

Duvigneau, Johann Ludwig

Article

Das WTO/GATT-Recht zwischen Handelsliberalisierung und Marktintegration

Aussenwirtschaft

Provided in Cooperation with:

University of St.Gallen, School of Economics and Political Science, Swiss Institute for International Economics and Applied Economics Research

Suggested Citation: Duvigneau, Johann Ludwig (2003) : Das WTO/GATT-Recht zwischen Handelsliberalisierung und Marktintegration, Aussenwirtschaft, ISSN 0004-8216, Universität St.Gallen, Schweizerisches Institut für Aussenwirtschaft und Angewandte Wirtschaftsforschung (SIAW-HSG), St.Gallen, Vol. 58, Iss. 4, pp. 521-546

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/231040>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

Das WTO/GATT-Recht zwischen Handelsliberalisierung und Marktintegration — Zur Bedeutung der Seitenabkommen über technische Handelshemmnisse

Johann Ludwig Duvigneau^{*}
Eberhard-Karls-Universität Tübingen

The WTO Agreements on Technical Barriers to Trade (especially Art. 2.2, 3.1, 3.3, 5.1, 5.2 SPS and Art. 2.2, 2.4 TBT) contain market-integrative elements that go beyond the liberalizing rules of the GATT. Because of their inherent regulatory/deregulatory nature these market-integrative elements present a major challenge to the legitimacy of the WTO. The current dispute on biotechnology marks the explosive nature of too rigid limitations on the regulatory autonomy of the member states. Deep market integration is not only inconsistent with the interests of the defending member state. It is also inconsistent with the genuine interests of the complainant since those member states that actually bring a case for market integration before the WTO will also have – as potential defendants – an abstract, though comprehensive, interest in autonomy-friendly WTO decisions. Therefore, the Dispute Settlement Body should not extend WTO/GATT law too deeply into the field of market integration.

Keywords: WTO, Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT), Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures (SPS), market integration, dispute settlement

JEL-Codes: F13, F15, K33

1 Einleitung

Die Beschränkungsverbote der Art. 2.2 und 2.4 des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT) und der Art. 2.2, 3.1, 3.3, 5.1 und 5.2 des Übereinkommens über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen (SPS) erfassen nicht nur Massnahmen an der Grenze, sondern auch Massnahmen *hinter* der Grenze.¹

^{*} Der folgende Artikel geht auf einen Vortrag zurück, den der Verfasser im Juli 2003 im Rahmen eines von den Universitäten Tübingen und St. Gallen veranstalteten Dialogseminars zu rechtlichen und ökonomischen Fragen der WTO-Ordnung gehalten hat. Für inhaltliche Hinweise gilt besonderer Dank den Organisatoren dieses Seminars, JELENE KOKOTI, HEINZ HAUSSER und vor allem MARTIN NEUBISCHLIM.

¹ Die Begriffe «an der Grenze» und «hinter der Grenze» sind keine Rechtsbegriffe, werden in der wissenschaftlichen Diskussion aber immer wieder verwendet. Ihr Gehalt orientiert sich regelmässig entlang der Unterscheidung, ob eine Massnahme anlässlich (dann Grenzmassnahme) oder unabhängig (dann Massnahme hinter der Grenze) der Ein- oder Ausfuhr einer Ware ergeht. Sie orientiert sich damit ungefähr an der Linie, wie sie etwa die Anmerkung zu Art. III vorgibt (Massnahmen, die «im Zeitpunkt oder am Ort der Einfuhr erhoben oder angewendet werden»). Auch im vorliegenden Beitrag sollen sie mit dieser Bedeutung benutzt werden.

Sie greifen damit in Bereiche vor, die das GATT nicht erfasst. Denn bis heute verbietet das GATT mitgliedstaatliche Beschränkungen des grenzüberschreitenden Handels lediglich *an* der Grenze (Art. II und XI GATT), während es mitgliedstaatliche Massnahmen *hinter* der Grenze nur insoweit verbietet, als sie ausländische Waren gegenüber vergleichbaren inländischen Waren in protektionistischer Weise schlechter behandeln (Art. III GATT).

In der Fortschreibung des WTO/GATT-Rechts von Diskriminierungsverboten hinter der Grenze zu Beschränkungsverboten hinter der Grenze liegt ein Übergang zu Formen der Marktintegration. Denn Beschränkungsverbote hinter der Grenze haben das Potenzial, die durch blosse Handelsliberalisierung bewahrten Unterschiede zwischen mitgliedstaatlichen Regulierungen aufzuheben. Marktintegration führt in diesem Verständnis zwar nicht notwendig zur vollständigen Aufhebung der regulativen Autonomie der Mitgliedstaaten. Insbesondere bedeutet sie nicht schon *per se* den Verlust der mitgliedstaatlichen Autonomie zur Regulation der heimischen Waren im heimischen Markt. Sie bringt es aber mit sich, dass ausländische Waren gegebenenfalls auch dann zu einem mitgliedstaatlichen Markt Zugang haben können, wenn sie *nicht* dessen allgemeinen Gesetzen entsprechen.

Der damit angesprochenen Unterscheidung von Handelsliberalisierung und Marktintegration kommt eine fundamentale Bedeutung für das normative Leitbild eines jeden Freihandelsregimes zu. Dennoch weisen Lehrbücher zum WTO-Recht – mit Ausnahme etwa des Lehrbuchs von TREBILCOCK und HOWSE² – dem im WTO/GATT-Recht positiv angelegten Spannungsfeld von Handelsliberalisierung und Marktintegration keine oder nur eine äusserst geringe Priorität zu.³ Auch Beiträge, die sich mit dem WTO-Recht unter dem Gesichtspunkt seiner Legitimation auseinandersetzen, vernachlässigen die bestehenden marktintegrativen Ansätze.⁴

2 Vgl. TREBILCOCK und HOWSE (1999) S. 135 ff.

3 Auch Lehrbücher aus neuerer Zeit weisen dem Thema keine Priorität zu, vgl. etwa TOWNSEND (2002) S. 78 ff. STOLL und SCHORKOPF (2002) verkürzen das WTO-Recht sogar auf die marktliche Aussage «Handelsliberalisierung, keine Marktintegration» (S. 33, Hervorhebung d. Vert.) und korrigieren diese Aussage nicht einmal bei der Erörterung von TBT (S. 99 ff.) und SPS (S. 106 ff.), obwohl sie in diesem Zusammenhang sogar selbst von «Harmonisierung» (etwa S. 99, 102) und «gegenseitige Anerkennung» (S. 103) sprechen.

4 Besonders deutlich VON BOGDANSKY (2001), der meint, sich im Rahmen seines «Modells kooperativer Interdependenz» mit den marktintegrativen Elementen des WTO/GATT-Rechts überhaupt nicht auseinandersetzen zu müssen, weil diese «Ausnahmecharakter» hätten (S. 435 ff.). In einer spezifisch anti-protektionistischen Perspektive demgegenüber differenzierend etwa Mc GINNIS und Mc VAYSIAS (2000) S. 517, 551 ff.

Nur wenn von den Regeln des TBT und SPS ganz konkret die Rede ist, werden die marktintegrativen Ansätze näher gewürdigt.⁵ Aber selbst in Spezialbeiträgen zu den Seitenabkommen finden sich immer wieder erstaunliche Einschätzungen. Als besonders eindrückliches Beispiel mögen folgende Sätze in einer anerkannten Zeitschrift zum internationalen Wirtschaftsrecht dienen: «Art. 2.2, the most important provision in the TBT Agreement, [...] is so general – of necessity because of the broad range of measures covered – that it is difficult to apply. It is a useful discipline only in the most egregious cases that could normally also be prosecuted under GATT Articles II (schedule of concessions), III (national treatment), or XI (elimination of quantitative restrictions).»⁶

Angesichts des durch solche Äusserungen geprägten Diskussionsstandes erscheint es angezeigt, die bestehenden Regelungen in positiv-rechtlicher Analyse nachzuzeichnen und in das Gesamtsystem der WTO einzuordnen. Die Analyse des folgenden Beitrags soll in diesem Zusammenhang das marktintegrative Potenzial der Seitenabkommen aufzeigen⁷, zugleich aber auf die Schwierigkeiten seiner vollständigen Ausschöpfung im Rahmen des WTO/GATT-Rechts hinweisen. Zu diesem Zweck soll der Beitrag zunächst kurz in die Unterschiede zwischen GATT-rechtlicher Handelsliberalisierung und den marktintegrativen Ansätzen der Seitenabkommen über technische Handelshemmnisse einführen (*Abschnitt 2*). Sodann soll er diese Unterschiede konzeptionell (*Abschnitt 3*) und ihrem Ergebnis nach herausarbeiten (*Abschnitt 4*). Nach einigen ergänzenden prozeduralen Überlegungen (*Abschnitt 5*) soll er schliesslich die einem Streitverfahren um mehr Marktintegration zugrunde liegenden Interessen der WTO-Mitgliedstaaten analysieren und in die Gesamtstruktur der WTO einordnen (*Abschnitt 6*). Der Beitrag schliesst mit der These, dass die Streitbeilegenden Organe der WTO nur dann den gemeinsamen Interessen der Mitgliedstaaten entsprechen, wenn sie dem Autonomieschutz auch im Rahmen der Seitenabkommen ein besonderes Gewicht geben (*Abschnitt 7*).

5 Jüngeres Beispiel etwa MARCIAU und TRACHTMAN (2002), insbesondere S. 863 ff. m.w.N.

6 THORN und CARLSON (2000) S. 842.

7 Ähnlich WILFUR (2000) S. 228.

2 Vom GATT zu den Seitenabkommen über technische Handelshemmnisse: Marktintegration unter dem WTO/GATT-Recht

Das Zusammenspiel der Art. II, III und XI GATT ermöglicht offenen regulativen Wettbewerb zwischen den Mitgliedstaaten, indem es mitgliedstaatliche Beschränkungen lediglich an der Grenze verbietet. Der in diesem Zusammenhang notwendige Autonomieschutz hinter der Grenze wird vor allem durch die hohen Anforderungen des Art. III GATT gewährt.⁸ Freilich reicht die autonomieschonende Funktion des Art. III GATT lediglich soweit, wie seine Vorschriften auch *tatsächlich* im Sinne seiner autonomieschonenden Funktion angewendet werden. Verschiedene Streitbeilegungsentscheidungen, die vor allem unter dem Stichwort der «Product/Process-Doktrin» bekannt geworden sind⁹, haben in der Literatur erhebliche Verwirrung über den durch Art. III GATT zu gewährenden Autonomieschutz hervorgerufen. Spätestens mit seiner Entscheidung zum Asbestfall sollte der Appellate Body aber Klarheit geschaffen haben¹⁰, und zwar sowohl im Hinblick auf die Vergleichbarkeitsprüfung als auch im Hinblick auf die Ungleichbehandlung: Während die Vergleichbarkeitsprüfung nun eine offen *wertende* positive Marktanalyse nach *allen border tax adjustment*-Kriterien verlangt¹¹, bedarf es für die Beurteilung der protektionistischen Ungleichbehandlung einer *aggregierten* Schlechterbehandlung der Gruppe der Einfuhren gegenüber der Gruppe der Ausfuhren¹². Zwar bleiben auch nach dieser Klarstellung die konkreten Grenzen sowohl der Vergleichbarkeit als auch der (aggregierten) Schlechterbehandlung in mancherlei Hinsicht undeutlich. Trotz der dadurch entstehenden Schwierigkeiten in der Anwendung der Tatbestände auf den Einzelfall dürfte damit dem Bedürfnis nach effektiver und zugleich autonomieschonender Bekämpfung protektionistischer Diskriminierungen im Grundsatz aber Genüge getan sein¹³, und zwar *auch* im Hinblick auf prozessbezogene Massnahmen.¹⁴

8. Instruktiv hierzu vor allem ROESSLER (1996).

9. Näher etwa HUDIG (2000).

10. Vgl. *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Bericht des Appellate Body, WTO-Dok. Nr. WT/DS135/AB/R, angenommen am 5. April 2001.

