

meinschaftsrecht nicht grenzenlos gewährleistet ist. Sie steht unter dem Vorbehalt des Art. 36 EGV. Außerdem sind Einschränkungen im Allgemeininteresse im Sinne der Rechtsprechung „Cassis de Dijon“ zulässig<sup>55</sup>. Wenn sich also durch Schutzmaßnahmen die Ausschreitungen auszuweiten drohen und dadurch ein Zustand erreicht würde, der noch weniger akzeptabel wäre, bietet es sich an, die Rechtfertigung für das unterlassene Einschreiten der Ordnungskräfte an Art. 36 S. 1 EGV zu binden. Die unterbliebene Schutzmaßnahme muß unter dem Gesichtspunkt der Schutzpflicht aus Art. 30 EGV in Verbindung mit Art. 5 EGV als Einfuhrbeschränkung im Sinne des Art. 36 S. 1 EGV qualifiziert werden, die aus dem in dieser Vorschrift genannten Grund der öffentlichen Ordnung und Sicherheit gerechtfertigt ist. Zusätzlich müssen dann die Anforderungen des Art. 36 S. 2 EGV erfüllt sein. Beispielsweise darf das Polizeirecht nicht zum Nachteil der ausländischen Ware angewendet werden.

Diese Überlegungen zeigen nicht nur, daß Art. 36 EGV bei Schutzpflichten als Grundlage für die Anwendung allgemeiner polizeirechtlicher Grundsätze des nationalen Rechts in Betracht kommt. Aus diesem Ansatz läßt sich weiterhin ableiten, daß Rechtsprechung und Wissenschaft berufen sind, für das Nichtergreifen von Schutzmaßnahmen *vertragsimmanente Rechtfertigungsgründe* entweder im Zusammenhang mit den im Vertrag bereits genannten Vorbehaltsnormen wie Art. 36 EGV oder im Rahmen des Allgemeininteresses zu entwickeln. Bei der Bestimmung der Schranken einer Schutzpflicht sind auch die Grundrechte des nationalen Verfassungsrechts oder der Europäischen Menschenrechtskonvention zu beachten. Wenn der grenzüberschreitende Warenverkehr durch eine Grundrechtsausübung beeinträchtigt wird, muß aus der Sicht des

Gemeinschaftsrechts sichergestellt sein, daß derartige Behinderungen von staatlicher Seite nicht in einem erheblich größeren Umfang geduldet werden als entsprechende Störungen im rein nationalen Handel.

#### IV. Ausblick: Konsequenzen für das Verständnis der Grundfreiheiten

Mit dieser Entscheidung zum freien Warenverkehr hat der Gerichtshof gezeigt, daß sich die Grundfreiheiten nicht auf bloße Diskriminierungs- und Beschränkungsverbote zur Abwehr staatlicher Eingriffe reduzieren lassen. Sie können von den verpflichteten Mitgliedstaaten auch Schutzmaßnahmen zugunsten der von ihnen erfaßten Tätigkeiten verlangen. Eine derartige Schutzpflicht steht allerdings in den Grenzen des Untermaßverbots unter dem Vorbehalt des Art. 36 EGV sowie des Allgemeininteresses. Danach erscheint es durchaus denkbar, das Nichtergreifen einer Schutzhandlung aufgrund spezifischer gemeinschaftsrechtlicher Wertungen zu rechtfertigen<sup>56</sup>. Daß die Schutzpflicht ein Spezifikum der im Fall einschlägigen Freiheit des Warenverkehrs ist, kann nicht angenommen werden, da auch die anderen Freiheiten durch Übergriffe von Privatpersonen beeinträchtigt werden können. Zu denken ist nur an Besetzungen von Niederlassungen ausländischer Unternehmen oder gewalttätige Ausschreitungen gegen Arbeitnehmer und Dienstleister aus anderen Mitgliedstaaten. Es sind also noch weitere Fälle dieser Art zu erwarten.

55 Vgl. EuGH, 20. 2. 1979, Rs. 120/78, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Brantwein, Slg. 1979, 649, 662 (Rn. 8).

56 Anders Meier (Fn. 2), vgl. auch Fn. 33.

C. Godt in: EWS, Nr. 6 Jahrgang 9 / Verlag Recht und Wirtschaft / Heidelberg / 1998

## Der Bericht des Appellate Body der WTO zum EG-Einfuhrverbot von Hormonfleisch<sup>1</sup>

### Risikoregulierung im Weltmarkt

Von Dr. Christine Godt, Wiss. Mitarbeiterin, Zentrum für Europäische Rechtspolitik, Universität Bremen

Der folgende Beitrag analysiert die Revisionsentscheidung des Appellate Body der WTO zum EG/USA-Hormonstreit unter dem Aspekt nationalstaatlicher Risikoregulierung. Der Appellate-Body-Report revidiert in wesentlichen Teilen die Entscheidung des erstinstanzlichen Panels, das das EG-Verwendungsverbot von Wachstumshormonen in der Rindermast als ein SPS-widriges Handelshemmnis qualifiziert hatte. Die Ausführungen zum Risk-Assessment sind juristische Pionierleistungen.

#### I. Einführung

In dem Streit um das europäische (Einfuhr-)Verbot hormonbelasteten Rindfleisches hat der Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO) am 16. Januar 1998 ein

salomonisches Urteil gefällt. Alle streitenden Parteien, die Europäische Gemeinschaft, die Vereinigten Staaten und Kanada, ließen verlauten, daß sie sich durch den Bericht in ihrer Position bestätigt sehen<sup>2</sup>. Mit der Entscheidung revidierte der WTO-Appellate Body in entscheidenden Teilen das Panel-Verdikt der GATT-(SPS<sup>3</sup>-)Widrigkeit des EG-Importverbotes für Hormonfleisch vom Au-

1 Appellate Body-Entscheidung vom 16. 1. 1998, „EC-Measures Concerning Meat Products (Hormones)“ (WT/DS 26/AB/R und WT/DS 48/AB/R); zu finden auf Webseite der WTO: <http://www.wto.org/>; in gekürzter Fassung in EuZW 1998, 157; Anm. Eggers, EuZW 1998, 147.

2 FAZ 19. 1. 1998, 13 und 15.

3 „Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures“, Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen, im folgenden als SPS-Abkom-

gust 1997<sup>4</sup>. Allerdings bestätigte er im grundsätzlichen einen Verstoß der EG gegen die Risikomanagement-Verfahrensvorschriften des SPS-Abkommens, den die EG nachbessern müsse.

Die Bedeutung der Entscheidung reicht weit über den konkreten Hormonstreit hinaus. Sie lenkt die öffentliche Aufmerksamkeit auf das Spannungsverhältnis von Regulierung und Weltmarkt. Es geht um den Spielraum, der den souveränen Staaten im Rahmen der GATT-Verpflichtungen verbleibt, ihre Pflichten im Bereich der Risikoregulierung zu erfüllen. Insoweit weisen die beiden Entscheidungen deutliche Parallelen zur europäischen Integration (Cassis-Rechtsprechung<sup>5</sup>) auf, wobei die WTO innerhalb eines Jahres eine Rechtsentwicklung vollzieht, die sich in der Europäischen Gemeinschaft über vierzehn Jahre hinzog. Sowohl Panel als auch Appellate Body nehmen explizit auf die Rechtsprechung des EuGH Bezug<sup>6</sup>.

Technisch geht es um die Auslegung des sog. SPS-Abkommens, des Sanitary and Phytosanitary Agreement<sup>7</sup>. Dieses Abkommen wurde 1994 in der sog. Uruguay-Runde, als das GATT zur WTO umgeformt wurde, verabschiedet. Es ist *lex specialis* zu dem allgemeinen Agreement on Technical Barriers to Trade (TBT)<sup>8</sup>. Zusammen konkretisieren sie den Regelungsvorbehalt der Staaten für Aufgaben u. a. des Gesundheitsschutzes gemäß Art. XX des GATT (Vorbild des – bisherigen – Art. 36 EGV). Ihr Ziel ist die internationale Harmonisierung von Standards.

