

Buchbesprechungen

Cassese, Sabino: A World Government? Sevilla: Global Law Press, 2018. ISBN 978-84-947415-2-4. 267 S. US\$ 39,61 (paperback)

Since many years already, *Sabino Cassese* had focused his attention on “Global administrative law” (GAL), a phenomenon largely ignored even by international lawyers inasmuch as it cannot easily be ranged in the category of administrative law, which is essentially rooted in the sovereign power of a State, and because it lies at the margins of classic inter-State law. In the present volume, the author assembles and redefines his former publications on the topic, attempting to present to the reader a complete picture of that discipline which in recent decades has taken a dynamic development notwithstanding its awkward position in terms of traditional classification. To him, purposeful action carried out by the international community for the promotion of common goals is by necessity embodied in, and sustained by, GAL, GAL thus becoming the major instrument for a peaceful world government.

Indeed, *Cassese* is not interested in emphasizing once again the principal legal pillars of the present world order. His book contains hardly any reference to the United Nations Charter or to General Assembly Resolution 2625 (XXV) on Friendly Relations and Co-operation among States. The principles of sovereign equality and non-use of force are not mentioned. His leitmotiv for the emerging unity of the world is globalization as a factual phenomenon. Against this background, he principally examines the mechanisms and processes through which multilateral conventions on subjects of international concern are implemented in a mix of national and international initiatives (“global regulatory regimes”). In sum, one might speak of a well-pondered multifaceted praise of multilateralism, its ubiquity and creativity. The less well-informed readers may be surprised by the wealth of evidence displayed before them. Indeed, for most of the trans-boundary issues affecting the essential conditions of security and well-being of humankind, issues that escape the control of one individual State, international mechanisms have been established. The entities involved may be of the most diverse nature, many times combining governmental as well as private actors, with the International Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) being referred to in that regard many times. The vast array of institutional mechanisms and procedures found for the implementation of the agreements concerned is indeed overwhelming. By using *Ernst Forsthoff's* words, one might speak of a world-wide system of “*Daseinsvorsorge*”.

ZaöRV 79 (2019), 749-763

Amid all of these turbulent processes, national administrations have found a new identity. *Cassese* shows meticulously that GAL has widely penetrated areas of administrative law which many observers still believe to be firmly under exclusive national authority. Although States have transferred much of their governmental substance to an international or even supranational level, the world has not become stateless. In particular for executive purposes, as *Cassese* rightly notes, the contributions of States remain crucial given the fact that international organizations have generally not been vested with true governmental decision-making powers.

Many sectors of international relations can be identified where GAL has acquired a firm position. Generally, international organizations have set up institutions for the further implementation of the objectives and purposes entrusted to them; accordingly, they need specific rules determining the boundaries of the different institutional actors, the interrelationship between their powers and the legal regime of their conduct. Although many times not clearly defined in the relevant texts, legislative, executive and judicial competences, to the extent that they can be disentangled, should be held apart and appropriate rules need to be framed for their interaction. On the other hand, the execution of the acts produced at international level in the domestic space of the relevant States parties is not only channeled through well-separated pathways placed exclusively under domestic jurisdiction but grows into a complex process where the different outcomes remain intimately related to one another (“horizontal concatenation”, p. 61) although not formally centralized through appropriate procedures. The overall picture, shaped mostly by practical necessities, does not present itself as a well-ordered system but, at face value, rather as a slightly chaotic product of contingency. As noted by *Cassese*: “The process of globalization has been piecemeal, and globalization has developed through crises and unbalances, by accretion and accumulation”(p. 15).

Cassese reminds the reader again and again that the translation of international normativity into hard realities has no common constitutional foundation (p. 133). In legal terms, each process of implementation remains a separate autonomous development. It is a matter of common knowledge that a true world government, a centralizing instance, has not yet emerged and will probably never come into existence, given the diversity of the tasks to be discharged. Notwithstanding the legal walls of reciprocal seclusion, the actors involved do not hesitate to have recourse to solutions found in parallel similar circumstances to justify their decisions. Common elements of administrative procedure invariably emerge in a beginning process of constitutionalization where the relevant processes are placed under the rule of

law (p. 134). In particular, international courts and tribunals see themselves as forming an intellectual unity whose activity should be guided by largely identical principles (pp. 227-251). The progressive amalgamation of principles and values from manifold sources, gained from a superior level or by horizontal comparison, even subverts the supremacy of national constitutional courts, dethroned from their position as uncontrollable guardians of their respective domestic legal orders (p. 259).