11. Vgl. oben Fn. 10, Rn. 101 ff.

12. Vgl. oben Fn. 10, Rn. 100.

13. An dieser Stelle soll darauf hingewiesen werden, dass das entscheidende Element in der Feststellung der Grenzen des Art. III GATT nicht die *Zahl* der von einer Massnahme aktuell betroffenen Waren ist, sondern dasjenige der normativen und faktischen Gleichheit in der *Verfallbarkeit* der Massnahme. Für einen rein quantifizierenden Ansatz vgl. demgegenüber aber FRIESE (2002). Die Diskussion über das Konzept der Ungleichbehandlung hat bis heute erstaunlicherweise kaum richtig begonnen, obwohl dieses Konzept von so grundlegender Bedeutung für die Grenzen des Art. III GATT ist. Der Verfasser wird sich daher in einem demnächst erscheinenden Beitrag vertieft mit diesem Problemfeld befassen.

14. Die Relevanz der Entscheidung für die «Product/Process-Doktrin» unterstreichen etwa auch HUDIG und FURCK (2001) S. 297.

Unter den TBT- und SPS-Abkommen sind marktintegrative Ansätze demgegenüber der typisierte Regelfall: Art. 2.2 und 2.4 TBT und Art. 2.2 und 3.1, 3.3, 5.1, 5.2 SPS enthalten Beschränkungsverbote, die sowohl für Grenzmassnahmen als auch für Massnahmen hinter der Grenze gelten. Einziges Anknüpfungsmerkmal ist dabei, ob in der Massnahme eine unzulässige Handelsbeschränkung liegt. Die Unzulässigkeit ergibt sich dabei entweder aus der unnötigen oder nicht hinreichend begründeten Abweichung von der in Bezug genommenen internationalen Norm (Art. 3.1, 3.3 SPS und 2.4 TBT) oder allein aus einem bisher noch weitgehend unausgefüllten Massstab streitbeilegender Entscheidungen (Art. 2.2 SPS und 2.2 TBT).

Der lange Weg dieser Regeln über technische Handelshemmnisse in die WTO (Beurteilung technischer Handelsbeschränkungen zunächst nur unter Art. XI und III (4) GATT, sodann Einfügung des TBT-Abkommens in der Tokio-Runde bis hin zum TBT und SPS im WTO-Recht) ist nicht zufällig, sondern eine *Folge* voranschreitender Handelsliberalisierung. Denn mitgliedstaatlicher Protektionismus sucht sich seinen Weg immer weiter hinter der Grenze in allgemeiner mitgliedstaatlicher Regulierung, je effektiver er an und hinter der Grenze verboten wird. Den handelsbeschränkenden und damit schützenden Wirkungen allgemeiner Regulation kann man mit Hilfe von Diskriminierungsverboten kaum sinnvoll entgegenreten. Will man Antiprotektionismus auch bei fortgeschrittener Handelsliberalisierung weiter vorantreiben, *muss* man daher früher oder später zu geschriebenen Verboten von Handelsbeschränkungen auch hinter der Grenze greifen. Die Beschränkungsverbote der Art. 2.2 und 3.1, 3.3, 5.1, 5.2 SPS und Art. 2.2, und 2.4 TBT sind in diesem Sinne Ausdruck des handelsliberalisierenden Erfolges des GATT. Sie sind sozusagen die konsequente Fortschreibung des antiprotektionistischen GATT-Rechts in die Marktintegration hinein. Seit den Entscheidungen im Hormon-¹⁵, Asbest-¹⁶ oder auch dem Sardinienfall¹⁷ dürfte ihr denkbar weiter Anwen-

15 *European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones)*, Panelbericht vom 18. August 1997, WTO-Dok. Nr. WT/DS26/R/USA, Rn. 8,20.

16 *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products*, Bericht des Appellate Body, WTO-Dok. Nr. WT/DS135/AB/R, angenommen am 5. April 2001, Rn. 70.

17 *European Communities – Trade Description Of Sardines*, Bericht des Appellate Body, WTO-Dok. Nr. WT/DS231/AB/R, Rn. 175 ff.

dungsbereich (vgl. insbesondere Anhänge 1.1 zum TBT-Abkommen und A 1 zum SPS-Abkommen) weitgehend unbestritten sein.¹⁸

Freilich unterscheiden sich die Beschränkungsverbote des TBT und des SPS in ihrem Gehalt ihrerseits voneinander: Während das TBT in seinen Art. 2.2 und 2.4 eine Abwägung zwischen dem Ziel des freien Handels und jenem Ziel fordert, um dessentwillen die angegriffene Massnahme den freien Handel beschränkt, unterwerfen die Art. 2.2, 3.1, 3.3, 5.1, 5.2 SPS die Mitgliedstaaten lediglich einer Pflicht zur hinreichenden wissenschaftlichen Begründung der Massnahme. Beobachter bewerten die Entscheidung des Appellate Body im Hormonfall in diesem Zusammenhang als Absage an wertendes Entscheiden.¹⁹ Bei näherem Hinschauen sind die strukturellen Unterschiede zwischen dem TBT (offene Abwägung zwischen Rechtsgütern) und dem SPS (prozedurale Prüfung der wissenschaftlichen Begründung einer Massnahme) allerdings nicht so gross, wie es auf den ersten Blick erscheinen mag. Mit der autonomiefreundlichen Auslegung insbesondere der Art. 3.3 und 5 SPS²⁰ nimmt der Appellate Body bereits *richtungsweisende* Entscheidungen in der Abwägung zwischen dem Gut des freien Handels und dem Gut des Gesundheitsschutzes (beziehungsweise der mitgliedstaatlichen Autonomie im Gesundheitsschutz) für eine Vielzahl von Fällen voraus.²¹

18. Zwar bemüht sich der Appellate Body, den Eindruck einer grenzenlosen Weite zu vermeiden, wenn er in seiner Asbestentscheidung mit fast äusserster Vorsicht hervorhebt: «We note, however, and we emphasize – that this does not mean that *all* internal measures covered by Article III:4 of the GATT 1994 (affecting the sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of a product are, necessarily, technical regulations) under the TBT Agreement. Rather, we rule only that this particular measure, the Decree at stake, falls within the definition of a technical regulation given in Annex 1.1 of that Agreement» (Rn. 77). Alles Hervorheben hilft jedoch nichts: Mit dem TBT- und SPS-Abkommen ist der Geist der Marktintegration auch hinter der Grenze aus der Flasche gekommen – der Appellate Body wird ihn so schnell nicht wieder hineinbekommen!

19. Vgl. etwa NEUGBAUER (2000), bei S. 1274 f.

20. Vgl. *European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones)*, Bericht des Appellate Body vom 16. Januar 1998, WTO Dok. Nr. WT/DS 26 und 48/AB/R, Rn. 104–125, 172 und insbesondere 177; Art. 5 SPS als «countervailing factor».

21. «Lediglich»-prozedurales Entscheiden etwa über die Anwendbarkeit (oder Unanwendbarkeit) des Vorsorgeprinzips ist in diesem Sinne *immer* auch wertendes Entscheiden in Abwägung zwischen verschiedenen Rechtsgütern, vgl. HOWSE (2000). Zu den Begründungsanforderungen selbst demgegenüber etwa GOH und ZIEGLER (1998); HUGHES (1998); MACNEIL (1998).

3 Konzeptionelle Unterschiede zwischen den Beschränkungsverboten der TBT- und SPS-Abkommen einerseits und den Diskriminierungsverboten des Art. III GATT andererseits

Der Kern der Beschränkungsverbote der Seitenabkommen liegt in dem Verbot *jeglichen* mitgliedstaatlichen Handelns, das den grenzüberschreitenden Warenhandel unnötig belastet. Ihrer Struktur und ihrem Anknüpfungspunkt nach ähneln die Beschränkungsverbote der TBT- und SPS-Abkommen damit denjenigen der Art. II und XI GATT, die ebenfalls an einer «Beschränkung des Handels» ansetzen. Im Rahmen der Art. II und XI GATT findet dieser Ansatz des Verbotens von Beschränkungen seine Berechtigung freilich darin, dass Handelsbeschränkungen an der Grenze in der Regel schon *per se* dazu geeignet sind, die inländische Produktion zu schützen, soweit sie nicht gerade lediglich in Ergänzung innerstaatlich-marktregulativer Massnahmen ergehen (s.o.). Ihnen ist ihr protektionistisch-diskriminierender Charakter sozusagen inhärent. Er muss daher nicht gesondert nachgewiesen werden. Für innerstaatliche Massnahmen gilt dies aber nicht in gleicher Weise. Allgemeine mitgliedstaatliche Regulation ist nicht schon *per se* in protektionistischer Weise diskriminierend. Dies ist ja gerade erst der Grund dafür, dass Art. III GATT das Erfordernis der protektionistischen Diskriminierung aufstellt.

Es stellt sich daher die Frage, wie sich die Weiterentwicklung im Recht der Seitenabkommen in Konstellationen auswirkt, in denen eine protektionistische Massnahme zwar in den Anwendungsbereich des Art. III GATT fällt (entweder unmittelbar oder über die Anwendung der Anmerkung zu Art. III), von diesem allerdings nicht verboten ist, weil sie ihre protektionistischen Wirkungen nicht im Wege einer *Ungleichbehandlung*, sondern gerade unter *Wahrung der Wettbewerbsgleichheit* ausländischer Waren mit gleichartigen inländischen Waren entfaltet. Das im Hormonfall angegriffene EU-Importverbot ist ein Beispiel für derartige protektionistische Wirkungen gleichbehandelnder Massnahmen. Der Appellate Body hat den gleichbehandelnden Charakter der EU-Massnahme in diesem Fall eindeutig festgestellt und dementsprechend die Entscheidung des Panels, nach der ein Verstoß gegen Art. 5.5 SPS wegen Bestehens ei-

ner *de facto*-Diskriminierung vorgelegen haben soll²², aufgehoben²³, *obwohl* die Fleischindustrie in der EU vor den günstigeren Hormonimporten unabweisbar tatsächlich geschützt wurde (und immer noch wird).²⁴

Ausgangspunkt der Überlegungen zur Auslegung der Beschränkungsverbote der Seitenabkommen in derartigen Konstellationen muss sein, dass Handelsbeschränkungen (fast) *immer* protektionistische Wirkungen entfalten. Denn in jeder Begrenzung des Handelsvolumens, d.h. dem faktischen Ergebnis einer Handelsbeschränkung, liegt begriffsnotwendig ein (gewolltes oder ungewolltes) Weniger an ausländischem Wettbewerb und damit auch eine irgendwie schützende Wirkung. Damit ist noch nicht gesagt, dass *jede* mitgliedstaatliche Regulierung tatsächlich handelsbeschränkende Wirkungen hat.²⁵ Es ist damit nur gesagt, dass, *wenn* mitgliedstaatliche Regulierung zu Handelsbeschränkungen führt, diese wegen der Abschwächung des Wettbewerbsdrucks aus dem Ausland in aller Regel einen schützenden Charakter aufweist.²⁶

22 Vgl. *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Panelbericht vom 18. August 1997, WTO-Dok. Nr. WT/DS26/R/USA, Rn. 8,203 ff. (im Hinblick auf endogen bestehende und therapeutisch gegebene Hormone im Fleisch), Rn. 8,216 ff. (im Hinblick auf die Gabe natürlicher Hormone) und Rn. 8,241 ff. (im Hinblick auf Carbacox, einen Stoff, der in der EU in der Schweinemast verwendet wird und trotz seiner hormonähnlichen Wirkungen in der EU erlaubt ist).

