsrechtsakte anhand des WTO-Rechts zu überprüfen seien, in den Urteilen Fediol und Nakajima] damit begründet hat, dass durch Hinweise auf die betreffenden GATT-Vorschriften besondere Anhaltspunkte dafür bestanden, dass eine solche Prüfung vorzunehmen war" (Nr. 147). Seiner Auffassung nach war die Nakajima-Ausnahme, da die in Frage stehende Verordnung der Gemeinschaft über Bananen nicht in dieser Weise auf das GATT Bezug nahm, nicht anwendbar. In Randnr. 111 des Urteils kam der Gerichtshof zu dem gleichen Ergebnis, auch wenn er dies nicht speziell begründete.

72. Dieser Präzedenzentscheidung lässt sich nicht ohne weiteres eine klare Abgrenzung der Nakajima-Doktrin entnehmen [58]. Ich möchte jedoch dazu folgende Bemerkungen machen.

73. Was erstens die Bedeutung des Erfordernisses angeht, wonach der Rechtsakt eine „bestimmte" Verpflichtung aus dem GATT umsetzen müsse, so bezieht es sich meiner Auffassung nach einfach auf die Umsetzung einer bestimmten Vorschrift oder einer bestimmten Gruppe von Vorschriften des GATT. Ich teile nicht die vom Gericht im Urteil Chiquita vorgenommene Auslegung, dass zwischen „allgemeinen" Bestimmungen des GATT (dort Artikel XIII GATT, der die nichtdiskriminierende Anwendung von mengenmäßigen Beschränkungen vorschreibt) und ihrem Wesen nach „bestimmten" Vorschriften des GATT zu unterscheiden sei. Abgesehen davon, dass eine stimmige Abgrenzung zwischen verschiedenen Arten von Verpflichtungen in dieser Weise sehr schwierig erscheint (auch das Gericht hat nicht angegeben, wie dies geschehen soll), scheint mir der der Nakajima-Ausnahme zugrunde liegende Gedanke auch auf eine Verpflichtung anwendbar zu sein, die zwar in der Gemeinschaft umgesetzt wurde, aber beispielsweise nicht auf ein einzelnes Gebiet wie das Antidumping beschränkt ist.

74. Zweitens besteht die Hauptschwierigkeit in der Abgrenzung der Reichweite der Nakajima-Ausnahme in der Festlegung, in

58 — Vgl. in gleichem Sinne Schlussanträge von Generalanwalt Tizzano in der oben in Fußnote 56 zitierten Rechtssache C-377/02, Van Parys, Nrn. 84 bis 105.

welcher Art und Weise die „Absicht" des Gemeinschaftsgesetzgebers zu beurteilen ist, mit dem Erlass des angegriffenen Rechtsakts eine bestimmte Verpflichtung aus dem GATT umzusetzen. Während es zunächst attraktiv erscheinen mag, diesen Schritt der Prüfung dahin aufzufassen, dass lediglich die subjektive Absicht des Gesetzgebers zu beurteilen ist, erscheint mir doch diese Herangehensweise ihrem Wesen nach verfehlt. Erstens ist es für den Gerichtshof — und erst recht für Einzelpersonen, die den Umfang ihrer Rechte feststellen wollen — praktisch unmöglich, mit Gewissheit festzustellen, welche subjektive Intention der Gesetzgeber im Zeitpunkt des Erlasses von Rechtsvorschriften verfolgte. Auch wenn die Begründungserwägungen des in Frage stehenden Rechtsakts hierfür eindeutig einen Anhaltspunkt bilden, sind sie doch nicht in allen Fällen aussagekräftig: Es erscheint vorstellbar, dass geradezu unbegrenzt Beweismittel, die nicht notwendig alle auch der Öffentlichkeit frei zur Verfügung stehen, vorgebracht würden, wenn auf ein solches Kriterium der subjektiven Absicht abgestellt würde. Zweitens hat der Gerichtshof bisher selbst die Relevanz unmittelbarer Beweismittel für eine subjektive Intention des Gemeinschaftsgesetzgebers nicht in konsistenter Weise beurteilt. So hat er in Fällen wie Van Parys die Anwendbarkeit der Nakajima-Rechtsprechung auch in Sachverhalten verneint, in denen der Gemeinschaftsgesetzgeber subjektiv die in den Begründungserwägungen und durch entsprechende Äußerungen des zuständigen Kommissars zum Ausdruck gebrachte Absicht verfolgte, eine im Rahmen der WTO eingegangene Verpflichtung umzusetzen.