Der Aufsatz untersucht die wesentlichen Appellate-Body-Revisionen der Panel-Entscheidung unter dem Aspekt der internationalen Risikoregulierung. Die entscheidenden Passagen werden aus diesem Grunde innerhalb der Analyse dargestellt und bewertet. Nur gestreift werden Probleme des Streitbeilegungsverfahrens; insbesondere Fragen des Überprüfungsmaßstabs<sup>9</sup> und die Verfahrensrechte Dritter<sup>10</sup> werden nicht behandelt. Besonderes Augenmerk wird auf die Parallelen zur europäischen und deutschen Risikodebatte gelegt.

## II. Vorgeschichte und Sachverhalt

Streitigkeiten um Hormonrückstände in Frischfleisch erfreuen sich einer hohen Publizität. Nach heftigen Verbraucherprotesten und „Hormonskandalen“ im Jahr 1980 hatte die Europäische Gemeinschaft 1981 zunächst den Einsatz von Wachstumshormonen beschränkt<sup>11</sup> und schließlich 1986 grundsätzlich den Einsatz verboten<sup>12</sup>. An diesem Verbot haben sowohl Großbritannien und die EG<sup>13</sup> als auch die Vereinigten Staaten nebst Kanada<sup>14</sup> ihre Kräfte gemessen. In den Verfahren, die die USA und Kanada gegen die EG führten, geht es um sechs der Karzenogenität verdächtige Wachstumshormone, die bei der Rindermast eingesetzt werden. Für fünf bestehen seit 1995 internationale Grenzwerte<sup>15</sup>, für ein weiteres<sup>16</sup> gibt es keine international harmonisierten Grenzwerte.

Nachdem die EG seit 1995 förmliches Mitglied der WTO wurde und dem SPS-Übereinkommen sowie dem Dispute Settlement-Abkommen zugestimmt hatte, beantragten die Vereinigten Staaten und Kanada Mitte 1996 kurz nacheinander die Einsetzung eines Panels beim Dispute Settlement Body der WTO in Genf. Im Mai und im Oktober 1996 wurden zwei Panels<sup>17</sup> eingerichtet. Deren nahezu wortgleiche Reporte vom 18. 8. 1997 kamen zum Ergeb-

nis der SPS-Widrigkeit der Importverbote<sup>18</sup>. Das Verbot der fünf Hormone, für die es international harmonisierte Standards gibt, verstoße gegen Art. 3 Abs. 1 und Art. 5 SPS, da die EG das Abweichen von den internationalen Standards nicht habe begründen können; das Verbot des nicht harmonisierten MGA-Hormons verstoße gegen Art. 5 SPS, da auch dort, wo keine internationalen Standards vorhanden seien, die Staaten zu einer ordnungsgemäßen Risikoabschätzung verpflichtet seien. Gegen die Entscheidungen erhoben nicht nur die drei Streitparteien, sondern drei weitere Staaten<sup>19</sup> im Oktober 1997 Revision. Aus dem sieben Mitglieder zählenden Standing Appellate Body<sup>20</sup> wurden unverzüglich drei Richter als Appellate Body<sup>21</sup> bestimmt und die beiden Verfahren miteinander verbunden. Noch im November fand eine Anhörung statt. Die teils bestätigende, teils aufhebende Entscheidung erging am 16. Januar 1998.

men bzw. SPS bezeichnet, BT-Drs. 12/7986, 84 ff. (dt.), 99 (engl.), abgedruckt auch in Textsammlung *Hummer/Weiss*, Vom GATT 47 zur WTO 94, 1997; i. ü. verfügbar über die Webseite der WTO: <http://www.wto.org/>.

4 Panel-Entscheidungen vom 18. 8. 1997, verfügbar ebenfalls über die Webseite der WTO: <http://www.wto.org/>.

5 Von Cassis de Dijon, 20. 2. 1979 – Rs. 120/78, Slg. I 1979, 649, RIW 1979, 331 bis zu Keck/Mithouard, 24. 11. 1993 – Rs. C-267 und C-268/91, EWS 1994, 25 m. Anm. *Jestaedt/Kästle*.

6 „... bestätigt, daß das WTO-Regelwerk kein ‚self-contained‘ Regime mehr ist.“ *Hilf/Eggers*, Der WTO-Panelbericht im EG/USA-Hormonstreit, EuZW 1997, 561.

7 Siehe Fn. 3.

8 *Barceló III.*, Product Standards to Protect the Local Environment – the GATT and the Uruguay Round Sanitary and Phytosanitary Agreement, *Cornell International Law Journal* (CornILJ) 27 (1994), 755–776 (762).

9 WT/DS 26 und 48/AB/R, 41–45.

10 WT/DS 26 und 48/AB/R, 59–62.

11 Richtlinie des Rates 81/602/EWG vom 31. 7. 1981, ABl. L 222, 32; ergänzt durch Richtlinie des Rates 85/358/EWG vom 16. 7. 1985, ABl. L 191, 46.

12 Richtlinie des Rates 85/649/EWG vom 31. 12. 1985, ABl. L 382, 228.

13 Den Schlusstrich dieses Streits zog letztlich der EuGH in seiner Entscheidung vom 23. 2. 1988 – Rs. 68/86, Slg. 1988, 855; bespr. *Barents*, Hormones and the Growth of Community Agricultural Law: Some Reflections on the Hormone Judgement (Case 68/86), *LIEI* 1988, 1–19; *Götz*, Anm., *EuR* 1988, 298. Im Vordergrund stand der technische Streit um die richtige Rechtsgrundlage. Der EuGH hielt die Richtlinie 85/649 indes nicht aus Gründen der falsch bezeichneten Rechtsgrundlage, sondern wegen Verstoßes gegen die Geschäftsordnung des Rates für rechtswidrig. Die Richtlinie wurde daraufhin unverzüglich als RL 88/146 gleichen Inhalts erlassen; dazu *Meng*, The Hormone Conflict between the EEC and the United States within the Context of GATT, *Michigan Journal of International Law* (MJIL) 11 (1990), 819–839.

14 Das Konsultationsverfahren war bereits 1987 von den USA und Kanada eingeleitet. Zur Vorgeschichte im einzelnen *Meng* (Fn. 13); *Jackson*, World Trade and Environmental Policies: Congruence or Conflict, *Washington and Lee Law Review* 49 (1992), 1227–1259; *Barceló III* (Fn. 8). Zur Vorgeschichte gehört auch das EG-Importverbot für US-Fleisch wegen unzureichender hygienischer Bedingungen in US-Schlachthäusern, Entscheidung der Kommission 86/189/EWG vom 17. 2. 1986, ABl. L 140, 30.

15 Drei natürliche Hormone (Östradiol 17 $\beta$ , Progesteron und Testosteron) und zwei künstliche Hormone (Trenbolon und Zeranol).

16 Melengestol Azetat (MGA).

17 Denen jeweils dieselben drei Richter angehörten: Thomas Couttier (Schweiz), Peter Palecka (Tschechien), Jun Yokata (Japan).

18 „Panel Report“, „EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)“ v. 18. 8. 1997, WT/DS 26/R/USA, und „EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)“ v. 18. 8. 1997, WT/DS 48/R/CAN; dazu Bespr.: *Ritter*, Das WTO-Abkommen und seine Auswirkungen auf das Deutsche und Europäische Lebensmittelrecht – Hormonrückstände in Lebensmitteln als künftiger Standard?, *EuZW* 1997, 133–138; *Hilf/Eggers* (Fn. 6), 559–556.

19 Als sog. Third Party Participants: Australien, Neuseeland, Norwegen.

20 *Petersmann*, The GATT/WTO Dispute Settlement System. *International Law, International Organisation and Dispute Settlement*, London/The Hague/Boston, 1997, S. 187.

21 Florentino Feliciano (Philippinen), Claus-Dieter Ehlermann (Deutschland) und Mitsuo Matsuashita (Japan).

### III. Die Revisionsentscheidung

Der Appellate Body fächerte die ihm gestellten Rechtsfragen zu vierzehn Einzelpunkten auf. Die entscheidenden Fragen sollen zusammenhängend als Teil der drei „großen Themen“ der Entscheidung dargestellt werden: Nationale Regelungskompetenz innerhalb internationaler Verpflichtungen, Risikoentscheidungen und Vorsorgeprinzip sowie das Verhältnis von WTO-Recht und EG-Recht.

#### 1. Nationale Regelungskompetenz

Die zentralen Weichen zur Auslegung des SPS-Abkommens stellte der Appellate Body zu Beginn in den Ausführungen zur verbleibenden nationalen Regelungskompetenz. Dabei ging es zum einen um die Beweislastfrage, zum anderen um das Maß der Bindung an internationale Normen. Bezüglich beider Fragen hob er die Entscheidung des Panel-Reports auf.