23 Vgl. *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Bericht des Appellate Body vom 16. Januar 1998, WTO-Dok. Nr. WT/DS26 und 48 AB/R, Rn. 246. Die vorangehende Prüfung (Rn. 241 ff.) war entsprechend des Ergebnisses zum zweiten Merkmal des Art. 5.5 SPS (willkürliche und ungerechtfertigte Unterschiede im sanitären Schutzniveau, Rn. 213 ff.) nur noch im Hinblick auf die Gabe des Stoffes Carbacox an Schweine notwendig gewesen. Aus Sicht des Verfassers lassen sich die Überlegungen des Appellate Body zu der Vergleichsgruppe von Schweinen, die mit Carbacox behandelt worden sind, aber ohne weiteres auf die Prüfung einer Diskriminierung gegenüber den anderen Vergleichsgruppen übertragen. Denn Kern der Überlegungen ist insoweit eine Zweckmäßigkeit, die im Hinblick auf die anderen Vergleichsgruppen gleichermaßen Geltung beansprucht.

24 Die Berurteilung hat für die Auslegung des Art. III GATT eine erhebliche Bedeutung, da Art. 5.5 SPS trotz seiner Wortlautnahe zum Einleitungssatz (*chapeau*) des Art. XXIII GATT dem Art. III GATT funktional sehr nahe steht. Aus Sicht des Verfassers haben die zusätzlichen Elemente des Art. 5.5 SPS ungefähr jene Funktion, die im Rahmen des Art. III GATT den Tatbestandsmerkmalen der „Massnahme-“ oder der „Regelung-“ zukommt.

25 Von manchen Autoren wird vertreten, dass mit zunehmendem Aussenhandel (fast) *alle* Problemlagen grenzüberschreitenden Handels Bezüge zu innerstaatlicher Regulierung aufweisen, so etwa Howitt (2002) S. 108: „*All Trade is Trade and ...* [...]“; in diese Richtung, jedoch etwas schwächer, auch Littbox (2002) S. 5: „*The trade and ... industry is booming*“. Wollte man diesen Gedansengang umdrehen, könnte man behaupten, dass (fast) jede mitgliedstaatliche Regulierung Bezüge zum grenzüberschreitenden Handel aufwerfe. Aus Gründen methodischer Stringenz demgegenüber kritisch zu der „*trade and ...*“-Rede Britovav (2002) S. 127.

26 Es ist denkbar, dass positiv existierende Handelsbeschränkungen gegebenenfalls auch ein mal gar keine schützende Wirkung auf irgendeine Industrie haben, z.B. wenn (wie etwa im A-Bestf. II) mit einer bestimmten Regulierung ein bestimmter mitgliedstaatlicher Markt in seiner Gesamtheit schlechthin abgeschafft wird (und Substitutionsmärkte entweder nicht entstehen oder nicht geschätzt sind). Der Regelfall wird dies aber nicht sein. Vielmehr wird man im Regelfall davon ausgehen müssen, dass sich die Existenz einer Handelsbeschränkung (gewollt oder ungewollt) an irgendeiner Stelle auch schützend auf eine heimische Industrie auswirken kann.

Freilich können Handelsbeschränkungen durch unterschiedliche Arten von Regulierung erreicht werden. Sie können zum einen durch normative oder faktische *Ungleichbehandlung* von Waren erreicht werden, die von den Verbrauchern feststellbar substituiert werden und daher zueinander im Wettbewerb stehen. Sie können zum anderen aber auch dadurch erreicht werden, dass eine Regulierung in die *allgemeine Handlungsfreiheit* eingreift, indem sie allgemeine Anforderungen an die Herstellung, die Lagerung, den Vertrieb, die Qualität, die Zusammensetzung usw. von Waren stellt. Die relativ klare konzeptionelle Unterscheidung zwischen solchen Handelsbeschränkungen, die durch regulative Ungleichbehandlung entstehen, und solchen Handelsbeschränkungen, die ohne eine derart regulative Ungleichbehandlung entstehen, macht die Gemeinsamkeiten und die Unterschiede zwischen Art. III GATT und den Beschränkungsverboten der Seitenabkommen unmittelbar deutlich: Beide richten sich zwar gegen protektionistische Massnahmen. Art. III GATT richtet sich gegen derlei Massnahmen jedoch allein im Wege eines Verbotes der Ungleichbehandlung (so dass diese Vorschrift als *Remedur* allein *Gleichbehandlung* mit inländischen Waren verspricht). Die Beschränkungsverbote der Seitenabkommen richten sich gegen protektionistische Massnahmen demgegenüber im Wege des Verbotes ungerechtfertigter Regulierung (so dass diese Vorschriften als *Remedur* nicht nur eine Gleichstellung, sondern je nach Lage des Falles auch eine *Besserbehandlung* gegenüber inländischen Waren versprechen).²⁷

Die Anwendung der Beschränkungsverbote bringt dadurch ein viel höheres Potenzial für Eingriffe in die regulative Autonomie der Mitgliedstaaten mit sich als die Anwendung der Diskriminierungsverbote. Denn die

27 Dieser an sich recht offensichtliche Unterschied zwischen den Beschränkungsverboten der Seitenabkommen und den Diskriminierungsverbotten des GATT wird in der Literatur viel zu selten thematisiert. Stattdessen gibt man sich damit zufrieden, allein die Notwendigkeit einer Handelsbeschränkung zu diskutieren. Beispielhaft zeigt sich dies im Vergleich zwischen dem TBT und dem GATT bei PAUWELYS (2002) S. 67. PAUWELYS thematisiert die Ähnlichkeiten beziehungsweise Unterschiede zwischen Art. III Abs. 4 GATT und Art. 2 Abs. 1 TBT einerseits und Art. XX GATT und Art. 2 Abs. 2 TBT andererseits, nicht aber die Unterschiede zwischen dem Regime des GATT *als Ganzem* (also Art. III Abs. 4 und XX GATT) und dem Regime des TBT *als Ganzem* (also Art. 2, Abs. 1 und 2 TBT). Dass derartige Vergleiche zwischen den Diskriminierungsstatbeständen der unterschiedlichen Abkommen *jeweils* miteinander und den Erlaubnisstatbeständen der unterschiedlichen Abkommen *je-weils* miteinander zu kurz greifen, zeigt sich darin, dass es die Bedeutung des Art. 2 Abs. 2 TBT allein auf seine Funktion als Erlaubnisstatbestand (mithin auf die Gehalte des Art. 2 Abs. 2 S. 3 TBT) reduziert, die vorgelagerte Frage nach dem Verbotstatbestand (Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 TBT) aber völlig vernachlässigt. Die im vorliegenden Zusammenhang vorrangige Frage stellt sich aber nach den Unterschieden zwischen Art. III GATT (bzw. Art. 2 Abs. 1 TBT/ Art. 2 Abs. 3 SPS) einerseits und Art. 2 Abs. 2 S. 1 und 2 TBT (bzw. Art. 2 Abs. 2 SPS) andererseits. Es sind die Unterschiede *dieser* Tatbestände, die es hervorzuheben gilt. Dasselbe gilt für die Unterschiede zwischen Art. 2 Abs. 4 TBT (beziehungsweise Art. 3 Abs. 1 SPS) einerseits und Art. III GATT (beziehungsweise Art. 2 Abs. 1 TBT und Art. 2 Abs. 3 SPS) andererseits.

Feststellung darüber, ob und gegebenenfalls inwieweit eine mitgliedstaatliche Regulierung im Sinne der Seitenabkommen handelsbeschränkende Wirkungen entfaltet, setzt ein Urteil über die regulative Wirkung der angegriffenen mitgliedstaatlichen Regulation selbst voraus. Insbesondere setzt sie einen Vergleich voraus zwischen den Wirkungen der tatsächlich bestehenden mitgliedstaatlichen Regulation auf den grenzüberschreitenden Handel und den Wirkungen einer den grenzüberschreitenden Handel weniger beschränkenden (hypothetischen) Regulierung.

LEEBRON weist darauf hin, dass Forderungen einer Uniformisierung des Rechts weitgehend wertfrei seien, soweit sie nicht zugleich die Forderung einer Uniformisierung in einer ganz *bestimmten* Form und zu einem ganz *bestimmten* Niveau in sich tragen (echte Normativität)²⁸. In diesem Sinne tragen die Beschränkungsverbote der Seitenabkommen einen echten normativen Anspruch in sich: Sie fordern, dass die Mitgliedstaaten den grenzüberschreitenden Handel nicht durch Massnahmen beschränken, die über einer ganz *bestimmten* Obergrenze liegen (wenngleich diese Obergrenze im Wege der Auslegung noch näher zu konkretisieren ist). Es ist dieser normativ-materielle Anspruch der Beschränkungsverbote, der einer regulativen/deregulativen Tätigkeit der Streitbeilegungsorgane früher oder später Leben einblasen kann.²⁹

4 Potenzielle Ergebnisunterschiede zwischen den Beschränkungsverböten der TBT- und SPS-Abkommen einerseits und den Diskriminierungsverböten des Art. III GATT andererseits

Die konzeptionellen Unterschiede zwischen den Beschränkungsverböten des TBT und SPS einerseits und dem Diskriminierungsverbot des GATT andererseits können sich im Ergebnis niederschlagen, müssen es aber nicht. In der Tat können die Beschränkungsverböte der Seitenabkommen derart eng ausgelegt werden, dass sie im Ergebnis an die Diskriminierungsverböte des Art. III GATT heranrücken.³⁰ Durch eine weite Auslegung

28. Vgl. LEEBRON (1996) S. 50.

29. Insoweit ist die von PAUWELYN aufgeworfene Frage, ob wir jemals ein Streitbeilegungsverfahren werden, das unter dem TBT entschieden wird, wohl doch rhetorischer Natur, vgl. PAUWELYN (2002) S. 63.

