

WALTER HALLSTEIN-INSTITUT FÜR EUROPÄISCHES VERFASSUNGSRECHT



FORUM CONSTITUTIONIS EUROPÆ

FCE 5/02

**CHANCEN UND GEFAHREN EINER
KONSTITUTIONALISIERUNG DER WTO**

—

**VERFASSUNGSRECHTLICHE DIMENSIONEN DER WTO IM
VERGLEICH MIT DER EU**

PROF. DR. ARMIN VON BOGDANDY

JOHANN WOLFGANG GOETHE-UNIVERSITÄT, FRANKFURT AM MAIN

**Vortrag an der Humboldt-Universität zu Berlin
Walter Hallstein Institut für Europäisches Verfassungsrecht**

26. Juni 2002

I. Einleitung*

Recht und Politik sind – so eine Kernaussage zeitgenössischen Verfassungsdenkens – unterschiedliche und zu trennende soziale Phänomene, die jedoch in enger Wechselwirkung stehen¹. Es ist eine der großen verfassungstheoretischen Leistungen, die Gleichzeitigkeit von Trennung und Verknüpfung begrifflich gefasst und in juristischen Institutionen stabilisiert zu haben. Der dabei herrschende Ansatz firmiert als Gewaltenteilungslehre und unterscheidet zentralisierte parlamentarische Gesetzgebung, exekutiven Vollzug und gerichtliche Kontrolle. Diese drei Gewalten werden oft sogar als institutionelle Grundlage einer voll entwickelten Rechtsordnung begriffen². Der weitgehende Mangel entsprechender Institutionen auf internationaler Ebene galt vielen als Beleg für die zweifelhafte Rechtsqualität des Völkerrechts³.

Seit dem 2. Weltkrieg haben sich im Zuge eines wachsenden Bedürfnisses nach internationaler Zusammenarbeit eine Reihe völkerrechtlicher Institutionen entwickelt, die Elemente zentralisierter Rechtsetzung, exekutiven Vollzugs oder gerichtlicher Kontrolle aufweisen⁴. Diese Institutionen kopieren jedoch nicht einfach staatliche Organisationsformen und Verfahren. Vielmehr bilden sich neue und bisweilen verblüffende, ja gar Besorgnis erregende Institutionen aus, in denen Recht und Politik zu neuen Formen der Trennung und Wechselwirkung finden.

Ein vorzügliches Beispiel bieten die Welthandelsorganisation (WTO) und ihr Recht, welches – ganz unabhängig von der Frage seiner unmittelbaren Anwendbarkeit durch staatliche Gerichte und Behörden⁵ – von erheblicher Bedeutung für weite Bereiche der Rechtsordnungen der WTO-Mitglieder ist, da es das Recht der Mitglieder in zahlreichen

* Gekürzte, aber fortentwickelte deutsche Fassung eines Artikels, der im Max Planck Yearbook of United Nations Law 5 (2001) erscheint. Dieser Beitrag ist auch abgedruckt in Kritische Justiz 2001, 264-281 u. 425-441. Meinen Mitarbeitern Felix Arndt, Jürgen Bast, Eric Pickett, Uwe Säuberlich und Isa Weyhknecht-Diehl danke ich für wertvolle Unterstützung, meinen Kollegen Michael Bothe und Petros C. Mavroidis für wertvolle Kritik. Der Beitrag entstand im Rahmen des DFG Schwerpunktprogramms „Regieren in der Europäischen Union“ unter der Leitung von Beate Kohler-Koch: ein adäquates Verständnis der *European governance* ist nur unter Berücksichtigung der *global governance* möglich.

¹ So die meisten Rechts- und Verfassungstheorien, siehe *E.-W. Böckenförde*, Entstehung und Wandel des Rechtsstaatsbegriffs, in: ders., Recht, Staat, Freiheit, 1991, 143 f.; *M. Loughlin*, Public Law and Political Theory, 1992, 138 f.

² *J. Locke*, The Second Treatise of Government, 1690, Chap. XII f.; *G. de Vergottini*, Diritto costituzionale comparato, 5. Aufl. 1999, 346 f.; eingehende Analyse bei *H. Seiler*, Gewaltenteilung: Allgemeine Grundlagen und schweizerische Ausgestaltung, 1994.

³ *W. Graf Vitzthum*, Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts, in: W. Graf Vitzthum (Hrsg.), Völkerrecht, 1997, 41.

⁴ *H. Schermers/N. Blokker*, International Institutional Law, 3. Aufl. 1995, §§ 389 ff. Durchgehend bedeutet in diesem Beitrag *Gesetzgebung* *Rechtsetzung*. Diese Gleichsetzung mag vor dem Hintergrund staatlichen Verfassungsdenkens problematisch erscheinen, steht doch der Terminus *Gesetzgebung* meist für *parlamentarische* Rechtsetzung. Dennoch scheint diese Gleichsetzung angesichts der Funktion vieler WTO-Vorschriften, allgemeine Regelungen niederzulegen, vertretbar. Auf der transnationalen Ebene werden die Begriffe *Gesetzgebung* und *Gesetzgeber* generell jeder rechtsetzenden Körperschaft zugeordnet, selbst wenn diese keine parlamentarische Institution ist, vgl. EuGH, Rs. C-280/93, Deutschland/Rat, Slg. 1994, I – 4973, Rdnr. 47.

⁵ Dies ist die derzeit wohl umstrittenste Frage im WTO-Recht, dazu *P. Eeckhout*, The domestic legal status of the WTO Agreement: interconnecting legal systems, CMLRev. 34 (1997) 11; *S. Griller*, Judicial Enforceability of WTO Law in the European Union, JIEL 2000, 441 f.; *A. v. Bogdandy*, Rechtsgleichheit, Rechtssicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht, EuZW 2001, 357, 362 ff.; weitere Nachweise in FN 100.

Fragen überlagert und das Potential zu erheblichen inhaltlichen Konflikten hat⁶. Das WTO-Recht wird zudem bisweilen als Instrument gesehen, das private Freiheitsräume gegenüber politisch verantwortlichen Institutionen abschirmt, was zu tiefgreifenden Auswirkungen und unter Umständen sogar substantiellen Einbußen an demokratischer Selbstbestimmung führte⁷. Nicht wenige interpretieren das WTO-Recht als deregulierendes Regelwerk, das privaten Akteuren neue Möglichkeiten bietet, eigene Rechtsregime auszubilden⁸. Derartige private Regime erfüllen zwar einige Hauptfunktionen des Rechts; insbesondere stabilisieren sie normative Erwartungen und bieten Konfliktlösungen. Aufgrund ihrer Natur greifen sie allerdings oft zu kurz bei der Berücksichtigung öffentlicher Interessen und der Interessen betroffener Dritter. Ein ähnliches Verständnis formulieren jene, welche das WTO-Recht als Instrument neo-liberaler Globalisierung begreifen⁹.

Die Befürchtungen, die gegenüber der WTO erhoben werden, sind nicht aus der Luft gegriffen. Zugleich ist jedoch schwerlich zu bestreiten, dass internationaler Handel und internationale Arbeitsteilung im Prinzip nutzbringend sind und eines multilateralen Rahmenwerkes bedürfen¹⁰. Um in diesem Dilemma voran zu kommen, macht sich dieser Beitrag zur Aufgabe, zunächst im 2. Teil die Problematik in der Tradition der Verfassungstheorie genauer zu fassen und dann im 3. Teil Lösungsvorschläge zu unterbreiten.

⁶ Eine gewisse Einseitigkeit des WTO-Rechts in wichtigen Punkten ist heute weitgehend anerkannt, vgl. nur *E.-U. Petersmann*, From „negative“ to „positive“ integration in the WTO, CMLRev. 37 (2000), 1363, 1368, 1371, 1374; zur Auseinandersetzung auch die Beiträge von *M. Hilf*, *W. Benedek* und *W.-H. Roth* und Diskussionen auf der Jahrestagung 2001 der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht zu „Die Konstitutionalisierung der Welthandelsordnung“, demnächst in: *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 40 (2001).

⁷ *R. Dahrendorf*, Anmerkungen zur Globalisierung, in: U. Beck (Hrsg.), *Perspektiven der Weltgesellschaft*, 1998, 31, 46 f., nach dessen beunruhigender Vorhersage das 21. Jahrhundert aus Gründen der Globalisierung ein Jahrhundert des Autoritarismus werden könnte; *J.-M. Guéhenno*, From Territorial Communities to Communities of Choice: Implications for Democracy, in: W. Streek (Hrsg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie*, 1998, 137, 140 f.; *K. Günther*, Alles Richtig, *Rechtshistorisches Journal*, 2000, 232, 242, 244; *D. Rodrik*, *Has Globalization Gone too Far?*, 1997, 70.

⁸ *J. Drexel*, Unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der globalen Privatrechtsordnung, in: B. Grossfeld (Hrsg.), *FS W. Fikentscher*, 1998, 822, 841; *J. Esser*, Der kooperative Nationalstaat im Zeitalter der Globalisierung, in: D. Döring (Hrsg.), *Sozialstaat in der Globalisierung*, 1999, 117, 134, 137; *G. Teubner*, Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft, in: D. Simon and M. Weiss (Hrsg.), *liber amicorum Spiros Simitis*, 2000, 437, 446. Das geplante und stark kritisierte multilaterale *Multilateral Agreement on Investment* wird als Teil dieses Prozesses der WTO angesehen, *E. Altvater/B. Mahnkopf*, *Grenzen der Globalisierung. Ökonomie, Ökologie und Politik in der Weltgesellschaft*, 4. Aufl. 1999, unter Bezugnahme auf den Generaldirektor der WTO Renato Ruggiero.

⁹ *U. Brand/A. Brunnengräber/L. Schrader/C. Stock/P. Wahl*, *Global Governance. Alternativen zur neoliberalen Globalisierung?*, 2000, 104; siehe auch die Kritik der Organisation Public Citizen, *L. Wallach/M. Sforza*, *Whose Trade Organisation?* 1999, 3, 217 ff., wengleich letzeres Werk ob seiner Einseitigkeit und wohl gezielter Fehlinformationen kaum wissenschaftlichen Ansprüchen genügt. Zu den vielfältigen Aspekten der Globalisierung *K. Günther/S. Randeria*, *Recht, Kultur und Gesellschaft im Prozeß der Globalisierung*, Werner Reimers Stiftung, Heft Nr. 4, Bad Homburg 2001.

¹⁰ Auch wenn diese Grundannahme manchmal bestritten wird, so ist sie doch wissenschaftlich sehr gut abgesichert, was die eigentliche Frage jedoch in keiner Weise beantwortet. Zutreffend *S. Langer*, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, 1995, 10: „Die Frage nach einer internationalen Wirtschaftsverfassung ist mit dem Hinweis auf das Theorem der komparativen Kosten also nicht beantwortet, sondern im Grunde erst (sinnvoll) gestellt.“

II. Die Entkoppelung von Recht und Politik

1. Prinzipien der Funktionengliederung im WTO-Recht

Das WTO-Übereinkommen spiegelt die traditionellen konzeptionellen Unterscheidungen, wie sie die Staatstheorie auf der Grundlage der Gewaltenteilungslehre hinsichtlich der Funktionen öffentlicher Gewalt entwickelt hat, überraschend getreu wider. Die herrschende Theorie versteht Gesetzgebung, Vollzug und Rechtsprechung als die drei hoheitlichen Funktionen im innerstaatlichen Bereich¹¹. Über diese drei – abschließend verstandenen – innerstaatlichen Funktionen hinaus wird zuweilen eine weitere auswärtige Funktion postuliert¹². Art. III WTO, der die Aufgaben der WTO aufführt, folgt dieser traditionellen Unterscheidung und bietet einen ersten klaren Hinweis auf die Entkoppelung von Recht und Politik.

Art. III WTO (1) Die WTO erleichtert die Durchführung, die Verwaltung und die Wirkungsweise dieses Übereinkommens und der multilateralen Handelsübereinkommen sowie die Verwirklichung ihrer Ziele; sie bildet auch den Rahmen für die Durchführung, die Verwaltung und die Wirkungsweise der plurilateralen Handelsübereinkommen.

(2) Die WTO dient als Forum für Verhandlungen zwischen ihren Mitgliedern über deren multilaterale Handelsbeziehungen in den Bereichen, die im Rahmen der in den Anlagen dieses Übereinkommens enthaltenen Übereinkünfte behandelt werden. Die WTO kann auch als Forum für weitere Verhandlungen zwischen ihren Mitgliedern über deren multilaterale Handelsbeziehungen sowie als Rahmen für die Durchführung der Ergebnisse solcher Verhandlungen dienen, wie dies von der Ministerkonferenz beschlossen wird.

(3) Die WTO verwaltet die in Anlage 2 dieses Übereinkommens enthaltene Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (im folgenden als „Vereinbarung über Streitbeilegung“ oder „DSU“ bezeichnet).

(4) Die WTO verwaltet das in Anlage 3 dieses Übereinkommens enthaltene Verfahren zur Überprüfung der Handelspolitiken (im folgenden als „TPRM“ bezeichnet).

(5) Im Interesse einer kohärenten Gestaltung der weltweiten wirtschaftspolitischen Entscheidungen arbeitet die WTO gegebenenfalls mit dem Internationalen Währungsfonds und mit der Internationalen Bank für Wiederaufbau und Entwicklung und den mit ihr verbundenen Institutionen zusammen.

Art. III Abs. 1 WTO betrifft die exekutive, Art. III Abs. 2 WTO die gesetzgebende und Art. III Abs. 3 WTO die rechtsprechende Funktion. Art. III Abs. 4 WTO kann als eine neue Strategie der Durchsetzung gesehen werden¹³, die Elemente der Exekutive und Judikative

¹¹ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1928, 609 ff.; G. Zimmer, Funktion – Kompetenz – Legitimation: Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, 1979, 33 ff.

¹² Diese Funktion wird zumeist als der exekutiven Funktion innewohnend angesehen, Locke (FN 2), Kap. XIV; zur Parlamentarisierung außenpolitischer Gewalt R. Wolfrum, Kontrolle der auswärtigen Gewalt, VVDStRL 56 (1996), 38 ff.

¹³ M. Bothe, Neue und alte Konzepte der Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts, in: V. Epping (Hrsg.), FS Knut Ipsen, 2000, 23, 37 ff.; T. Marauhn, Towards a Procedural Law of Compliance Control in International Environmental Relations, ZaöRV 56 (1996), 696, 707. Diese Strategie ist eine spezifische und recht erfolgreiche
<http://www.whi-berlin.de/bogdandy.htm>

miteinander verbindet, und Art. III Abs. 5 WTO betrifft die Außenbeziehungen.

Eine nähere Analyse von Art. III WTO deckt die eigentümliche Beziehung zwischen Politik und Recht in der WTO auf. Hinsichtlich der Rechtsetzung soll die WTO (nur) "ein Verhandlungsforum bereitstellen" (Art. III Abs. 2), mit Blick auf die exekutive Funktion soll sie (nur) "die Umsetzung, Handhabung und Ausführung erleichtern" (Art. III Abs. 1). Danach dient das WTO-Übereinkommen gerade nicht der Institutionalisierung autonomer politischer Prozesse. In ihrer offiziellen (Web)Darstellung unterstreicht die Organisation – ihrer schmalen Legitimationsbasis bewusst – ihre nur dienende Rolle bei diesen Funktionen als eine "members-driven institution"¹⁴. Damit unterscheidet sie sich von Institutionen wie dem IWF, der – wegen der weit größeren Handlungsautonomie des IWF-Exekutivdirektoriums – als "institution driven" verstanden werden kann.

Das Bild verändert sich völlig im Bereich der Rechtsprechung¹⁵. Art. III Abs. 3 WTO bestimmt, dass die WTO die Streitbeilegungsvereinbarung (Dispute Settlement Understanding, im folgenden *DSU*) "verwalten" soll. Danach hat die WTO eine eigenständige Rechtsprechungsfunktion¹⁶; sie ist nicht darauf beschränkt, als ein bloßes Forum die entsprechende Tätigkeit der Mitglieder zu erleichtern. Diese Eigenständigkeit ist nicht lediglich formaler, sondern vielmehr substantieller Natur. Dies sei an drei herausragenden Elementen aufgezeigt.

Erstens ist ein gerichtliches Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 DSU nicht von der Zustimmung des verklagten Mitglieds abhängig. Zweitens obliegt gem. Art. 8 Abs. 6 DSU und Art. 8 Abs. 7 DSU die Nominierung der Mitglieder des Streitbeilegungs-Panels dem Sekretariat. Da in der kleinen Welt des internationalen Wirtschaftsrechts die einschlägigen Positionen der als Panelisten in Frage kommenden Experten häufig mehr oder weniger bekannt sind¹⁷, verschafft diese Zuständigkeit dem Sekretariat eine erhebliche Einflussmöglichkeit auf die Entwicklung des Rechts. Es ist auch bekannt, dass die (zulässige) technische Unterstützung der Panel-Mitglieder durch das WTO-Sekretariat nicht selten zur Folge hat, dass der Abschlussbericht weitgehend durch das Sekretariat geprägt ist¹⁸. Besonders bedeutsam ist jedoch drittens, dass eine unterlegene Partei es nicht verhindern kann, dass der Bericht eines Streitbeilegungsorgans zur rechtsförmigen Entscheidung der WTO wird, es sei denn, sie vermag einen ablehnenden Konsens der WTO-Mitglieder (einschließlich der obsiegenden Partei!) herbeizuführen. Dies ergibt sich aus Art. 16 Abs. 4 und Art. 17 Abs. 14 DSU, den

Vorgehensweise im internationalen Recht, um Rechtsgehorsam ohne zentralisierte Zwangsmaßnahmen zu erreichen.

¹⁴ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/10mis_e/10m01_e.htm: "In fact: it's the governments who dictate to the WTO." Es handelt sich um eine eher kleine Organisation mit etwa 500 Mitarbeitern im Sekretariat, davon aber angeblich die Hälfte Juristen. Die Weltbank hingegen verfügt über mehr als 10.000 Mitarbeiter.

¹⁵ Zum Streitbeilegungsverfahren *F. Feliciano/P. Van den Bossche*, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization*, in: N. Blokker/H. Schermers (Hrsg.), *Proliferation of International Organizations*, 2001, 297; *R. Hudec*, *The New WTO Dispute Settlement Procedure*, *Minnesota Journal of Global Trade* 8 (1999), 1; *P. C. Mavroidis/D. Palmeter*, *Dispute Settlement in the World Trade Organization*, 1999; *E.-U. Petersmann*, *The GATT/WTO Dispute Settlement System*, 1997; vergleichend *R. Keohane/A. Moravcsik/A.-M. Slaughter*, *Legalized Dispute Resolution*, *International Organization* 54 (2000), 457; *A. Ziegler*, *Scope and Function of the WTO Appellate System: What Future after the Millennium Round*, *Max Planck UNYB* 3 (1999), 439 ff.

¹⁶ Das WTO-Recht spricht – wohl aus Rücksicht auf den amerikanischen Kongress – an keiner Stelle von "Gericht" oder "Rechtsprechung". Angesichts der Gestalt, die die Streitbeilegungsorgane und ihr Verfahren inzwischen gewonnen haben, ist diese Bezeichnung jedoch gerechtfertigt.

¹⁷ Es wird zu jedem Streitfall ein eigenes Panel ins Leben gerufen, während das Berufungsgremium ein ständiges und fest besetztes Organ ist, Art. 6, 8, 17 Abs. 1 DSU.