##### a) Beweislast

Das Panel hatte in seinem Report ausgeführt, daß der Beschwerdeführer nur prima facie einen Verstoß gegen das Abkommen darlegen müsse. Ein Verstoß sei aufgrund der „Unschuldsumvermutung“ nach Art. 3.2 des SPS bereits dann anzunehmen, wenn eine nationale Norm von den internationalen Standards abweiche. Denn nach Art. 3.2 SPS gelten nationale Normen, die internationalen entsprechen, als vereinbar mit SPS und dem GATT 1994. Dadurch verlagere sich die Darlegungslast, daß die Verpflichtungen des SPS-Übereinkommens (Art. 3.3 und Art. 5) eingehalten wurden, auf den Staat, der die Norm eingeführt habe<sup>22</sup>. Dieser Auslegung widerspricht der Appellate Body. Dem SPS sei kein Regel-Ausnahme-Verhältnis in dem Sinne zu entnehmen, daß die Konformität nationaler mit internationalen Normen die Regel und die Nicht-Konformität die Ausnahme sei<sup>23</sup>. Vielmehr nehme Art. 3.1 lediglich die international-konformen Normen aus dem Anwendungsbereich des Art. 3.3 SPS (nationaler Alleingang) aus. Beide Verfahren stünden der Wertung nach gleichrangig nebeneinander. Dieses dogmatische Verhältnis stütze der Appellate Body auf das Argument, daß Art. 3.3 SPS ausdrücklich ein autonomes Recht der Staaten zur Rechtssetzung anerkenne.

##### b) Maß der Bindung an internationale Normen

Kern des Panel-Berichts war die Feststellung, daß die Europäische Gemeinschaft gegen Art. 3.1 SPS verstoßen habe, der sie verpflichte, ihre nationale Normung auf internationale Regelwerke zu stützen („to base on“). Denn „stützen auf“ heiße „konform sein mit“<sup>24</sup>. Das gelte auch für Normen, die bei Inkrafttreten des Abkommens bereits galten<sup>25</sup>. Während der Appellate Body die Anwendung des SPS auf bereits bestehende Normen bestätigte<sup>26</sup> und auch auf die grundsätzliche Bindung der EG an die Anforderungen des Art. 3.3 SPS erkannte, revidierte er den Panel-Report bezüglich eines Verstoßes gegen Art. 3.1 SPS<sup>27</sup>. In methodisch mustergültiger Auslegung (was bei dem verklausulierten SPS-Wortlaut in der Tat nicht leicht ist<sup>28</sup>) legt er zum einen dar, daß die Worte „to be based on“ und „to conform“ nicht die gleiche Bedeutung haben. Dabei arbeitet der Appellate Body heraus, daß das SPS-Abkommen das Recht der Staaten zur Regulierung nicht antasten und keine strikte Bindung an internationale Normen begründen wollte<sup>29</sup>.

„The Member's appropriate level of protection may be higher than that implied in the international standard. The right of a member to determine its own level of sanitary protection is an important right. This is made clear in the sixth preambular paragraph of the SPS Agreement. ... [It] is an autonomous right and *not* an 'exception' from a 'general obligation' under Art. 3.1.“ (Hervorhebung im Original).

##### c) Bewertung

Diese Passagen bilden den Kern der Entscheidung und verdienen Zustimmung. Zum einen betonen sie das Recht der Staaten auf Regulierung und sichern damit die Entscheidungskompetenz über das Maß von Risiko im Rahmen demokratisch legitimierter Einheiten. Zum anderen gewährleisten sie das flexible Zusammenspiel internationaler Normungsorganisationen. Denn in der Sache geht es um die Bindung der EG an die Grenzwertfestsetzungen von Hormonrückständen in Frischfleisch der Codex-Alimentarius-Kommission (CAK), einer gemeinsamen Kommission der FAO und WHO<sup>30</sup>, deren Arbeiten grundsätzlich nur Empfehlungscharakter haben<sup>31</sup>. Hätte die Panel-Entscheidung Bestand gehabt, wären diese auf dem Wege des SPS-Abkommens zu bindenden Normen transformiert worden<sup>32</sup>. Daß die Europäische Gemeinschaft nicht selbst Mitglied der Organisation ist<sup>33</sup>, stellt einen formalen Mangel dar, der sich verschmerzen läßt, da jedenfalls alle EG-Mitgliedstaaten Mitglieder der Kommission sind. Problematisch wäre indes das Legitimationsdefizit. Die Abstimmungsregeln innerhalb der Codex-Alimentarius-Kommission genügen zwar den Abstimmungsprozessen zwischen Fachministerien bei der zwischenstaatlichen Koordinierung, nicht aber der demokratischen Ableitung von wesentlichen Entscheidungen. Nach den CAK-Abstimmungsregeln reicht bereits die einfache Mehrheit aus<sup>34</sup>, wobei eine Beschlußfähigkeit schon erreicht ist, wenn 20% aller CAK-Mitgliedstaaten ihre Stimme abgegeben haben<sup>35</sup>. Bei der entscheidenden Ab-

22 Paras. 8.54–8.58.

23 WT/DS 26 und 48/AB/R, 39 EuZW 1998, 157 (para. 104).

24 US Panel Report, paras. 8.72 und 8.73; Kanada Panel Report, paras. 8.75 und 8.76.

25 US Panel Report, para. 8.25; Canada Panel Report, para. 8.28.

26 WT/DS 26 und 48/AB/R, 48–50.

27 WT/DS 26 und 48/AB/R, 63–71, EuZW 1998, 159 f.

28 WT/DS 26 und 48/AB/R, 70: „Its involved and layered language actually leaves us with no choice“.

29 Damit ist klargestellt, daß das SPS-Abkommen derselben Systematik wie das GATT folgt – und nicht etwa den Mitgliedstaaten engere Regelungs-spielräume setzt. Nach Art. III GATT sind nur solche Maßnahmen verboten, die andere Mitgliedstaaten diskriminieren; im übrigen bleibt die Regelungssouveränität unangetastet; so explizit auch der Appellate Body in Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R: Webseite der WTO vom 4. 10. 1996.

30 In Anhang A, Nr. 3 „Internationale Normen, Richtlinien, Empfehlungen“ nimmt das SPS ausdrücklich auf die Arbeiten der Codex-Alimentarius-Kommission Bezug.

31 General Principles of the Codex Alimentarius, Procedural Manual (PM), S. 39.

32 Kritisch zu dieser Entwicklung bereits *Eckert*, Neue Welthandelsordnung und Lebensmittelverkehr, ZLR 1995, 363–393 (381 f.); *Streinz*, Die Bedeutung des WTO-Übereinkommens für den Lebensmittelverkehr, in: Jahrbuch für Umwelt- und Technikrecht (JbUTR) 1996, 435–458 (450 ff.).

33 *Eckert*, ZLR 1995, 386; *Streinz* (Fn. 32), 453.

34 Art. VI Nr. 2 der Rules of Procedures, PM, S. 14; näheres zum sog. „8-step-procedure“ *Merkle*, Der Codex Alimentarius der FAO und WHO: Die Entwicklung der Codex Standards und die Auswirkungen auf das europäische Gemeinschaftsrecht und das nationale Lebensmittelrecht, 1994, S. 31–37.

35 Art. IV Nr. 6 Satz 2 der Rules of Procedures, PM, S. 13; das weitere Tatbestandsmerkmal „und mindestens 25 Mitgliedstaaten“ ist durch den Anstieg auf inzwischen 144 Mitgliedstaaten obsolet; 20% sind schon 28 Mitgliedstaaten, dazu *Merkle* (Fn. 34), S. 20.

stimmung zu Grenzwerten für Rückstände von Wachstumshormonen in Rindfleisch im Jahr 1995 waren nur 69 der 144 Mitgliedstaaten anwesend<sup>36</sup>. Die damals vorgeschlagenen und sehr umstrittenen Grenzwerte wurden mit 33 gegen 29 Stimmen bei 7 Enthaltungen angenommen<sup>37</sup>. Eine bindende Kraft kann eine so entstandene Entscheidung nach rechtsstaatlichen Prinzipien nicht beanspruchen.