30. Eine noch engere Auslegung bietet sich im WTO-GATT-rechtlichen Rahmen sinnvollerweise freilich nicht an. Es wäre sinnwidrig, wenn die Verböte der Seitenabkommen hinter dem gegenwärtigen Stand des Art. III GATT zurückblieben. Aus Gründen der Verfahrenökonomie wird ein Verstoß gegen Art. III GATT mittlerweile schon nicht mehr geprüft, wenn sich zeigt, dass schon ein Verstoß gegen das TBT oder SPS vorliegt, vgl. aus jüngerer Zeit etwa *European Communities – Trade Description Of Sardines*, Panelbericht vom 29. Mai 2002, WTO-Dok. Nr. WT/DS231/R, Rn. 7.147 bis 7.151.

der «Notwendigkeit» der Handelsbeschränkung (Art. 2.2 TBT) beziehungsweise des «Hinreichendseins» des wissenschaftlichen Nachweises (Art. 2.2 SPS) lässt sich eine rechtliche Lage herstellen, nach der *im Ergebnis* (fast) nur solche Massnahmen verboten sind, die Art. III GATT wegen ihrer protektionistisch ungleichbehandelnden Gehalte ohnehin verbietet.

Eine derartig enge Auslegung der Beschränkungsverbote lässt sich allerdings nicht für alle Fälle nicht-diskriminierenden Handelns erreichen. Rechtswissenschaftlich ist es kaum sinnvoll zu begründen, in welcher Weise die Notwendigkeit einer Handelsbeschränkung beziehungsweise das «Hinreichendsein» einer wissenschaftlichen Begründung unmittelbar vom Bestehen einer Ungleichbehandlung abhängig gemacht werden könnte. Denn diese Begriffe sind nach völlig anderen Kriterien zu handhaben als ausgerechnet nach dem Kriterium einer Ungleichbehandlung.³¹ Eine derartig enge Auslegung ist zudem auch gar nicht geboten. Denn angesichts der dargelegten Grenzen des Art. III GATT besteht offenbar Bedarf für eine Auslegung, die die Beschränkungsverbote weiter fasst als die Tatbestände des Art. III GATT. Andernfalls hätte man die Beschränkungsverbote der Seitenabkommen nicht einfügen müssen.

Wie weit oder eng die Beschränkungsverbote im Einzelnen auszulegen sind, ist allerdings noch immer eine weitgehend offene Frage. Angesichts der geringen Zahl Streitbeilegender Entscheidungen fehlen bisher verlässliche Kriterien darüber, unter welchen Voraussetzungen eine Massnahme von den Beschränkungsverboten der Seitenabkommen zwar erfasst (und verboten) ist, von den Diskriminierungstatbeständen des Art. III GATT und den Beschränkungsverboten des Art. XI GATT aber nicht.³²

31. Bei dem Erfordernis hinreichender wissenschaftlicher Begründung nach dem SPS liegt dies klarer auf der Hand als bei dem Erfordernis der Notwendigkeit einer Handelsbeschränkung nach dem TBT, da das SPS insoweit klarere positiv-rechtliche Vorgaben macht als das TBT. Das «Hinreichendsein» einer wissenschaftlichen Begründung ihrerseits von dem Gehalt der beschränkenden Massnahme abhängig machen zu wollen, scheint gerade angesichts der Zielstruktur des SPS keine sinnvolle Lösung zu sein. Denn es ist ja gerade das Ziel des SPS, derartige Massnahmen am Massstab der wissenschaftlichen Begründbarkeit zu messen, nicht an der Reichweite und Regelungsstruktur der Massnahme selbst. Dies ändert allerdings nichts daran, dass für den Streitbeilegenden Rechtsanwender im Einzelfall in der Regel doch Möglichkeiten bestehen, die Begriffe der Notwendigkeit beziehungsweise des «Hinreichendseins» einer wissenschaftlichen Begründung so auszulegen, dass nicht diskriminierende Massnahmen *im Ergebnis* nicht verboten sind. Dass es sich dabei allerdings lediglich um Tendenzen handelt, zeigt bereits der Hormonfall, in dem es den Streitbeilegungsorganen sinnvollerweise nicht möglich war, die angegriffenen Massnahmen trotz ihres nicht-diskriminierenden Charakters für wissenschaftlich hinreichend begründet zu halten.

32. Eine andere Frage ist, inwieweit die Seitenabkommen auch jene Konstellationen verbieten, die unter Art. III oder XI GATT zwar verboten, unter einem Erlaubnistatbestand des GATT allerdings erlaubt sind. Diese Frage stellte sich etwa dem Panel im Asbestfall, nachdem es entschieden hatte, dass die zu grunde liegende Massnahme zwar Art. III GATT widrig war, aber die Voraussetzungen des Art. XX (b) GATT erfüllte (Rn. 8.184 ff.). Mit hypothetischen Beispielen hierzu etwa PA WITLYN (2002) S. 73 ff.

Im Zusammenhang der Art. 2.4 TBT und Art. 3.1 SPS besteht zwar die Möglichkeit, erste Orientierungen in der internationalen Norm zu suchen, auf die diese Vorschriften Bezug nehmen. Im Anschluss stellt sich dann aber die weitere Frage nach den Kriterien für eine erlaubte Abweichung von der internationalen Norm. Eine Konkretisierung der Art. 2.2 S. 1 und 2 TBT und Art. 2.2 SPS ist sogar ausschliesslich auf die nähere Bestimmung durch die Streitbelegungsorgane angewiesen. Sie setzt eine Abwägung zwischen den Interessen der Mitgliedstaaten an einer effektiven Bekämpfung mitgliedstaatlichen Protektionismus³³ und den Interessen der Mitgliedstaaten am Schutz des betreffenden Rechtsguts (und zugleich am Schutz ihrer marktregulativen Autonomie) voraus.³⁴

Anhand bereits entschiedener Fallkonstellationen lässt sich daher zunächst allenfalls das marktintegrative *Potenzial* der WTO/GATT-rechtlichen Fortschreibung in den Seitenabkommen gegenüber den (relativ) engen Grenzen des Art. III GATT nachweisen.³⁴ Im *Hormonfall* etwa hätte das Panel die Klage mangels protektionistischer Ungleichbehandlung abweisen müssen, hätte es diesen Fall statt unter dem SPS allein unter Art. III GATT und der Anmerkung dazu entscheiden müssen. Denn das angegriffene Hormonverbot betraf ausländische und europäische Hersteller

33 Die zur wissenschaftlichen Rationalität verpflichtenden Vorgaben des SPS sind in diesem Zusammenhang bereits eine (wenngleich ihrerseits ausfüllungsbedürftige) Richtungsvorgabe. Für die Notwendigkeit von Handelsbeschränkungen im Sinne des TBT fehlt eine vergleichbare, in dem Abkommen selbst enthaltene Vorgabe.

34 Fälle, in denen eine Diskriminierung im Sinne des Art. III GATT vorliegt, sind für einen solchen Nachweis nicht geeignet, selbst dann nicht, wenn sie von den Streitbelegungsorganen unter Vernachlässigung des Art. III GATT allein am Massstab der Beschränkungsverbote der Seitenabkommen geprüft worden sind. Es spricht viel dafür, dass etwa im Sardinenfall (*European Communities – Trade Description Of Sardines*, WTO-Dok. Nr. WT/DS231) die zugrunde liegende Massnahme tatsächlich gegen Art. III Abs. 4 GATT versties. Freilich hätte diese Feststellung zu ihrer Begründung nicht nur einer umfassenden (und daher schwierigen) positiven Marktanalyse über die Substituierbarkeit von *Sardina Pilcardus Walbaum* und *Sardinops Sagax Sagax* anhand der *border tax adjustment*-Kriterien bedurft, sondern zugleich (im Rahmen der Prüfung der Ungleichbehandlung) der Feststellung, dass *Sardinops Sagax Sagax* (anders als *Sardina Pilcardus Walbaum*) überwiegend von ausser-europäischen Schiffen gefangen würde und daher eine *aggregierte* Schlechterbehandlung vorlag. Dass sich das Panel in seinem Bericht vom 29. Mai 2002 (WTO Dok. Nr. WT/DS231/R) mit Art. 2 Abs. 3 TBT beschäftigt hat, ohne zunächst Art. III Abs. 4 GATT näher zu prüfen, mag daher eher in der grösseren Einfachheit dieses Vorgehens als in der Auffassung wurzeln, die angegriffene Massnahme verstosse nicht gegen Art. III GATT (vgl. dazu die Erwägungen hinter Rn. 7147 [judicial economy]). Ganz ähnlich wäre das Panel wohl auch im Jakobsmuschelinfall vorgegangen, wäre es noch zu einer Streitbelegenden Entscheidung gekommen (vgl. den Antrag auf Einsetzung eines Panels, der bereits als einer der ersten Anträge zunächst Art. 2 TBT und erst dann Art. III GATT nennt, vgl. WTO Dok. Nr. WT/DS7/7 und Corr.1). Die Richtigkeit eines solchen Vorgehens ergibt sich aus dem Umstand, dass in einer protektionistischen Diskriminierung immer auch eine Handelsbeschränkung liegt, so dass die Beschränkungsverbote der Seitenabkommen eröffnet sind, soweit die diskriminierende Regelung in ihren sachlichen Anwendungsbereich fällt.

gleichermaßen.³⁵ Die US-amerikanischen Rindfleischhersteller hätten die von der EU-Massnahme aufgestellten Forderungen in keiner Weise schlechter erfüllen können als die europäischen Rindfleischhersteller. Völlig unberührt hiervon bleibt freilich der Umstand, dass US-amerikanische Hersteller hormonbelastetes Rindfleisch traditionellerweise kostengünstiger herstellen können als nicht hormonbelastetes Rindfleisch. Zwar wird den amerikanischen Herstellern der komparative Kostenvorteil, der ihnen durch die US-amerikanische Regelung gegenüber EU-Herstellern im Rahmen regulativer Diversität entstanden ist, durch die Erstreckung der EU-Massnahme auf ihre Waren genommen. Dies ist aber kein Phänomen der Schlechterstellung, sondern ein solches der Beendigung einer Besserstellung, mithin ein Phänomen der *Gleichstellung*, so dass ein Verstoß gegen Art. III GATT nicht zu erkennen ist.³⁶ Unter den Beschränkungsverboten des SPS-Abkommens ist demgegenüber ein Verstoß feststellbar gewesen, wie es das Panel ausgeführt³⁷ und der Appellate Body (wengleich mit teils geänderter Begründung) bestätigt hat³⁸.

Auch im *Asbestfall* hätte das Panel einen Verstoß gegen Art. III GATT ablehnen müssen, zwar nicht notwendigerweise im Rahmen der Vergleichbarkeitsprüfung (wie allgemein angenommen wird³⁹), wohl aber im

35 Anders als hier offenbar Fri bli c o c k und S c a r o w s y (2002), die im Hormonfall vom Vorliegen eines »disparate trade impacts« ausgehen, mithin also die *Zahl* der aktuell betroffenen Waren, nicht die *Erfüllbarkeit* ihrer materiellen Anforderungen in den Vordergrund stellen, freilich ohne weitere Begründung: »[...] clearly the ban differentially impacted domestically produced beef [...]« (S. 558).

36 Diese Auffassung lässt sich durch die Ausführungen der Streitbeilegungsorgane im konkreten Fall weder bestätigen noch widerlegen, da weder das Panel ausdrücklich in Rn. 8.272 f.1) noch der Appellate Body zur Vereinbarkeit der Massnahme mit Art. III GATT Stellung genommen haben. Vgl. aber oben Fn. 23 und 24.

37 Vgl. *European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones)*, Panelbericht vom 18. August 1997, WTO-Dok. Nr. WT/DS26/R/USA, Rn. 8.56 ff. (zu Art. 3.1 SPS), Rn. 8.79 ff. (zu Art. 3.3 SPS) und Rn. 8.91 ff. (zu Art. 5 SPS).