¹⁸ *J. Weiler*, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections in the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement*, *Harvard Jean Monnet Working Paper* 09/00.

vielleicht wichtigsten Vorschriften des ganzen Marrakesch-Protokolls.

Art. 17 Abs. 14 DSU: Ein Bericht des Berufungsgremiums wird vom DSB angenommen und von den Streitparteien bedingungslos übernommen, sofern das DSB nicht innerhalb von dreißig Tagen nach Verteilung des Berichts an die Mitglieder durch Konsens beschließt, den Bericht des Berufungsgremiums nicht anzunehmen. Dieses Annahmeverfahren läßt das Recht der Mitglieder auf Äußerung ihrer Auffassungen über einen Bericht des Berufungsgremiums unberührt.

Auch wenn formal die streitschlichtende und rechtsprechende Entscheidung in der Verantwortung eines aus den Vertretern der WTO-Mitglieder zusammengesetzten politischen Organs verbleibt, besteht dennoch aufgrund des Prinzips vom "umgekehrten Konsens" kaum ein Zugriff auf eine Entscheidung, so dass die *Berichte* in der Sache *Urteile* sind. Aus diesem Grund können die formal nur berichtenden Institutionen (Streitbelegungs-Panel und Berufungsgremium (Appellate Body) als unabhängige rechtsprechende Organe angesehen werden¹⁹. Mit der WTO wurde ein Rechtskorpus geschaffen²⁰, der obligatorisch von unabhängigen gerichtsförmigen Organen angewandt wird²¹.

Das Recht einiger Mitglieder verstärkt die eigenständige Entwicklung des WTO-Streitbelegungssystems durch die Einbeziehung Privater. Zwar können gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2 DSU nur Staaten Partei vor den WTO-Streitbelegungsorganen sein²². Einige interne Rechtsbestimmungen geben Privatunternehmen jedoch gewichtige Einflussmöglichkeiten auf die Eröffnung und Durchführung eines Streitverfahrens. Die wichtigsten Bestimmungen finden sich in Section 301 des U.S. Trade Act 1974²³ und in der Handelshemmnisverordnung der EU²⁴. Diese Normen stärken das WTO-Streitbelegungsverfahren, da der Mitgliedstaat nicht mehr frei bestimmen kann, ob ein Fall zur WTO gebracht wird oder nicht. Der Streitfall *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*, besser bekannt als *Kodak/Fuji*, zeigt als Beispiel anschaulich, wer hinter den staatlichen Parteien im Streitbelegungsverfahren steht²⁵.

Zusammenfassend sei festgehalten, dass das WTO-Übereinkommen sich zwar begrifflich an die herkömmliche *Gewaltenteilung* anlehnt, jedoch eine Organisation etabliert, die lediglich eine dieser Gewalten ausübt. Dies erzeugt eine Spannung, denn die traditionelle Lehre geht stets vom Vorliegen aller drei Gewalten (Funktionen) aus. Diese Spannung erscheint nur auf den ersten Blick als nicht dramatisch, weil das WTO-Recht einem weiteren Axiom des herkömmlichen Gewaltenteilungsprinzips folgt: der unpolitischen und deduktiven

¹⁹ Vgl. auch Art. 8 Abs. 9, 8 Abs. 11, 13 und 17 Abs. 7 DSU.

²⁰ Der Begriff "Rechtskorpus" statt "Rechtsordnung" oder "Rechtssystem" unterstreicht, dass das WTO-Recht zum internationalen öffentlichen Recht gehört, sich ihm gegenüber also nicht – wie das Recht der Europäischen Union – verselbständigt hat, vgl. Bericht des Berufungsgremiums vom 20. Mai 1996, WT/DS2/9, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 17; *Mavroidis/Palme* (FN 15), 36. Zu früheren Tendenzen, das GATT als eigene Rechtsordnung zu verstehen, vgl. W. Benedek, Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht, 1990.

²¹ Zum Gerichtscharakter R. Uerpman, Internationales Verfassungsrecht, JZ 2001, 565, 569.

²² Zu den Beteiligten näher B. Jansen, Die Rolle der Privatwirtschaft im Streitschlichtungsverfahren der WTO, ZEuS 3 (2000), 293 f., (295 ff.).

²³ Näher M. Nettesheim, Sec. 301 of the Trade Act of 1974, in: E. Grabitz/A. von Bogdandy (Hrsg.), *U. S. Trade Barriers. A Legal Analysis*, 1991, 353 ff.

²⁴ VO (EG) Nr. 3286/94 des Rates vom 22.12.94, ABl. EG 1994 L 41, 3; eine ausführliche Analyse bei M. Bronckers/N. McNelis, The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age, in: A. v. Bogdandy/P. C. Mavroidis/Y. Mény (Hrsg.), *European Integration and International Co-operation. Studies in Honour of Claus-Dieter Ehlermann* (erscheint demnächst, Kluwer Law International).

²⁵ Panel-Bericht vom 31. März 1998, WT/DS44/R, *Japan - Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*.

Natur richterlicher Streitentscheidung. Nach herkömmlichem Verständnis ist die Rechtsprechung unpolitisch. Es sieht auf der einen Seite den politischen Prozess, der nach seiner Logik von Macht und Interessen in das (rationalisierende) Gesetzgebungsverfahren (mit seinen spezifischen Anforderungen demokratischer Legitimität) mündet und Recht produziert, das dann nach den deduktiven und technischen Grundsätzen der rechtlichen Sphäre auf den Einzelfall angewandt wird. Das DSU geht davon aus, dass es möglich ist, die rechtsprechenden Organe auf die deduktiven und technischen Regeln rechtlicher Begründung zu verpflichten und die Entwicklung des Rechts dem politischen Prozess zu überlassen. Art. 3 Abs. 2 DSU fordert die Streitbeilegungsorgane auf, "die geltenden Bestimmungen dieses Übereinkommen im Einklang mit den herkömmlichen Regeln der Auslegung des Völkerrechts zu klären", und es hält ausdrücklich fest, dass die Empfehlungen und Entscheidungen "die (...) Rechte und Pflichten weder ergänzen noch einschränken" können. Möglicherweise beruht die Ausgestaltung von Art. 3 Abs. 2 DSU auf den Erfahrungen mit der Rechtsprechung des EuGH und dem Willen, eine ähnliche Entwicklung vermeiden zu wollen. Ob dies mehr zu sein vermag als Wunschdenken, bleibt zu erörtern.

2. Völkerrechtliche Verträge als defizitäre Rechtsetzung

Im Vergleich zu den herkömmlichen Formen internationaler Gerichtsbarkeit stellt die WTO einen enormen Schritt in Richtung auf eine effiziente internationale Ausübung öffentlicher Funktionen dar. Bei der Rechtsetzung wird hingegen kein vergleichbarer Schritt getan. Obwohl das WTO-Recht einen nahezu kontinuierlichen Prozess der Rechtsetzung vorsieht²⁶, ist die regelmäßige Situation doch so, dass die entsprechenden Rechtsakte nicht durch die WTO-Organe erlassen werden können. An keiner Stelle des WTO-Übereinkommens (oder in einem der anderen Übereinkommen, die Art. II Abs. 2-4 WTO erwähnt) findet sich eine ausdrückliche Ermächtigung zur Rechtsetzung. Hierin besteht einer der Hauptunterschiede zur Europäischen Union, in der die Gesetzgebung eine Hauptaufgabe ist. Gemäß Art. III Abs. 2 WTO stellt die WTO lediglich ein Forum für Verhandlungen zwischen ihren Mitgliedern bereit. Es besteht somit zwar eine Zuständigkeit, Verhandlungen zu organisieren, aber keine Ermächtigung, bestehende Vorschriften auf dem Gebiet des internationalen Wirtschaftsrechts abzuändern oder neue zu erlassen. Der Erlass erfordert die nationale Ratifikation neuer Übereinkommen, die zumeist das Ergebnis komplexer, mühsamer und langwieriger Verhandlungsrunden sind, von denen die Uruguay-Runde die letzte war. Die einschlägigen Verfahren legt zum Teil das Vertragsänderungsverfahren in Art. X WTO nieder. Die Ausweitung des WTO-Rechts durch neue Übereinkünfte erfolgt hingegen nach den allgemeinen Regeln über die Vereinbarung internationaler Verträge²⁷. In beiden Fällen ist die Zustimmung der Mitglieder – üblicherweise nach der parlamentarischen Billigung – unerlässlich²⁸.

a) Völkerrechtliche Übereinkommen und demokratisches Prinzip

Die Nachteile dieser Form der Rechtsetzung sind bekannt²⁹. Im Hinblick auf das

²⁶ Siehe z.B. Art. XIX GATS; zu diesen sogenannten „built-in agendas“ *D. Barth*, Die GATS 2000-Verhandlungen zur Liberalisierung des internationalen Dienstleistungshandels, ZEuS 3 (2000), 273, 280.

²⁷ *J. Jackson*, The World Trade Organization. Constitution and Jurisprudence, 1998, 41 ff.

²⁸ In der EU bedürfen handelspolitische Entscheidungen hingegen keiner parlamentarischen Zustimmung: Art. 133 Abs. 3, Art. 300 Abs. 3 EG.

²⁹ *M. Krajewski*, Democratic Legitimacy and Constitutional Perspectives of WTO Law, 35 J.W.T. 1 (2001), 167, 175 ff. Speziell zur US-amerikanischen Debatte *J. Jackson*, The Great 1994 Sovereignty Debate: United States <http://www.whi-berlin.de/bogdandy.htm>

demokratische Prinzip ist eine Rechtsetzung durch internationale Verträge in statischer und mehr noch in dynamischer Hinsicht problematisch. Aus der statischen Perspektive ist zwar die nationale (und damit zumeist auch demokratische³⁰) Legitimität durch die parlamentarische Zustimmung formal gewährleistet, der Inhalt des Rechts wird jedoch in diplomatischen Verhandlungen festgelegt. Eine offene gesellschaftliche Auseinandersetzung, die die Vereinbarungen beeinflussen könnte, wesentliches Element demokratischer Legitimität nach den meisten theoretischen Verständnissen³¹, ist praktisch kaum möglich³². Die Autonomie der gubernativ-administrativen Eliten ist somit weit größer als im nationalen politischen Prozess³³.

Diese grundsätzliche Problematik internationaler Verhandlungen tritt im Bereich der WTO in verschärfter Form auf. Das GATT 1947 und die WTO gehören zu den intransparentesten internationalen Organisationen, und dieser Umstand gilt oft als Instrument, welches die tendenziell liberalisierungsfreudigen Verhandlungsdelegationen gegenüber der Einflussnahme von Seiten anderer nationaler Interessen abschirmt³⁴. Darüber hinaus zeigen nationale Parlamente, mit Ausnahme des US-Kongresses, eine weit größere Folgebereitschaft bei Regierungsvorschlägen, wenn diese dem Abschluss internationaler Vereinbarungen dienen, als wenn sie die interne Gesetzgebung betreffen; dies alles schwächt die demokratische, auf das nationale Parlament zurückgehende „Legitimationskette“³⁵. Wie die Diskussionen über die Rolle der nationalen Parlamente im Gesetzgebungsverfahren der Europäischen Union klar gezeigt haben, gibt es auch nur wenig Möglichkeiten, den Einfluss nationaler Parlamente in transnationalen Verhandlungen zu verbessern³⁶.

Darüber hinaus schwächt der Mangel an Wissen über die WTO die legitimierende Kraft der nationalen Ratifikation. *John Jackson* konstatiert, dass die Implikationen des WTO-Rechts von keiner Regierung, die ihm zustimmte, vollständig verstanden wurden³⁷. Dies ist besonders kritisch, weil, so *Jackson*, die Übereinkunft potentiell tiefgreifende Auswirkungen auf Wohlstand und Beruf von Milliarden von Bürgern hat³⁸. Um die juristische Tiefenwirkung zu ermessen, muss weiter Art. XVI Abs. 4 WTO berücksichtigt werden, der zur Anpassung des internen Rechts an WTO-Recht verpflichtet. Dies hat, unabhängig von möglichen direkten Auswirkungen des WTO-Rechts, einen tiefgreifenden Einfluss auf die Rechtsordnungen der Mitglieder.

Noch kritischer steht es um das demokratische Prinzip in einer dynamischen Betrachtung.

Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results, *Columbia Journal of Transnational Law* 36 (1997), 157.

³⁰ Meine Argumentation bezieht sich nur auf WTO-Mitglieder, deren staatliche Strukturen als demokratisch angesehen werden können. Für Bürger, die unter autoritären Regimen leben, bedarf dieses Problem einer eigenen Untersuchung.

³¹ BVerfGE 89, 155, 185.

³² Hinsichtlich der Bestrebungen, die Beteiligung von NGOs in der Arbeit der WTO zu fördern, *G. Marceau/P. Pedersen*, Is the WTO Open and Transparent?, 33 *J.W.T.* 1 (1999), 5.

³³ *E-W. Böckenförde*, Die Zukunft politischer Autonomie, in: ders., Staat – Nation – Europa, 1999, 103 ff.; *M. Zürn*, Politik jenseits des Nationalstaats, 1998, 233 ff., 347 ff.

³⁴ *J. Goldstein/L. Martin*, Legalization, Trade Liberalization, and Domestic Politics, *International Organization* 54 (2000), 603, 612.

³⁵ *M. Hilf/M. Reuß*, Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung, *ZLR* 1997, 289, 293, 297.

³⁶ *P. Norton*, National Parliaments and the European Union: where to from here, in: P. Craig/C. Harlow (Hrsg.), *Lawmaking in the European Union*, 1998, 209; zur Rolle von Parlamenten in internationalen Vertragsverhandlungen *S. Riesenfeld/ F. Abbott* (Hrsg.), *Parliamentary Participation in the Making and Operation of Treaties: A Comparative Study*, 1994.

³⁷ *Jackson* (FN 27), 33, ähnlich, 1 und 100.

³⁸ *Jackson* (FN 27), 51; ebenso *Goldstein/Martin* (FN 34), 605.

Im zeitgenössischen Verfassungsstaat bedeutet Recht *positives Recht*³⁹. Das wesentliche Charakteristikum der Positivität ist der Zugriff und die Verantwortlichkeit der Legislative für dieses Recht⁴⁰: Das Recht wird durch die Gesetzgeber selbst erlassen oder aber ist zumindest – in den Fällen des *Common Law* oder anderen Fällen richterlicher Rechtsfortbildung – unter ihrer Verantwortung, da die Legislative jederzeit intervenieren kann, um eine Rechtslage, die aus der rechtsfortbildenden Tätigkeit der Gerichte resultiert, zu korrigieren⁴¹. Diese Positivität des Rechts ist ein wichtiger Aspekt demokratischer Souveränität: In demokratischen Gesellschaften kann die Mehrheit, üblicherweise als ein durch die gewählte Regierung organisiertes einheitliches Subjekt verstanden, jederzeit in die Rechtsordnung eingreifen und sie verändern⁴². Unter allen Verfassungsordnungen ist dabei die Wirtschaft Gegenstand von Vorschriften, die durch einfache parlamentarische Mehrheit oder gar delegierte Rechtsetzung (Rechtsverordnungen) erlassen werden können: Die Möglichkeit schnellen Eingreifens ist sogar ein verfassungsrechtliches Prinzip der Ausgestaltung der Rechtsetzungsverfahren⁴³.

Das WTO-Recht untergräbt diese Positivität des Rechts. Ist eine völkerrechtliche Vereinbarung in Kraft, so ist sie dem politischen Zugriff weitgehend entzogen – zwar nicht normativ, aber in praktischer Hinsicht. Obwohl die internationale Rechtsetzung das demokratische Prinzip insoweit respektiert, als die Verträge – oft mit parlamentarischer Billigung – durch ihrerseits demokratisch gewählte Regierungen ausgehandelt und abgeschlossen werden, verändert es gänzlich die Beziehung zwischen Recht und Politik. Mit der Zustimmung zum WTO-Recht stellt die zu einem bestimmten Zeitpunkt bestehende parlamentarische Mehrheit ihre Entscheidung weitgehend außerhalb der Reichweite jeglicher neuen späteren Mehrheit⁴⁴. Diese Entscheidung ist im Fall des WTO-Rechts besonders einschneidend, weil "korrigierende" nationale Maßnahmen im Sinne selektiver Nichtbeachtung aufgrund der obligatorischen WTO-Streitbeilegung unter hohem Risiko stehen. Sicherlich ist die demokratische Souveränität neuer Mehrheiten durch das Recht des Austritts, Art. XV WTO, in gewissem Umfang gewahrt. Dennoch stützt dieses Recht die demokratische Legitimität aber in ähnlich unzulänglicher Weise wie das Recht des Einzelnen zur Emigration die Legitimität eines Staates stützt⁴⁵. Es kann kaum als ausreichend angesehen werden, da es in der Regel keine realistische Wahlmöglichkeit darstellt.

Man ist versucht einzuwenden, dass sich diese Einschränkung demokratischer Selbstbestimmung zwangsläufig durch die Notwendigkeit internationaler, auf Verträgen basierender Kooperation ergibt. Dieses Argument kann die Form annehmen, dass diese

³⁹ G. W. F. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821 (1970), § 3.

⁴⁰ E. W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, 289, 322.

⁴¹ Zur spezifischen Situation unter dem Common Law P. Atiyah/R. Summers, Form and Substance in Anglo-American Law, 1991, 141 ff.

⁴² A. v. Bogdandy, Gubernative Rechtsetzung, 2000, 35 ff.

⁴³ Detailliert M. Hilf/M. Reuß, Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung, ZLR 1997, 289, 290 ff.; R. Schmidt, Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III, 1988, § 83; für die Wirtschaftsverfassung in Deutschland und der Europäischen Union vgl. D. Gerber, Law and Competition in Twentieth Century Europe, 1998, 232 ff.

⁴⁴ K. Abbott/D. Snidal, Hard and Soft Law in International Governance, International Organization 54 (2000), 421 ff., (439); J. Goldstein/M. Kahler/R. Keohane/A. Slaughter, Introduction: Legalization and World Politics, International Organization 54 (2000), 385 ff. verstehen dies als allgemeine politische Strategie.

⁴⁵ Art. 13 Abs. 2 der Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte von 1948, Art. 12 Abs. 2 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte von 1966, Art. 2 Abs. 2 des Zusatzprotokolls Nr. 4 der Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten; vgl. P. Weis/A. Zimmermann, Emigration, in: R. Bernhardt (Hrsg.), Encyclopedia of Public International Law, Bd. II, 1995, 74.

Einschränkung, als dem internationalen Recht notwendig innewohnend, generell akzeptiert wird. Notwendigkeit und Zwangsläufigkeit sind aber normativ wenig überzeugende Gründe, da sie dem Prinzip der Freiheit widersprechen. Mehr noch: es ist zu berücksichtigen, dass das WTO-Recht die demokratische Selbstbestimmung weit mehr als die meisten anderen internationalen Regelungen beeinträchtigt, denn nur wenige internationale Regelungen schränken die interne Rechtsetzung im wirtschaftlichen Bereich über das Nichtdiskriminierungsverbot hinaus ein. Dies gilt selbst im Vergleich zu den meisten Instrumenten des internationalen Umweltrechtes, das in vieler Hinsicht die Avantgarde der *global governance* darstellt⁴⁶.