Cassese also highlights the simplicity of the institutional framework of many implementation processes. Apart from the European Union, binding decisions are a rare exception. The treaty bodies concerned mostly act through persuasion. They adopt recommendations, “incentives, standards and guidelines” (p. 145), the fulfilment of which can generally be expected because of extensive prior consultations. Thus, notwithstanding their rather loose structure, the systems operate normally with a high degree of efficiency, to the surprise of the outside observer. Indeed, in the whole field of activities examined by *Cassese* the general rules of State responsibility remain absent. The relevant institutions prefer to rely on consensual methods, and more often than not the determinative texts do not even provide for true sanctions. The conviction seems to prevail that general welfare aims provided for in the framework of global multilateralism cannot be reached by top-down sanctions.

After having perused the book, the reader may have the impression that the concept of the sovereign State constitutes more a fiction than a reality. But *Cassese* cautions against such conclusions. He sees in the international arena a well-tuned division of functions where State actors and international actors scrupulously cooperate with one another without being disturbed by artificial legal boundaries, the world being viewed as a “marble cake” with shared powers (p. 147). The classic legal school of *Triepel* and *Anzilotti* has accordingly lost any *raison d'être* in the universe of GAL where cooperation has replaced separation: “The global and the domestic are not two separate levels” (p. 131).

Cassese provides an optimistic picture of the present state of the international community. His assessment is essentially based on experiences with international administrative processes observed in the Western world. It is true that many of the examples relied upon by him are derived from multilateral conventions with a potentiality of universal coverage. Whether and to what extent developing countries do indeed count among the active participants in the analyzed processes may require further study. Lastly, criticism might evoke the lack of stable foundations of *Cassese's* design of world government. The words “crisis” or “emergency” do not appear in his reflec-

tions which are confident that the way forward to increased cooperation will not be hampered by unforeseen political incidents. He trusts in normalcy of factual conditions – and should not be blamed for this approach. All those who believe in the guiding force of international law have to live with that insecurity. Nobody should lose their faith in international law because legal norms alone are not able to resist violence or economic disaster from erupting.

Cassese has confirmed through his book that the teaching of international law should not remain confined to the classic topics. The world of administrative implementation and enforcement of international commitments, which many still regard as an exclusively domestic matter, has quite definitely acquired an international color. For spirits intent on Cartesian categorical clarity this is unwelcome news – yet it reflects truthfully the factual situation encountered on the ground. The world of classic inter-State relations amounting to nothing else than strictly intergovernmental relations has become a veneer under whose surface a full panorama of international actions and transactions is constantly unfolding within a legal order, largely unknown outside narrow circles of specialists, that is still in quest for its unity. *Cassese* has made a magnificent contribution to securing the intellectual foundations of GAL.

Christian Tomuschat, Berlin

Gaita, Raimond/Simpson, Gerry (eds.), Who's Afraid of International Law. Clayton: Monash University Publishing. 2017. ISBN 978-1-925377-00-2. xliv, 191 pp. AUS\$ 29,95

We will not cooperate with the ICC. We will provide no assistance to the ICC. We will not join the ICC. We will let the ICC die on its own. After all, for all intents and purposes, the ICC is already dead to us.

John Bolton, National Security Advisor, 10 September 2018

The American security adviser held his speech at a time when The Hague was planning preliminary investigations into American soldiers who had been accused of torturing people in Afghanistan. The American threats against international judges clearly show the new political climate. It is shocking. I had never heard such a threat.

Christoph Flügge, then-Judge at the International Residual Mechanism for Criminal Tribunals, 23 January 2019

Is *John Bolton* afraid of international law? Is *Christoph Flügge* afraid of international law? Probably we will never know. However, it is fair to assume that they are not afraid in the same way. Whereas Mr. *Bolton* might

fear that international law is too strong, Judge *Flügge* seems to fear that international law is too weak. The “International Criminal Court (ICC)-Controversy”, beyond all politization, however, contains an important and often overseen side-element regarding the often discussed character of international law: is international law something to be afraid of? Admittedly, quite a few articles and books have been written on the current state of international law. Entire research groups are dealing with this question, although the “decline” of international law often appears as a given. *Raimond Gaita* and *Gerry Simpson* also deal with this topic. However, they do not look at the state of international law in the 21st century as such, they focus on international law’s repercussions *vis-à-vis* its stakeholders. Applying the psychological perspective of “fear”, the edited volume provides in seven chapters a fascinating fresh look at international law.

Gerry Simpson identifies in the opening chapter “On Being Afraid of International Law” three main forms of “being afraid”: the law of retribution (p. 6), the law of disappointment (p. 8), and the centralization and open-endedness (p. 11). We could easily assign the first form to *John Bolton*, the second form to Judge *Flügge*. But who, then, falls under form three? *Simpson* raises an unprecedented suspicion: maybe it is “us” (p. 17), i.e. the members of the invisible college of international lawyers. The following six chapters build on these premises.