75. Deshalb erschiene es artifiziell und der Rechtssicherheit abträglich, als einziges Kriterium für die Anwendbarkeit der Nakajima-Aussetzung die subjektive Absicht des Gesetzgebers zugrunde zu legen [59]. Vielmehr sollte die Beurteilung darauf beschränkt bleiben, das mit gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften verfolgte Ziel auf der Grundlage eines ausschließlich objektiven Verständnisses der angegriffenen Bestimmung zu ermitteln. Während die Begründungserwägungen eines Rechtsakts hierfür offenkundig einen relevanten Faktor bilden, ist ein darin enthaltener ausdrücklicher Hinweis auf das Ziel, eine im Rahmen der WTO eingegangene Verpflichtung umzusetzen, meiner Auffassung nach weder (wie die Rechtssache Van Parys zeigt) zwingend noch (entgegen dem Vorbringen der Kommission und der Fonterra Logistics) notwendig.

76. Insbesondere ist das für die Anwendung der Nakajima-Ausnahme maßgebende Kriterium auch bei Fehlen eines solchen Hinweises in den Begründungserwägungen dann erfüllt, wenn ein Vergleich des Inhalts des angegriffenen Gemeinschaftsrechtsakts mit einer bestimmten im Rahmen der WTO eingegangenen Verpflichtung eindeutig zeigt, dass die Bestimmung tatsächlich die Umsetzung einer im Rahmen der WTO eingegangenen Verpflichtung im Gemeinschaftsrecht oder deren gemeinschaftsrechtliche „Inkorporierung" zur Folge hat. In einem solchen Fall ist bei objektiver Betrachtung hinreichend klar, dass sich der Gemeinschaftsgesetzgeber dafür entschieden hat, seine im Rahmen der WTO eingegangenen Verpflichtungen in der Gemeinschaftsrechtsordnung umzusetzen, womit die betreffenden gemeinschaftsrechtlichen Vorschriften auf ihre Übereinstimmung mit dem Recht der WTO überprüft werden können.

59 — Es sei hinzugefügt, dass dieses Ergebnis der Herangehensweise entspricht, die für die Beurteilung von Absichten im Zusammenhang mit dem Begriff des Rechtsmissbrauchs im Gemeinschaftsrecht gewählt wurde, vgl. z. B. Urteil vom 23. März 1982 in der Rechtssache 53/81, Levin, Slg. 1982, 1035, und meine Schlussanträge vom 27. Februar 2003 in der Rechtssache C-109/01, Akrich, Slg. 2003, I-9607, Nrn. 102 und 174.

4. Die Anwendung der Nakajima-Rechtsprechung im vorliegenden Fall

77. Wendet man dieses Kriterium im vorliegenden Fall an, so stellt sich die Frage, ob mit dem Erlass von Artikel 25 Absatz 1 und/oder Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 objektiv das Ziel verfolgt wurde, Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT und Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren in das Gemeinschaftsrecht umzusetzen.

78. Es ist offensichtlich, dass diese Artikel zu den Vorschriften der Gemeinschaft zur Regelung der Einfuhr von Milcherzeugnissen in die Gemeinschaft zu den ermäßigten Zollsätzen gehören, die auf Zollzugeständnissen nach der Liste CXL beruhen; dabei wurde die Liste CXL, wie in den Begründungserwägungen der Verordnung Nr. 2535/2001 erwähnt, nach Verhandlungen gemäß Artikel XXIV Absatz 6 GATT aufgestellt [60]. Insoweit besteht eine eindeutige Parallele zur bereits erwähnten Rechtssache C-352/96, Italien/Rat. Wie in jener Rechtssache ist es somit offenkundig, dass die Verordnung Nr. 2535/2001 eine nach Artikel XXIV Absatz 6 GATT getroffene Vereinbarung in der Gemeinschaft umsetzt. Daraus folgt weiter, dass aus den gleichen Gründen wie in jener Rechtssache die Gemeinschaft mit dem Erlass der Artikel 25 Absatz 1 und 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 ihre im Rahmen der WTO eingegangenen Verpflichtungen umsetzen wollte, so dass die Nakajima-Ausnahme hier eingreift. Obwohl im vorliegenden Fall kein Verstoß gegen Artikel XXIV Absatz 6 GATT selbst geltend gemacht worden ist, sondern eine Verletzung anderer Bestimmungen des GATT, stimme ich mit der oben zitierten Bemerkung von Generalanwalt Mischo überein, dass dies nichts an der Beurteilung ändert. Die Prüfung auf die Einhaltung allein des Artikels XXIV Absatz 6 GATT zu beschränken, bedeutete meiner Auffassung nach eine unangemessene Beurteilung des vom Gemeinschaftsgesetzgeber beim Erlass der in Frage stehenden Artikel verfolgten Zieles und würde die Wirksamkeit der Nakajima-Ausnahme im vorliegenden Fall ernstlich in Frage stellen.