Das WTO-Recht stellt einen beispiellosen Schritt in der Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts dar, da es weit über das GATT 1947 hinausgeht⁴⁷. Erinnerung sei nur an die Bedeutung des Übereinkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums (TRIPs), des Übereinkommens über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen (SPS), des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT), des Übereinkommens über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen und der neuen Verfahren der Streitbeilegung (DSU). Man kann diese Aussage auch nicht durch Hinweis auf die Verträge zur Harmonisierung des Zivilrechts, insbesondere des Internationalen Privatrechts und des Urheberrechts⁴⁸, in Frage stellen. Der Unterschied zwischen diesen Gebieten und dem WTO-Recht liegt zunächst darin, dass diese Rechtsgebiete seltener der politischen Intervention bedürfen. Zudem sehen diese Verträge keine zentralisierte Rechtsprechung vor, so dass die interne Rechtsordnung die Möglichkeit behält, die Instrumente eigenständig fortzuentwickeln⁴⁹. Auch unter diesem Gesichtspunkt führt das WTO-Recht zu einer Verringerung der legislativen Autonomie, weil das TRIPs wichtige Verträge aus dem Bereich der Immaterialgüterrechte (geistigen Eigentums) in die WTO-Rechtsprechungsmechanismen überführt (Art. 1 –39 TRIPs).

Im Ergebnis kann das Fehlen legislativer Verfahren im WTO-Recht nicht durch Hinweis auf die Natur internationalen Rechts zufriedenstellend gerechtfertigt werden, weil das WTO-Recht den Spielraum seiner Mitglieder im wirtschaftlichen Bereich eng einbindet. Das Problem verschärft sich, wenn man diese Streitfrage aus der Perspektive effizienter Rechtsetzung betrachtet.

Effiziente Rechtsetzung ist ein verfassungsrechtlicher Wert unter den meisten Verfassungen⁵⁰. Internationale Vertragsverhandlungen, insbesondere solche tendenziell globalen Zuschnitts, sind langsam und mühselig, ein Umstand, der besonders problematisch wird, wenn der fragliche soziale Bereich in einer raschen Entwicklung steht, wie es bei der Wirtschaft der Fall ist. Dies birgt die Gefahr, dass eine Regelung unangemessen oder anachronistisch wird. Die Urheber der WTO haben diese Gefahr gesehen, wie sich aus den Bestimmungen ergibt, die eine turnusmäßige Überprüfung einer Reihe von Regelungen

⁴⁶ Detailliert *M. Bothe*, *Environment, Development, Resources*, Hague Academy of International Law, 2001 (im Erscheinen).

⁴⁷ Zu den wesentlichen Neuerungen *R. Senti*, *Die neue Welthandelsordnung. Ergebnisse der Uruguay-Runde, Chancen und Risiken*, *ORDO* 45 (1994), 301; *T. Stoll*, *Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung*, *ZaöRV* 54 (1994), 241; *W. Meng*, *WTO-Recht als Steuerungsmechanismus der neuen Welthandelsordnung*, in: *M. Klein/W. Meng/F. Rode* (Hrsg.), *Die neue Welthandelsordnung der WTO*, 1998, 19.

⁴⁸ Überblick bei *G. Kegel/K. Schurig*, *Internationales Privatrecht*, 8. Aufl. 2000, 69 ff

⁴⁹ *Kegel/Schurig* (FN48), 5, 8 ff.

⁵⁰ *v. Bogdandy* (FN 42).

vorsehen⁵¹. Möglichen Anpassungsnotwendigkeiten können die Verfahren des Art. X WTO jedoch nicht genügen.

Diese Perspektive bringt eine weitere Eigentümlichkeit des WTO-Rechts zu Tage. Ungeachtet der Wahrscheinlichkeit legislatorischer Anpassung werden die nationalen Souveränitäten in Art. X WTO stärker respektiert als in der UN-Charta. Während eine Modifikation der UN-Charta für alle Mitglieder gilt, wenn sie eine Zwei-Drittel-Mehrheit der Mitglieder (selbstverständlich einschließlich aller ständigen Mitglieder des Sicherheitsrates, Art. 108, 109 UN-Charta) ratifiziert, so ist dies im WTO-Recht nur der Fall, wenn die Neuerung "nicht die Rechte und Pflichten der Mitglieder ändert" (Art. X Abs. 4 WTO). Im Hinblick auf andere Änderungen kann ein Mitglied nicht ohne seine Zustimmung verpflichtet werden (Art. X Abs. 2-3, 5 WTO). Dieser Unterschied weist darauf hin, dass das Recht der WTO die reale politische Autonomie eines Staates weit mehr berührt als die UN-Charta. Während es mit Blick auf die internationale Sicherheit nur wenige tatsächlich souveräne Staaten gibt, ist die Autonomie, den nationalen Wirtschaftsprozess zu regulieren, für viele Staaten real.

b) Gesetzgebung und richterliche Rechtsfortbildung

Die Erforderlichkeit eines leistungsfähigen demokratischen Gesetzgebers wurde bislang aus der Notwendigkeit hergeleitet, gesetzliche Bestimmungen an veränderte sozialen Bedingungen, Ängste und Überzeugungen anzupassen. Nunmehr tritt ein weiterer Aspekt hinzu: die Notwendigkeit, den gerichtlichen Ausbau einer Rechtsordnung politisch begleiten und gegebenenfalls korrigieren zu können, insbesondere wenn er mit einer so unerwarteten Dynamik erfolgt⁵².

Auf den ersten Blick scheint das DSU diese Notwendigkeit durch Vorschriften wie Art. 3 Abs. 2 DSU zu minimieren, da es die Möglichkeiten der Rechtsprechungsorgane zur Rechtsfortbildung massiv zu beschneiden scheint. In der Tat mag eine solche Vorschrift Entscheidungen verhindern, die "revolutionäre" Prinzipien einführen, wie die direkte Anwendbarkeit des WTO-Rechts oder seinen Vorrang gegenüber innerstaatlichem Recht⁵³.

Eine solche Bestimmung kann jedoch nicht verhindern, dass durch die detailliert begründeten Berichte ein Rechtskorpus geschaffen und stetig ausgebaut wird. Vielmehr ist eine solche Entwicklung unvermeidlich, wenn die Rechtsprechungsorgane das DSU beachten. Art. 11 DSU gebietet "eine objektive Beurteilung" des Falles. Eine "objektive Beurteilung"

⁵¹ Z. B. legt Art. 15 Abs. 4 TBT-Übereinkommen fest, dass der TBT-Ausschuss alle drei Jahre über die Umsetzung und Wirkungsweise dieser Vereinbarung berichten muss. Der erste Bericht wurde gerade veröffentlicht unter http://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt5.htm. Weitere Bestimmungen z.B. in Art. 20 Übereinkommen über die Landwirtschaft; Art. 12 Abs. 7 SPS-Übereinkommen; Art. 15 Abs. 3 TBT-Übereinkommen; Art. 9 Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmaßnahmen (TRIMs); Art. 7 Abs. 1 Übereinkommen über Einfuhrlicenzverfahren; Art. 31 Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen; Art. 71 Abs. 1 TRIPs-Übereinkommen.

⁵² Derzeit sind auf der Homepage der WTO 34 Berichte des Berufungsgremiums und 56 Panelberichte abrufbar (1. April 2001), die nicht selten mehrere hundert Seiten dichte und oft beeindruckend diskursive juristische Ausführungen aufweisen. Die Bedeutung des Streitbeilegungsmechanismus wird noch deutlicher, bedenkt man, dass unter Berücksichtigung der vorgelagerten politischen Verfahren über 230 Streitigkeiten behandelt worden sind, R. Abbott, WTO disputes: the battles in the trade wars, in: FS Ehlermann (FN 24), dort auch eine Analyse der Streitparteien.

⁵³ Hierzu Panel-Bericht, WT/DS152/R, *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, Ziff. 7.72. Für einen früheren Versuch, direkte Anwendbarkeit und Vorrang einzuführen, vgl. Panel-Bericht vom 19. Juni 1992, DS 23/R, *United States – Measures affecting alcoholic and malt beverages*, BISD 39 (1991-1992), 206, 297.

verlangt die Darlegung der Entscheidungsgründe⁵⁴. Jede Entscheidungsbegründung wird aber unweigerlich einen Rechtskorporus schaffen⁵⁵. Der Aufbau eines entscheidungsgestützten Rechtskorporus' wird auch durch Art. 3 Abs. 2 DSU legitimiert, der das Ziel von "Sicherheit und Vorhersehbarkeit im multilateralen Handelssystem" nennt. Hieraus ergibt sich, wie das Berufungsgremium ausgeführt hat, die Verpflichtung, vorausgegangene Berichte und Interpretationen in die Betrachtung einzubeziehen⁵⁶. Auch wenn die Berichte als solche keine bindende Kraft über die Streitentscheidung hinaus haben, schaffen sie berechnete Erwartungen und müssen deshalb bei künftigen Entscheidungen berücksichtigt werden⁵⁷. In einem System obligatorischer Rechtsprechung kann dieses Ziel nur durch eine konsistente Rechtsprechungspraxis erreicht werden. Darüber hinaus steht mit drei ehemaligen Direktoren des GATT bzw. der WTO außer Frage, dass WTO-Mitglieder das Streitbeilegungsverfahren nutzen „as a means of filling out gaps in the WTO system; first, where rules and disciplines have not been put in place, or, second, are the subject of differences of interpretation“ (sic!)⁵⁸.

Der Rechtsprechungsmechanismus ist damit ein rechtserzeugendes Verfahren, und manche verstehen es gar als Lokomotive neo-liberaler Globalisierung⁵⁹. Dies kann man bezweifeln, nicht aber, dass die WTO nicht nur einen materiellen Rechtskorporus errichtet, sondern zudem auch einen, der sich stetig und eigenständig fortentwickelt. Richterrecht ist aber angesichts der Unabhängigkeit der Richter unter dem demokratischen Prinzip problematisch. In voll entwickelten Rechtssystemen ist die Entwicklung von Richterrecht demokratisch abgesichert, weil der Gesetzgeber jederzeit in die Entwicklung eingreifen kann. Wie aufgezeigt, gibt es einen solchen Gesetzgeber für das WTO-Recht nicht⁶⁰.

3. Funktionale Äquivalente?

Es könnte funktionale Äquivalente zu einem zentralen Gesetzgeber geben, welche den zuvor beschriebenen Defiziten des WTO-Rechts begegnen. Zur genaueren Fassung der Beziehung zwischen dem politischen und dem rechtsprechenden Prozess unter dem WTO-Recht seien diejenigen Verfahren untersucht, welche – obgleich nicht als legislative Verfahren ausdrücklich bezeichnet – es erlauben könnten, das WTO-Recht politisch zu steuern. Als funktionale Äquivalente kommen sowohl Entscheidungen der politischen WTO-Organe als auch die Einbeziehung von Regelungen in Betracht, die außerhalb des WTO-Rechts gesetzt wurden. Darüber hinaus könnte die Wissenschaft dabei helfen, den WTO-Rechtskorporus an die sich sozial und technologisch rasch verändernde Welt anzupassen.

a) Rechtsetzung durch WTO Organe

Eine scheinbar naheliegende Antwort auf das Effektivitätsproblem lautet, den internationalen Organisationen eigenständige Rechtsetzungsbefugnisse einzuräumen. Auch

⁵⁴ A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 283 ff; M. Kriele, *Theorie der Rechtsgewinnung*, 2. Aufl. 1976, 167 ff.

⁵⁵ M. Shapiro, *The European Court of Justice*, in: P. Craig/G. de Búrca (Hrsg.), *The Evolution of EU Law*, 1999, 321, 340. Ausführlich J. Trachtman, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, *Harvard ILJ* 40 (1999), 333 ff.

⁵⁶ Bericht des Berufungsgremiums vom 4. Oktober 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, 15.

⁵⁷ Ebenda (FN 56); vgl. auch J. Esser, *Grundsatz und Norm*, 4. Aufl. 1990.

⁵⁸ A. Dunkel/P. Sutherland/R. Ruggiero, *Statement on the multilateral trading system*, 1. Februar 2001, www.wto.org/english/news_e/news01_e/jointstatdavos_jan01_e.htm.

⁵⁹ Brand u.a. (FN 9), 105.

⁶⁰ Zur Frage, ob die WTO als Verfassungsordnung verstanden werden kann und dies zu anderen Schlussfolgerungen führen würde, siehe unten Kap. III, 1.

wenn das WTO-Übereinkommen formal kein Legislativorgan institutionalisiert, gibt es Bestimmungen, die eine gewisse Rechtsetzungskompetenz niederzulegen scheinen. So ermächtigt Art. VI Abs. 4 GATS den Rat, Richtlinien für nationale Regelungen des Dienstleistungsverkehrs zu entwickeln⁶¹. Art. X Abs. 8 WTO begründet eine Kompetenz zur selbständigen Regelung des Streitbeilegungsverfahrens. Es gibt auch übergreifende Vorschriften, von denen Art. XXV Abs. 1 GATT die wichtigste ist. Sie könnten benutzt werden, um vage Bestimmungen zu konkretisieren oder um eine Auslegung zu korrigieren, die einer Bestimmung durch ein Streitbeilegungsorgan beigegeben wurde. Es gibt auch Vorschriften, die dahingehend verstanden werden können, dass sie politischen Organen erlauben, Einfluss auf die Anwendung einer Bestimmung im Einzelfall zu nehmen.

In welchem Umfang erlaubt das WTO-Recht eine Rechtsetzung durch seine Institutionen? Die gegenwärtige Rechtssituation kann am besten vor dem Hintergrund der einschlägigen Diskussion unter dem GATT 1947 dargestellt werden. Bevor das WTO-Übereinkommen in Kraft trat, wurde vertreten, dass das GATT als Organisation unter Art. XXV Abs. 1 GATT eine weitreichende Kompetenz zur Gesetzgebung habe. Der wichtigste Vertreter dieser These war *Frieder Roessler*, der Leiter der Rechtsabteilung des GATT-Sekretariats⁶². Sein 1987 publizierter Vorschlag versteht das GATT als dynamische internationale Organisation, die den Problemen effektiver Rechtsetzung durch eine eigene Rechtsetzungskompetenz begegnet. Sein Beitrag kann als Versuch verstanden werden, die Handlungskompetenz bis an die Grenze des rechtlich Vertretbaren auszuweiten, und eine dynamische Interpretation des GATT im Lichte seiner Ziele zu erlauben. Die Entwicklung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mag *Roesslers* Vorschlag als Modell gedient haben.

Es finden sich nunmehr jedoch eine Reihe von Vorschriften im 1995 in Kraft getretenen WTO-Übereinkommen und im DSU, die entgegen dem von *Roessler* entworfenen Bild nur so verstanden werden können, dass sie einem solchen Verständnis und einer derartigen Entwicklung der institutionellen Praxis entgegenstehen. Die übergreifende Kompetenz des Art. XXV Abs. 1 GATT wird im WTO-Übereinkommen beschränkend konkretisiert⁶³. Die Möglichkeiten für eine autonome Rechtsetzung sind nunmehr sorgfältig begrenzt.

Art. X Abs. 8 WTO sieht die Kompetenz für eine autonome Rechtsetzung nur im Hinblick auf das Streitbeilegungsverfahren vor. Eine andere Form autonomer Rechtsetzung besteht nach Art. IX Abs. 2 WTO, der die authentische Interpretation⁶⁴ regelt. Wie die verschiedenen "Vereinbarungen zur Auslegung" von Vorschriften wie Art. II Abs. 1 lit. (b) GATT, Art. XVII GATT, die Vorschriften zum Zahlungsausgleich, Art. XXIV GATT, Art. XXV Abs. 5 GATT oder Art. XXVIII GATT zeigen, ermöglicht die authentische Interpretation eine gewisse Rechtsetzung. Dennoch ist sogar diese Kompetenz in Vergleich zu dem, was unter Art. XXV Abs. 1 GATT 1947 möglich war, in mehrfacher Hinsicht eingeschränkt: Sie steht ausschließlich der Ministerkonferenz und dem Allgemeinen Rat zu, eine Entscheidung erfordert eine ¾-Mehrheit der Mitglieder, und die Entscheidung darf nicht zu einer Umgehung von Art. X WTO führen (vgl. Art. IX Abs. 2 WTO, Art. 3 Abs. 2 DSU). Hieran lässt sich deutlich die Intention der WTO-Mitglieder erkennen, rechtsetzende Maßnahmen

⁶¹ *Barth* (FN 26), 273, 288.

⁶² *F. Roessler*, *The Competence of GATT*, JWTL 21, Heft 3 (1987), 73. Über eine Untersuchung des geltenden Rechts hinaus kann sein Beitrag als Vorschlag für eine mögliche weitere Entwicklung des Welthandelsregimes verstanden werden.

⁶³ *Jackson* (FN 27), 43. WTO-Vorschriften gehen ungeänderten Vorschriften des GATT vor, Art. XVI Abs. 3 WTO.

⁶⁴ Siehe hierzu *R. Bernhardt*, *Interpretation in International Law*, in: ders. (Hrsg.), EPIL 7 (1984), 318, 325.

prinzipiell dem Verfahren zur Vertragsänderung und –ergänzung zu unterwerfen.

Bei der Gründung der WTO haben es die vertragsschließenden Staaten implizit abgelehnt, das WTO-Recht durch eine eigene Rechtsetzung zu dynamisieren. Diese Ablehnung ist begründet. Im Gegensatz zu Art. XXV Abs. 1 GATT besitzt Art. 308 EG (ex-Art. 235 EGV) rechtliche Schutzmechanismen, die die Mitgliedstaaten und betroffenen Bürger vor einem Missbrauch schützen. Darüber hinaus ist das institutionelle System der EU, das verfahrensrechtliche Sicherungen vorsieht, wesentlich komplexer als das des GATT: erinnert sei an das allein der Kommission zustehende Vorschlagsrecht oder das Anhörungsrecht des Europäischen Parlaments, das ein (zugegebenermaßen schwaches) demokratisch-parlamentarisches Element in den Gesetzgebungsprozess einbringt. Außerdem sind die durch den EG-Vertrag verliehenen Kompetenzen an qualifizierte Mehrheiten oder sogar an Einstimmigkeit im Rat gebunden, während unter dem Regime des GATT für das übliche Verfahren der Rechtsetzung bereits die einfache Stimmenmehrheit ausreicht (Art. XXV Abs. 3, 4 GATT). Ein anderer wichtiger Unterschied liegt in der Tatsache, dass EG-Maßnahmen Gegenstand einer umfassenden richterlichen Überprüfung durch den EuGH sein können. Eine vergleichbare Institution im Bereich des GATT oder der WTO ist nicht vorhanden⁶⁵.

b) Zur Rolle von Räten und Ausschüssen

Das WTO-Übereinkommen und die meisten seiner multilateralen und plurilateralen Handelsabkommen setzen diverse Räte und Ausschüsse ein. Diese Räte und Ausschüsse stellen den institutionellen Rahmen für intensive und kontinuierliche politische Aktivitäten innerhalb der WTO bereit, wie der WTO-homepage entnommen werden kann. Organisatorisch gesehen sind die Räte und Ausschüsse Unterorgane der Ministerkonferenz und des Allgemeinen Rates, Art. IV Abs. 5 und Art. IV Abs. 7 WTO. Sie setzen sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten zusammen.