## 2. Risikoentscheidungen und Vorsorgeprinzip

### a) Vorsorgeprinzip

Differenziert läßt sich der Appellate Body zum völkerrechtlichen Vorsorgeprinzip ein. Entgegen der Ablehnung des Panels ließ er dahinstehen, ob das Vorsorgeprinzip bereits völkerrechtliches Gewohnheitsrecht oder allgemeines Rechtsprinzip sei<sup>38</sup>. Das Vorsorgeprinzip vermöge zwar die konkreten Vorschriften der Artt. 5.1 und 5.2 SPS nicht zu verdrängen, insoweit schließt er sich dem Panel an. In Abweichung vom Panel-Report führt er dann jedoch aus, daß das Vorsorgeprinzip Grundlage des Abkommens sei, insbesondere von Art. 5.7 SPS<sup>39</sup>. In einer vierstufigen Interpretation lotet der Appellate Body das Verhältnis von Vorsorgeprinzip und SPS-Abkommen aus und weicht dabei von der klassischen Auslegungsmethode nach Wortlaut, Systematik und Telos ab, der es sich im übrigen meisterlich bedient<sup>40</sup>. Der Appellate Body mahnt die Staaten an ihre Pflicht, Belange des Handels einerseits und Umwelt- und Gesundheitsinteressen der Bevölkerung andererseits in angemessenen Ausgleich zu bringen:

„First, the principle has not been written into the SPS-Agreement as a ground for justifying SPS-measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in particular provisions of that Agreement. Secondly, the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the Agreement. We agree, at the same time, with the European Communities, that there is no need to assume that article 5.7 exhausts the relevance of the precautionary principle. It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3. These explicitly recognize the right of Members to establish their own appropriate level of sanitary protection, which level may be higher (i. e., more cautious) than that implied in existing international standards, guidelines and recommendations. Thirdly, a panel charged with determining, for instance, whether „sufficient scientific evidence“ exists to warrant the maintenance by a Member of a particular SPS measure may, of course, and should, bear in mind that responsible, representative governments commonly act from perspectives of prudence and precaution where risks of irreversible, e. g. life-terminating, damage to human health are concerned. Lastly, however, the precautionary principle does not, by itself, and without a clear textual directive to the effect, relieve a panel from the duty of applying the normal (i. e. customary international law) principle of treaty interpretation in reading the provisions of the SPS-Agreement.“

Der Argumentationsgang mag darauf beruhen, daß sich die Europäische Kommission in der Verhandlung ausdrücklich nicht auf das Vorsorgeprinzip berufen hat. Allerdings ist die Zurückhaltung gegenüber der Anerkennung dieses Prinzips als allgemeiner Rechtsgrundsatz im hier relevanten Gesundheitsschutzbereich nicht überzeugend. An seiner Geltung kann im Bereich des Gesundheitsschutzes nicht ernstlich gezweifelt werden. Der hohe Wert des Schutzgutes Gesundheit ist seit jeher Grundlage nationaler und internationaler, durchaus kostspieliger Anstrengungen für vorbeugenden Gesundheitsschutz. Umstritten war er allenfalls lange Zeit im Bereich des Umweltschutzes. Seine Anerkennung in Sachen Umwelt-

schutz war Anliegen der UNCED-Konferenz in Rio 1992. Umwelt- und Gesundheitsschutz sind insofern voneinander zu trennen, als Umweltschutz dem Gesundheitsschutz konzeptionell als vorgelagert betrachtet werden kann. Wer die Umwelt beeinträchtigt, muß nicht notwendig sogleich die Gesundheit beeinträchtigen. Rechtfertigt im Gesundheitsbereich bereits der hohe Wert des Schutzgutes vorbeugende Maßnahmen, legitimiert der Vorsorgegrundsatz im Umweltrecht die kontingente Entscheidung über die Grenzziehung zwischen lebensnotwendiger Umweltnutzung und lebensbedrohender Umweltverschmutzung. Als solches ist er legitimierendes Prinzip für staatliche Umweltregulierung<sup>41</sup>. Ob die völkerrechtliche Geltung des Vorsorgegrundsatzes im Umweltbereich noch nach Inkrafttreten der mannigfaltigen Konventionen nach Rio '92 ernsthaft in Frage steht, kann dahinstehen. Jedenfalls verpflichtet der Appellate Body die Mitgliedstaaten im dritten Erwägungsschritt zu vorbeugendem Gesundheitsschutz („prudence and caution“). Eine Heranziehung des Grundsatzes 15 („Vorsorge“) der Rio-Deklaration hätte die Argumentation des Appellate Body mithin nur untermauern und stärken können.

### b) Risikoanalyse und Risikoentscheidung

Herzstück des Appellate Body-Report sind die Ausführungen zum Risk Assessment der Mitgliedstaaten (Art. 5 SPS). Sie bauen auf den zuvor gelegten Strukturen zum Recht der Mitgliedstaaten zur Regulierung und den Ausführungen zur „sufficient scientific evidence“ auf: Eingedenk des grundsätzlichen Regulierungsrechts der Mitgliedstaaten bezweckt das SPS-Abkommen die Harmonisierung von Standards und verpflichtet deshalb die Staaten auf die Einhaltung eines bestimmten Verfahrens, wenn sie der Ansicht sind, daß die internationalen Standards die Einhaltung des beabsichtigten Schutzniveaus nicht gewährleisten, oder wenn sie selbst für sich ein höheres Schutzniveau wollen (Art. 3.3. SPS). In diesem Sinne sieht auch der Appellate Body das freie Regulierungsrecht der Staaten eingeschränkt<sup>42</sup>. Allerdings füllt er die Anforderungen an das Risk-Assessment fundamental anders aus als das Panel.

36 Die starke Präsenz europäischer Normungsverbände hilft diesem Problem nicht ab, so weitgehend aber wohl v. Bogdandy, in: Grabitz/v. Bogdandy/Nettesheim, Europäisches Außenwirtschaftsrecht, 1994, S. 455.

37 Joint FAO/WHO Food Standard Programme – Codex Alimentarius Commission 1995, Draft Report of the Twenty-First Session of the Codex Alimentarius Commission, Rom, FAO.

38 Mit Verweis auf das Schrifttum; befürwortend: Sands, Principles of International Law, Vol. I, 1995, S. 212, Cameron/Abouchar, The Status of the Precautionary Principle in International Law, in: Freestone, D./Hey, E. (Hrsg.), The Precautionary Principle in International Law, 1996, S. 52; zurückhaltend: Birnie/Boyle, International Law and the Environment, 1992, S. 98.

39 Ausfluß des Vorsorgeprinzips seien darüber hinaus der sechste Leitsatz der Präambel und die entscheidenden Art. 3.3 und 5.7 des SPS, WT/DS 26 und 48/AB/R, 48, EuZW 1998, 158 (para. 124).

40 Siehe nur WT/DS 26 und 48/AB/R, 65–66, EuZW 1998, 159 (para. 163 ff.).

41 Reh binder, Das Vorsorgeprinzip im internationalen Vergleich, 1991, S. 237 ff.

42 „The requirements of the risk assessment under Art. 5.1., as well as of ‚sufficient scientific evidence‘ under Art. 2.2., are essential for the maintenance of the delicate and carefully negotiated balance in the SPS Agreement between the shared, but sometimes competing, interests of promoting international trade and of protecting the life and health of human beings. We conclude that the Panel's finding that the European Communities is required by Art. 3.3. to comply with the requirements of Artikel 5.1. is correct ...“, WT/DS 26 und 48/AB/R, 70, EuZW 1998, 160 (para. 177).