38 Vgl. *European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones)*, Bericht des Appellate Body vom 16. Januar 1998, WTO-Dok. Nr. WT/DS26 und 48/AB/R, Rn. 157 ff. und Rn. 178 ff.

39 Man kann mit guten Gründen argumentieren, dass das Panel die Prüfung der *Vergleichbarkeit* trotz ihrer Aufhebung durch den Appellate Body rechtsfehlerhaft vorgenommen habe, weil die Ausführungen des Appellate Body eine Fortentwicklung des bis dahin geltenden Rechts bedeuteten. Dies gilt insbesondere für die oben erwähnte »wertende Betrachtungsweise« hinsichtlich der *border tax adjustment*-Kriterien (Rn. 101 ff.). Im japanischen Alkoholfall wurde die Offenheit der *border tax adjustment*-Kriterien zwar bereits angedeutet (*Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, Bericht des Appellate Body vom 4. Oktober 1996, WTO-Dok. Nr. WT/DSS, 10 und 11 AB/R, hinter Fn. 46). Allein daraus lässt sich aber noch keine Rechtsfehlerhaftigkeit in der Begründung des Panels hinsichtlich der Vergleichbarkeit herleiten, da das Panel *insoweit* nach dem damaligen Stand der Streitentscheidungspraxis entschieden hat. Die Frage über die Rechtsfehlerhaftigkeit erfordert in diesem Zusammenhang freilich vertiefte Überlegungen zu der weiteren Frage, ob der Appellate Body in diesem Fall (vorläufiges) Recht lediglich »gefunden« hat (dann Rechtsfehlerhaftigkeit), oder ob er es im Sinne seiner Fortbildung selbst geformt, mithin »erfunden« hat (dann keine Rechtsfehlerhaftigkeit). Diese weitere Frage wiederum ist nicht ohne eine Auseinandersetzung über die Tätigkeit des Rechtsanwenders zu lösen. Sie ist zudem allein für den *Asbestfall* selbst, nicht aber für Folgefälle relevant, da seit dem *Asbestfall* die wertende Betrachtungsweise jedenfalls eingeführt, wenn nicht sogar etabliert ist. Aus diesen Gründen soll das Problem an dieser Stelle nicht vertieft werden.

Rahmen der Prüfung einer protektionistischen Ungleichbehandlung. Denn ähnlich wie im Fall des Hormonverbotes war die Erstreckung der EU-Massnahme auf kanadische Asbestwaren kein Fall der Schlechterstellung ausländischer Waren, sondern ein Fall der *Gleichstellung* mit europäischen Asbestwaren. Asbestsubstitute können in Kanada genauso gut und billig (oder schlecht und teuer) hergestellt werden wie in der Europäischen Union. Auch hier ist freilich ein ganz anderer Gesichtspunkt, dass die kanadischen Hersteller ohne die EU-Massnahme einen erheblichen komparativen Kostenvorteil gegenüber europäischen Herstellern hatten, weil das Asbestvorkommen in Kanada sehr viel höher ist als in der EU, und dass ihnen dieser komparative Kostenvorteil mit der Erstreckung der Massnahme auf kanadische Waren genommen wird. Genau hierin zeigt sich aber der Unterschied zwischen den beiden Regelungsregimen des GATT (hinter der Grenze lediglich Diskriminierungsverbote) und der Seitenabkommen (Beschränkungsverbote hinter der Grenze): Ähnlich wie das Hormonverbot ist auch das EU-Asbestverbot (jedenfalls) mangels protektionistischer Ungleichbehandlung zwar nicht nach Art. III Abs. 4 GATT verboten⁴⁰, wegen des handelsbeschränkenden Charakters der Massnahme aber gegebenenfalls nach dem Beschränkungsverbot des Art. 2.2 S. 2 TBT.⁴¹

Nicht anders liegt es schliesslich im Fall der im Mai 2003 von den USA, Kanada und Argentinien vor die WTO getragenen⁴² unioleten Behandlung

40 Diese Feststellung ist bedeutsam, denn es gibt viele Fälle, die im Hinblick auf die Vergleichbarkeit weniger eindeutig sind als der Asbestfall, in dem der Gesundheitsschutz ja (relativ) deutlich als ein *das Marktverhalten gestaltender* Faktor hervortrat, weil die Gesundheitsschäden sehr weitgehend in den Marktprozess *internalisiert* waren (der Appellate Body führt insbesondere die in hohem Masse individualisierte Gefahr und die aus ihr folgende Möglichkeit von Zusatzkosten durch Schadensersatzklagen an, Rn. 122). Ist das in die Marktanalyse einflussende Schutzgut aber nicht derart deutlich in den Marktprozess internalisiert (etwa mangels Individualisierbarkeit der Schädigung, z.B. Umweltschädlichkeit von Kraftfahrzeugen ohne G-Katalysator), dann ist auch das Ergebnis der Vergleichbarkeitsprüfung weniger eindeutig, so dass das streitentscheidende Kriterium gegebenenfalls nicht (wie im Asbestfall) das Merkmal der Vergleichbarkeit, sondern dasjenige der Ungleichbehandlung ist.

41 Der Verfasser behauptet an dieser Stelle nicht, dass Art. 2.2 TBT die Massnahme Frankreichs verbietet, sondern lediglich, dass er seinem Anwendungsbereich nach die Massnahme umfasst. Angesichts der Überlegungen des Appellate Body zur möglichen Bedeutung der Gesundheitsschädlichkeit von Asbest (Rn. 119 ff.) hätte der Appellate Body die Notwendigkeit der Handelsbeschränkung im Sinne des Art. 2.2 S. 2 TBT wohl kaum angenommen. Diese Vermutung wurzelt aber allein in der Eindeutigkeit des Falles, wie sie in der vorhergehenden Fn. 40 beschrieben ist. Am dort angeführten Beispiel der Umweltschädlichkeit von Kraftfahrzeugen ohne G-Katalysator wird dies unmittelbar deutlich: Ist ein nicht-diskriminierendes Verbot oder eine nicht-diskriminierende Besteuerung von Fahrzeugen ohne G-KAT, die mit Kraftfahrzeugen mit G-KAT im Sinne des Art. III GATT gegebenfalls vergleichbar sind, im Sinne des Art. 2.2 TBT notwendig?

42 Vgl. *European Communities – Measures affecting the approval and marketing of biotech products*, WTO-Dok. Nr. WT/DS291, 292 und 293 f.

genmanipulierter Lebensmittel.⁴³ Das EU-Moratorium wirft eine Vielzahl komplexer welthandelsrechtlicher Fragen auf, die hier nicht behandelt werden sollen.⁴⁴ Es scheint aber doch auf der Hand zu liegen, dass die EU-Vorschriften *nicht* gegen Art. III GATT verstossen. Zwar mögen die Streitbeilegungsorgane in ihrer Analyse zu dem Ergebnis kommen, dass genmanipulierte und nicht genmanipulierte Lebensmittel im Sinne des Art. III Abs. 4 GATT vergleichbar sind.⁴⁵ Davon unabhängig bedarf es aber auch hier der Feststellung einer *aggregierten* Schlechterbehandlung ausländischer Waren im Sinne des Asbestdiktums des Appellate Body. Die Voraussetzungen einer aggregierten Schlechterbehandlung liegen, nimmt man sie ernst, hier gerade nicht vor. Ausländische Hersteller können genauso gut oder schlecht wie europäische Hersteller solche Lebensmittel herstellen, die nicht genmanipuliert sind (wenngleich sie damit freilich weniger verdienen und letztlich wohl auch weniger exportieren werden).⁴⁶ Gleiches gilt für die Kennzeichnung genmanipulierter Lebensmittel, für die Rückverfolgbarkeit ihrer Herkunft sowie für den Erhalt einer

43 Einen umfassendem Überblick über die EU-Massnahmen und die aktuellen Entwicklungen in der EU und in der WTO sowie über die wissenschaftliche Diskussion auf bietet etwa das INSTITUTE OF INTERNATIONAL ECONOMIC LAW, Internet: <http://www.law.georgetown.edu/fiel/current/gmos/> (Seitenauftritt vom 30. August 2003). Zu den jüngeren Ereignissen etwa FINANZIAL TIMES (2003), *The transatlantic train collision*, Leader vom 14. Mai 2003.

44 Vgl. die vertiefte Auseinandersetzung bei STOKI (2003).

45 Die Anforderungen des Appellate Body an die Vergleichbarkeit sind auch nach der Entscheidung im Asbestfall nicht eindeutig geklärt. Denn in seiner eigenen Analyse der Vergleichbarkeit macht der Appellate Body *nicht* die Aussage, dass Asbestwaren und Asbestsubstitute nicht vergleichbar seien, sondern lediglich die völlig andere Aussage, dass die Voraussetzungen ihrer Vergleichbarkeit durch die klagende Partei nicht hinreichend nachgewiesen worden seien, und zwar deshalb nicht, weil die klagende Partei nicht alle Voraussetzungen im Hinblick auf *jedes* einzelne der *border tax adjustment*-Kriterien geliefert habe, vgl. Bericht des Appellate Body, Rn. 136 ff. Auch nach dem Asbestfall bestehen daher noch immer erhebliche Unsicherheiten im Hinblick darauf, unter welchen konkreten Voraussetzungen ein (bestehendes oder nicht bestehendes) Gesundheitsrisiko derart im Marktprozess internalisiert ist, dass es Waren trotz eines im Übrigen durchaus möglichen Wettbewerbsverhältnisses nicht mehr vergleichbar sein lässt.

46 In einem privaten Schriftverkehr mit dem Verfasser weist HEINZ HAUSER demgegenüber darauf hin, dass US-amerikanische Hersteller wegen des Gesichtspunkts der ansteckenden Verunreinigung (=contamination=) nicht genbehandelte Lebensmittel gegebenenfalls nicht mehr in gleicher Weise herstellen können wie EU-Hersteller. Dies ist in der Tat ein interessanter Gesichtspunkt, der gegebenenfalls einen Verstoß gegen Art. III GATT begründen könnte. Interessant ist dieser Gesichtspunkt insbesondere deshalb, weil auf diese Weise das insoweit faktschaffende Verhalten der US-amerikanischen Lebensmittelindustrie selbst für die Art. III GATT-Widrigkeit der EU-Massnahme verantwortlich wäre. Dies mindert zwar nicht den Erkenntniswert der oben (vgl. Fn. 13) bereits angedeuteten qualitativen Prüfung der Behandlung von Waren. Es könnte aber gegebenenfalls zu der interessanten Rechtsfigur einer Einrede der *Bösgläubigkeit* der Kläger führen. An dieser Stelle soll mangels näherer fachlicher Spezialkenntnisse zum Bestehen und zum Ausmass der Ansteckungs- beziehungsweise Verunreinigungsfahr zunächst von echter normativer und faktischer Gleichheit der ausländischen Lebensmittel in der Erfüllbarkeit der EU-Anforderungen ausgegangen werden.

