

Armin von Bogdandy

Verfassungsrechtliche Dimensionen der Welthandelsorganisation

i. Teil: Entkoppelung von Recht und Politik*

Das WTO-Recht lockert das Band zwischen Recht und Politik auf ebenso einmalige wie problematische Weise. Der erste Teil des Beitrags geht in kritischer Absicht den einzelnen Aspekten dieser Lockerung in der Tradition der Verfassungslehre nach und präsentiert dazu zentrale Bereiche des WTO-Rechts, insbesondere das Streitschlichtungsverfahren. Der zweite Teil hingegen wird in konstruktiver Absicht zunächst verschiedene Strategien des Umgangs mit dieser Entkoppelung erarbeiten. Es werden dann in der Konkretisierung des Modells koordinierter Interdependenz Interpretationen des WTO-Rechts vorgeschlagen, die – zumeist an das WTO-Berufungsgremium anknüpfend – dem Grunddilemma der WTO begegnen. Abschließend wird gezeigt, wie sich hierin eine innovative Realisierung des demokratischen Prinzips in der globalisierten Weltwirtschaft abzuzeichnen beginnt.

Die Red.

1. Einleitung

Recht und Politik sind – so eine Kernaussage zeitgenössischen Verfassungsdenkens – unterschiedliche und zu trennende soziale Phänomene, die jedoch in enger Wechselwirkung stehen.¹ 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 begriffen.² Der weitgehende Mangel entsprechender Institutionen auf internationaler Ebene gilt vielen als Beleg für die zweifelhafte Rechtsqualität des Völkerrechts.³

* Gekürzte, aber fortentwickelte deutsche Fassung eines Artikels, der im Max Planck Yearbook of United Nations Law 5 (2001) erscheint. Meinen Mitarbeitern Felix Arndt, Jürgen Bast, Eric Pickett, Uwe Sauberlich und Isa Weylknecht-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 ff.; 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.

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 aufweisen.⁴ 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 Fragen überlagert und das Potential zu erheblichen inhaltlichen Konflikten hat.⁶ 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 führt.⁷ Nicht wenige interpretieren das WTO-Recht als deregulierendes Regelwerk, das privaten Akteuren neue Möglichkeiten bietet, eigene Rechtsregime auszubilden.⁸ 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 begreifen.⁹

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, Rdn. 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. von Bogdandy, *Rechtsgleichheit, Rechtersicherheit und Subsidiarität im transnationalen Wirtschaftsrecht*, EuZW 2001, 357, 362 ff.; weitere Nachweise in Fn. 100.

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. Streeck (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, 812, 841; J. Esser, *Der kooperative Nationalstaat im Zeitalter der Globalisierung*, in: D. Döring (Hrsg.), *Sozialstaat in der Globalisierung*, 1999, 117, 134, 137; G. Tenner, *Privatregimes: Neo-Spontanes Recht und duale Sozialverfassung in der Weltgesellschaft*, in: D. Simon and M. Weiss (Hrsg.), *Iber 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. Wallace/M. Sforza, *Whose Trade Organisation?*, 1999, 3, 217 ff., wenngleich letzteres Werk ob seiner Einseitigkeit und wohl gezielter Fehlinformationen kaum wissenschaftlichen Ansprüchen genügt.

Die Befürchungen, 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 bedürfen.¹⁰ 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.

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 Bereich.¹¹ Über diese drei – abschließend verstandenen – innerstaatlichen Funktionen hinaus wird zuweilen eine weitere auswärtige Funktion postuliert.¹² Art. III WTO, der die Aufgaben der WTO auftüftet, 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

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.«

¹¹ G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl. 1928, 609 ff.; G. Zimmer, Funktion – Kompetenz – Legitimation: Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes, 1979, 31 ff.

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

als eine neue Strategie der Durchsetzung gesehen werden,¹³ die Elemente der Exekutive und Judikative 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 Rechtsprechung.¹⁵ 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 Rechtsprechungsfunktion;¹⁶ 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 sind,¹⁷ 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 ist.¹⁸ Besonders bedeutsam ist jedoch drittens, daß eine unterlegene Partei es nicht verhindern kann, daß der Bericht eines Streitbeilegungs-

¹³ M. Bothe, Neue und alte Konzepte der Durchsetzung des Humanitären Völkerrechts, in: V. Epping (Hrsg.), *FS Knut Ipsien*, 2000, 23, 37 ff.; T. Marauhn, Towards a Procedural Law of Compliance Control in International Environmental Relations, *ZaORV* 56 (1996), 696, 707. Diese Strategie ist eine spezifische und recht erfolgreiche Vorgehensweise im internationalen Recht, um Rechtsgehorsam ohne zentralisierte Zwangsmaßnahmen zu erreichen.