## aa) Konzeption des Panels

Das Panel hatte zunächst das rein naturwissenschaftliche Risk-Assessment von dem wertenden Risiko-Management abgegrenzt. Nur ersteres wolle Art. 5 SPS regeln. Das Verfahren des Risk-Assessment nach Art. 5 Absätze 1 und 2 SPS („based on risk assessment“) zerfalle in zwei Schritte, nämlich die Identifizierung der nachteiligen Wirkungen und die Bewertung des Risikos. Beide Vorgänge müßten nach streng wissenschaftlichen Kriterien nachvollziehbar sein. Der Bewertungsvorgang müsse wiederum einem prozeduralen und einem substantiellen Minimum genügen. Prozedural müsse ein Staat nachweisen, daß er die Ergebnisse des Risk-Assessment bei Erlass der Maßnahme tatsächlich berücksichtigt habe. Substantiell sei erforderlich, daß die Ergebnisse des Risk-Assessment und diejenigen, die ratio der Maßnahme seien, übereinstimmen. Art. 5 SPS interpretierte das Panel als Instrument der Konsistenzkontrolle nationaler Schutzpolitiken und extrapolierte drei Voraussetzungen. Danach verbiete Art. 5 Abs. 5 SPS, daß (1) Mitgliedstaaten verschiedene Schutzstandards in vergleichbaren Situationen anlegten, wenn (2) diese Unterscheidung willkürlich und nicht gerechtfertigt ist und (3) ein verschleiertes Handelshemmnis darstellt. Dabei sei das Vorliegen eines Handelshemmnisses bei Vorliegen einer willkürlichen Unterscheidung im Regelfall indiziert<sup>43</sup>. Sowohl Art. 5 Abs. 1 als auch Art. 5 Abs. 5 SPS sah das Panel verletzt.

## bb) Konzeption des Appellate Body

Diese vom Panel entwickelte Konzeption des Risk-Assessment verwarf der Appellate Body<sup>44</sup>. Zunächst hielt er dem Panel entgegen, daß ein ausschließlich quantitativer Maßstab im Abkommen keine Grundlage finde. Das SPS knüpfe weder notwendig an die Festlegung quantifizierbarer Höchstmengen (Schwellenwerte) an<sup>45</sup> noch könne ihm eine Begrenzung auf quantitative, laborwissenschaftliche Kriterien entnommen werden. Ein prozedurales Minimum in dem Sinne, daß der regulierende Staat nachweisen müsse, daß er die Ergebnisse der Wirkungsanalyse zur Grundlage der Maßnahme genommen habe, sei dem Abkommenstext ebenfalls nicht zu entnehmen. Dasselbe gelte für das substantielle Erfordernis, nach dem die ratio der Maßnahme mit dem Ergebnis der Risikoanalyse übereinstimmen müsse. Ausreichen müsse eine „objektive, vernünftige Beziehung zwischen beiden“, und dieses schließliche Wertungsaspekte, die nicht naturwissenschaftlicher Natur sind, mit ein. Ein solcher habe allerdings im konkreten Fall zur Begründung des Importverbotes nicht vorgelegen. Die Auslegung von Art. 5 Abs. 5 SPS korrigierte der Appellate Body dahin, daß jede der drei Voraussetzungen selbständig darzulegen sei. Im Gegensatz zum Panel hielt der Appellate Body ein Verbot von künstlichen Wachstumshormonen gegenüber der Nicht-Regulierung natürlich vorkommender Hormone für nicht willkürlich<sup>46</sup>. Zwar hielt er die Unterscheidung von verbotenen Wachstumshormonen in der Rindermast im Gegensatz zur bloß beschränkten Zulassung von Wachstumshormonen in der Schweinemast für willkürlich, erkannte hierin aber keine eigene verschleierte Handelsbeschränkung. Dieses Tatbestandsmerkmal legte er subjektiv aus. Entscheidend sei, ob der Staat eine Handelsbeschränkung intendiert habe. Indiziert sein könne dies bei einfachen Sachverhalten wie Steuerunterschieden<sup>47</sup>. Gesundheitsschutzbestimmungen

seien mit Steuersätzen aber nicht vergleichbar. Hier bedürfe es einer eigenständigen Prüfung.

## c) Bewertung

Dieser Federstrich des Appellate Body zur Risikoanalyse und zur justitiellen Überprüfbarkeit reicht weit. Drei große Fragenkomplexe sind in diesen knappen Sätzen miteinander verschmolzen, nämlich (aa) die Konzeption von Risikoentscheidungen, (bb) die Bedeutung des Verhältnismäßigkeitsprinzips im Rahmen der GATT-Ordnung und schließlich (cc) die Unterscheidbarkeit von rein protektionistischen und gesundheitsschützenden Maßnahmen.

## aa) Konzeption von Risikoentscheidungen

Die Ausführungen des Appellate Body zum Risk-Assessment sind in ihrer Kürze von nicht zu unterschätzender Bedeutung, hatten doch die USA noch zweieinhalb Jahre zuvor, unmittelbar beeinflusst vom Hormonstreit, das Entscheidungsverfahren innerhalb der Codex-Alimentarius-Kommission auf „rein naturwissenschaftliche Kriterien“ einzuschränken vermocht<sup>48</sup>. Zu den staatlichen Maßnahmen, die sich an diesen internationalen Standards orientieren sollen, führt der Appellate Body nun in bemerkenswerter Klarheit aus, daß das Dilemma der Risikobewertung in den unbekanntenen Variablen liegt. In Rezeption der modernen Risikoforschung<sup>49</sup> betont er, daß Ungewißheit und Wissenslücken gerade Kennzeichen einer Risikoentscheidung seien. Ein wissenschaftlich eindeutiges, unumstrittenes Ergebnis könne unter diesen Voraussetzungen nicht erwartet werden. Daraus leitet er zwei entscheidende Konsequenzen für die Risiko-Bewertung ab: Zum einen wachse aufgrund der charakteristischen Ungewißheiten den wissenschaftlichen Minderansichten ein eigenständiges Gewicht zu. Die politische Risikoentscheidung müsse sich nicht notwendig auf die Mehrheitsmeinung stützen. Bestünde eine vernünftige Beziehung („rational relation-

43 Mit Verweis auf die Appellate Body-Entscheidung zu Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R.

44 WT/DS/26/AB/R und WT/DS/48/AB/R, 73–83, EuZW 1998, 160–162 (para. 182–208).

45 Was bei Karzenogenität, wie der Appellate Body richtig klarstellt, eine Selbstverständlichkeit ist, WT/DS/26/AB/R und WT/DS/48/AB/R, 73.

46 „... to require [the EG] to prohibit totally the production and consumption of such foods or to limit the residues of naturally-occurring hormones in food, entails such a comprehensive and massive governmental intervention in nature and in ordinary lives of people as to reduce the comparison itself to an absurdity“, WT/DS 26 und 48/AB/R, 88, EuZW 1998, 163 (para. 221), (Hervorhebung C.G.).

47 Damit wies der Appellate Body den Bezug auf die Entscheidung Japan – Taxes on Alcoholic Beverages zurück, WT/DS8, DS10, DS11/AB/R.

48 Eins von vier beschlossenen Prinzipien besagt, daß ein Mitgliedstaat, der zwar keine Einwendung gegen das vorgeschlagene Schutzniveau habe, aber aus anderen Gründen (z. B. die ablehnende Haltung der Verbraucher, Sorge um die Nichteinhaltung der landwirtschaftlichen guten Praxis) eine unterschiedliche Auffassung habe, sich der Stimme enthalten solle, um die Beschlußfassung nicht zu verhindern. Hintergrund dieser Initiative waren gerade der EG-Verbraucherboykott gegen Hormonfleisch und die Zweifel an der Einhaltung der „guten landwirtschaftlichen Praxis“ in den USA, die Ende der 80er Jahre Anlaß der EG-Importverbote für US-Frischfleisch waren; dazu Eckert (Fn. 33), 363 (387).