In her chapter “Changing the World. The Ethical Impulse and International Law”, *Sundhya Pahuja* shows masterfully the worrying potential of category three by explaining how the same inequalities are reproduced within an international legal system allegedly dedicated to the fight of those very inequalities. If “half the world’s people live on less than US\$ 2.50 per day”, although “over US\$ 2.3 trillion has been spent on foreign aid alone over the last five decades”, something is manifestly wrong (p. 26). The problem is as so often hidden in seemingly benevolent concepts, this time in the concept of “development”. She argues with impressive precision that the concept of development is not only “a legacy of [...] imperialism” (p. 27), but also its continuation: The concept of “Gross National (or Domestic) Product” provided the perfect means to replace “race as the measure of superiority between peoples [...]”. Even with the realization of the promise of formal sovereign equality, nation-states could still be ordered in a hierarchy”, which basically corresponded to its previous manifestation. Making Gross Domestic Product (GDP) instead of race “the organizing value” led to the realization of “the ‘anti-colonial imperialism’ of the Cold War era” (pp. 28 et seq.). This system is safeguarded by including the states at the bottom “within the bosom of the international community” and setting

ZaöRV 79 (2019)

them “on a path toward joining the ranks of the chosen few “developed” states at the top” (p. 28). As this would require the combined resources of five planets, this alleged inclusion realizes in fact just another exclusion based on an unfulfillable promise of development (p. 31). Just as the *jus ad bellum* or International Humanitarian Law (IHL), also the law of development makes extensive use of an eschatological doctrine of salvation: while we got used to the notion of no more wars or at least more humane wars, we are now exposed to yet another promise: further technological development, such as carbon dioxide capture and storage, will save us. The description of the current state of international law as part of the problem because international law locates “the causes of poverty and suffering in the present and the local”, instead of addressing the “global or historical causes of poverty and inequality” is appallingly convincing and therefore truly frightening. In the words of *Pahuja*: “The story about the causes of poverty embedded within development discourse is homologous with the structure of international law” (p. 33).

The following chapter by *Tim McCormack* addresses the International Criminal Court. The author starts by explaining the mechanics of ICC jurisdiction, enriched with illustrative examples (pp. 47 et seq.). When speaking about this topic, the clear elephant in the room is the United States (US). While it is usually stated that United States “hostility emanated from a fear of the Court’s potential ability to prosecute a US national without Washington’s approval” (p. 45 et seq.), *McCormack* shows that the crux of the matter is actually the authority over the decision “whether certain conduct constitutes a war crime or not” (p. 62), which often “involves a delicate balancing test” (p. 63). The experience of the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) investigations into the Kosovo air strikes raised the possibility “of an ICC Prosecutor exercising *proprio motu* powers convincing at least two Pre-Trial Chamber judges that certain specific bombing incidents involved disproportionate military force and so approving the opening of a formal investigation. If the bombing occurred on the physical territory of a State Party to the Rome Statute [...] the consent requirement would be readily met. Furthermore, if the US pilots and those responsible for targeting selection had operated consistently with their rules of engagement, the US military would not have investigated any allegations against them. The ICC could then readily determine that the State of nationality was “unwilling” to exercise its primary jurisdiction thus satisfying the second precondition to ICC jurisdiction” (p. 63). Being afraid of the ICC is therefore not the fear of the Court itself. It is the fundamental fear of losing control over international law as a supporter of a State’s own ends. Be

it Guantanamo for the United States or the transfer of population into military occupied territory for Israel (pp. 64 et seq.).

In his chapter “Who’s Afraid of a Climate Treaty?”, *Robyn Eckersley* explores “why there has been so much emotional and political investment in the production of a legally-binding climate treaty, and the reasons why some [...] of the major emitters have resisted or stalled such a development” (p. 77). As *Eckersley* shows, it is – again – not the treaty itself (like we have just seen *vis-à-vis* the Rome Statute), but “the language of the treaty, whether the responsibilities imposed are expressed as mandatory obligations or merely permissive norms, whether the language of the treaty is vague and gestural or clear and precise, and whether any significant sanctions are attached to non-compliance. The problem is not a fear of a climate treaty *per se* but rather a fear of a particular type of treaty commitment” (p. 78). The chapter offers an insightful *tour de force* through the different conferences of the parties (COPs) to the United Nations Framework Convention on Climate Change (UNFCCC), sheds light on the politics behind the negotiations and explains the pivotal role of concepts such as affirmative multilateralism, common but differentiated responsibilities (CBDR), climate leadership responsibilities or Do It Yourself (DIY) climate policy. Being sometimes close to the style of a detective’s story, the author carves out the antagonism especially between the US and major developing countries: “the US would not undertake legally binding obligations unless China and India [...] also undertake legally binding commitments in the same commitment period, rather than at some future, unspecified period. For many years, the US was able to wage this argument on the safe assumption that China would reject it on the basis of CBDR. Yet at Durban, China finally called the US’s bluff, and the US had little choice but to match China’s promise to commit to a new treaty” (p. 96). This US – Chinese antagonism links back quite nicely to *Pabuja*’s chapter, “the world’s climate could not cope with per capita Chinese emissions rising to meet those of the US, so the only safe course of action is for Chinese per capita emissions to rise a little and for US per capita emissions to contract a great deal so that they can converge at some future point at a safe level” (p. 97).