An diesem Punkt bedürfen zwei Fragen hinsichtlich des Verhältnisses zwischen den politischen und den gerichtlichen Verfahren der Klärung: nämlich, ob im Kollisionsfall ein Verfahren ausschließlich ist, und zweitens, wenn das nicht der Fall sein sollte, welches Verfahren im Kollisionsfall vorgeht. Unter dem GATT 1947 war das Verhältnis zwischen gebilligten Ausschussberichten und anderen Entscheidungen durch die VERTRAGSPARTEIEN – angesichts des Umstands, dass deren Grundlage stets Art. XXV Abs. 1 GATT war – durch den *lex posterior*-Grundsatz bestimmt. Aufgrund dieses Prinzips behielt das politische Verfahren die Kontrolle über eine Entwicklung des GATT 1947 durch richterliche Rechtsfortbildung. Im WTO-Übereinkommen findet sich keine ausdrückliche Regelung. Diese Frage tauchte in einem Verfahren der Vereinigten Staaten gegen Indien auf, in dem es um mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen aufgrund von Zahlungsbilanzschwierigkeiten ging. Eines der Verteidigungsargumente Indiens lautete, dass der Fall ausschließlich dem Ausschuss für Zahlungsbilanzbeschränkungen (BOP) zuzuordnen sei und deshalb die Streitentscheidung ausschließlich im politischen Verfahren erfolgen müsse⁶⁶.

Im genannten Streitfall hatte der zuständige Ausschuss keine Entscheidung getroffen.

⁶⁵ Das Berufungsgremium hat jedoch eine gewisse indirekte Kontrolle eingeführt, vgl. Bericht des Berufungsgremiums vom 9. September 1997, WT/DS27/AB/R, 1997, *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Ziff. 179-188. Diese Form der Kontrolle erscheint jedoch nicht ausreichend, sollte sich die Organisation zu einem tatsächlichen Gesetzgeber entwickeln.

⁶⁶ Bericht des Berufungsgremiums vom 23. August 1999, WT/DS90/AB/R, *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*.

Indiens Hauptargument, nur der BOP-Ausschuss oder der Allgemeine Rat habe die ausschließliche Kompetenz festzustellen, ob eine Verletzung vorliege, war schwach und wurde vom Berufungsgremium überzeugend auf der Basis von Art. 1 DSU zurückgewiesen. Die interessantere Frage, wie aufgrund Art. XVIII Abschnitt B GATT zu entscheiden ist, wenn der zuständige Ausschuss die Rechtmäßigkeit der Maßnahme bereits festgestellt haben sollte, wurde nur am Rande gestreift. Das Panel nimmt an, dass eine vom Allgemeinen Rat oder einem Ausschuss getroffene Entscheidung seine Entscheidung beeinflussen könne⁶⁷. Bei dieser Lesart bestünde ein Primat der politischen Institutionen der WTO zur Streitschlichtung. Das Berufungsgremium lässt die Rechtslage für den Fall eines Widerspruchs zwischen den Streitbeilegungsorganen und den politischen Organen im Unklaren⁶⁸. Dennoch scheint der Subtext darauf hinzuweisen, dass die rechtsprechenden Organe unabhängig bleiben würden⁶⁹. Diese Interpretationslinie wird durch Art. IX Abs. 2 WTO gestützt: Da diese Regelung präzise Voraussetzungen für den Erlass einer authentischen Interpretation aufstellt, kann eine Entscheidung einer politischen Institution in einem anderen Verfahren nicht vergleichbare Auswirkungen hervorbringen. Alle diese Phänomene sind nur Aspekte des bei Abschluss der Uruguay-Runde gefeierten Sieges des "Rechts" über die "Diplomatie" im internationalen Handelsrecht⁷⁰. So kann eine Rechtsprechungsentwicklung im Rahmen der Organisation selbst nur mittels einer authentischen Interpretation des Allgemeinen Rats korrigiert werden.

Mit dieser Aufgabe kann aber die Funktion des eindrucksvollen institutionellen Systems von Räten und Ausschüssen nicht abschließend beschrieben sein. Zu Recht haben drei ehemalige Direktoren von GATT und WTO in einem eindrücklichen Appell die WTO-Mitglieder aufgerufen, die politischen Institutionen zu operativen Foren der Diskussion und Schlichtung von Streitigkeiten zur Entlastung der rechtsprechenden Organe zu nutzen⁷¹. Aber sie könnten weiter zu Foren werden, die politische Mechanismen entwickeln, mit denen den Herausforderungen der Globalisierung der Wirtschaft sinnvoll begegnet werden kann. Aus der Praxis des Umgangs mit konkreten Problemen könnten hier experimentell Mechanismen heranreifen, die innovative Wege aufzeigen, um auf globaler Ebene Recht und Politik in eine Relation zu bringen, die den Prinzipien demokratischen Regierens genügen.

c) "Outsourcing" von Rechtsetzung

Das Manko an funktionstüchtigen Rechtsetzungsmechanismen der WTO kann auch nicht durch die Inkorporation von Regeln anderer internationaler Organisationen ersetzt werden, wie der bekannte Hormonfall eindrücklich gezeigt hat⁷². Die internationale Standardsetzung in ihrer derzeitigen Gestalt kann nur in sehr begrenztem Umfang das Fehlen einer Rechtsetzung innerhalb der WTO ersetzen. Zu gewichtig sind die strukturellen Unterschiede

⁶⁷ Vgl. WT/DS90/AB/R (FN 66), Ziff. 5.114.

⁶⁸ Ebenda, Ziff. 18, 25.

⁶⁹ Ebenso R. *Howse/P. Mavroidis*, Europe's evolving regulatory strategy for GMO's – the issue of consistency with WTO Law: Of Kine an Brine, 7 (Manuskript – erscheint in *Fordham International Law Journal*, 2001).

⁷⁰ E.-U. *Petersmann*, The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization, *EJIL* 6 (1995), 161, 186, 208; skeptisch hinsichtlich der Vorteile einer Verrechtlichung *Goldstein/Martin* (FN 34), 630 ff.; hinsichtlich des Aufwands vgl. auch *Weiler* (FN 18), 7 ff.

⁷¹ So ausdrücklich *Dunkel/Sutherland/Ruggiero* (FN 58).

⁷² Bericht des Panel *EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, 18. August 1997, WT/DS26/R/USA, EC; Bericht des Appellate Body, 16 January 1998, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R; ausführlich A. v. *Bogdandy*, Law and Politics in the WTO. Strategies to Cope with a Deficient Relationship, *Max Planck UNYB* 5 (2001), II 3 b.

zwischen den verschiedenen Organisationen, bedingt durch deren unterschiedliche Aufträge, Instrumente, Verfahren, Abstimmungsvoraussetzungen und Mitgliedschaften. Die Nutzung solcher Standards im Binnenmarktrecht der EU kann angesichts zahlreicher rechtlicher, verfahrensmäßiger und institutioneller Unterschiede kein Beispiel für die WTO sein. Internationale Standards sollten nicht als Instrument zur Harmonisierung der entsprechenden Bereiche des Rechts der Mitglieder verstanden werden. Ihre eigentliche Rolle ist vielmehr die Entwicklung einer Grundlage, an der sich die nationalen Regelungen ausrichten können⁷³.

Auch die Wissenschaft ist nicht in der Lage, diese Lücke eines funktionstüchtigen Gesetzgebers zu füllen. Zwar sind die Naturgesetze universell, so dass wissenschaftliche Erkenntnisse im Sinne von Minimalvoraussetzungen zur Konkretisierung vager normativer Bestimmungen dienen können⁷⁴. Manche Bestimmungen der WTO können gelesen werden, als ob die Wissenschaft nunmehr den dritten normativen Pfeiler des WTO-Rechts neben dem Prinzip der Meistbegünstigung und dem der Nichtdiskriminierung stellt. Doch auch in dieser Hinsicht erweist der Hormon-Fall die engen Grenzen einer solchen "Einbeziehung". Die Eignung der Wissenschaft zur Problemlösung wird überschätzt, wenn sie "objektive Lösungen" im Konflikt zwischen Gesundheitsschutz und offenem Welthandel liefern soll und ihr damit die Funktion eines Gesetzgebers zugewiesen wird. Vorschriften des WTO-Systems, die wie Art. 2.2 und 5.1 SPS auf wissenschaftliche Erkenntnisse Bezug nehmen, sind als Konkretisierung des Prinzips der Nichtdiskriminierung zu verstehen, nicht als weitere selbständige Prinzipien des WTO-Rechts. Eine Diskriminierung kann angenommen werden, wenn eine nationale Maßnahme keinerlei wissenschaftlichen Nachweis dafür erbringen kann, dass die erwartete Gefahr oder das mögliche Risiko tatsächlich besteht⁷⁵. Die Wissenschaft kann jedoch keine Antwort auf die Frage geben, wann ein Risiko nicht mehr akzeptabel ist. Sie kann den Gesetzgeber informieren, sie kann ihn aber weder ersetzen noch die politische Lücke in der WTO schließen. Damit ist schließlich festzuhalten, dass der fehlende Gesetzgeber innerhalb der WTO nicht durch eine Bezugnahme auf Standards oder wissenschaftliche Erkenntnisse ersetzt werden kann.

4. Vergleichende Bemerkungen: die EU als Beispiel?

Die anfängliche These dieses Artikels hat sich bestätigt: die WTO stellt einen enormen Schritt in Richtung einer effektiven internationalen Verrechtlichung dar. Diese Entwicklung wird nicht durch eine entsprechende Rechtsetzung begleitet, was eine Reihe ernster Probleme zur Folge hat. In einer vergleichenden Untersuchung wird die eigentümliche und problematische Situation unter dem WTO-Recht deutlicher.

Die strukturelle Schwäche aller drei Aspekte hoheitlicher Gewalt – Legislative, Exekutive

⁷³ Hierzu im Einzelnen, Teil III 3.

⁷⁴ Vgl. J. Barcelo, Product Standards to Protect the Local Environment, Cornell International LJ 27 (1994), 755; K.-H. Ladeur, The Integration of Scientific and Technological Expertise into the Process of Standard-Setting According to German Law, in: Joerges/Ladeur/Vos (Hrsg.), Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making, 1997, 77.

⁷⁵ Diese Regelungen sind gleichwohl von großer Bedeutung, weil anzunehmen ist, dass die nationalen Gesetzgeber bislang ihre Entscheidungen nur gelegentlich auf der Grundlage wissenschaftlicher Erkenntnisse getroffen haben, wie sie der Appellate Body nach dem SPS-Übereinkommen für entsprechende nationale Maßnahmen als erforderlich festgesetzt hat; vgl. auch Berufungsgremium, WT/DS 18/AB/R, *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, part V.B.; ; Berufungsgremium, WT/DS76/AB/R *Japan – Measures Affecting Agricultural Products*.

und Judikative – sind der Regelfall des internationalen Rechts⁷⁶. Obligatorische Rechtsprechung wie in der WTO bleibt eine Ausnahme in globalen Institutionen⁷⁷. Die Anzahl der Streitigkeiten, die vor die Streitbeilegungsorgane der WTO gebracht werden, ist um den Faktor 10 größer als die Anzahl derer, die dem Internationalen Gerichtshof zugeleitet werden⁷⁸.

Vertreter einer dynamischen und couragierten Interpretation des materiellen WTO-Rechts werden jedoch auf die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union hinweisen, und hier besonders auf die detaillierte Rechtsprechung zu den Grundfreiheiten des EG-Vertrags (Art. 23, 28, 29 etc. EC). Diese Rechtsprechung, oft mit deregulierendem Effekt, ist von entscheidender Bedeutung für die europäische Integration und bleibt weiterhin ein Fundament des Gemeinsamen Marktes, der bis jetzt eindrucksvollste praktische Erfolg europäischer Integration. In diesem Zusammenhang hat der Europäische Gerichtshof zu so sensiblen Bereichen wie nationale Standards der Nahrungsmittelsicherheit und des Umweltschutzes geurteilt. Es ist verlockend, insoweit eine Vorbildfunktion für die WTO anzunehmen. Insbesondere mein Argument, dass gerichtliche Rechtsfortbildung korrespondierende politische Verfahren erfordere, scheint insofern widerlegt zu sein, als die EU-Mitgliedstaaten die Rechtsprechung zu den primärrechtlichen Freiheiten nur im Verfahren des Art. 48 EU ändern können, das dem WTO-Änderungsverfahren ähnelt.

Dennoch gibt es zahlreiche Gründe, warum der EuGH nicht als Vorbild genommen werden kann. Einmal sind die Ziele der europäischen Verträge andere als die des WTO-Rechts: während erstere eine Integration anstreben (Art. 2 EU, Art. 2 EG), ist diese Zielvorstellung im WTO-Recht nicht erwähnt. Darüber hinaus ist die Nähe zwischen den europäischen Völkern weit größer, als dies im globalen Rahmen der Fall ist, die gesellschaftliche, soziale, ökonomische und politische Integration ist in der Europäischen Union wesentlich weiter vorangeschritten als dies im globalen Rahmen auch nur vorstellbar ist. Ein weiterer Unterschied – der in diesem Zusammenhang Bedeutendste – ist die entscheidende Rolle, die die einschlägige Rechtsprechung des EuGH dem supranationalen politischen Verfahren gibt: Die Rechtsprechung insbesondere zur Warenverkehrsfreiheit gründet auf der Prämisse, dass im politischen Verfahren richterliche Entscheidungen korrigiert werden können, eine Möglichkeit, die der WTO fehlt.

Der EuGH hat die Warenverkehrsfreiheit nicht dazu benutzt, wie ein Verfassungsgericht Richtung und Grenzen des supranationalen politischen Prozesses festzulegen. Die Warenverkehrsfreiheit legt – anders als die gemeinschaftlichen Grundrechte, aber auch die Arbeitnehmerfreizügigkeit⁷⁹ – kein Grundrecht nieder⁸⁰. Der Unterschied ist keineswegs nur terminologischer, sondern substantieller Natur. Von höchster Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der häufig übersehene Vorbehalt des EuGH, dass die Warenverkehrsfreiheit

⁷⁶ Vergleichende Untersuchungen in N. Blokker/H. Schermers (Hrsg.), *Proliferation of International Organizations. Legal Issues*, 2001; *Goldstein/Kahler/Keohane/Slaughter* (FN 44), 54 (2000), Nr. 3, insbes. 385, 389, 398 unter den Kategorien "obligation, precision, and delegation".

⁷⁷ R. Jennings, *The International Court of Justice after Fifty Years*, AJIL 89 (1995), 493, 495.

⁷⁸ Schätzung auf Grundlage der Jahre 1995-2000.

⁷⁹ EuGH Rs. C-415/93, *Bosman*, Slg. 1995, I 4921, Rdnr. 129; Rs. C-416/96, *El-Yassini*, Slg. 1999, I 1209, Rdnr. 45.

⁸⁰ M. P. Maduro, *We, the Court*, 1998, 76 ff., 78; P. Oliver, *Free Movement of Goods*, 1996, §§ 4.08 ff.; a. A. T. Oppermann, *Europarecht*, 2. Aufl. 1999, Rdnr. 490. Mein Verständnis wird durch die Grundrechtecharta gestützt. In der 3. Erwägung wird unterschieden zwischen gemeinsamen Werten und Grundrechten einerseits und den Grundfreiheiten andererseits. Auch ist die Warenverkehrsfreiheit nicht in die Charta als Grundrecht aufgenommen.

nur dann direkt anzuwenden ist, wenn keine sekundärrechtliche Regelung besteht⁸¹. Inhaltlich bedeutet dies, dass das politische System der EU im normalen Rechtsetzungsprozess den umstrittenen Sachverhalt anders regeln kann, als er vom Gerichtshof auf der Grundlage der Grundfreiheit entschieden worden ist. Keine Entscheidung des EuGH, mit der die Rechtswidrigkeit einer bestimmten nationalen Vorschrift auf Grund ihres Verstoßes gegen die Warenverkehrsfreiheit festgestellt wurde, ist daher ‚in Stein gemeißelt‘, denn sie kann jederzeit durch eine spätere Verordnung oder Richtlinie abgeändert werden. Aus diesem Grund – und das ist der entscheidende Unterschied zu Grundrechtsentscheidungen sowohl des EuGH, des EGMR als auch nationaler Gerichte – entzieht eine Entscheidung, die auf der Grundlage der Warenverkehrsfreiheit ergeht, einen Sachverhalt nicht dem Zugriff des normalen politischen Prozesses. Die Abwägung der beteiligten Interessen bleibt dem politischen Prozess überlassen. Eine einschlägige Entscheidung kann durch den Erlass von Sekundärrecht abgeändert werden.

Diese Ausrichtung der Rechtsprechung kann folgendermaßen interpretiert werden: Der EuGH erkennt deutlich die zahlreichen Nachteile einer Steuerung des politischen, wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Prozesses durch richterliche Rechtsfortbildung auf Verfassungsebene, in die – angesichts der Rigidität des Vertragsänderungsverfahrens unter Art. 48 EU – nur noch mit größter Mühe politisch eingegriffen werden könnte⁸². Dies erklärt auch, warum der EuGH die Warenverkehrsfreiheit gegenüber der Rechtsetzung der Unionsorgane mit weit größerer Zurückhaltung (nur als institutionelle Garantie) anwendet als gegenüber mitgliedstaatlichen Rechtsakten: Lediglich offensichtliche Verstöße gegen die Grundsätze des Gemeinsamen Marktes, insbesondere Diskriminierungen, sind verboten⁸³. Diese Differenzierung ist nicht, wie häufig behauptet wird, die Frucht der einseitigen Ausrichtung des EuGH, sondern – gerade vor dem Hintergrund der Überlegungen dieses Beitrags – eine verfassungsrechtlich und politisch überzeugende Strategie.

5. Zwischenergebnis

Die Rechtsprechung internationaler Gerichte beruht in der Regel auf spezifischen und begrenzten Verpflichtungen mit geringem Einfluss auf die Rechtsetzungsautonomie der Mitglieder, oder sie basiert auf internationalen Menschenrechtsverpflichtungen, die eine besondere Stellung haben⁸⁴. Das WTO-Recht hingegen ist von enormer Relevanz bei der internen Ausgestaltung des Wirtschaftsrechts im weitesten Sinne, das zudem als ein dynamisches, sich rasch veränderndes Gebiet enger legislatorischer Begleitung bedarf. Die WTO-Mitglieder haben gleichwohl aus guten Gründen keinen legislativen Mechanismus

⁸¹ EuGH Rs. 120/78, *Cassis de Dijon*, Slg. 1979, 649, 662, Rdnr. 8; Rs.C-51/94, *Sauce Hollandaise*, Slg. 1995, I-3599, 3627, Rdnr. 29; Rs. C-470/93, *Mars*, Slg. 1995, I-1923, 1940, Rdnr. 12; diese Formel wird nicht durchgängig verwandt, siehe z.B. Rs. C-412/93, *Leclerc*, Slg. 1995, I-209, 216, Rdnr. 18 ff. Der Grund liegt darin, dass diese Herangehensweise des EuGH als gefestigt angesehen werden kann.

⁸² Da der EuGH Teil einer Organisation (EU) ist, der ein zur Verfassungsänderung ermächtigtes Organ fehlt, mangelt es dem EuGH – im Gegensatz zu allen anderen Verfassungsgerichten – an einem Widerpart auf Verfassungsebene.

⁸³ EuGH verb. Rs. 80 u. 81/77, *Ramel*, Slg. 1978, 927, Tz. 37; Rs.C-47/90, *Établissement Delhaize frères*, Slg. 1992, I-3669, Rdnr. 44; Rs. C-350/97, *Monsees*, Slg. 1999, I-2921, Rdnr. 24.