Genehmigung für genmanipulierte Lebensmittel.⁴⁷ Unter den Beschränkungsverboten des SPS können die Massnahmen demgegenüber verboten sein, müssen es aber freilich nicht.⁴⁸

5 Prozedurale und strategische Überlegungen

Die Beschränkungsverbote der Seitenabkommen sind zweifelsfrei *neben* den Diskriminierungsverboten des Art. III GATT anwendbar, da sie, ähnlich wie die Diskriminierungsverbote des GATT, ihren Geltungsanspruch jeweils in *sich* tragen. Eine Sperrwirkung durch die Diskriminierungsverbote des Art. III GATT kann nicht angenommen werden.⁴⁹ Insbesondere greift keine Vorrangregel ein. Das WTO/GATT-Recht enthält hinsichtlich des Verhältnisses der Seitenabkommen zum GATT neben verschiedenen gesetzlichen Fiktionen⁵⁰ zwar die allgemeine Auslegungsregel zu Anhang I A. Diese allgemeine Auslegungsregel erklärt aber allenfalls die Seitenabkommen für vorrangig, nicht das GATT, so dass es auf das Vorliegen ihrer Voraussetzungen (Widerspruch zwischen dem GATT und den Seitenabkommen) vorliegend nicht ankommt. Auch Überlegungen unter dem Gesichtspunkt der Spezialität wurden sinnvollerweise bisher immer nur dahin diskutiert, ob die Seitenabkommen über Art. 3 Abs. 2 DSU

47. Insoweit mögen Erörterungen über die Vergleichbarkeit genmanipulierter und nicht-genmanipulierter Lebensmittel zwar akademisch interessant sein, streitentscheidend unter Art. III GATT sind sie aber nicht. Vgl. aber etwa die Ausführungen von Scott (2003) S. 16, die unter Hinweis auf einen Beitrag von RIGAN das streitentscheidende Merkmal der Ungleichbehandlung in einem einzigen Satz ihrer Ein. 56 verbannt.

48. Vgl. die umfassende Prüfung des EU-Moratoriums am Massstab des SPS etwa bei Howse und Mavromis (2000).

49. Eine derartige Sperrwirkung von Vorschriften, die ein bestimmtes Verhalten erlauben, liegt in anderen Bereichen demgegenüber durchaus nahe und wird mittlerweile auch diskutiert, so etwa im Vergleich der unterschiedlichen Erlaubnistatbestände jeweils miteinander (z.B. im Verhältnis des abschliessenden (und damit engen) Art. XX GATT gegenüber dem offenen Art. 2,7 Satz 2 TBT), vgl. dazu etwa PAULYNS (2002) S. 75.

50. Die in Art. 2,4 SPS und Art. 3,2 SPS niedergelegten Fiktionen der Rechtmässigkeit einer Massnahme unter dem GATT begründet freilich keine Vorrangregel. Allerdings führt eine solche Fiktion, soweit sie reicht, zu ganz ähnlichen Ergebnissen wie eine Vorrangregel, in diesem Fall namentlich zu GATT-Rechtmässigkeit. Anders steht es im Fall der Vermutung des Art. 2,5 Satz 2 TBT, da hier nicht die GATT Rechtmässigkeit vermutet wird, sondern lediglich die Abwesenheit eines unnötigen Handelshemmnisses. Angesichts der Ausführungen im zweiten Teil dieses Beitrages, nach denen ein solches hemmendes Handeln immer handelsbeschränkend wirkt, wird auch eine solche Vermutung im Einzelfall aber wohl kaum mit der Feststellung eines GATT-Verstosses einhergehen können. Letzte Vorrangregeln finden sich in den Seitenabkommen lediglich zum Verhältnis dieser Abkommen jeweils zueinander, namentlich in Art. 1,4 SPS in Kombination mit Art. 1,5 TBT, die die Vorrangigkeit der SPS gegenüber dem TBT anordnen.

gegebenenfalls als *leges speciales* das GATT verdrängen können⁵¹, nicht aber umgekehrt.

Das konkret nachweisbare Integrationspotenzial der Seitenabkommen lässt sich daher nur unter Schwierigkeiten durch prozedurale Überlegungen einschränken. Umso bedeutsamer ist eine genaue Auflösung darüber, in welchen Fällen es für einen Mitgliedstaat sinnvoll ist, gegen marktregulative Massnahmen im Rahmen der Befassung der WTO-Streitbeilegung vorzugehen: Eine klagende Partei wird prozessbezogene marktregulative Grenzmassnahmen im Zweifel weiter über den Weg des Art. XI GATT angreifen wollen, statt über die Vorschriften der Seitenabkommen, da sie auf diesem Wege weder eine protektionistische Diskriminierung noch das Fehlen einer Rechtfertigung nach Art. XX GATT nachweisen muss und zudem die Rechtfertigungsgründe des Art. XX GATT begrenzter Natur sind.⁵² Produktbezogene marktregulative Marktzugangsbeschränkungen und marktregulative Massnahmen hinter der Grenze wird eine klagende Partei demgegenüber unter den Vorschriften des TBT und SPS angreifen wollen, wenn sie Schwierigkeiten hat, das Vorliegen einer *de facto*-Diskriminierung unter Art. III GATT nachzuweisen.⁵³ Ist sie allerdings zudem in Beweisnot hinsichtlich der fehlenden Notwendigkeit der Massnahme (unter dem TBT also der *Nichtnotwendigkeit*) oder der nicht hinreichenden wissenschaftlichen Begründung (unter dem SPS also des «*Nichthin-*

51. Vgl. MARCEAU und TRIVETTIAN (2002) S. 869 m.w.N. Derartige Versuche, den Begriff der Spezialität zu definieren, sind angesichts der hohen Abstraktion des Begriffs «Spezialität» in der Regel ohnehin darauf zurückgeworfen, als Voraussetzung für diesen Begriff ihrerseits Begriffe wie «speziell» oder «spezifisch» zu verwenden. Vgl. z.B. MARCEAU und TRIVETTIAN (2002, S. 869f): «The object of such a rule is that when a subject matter is dealt with in *specific* terms by a (set of) provisions, the general rule [...]» (Hervorhebung d. Verf.).

52. Dies gilt freilich nur, solange das *dictum* des Appellate Body zur Ungleichbehandlung im Asbestfall (Rn. 100, s.o. Fn. 20) nicht ausdrücklich auf die Anmerkung zu Art. III ausgedehnt wird und dadurch die Anwendung des Art. XI GATT auf gleichbehandelnde prozessbezogene Grenzmassnahmen speert.

53. Es sei an dieser Stelle noch einmal hervorgehoben, dass der Appellate Body in seiner Asbestentscheidung mit dem Erfordernis der *wertenden* Prüfung der *border tax adjustment*-Kriterien (s.o.) *in praxi* auch die Beweislast der klagenden Streitpartei erheblich verschärft hat. Denn mit dem Erfordernis des Panels, das Beweismaterial *vollständig* zu würdigen (im Bericht des Appellate Body taucht mindestens fünf Mal «*all of the evidence*» auf, vgl. Rn. 107, 103, 109, 113, 118), geht für die klagende Partei naturgemäss das Erfordernis einher, für *jede* Voraussetzung auch das vollständige Beweismaterial vorzulegen. Die *praktische* Bedeutung dessen kann kaum unterschätzt werden. Sie wird schon im Asbestfall in Rn. 136 unmittelbar deutlich, in der der Appellate Body nicht die Vergleichbarkeitskriterien selbst konkretisiert, sondern lediglich deren fehlenden Nachweis feststellt.

reichendseins» der Begründung)⁵⁴, wird sie demgegenüber die Seitenabkommen *und* den Art. III GATT nutzen wollen⁵⁵. In diesem Fall läuft sie Gefahr, dass ihre Klage erfolglos bleibt, wenn sie weder das von Art. III GATT geforderte protektionistisch diskriminierende Verhalten noch das von den Seitenabkommen geforderte *Fehlen* einer Notwendigkeit beziehungsweise einer wissenschaftlichen Begründung *prima facie* nachweisen kann.

In der Notwendigkeit, *eines* dieser beiden Elemente (entweder eine protektionistische Diskriminierung oder das Fehlen einer Notwendigkeit beziehungsweise wissenschaftlichen Begründung) nachweisen zu müssen, schlägt sich die beobachtbare Tendenz der Streitbeilegungsorgane nieder, marktintegrativ wirkende Entscheidungen aus Gründen ihrer Legitimation so weit wie möglich zu vermeiden.⁵⁶ Gelingt es einem klagenden Mitgliedstaat nicht, wenigstens eines dieser Elemente hinreichend nachzuweisen, wirkt sich das Bemühen des Appellate Body um den Schutz mitgliedstaatlicher Autonomie tatsächlich aus. Ist ein Mitgliedstaat im Rahmen seiner Prüfung im Sinne des Art. 3 Abs. 7 S. 1 DSU demgegenüber davon überzeugt, dass er das Fehlen der Notwendigkeit beziehungsweise der wissenschaftlichen Begründung nachweisen kann, werden die Streitbeilegungsorgane (wie im Hormonfall) um den Erlass marktintegrativ wirkender Entscheidungen trotz allen Bemühens gegebenenfalls nicht herumkommen. Es ist *diese* Einsicht, die die These stützt, dass sich das WTO/GATT-Recht mit den Seitenabkommen früher oder später auch faktisch in den Bereich der Marktintegration hineinbewegen kann.

54 In diesen Fällen liegt die Last für den *prima facie* Beweis bekanntlich bei der klagenden, m.Hr., wie im Fall des Art. XX GATT, bei der beklagten Partei, vgl. *European Communities – Measures Concerning Meat And Meat Products (Hormones)*, Bericht des Appellate Body vom 16. Januar 1998, WTO Dok. Nr. WT/DS26 und 48/AB/R, Rn. 102 ff.; *Australia – Measures Affecting Importation Of Salmon*, Bericht des Appellate Body vom 20. Oktober 1998, WTO Dok. Nr. WT/DS18/AB/R, Rn. 25 ff.; *Japan – Measures Affecting Agricultural Products*, Bericht des Appellate Body vom 22. Februar 1999, WTO Dok. Nr. WT/DS76/AB/R, Rn. 118 ff.; *European Communities – Trade Description Of Sardines*, Bericht des Appellate Body vom 26. September 2002, WTO Dok. Nr. WT/DS231/AB/R, Rn. 272 ff.

55 Zu beachten ist allerdings auch die Offenheit der Liste in Art. 2.2.3 TBT – unter anderem.

56 Manche Beobachter verdichten diese Tendenz sogar zu einem »interpretativen Prinzip« vgl. etwa Blocher (2002).

6 Strukturanalyse der einem Streitverfahren zugrunde liegenden Interessen

Diese Bewegung des WTO/GATT-Rechts in die Marktintegration hinein wird aller Voraussicht nach allerdings nur schleppend vorangehen. Zwar kommt das allgemeine Interesse der Mitgliedstaaten an mehr Marktintegration in den Vorschriften der Seitenabkommen unzweifelhaft zum Ausdruck. Dieses allgemeine Interesse an mehr Marktintegration wird durch eine marktintegrativ motivierte mitgliedstaatliche Klage vor der WTO auch konkret bestätigt. Je öfter einzelne Mitgliedstaaten die hier diskutierten Vorschriften gegen nicht-diskriminierendes Verhalten zur Öffnung fremder Märkte heranziehen, desto öfter bestätigen sie damit ihren Willen zu mehr Marktintegration. Daran müssen sie sich in späteren Streitfällen im Prinzip festhalten lassen.