79. Aus diesen Gründen sind die Artikel 25 Absatz 1 und 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 auf ihre Übereinstimmung mit Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT und Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren zu prüfen.

5. Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT

80. Gemäß Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT übernimmt jeder Vertragsstaat, „der an irgendeinem Ort ein staatliches Unternehmen gründet oder unterhält oder der einem Unternehmen ausschließliche oder besondere Privilegien de jure oder de facto gewährt, ... die Verpflichtung, dass dieses Unternehmen bei seinen Käufen oder Verkäufen, die in Gestalt von Einfuhren oder Ausfuhren erfolgen, die allgemeinen Grundsätze der Nichtdiskriminierung beachtet, die aufgrund des vorliegenden

60 — Vgl. Buchstabe a in der vierten Begründungserwägung und Artikel 24 Absatz 1 der Verordnung.

Abkommens bei gesetzgeberischen Maßnahmen oder Verwaltungsmaßnahmen hinsichtlich der Einfuhr und Ausfuhr durch private Handeltreibende angewendet werden müssen".

81. Was im vorliegenden Fall Artikel 25 Absatz 1 betrifft, so ist aus den bereits dargestellten Gründen offenkundig, dass die Art und Weise, in der die Kommission die Einfuhrregelung für neuseeländische Butter ausgestaltet hat, der Fonterra Group effektiv das ausschließliche Recht zur Einfuhr neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft verschafft. Aus den gleichen Gründen, die ich oben im Zusammenhang mit dem gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbot erörtert habe, ist ebenso offenkundig, dass es die Kommission versäumt hat, dafür Sorge zu tragen, dass die Fonterra Group nicht diskriminierend im Sinne von Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a handelt. Insoweit sei insbesondere auch auf Buchstabe b der Bestimmung verwiesen, wonach die „Bestimmungen des Absatzes a dieser Ziffer ... so auszulegen sind, dass sie die in Rede stehenden ... Unternehmen verpflichtet, den Unternehmen anderer Vertragspartner alle Möglichkeiten zu bieten, an diesen Verkäufen oder Käufen unter Bedingungen des freien Wettbewerbs und in Übereinstimmung mit den üblichen Handelsgepflogenheiten teilzunehmen" [61]. Insoweit genügt im vorliegenden Fall der Hinweis, dass kein anderer Beteiligter über irgendeine Möglichkeit verfügt hat, hinsichtlich des Rechts zur Einfuhr neuseeländischer Butter in die Gemeinschaft in den Wettbewerb einzutreten [62]. Aus diesem Grund sollte Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 als Artikel XVII Absatz 1 Buchstabe a GATT zuwiderlaufend für ungültig erklärt werden.

82. Hingegen bin ich nicht der Auffassung, dass auch Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung dieser Bestimmung zuwiderläuft. Anders als Artikel 25 Absatz 1 ermöglicht dieser Artikel als solcher der Fonterra Group nicht durch die Gewährung ausschließlicher Rechte diskriminierende Handlungsweisen, sondern beschränkt sich auf die Festlegung, dass Einfuhrlizenzen im Vereinigten Königreich zu beantragen sind.

6. Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren

83. Nach Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren müssen „[d]ie Regeln für Einfuhrlizenzverfahren ... in ihrer Anwendung neutral sein und in angemessener und gerechter Weise gehandhabt werden". Das Streitbeilegungsgremium der WTO hat insoweit entschieden, dass das Übereinkommen nicht für die Vorschriften über die Erteilung von Einfuhrlizenzen als solche gilt, sondern für die

61 — Vgl. auch Appellate Body Report Canada – Wheat Exports and Grain Imports, WT/DS276/AB/R, 2004.

62 — Vgl. z. B. ferner Panel Report Korea – Various Measures on Beef, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 2000.

Verfahren, in denen diese Vorschriften angewandt werden [63]. Zu den Beispielsfällen, die die Vorschriften für Einfuhrlizenzen und nicht die entsprechenden Verfahren betrafen, gehörten etwa unterschiedliche Lizenzregelungen für bestimmte Mitglieder [64] oder Regelungen, die bei der Lizenzvergabe Einführer, die gleichzeitig Ausführer sind, bevorzugten [65]. Wenn diese Unterscheidung auch in manchen Fällen schwer zu treffen ist, scheinen mir doch im vorliegenden Fall sowohl Artikel 25 Absatz 1 als auch Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 die Vorschriften über die Vergabe von Lizenzen für Einfuhren in die Gemeinschaft und nicht nur die Verfahren für die Anwendung dieser Vorschriften zu betreffen. Aus diesem Grund verstoßen diese Artikel meiner Auffassung nach nicht gegen Artikel 1 Absatz 3 des Übereinkommens über Einfuhrlizenzverfahren.