Catriona Drew addresses in chapter 5, “Remembering 1948”, the frightening potential of international legal history. Focusing on the Palestinian refugee tragedy during “what the Israelis call the War of Independence [and] the Palestinians call ‘the Nakba’”, she argues that “in addition to the more familiar protagonists [...] – the Zionists, the British, the Arab states – [...] international law itself played a leading role” (p. 105). After the declassification of certain Israeli archival holdings, “a group of Israeli historians,

ZaöRV 79 (2019)

collectively known as the ‘New Historians’, was able to provide archival evidence for what the Palestinians had long been telling us: that contrary both to Israeli Government claims and Zionist foundational myths, many of the 750,000 Palestinians who had left in 1947-48 had done so not of their own accord [...] but rather in the face of intimidation, massacres, and explicit order to destroy villages and expel the inhabitants” (p. 105). *Drew* presents two historical models to understand the Palestinian exodus in 1948: the “Zionist Population Transfer Prism” (pp. 106 et seq.) and the “Yugoslav Ethnic Cleansing Paradigm” (pp. 111 et seq.) but she does not stop there: “without an understanding of the role played by international law in legitimizing and shaping the Zionist population transfer agenda there can be no true understanding of what happened in 1948” (p. 113). She submits that “in the inter-war and World War II periods, population transfer had become [...] ‘deep-rooted’ in mainstream international thinking as a means of implementing the principle of national self-determination and as an alternative to the, by then, deeply unfashionable system of minority rights” (pp. 113 et seq.). Although the epochal 1919 Paris Peace Conference “famously tethered the newly created nation-states to an innovative system of minority treaties under the supervision of the League of Nations”, it was only three years later at the Conference of Lausanne when the Great Powers embraced “a radically different solution to the problem of minorities: the principle of compulsory population exchange” (p. 114). Assessing this principle in more detail, *Drew* identifies three underlying principles: national self-determination, security, and – rather counter-intuitively – the conviction that transferring minorities “was not merely necessary but humane” (pp. 116 et seq.). Especially backed by the melodious principle of humanity, transferists were convinced of the international legitimacy of their population transfer plans (p. 122). As *Drew* reminds us, “[h]istorians estimate that between 1945 and 1955 an astonishing twenty-three million of Europe’s minorities were transferred under international agreement” (p. 126). While the “dominant view of international law in 1948 is of an ambulance arriving at the scene of the Palestinian accident, dispensing emergency legal entitlements – individual human rights, the right of return, and (later) the collective right of self-determination”, a historio-legal assessment reveals international law’s pivotal role “in shaping and legitimizing the Zionist population-transfer agenda” (p. 127).

In “Why Rule of Law Promotion is Too Important to Be Left to Lawyers”, *Martin Krygier* argues that it is more important to ask “what might one want the rule of law for”, instead of asking the traditional question “what is it made up of”, as the latter cannot be answered without the former

(p. 135). After a discussion of the rule of law's teleology, the chapter continues on the basis of the argument that "if we value the immanent end(s) of the rule of law [...] we cannot assume, without further investigation, that any particular assemblage of legal institutions or practices will generate such ends" (p. 142). In order "to understand what the rule of law requires" the author restates that "we need to start by reflecting first on its point rather than by starting [...] with an enumeration of purportedly defining legal-institutional features" (p. 137). Only toward the end of the chapter does the reader learn that the function of the rule of law is the transformation of "social relationships so that opportunities for the stronger arbitrarily to dominate the weaker are diminished". The author seems to have a favor for combining "truisms" (see pp. 149 et seq.), "general truths" (pp. 155 et seq.) or even "universal truth[s]" (p. 156) with complications which are resolved in the next step. Sentences as: "[S]ociety is not a thing, and certainly not an undifferentiated unit. Instead, it is made up of people who inhabit what one legal anthropologist has influentially described as 'semi-autonomous social fields,' usually several simultaneously" (p. 154) are examples of unnecessary complications. The regular use of litotes such as "What follows from this? Certainly not that dispute settlement by courts is unimportant" (p. 150), "none of this is to say that state law is unimportant" (p. 156), or "That does not make law unimportant" (p. 165) makes it sometimes slightly difficult to comprehend the author's actual conviction. While he is certainly right in raising our awareness for seeing the law "not as the always-necessary centre-piece of powering-tempering policy to which other measures are inferior or supplementary addenda" (p. 165), it would have been nice to see the paper engaging more with the book's overall question of being afraid of international law.