49 Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat, 1994, S. 113, faßt die Kennzeichen wie folgt zusammen: fehlendes Erfahrungswissen, Entscheidungen nur im Rückgriff auf wissenschaftlichen Sachverstand, Verlust an Eindeutigkeit, notwendiger Rückgriff auf Wertungen, Bedeutungsverlust der kausalen Zurechenbarkeit; s. a. Ladeur, Das Umweltrecht der Wissensgesellschaft. Von der Gefahrenabwehr zum Risikomanagement, 1995, S. 79 f., 206 ff., 243 ff.; Köck, Risikovorsorge als Staatsaufgabe, AöR 1996, 1–24; Petersen, Schutz und Vorsorge, 1993, S. 316 ff.; Sunstein/Pildes, Reinventing the Regulatory State, Chicago Law Review 1995, 1–129 (46–72).

ship“) zwischen den Ergebnissen des Risk-Assessment und der staatlichen Maßnahme, insbesondere bei Maßnahmen des vorbeugenden Gesundheitsschutzes, sei den Anforderungen des SPS genügt<sup>50</sup>. Im konkreten Fall bewertete auch der Appellate Body die vorgelegten Untersuchungen für alle sechs Hormone als nicht ausreichend. Zum anderen erfordere Ungewißheit notwendigerweise eine Bewertung, die über die reinen naturwissenschaftlich bekannten Fakten hinausgehen muß. Deshalb könne eine rechtliche Maßnahme nicht schlicht aus dem wissenschaftlichen Ergebnis abgeleitet werden. Bei Erlaß der Maßnahme sei die Realität (Nichteinhaltung der Standards durch die Erzeuger, hier die „gute landwirtschaftliche Praxis“) ebenso zu berücksichtigen wie Wertentscheidungen (Ablehnung der Bevölkerung). Dazu führt der Appellate Body aus:

„It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Art. 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die<sup>51</sup>.“

Diese Analyse verdient uneingeschränkte Zustimmung. Allerdings offenbart sich auch hier das Spannungsverhältnis zwischen den (unverbindlichen) rein naturwissenschaftlich begründeten FAO/WHO-Grenzwerten und den wertungsoffenen, nationalen Politikentscheidungen – eine Spannung, die das SPS-Abkommen zugunsten der mitgliedstaatlichen Regulierung auflöst.

#### bb) Verhältnismäßigkeitsgrundsatz

Sowohl Panel als auch Appellate Body prüfen, ob das Hormonverbot geeignet ist, das Ziel „Gesundheitsschutz“ zu erreichen. Nach der deutschen verwaltungsrechtlichen Dogmatik ist dies die erste Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung. Beide Organe prüfen zweierlei: zum einen muß die Maßnahme mit den wissenschaftlichen Befunden in Verhältnis stehen (Art. 5 Abs. 1 SPS), zum anderen muß die Maßnahme mit der national verfolgten Schutzpolitik konsistent sein (Art. 5 Abs. 5 SPS), d. h. für unterschiedliche Regelungen in vergleichbaren Situationen muß der regulierende Staat gute Gründe vorweisen. Sich zur zweiten Stufe der Verhältnismäßigkeitsprüfung, der Erforderlichkeit, und damit der Frage, ob ein milderes Mittel denkbar ist (Art. 5 Abs. 4 und 6 SPS), zu äußern, bestand kein Anlaß, hatte doch das Panel ausgeführt, daß es bei Karzenogenität das mildere Mittel der Grenzwertsetzung mangels Schwellenwert nicht geben könne. Beide Organe stimmen darin überein, daß der Geeignetheitstest keine „legal obligation of consistency of appropriate level of protection“ sei, sondern nur ein Willkürtest. Diese Aussage darf nicht als Absage an den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit<sup>52</sup> mißverstanden werden<sup>53</sup>. Mit den Worten deutscher verwaltungsrechtlicher Dogmatik ist dies vielmehr so zu verstehen, daß Panel und Appellate Body die Begriffe „appropriate“ und „arbitrary“ nicht für voll justitiable „unbestimmte Rechtsbegriffe“ halten, sondern ein „rechtsfolgenseitiges Ermessen“ annehmen, dessen Überprüfbarkeit sich auf Willkürfreiheit reduziert<sup>54</sup>.

Diese Argumentation ist dem europäischen Verhältnismäßigkeitstest des EuGH vergleichbar. In der bekannten Entscheidung zum deutschen Reinheitsgebot bei Bier<sup>55</sup> z. B. verglich der EuGH das deutsche Verwendungsverbot für bestimmte Zusatzstoffe bei Bier mit der grundsätzlichen

Zulassung derselben Stoffe nach der Zusatzstoff-Zulassungsverordnung für andere Lebensmittel. Für diese Differenzierung sah er keine ausreichende Begründung und bejahte deshalb einen Verstoß gegen Art. 30 EGV.

Allerdings bestehen grundsätzliche Zweifel daran, inwieweit Maßnahmen der Europäischen Gemeinschaft im Rahmen der WTO einer Konsistenzkontrolle zugänglich sind. Zur Integration des Binnenmarktes wandte die EG lange Zeit das Instrument der vertikalen Harmonisierung an, nach der detaillierte Standards für bestimmte Produkte europaweit einheitlich bestimmt wurden. Durch die „Neue Konzeption“<sup>56</sup>, die sich von der Detailregulierung ab- und der Zielregulierung zuwendet, sind diese partikularen Regelungen zwar seltener geworden. Bereichsbezogene Harmonisierung charakterisiert gleichwohl noch immer das Bild europäischer Regulierung<sup>57</sup>. Eine solche Detailregulierung ist notwendigerweise gemessen an einer einzigen „Schutzpolitik“ inkonsistent. Auslassungen sind die Regel<sup>58</sup>. Da die nationalstaatliche Entscheidung für ein höheres Schutzniveau dem Grunde nach unangetastet bleibt<sup>59</sup>, kann sich aus der Außenperspektive ein mosaikhaftes Schutzprofil ergeben. Die auf Basisharmonisierung abzielende Regulierungstätigkeit der EG ist mithin einer originär staatlichen Schutzregulierung nicht vergleichbar. Werden diese Unterschiede außer acht gelassen, könnte die Rationalität der oberflächlich rechtsstaatlichen Geeignetheitsprüfung Schutzstandards für Gesundheit und Umwelt in Frage stellen. Aufgrund dieser Überlegungen ist eine restriktive Anwendung des Geeignetheitstests, der sich auf Willkürkontrolle beschränkt, angezeigt.

#### cc) Verschleiertes Handelshemmnis

Dem Problem der Feststellung, ob die Maßnahme ein verschleiertes Handelshemmnis sei, begegnen beide Organe auf unterschiedlichen Wegen. Das Panel liest aus Art. 5 Abs. 1 ein „prozedurales Minimum“ heraus, nach dem der Staat nachweisen muß, daß er bei Erlaß der Maßnahme tatsächlich das Risk-Assessment berücksichtigt habe („taken into account“). Eine verschleierte Handelsbe-

50 WT/DS 26 und 48/AB/R, 77 f., EuZW 1998, 161 (para. 192–194).

51 WT/DS 26 und 48/AB/R, 74, EuZW 1998, 161 (para. 187).

52 Die Anwendbarkeit des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes im GATT bejahend: *Petersmann*, Umweltschutz und Welthandelsordnung im GATT, OECD- und EWG-Rahmen, EA 1992, 264; dagegen: v. *Bogdandy* (Fn. 36), so wohl auch *Barceló III.* (Fn. 8), 773. Wie *Barceló* auch *Jackson*, *Washington and Lee Law Review* 49 (1992), 1227–1259 (1238).

53 So indes *Hilf/Eggers* (Fn. 6), 562; *Eggers* (Fn. 1), 150.

54 Damit ist das zugrundeliegende Problem vergleichbar der juristischen Kontrolle exekutiver Prognose- und Ermessensentscheidungen, aus der sich sowohl der Supreme Court der USA als auch das deutsche BVerwG in den 80er Jahren auf eine Willkürkontrolle zurückgezogen haben, siehe BVerwGE 75, 234 und BVerwGE 71, 342; *Morrison v. Olson*, 108 S.Ct. 2597 (1988).

55 Rs. 178/84, Urt. v. 12. 3. 1987 – Rs. 178/84, Slg. 1987, 1227, RIW 1987, 394, Deutsches Reinheitsgebot für Bier.

56 ABl. C 136/1985, 1.

57 Siehe z. B. die einzelstoffbezogene Grenzwertsetzung im Wasserschutzrecht (statt Gruppenparametern), zu den jüngsten Anstrengungen zur „Prioritarisierung von gefährlichen Stoffen, die für die aquatische Umwelt relevant sind“, siehe KOM (97), 49.

58 Ein anderes Beispiel ist die fehlende Regulierung des gentechnisch veränderten Wachstumshormons rBST (Rekombinantes Bovines Somatotropin) – gemessen an dem Verbot der diskutierten sechs Hormone; dieses Beispiel diskutiert *Engels*, Die Codex-Alimentarius-Kommission und der Einsatz von Hormonen in der Tierernährung, (Hrsg. Forum Umwelt und Entwicklung), 1996, S. 16.