Auf der anderen Seite steht aber das Interesse der Mitgliedstaaten an effektivem Autonomieschutz. Nicht nur der beklagte Mitgliedstaat wird naturgemäss ein Interesse am Schutz seiner Autonomie haben (und es in der Regel auch konkret in das Streitverfahren einführen). Auch der klagende Mitgliedstaat wird in der Regel ein (wenn auch abstraktes) Interesse am potenziellen Schutz seiner mitgliedstaatlichen Autonomie haben. Denn auch er muss immer damit rechnen, künftig in der einen oder anderen Form unter marktintegrativen Gesichtspunkten angegriffen zu werden und dann seinerseits den Schutz der Autonomie ins Feld führen zu müssen. Diese Verteidigungsmöglichkeit wird sich ein klagender Mitgliedstaat durch eine marktintegrativ motivierte Klage kaum abschneiden wollen. Er wird in einem von ihm eingeleiteten Streitbeilegungsverfahren daher nicht nur dieses konkrete Streitbeilegungsverfahren, sondern auch zukünftige Streitverfahren mit gegebenenfalls anderen Konstellationen in den Blick nehmen.⁵⁷

57 Aus dem Umstand, dass bisher die vorwiegend liberal ausgerichteten nordamerikanischen WTO-Mitgliedstaaten Kanada und USA marktintegrativ motivierte Klagen eingereicht haben, lässt sich noch nicht schliessen, dass sich diese Staaten später nicht gegen von Drittstaaten gegebenenfalls eingereichte marktintegrative Klagen würden wehren wollen. Umgekehrt folgt aus dem Umstand, dass die EU in den Streitfällen um Hormone, Asbest und nun genmanipulierte Lebensmittel als Beklagte auftrat, noch nicht, dass sie nicht ihrerseits auch einmal eine marktintegrativ motivierte Klage erheben würde. Liberale Mitgliedstaaten sind nicht *in toto* liberal. Und auch hoch regulierte Mitgliedstaaten sind nicht *in toto* hoch reguliert. Vielmehr können Mitgliedstaaten in dem einen Politikbereich ein hohes Mass an Freiheit garantieren, während sie zur selben Zeit in einem anderen Politikbereich ein nur geringes Mass an Freiheit gewähren. Regelmässige Untersuchungen des FRASER INSTITUTE'S in Toronto über das Mass der wirtschaftlichen Freiheit des Einzelnen ergeben zweifelsfrei, dass das unter bestimmten Gesichtspunkten messbare «Gesamtmass» wirtschaftlicher Freiheit noch nichts über die «Verteilung» der Freiheit als solcher sagt, d.h. über die Politikbereiche, in denen sie besteht oder eben nicht besteht, vgl. FRASER INSTITUTE (2003). Dem Bericht des Instituts über die wirtschaftliche Freiheit liegen allein 38 verschiedene Variablen zur Messung der wirtschaftlichen Freiheit zugrunde.

Angesichts derartiger innerer Vorbehalte müssen die Streitbeilegungsorgane notwendig nicht nur die in einem Verfahren konkret *geäußerten* Interessen der Streitparteien berücksichtigen. Sie müssen auch die *nicht geäußerten* Interessen der Mitgliedstaaten berücksichtigen. Der einzige Ansatz, mit dieser paradoxen Situation sinnvoll umzugehen, liegt in einer möglichst autonomieschonenden Entscheidungspraxis. Genau diese deutet sich in den Entscheidungen des Appellate Body im Hormonstreit (weiter Begriff der wissenschaftlichen Begründung) und im Asbestfall (keine Anwendung des Art. 2.2 TBT) ja auch schon unmittelbar an. Allerdings fehlt es bisher an einer sinnvollen Erklärung dieser Entscheidungspraxis. Insbesondere fehlt es an einer auch theoretisch gestützten Begründung dafür, warum eine solche autonomieschonende Entscheidungspraxis richtig ist.

An dieser Stelle soll daher ein Begründungsansatz für die Richtigkeit autonomieschonenden Entscheidens über marktintegrativ motivierte Klagen vorgestellt werden, der über Behauptungen eines Ungleichgewichts zwischen juristischer und politischer Entscheidungsfindung⁵⁸ oder einer fehlenden «Integrationsfähigkeit» der WTO mangels «Binnenmarktqualität» der Weltmärkte hinausgeht. Der hier entwickelte Ansatz wurzelt in einer vom Einzelfall losgelösten Strukturanalyse der im Streitverfahren beteiligten Interessen der Mitgliedstaaten. Ausgangspunkt der Überlegungen muss die Unterscheidung der beteiligten mitgliedstaatlichen Interessen nach dem Mass ihrer *Inhaltsabhängigkeit* sein (content-dependency).⁵⁹ Mitgliedstaatliche Interessen variieren im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens nämlich nach dem Grad ihrer Inhaltsabhängigkeit. So sind Interessen an freierem Handel (z.B. an mehr Marktintegration), aber auch Interessen an höherem Gesundheits-, Umwelt- oder Verbraucherschutz in hohem Masse *inhaltsabhängige* Interessen. Das Interesse am Schutz der regulativen Autonomie beziehungsweise in der Aufrechterhaltung der institutionellen Ordnung o.ä. sind demgegenüber in hohem Masse *inhaltsunabhängige* Interessen. Das Mass der Inhaltsabhängigkeit ergibt sich dabei vorwiegend aus der Konkretheit des Schutz-

58. Vgl. aus jüngerer Zeit hierzu mit den Erfahrungen aus der praktischen Tätigkeit: Owa E. - J. RYAN (2002) m.w.N.

59. Das Konzept der Inhaltsunabhängigkeit rührt aus der Auseinandersetzung um allgemeine internationalen Rechtsraum um den Geltungsgrund juristischer Regeln; hier: Es soll an dieser Stelle vorläufiger Weise auf die Struktur mitgliedstaatlicher Interessen übertragen werden.

gutes, auf das das Interesse bezogen ist. Man kann die Analyse daher auch als eine schutzgutbezogene Analyse verstehen.⁶⁰

Kern der Analyse ist nun der Gedanke, dass inhaltsunabhängige (formale) Interessen der Mitgliedstaaten im Rahmen Streitbeilegender Tätigkeit jedenfalls im Grundsatz schwerer wiegen müssen als inhaltsabhängige (substanzielle) Interessen. Denn inhaltsunabhängigen (formalen) mitgliedstaatlichen Interessen kommt im Rahmen Streitbeilegender Tätigkeit eine «Bündelungsfunktion» für eine grosse Vielzahl inhaltsabhängiger (substanzieller) Interessen zu. Dadurch nehmen inhaltsunabhängige Interessen das ganze Gewicht aller in ihnen «gebündelten» substanziellen Interessen eines Mitgliedstaates in sich auf. Inhaltsabhängige (substanzielle) Interessen bestehen demgegenüber nur im Hinblick auf den Inhalt, auf den sie sich nun einmal eben beziehen. Zudem können sie sektorspezifisch begrenzt bleiben. In der konkreten Abwägung müssen inhaltsabhängige Interessen daher im Grundsatz hinter inhaltsunabhängigen Interessen zurückstehen.

In einer Gesamtwürdigung aller in einem Streitbeilegungsverfahren (konkret wie abstrakt) beteiligten Interessen wird daher das (inhaltsunabhängige) Interesse an mehr Autonomieschutz das (inhaltsabhängige) Interesse an mehr Marktintegration grundsätzlich überwiegen müssen. Die Streitbeilegungsorgane sollten in der Abwägung im Rahmen der Seitenabkommen daher im Grundsatz dem (inhaltsunabhängigen und damit sektoral unbegrenzten) Interesse am Schutz der eigenen Autonomie Vorrang gegenüber dem (inhaltsabhängigen und damit sektoral begrenzten) Interesse an freierem Handel durch Marktintegration geben. Denn letzteres Interesse ist in *beiden* am Klageverfahren beteiligten Mitgliedstaaten in der Regel nur auf ganz bestimmte Sektoren begrenzt, während Ersteres in *beiden* beteiligten Mitgliedstaaten sektorübergreifend besteht. Dem Interesse am Schutz der eigenen mitgliedstaatlichen Autonomie kommt das gemeinsame Gewicht *aller* jener Interessen zu, deren Verfolgung die mitgliedstaatliche Autonomie dient, also aller umwelt-, sozial- oder wettbewerbspolitischen Interessen, die von den Mitgliedstaaten immer wieder angeführt werden.

Diese strukturanalytischen Überlegungen zu den in einem Streitverfahren beteiligten Interessen der Mitgliedstaaten können freilich nicht für alle

60 Die Schutzgüter des freien Handels oder des Umweltschutzes etwa sind konkreter als das Schutzzent der regulativen Autonomie, da letzteres Schutzzent sowohl für freieren Handel als auch für mehr oder besseren Umweltschutz instrumentalisiert werden kann, ohne selbst substanzielles Interesse zu sein.

denkbaren Fälle die entscheidenden Kriterien liefern. Sie ermöglichen aber einen wichtigen Anhaltspunkt zur Rationalisierung des Abwägungsprozesses im Rahmen der Vorschriften der Seitenabkommen. Für die Konkretisierung der offenen und vagen Vorschriften des TBT kann ein solcher Ansatz zweifelsohne hilfreich sein. Aber auch für die Abwägung im Rahmen des SPS können solche Überlegungen weiterführen. Zwar haben die Mitgliedstaaten mit dem Erfordernis der wissenschaftlichen Begründung im SPS bereits konkretere Vorgaben für die Abwägung gegeben. Allerdings zeigt sich, dass sich durch diese Konkretisierung die hier ermittelten Interessengegensätze nicht vollständig auflösen lassen. Sie tauchen vielmehr an anderer Stelle wieder auf, namentlich im Streit um die Anforderungen an die wissenschaftliche Begründung gesundheitspolitischer Massnahmen.⁶¹

7 Ausblick

Die Weltwirtschaft ist (noch) nicht auf einem Integrationsstand, der es den WTO-Streitbeilegungsorganen erlauben würde, einen marktintegrativen Befreiungsschlag etwa im Sinne einer Dassonvilleformel des Europäischen Gerichtshofs (EuGH)⁶² zu führen. Es kann aber festgehalten werden, dass die WTO-Mitgliedstaaten trotzdem die hier thematisierten marktintegrativen Ansätze in die Seitenabkommen eingefügt und zudem mit einer (wenn auch nur relativen, doch aber unübersehbaren) Stärkung des Streitbeilegungsmechanismus' kombiniert haben. Will man der WTO gerecht werden, muss man das Nebeneinander der (relativ) starken Streitbeilegung einerseits und des hohen marktintegrativen Potenzials der materiellen Regeln der Seitenabkommen andererseits klären. Es ist daher nicht sachgerecht, den materiellen oder prozeduralen Entwicklungsstand der WTO pauschal in Frage stellen zu wollen. Angesichts des gegenwärtigen Verhandlungsstandes erscheint insbesondere der Vorschlag wenig zielführend, die prozedural erreichte (relative) Strenge des WTO-Rechts zurückzudrehen.⁶³ Man mag die WTO-rechtlichen Regeln aus politischen Gründen zwar ändern wollen. Solange die Mitgliedstaaten hierzu aber nicht bereit sind, müssen sie (und die Wissenschaft) mit der gegenwärtigen Ausgestaltung des WTO-Rechts leben.