Raimond Gaita's chapter on "The Universality of International Criminal Law and the Idea of a Common Humanity" concludes this wonderful volume on such an intellectual flight in legal philosophy and law and literature, that the author even finds himself constrained to apologize (p. 174). In sum, this book manages to be of equal importance for scholars, practitioners and students of international law alike. Although chapters in an edited volume are always necessarily of varying quality, every single one contributes to making the book a must read for everyone who is interested in a deeper understanding of international law beyond standard narratives. *Third World Approaches to International Law and Critical Legal Studies* made us see international law in a different light. This book makes us afraid of it.

Raphael Schäfer, Heidelberg

Woblfahrt, Christian: Die Vermutung unmittelbarer Wirkung des Unionsrechts. Ein Plädoyer für die Aufgabe der Kriterien hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit. Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 254. Berlin/Heidelberg: Springer-Verlag, 2016. ISBN 978-3-662-48980-2. xix, 300 S. € 84,99

Das von *Christian Woblfahrt* vorgelegte Werk stellt die Druckfassung einer bei *Armin von Bogdandy* verfassten Dissertation dar. Es widmet sich der unmittelbaren Wirkung des Unionsrechts, was für sich allein schon verdienstvoll ist. Denn obgleich Einzelstudien jüngeren Datums, namentlich zur unmittelbaren Wirkung von Richtlinien und internationalen Übereinkünften der Union existieren, wurde das Phänomen der unmittelbaren Wirkung im deutschsprachigen Raum in einem breiteren Rahmen schon seit den 1980er Jahren (namentlich seit den grundlegenden Werken von *G. Prasch*, Die unmittelbare Wirkung des EWG-Vertrages auf die Wirtschaftsunternehmen. Eine Untersuchung zur Frage der unmittelbaren Verbindlichkeit von Bestimmungen des EWG-Vertrages und ihrer Bedeutung für die Einzelnen, 1967; *L. Constantinesco*, Die unmittelbare Anwendbarkeit von Gemeinschaftsnormen und der Rechtsschutz von Einzelpersonen im Recht der EWG, 1969; *A. Koller*, Die unmittelbare Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge, 1971; *E. Klein*, Unmittelbare Geltung, Anwendbarkeit und Wirkung von europäischem Gemeinschaftsrecht, Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut der Universität des Saarlandes, 1988) nicht mehr untersucht.

Ausweislich des Titels beschäftigt sich der Verfasser vorrangig mit der Tatbestandsseite, d. h. mit den Kriterien der unmittelbaren Wirkung. Demgegenüber klammert er die Rechtsfolgenseite aus, zumindest weitgehend. Bei der Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes macht er deutlich, dass er das Phänomen der unmittelbaren Wirkung insoweit prüfen will, als eine unionsrechtliche Vorschrift "durch die mitgliedstaatlichen Gerichte und Verwaltungsbehörden anwendbar ist" (S. 11). Es komme nicht darauf an, ob sich aus dieser ein konkreter rechtlicher Inhalt ableiten lasse, sondern lediglich auf die "Eignung von Vorschriften zur Anwendung" (S. 13), ohne dass die Begründung eines bestimmten rechtlichen Resultats erheblich wäre. Die vom Verfasser bevorzugte weite Begriffsbestimmung wirft verschiedene Fragen auf, vor allem zur Abgrenzung der unmittelbaren Wirkung von der unionsrechtskonformen Auslegung, die ebenfalls eine Form der Anwendung von Unionsrecht darstellt. Plausibel ist dagegen, dass der Verfasser die Anwendung von Unionsrecht durch Organe, Einrichtungen oder sonstige Stellen der Union aus dem Konzept der unmittelbaren Wirkung ausklammert (S. 11).

ZaöRV 79 (2019)

Gestützt auf diese Definition erarbeitet der Verfasser einen Lösungsvorschlag, der Geltung für grundsätzlich alle Rechtssatzformen des Unionsrechts beansprucht, d. h. Primärrecht ebenso wie Sekundärrecht, Verordnungen ebenso wie Richtlinien, indes unter Ausschluss des die Union bindenden Völkerrechts (S. 9). Diese Einschränkung scheint dem Rezensenten weder notwendig noch, worauf später zurückzukommen sein wird, überzeugend.