⁸⁴ Das internationale Recht der Menschenrechte scheint eine eigenständige Entwicklung genommen zu haben, seitdem die weitgehende Ausrichtung der Politik an den Kernbereichen der Menschenrechte ein etabliertes Merkmal geworden ist, A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, 4. Aufl. 1999, 5 ff., 85 ff.; C. Tomuschat, *Das Strafgesetzbuch der Verbrechen gegen den Frieden und die Sicherheit der Menschheit*, EuGRZ, 1998, 1 ff.; A. Zimmermann, *Die Schaffung eines ständigen Internationalen Strafgerichtshofes*, *ZaöRV*, 1998, 47 et seq.

vorgesehen, denn es sind noch immer keine internationalen Verfahren absehbar, die ausreichende demokratische Legitimität für eine autonomisierte Rechtsetzung auf globaler Ebene garantieren könnten⁸⁵. Zugleich steht jedoch außer Frage, dass internationaler Handel unerlässlich ist zur Verbesserung des globalen Wohlstands, der von den armen Ländern dringend benötigt und von den meisten Bürgern der reicheren energisch gefordert wird. Multilaterale Regelungen, die den Marktzugang erleichtern und unberechtigte Diskriminierung bekämpfen, sind die Voraussetzung eines lebensfähigen Handelssystems; die Legitimität der WTO und ihres Streitbeilegungsmechanismus steht danach außer Frage. Der zweite Teil des Beitrags wird nun Strategien entwickeln, die mit diesem Dilemma umgehen.

III. Konzeptionen des Umgangs mit der Entkoppelung von Recht und Politik

1. Einleitung

Der erste Teil dieses Beitrages hat in kritischer Absicht ein Dilemma aufgezeigt: Das WTO-Recht untergräbt in verschiedenen Hinsichten die Wirklichkeit des demokratischen Prinzips in den WTO-Mitgliedern. Der zweite Teil soll nunmehr in konstruktiver Absicht untersuchen, wie dem Dilemma begegnet werden kann. In einem ersten Schritt werden drei unterschiedliche Modelle des Verständnisses der WTO präsentiert, die unterschiedliche Lösungsstrategien bieten. Im zweiten Schritt soll das hier vertretene Modell *koordinierter Interdependenz* näher ausgeleuchtet werden, in dem es auf einige zentrale Fragen des WTO-Rechts angewandt wird. Seine Brauchbarkeit soll sich unter anderem dadurch erweisen, dass es eine systematische Erklärung für die Rechtsprechung des Berufungsgremiums, insoweit sie Einseitigkeiten des WTO-Rechts korrigiert, bietet.

1. Drei Modelle: Liberalismus, politische Integration und koordinierte Interdependenz

Nichts zeigt den enormen Interpretationsspielraum bei zahlreichen WTO-Bestimmungen deutlicher als erhebliche Auslegungsdivergenzen zwischen vielen Berichten der Streitbeilegungspanel und des Berufungsgremiums. Entsprechend bedeutsam sind übergreifende Verständnisse von Sinn und Zweck der WTO und ihres Rechts. In Anlehnung an verwandte Problemstände im europäischen Wirtschaftsverfassungsrecht lassen sich drei *idealtypische* Verständnisse⁸⁶ transnationalen Wirtschaftsrechts unterscheiden: das Modell des *ökonomischen Liberalismus*, das Modell *politischer Integration*, sei es in der *föderalistischen* Variante oder der der *global governance*, und das Modell *koordinierter Interdependenz*⁸⁷.

a) Das liberale Modell

Die erste Konzeption (das *liberale Modell*) versteht das WTO-Recht als Instrument zur substantiellen Beschränkung des Zugriffs staatlicher (einschließlich europäischer) Politik auf die Wirtschaft und – in unterschiedlichen Ausprägungen – zur Steigerung des internationalen

⁸⁵ *Krajewskj* (FN 29); allgemeiner *D. Bodansky*, The Legitimacy of International Governance: A Coming Challenge for International Environmental Law?, *AJIL* 93 (1999), 596.

⁸⁶ *M. Weber*, Die ‚Objektivität‘ sozialwissenschaftlicher Erkenntnis, in: ders. (Hrsg.), *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre*, 7. Aufl. 1988, 146 ff., 190 ff.; für seine Nützlichkeit in der Rechtswissenschaft vgl. *E. Grabitz*, *Gemeinschaftsrecht bricht nationales Recht*, 1966, 28 ff.

⁸⁷ Dieser Teil wurde inspiriert von *Maduro* (FN80), 103 ff.; vgl. auch *A. v. Bogdandy*, A Bird’s Eye View on the Science of European Law, *ELJ* 6 (2000), 208, 224 ff., 235 ff. Meines Wissens haben diejenigen, die der WTO fundamental kritisch gegenüber stehen, bis jetzt noch kein wissenschaftliches Modell der Interpretation vorgeschlagen.

Wettbewerbs sowie der Deregulierung. Was im ersten Teil dieser Studie in der Perspektive des überkommenen Demokratieverständnisses als Kernproblem der WTO betrachtet wurde, nämlich die Entkoppelung von Recht und Politik durch die Beschränkung des (staatlichen) politischen Zugriffs auf den Wirtschaftsablauf, ist aus dieser Sicht gerade eine zentrale Aufgabe des WTO-Rechts. Das *liberale Modell* ist der ausgefeilteste Ansatz im internationalen Wirtschaftsrecht und entspricht dem herrschenden Verständnis in der volkswirtschaftlichen Außenhandelstheorie⁸⁸.

Dieses Modell wird in unterschiedlichen Ausformungen vertreten. *John Jackson* ist der bekannteste, wenn auch vorsichtige Vertreter der traditionellen Variante. Wenn auch nicht immer eindeutig, präsentiert er in aller Regel das WTO-Recht in einer liberalen Lesart: "The basic purpose of GATT is to constrain governments from imposing or continuing a variety of measures that restrain or distort international trade"⁸⁹. Die Prämisse entstammt direkt der Volkswirtschaftslehre, auf die er sich in der Form eines Zitats des Nobelpreisträgers *Coase* stützt: "Economic policy consists of choosing those legal rules, procedures and administrative structures which will maximize the value of production"⁹⁰. Das WTO-Recht ist danach ein Instrument um Markteingriffe zu beschränken. Der Zusammenschluss von Rechtswissenschaft und Volkswirtschaft ist hier besonders eng.

Eine theoretisch elaboriertere Variante des *liberalen Modells* vertreten Zivilrechtswissenschaftler in der Tradition der Lehre von der Privatrechtsgesellschaft. Danach erfolgt soziale Integration weitgehend durch die Trias von Vertragsfreiheit, Wettbewerb und Eigentum⁹¹. Auf der globalen Ebene konzipieren sie eine *globale Privatrechtsgesellschaft*, die durch transnationale privatrechtliche Beziehungen gestaltet wird und konzeptionell zu unterscheiden ist von den politischen Gemeinschaften mit ihren unterschiedlichen Regulierungssystemen, die mit den Privatrechtsbeziehungen in Konflikt geraten. Dieses Modell sieht im WTO-Recht ein Instrument zur Förderung einer *globalen Privatrechtsgesellschaft*, da es regulatives öffentliches Recht, das störend in den Bereich der zivilrechtlich gestalteten Wirtschaftsbeziehungen eingreift, zurückdrängt⁹². Nach diesem Verständnis, das das WTO-Recht als Teil einer globalen Wirtschaftsverfassung begreift, verpflichtet das materielle Recht der WTO die Mitglieder, einer liberalen Wirtschaftspolitik zu folgen⁹³. Diese Privatrechtsgesellschaft zu schützen ist das wahre Ziel des transnationalen Rechts und vermittelt ihm seine materielle Legitimität. Nach diesem Verständnis erlaubt das WTO-Recht nur solche hoheitlichen Eingriffe, die der Aufrechterhaltung eines effektiven

⁸⁸ The Economist, World Trade Survey, 22 Sept. 1990, 5 ff.; The Economist, A Survey of World Trade, 3 Okt. 1998, 4 ff.; B. S. Frey, Internationale Politische Ökonomie, 1985, 12 ff.; H. Glismann/E.-J. Horn/S. Nehring/R. Vaubel, Weltwirtschaftslehre, Bd. I, 4. Aufl. 1992, 72 ff.

⁸⁹ Jackson (FN 27), 22 f., ähnlich, ebenda., S. 102: "...to prevent member nation states from abusing their national powers when those would damage the operation of world markets". An einigen Stellen stellt er allerdings die Aufgabe des GATT weit eingeschränkter dar, nämlich als lediglich "to prevent arbitrary and unfair decisions or policies from undermining the other rules of GATT"; ebenda., S. 23; ders., The World Trading System, 1989, 305; letztere Position entspricht eher dem in diesem Beitrag vorgeschlagenen Verständnis.

⁹⁰ Jackson (FN 27), 102.

⁹¹ E.-J. Mestmäcker, Der Kampf ums Recht in der offenen Gesellschaft, Rechtstheorie 1989, 273; ders., Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, RJ 10 (1991), 177; kritisch K. Günther, Ohne weiteres und ganz automatisch? Zur Wiederentdeckung der "Privatrechtsgesellschaft", RJ 11 (1992), 473.

⁹² J. Drexler, Unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der globalen Privatrechtsordnung, in: B. Grossfeld (Hrsg.), FS W. Fikentscher, 1998, 822; vgl. auch W. Fikentscher, Wirtschaftsrecht, Bd. I, 1983, 255. Fikentscher versteht das gesamte internationale Wirtschaftsrecht als Teil einer entstehenden weltweiten Wettbewerbsordnung, ebenda., 204 ff.

⁹³ Für einen ausführlichen theoretischen Überblick vgl. Gerber (FN 43), 232 ff.

Marktes und der globalen Privatrechtsgesellschaft dienen⁹⁴. Dies schließt Interventionen aus sozialen Gründen oder zum Schutz der Umwelt nicht vollständig aus, verlangt aber die geringst mögliche Interferenz mit dem Wirtschaftsgeschehen.

Ernst-Ulrich Petersmanns grundrechtliche Lesart der WTO bietet eine dritte bedeutende Variante des liberalen Modells. Danach respektiert das WTO-Recht das Prinzip der Gewaltenteilung und beruht auf einem prinzipiell angemessenen Verhältnis zwischen Recht und Politik. Seine Überlegungen zur Verfassungsfunktion des WTO-Rechts stellen wahrscheinlich den umfassendsten theoretischen Ansatz dar, der es besonders gut erlaubt, die Problematik der Entkoppelung von Recht und Politik durch die WTO weiter zu vertiefen. Es wurde oben dargestellt, dass eine spezifische Beziehung zwischen Politik und Verfassungsrecht besteht, da es in der Regel über dem "normalen" politischen Prozess steht. Unter den meisten Verfassungen ist die politische Änderung von Verfassungsrecht aufgrund des Erfordernisses spezifischer Mehrheiten und/oder Verfahren weit schwerer als die des einfachen Rechts⁹⁵. Verfassungsrecht leitet und kanalisiert den "normalen" politischen Prozess und stellt den zentralen Mechanismus, der die Trennung *und* Interaktion von Recht und Politik in heutigen Gesellschaften stabilisiert⁹⁶. Wenn das WTO-Recht eine verfassungsrechtliche Funktion hätte, könnten die zuvor erarbeiteten Charakteristika und insbesondere die Entkoppelung nicht als Defizite im Lichte der Verfassungstheorie qualifiziert werden⁹⁷.

Die verfassungsrechtliche Funktion des WTO-Rechts resultiert laut *Petersmann* – in der Tradition Kants⁹⁸ – daraus, dass es geeignet ist, über die Gewährleistungen staatlicher Verfassungen hinaus die grundlegende individuelle Freiheit von Unternehmern und Verbrauchern bei ihren transnationalen ökonomischen Entscheidungen zu schützen⁹⁹. Die hauptsächliche Argumentationslinie läuft darauf hinaus, WTO-Vorschriften so auszulegen, dass sie individuelle Rechte gegen beschränkende interne Maßnahmen einschließlich der Gesetzgebung begründen¹⁰⁰. Das Argument gewinnt erhebliche Substanz aus der Annahme, dass das WTO-Übereinkommen ein *Integrations-Übereinkommen* darstellt, so dass die Europäische Wirtschaftsverfassung – verstanden als eine tendenziell deregulierende Verfassung – als Modell dienen kann¹⁰¹.

⁹⁴ *Drexler* (FN 8), 841, 846; zur theoretischen Untermauerung z.B. *C. Goodhart*, Economics and the Law: Too Much One-Way Traffic?, *Modern Law Review* 60 (1997), 1, 17 ff.

⁹⁵ *De Vergottini* (FN 2), 206 ff., 234 ff.

⁹⁶ *N. Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, 1995, 407 ff.

⁹⁷ Zur Verwendung des Begriffs mit Blick auf die Vereinten Nationen *J. A. Frowein*, Constitutionalism in the Face of the Changing of the United Nations, in: *C. Starck* (Hrsg.), Constitutionalism, Universalism and Democracy – A Comparative Analysis, 1999, 53 ff.; *ders.*, Konstitutionalisierung des Völkerrechts, *Berichte der Deutschen Gesellschaft für Völkerrecht* 39 (2000), 427 ff.; *B. Faßbender*, UN Security Council Reform and the Right of Veto. A Constitutional Perspective, 1998, 25 ff.

⁹⁸ *E.-U. Petersmann*, The WTO Constitution and Human Rights, *JIEL* 2000, 19, 24.

⁹⁹ Das führende Werk ist *E.-U. Petersmann*, Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law, 1991; insb. S. 210 ff.; weiterhin *H. Hauser*, Domestic Policy Foundation and Domestic Policy Function on International Trade Rules, *Außenwirtschaft* 41 (1986), 171; *F. Roessler*, Competition and Trade Politics, *Außenwirtschaft* 41 (1986), 467; *J. Tumlrir*, International Economic Order and Democratic Constitutionalism, *ORDO* 34 (1983), 71 ff.

¹⁰⁰ Die Frage unmittelbarer Wirkung des WTO-Rechts ist Gegenstand der umfangreichsten und kontroversesten Diskussion im internationalen Handelsrecht; vgl. Generalanwalt *Saggio*, Schlussanträge in EuGH Rs. C-149/96, *Portugal v. Rat*, Slg. 1999, I-8395, 8404 ff., 8414, Rdnr. 14 ff., 24; *W. Meng*, Gedanken zur Frage unmittelbarer Anwendung von WTO-Recht in der EG, in *U. Beyerlin/M. Bothe/ R. Hofmann/E.-U. Petersmann* (Hrsg.), *Festschrift für R. Bernhardt*, 1995, 1064; weitere Nachweise in FN 5.

¹⁰¹ *Petersmann* (FN 70), 189.

Das Kernargument des *liberalen Modells* in all seinen unterschiedlichen Ausprägungen ist wirtschaftswissenschaftlicher Provenienz und beruht auf der Unterscheidung geeigneter und weniger geeigneter Instrumente zur Korrektur von Fehlentwicklungen des Marktes¹⁰². Der Schutz des Wirtschaftsprozesses in seiner Wohlstand schaffenden Funktion gegenüber Interferenzen, die ökonomisch suboptimale Regulierungen verursachen, ist eine alte Forderung der liberalen Wirtschaftstheorie¹⁰³. Auf dieser Grundlage gibt diese Lesart den meisten WTO-Verpflichtungen einen weiten Anwendungsbereich, während Ausnahmen tendenziell nur in engem Rahmen möglich sein sollen. Auf diese Weise begrenzt sie regulative Interventionen durch die nationalen politischen Systeme. Dies bedeutet eine erhebliche Einschränkung staatlicher Steuerung, zumal die WTO nicht nur zur Vermeidung konkreter Kollisionen verpflichtet (das regelmäßige Erfordernis im internationalen Recht), sondern auch zur Anpassung der Rechtsordnungen der Mitglieder, Art. XVI Abs. 4 WTO. Im Gegensatz zur Europäischen Union wäre angesichts des schwerfälligen Verfahrens im politischen Prozess der WTO mit einer Re-Regulierung auf der globalen Ebene nicht zu rechnen. Die Funktion des Rechts als politischem Instrument zur Verwirklichung politischer (und teilweise auch verfassungsrechtlicher) Ziele in der ökonomischen Sphäre würde damit empfindlich beschränkt¹⁰⁴.

Die theoretische Substanz und dogmatische Differenziertheit des liberalen Modells beeindrucken. Gleichwohl finde ich es letztlich nicht überzeugend¹⁰⁵. Bezüglich seiner volkswirtschaftlichen Grundlagen stellt sich zunächst die Frage, inwieweit ökonomische und oft hoch abstrakte Modelle zur Interpretation von Rechtsnormen genutzt werden können, die unmittelbar eine konkrete Welt regeln, in der "people live and work and die"¹⁰⁶. Auch die empirische Annahme, dass protektionistische Interessengruppen im Regelfall mächtiger seien als freihändlerische Interessengruppen¹⁰⁷, ist keineswegs über jeden Zweifel erhaben¹⁰⁸. Kritisch erscheint weiter das rechtsdogmatische Argument. Es ist kaum überzeugend, die Interpretation eines schwer veränderlichen Rechtskorpus⁴ an eine wirtschaftswissenschaftliche Theorie zu knüpfen, die heftig umstritten ist¹⁰⁹. Gerade bei der Inkorporation von Theoriebeständen anderer Wissenschaften sollte das Rechtssystem vorsichtig sein, denn es verfügt nicht über Instrumente, strittige Fragen hinsichtlich der Tragfähigkeit wissenschaftlicher Aussagen anderer Disziplinen zu entscheiden. Es sollte eher

¹⁰² Im Einzelnen *Meng* (FN 100), 1080 ff.; *E.-U. Petersmann*, International Trade Order and International Trade Law, in: T. Oppermann und E.-U. Petersmann (Hrsg.), *Reforming the International Economic Order*, 1997.

¹⁰³ *M. Friedman*, Kapitalismus und Freiheit, 1962, 11; vgl. auch *Mestmäcker* (FN 91). Diese Ansicht wird von mächtigen wirtschaftlichen Akteuren geteilt, vgl. den Vorsitzenden der Deutschen Bank, *R. Breuer*, Offene Bürgergesellschaft in der globalisierten Weltwirtschaft, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* vom 14. Januar 1999, 9.

¹⁰⁴ Für eine Abwägung der Vor- und Nachteile vgl. *E.-U. Petersmann*, International Competition for Governments and for Private Business, *J.W.T.* 30 Heft 3 (1996), 5, 12, 15 ff.

¹⁰⁵ Ausführlich *R. Howse/K. Nicolaidis*, Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO is a Step Too Far, <http://www.ksg.harvard.edu/cbg/trade/howse.htm>; *Krajewski* (FN 29), 178 ff.; *Langer* (FN 10), 18 ff.

¹⁰⁶ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (FN 72), Ziff. 187.

¹⁰⁷ *Petersmann* (FN 99), 96 ff.

¹⁰⁸ *Goldstein/Martin* (FN 34), 609 f.

¹⁰⁹ Im Einzelnen *D. Irwin*, *Against the Tide: An Intellectual History of Free Trade*, 1996, 180 ff.; *E. Hobsbawm*, *Das Zeitalter der Extreme*, 1995, 703; *C. Lofdahl*, *On the Environmental Externalities of Global Trade*, *International Political Science Review* 19 (1998), 339, 351; *P. Perkins*, *Sustainable Trade*, in: R. Keil/L. Fawcett (Hrsg.), *Political Ecology*, 1998, 46, 51; vgl. auch die Nachweise in FN 8.