61 Dies zeigt sich insbesondere im Hormonstreit, in dem ein grosser Teil der Auseinandersetzung bekanntlich um die Frage der Anforderungen des SPS an die wissenschaftliche Begründung der EU-Massnahmen ging.

62 Vgl. EuGH, Rs. 8/74, Dassonville, Urteil vom 11. Juli 1974, S. 837.

63 So aber vor allem BARTHELE (2001) S. 111 ff., der insbesondere eine Repolitisierung des Streitbeilegungsmechanismus' fordert.

Vielversprechend erscheinen demgegenüber Überlegungen, der WTO-Streitbeilegung eine eher interessengeleitete, vielleicht sogar schiedsrichterlich geprägte Funktion zuzuschreiben.⁶⁴ Eine interessengeleitete Ausrichtung der Streitbeilegungsorgane hebt die legitimierende Kraft der streitbeilegenden Tätigkeit der WTO hervor, ohne dass hierfür der Entwicklungsstand des WTO-Rechts in materieller oder prozeduraler Hinsicht zurückgeschnitten werden müsste. Sie ermöglicht es zudem, von der wenig fruchtbaren These einer «Trennung von Recht und Politik» Abstand zu nehmen.⁶⁵ Eine eindeutige Zuordnung der unterschiedlichen WTO-Funktionen zur Politik einerseits oder zum Recht andererseits muss angesichts des Fehlens vergleichbarer Organisationstypen ohnehin scheitern. Vielmehr bedarf es der Anerkennung, dass die WTO *sowohl* rechtliche *als auch* politische Züge in sich aufnimmt und interessengeleitet zu neuen Formen miteinander kombiniert, wie immer diese Formen im einzelnen zu etikettieren sind.⁶⁶

Die hier vorgetragene Analyse der einem WTO-Streitverfahren zugrunde liegenden Interessenstruktur ist lediglich ein erster Schritt in Richtung einer eher interessengeleiteten Wahrnehmung und gegebenenfalls Ausrichtung der WTO-Streitbeilegungstätigkeit. Der Beitrag legt dar, dass die WTO-Streitbeilegungsorgane den gemeinsamen Interessen der Mitgliedstaaten und damit auch den Interessen *beider* Verfahrensbeteiligter entgegenkommen, wenn sie marktintegrativ motivierte Klagen einzelner Mitgliedstaaten möglichst autonomieschonend behandeln. Angesichts des hohen marktintegrativen Potenzials der Seitenabkommen bleibt den WTO-Streitbeilegungsorganen im Lichte der beteiligten mitgliedstaatlichen Interessen eigentlich gar nichts anderes als eine ausgeprägte Schonung der mitgliedstaatlichen regulativen Autonomie übrig. Sie sind daher gut beraten, wenn sie den bisher eingeschlagenen Kurs autonomieschonenden Entscheidens trotz der sich mehrenden marktintegrativen Vorstöße einzelner Mitgliedstaaten weiter fortführen.

64 Vgl. zur legitimationsfördernden Funktion von *interessengeleiteten* Entscheiden der WTO-Streitbeilegungsorgane grundlegend NEFFESHIIM (2003).

65 Vgl. zur These der Trennung von Recht und Politik etwa VON BOGDANSKY (2001), oben Fn. 4.

66 In einer interessengeleiteten Perspektive wird sofort deutlich, dass die Streitbeilegungsorgane im System der WTO eine andere Funktion haben als ein Verfassungsrichter im modernen Staat. Die Tätigkeit der WTO-Streitbeilegungsorgane unterscheidet sich von derjenigen der klassischen «Verfassungsgerichtsbarkeit» vor allem durch die weiter fortbestehende Verwurzelung im Ethos der Diplomatie. In einem interessengeleiteten Verständnis haben daher *sowohl* politökonomisch *als auch* rechtlich geprägte Überlegungen ihren Platz. Zu dem Mit- und Gegeneinander in ausdrücklich offener Perspektive etwa WEHLER (2001). Zum WTO-Recht im Rahmen eines Verhandlungsmodells etwa HAUSER und ROHLINGER (2002) S. 13 ff. m.w.N. sowie SCHWARZ und SYKES (2002) S. S200 ff.

Literaturverzeichnis

- BARFIELD, CLAUDE E. (2001), *Free Trade, Sovereignty, Democracy: The Future of the World Trade Organization*, Washington D.C.: AEI Press.
- BHAGWATI, JAGDISH (2002), Afterword: The Question of Linkage, *American Journal of International Law* 96 (1), S. 126–134.
- BLOCHE, M., GREGG (2002), WTO Deference to National Health Policy: Toward an Interpretive Principle, *Journal of International Economic Law* 5 (4), S. 825–848.
- BOGDANDY, ARMIN VON (2001), Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation, *Kritische Justiz* 34 (4), S. 264–281 (Teil I: Entkoppelung von Recht und Politik) und S. 425–440 (Teil II: Neue Wege globaler Demokratie?).
- EHLERMANN, CLAUSS-DIETER (2002), Tensions between the dispute settlement process and the diplomatic and treaty-making activities of the WTO, *World Trade Review* 1 (3), S. 301–308.
- EHRING, LOFFAR (2002), De facto discrimination in WTO law – national and most-favored-nation treatment or equal treatment, *Journal of World Trade* 36 (5), S. 921–977.
- FRASER INSTITUTE (2003), *The Economic Freedom of the World: 2003 Annual Report*, Internet: <http://www.freetheworld.com> (Seitenaufruf vom 21. Juli 2003).
- GOH, GAVIN und ANDREAS R. ZIEGLER (1998), A Real World Where People Live and Work and Die. Australian SPS Measures Alter the WTO Appellate Body's Decision in the Hormones Case, *Journal of World Trade* 32 (5), S. 272–292.
- HAUSER, HEINZ und ALEXANDER ROHNINGER (2002), *A Renegotiation Perspective on Transatlantic Trade Disputes*, Discussion Paper No. 2002-09, University of St. Gallen, Department of Economics, Internet: <http://www.fgn.unisg.ch/public/public.htm> (Seitenaufruf vom 30. August 2003).
- HOWSE, ROBERT (2002), From Politics to Technocracy – and Back Again: The Fate of the Multilateral Trading Regime, *American Journal of International Law* 96 (1), S. 94–117.
- HOWSE, ROBERT (2000), Democracy, Science und Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization, *Michigan law review* 98 (7), S. 2329–2357.
- HOWSE, ROBERT und PETROS C. MAVROIDIS (2000), Europe's Evolving Regulatory Strategy for GMOs – the Issue of Consistency with WTO Law: Of Kine and Brine, *Fordham International Law Journal* 24, S. 317–370.

- HOWSE, ROBERT und ELISABETH TUFERCK (2001), The WTO Impact on Internal Regulations – A Case Study of the Canada – EC Asbestos Dispute, in: GRAINNE DE BÚRCA und JOANNE SCOTT (eds.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford: Hart Publishers, S. 283–328.
- HUDEC, ROBERT E. (2000), *The Product-Process Doctrine*, in: MARCO BRONCKERS und REINHARD QUICK (Hrsg.), *New Directions in International Economic Law, Essays in Honour of John H. Jackson*, Den Haag: Kluwer Law International, S. 187–217.
- HUGHES, LAYLA (1998), Limiting the jurisdiction of dispute settlement panels: the WTO Appellate Body Beef Hormone Decision, *Georgetown international environmental law review* 10, S. 915–942.
- LEEBRON, DAVID W. (2002), Linkages, *American Journal of International Law* 96 (1), S. 5–27.
- LEEBRON, DAVID W. (1996), *Lying Down with Procrustes: An Analysis of Harmonization Claims*, in: JAGDISH BHAGWATI und ROBERT E. HUDEC (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. 1: Economic Analysis, Cambridge MA: MIT Press, S. 41–117.
- LOWENFELD, ANDREAS F. (2002), *International Economic Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MACNIEL, DALE E. (1998), The first case under the WTO's Sanitary and Phytosanitary Agreement, *Virginia journal of international law* 39, S. 89–134.
- MARCEAU, GABRIELLE und JOEL P. TRACHIMAN (2002), The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade. A Map of the World Trade Organization Law of Domestic Regulation of Goods, *Journal of World Trade* 36 (5), S. 811–881.
- MCGINNIS, JOHN O. und MARK L. MOVSESIAN (2000), The World Trade Constitution, *Harvard Law Review* 114 (2), S. 511–605.
- NETTESHEIM, MARTIN (2003), Legitimizing the WTO: The Dispute Settlement Process as Formalized Arbitration, *Revista di diritto pubblico europeo* (im Erscheinen).
- NEUGEBAUER, REGINE (2000), Fine-tuning WTO jurisprudence and the SPS Agreement, *Law and policy in international business* 31 (4), S. 1255–1284.
- PAUWELYN, JOOST (2002), Cross-Agreement Complaints Before the Appellate Body: A Case Study for the EC-Asbestos Dispute, *World Trade Review* 1 (1), S. 63–87.
- ROESSLER, FRIEDER (1996), *Diverging Domestic Policies and Multilateral Trade Integration*, in: JAGDISH BHAGWATI und ROBERT E. HUDEC

- (eds.), *Fair Trade and Harmonization: Prerequisites for Free Trade?*, Vol. 2: Legal Analysis, Cambridge MA: MIT Press, S. 23–56.
- SCHWARTZ, WARREN F. und ALAN O. SYKES (2002), The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization, *Journal of Legal Studies* 31 (1, part 2), S. S179–S204.
- SCOTT, JOANNE (2003), *European Regulation of GMO's and the WTO*, Institute of International Economic Law, Draft Article, Internet: http://www.law.georgetown.edu/iiel/current/gmos/documents/scott_article.doc (Seitenaufruf vom 14. Mai 2003).
- STÖKL, LORENZ (2003), *Die europarechtlichen Handelsbeschränkungen für gentechnisch veränderte Lebensmittel und ihre Vereinbarkeit mit dem Welthandelsrecht*, Dissertation Universität Tübingen (im Erscheinen).
- STOLL, PETER-TOBIAS und FRANK SCHORKOPF (2002), *WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht*, Köln: Heymanns Verlag.
- THORN, CRAIG und MARINN CARLSON (2000), The Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures and the Agreement on Technical Barriers to Trade, *Law & Policy In International Business* 31 (3), S. 841–854.
- TREBILCOCK, MICHAEL und ROBERT HOWSE (1999), *The Regulation of International Trade*, 2. Aufl., London: Routledge.
- TREBILCOCK, MICHAEL und JULIE SOLOWAY (2002), *International Trade Policy and Domestic Food Safety Regulation: The Case for Substantial Deference by the WTO Dispute Settlement Body under the SPS Agreement*, in: DANIEL L. KENNEDY und JAMES D. SOUTHWICK (Hrsg.), *The Political Economy of International Trade Law, Essays in Honor of Robert E. Hudec*, Cambridge MA: Cambridge University Press, S. 537–574.
- WEILER, JOSEPH H. H. (2001), The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats, *Journal of World Trade* 35 (2), S. 191–207.
- WEILER, JOSEPH H. H. (2000), Epilogue: Towards a Common Law of International Trade, in: JOSEPH H. H. WEILER (Hrsg.), *The EU, the WTO and the NAFTA: Towards a Common Law of International Trade?*, Oxford: Oxford University Press, S. 201–232.