59 Gebunden an den normativen Rahmen des EGV und an die Vorabnotifizierung, siehe z. B. Art. 130 t EGV.

schränkung sei dann im Rahmen von Art. 5 Abs. 5 bereits indiziert, wenn die unterschiedliche Maßnahme willkürlich ist. Eine Qualifizierung, ob eine Maßnahme „handelsbeschränkend“ ist, wird so umgangen. Der Appellate Body sieht hingegen im Vertragsrecht keine Grundlage für ein prozedurales Erfordernis. Eine Unterscheidung danach, ob ein bestimmter Ministerialbeamter tatsächlich die Untersuchung berücksichtigt habe, liefe auf eine Subjektivierung hinaus, die vom Abkommen nicht beabsichtigt sei. Dafür mißt der Appellate Body dem Merkmal des „verschleierte[n] Handelshemmnisses“ nach Art. 5 Abs. 5 SPS eine eigenständige Bedeutung zu. Maßstab dafür sei, ob der regulierende Staat die protektionistische Wirkung intendiert habe.

In beiden Ansätzen spiegeln sich Überlegungen der Uruguay-Neuordnungsdebatte<sup>60</sup>. In der konkreten Umsetzung vermag aber weder die Auslegung des Panels noch die des Appellate Body zu überzeugen. Die Auslegung des Panels führt zu einem überzogenen Prüfungsmaßstab, da jede willkürliche Maßnahme bereits vertragswidrig wäre. Die Auslegung des Appellate Body führt zu einem unzureichend strengen Test, da ein eindeutiges Protektionsziel bei Schutzpolitiken im Bereich Umwelt und Gesundheit in den seltensten Fällen nachweisbar sein wird.

Eine Evidenzkontrolle ist dem Wortlaut nach allerdings gewollt. Einen zutreffenden Maßstab eröffnet folgende Auslegung in Kombination beider Ansätze: Ausgangspunkt muß das grundlegende Regulierungsrecht der Mitgliedstaaten sein, das das SPS ausdrücklich unberührt läßt (im Unterschied zum – bisherigen – Art. 30 EGV). Aufgabe des SPS ist es, die darin liegende Gefahr verschleierter Handelshemmnisse einzudämmen. Dazu sieht es folgende Schritte vor: Wo ein Mitgliedstaat – trotz des vorrangigen Ziels der Harmonisierung – eigene Regelungen setzen will, erfolgt eine Willkürkontrolle. Instrument dafür ist das Risk-Assessment des Art. 5 SPS. Dieses Instrument ist der Anlage nach eine Willkürkontrolle, der Struktur nach ein Verfahrensinstrument<sup>61</sup>. Eine materielle Kontrolle der Angemessenheit ist konzeptionell ausgeschlossen, da es im Bereich des Nichtwissens keinen verlässlichen Beurteilungsmaßstab geben kann. Deshalb sollte das Verfahrenskonzept zur Grundlage der Willkürkontrolle gemacht werden. Dadurch wird die unmögliche materielle Kontrolle substituiert durch Transparenz- und Rationalitätsanforderungen an das Risk-Assessment<sup>62</sup>. Es zwänge die Staaten, ein offenes Verfahren einzuhalten und ihre Gründe offenzulegen. Hat der Staat dargetan, daß er ein Risk-Assessment durchgeführt hat und bestehen objektive Bezugspunkte zwischen Risk-Assessment und Maßnahme, ist der Verdacht erschüttert, daß eine verschleierte Protektionsmaßnahme vorliege. Diese Auslegung des „verschleierten Handelshemmnisses“ in Art. 5.5 SPS entspricht nicht nur dem Regelungszusammenhang (Art. 5 SPS), es entspräche auch dem Regelungsziel des SPS: Abbau von verschleierten Handelshemmnissen bei Aufrechterhalten nationaler Regelungskompetenzen durch das formale Instrument des Risk-Assessment.

Vergleichbar wäre dieses prozedurale Erfordernis der Begründungspflicht der Europäischen Kommission nach Art. 190 EGV<sup>63</sup>, die sich unter der EuGH-Rechtsprechung zu einer Evidenzkontrolle entwickelt hat, die der Strenge des Verhältnismäßigkeitsprinzips nicht vergleichbar ist, aber die Maßnahme einer gerichtlichen Prüfung

zugänglich macht. Ein prozedurales Erfordernis könnte auch ein Weg sein, zu einer differenzierten Bewertung der im Rahmen von Art. III GATT erlaubten Produktstandards und verbotenen Prozeßstandards zu kommen. Hier läge Potential, eine Differenzierung nicht mehr nach der leidigen dogmatischen Unterscheidung<sup>64</sup> vornehmen zu müssen.

### 3. Verhältnis von EG- und GATT(SPS)-Recht

Nachdem die Verfahren um die EG-Bananen-Verordnung das Augenmerk auf die Möglichkeiten und Grenzen eines wirksamen Grundrechtsschutzes gegen GATT-widriges Gemeinschaftsrecht gelenkt haben<sup>65</sup>, beleuchtet das Hormonfleischverfahren umgekehrt die Frage, wie sich legitime Rechtsetzungskompetenz gegen partikuläre Importinteressen durchsetzen kann. Auszuloten gilt das schwierige dreipolige Verhältnis von Export-/Importinteressen der Wirtschaftsteilnehmer, Freihandelsgarantie/Protektionismus und notwendige Schutzpolitik für Umwelt und Gesundheit. Nationale Schutzstandards können dabei als verschleierte Protektionsmaßnahmen zu GATT-widrigen Handelshemmnissen werden.

Diese schwierige Balance beschäftigt die Europäische Gemeinschaft seit ihrem Entstehen und wird nun, nach Konsolidierung als Welthandelsorganisation und nach Verabschiedung des Dispute-Settlement Agreement, die WTO in verstärktem Maße umtreiben. Die Diskussion um Grundrechtsschutzlücken im internationalen Wirtschaftsrecht, der unmittlerbaren Anwendbarkeit und der Gewährleistung subjektiver Rechte durch die GATT-Ordnung<sup>66</sup> machen deutlich, daß über der nationalen und der europäischen Rechtsebene eine dritte Ebene im Entstehen begriffen ist. Die vorliegende Entscheidung hat für diesen Prozeß eine zweifache Bedeutung: Zum einen übt der Appellate Body gerade im Vergleich zur Panel-Entscheidung Zurückhaltung bei der justitiellen Kontrolle mitgliedstaatlicher Regelungen und signalisiert damit, daß die Streitentscheidungsorgane nicht die Rolle eines Integrationsmotors übernehmen werden, die der Europäische Gerichtshof für die Europäische Gemeinschaft eingenommen hatte. Dies ist angesichts moderner Regulierungs-

60 Zum „minimum standard scientific justification approach“ siehe *Jackson*, *Washington and Lee Law Review* 49 (1992), 1239; zur „intention“ bei „disguised discrimination“ siehe *Barceló III*. (Fn. 8), 761.

61 Insofern richtig vom Panel erkannt, siehe US Panel Report, para. 8.113; Kanada Panel Report, para. 8.116.

62 Dies wurde richtig vom Appellate Body herausgearbeitet, WT/DS 26 und 48/AB/R, 77 ff., EuZW 1998, 161 (para. 193) („reasonable support“).

63 Dazu *Shapiro*, *The Giving Reason Requirement in European Community Law*, *University of Chicago Legal Forum* 1992, 179–220.

64 Aus dem umfangreichen Schrifttum dazu siehe nur: *Steward*, *Environmental Regulation and International Competitiveness*, *Yale L.J.* 104 (1991), 2039, und den Sammelband unter der Herausgeberschaft von *Cameron/Demaret/Geradin*, *Trade and the Environment, The Search of Balance*, 1994; *Housmann*, *NAFTA's Lessons for Reconciling Trade and Environment*, *Stanford Journal of International Law* 30 (1994), 379–422; *Petersmann*, *International and European Trade and Environmental Law after the Uruguay Round*, 1995, S. 40 ff.; *OECD*, *Trade and Environment: Process and Production Methods*, 1994.

65 Siehe nur *Pernice*, *Grundrechtsschutz im Bananenstreit: die Wende*, *EuZW* 1997, 545; *Petersmann*, *Darf die EG das Völkerrecht ignorieren?* *EuZW* 1997, 325–331.