– um der Legitimität des Rechtskorpus‘ willen – Bestrebungen abwehren, die auf der Grundlage einer umstrittenen Theorie bestimmte Interpretationsergebnisse vorschlagen¹¹⁰. Dies gilt um so mehr in dem fraglichen Bereich, ist es doch nach nationalem Verfassungsrecht durchaus legitim, dass eine politische Gemeinschaft sich für geringeren Wohlstand und weniger Integration in den Weltmarkt zugunsten der Förderung anderer Anliegen entscheidet und sie mit ökonomisch suboptimalen Instrumenten verfolgt¹¹¹. Selbst wenn sich ein Mitgliedstaat bewusst und demokratisch dafür entscheidet, eher ein "Wettbewerbsstaat" als ein "Wohlfahrtsstaat"¹¹² zu sein, so legt doch eben selbiges demokratische Prinzip nahe, die Revision dieser Entscheidung in der Reichweite späterer Mehrheiten zu belassen. In grammatischer und systematischer Hinsicht bleibt zu ergänzen, dass das WTO-Recht keinen Hinweis dafür enthält, seine Regelungen als Grundrechte und individuelle Freiheiten zu verstehen.

Weitere Bedenken gegen diese Lesart ergeben sich, reflektiert man die spezifischen Probleme richterlicher Grenzziehung zwischen zulässiger politischer Intervention und wirtschaftlicher Freiheit¹¹³. Gerichtsverfahren sind in der Regel nicht besonders gut geeignet, regulative Probleme zu lösen. Im Regelfall fehlt rechtsprechenden Organen die Sachkenntnis für solche Fragen; ihr Tatsachenwissen ist abhängig von den beteiligten Parteien, und die Fragen werden regelmäßig ohne Anhörung weiterer Betroffener, die nicht am Streit beteiligt sind, entschieden. Auch ist der Gesamtaufwand eines gerichtlichen Verfahrens regelmäßig weit höher als die Kosten eines Verwaltungsverfahrens¹¹⁴. All diese Erwägungen werden durch die Vorgehensweise des EuGH bestätigt. Wie oben dargestellt¹¹⁵, ergibt eine Analyse seiner Rechtsprechung zur Warenverkehrsfreiheit, dass sie auf der Prämisse möglicher legislativer Korrektur auf supranationaler Ebene basiert und so just diesen Problemen begegnet.

b) Das Modell politischer Integration

Das zweite Modell, hier als *Modell politischer Integration* bezeichnet, zielt darauf ab, die internationalen Rechtsregime im Allgemeinen und die WTO im Besonderen vermehrt mit politischen Funktionen und Rechtsetzungskompetenzen auszustatten. Es wird in verschiedenen Varianten vertreten: manche fordern föderale Organisationsformen, andere schlagen – nur in ersten Umrissen definierte – völlig neue Formen vor, zumeist unter der englischen Bezeichnung *international* oder *global governance* zusammengefasst¹¹⁶. Das föderale Verständnis zielt darauf ab, auf der transnationalen Ebene tendenziell die in den staatlichen Systemen etablierten Beziehungen zwischen Recht und Politik wiederherzustellen. Vorgeschlagen wird eine umfassende globale Föderation¹¹⁷, aber auch – etwas realistischer –

¹¹⁰ Kritisch auch der Wirtschaftswissenschaftler *E. Goodhart* (FN 94), 2: "Economics has become an increasingly and unashamedly imperialist social science in recent decades. And you in the law provide one of our finest colonies."

¹¹¹ *R. Wahl*, Der einzelne in der Welt jenseits des Staates, *Der Staat* 40 (2001), 45, 67 f.

¹¹² Vgl. hierzu *Altvater/Mahnkopf* (FN 8), 45, 63 ff., 133 ff., 219 ff.

¹¹³ Im Einzelnen *Maduro* (FN 80), 59 ff.

¹¹⁴ Weitere Argumente bei *Maduro* (FN 80), 145 ff.

¹¹⁵ Siehe oben II 4.

¹¹⁶ *Commission on Global Governance*, *Our Global Neighbourhood*, 1995, 9 ff.; *M. Zürn*, *Regieren jenseits des Nationalstaates*, 1998, 329 ff.; *Altvater/Mahnkopf* (FN 8), 397.

¹¹⁷ *O. Höffe*, *Demokratie im Zeitalter der Globalisierung*, 1999, 310 ff.; überzeugende Kritik bei *K. Günther* (FN 7), 232 ff.; ähnlich die Idee einer kosmopolitischen Demokratie, *D. Held*, *Rethinking Democracy: Globalization and Democratic Theory*, in: *Streek* (FN 7), 59.

ein Ausbau der WTO in Analogie zur Europäischen Union¹¹⁸. Letztere Position steht nicht zwangsläufig im Widerspruch zur liberalen Lesart; neue Formen internationaler Politik können durchaus in sie integriert werden¹¹⁹. Die entscheidende Idee ist es, den politischen Prozess innerhalb der WTO so zu organisieren, dass erforderliche Rechtsetzung auf globaler Ebene erfolgen kann, etwa nach der von *Roessler* vorgeschlagenen Interpretation des Art. XXV GATT 1947¹²⁰. Dieses Modell, so interessant es ist, kann jedoch kaum zur Interpretation des geltenden WTO-Rechts herangezogen werden, da – anders als im Europäischen Recht – die einschlägigen Kompetenzen und Verfahren weitestgehend fehlen¹²¹. Die bloße Möglichkeit, dass irgendwann zukünftig geeignete Kompetenzen übertragen und entsprechende Verfahren eingerichtet werden, erlaubt keine Interpretation des geltenden WTO-Rechts, die solche Kompetenzen und Verfahren voraussetzt.

c) Modell koordinierter Interdependenz

Das dritte Verständnis – als *Modell koordinierter Interdependenz* bezeichnet – versucht einen der derzeitigen Organisationsverfassung der WTO entsprechenden Ausgleich zwischen der zunehmend transnationalen Natur der Wirtschaft und der Verantwortlichkeit der WTO-Mitglieder unter ihren jeweiligen Verfassungen zu finden. Es versteht die Vorgaben des WTO-Rechts, die das interne Wirtschaftsrecht berühren, im Wesentlichen als Instrumente, (offenen) Protektionismus zu verhindern *und* zudem die WTO-Mitglieder zu zwingen, die wirtschaftlichen Interessen der Bürger anderer WTO-Mitglieder in Rechnung zu stellen¹²². Hinsichtlich des internen Wirtschaftsrechts ist das WTO-Recht nur ein Instrument zur Koordinierung internationaler Interdependenz, es dient nicht dazu, interne regulatorische Maßnahmen zum Zwecke des Wirtschaftswachstums oder der Gewährung zusätzlicher wirtschaftlicher Freiheit zu beschneiden. Das *Modell koordinierter Interdependenz* gründet auf der verbreiteten Überzeugung, dass die Gleichbehandlung das zentrale Prinzip des WTO-Rechts ist. Die WTO-Mitglieder bleiben so in der Regulierung der in ihrem Kompetenzbereich liegenden Wirtschaftsvorgänge weitgehend frei, weder Deregulierung noch regulativer Wettbewerb sind Ziele der WTO. Im Gegensatz zum liberalen Modell hat das WTO-Recht nach dieser Konzeption keine Verfassungsfunktion für die inländische Wirtschaftspolitik. Dieses Modell entspricht am ehesten der problematischen Entkoppelung von Politik und Recht, wie sie im ersten Teil dieses Artikels festgestellt wurde. In den folgenden Abschnitten sei dieses Modell juristisch näher skizziert.

2. Die Ziele des WTO-Rechts

Die koordinationsrechtliche Lesart des WTO-Rechts versteht den Abbau

¹¹⁸ *D. Messner/F. Nuscheler*, Global Governance. Herausforderungen an der Schwelle zum 21. Jahrhundert, in: *D. Senghaas* (Hrsg.), *Frieden machen*, 1997, 337, 351; *G. Shell*, *Trade Legalism and International Relation Theory*, *Duke Law Journal* 44 (1995), 829 ff.

¹¹⁹ *E.-U. Petersmann* hat in *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, *EJIL* 6 (1995), 161, 189, 221 bedeutende Vorschläge für ein "Global Integration Agreement" als mögliches Modell einer künftigen Entwicklung gemacht. *Langer* (FN 10), 330; *Howse/Nicolaidis* (FN 105), 13 ff.

¹²⁰ Siehe oben II 3 a

¹²¹ Siehe oben II 3.

¹²² In diesem Sinne auch *Langer* (FN 10), 65 ff.; *R. Howse*, *Democracy, Science, and Free Trade: Risk Regulation on trial at the World Trade Organization* (im Erscheinen); *R. Howse*, *Eyes Wide Shut in Seattle: The Legitimacy of the World Trade Organization*, in: *Heiskanen/Coicaud* (Hrsg.), *The Legitimacy of International Institutions*, (im Erscheinen – United Nations University Press 2001).

protektionistischer Grenzmaßnahmen und die Gleichbehandlung als seine zentralen Ziele. Sie widerspricht Konzeptionen, die als Ziele der WTO den Freihandel¹²³ oder gar eine Marktintegration¹²⁴ nennen. In der Tat tauchen "Freihandel" und "Marktintegration" an keiner Stelle als Ziele der WTO auf. Nach der ersten Präambelerwägung zum WTO-Übereinkommen ist Ziel "die Ausweitung der Produktion und des Handels mit Waren- und Dienstleistungen". Der Umfang intendierter Liberalisierung erschließt sich aus der dritten Präambelerwägung, wonach die Bestimmungen des WTO-Rechts "auf einen wesentlichen Abbau der Zölle- und anderer Handelsschranken sowie auf die Beseitigung der Diskriminierung in den internationalen Handelsbeziehungen abzielen"¹²⁵. Danach zielt das WTO-Recht nicht einmal hinsichtlich spezifischer Handelsbeschränkungen auf deren vollständige Beseitigung ab, sondern bezweckt lediglich deren "wesentlichen Abbau". Liest man dies im Lichte von Art. XXIV Abs. 8 GATT, der die Voraussetzungen einer Freihandelszone niederlegt, so wird deutlich, dass Freihandel (und damit erst recht Marktintegration) kein Ziel der WTO ist¹²⁶. Dies bestätigt die Differenzierung zwischen „wesentlicher Abbau (...) anderer Handelsschranken“ und „die Beseitigung der Diskriminierung in den internationalen Handelsbeziehungen“. Aus der Differenzierung erschließt sich ein enges Verständnis des Begriffs "Handelsschranke", da ein weit gefasstes Verständnis jedes diskriminierende Verhalten mit umfasst hätte. Danach betrifft der "wesentliche Abbau" nur spezifische Grenzmaßnahmen, während es bei internen regulatorischen Maßnahmen allein um die Beseitigung von Diskriminierungen, aber eben nicht um den Abbau von jeglichen Beschränkungen oder deren Harmonisierung geht.

Das hier vorgeschlagene Verständnis bestätigt eine vergleichende Analyse mit Art. 2 EU und Art. 2 EG¹²⁷. Diese beiden Verträge streben in der Tat eine wirtschaftliche und politische Integration an. Art. 2 EG stützt eine weitreichende, marktintegrierende Auslegung der EG-Vertragsbestimmungen, die die Mitgliedstaaten zwingt, gemäß dem Herkunftslandsprinzip den Marktzugang für die Produkte aus anderen Mitgliedstaaten unabhängig davon zu gewähren, ob die internen Rechtsvorschriften erfüllt werden. Aber Art. 2 EG zielt eben auf die Etablierung eines „Gemeinsamen Marktes“, während das WTO-Recht lediglich auf einen „wesentlichen Abbau von Handelsschranken“ und die „Beseitigung von Diskriminierung“ gerichtet ist. Dieser Unterschied wird noch deutlicher, zieht man den systematischen Kontext in Betracht. Art. 2 EG wurde im Verlauf der Integration durch soziale Ziele angereichert, die dem WTO-Recht gänzlich fehlen. Nicht zuletzt die Europäische Grundrechtecharta hat die Unteilbarkeit von Freiheit und Solidarität als wesentliches Ergebnis der politischen Auseinandersetzungen des letzten Jahrhunderts in ihrer Präambel bestätigt.

Die Kluft zwischen EG- und WTO-Recht wird noch größer, betrachtet man die Präambeln der EG- und EU-Verträge, die eine „immer engere Union der Völker Europas“ anstreben, um Frieden, Demokratie und Grundrechte zu fördern. Nichts hiervon findet sich im WTO-Übereinkommen. Man muss annehmen, dass diese Divergenz gewollt ist, denn diese

¹²³ M. Matsushita, Competition Policy in the Framework of WTO, in: FS Ehlermann (FN 24), 5 (Manuskript); vgl. auch *Altwater/Mahnkopf* (FN 8), 396.

¹²⁴ So T. Cottier, A Theory of Direct Effect in Global Law, in: FS Ehlermann (FN 24), passim; *Petersmann* (FN 101), passim.

¹²⁵ Ähnlich die 2. Begründungserwägung zum GATT; vgl. auch die 2. und 4. Begründungserwägung zum GATS, 1. Begründungserwägung TRIPs.

¹²⁶ So zum GATT 1947 J. Tumlin, GATT Rules and Community Law, in: M. Hilf/F. Jacobs/E.-U. Petersmann (Hrsg.), *The European Community and GATT*, 1986, 1, 7.

¹²⁷ Zu Art. 2 und 3 EG A. v. Bogdandy, in: E. Grabitz/M. Hilf (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 2000, Art. 2 EG, Rdnr. 1, 19 ff.

Grundaxiome der europäischen Integration – bisher der erfolgreichste Versuch, den grenzüberschreitenden Handel zu liberalisieren – musste den verhandelnden Parteien bewusst gewesen sein. Darüber hinaus fehlen der WTO die politischen Mechanismen, die Liberalisierung und Deregulierung, die durch die Rechtsprechung hervorgebracht werden, zu begleiten und zu gestalten¹²⁸.

Das koordinationsrechtliche Verständnis der Ziele der WTO findet eine weitere Stütze in einer bezeichnenden Argumentationsfigur des Berufungsgremiums: Es nimmt niemals ein übergreifendes „globales“ oder „WTO-Interesse“ an, wie es insbesondere von vielen vorausgesetzt wird, die auf eine verstärkte politische Integration drängen¹²⁹. Vielmehr haben in seinen Begründungen nur die Mitglieder ein rechtlich relevantes Interesse¹³⁰. Die Annahme eines „Gemeinschaftsinteresses“ ist im Gegensatz dazu ein Kernbegriff des europäischen Gemeinschaftsrechts (Art. 43 Abs. 1 lit. a EU, Art. 86 Abs. 2 EG) und gehört zu den wichtigsten argumentativen Werkzeugen des Europäischen Gerichtshofs¹³¹.

Ein ähnliches Ergebnis kommt bei der Frage zu Tage, ob die Harmonisierung nationaler Regelungen Ziel und Gegenstand der WTO ist. Sicherlich lassen manche Bereiche des WTO-Rechts den Mitgliedern nur wenig Gestaltungsspielraum, insbesondere im Bereich des außenhandelspolitischen Instrumentariums. So muss jede Regelung des Antidumping-Rechts eng an den detaillierten Regelungen des einschlägigen WTO-Abkommens ausgerichtet sein, um als WTO-konform zu gelten. Ähnliches gilt für Subventionen unter den maßgeblichen WTO-Vorschriften¹³². Besonders einschneidend ist das TRIPs-Übereinkommen. Zwar legt es rechtlich den Mitgliedern keine Verpflichtung auf, ihre Gesetzgebung zu harmonisieren¹³³. Aber eine auf Ausländer begrenzte Umsetzung kann leicht zu einer umgekehrten Diskriminierung der Bürger des WTO-Mitglieds führen, ein Ergebnis, das politisch wohl unhaltbar ist. Es kann deshalb erwartet werden, dass TRIPs im Ergebnis harmonisierend wirken wird.

Es ist jedoch wichtig zu sehen, dass dies Ausnahmen sind. Harmonisierung ist gerade kein allgemeines Ziel der WTO; entsprechend kann etwa eine Bestimmung des GATT nicht mit dem Ziel ausgelegt werden, eine Harmonisierung herbeizuführen¹³⁴. Dies bestätigen die Berichte des Berufungsgremiums zum SPS-Übereinkommen. Zwar zielt das SPS-Abkommen – nach seiner Präambel – darauf, „die Anwendung von gesundheitspolizeilichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen zu fördern, die zwischen den Mitgliedern [...] harmonisiert werden“. Dennoch legt das Berufungsgremium sogar dieses Abkommen dahingehend aus, dass die Mitglieder hinsichtlich der Gestaltung ihres einschlägigen Rechts

¹²⁸ Zu weiteren Unterschieden *C.-D. Ehlermann/G. Campogrande*, Rules on Services in the EEC: A Model for Negotiating World-Wide Rules?, in: E.-U. Petersmann/M. Hilf (Hrsg.), *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, Bd. 5, 1988, 481, 482 ff.

¹²⁹ Vgl. etwa *D. Messner/F. Nuscheler*, *Global Governance. Organisationselemente und Säulen einer Weltordnungspolitik*, in: dies. (Hrsg.), *Weltkonferenzen und Weltberichte. Ein Wegweiser durch die internationale Diskussion*, 1996, 12, 21.

¹³⁰ Z. B. WT/DS2/9 (FN 20), 22; WT/DS58/AB/RR, *United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products*, Ziff. 164, 167.

¹³¹ EuGH, Rs. 26/62, *van Gend & Loos*, Slg. 1963, 1, 24; *M. Heintzen*, *Die Legitimation des Europäischen Parlaments*, *Zeus* 3 (2000), 377, 381 ff.

¹³² Zu einer Interpretation im Sinne „koordinierter Interdependenz“ *Langer* (FN 10), 264 ff.

¹³³ TRIPs legt lediglich Standards für die Behandlung von Angehörigen anderer Mitgliedstaaten fest, Art. 1 Abs. 3 TRIPs: „Die Mitglieder gewähren die in diesem Übereinkommen festgelegte Behandlung den Angehörigen der anderen Mitglieder“, näher *A. Schäfers*, *Normsetzung zum geistigen Eigentum in internationalen Organisationen, WIPO und WTO – ein Vergleich*, *GRUR Int.* 1996, 763, 770 f.

¹³⁴ vgl. *Howse/Mavroidis* (FN 69), 2 (Manuskript).

autonom bleiben. Das Berufungsgremium weist die Ansicht des Panel im Hormon-Fall zurück, wonach die Mitglieder gehalten seien, harmonisierte internationale Standards zu übernehmen¹³⁵. Statt dessen urteilte das Berufungsgremium, dass die in der Präambel des SPS-Abkommens erwähnte Harmonisierung ein "Ziel ist, das erst *zukünftig* zu realisieren ist"¹³⁶. Das Berufungsgremium versteht die betreffende SPS-Vorschrift lediglich als Verbot von „the use of such measures for arbitrary and unjustified discrimination between Members“¹³⁷. Danach bleibt die Regelungsautonomie weitgehend erhalten¹³⁸.