D — *Zeitliche Wirkung*

84. Wie sich aus dem Vorstehenden ergibt, laufen die Artikel 25 Absatz 1 und 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 meiner Auffassung nach dem Gemeinschaftsrecht zuwider und sind daher für ungültig zu erklären. Damit stellt sich abschließend die Frage, welche zeitliche Wirkung einer solchen Feststellung beizulegen ist. Nach seiner ständigen Rechtsprechung hat der Gerichtshof, wenn zwingende Erwägungen der Rechtssicherheit es rechtfertigen, gemäß Artikel 231 Absatz 2 EG, der im Rahmen von Vorabentscheidungsverfahren entsprechend anwendbar ist, die Befugnis, im Einzelfall anzugeben, welche Wirkungen einer für ungültig erklärten Verordnung Bestand haben [66].

85. Was Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 — und insbesondere das Erfordernis der Vorlage einer Bescheinigung IMA 1 bei der Beantragung einer Einfuhrlizenz für neuseeländische Butter — anbelangt, so hätte die sofortige Aufhebung dieses Erfordernisses offenkundig nicht hinzunehmende Folgen sowohl für die Rechtssicherheit im Rahmen der Einfuhrregelung als auch für die Gewährleistung der Produktqualität. Meines Erachtens sollte daher die Wirksamkeit des Artikels bis zum Inkrafttreten einer ihn ablösenden Bestimmung durch die Kommission, die nicht gegen das Diskriminierungsverbot und die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verstößt, aufrechterhalten werden. Was hingegen Artikel 35 Absatz 2 der Verordnung Nr. 2535/2001 betrifft, so sehe ich keinen Grund, warum die zeitliche Wirkung im Zusammenhang mit dieser Bestimmung beschränkt werden sollte. Die Aufhebung der Bestimmung hat zur Folge, dass Anträge für

63 — Report of the Appellate Body on European Communities – regime for the importation, sale and distribution of bananas, WT/DS27/AB/R, 1997, Randnrn. 196 ff.

64 — Ebenda.

65 — Panel Report on European Communities – measures affecting the importation of certain poultry products, WT/DS699/R, 1998, Randnr. 254.

66 — Vgl. z. B. Urteile vom 27. Februar 1985 in der Rechtssache 112/83, Société de Produits de Maïs/Administration des Douanes, Slg. 1985, 719, Randnrn. 16 bis 18, vom 10. März 1992 in den Rechtssachen C-38/90 und C-151/90, Lomas u. a., Slg. 1992, I-1781, Randnr. 23, und vom 8. November 2001 in der Rechtssache C-228/99, Silos e Mangimi Martini SpA, Slg. 2001, I-8401, Randnr. 35.

Einfuhrlizenzen ebenso wie im Fall anderer Waren, für die die Bescheinigungen IMA 1 gelten, bei der Einfuhrlizenzen erteilenden Stelle jedes Mitgliedstaats gestellt werden können. Dass die erteilende Stelle des Vereinigten Königreichs nach Artikel 35 Absatz 2 Unterabsatz 2 und Artikel 38 der Verordnung Nr. 2535/2001 aus statistischen Gründen bestimmte akzessorische Überwachungspflichten hinsichtlich der Bescheinigungen IMA 1 hat, ist in meinen Augen kein hinreichender Grund für eine andere Beurteilung. Außerdem bestünde bei entsprechender Zusammenarbeit zwischen den erteilenden Stellen kein zwingendes Hindernis für die weitere Wahrnehmung dieser Aufgabe durch die Behörden des Vereinigten Königreichs.

## V — Ergebnis

86. Nach alledem schlage ich dem Gerichtshof vor, die Fragen des Verwaltungsgerichts Frankfurt am Main wie folgt zu beantworten:

1. Die Artikel 25 Absatz 1 und 35 Absatz 2 der Verordnung (EG) Nr. 2535/2001 der Kommission mit Durchführungsbestimmungen zur Verordnung (EG) Nr. 1255/1999 zur Einfuhrregelung für Milch und Milcherzeugnisse und zur Eröffnung der betreffenden Zollkontingente sind ungültig.

2. Die Wirksamkeit von Artikel 25 Absatz 1 der Verordnung Nr. 2535/2001 wird bis zum Inkrafttreten einer diese Bestimmung ablösenden Vorschrift, die nicht gegen das Diskriminierungsverbot und die Wettbewerbsregeln der Gemeinschaft verstößt, aufrechterhalten.