66 Siehe dazu *Stoll*, *Die WTO: Neue Welthandelsorganisation – neue Welthandelsordnung*, *ZaöRV* 1994, 241–339 (266); *ders.*, *Freihandel und Verfassung. Einzelstaatliche Gewährleistung und konstitutionelle Funktion der Wirtschaftsordnung (GATT/WTO)*, *ZaöRV* 1997, 83–146, 132 ff.; *Petersmann* (Fn. 65); *ders.*, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, 1991.

theorien, die die Flexibilisierung und Transparenz von Entscheidungen sowie die Revidierbarkeit von Fehlentscheidungen in den Mittelpunkt stellen<sup>67</sup>, zu begrüßen. Andererseits wird deutlich, daß die WTO-Organe die ihnen durch das Dispute-Settlement-Agreement zugewiesenen Aufgaben ausfüllen werden. Die internationale Kooperation wird sich dadurch zunehmend an rechtsstaatlichen Maßstäben messen lassen müssen. Dem ist angesichts der gewachsenen Bedeutung international vorabentschiedener Fragen nichts entgegenzuhalten.

#### IV. Zusammenfassung

Die tragenden Gründe der Entscheidung verdienen Zustimmung. Die Regulierungskompetenz weist der Appellate Body trotz (oder gerade) internationaler Harmonisierungsanstrengungen den Staaten zu. Er unterwirft sie einer strikten Mißbrauchskontrolle, der sich die Staaten durch die Zeichnung der internationalen Verträge selbst unterworfen haben, hier dem Risk-Assessment des SPS-Abkommens. Diese Kontrollfunktion nehmen die Streit-schlichtungsorgane der WTO wahr, gestärkt durch die verrechtlichten Strukturen des Dispute-Settlement<sup>68</sup>. Eine Grenze findet diese Kontrolle im fehlenden Initiativrecht der Organe der WTO.

Allerdings haben die beiden Reports von Panel und Appellate Body auch Herausforderungen aufgezeigt. Zum einen ist der Maßstab problematisch, an dem der Mißbrauch von EG-Recht gemessen werden kann. Ein Geeignetheitstest, der nach der Konsistenz der Schutzpolitik im Vergleich zu anderen Regelungen fragt, erscheint bei einer auf eine „Basisharmonisierung“ abzielenden Regulierungstätigkeit, wie sie von der EG verfolgt wird, nur in eingeschränktem Maße sinnvoll. Die Spezifika des EG-Rechts sperren sich insoweit gegen eine Konsistenzkontrolle. Zum anderen weisen die Reports auf die Probleme der Transformation international unverbindlicher Konsul-

tationen zu bindenden Entscheidungen hin. Die sich dadurch ergebenden Legitimitätsanforderungen bedürfen der rechtlichen Aufarbeitung. Durch die Stärkung des Streitschlichtungsverfahrens ist im Sinne „rechtsstaatlicher“ Kontrolle der staatlichen Maßnahmen ein wichtiger Schritt getan. Die heftige Debatte um die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht verstärkt diesen Prozeß hin zu rechtsstaatlichen Strukturen innerhalb der WTO<sup>69</sup>. Nun verdienen die Verfahren und Entscheidungen eine kritische Analyse, an die die Staaten durch die WTO-Verträge gebunden werden.

67 Ladeur, Postmoderne Rechtslehre, 2. Aufl. 1995.

68 BGBl. II 1994, 1749. „Diese rein rechtliche Beilegung des alten Hormonkonfliktes mit Hilfe des streng ausgelegten neuen SPS illustriert wie wohl kein anderer Fall den Weg des GATT vom ‚power-oriented‘ zum ‚rule-oriented‘ System mit gerichtähnlicher Streitbeilegung“; *Hilf/Eggers* (Fn. 6), 563; *Petersmann*, The Dispute Settlement System of the World Trade Organisation and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System since 1948, CMLR 1994, 1157–1244 (1241); *ders.*, The GATT/WTO Dispute Settlement System, 1997; *Kohona*, Dispute Resolution under the World Trade Organisation, Journal of World Trade 1994, 23–47; *Jackson*, The WTO-Dispute Settlement Understanding – Misunderstandings on the Nature of Legal Obligation, AJIL 1997, 60–64; *Jansen*, Die neue Welthandelsorganisation, EuZW 1994, 333–337; *Stoll* (Fn. 66), ZaöRV 1994, 266; *ders.*, (Fn. 66), ZaöRV 1997, 132 ff.

69 Sowohl in der Dimension der unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht durch nationale Gerichte als auch in der subjektive Rechte gewährenden Dimension: Zur unmittelbaren Anwendung von Art. XI GATT 94 (keine Übertragbarkeit der Rspr. GATT 47) *Becker-Celik*, EWS 1997, 12 (14); *Weber*, Wirtschaftsabkommen im System der Europäischen Gemeinschaft – Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, AVR 1997, 295–315 (S. 310); *Ritter*, Das WTO-Abkommen und seine Auswirkungen auf das Deutsche und Europäische Lebensmittelrecht – Hormonrückstände in Lebensmitteln als künftiger Standard?, EuZW 1997, 133–138 (S. 136); *Meng*, Gedanken zur Frage der unmittelbaren Anwendung von WTO-Regeln in der EG, in: Festschrift für Rudolph Bernhardt 1995, S. 1063–1086; *Stoll* (Fn. 66), ZaöRV 1997, 136 f. und 138 f.; *Oehmichen*, Unmittelbare Anwendbarkeit der völkerrechtlichen Verträge der EG, 1992. Indes ist die unmittelbare Anwendbarkeit des TRIPS-Übereinkommens unstreitig: siehe Begründung der Bundesregierung zum Vertragsgesetz nach Art. 59 II GG, BT-Drs. 12/7655 (neu), 337. Allgemein zur unmittelbaren Anwendung: *Jackson*, World Trade Rules, Washington and Lee Law Review 1992, 1227 (S. 1268).

## Rechtsprechung der EG-Gerichte

### ■ Verpflichtung eines Vertriebshändlers zur Ausfuhr in ein Drittland bei Bestehen eines selektiven Vertriebssystems

Verbot der Wiedereinfuhr und des Verkaufs in der EG als Beeinträchtigung des innergemeinschaftlichen Handels

EuGH, Urteil vom 28. 4. 1998 – Rs. C-306/96; Javico International und Javico AG gegen Yves Saint Laurent Parfums SA (YSLP)

Urteilstenor

1. Artikel 85 Absatz 1 EG-Vertrag verbietet es, daß ein in einem Mitgliedstaat ansässiger Lieferant einem in einem anderen Mitgliedstaat ansässigen Vertriebshändler, dem er den Vertrieb seiner Erzeugnisse in einem Gebiet außerhalb der Gemeinschaft überträgt, jeden Verkauf in einem anderen Gebiet als dem Vertragsgebiet, einschließlich des Gebietes der Gemeinschaft, sowohl durch Direktverkauf als auch durch Rücklieferung aus dem Vertragsgebiet, untersagt, wenn dieses Verbot die Verhin-

derung, Einschränkung oder Verfälschung des Wettbewerbs innerhalb der Gemeinschaft bewirkt und die Handelsströme zwischen Mitgliedstaaten zu beeinträchtigen droht. Dies kann der Fall sein, wenn der Gemeinschaftsmarkt der betreffenden Erzeugnisse durch eine oligopolistische Struktur oder durch einen spürbaren Unterschied zwischen den innerhalb und den außerhalb der Gemeinschaft praktizierten Preisen der Vertragserzeugnisse gekennzeichnet ist und wenn angesichts der Bedeutung der Stellung des Lieferanten der betreffenden Erzeugnisse, des Umfangs seiner Erzeugung und seines Absatzes in den Mitgliedstaaten die Gefahr besteht, daß das Verbot die Handelsströme zwischen den Mitgliedstaaten spürbar in einer Weise beeinflusst, die der Verwirklichung der Ziele des Gemeinsamen Marktes abträglich sein kann.

2. Klauseln, die einem Vertriebshändler die direkte Vermarktung der Vertragserzeugnisse, die er vertragsgemäß in Drittländern zu verkaufen hat, in der Gemeinschaft und ihre Rückausfuhr in die Gemeinschaft untersagen, sind nicht deshalb vom Verbot des Artikels 85 Absatz 1 des Vertrages ausgenommen, weil der in der Gemeinschaft ansässige Lieferant seine Erzeugnisse innerhalb der Gemeinschaft über ein selektives Vertriebs-