Dies bestätigt die in diesem Artikel vorgeschlagene allgemeine Lesart: Der überwiegende Teil der materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften des WTO-Rechts ist auf die Wahrung des Prinzips der Nichtdiskriminierung ausgerichtet. Dieses Prinzip sollte nicht unterschätzt werden. Über seine wirtschaftliche Dimension hinaus hat es eine bedeutende politische Funktion¹³⁹. Eine Diskriminierung von Waren wegen ihrer Herkunft kann zu internationalen Spannungen führen. Insoweit dient dieses Prinzip nicht nur dem Handel, sondern auch der internationalen politischen Stabilität.

Im Ergebnis bestätigt die Präambel des WTO-Übereinkommens die vorgeschlagene Lesart, dass das WTO-Recht auf die Reduzierung von Zöllen und ähnlichen Hindernissen sowie die Beseitigung von Diskriminierung ausgerichtet ist, nicht aber die Aufhebung sämtlicher Handelshemmnisse, etwa im Sinne der „Cassis de Dijon“-Doktrin des EuGH, anstrebt, und auch nicht Freihandel, Marktintegration oder regulatorischen Wettbewerb. Freihandel, Marktintegration oder regulatorischer Wettbewerb sind noch nicht einmal Ziele, die die WTO-Mitglieder durch weitere Verhandlungen verwirklichen wollen (Art. III Abs. 2 WTO). Sie sind damit erst recht nicht geeignet, die Auslegung des geltenden WTO-Rechts zu leiten. All dies spricht für das *Modell koordinierter Interdependenz*.

3. Begriff der Diskriminierung und Reichweite von Ausnahmen

Eine entscheidende Vorschrift zur Bestimmung der Reichweite des WTO-Rechts ist Art. III Abs. 4 GATT, insbesondere die Bedeutung der Worte „gleichartige Waren“ und „dürfen [...] keine weniger günstige Behandlung erfahren“. Es ist leicht, diesen Tatbestandsmerkmalen in Anlehnung an Art. 28 EG-Vertrag eine Bedeutung zu geben, mit der weite Bereiche des internen Rechts in den Anwendungsbereich des WTO-Rechts geraten. So ist zum Beispiel die Umschreibung „keine weniger günstige Behandlung“ mit dem Verbot der Diskriminierung gleichbedeutend und kann, wie das Recht der EU zeigt, als „faktische“, „indirekte“, „verschleierte“ oder „mittelbare“ Diskriminierung leicht so konstruiert werden, dass es fast jede Rechtsnorm erfasst, die eine Belastung von Importen darstellt¹⁴⁰. In der Europäischen Union ist diese Konstruktion gerechtfertigt, da es um die Schaffung eines Gemeinsamen Marktes geht (Art. 2 EG-Vertrag). Die Hauptfunktion von Art. III GATT besteht dagegen darin, die Umgehung ausgehandelter Zollbindungen zu unterbinden¹⁴¹, was eine wesentlich zurückhaltendere Interpretation nahe legt. Dies bedeutet, dass nur bei

¹³⁵ WT/DS26/AB/R (FN 72), Ziff. 165.

¹³⁶ WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, (FN 72), Ziff. 165.

¹³⁷ Ebenda, Ziff. 177.

¹³⁸ Ähnlich WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 193; WT/DS2/9 (FN 20), 30.

¹³⁹ W. Culbertson, *International Economic Policies*, 1925, 185-192; R. Gardner, *Sterling-Dollar Diplomacy*, 1956, 16, 17.

¹⁴⁰ *Maduro* (FN 80), 35 ff.

¹⁴¹ R. Hudec, *Developing Countries in the GATT Legal System*, 1987, 133; P.-T. Stoll, *Freihandel und Verfassung*, *ZaöRV*, 1997, 83, 119.

vergleichsweise massiven Benachteiligungen spezifisch ausländischer Erzeugnisse eine indirekte (mittelbare, verschleierte) Diskriminierung angenommen werden sollte.

Ein ähnliches Problem besteht hinsichtlich des Begriffs der "Gleichartigkeit". Die Streitbeilegungsorgane haben hierzu, sich des Problems bewusst, eine vorsichtige Strategie verfolgt. So betont das Berufungsgremium, dass die Gleichartigkeit unter Berücksichtigung aller maßgeblichen Umstände des spezifischen Zusammenhangs von Fall zu Fall zu bestimmen sei, womit es sich ein Maximum von Flexibilität zur Sicherung seiner Akzeptanz erhält¹⁴². Von größter Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der Streit Kanada gegen die Europäische Union, in der Kanada den Marktzugang von asbesthaltigen Produkten zu erstreiten suchte. Zentrales Argument der Kanadier war die Gleichartigkeit asbesthaltiger und asbestfreier Produkte¹⁴³.

Es entspricht jedoch verbreiteter Auffassung, dass der Vergleich von Produkten auf die Eigenschaften der Produkte selbst beschränkt sein muss und nicht auch die Herstellungsmethode des Produkts einbeziehen darf¹⁴⁴. Konsequenterweise sind dann Waren, die sich nur in ihrer Herstellungsmethode unterscheiden (etwa mehr oder weniger umweltschädigend oder durch Kinderarbeit gewonnen), aber gleiche Produktcharakteristika aufweisen, als „gleichartige Waren“ anzusehen, so dass eine unterschiedliche Behandlung (etwa ein Vermarktungsverbot) wegen der Herstellungsmethode eine *prima facie*-Verletzung des GATT darstellt, die speziell gerechtfertigt werden muss, etwa gem. Art. XX GATT. Die entsprechende Rechtfertigung erschwert die Tendenz, nur solche herstellungsbezogenen Beschränkungen zuzulassen, die auf einer multilateralen Grundlage aufrufen¹⁴⁵. Dies beschneidet empfindlich die Gestaltungsautonomie in einem kritischen Punkt, da es einer politischen Gemeinschaft sehr erschwert wird, der politischen und ethischen Verantwortung, die man als Konsument eines Produktes für die Umstände seiner Herstellung hat, durch rechtliche Maßnahmen zu begegnen. Das Verständnis, welches auf das Herstellungsverfahren bezogene einseitige handelsbeschränkende Maßnahmen eines WTO-Mitglieds als unzulässiges einseitiges Verhalten qualifiziert¹⁴⁶, vernachlässigt den Umstand, dass oft nicht die Wahl besteht zwischen einseitigem und multilateralem Verhalten, sondern weit häufiger zwischen einseitigem Verhalten und Untätigkeit¹⁴⁷.

Nach *Howse* und *Regan* ist es hingegen durchaus möglich, Art. III Abs. 4 GATT so zu interpretieren, dass die Unterscheidung zwischen produktbezogenen und produktionsbezogenen Maßnahmen aufgegeben wird und so rechtlich der Verantwortung des Konsumenten begegnet werden kann¹⁴⁸. Sie regen ein Verständnis an, das die Bewertung *aller* Umstände einer Maßnahme ermöglicht. Ihrer Ansicht nach ist unter „gleichartig“ zu verstehen: „not differing in any respect relevant to an actual non-protectionist regulatory

¹⁴² Bericht des Berufungsgremiums vom 4. Oktober 1996, WT/DS8, 10, 11/AB/R, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages*, 21-22.

¹⁴³ Dazu Bericht des Panel vom 18. Sept. 2000, WT/DS135/R, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Ziff. 8.101 ff.

¹⁴⁴ Ausführlich *F. Altemöller*, Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung von Umweltschutzziele in den Vertragstexten der Welthandelsorganisation, Diss. Sankt Gallen, 1996, 87 ff., 213 ff.; vgl. auch z.B. *United States – Restrictions on Imports of Tuna*, ILM 30 (1991), 1594 und ILM 33 (1994), 936; *A. v. Bogdandy*, Internationaler Handel und nationaler Umweltschutz: Eine Abgrenzung im Lichte des GATT, *EuZW* 1992, 243.

¹⁴⁵ *Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen*, *Welt im Wandel: Neue Strukturen globaler Umweltpolitik*, 2000, 117 f.

¹⁴⁶ Vgl. *B. Jansen*, The Limits of Unilateralism from a European Perspective, *EJIL* 11 (2000), 309, 311.

¹⁴⁷ *D. Bodansky*, What's so Bad about Unilateral Action to Protect the Environment?, *EJIL* 11 (2000), 339.

¹⁴⁸ *R. Howse/D. Regan*, The Product/Process distinction – An Illusory Basis for Disciplining 'Unilateralism' in Trade Policy, *EJIL* 11 (2000), 249 ff.

policy"¹⁴⁹. Demnach sind nur herkunftsbezogene Beschränkungen grundsätzlich problematisch, während dies bei herkunftsunabhängigen (allgemeinen) Maßnahmen nicht der Fall ist. *Howse* und *Regan* bieten einen interessanten Ansatz, der innerstaatlichen protektionistischen Regulierungen wehrt, gleichzeitig aber einigen der entscheidenden Defizite des WTO-Rechts, die in diesem Artikel dargestellt wurden, begegnet. Sollte es gelingen, eine Reihe von berechtigten Einwänden auszuräumen¹⁵⁰, so könnte ihre Betrachtungsweise das Modell *koordinierter Interdependenz* wesentlich bereichern.

Der Umfang, in dem das WTO-Recht das Recht der Mitglieder überlagert und herausfordert, ergibt sich des Weiteren aus der Interpretation der Ausnahmen zu den materiellen Pflichten. Je strikter eine Ausnahme angewandt wird, desto enger ist der legislatorische Gestaltungsspielraum der WTO-Mitglieder. Die Umsichtigkeit des Berufungsgremiums tritt wieder deutlich zu Tage, insbesondere in einem Vergleich zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs. Der EuGH hat die Ausnahmen zu den Grundfreiheiten stets eng ausgelegt¹⁵¹. Ein entsprechendes Vorgehen hat das Berufungsgremium ausdrücklich abgelehnt: „(M)erely characterizing a treaty provision as an "exception" does not, by itself, justify a "stricter" or "narrower" interpretation"¹⁵². Diese Konzeption überzeugt im Lichte der oben aufgezeigten Probleme im Organisationsstatut der WTO. Nur auf diesem Weg wird den WTO-Mitgliedern etwa die Möglichkeit belassen, diejenigen Maßnahmen zu ergreifen, die erforderlich wären um das Ziel einer nachhaltigen Entwicklung entschlossen zu verfolgen¹⁵³. Insgesamt ist festzuhalten, dass das WTO-Recht in seiner Auslegung durch das Berufungsgremium keinen Grundsatz festschreibt, wonach im Falle des Konflikts dem Handel Vorrang vor anderen privaten oder öffentlichen Interessen gebührt¹⁵⁴. Dies erlaubt auch eine Perspektive der Lösung zahlreicher potentieller Konflikte zwischen dem WTO-Recht und dem internationalen Umweltrecht¹⁵⁵.

4. *Prozeduralisierung und globale Demokratie*

Es liegt in der Natur des innerstaatlichen (und europäischen) politischen Prozesses, dass die Interessen der Staatsbürger (und Unionsbürger) Priorität gegenüber den Interessen von Ausländern besitzen. Selbst wenn hoheitliche Verfahren nicht ausdrücklich auf Bevorzugung oder gar Protektionismus abzielen, so besteht die regelmäßige Tendenz, einheimische Interessen zu favorisieren und ausländische zu vernachlässigen. Das Repräsentationsprinzip, die verarbeiteten Informationen, die beteiligten Kreise, Rechtsetzungstraditionen und vieles mehr führen zu diesem Vorrang einheimischer Interessen¹⁵⁶. Ausländische Interessen, selbst wenn sie stark durch entsprechende hoheitliche Entscheidungen betroffen sind, finden in der Regel keine Berücksichtigung in den maßgeblichen Verfahren.

Hierin liegt ein demokratieführendes Potential der Globalisierung: Im Zuge dieser

¹⁴⁹ Ebenda, 261.

¹⁵⁰ Vgl. *T. Cottier/P. Mavroidis*, Conclusions, in: dies. (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, 2000, 389, 390 f.; *J. Jackson*, Comments on the Shrimp/Turtle and the Process/Production Distinction, *EJIL* 11 (2000), 303 ff.

¹⁵¹ EuGH, Rs. 7/61, Kommission/Italien, Slg. 1961, 695, 720; Rs. 113/80, Kommission/Irland, Slg. 1981, 1625, 1637.

¹⁵² WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (FN 72), Ziff. 104.

¹⁵³ Zu den möglichen Schritten vgl. die Vorschläge in: Wuppertal Institut für Klima, Umwelt, Energie, *Zukunftsfähiges Deutschland*, 1996, 153 ff.

¹⁵⁴ *M. Hilf*, Freiheit des Welthandels contra Umweltschutz?, *NVwZ* 2000, 481 ff. (483 ff.).

¹⁵⁵ *M. Bronckers*, More Power to the WTO?, *JIEL* 2001, 41, 56 ff.

¹⁵⁶ *Maduro* (FN 80), 146 ff.

Entwicklung haben mehr und mehr formal „innerstaatliche“ Entscheidungen transnationale Auswirkungen von immer größerer Bedeutung. Die territorialen Grenzen eines politischen Gemeinwesens zeichnen immer weniger die Grenzen der tatsächlichen Betroffenheit seiner politischen und rechtlichen Entscheidungen¹⁵⁷. Dieser Beitrag regt an, die Auslegung des WTO-Rechts durch das Berufungsgremium als Antwort und Gegenstrategie zu dieser undemokratischen Folgeerscheinung der Globalisierung zu begreifen. Ihr wird nicht (*de lege ferenda*) ein (utopisches?) Weltparlament entgegengestellt¹⁵⁸, sondern (*de lege lata*) die Pflicht zur Multilateralität: Wenn eine hoheitliche Entscheidung eines WTO-Mitglieds die wirtschaftlichen Interessen der Bürger anderer Staaten massiv berührt, dann müssen deren Interessen berücksichtigt werden, entweder mittels einer paktierten Lösung zwischen den betroffenen Staaten, oder, sollte dies unmöglich sein, durch „simulierte Multilateralität“ in den internen Verfahren. Hierin liegt ein origineller Beitrag zur Fortentwicklung des demokratischen Prinzips und zur Konkretisierung „guter Regierungsführung“ (good governance).

In einer Reihe von Berichten haben die Panel und das Berufungsgremium das WTO-Recht als Verpflichtung der WTO-Mitglieder interpretiert, mit den nachteilig betroffenen Mitgliedern multilaterale Lösungen zu suchen, ohne der Lösung jedoch konkrete materielle Vorgaben auf der Grundlage des WTO-Rechts zu machen¹⁵⁹. Diese Verpflichtung findet insbesondere Anwendung, wenn die angegriffene handelshemmende Regelung in erster Linie dem Schutz nicht-wirtschaftlicher Interessen dient, etwa dem Umwelt- oder Verbraucherschutz. Insbesondere in kritischen Fällen „prozeduralisiert“ das Berufungsgremium die materiellen WTO-Verpflichtungen und zwingt das verantwortliche Mitglied, eine international vereinbarte Lösung zu suchen. Auf diese Weise wird vermieden, materielle WTO-Vorgaben zu einem tendenziell deregulierenden oder harmonisierenden Weltwirtschaftsrecht auszubauen, an das die WTO-Mitglieder ihre Rechtsordnungen anpassen müssten. Wohlgemerkt: es wird nicht pauschal einer „Prozeduralisierung“, einer allgemeinen Umformung materieller Verpflichtungen in verfahrensrechtliche Anforderungen das Wort geredet. Ein solches Verständnis würde durch die Berichte nicht getragen und widerspräche der klaren Aussage vieler WTO-Bestimmungen. Verfahrensrechtliche Anforderungen sind die notwendige Ergänzung materieller Verpflichtungen und können nicht deren allgemeines Substitut sein. Diese Einsicht schließt jedoch nicht aus, einer materiellen Vorschrift bestimmte prozedurale und organisatorische Anforderungen zu entnehmen, die ihrer inhaltlichen Zielsetzung dienen¹⁶⁰.

Die verfahrensrechtlichen Anforderungen, die auf eine multilaterale Lösung des Konflikts gerichtet sind, konkretisieren sich in zwei Stufen, deren nähere Beziehung noch der Klärung harret. Zunächst verpflichtet das Berufungsgremium das verantwortliche WTO-Mitglied, den handelshemmenden Effekt einer einschlägigen nationalen Maßnahme mittels multilateraler Kooperation zu minimieren¹⁶¹. Entsprechende Verhandlungen können nicht allein mit

¹⁵⁷ D. Held/A. McGrew/D. Glodblatt/J. Perraton, *Global Transformations*, 1999, 16; U. Beck, *Was ist Globalisierung?*, 1998, 55 ff.

¹⁵⁸ Zur Forderung einer parlamentarischen Versammlung und eines „civil society committee“ E.-U. Petersmann, *Human Rights and International Economic Law in the 21st Century*, *JIEL* 2001, 3, 35 f.

¹⁵⁹ WT/DS2/9 (FN 20), Ziff. 27; WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 174 ff.

¹⁶⁰ Zur Prozeduralisierung im Bereich der deutschen Grundrechte etwa T. Vesting, *Prozedurales Rundfunkrecht*, 1997, 94 ff.

¹⁶¹ WT/DS2/9 (FN 20), 27; WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 174 ff. Es sei erinnert, dass herkunftsbezogene Maßnahmen, also Maßnahmen, die gegen ein spezifisches anderes WTO-Mitglied erlassen werden, als offen diskriminierend besonders hohen Rechtfertigungsanforderungen unterliegen.

staatlichen Stellen geführt werden, sondern auch direkt mit den betroffenen (Export-) Unternehmen¹⁶². Diese Verpflichtung, bereits im legislativen Verfahren die Handelspartner und gegebenenfalls betroffene Private anzuhören und mit ihnen zu verhandeln, kann als Ausdehnung des demokratischen Prinzips auf ausländische Interessen verstanden werden, wenn man bereit ist, qualifizierte Beteiligungsverfahren als Konkretisierungen des demokratischen Prozesses zu begreifen¹⁶³. Zugleich veranlasst das WTO-Recht hierdurch außerhalb seines eigenen (defizitären) institutionellen Rahmens einen internationalen politischen Prozess, der auf eine Koordinierung (nicht: Harmonisierung!) innerstaatlicher Regelungen abzielt, was im Rahmen der WTO und auf der Grundlage des geltenden WTO-Rechts selbst kaum erreicht werden könnte.