Kernanliegen des Werkes ist die Aufgabe des in der Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Union (EuGH) wohletablierten Kriterienduos der hinreichenden Genauigkeit und Unbedingtheit für die Unterscheidung, welche unionsrechtlichen Vorschriften unmittelbare Wirkung entfalten und welche nicht, und dessen Ersetzung durch eine generelle Vermutung der unmittelbaren Wirkung. Zu diesem Zwecke legt der Verfasser im Ersten Teil eine ebenso wohldokumentierte wie -argumentierte Kritik an der "aktuellen Doktrin der unmittelbaren Wirkung" (S. 24-46) vor, denn die breite Palette der in der Judikatur tatsächlich verwendeten Kriterien kann in der Tat nur "scheinbar" (S. 31) den beiden Gruppen der Genauigkeit und Unbedingtheit zugeordnet werden. Gestützt darauf wirbt der Verfasser für die Vorteile seines Ansatzes der Vermutung der unmittelbaren Wirkung (S. 46-69). Dem folgt im Zweiten Teil die Begründung der Vermutung, die sich einmal aus einer ausführlichen Wiedergabe der Judikaturentwicklung von (vor) der Rs. *Van Gend en Loos* (EuGH Rs. 26/62, Slg. 1963, 00003 – *Van Gend en Loos*) bis 1990 (S. 71-143) sowie "Evidenzen" für die Vermutung in der Rechtsprechung (S. 143-174) und einer primärrechtsbasierten dogmatischen Begründung derselben (S. 174-201) zusammensetzt. Der Dritte Teil offeriert dann eine "dogmatische Operationalisierung" durch Fallgruppenbildung, wobei der Verfasser fünf Konstellationen beschreibt, in denen die grundsätzliche Vermutung der unmittelbaren Wirkung im Einzelfall widerlegt wird (S. 203-226). Ein Fazit (S. 227-229) und drei ausführliche Anhänge (S. 231-260) schließen das Werk ab.

Die beiden argumentativen Kernabschnitte (S. 143-201) bestechen vor allem durch die gründliche und anschauliche Verarbeitung der reichen Judikatur des EuGH zur unmittelbaren Wirkung. Das wird besonders im ersten Abschnitt deutlich, wo mit hohem Aufwand und Ertrag die einschlägige Rechtsprechung quantitativ (S. 144-148) und qualitativ (S. 148-163) aufgearbeitet wird. Wertvolle Unterstützung erfahren die Begründungsanstrengungen durch die drei genannten Anhänge: Darin dokumentiert der Verfasser minutiös die vom EuGH für die unmittelbare Wirkung verwendeten Formulierungen, die von Gerichtshof, Generalanwälten und Verfahrensbeteiligten zur unmittelbaren Wirkung zahlreicher primär- und sekundär-

ZaöRV 79 (2019)

rechtlicher Bestimmungen im Verfahren jeweils eingenommenen Positionen sowie die Häufigkeit der Stellungnahmen des EuGH zur unmittelbaren Wirkung entlang der Zeitachse.

Damit kontrastiert der zweite, mehr dogmatisch orientierte Abschnitt (S. 174-201), der die Vermutung des Unionsrechts vor allem als Konsequenz aus der Herrschaft des Rechts in der EU verstehen will (S. 174), wobei der Verfasser fünf Dimensionen aufzeigt: Die Wirksamkeit des Rechts als Grundvoraussetzung der Herrschaft des Rechts verlange, dass die Wirksamkeit des Unionsrechts in möglichst hohem Maße verwirklicht werde, wozu die unmittelbare Wirkung einen Beitrag leiste (S. 177-182). Darüber hinaus verankerten verschiedene primärrechtliche Bestimmungen (z. B. Art. 19 Vertrag über die Europäische Union [EUV], Art. 197, 267, 291 Vertrag über die Arbeitsweise der Europäischen Union [AEUV]) Elemente der Rechtsstaatlichkeit im Unionsrecht und lieferten gleichzeitig Hinweise auf die unmittelbare Wirkung (S. 182-187). Des Weiteren stehe die Rechtsstaatlichkeitsorientierung des Unionsrechts – in Abhebung vom Völkerrecht – Reziprozitätserwägungen, die der unmittelbaren Wirkung abträglich wären, prinzipiell entgegen (S. 187-189). Sodann drohe von der unmittelbaren Wirkung angesichts der Anwendung des Unionsrechts durch zahllose mitgliedstaatliche Gerichte und Verwaltungsbehörden auch keine inakzeptable Gefahr für die Rechtssicherheit und Rechtsgleichheit, namentlich da durch das Vorabentscheidungsverfahren die rechtsstaatlich zu fordernde Einheitlichkeit der Anwendung des Unionsrechts ausreichend gewährleistet sei (S. 189-193). Schließlich verfüge die Union, jedenfalls in ihrer gegenwärtigen normativen Ausstattung, über ausreichende rechtsstaatliche Legitimation, um die Vermutung der unmittelbaren Wirkung zu decken (S. 194-199). Als zusätzliches, jedoch vom Rest der Argumentation abgehobenes, da lediglich ergänzendes Begründungsmoment für die Vermutung der unmittelbaren Wirkung führt der Verfasser noch den in Art. 4 Abs. 3 EUV verankerten Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit an (S. 200-201).