Scheitern die Bemühungen eine multilaterale Lösung für den Konflikt zu finden, hat das verantwortliche Mitglied auf einer zweiten Stufe zu verfahren. In diesem Fall verlangt das WTO-Recht, dass das Mitglied in seinem Verfahren die Interessen der betroffenen WTO-Mitglieder und seiner Bürger in Rechnung stellt, und zwar auch dann, wenn hierzu keine spezielle internationale Verpflichtung besteht¹⁶⁴. Dies wird im Bericht des Berufungsgremiums im Fall *Reformulated Gasoline* besonders deutlich. Das Berufungsgremium hat dort festgestellt, dass „while the United States counted the cost for its domestic refiners (...), there is nothing (...) to indicate that it did other than disregard that kind of consideration when it came to foreign refiners“¹⁶⁵. Es zog hieraus den Schluss, dass dies „goes well beyond what was necessary for the Panel to determine that a violation of Article III:4 [GATT] had occurred“¹⁶⁶, und dass eine willkürliche Diskriminierung vorlag. Mit anderen Worten: Die Kosten und die Angemessenheit nationaler Maßnahmen für die Handelspartner müssen über einen „simulierten Multilateralismus“ in der eigenen Politik berücksichtigt werden. Diese Anforderung bestätigt der Fall *United States – Shrimps*, in dem das Berufungsgremium die Feststellung unzulässiger Diskriminierung unter anderem damit begründet, dass die Angemessenheit des handelsbeschränkenden Rechtsaktes nicht mit Blick auf die Lage in den exportierenden Ländern geprüft worden war¹⁶⁷. Der Rechtsakt legte „a single, rigid and unbending requirement“ fest, das „little or no flexibility“ vorsah und folglich auch nach dem Chapeau des Art. XX GATT eine unberechtigte Diskriminierung darstellte¹⁶⁸. Folglich müssen entsprechende Maßnahmen (hier etwa zum Zwecke des Umweltschutzes) so flexibel ausgestaltet sein und angewandt werden, dass sie vergleichbare Politiken anderer Mitglieder anerkennen und deren Produkte zulassen. Diese „simulierte Multilateralität“ dient dem demokratischen Prinzip, da sie bezweckt, betroffene ausländische Interessen anzuerkennen und bei der Ausgestaltung des Rechts zu berücksichtigen. Nur wenn im innerstaatlichen Rechtsetzungsverfahren diese Interessen angemessen berücksichtigt wurden, ist nach WTO-Recht eine Importbeschränkung zum Schutz von Gemeinwohlinteressen zulässig.

¹⁶² WT/DS2/9 (FN 20), 27.

¹⁶³ Eine Zusammenstellung der Auseinandersetzung mit Beiträgen u. a. von E.-W. Böckenförde, B.-O. Bryde, A. Fisahn, T. Groß in: *Redaktion Kritische Justiz*, Demokratie und Grundgesetz, 2000; vgl. auch A. v. Bogdandy, *Demokratisch, demokratischer, am demokratischsten? Zur Steigerungsfähigkeit eines Verfassungsprinzips am Beispiel einer Neugestaltung der Verordnungsgebung*, in: J. Bohnert, C. Gramm, U. Kindhäuser, u. a. (Hrsg.), *Verfassung, Philosophie, Kirche*, 2001, 363.

¹⁶⁴ WT/DS2/9 (FN 20), 28; WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 169, 172 ff.

¹⁶⁵ WT/DS2/9 (FN 20), 26.

¹⁶⁶ WT/DS2/9 (FN 20), 26.

¹⁶⁷ WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 177.

¹⁶⁸ Ebenda.

Das Berufungsgremium hat nicht nur Voraussetzungen für legislative Verfahren, sondern auch für die Umsetzung von Normen entwickelt. Hauptkriterien sind die Grundsätze eines fairen Verfahrens (*due process* und *basic fairness*)¹⁶⁹. In einem *Erst-recht*-Schluss auf der Grundlage von Art. X Abs. 3 GATT wendet es diese Prinzipien auf handelshemmende Maßnahmen an, die eine Rechtfertigung unter den Ausnahmen des GATT suchen¹⁷⁰. Dies dient dem verfahrensrechtlichen Schutz anderer Mitglieder, wie im Fall *United States – Shrimps* deutlich wird. Gegenstand ist das Verbot des Imports von Garnelen, die nicht mit Netzen gefangen wurden, die durch US-Zertifikat als „turtle friendly“ ausgewiesen waren¹⁷¹. Die Feststellung einer willkürlichen Diskriminierung beruhte zu einem erheblichen Teil auf der „singularly informal and casual“ Natur des Zertifikationsverfahrens, das beide Grundsätze *due process* und *basic fairness* verletzt hätte¹⁷². Das Berufungsgremium stellte fest, dass:

„there is no formal opportunity for an applicant country to be heard, or to respond to any arguments that may be made against it, in the course of the certification process before a decision to grant or deny certification is made. Moreover, no formal written, reasoned decision, whether of acceptance or rejection, is rendered [...]. Countries which are granted certification [...] are not notified specifically. Countries whose applications are denied also do not receive notice [...]. No procedural review of, or appeal from, a denial of an application is provided“¹⁷³.

Hieraus folgte das Berufungsgremium, dass die in Art. X Abs. 3 GATT festgelegten Minimalstandards von Transparenz und Verfahrensgerechtigkeit nicht eingehalten waren¹⁷⁴. Nicht nur bei der Rechtsetzung, sondern auch bei der Anwendung handelshemmender Rechtsakte müssen ausländische Interessen somit angehört werden. Darüber hinaus sind die Mitglieder verpflichtet, Entscheidungen in den Verfahren für eine Importerlaubnis zu begründen und ausreichenden Rechtsschutz gegen eine Verweigerung der Erlaubnis bereitzustellen. Die weitreichende Publikationspflicht dient ebenfalls dem Schutz anderer Mitglieder¹⁷⁵.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass das Berufungsgremium Grundelemente des Rechtsstaatsprinzips und des demokratischen Prinzips auf Ausländer erstreckt. Nur wenn diese verfahrensrechtlichen Voraussetzungen erfüllt sind, kann der importierende Mitgliedstaat seine inländischen Interessen und Präferenzen verfolgen¹⁷⁶. Auf diesem Weg vermeidet das Berufungsgremium, eine problematische materielle Verdichtung von WTO-Vorschriften zu einem übergreifenden Weltwirtschaftsrecht mit Aussagen für eine Fülle

¹⁶⁹ An dieser Stelle wird die Dominanz des amerikanischen Rechtssystems bei der Ausgestaltung des WTO-Rechts besonders deutlich. Die dem *due process* am ehesten entsprechende Figur im englischen Recht wäre die *natural justice*. Soweit sich die Streitbeilegungsorgane auf wissenschaftliche Literatur beziehen, werden – mit ganz wenigen Ausnahmen – entsprechend den Amtssprachen der WTO nur englisch-, französisch- und spanischsprachige Werke berücksichtigt, mit einer klaren Dominanz des Englischen.

¹⁷⁰ WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 190.

¹⁷¹ Näher ebenda, Ziff. 177 ff.

¹⁷² Ebenda, Ziff. 181.

¹⁷³ Ebenda, Ziff. 180.

¹⁷⁴ Ebenda, Ziff. 183.

¹⁷⁵ Vgl. auch Art. 7 SPS-Übereinkommen in Verbindung mit Annex B. Er enthält ein Veröffentlichungsgebot, verpflichtet die Mitglieder, eine Informationsstelle einzurichten, und verlangt ein Notifizierungsverfahren. Das Berufungsgremium misst diesen drei Vorschriften großes Gewicht zu. Deren Interpretation in Berufungsgremium, WT/DS76/AB/R *Japan - Measures Affecting Agricultural Products*, Ziff. 102 ff., begründet Veröffentlichungserfordernisse, die weit über den Standard der meisten WTO-Mitglieder hinausgehen, dazu v. Bogdandy (FN 42), 484 ff.

¹⁷⁶ WT/DS58/AB/R (FN 130), Ziff. 169 ff.

wichtiger Rechtsbereiche. Gänzlich offen ist jedoch, wie diese verfahrensrechtlichen Voraussetzungen effektiv in Gesetzgebungs- und Verwaltungsverfahren der WTO-Mitglieder eingepasst werden können.

IV. Schlussbetrachtung

Internationaler Handel ist unerlässlich zur Verbesserung des globalen Wohlstands, der von den armen Ländern dringend benötigt und von den meisten Bürgern der reicheren energisch gefordert wird. Multilaterale Regeln, die den Marktzugang erleichtern und Diskriminierungen bekämpfen, sind die Voraussetzung eines lebensfähigen Handelssystems. Derartige Regeln müssen auf interne regulatorische Maßnahmen Anwendung finden, sollen sie ihren Zweck erfüllen. Denn solche regulatorischen Maßnahmen betreffen angesichts der wachsenden globalen wirtschaftlichen Verflechtung immer mehr grenzüberschreitende wirtschaftliche Transaktionen und beeinträchtigen damit leicht ökonomische Prozesse und wirtschaftsrechtliche Entscheidungen anderer Staaten¹⁷⁷. Genau aus diesem – notwendig – weiten Anwendungsbereich resultiert jedoch das bedenkliche Potential des WTO-Rechts, durch die Ausbildung eines wirtschaftsrechtlichen Korpus, auf den der (demokratische) politische Prozess wenig Einfluss hat, das Verhältnis zwischen Recht und Politik grundlegend zu ändern.

Die Auslegung des WTO-Rechts muss diesem Dilemma begegnen. Kernanliegen des Modells *koordinierter Interdependenz* ist es, der regulativen Autonomie der WTO-Mitglieder einen hohen Stellenwert einzuräumen, das materielle WTO-Recht auf die Konkretisierung des Prinzips der Nichtdiskriminierung zu konzentrieren, eher regel- als prinzipiengeleitet zu argumentieren¹⁷⁸ und im Falle normativer Unbestimmtheit das WTO-Recht verfahrensrechtlich zu interpretieren, so dass es einen Staat zwingt, legitime ausländische Interessen zu berücksichtigen, die andernfalls in den einschlägigen Verfahren keine Stimme hätten¹⁷⁹. An diesem Punkt könnte sich die Weiterentwicklung des WTO-Rechts am internationalen Umweltrecht orientieren. Es ist eine der größten Leistungen des internationalen Umweltrechts, dass die staatlichen Entscheidungsträger die durch die Entscheidung betroffenen ausländischen Umweltinteressen angemessen zu berücksichtigen haben¹⁸⁰. Vielleicht kann sogar versucht werden, auf dieser Linie für das internationale Wirtschaftsrecht einen Begriff weltumspannender wirtschaftlicher Sicherheit zu entwickeln, inspiriert vom umweltrechtlichen Begriff der *shared natural resources*¹⁸¹.

Mit Blick auf die kommende Verhandlungsrunde zur Weiterentwicklung der WTO ist eine gewisse Skepsis angezeigt, ob eine weitere, über das Prinzip der Nichtdiskriminierung hinausgehende Ausdehnung des WTO-Rechts wünschenswert ist, etwa durch die Einführung

¹⁷⁷ R. Schmidt, Der Verfassungsstaat im Geflecht der internationalen Beziehungen, VVDStRL 36 (1977), 66, 69; Langer (FN 10), 29.

¹⁷⁸ Denn eine an Prinzipien orientierte Auslegung entfaltet in der Regel eine weit größere Dynamik, Uerpmann (FN 21), 572; zugunsten einer solchen Orientierung M. Hilf, Power, Rules and Principles – which Orientation for WTO/GATT Law?, JIEL 2001, 111.

¹⁷⁹ Ein weiterer Bereich von entscheidender Bedeutung für die Entwicklung des Modells *koordinierter Interdependenz* ist das Streitbeilegungsverfahren, insbesondere Beweislastregeln und Kontrolldichte. Angesichts ihrer Komplexität werden sie hier nicht erörtert.

¹⁸⁰ Ausführlich M. Bothe, Grenzüberschreitender Verwaltungsrechtsschutz gegen Umwelt belastende Anlagen, UPR 3 (1983), 1; ders., Le Tribunal administratif fédéral allemand reconnaît le principe de l'égalité d'accès, Revue juridique de l'environnement 1988, 186; M. Haedrich, Internationaler Umweltschutz und Souveränitätsverzicht, Der Staat 39 (2000), 547, 554 ff.

¹⁸¹ Doc UNEP/IG 12/2, 2. Februar 1978.

von Regelungen zum Schutz der Umwelt, zu Arbeitsbedingungen, zu Menschenrechten oder zum Wettbewerb¹⁸². Umweltschutz, Arbeitsbedingungen und Wettbewerb sind Bereiche, die in der Regel ebenso legitimationsstiftende wie effiziente legislatorische Verfahren benötigen, über welche die WTO nicht verfügt und nach ihrer Struktur als globale Organisation wohl auch kaum verfügen kann¹⁸³. Der Bereich der Menschenrechte mit all seinen komplexen Fragen erscheint noch weniger als WTO-Gegenstand geeignet¹⁸⁴. Die kommende Verhandlungsrunde sollte sich vielmehr vordringlich der Defizite des gegenwärtigen Rechtskorpus 'annehmen'¹⁸⁵.

Wichtige Anregungen stammen auch in dieser Hinsicht von dem Berufungsgremium, das versucht, seine Informationsbasis zum Zwecke eines angemessenen Ausbaus des WTO-Rechtskorpus durch die Zulassung von sog. *Amicus curiae briefs* zu verbreitern¹⁸⁶. Solche Bemühungen zur Steigerung der Transparenz und Legitimität einer internationalen Organisation, die weiterhin als eine der unzugänglichsten gilt, sind zu begrüßen¹⁸⁷. Erwägenswert ist weiter eine Verbesserung der Tätigkeit der Räte, Ausschüsse und Arbeitsgruppen, nicht in dem Sinne, ihnen die Kompetenz für bindende einseitige Entscheidungen einzuräumen, sondern als Institutionen, in denen sich operative Netzwerke bilden, die die Herausforderungen der Globalisierung auf einer multilateralen Grundlage behandeln. Die wirksame Umsetzung der im Rahmen der Prozeduralisierung eingeforderten Multilateralität wird zu einem nicht unerheblichen Teil hiervon abhängen¹⁸⁸.

Von den drei dargestellten Ansätzen beeinträchtigt das *Modell koordinierter Interdependenz* am wenigsten die politische und rechtliche Autonomie der WTO-Mitglieder. Und doch verlangt das WTO-Recht selbst nach dieser Lesart tiefgreifende Reformen, damit die Verfahren der Mitglieder den Anforderungen von „Multilateralität“ und „Objektivität und Rationalität in der Rechtsetzung“ genügen. Demokratische Politik führt nicht immer zu dem, was aus einer rechtlichen oder wissenschaftlichen Perspektive als objektive und rationale Gesetzgebung verstanden werden kann. Mehr noch: Die verfahrensrechtlichen Anforderungen könnten eine noch größere Herausforderung für die WTO-Mitglieder darstellen als materielle Erfordernisse¹⁸⁹. Es ist beträchtlicher Widerstand zu erwarten, da die Bevorzugung der eigenen Staatsbürger in die Logik der meisten Verfassungen eingeschrieben ist. Meines

¹⁸² J. Bourgeois, On the Internal Morality of WTO Law, in: FS Ehlermann (FN 24), 3 (Manuskript); Matsushita (FN 123). Zur weitreichenden europäischen Position vgl. die Mitteilung der Kommission an den Rat und das Europäische Parlament, Das Konzept der EU für die WTO-Jahrtausendrunde, KOM (99), 331 endg.; B. May, Die deutsch-europäische Verhandlungsposition bei der WTO-Handelsrunde, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 46-47/99, 27. Zur Position der Entwicklungsländer vgl. J. Wiemann, Die Entwicklungsländer vor der neuen WTO-Runde, Aus Politik und Zeitgeschichte, B 46-47/99, 32.

¹⁸³ Ebenso Dunkel/Sutherland/Ruggiero (FN 58).

¹⁸⁴ Dafür aber E.-U. Petersmann, Human Rights and Global Integration Law: Principles for Constitutionalizing the World Economy, in: FS Ehlermann (FN 24). Man sollte auch vorsichtig sein, die WTO als Demokratisierungsinstrument zu nutzen; dafür aber Howse (FN 122), 312 f.; zu den Gefahren näher A. v. Bogdandy, Grundrechtsgemeinschaft als Integrationsziel?, JZ 2001, 157.

¹⁸⁵ Hinweise etwa bei Bronckers (FN 155), 64 f.

¹⁸⁶ Vgl. Bericht des Berufungsgremiums vom 8. November 2000, WT/DS135/9. Er führte jedoch zu massiver Kritik einiger WTO-Mitglieder, vgl. BRIDGES Weekly Trade News Digest, Bd.4 Nr. 44 vom 21. November 2000, <http://www.ictsd.org/html/weekly/story1.21-11-00.htm>. Näher P. C. Mavroidis, Amicus Curiae Briefs before the WTO, und D. Steger, Amicus Curiae: Participant or Friend?, beide in: FS Ehlermann (FN 24).

¹⁸⁷ Goldstein/Martin (FN 34), 612; Weiler (FN 18), 11 ff.; zu weiterreichenden Strategien vgl. Howse/Nicolaidis (FN 105), 11 ff.

¹⁸⁸ Ein dramatisches Bild, was anderenfalls passieren könnte, zeichnet J.-M. Guéhenno, Demokratie am Wendepunkt?, Internationale Politik 4 (1998), 13, 16.

¹⁸⁹ S. Cassese, Gli stati nella rete internazionale dei poteri pubblici, Riv. Tri. Diritto pubblico 1999, 321, 326 ff.

Wissens müssen die betreffenden Reformen der legislativen und administrativen Verfahren noch durchgeführt werden. Schlimmer noch: Es ist noch nicht einmal klar, wie die einschlägigen Verfahrensbestimmungen konkret aussehen könnten. Aus diesem Blickwinkel könnte das WTO-Recht eine wahrhaft fundamentale Auswirkung haben, da die Pflicht zur Berücksichtigung ausländischer Interessen eine Neuvermessung des Demokratieprinzips erforderlich erscheinen lässt¹⁹⁰.

Aus einer anderen Sicht könnten diese Anforderungen hingegen als konsequente Fortentwicklung der Verknüpfung von Souveränität und Verantwortlichkeit begriffen werden. In der verfassungsrechtlichen Diskussion ist weitgehend anerkannt, dass Souveränität im demokratischen Verfassungsstaat nicht nur die Kompetenz zu einseitiger Regelung, sondern auch eine verfassungsmäßige Verantwortlichkeit gegenüber der Bevölkerung bedeutet. Wendet man dieses Verständnis auf den Außenaspekt von Souveränität in einer interdependenten Welt an, so liegt es nahe, dieser Souveränität auch eine gewisse Verantwortung für Menschen zu entnehmen, die außerhalb dieser politischen Gemeinschaft leben, aber von ihren Entscheidungen betroffen sind¹⁹¹. Danach wären die Anforderungen des WTO-Rechts nichts anderes als Konkretisierungen eines angemessenen Verständnisses des Verfassungsstaates in einer interdependenten Welt. Nach dem Verständnis des *Modells koordinierter Interdependenz* würde das WTO-Recht dann das Prinzip demokratischer Souveränität ergänzen und nicht verletzen¹⁹², und es zeichneten sich neuen Koppelungen von Recht und Politik ab, die das dilemmatische Auseinanderfallen von *demos* und Betroffenheit im Zuge der sich globalisierenden Wirtschaft wenn nicht überwinden, so ihm zumindest begegnen. In diesen Fragen und Herausforderungen könnte die wahre verfassungsrechtliche Dimension der WTO liegen. Die WTO birgt somit beides: Entkoppelung von Recht und Politik und neue Wege globaler Demokratie. Sie ist Gefahr und Chance zugleich.

Das Forum Constitutionis Europae wird aus Mitteln der Robert Bosch Stiftung GmbH gefördert.

¹⁹⁰ So überschreitet z.B. der Versuch von *Howse*, diese Anforderungen mit dem demokratischen Prinzip in Einklang zu bringen (FN 122), 309 ff., weit die Grenzen verfassungsrechtlicher Orthodoxie.

¹⁹¹ *Langer* (FN 10), 23 ff., 51.

¹⁹² Näher *G. Dahm/J. Delbrück/R. Wolfrum*, Völkerrecht I/1, 2. Aufl. 1989, § 23 IV 1.