Zur Würdigung des im Untertitel enthaltenen Plädoyers für die Aufgabe der Kriterien hinreichender Genauigkeit und Unbedingtheit und deren Ablösung durch die Vermutung der unmittelbaren Wirkung müssen zunächst zwei Frageebenen auseinandergehalten werden.

Auf der einen Ebene ist zu fragen, ob man für oder gegen eine Vermutung der unmittelbaren Wirkung eintritt. Auch wenn der Verfasser die Proponenten der Vermutung als Vertreter einer "letztendlich seltenen" (S. 52) Spezies sieht, führt er gleichzeitig und ganz zu Recht eine doch sehr beachtliche Zahl an Stimmen aus dem Schrifttum an, die sich für eine derartige Vermutung aussprechen. Eine genauere Verortung des Pro- und Cont-

ra-Lagers würde die Klärung voraussetzen, was näherhin, gerade auch in methodischer Sicht, unter Vermutung zu verstehen ist und welche Funktion Vermutungen in der Rechtsanwendung und -auslegung zukommt. Das geschieht hier ansatzweise (S. 7-8), hätte aber noch vertieft werden können, zumal jede schroffe Entgegensetzung von Vermutungsbefürwortern und -gegnern angesichts der Differenziertheit der bislang geführten Diskussion zu kurz greift. Insbesondere lässt das Eintreten für positive Kriterien der unmittelbaren Wirkung keineswegs schon den Schluss zu, dass eine Vermutung der unmittelbaren Wirkung abgelehnt wird (S. 57).

Wichtiger als die Vermutungsfrage ist freilich, gerade für das mit dem Werk verfolgte Anliegen, die zweite Ebene. Hier ist zu klären, welche Kriterien dafür ausschlaggebend sein sollen, zwischen unmittelbar wirksamen und nicht unmittelbar wirksamen unionsrechtlichen Vorschriften zu differenzieren. Diese Frage ist nämlich unabhängig davon zu beantworten, wo man in der Vermutungsfrage steht, und auch der Verfasser muss sich ihr stellen. Insofern bleibt es bei der Anerkennung der Unterscheidung von Vorschriften mit und ohne unmittelbare Wirkung als *summa divisio* des Unionsrechts (vgl. oben *L. Constantinesco*, 16). Die Antwort des Verfassers auf die Frage nach den unterschiedlichen Kriterien findet sich im Dritten Teil, in dem er diese Distinktion durch die Formulierung von Negativkriterien erreichen will. Dabei wird der Anspruch erhoben, es werde eine "klare Regel" aufgestellt, die "den Rechtsanwender nicht im Zweifel" (S. 49) lasse, denn diese Negativfälle seien "weitgehend evident" (S. 50).

Fünf Fallgruppen stellt der Verfasser vor, mit denen sich "leicht und zuverlässig feststellen" (S. 203) lasse, wann Unionsrecht ausnahmsweise nicht unmittelbar wirksam sei: bei Vorschriften unverbindlicher Handlungsformen wie Empfehlungen und Stellungnahmen i. S. d. Art. 288 Abs. 5 AEUV (S. 204-205); wenn die Verbindlichkeit von unionsrechtlichen Vorschriften vom Eintreten eines Ereignisses abhängt und dieses noch nicht stattgefunden hat, wobei der Ereigniseintritt auch das Ablaufende der Umsetzungsfrist von Richtlinien einschließt (S. 205-207); wenn die Anwendung einer unionsrechtlichen Vorschrift nur unter Berücksichtigung und Bewertung komplexer, sich rasch ändernder wirtschaftlicher, politischer oder sozialer Gegebenheiten möglich ist und mitgliedstaatliche Gerichte und Verwaltungsbehörden hiermit ihre funktionalen Befugnisse überschreiten würden (S. 207-219); wenn die Anwendung einer unionsrechtlichen Vorschrift nur im Zusammenwirken mit flankierenden Regelungen möglich ist, an denen es aber fehlt (S. 219-223); und schließlich, wenn eine unionsrechtliche Vorschrift einen alternativen Inhalt aufweist und sich unter den Alternativen keine Verpflichtung zu einem Mindestschutz im Sinne eines kleinsten gemeinsa-

men Nenners ermitteln lässt, da sonst das dadurch zugestandene mitgliedstaatliche Ermessen konterkariert würde (S. 223-225).

Die erste Fallgruppe in diesem Operationalisierungsvorschlag erweist sich als *“odd man out”*, da sich das Problem der unmittelbaren Wirkung von vornherein nur für verbindliches Unionsrecht stellt. Die anderen vier Fallgruppen haben dagegen ihre inhaltliche Berechtigung und sind einmal mehr umfassend mit der einschlägigen Judikatur belegt. Man muss sich auch gar nicht dem Eindruck verweigern, dass damit Fälle von unionsrechtlichen Vorschriften, denen der EuGH über die Kriterien nicht hinreichender Genauigkeit und Bedingtheit die unmittelbare Wirkung verweigert, unter Verwendung alternativer Kriterien gelöst werden sollen. Schließlich ist das erklärte Anliegen des Werkes, die Zahl unmittelbar wirksamer Vorschriften nicht auszubauen (oder zu schmälern) und damit eine Vertiefung (Rückführung) der Integration zu erreichen, sondern den bereits erreichten Integrationsstand abzubilden (S. 49).

Dem Verfasser geht es vielmehr um den Nachweis der höheren Leistungsfähigkeit seines Negativkriterienvorschlags. Ihm zufolge ist die Handhabung des Kriterienduos des EuGH *“nicht praktikabel. Abhilfe schafft die hier vertretene Vermutung der unmittelbaren Wirkung, die einen Rückgriff auf diese Kriterien obsolet macht”* (S. 227). Ist man die Kritik auch zu teilen bereit, muss man vom Remedium nicht gleichermaßen überzeugt sein. Zweifel, ob die vorgeschlagenen Fallgruppen tatsächlich leichter handhabbar sind und mehr Rechtssicherheit und Transparenz (S. 3) bringen als die bislang verwendeten Kriterien, bleiben auch nach der Lektüre der betreffenden Seiten bestehen.

Bemerkenswert ist aber, dass der Verfasser in diesem Zusammenhang mehrfach, wenn auch nur punktuell, den Gedanken der Gewaltenteilung zwischen den mitgliedstaatlichen Gerichten und Verwaltungsbehörden einerseits und anderen Trägern der öffentlichen Gewalt der Union und der Mitgliedstaaten andererseits ins Spiel bringt (S. 203, 207, 235). Dieser Gedanke birgt einiges an Potenzial zur Weiterentwicklung, denn in der Tat dient die Prüfung der unmittelbaren Wirkung insbesondere auch dazu, eine angemessene horizontale wie vertikale Funktions- und Zuständigkeitsverteilung zwischen nationalen Gerichten/Verwaltungsbehörden und *“politischen”* Akteuren auf Unions- und mitgliedstaatlicher Ebene zu gewährleisten. In dieser Perspektive hätte man gerade das die Union bindende Völkerrecht, das aus dem vorliegenden Werk ausgeklammert ist (S. 9), fruchtbringend in die Diskussion einbringen können. Die die unmittelbare Wirkung des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens (GATT) und des Abkommens der Welthandelsorganisation (WTO) seit jeher ablehnende ständige

Rechtsprechung (vgl. EuGH Rs. C-149/96, Slg. 1999, I-8395 – *Portugal/Rat*; EuGH Rs. C-377/02, Slg. 2005, I-1465 – *Van Parys*; EuGH verb. Rs. C-120/06 P und C-121/06 P, Slg. 2008, I-6513 – *FIAMM und Fedon/Rat und Kommission*), die der Verfasser andernorts anspricht (S. 188), ist schließlich ein Musterbeispiel für die Sensibilität des EuGH in Sachen Sicherung der nötigen Gestaltungsspielräume für die unionalen politischen Akteure auf der internationalen Ebene.

Insgesamt bietet das vorliegende Werk einen spannenden und stimulierenden neuen Blick auf Wohletabliertes und Alteingesessenes. Schon allein dies ist wohltuend, da es in der Literatur zur unmittelbaren Wirkung sonst oft mit einer bloßen Wiedergabe des zugegebenermaßen reichen Angebots an Judikaturformeln sein Bewenden hat. Ein halbes Jahrhundert nach dem Urteil in der Rs. *Van Gend en Loos* zeugt das Werk davon, dass das Konzept der unmittelbaren Wirkung in der Tat ein unionsrechtlicher “Evergreen” (*E. Klein*, s. oben, 3.) ist, der jenseits des Betreibens von “Gemeinschaftsrechtsarchäologie” (*J. Ziller*, *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit: “Relire Van Gend en Loos”*, in: *J. Schwarze* (Hrsg.), *Das Verhältnis von nationalem Recht und Europarecht im Wandel der Zeit*, Bd. I, 2012, 37) auch in der heutigen Zeit einen vielversprechenden Gegenstand für die rechtswissenschaftliche Reflexion darstellt. Insofern sollte es in keiner europarechtlichen Bibliothek fehlen. Ganz zu Recht schließt der Verfasser (S. 229), darin sekundiert vom Geleitwort (S. v) von *Carl Otto Lenz*, langjähriger deutscher Generalanwalt (1984-1997), mit der Exhortatio: “Die unmittelbare Wirkung des Unionsrechts ist eine Errungenschaft, die es zu bewahren und zu verteidigen gilt.”

Andreas Th. Müller, Innsbruck