¹⁴ http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tomis_e/tomor_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. Matroidis/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 »Gerichte« 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.

organs 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 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 (Streitbeilegungs-Panel und Berufungsgremium (Appellate Body)) als unabhangige rechtsprechende Organe angesehen werden.¹⁹ Mit der WTO wurde ein Rechtskorpus geschaffen,²⁰ der obligatorisch von unabhangigen gerichtsförmigen Organen angewandt wird.²¹

Das Recht einiger Mitglieder verstärkt die eigenständige Entwicklung des WTO-Streitbeilegungssystems durch die Einbeziehung Privater. Zwar können gem. Art. 1 Abs. 1, Art. 10 Abs. 2 DSU nur Staaten Partei vor den WTO-Streitbeilegungsorganen sein.²² 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 EU.²⁴ Diese Normen stärken das WTO-Streitbeilegungsverfahren, 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 Streitbeilegungsverfahren steht.²⁵

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

¹⁹ Vgl. auch Art. 8 Abs. 9, § 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/DS 2/9, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, 17; Mavroidis/Palmeter (Fn. 15), 36. Zu früheren Tendenzen, das GATT als eigene Rechtsordnung zu verstehen, vgl. W. Benedek, *Die Rechtsordnung des GATT aus volkerrechtlicher 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), 193 f., 195 ff.

²³ Näher M. Nestesheim, 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. 3286/98 des Rates vom 22. 12. 94, ABl. FG 1994 I. 41, 3; eine ausführliche Analyse bei M. Bronckers/N. McNeils, *The EU Trade Barriers Regulation Comes of Age*, in: A. von 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/DS 44/R, *Japan – Measures Affecting Consumer Photographic Film and Paper*.

folgt: der unpolitischen und deduktiven 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 dieser 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 vorsieht,²⁶ 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 Verträge.²⁷ In beiden Fällen ist die Zustimmung der Mitglieder – üblicherweise nach der parlamentarischen Billigung – unerlässlich.²⁸

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.

a. Völkerrechtliche Übereinkommen und demokratisches Prinzip

Die Nachteile dieser Form der Rechtesetzung sind bekannt²⁹. Im Hinblick auf das demokratische Prinzip ist eine Rechtesetzung 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 Verständnissen,³¹ ist praktisch kaum möglich.³² Die Autonomie der gubernativ-administrativen Eliten ist somit weit größer als im nationalen politischen Prozeß.³³

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 abschirmt.³⁴ 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 verbessern.³⁶

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 wurden.³⁷ Dies ist besonders kritisch, weil so Jackson, die Übereinkunft potentiell tiefgreifende Auswirkungen auf Wohlstand und Beruf von Milliarden von Bürgern hat.³⁸ 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 Be-

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 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 99, 155, 183.

32 Hinsichtlich der Bestrebungen, die Beteiligung von NGOs in der Arbeit der WTO zu fördern, G. Marcau/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, Regieren 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. Crag/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.

trachtung. Im zeitgenössischen Verfassungsstaat bedeutet Recht *positives Recht*.³⁹ Das wesentliche Charakteristikum der Positivität ist der Zugriff und die Verantwortlichkeit der Legislative für dieses Recht:⁴⁰ 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 korrigieren.⁴¹ 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 verändern.⁴² Unter allen Verfassungsordnungen ist dabei die Wirtschaft Gegenstand von Vorschriften, die durch einfache parlamentarische Mehrheit oder gar delegierte Rechtssetzung (Rechtsverordnungen) erlassen werden können: Die Möglichkeit schnellen Eingreifens ist sogar ein verfassungsrechtliches Prinzip der Ausgestaltung der Rechtssetzungsverfahren.⁴³

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 Rechtssetzung 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 Mehrheit.⁴⁴ 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 stützt.⁴⁵ 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

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. von Bogdandy, *Gouvernante Rechtssetzung*, 2000, 35 ff.

⁴³ Detailliert M. Hüff/M. Reuß, *Verfassungsfragen lebensmittelrechtlicher Normierung*, ZLR 1997, 289, 290 ff.; R. Schmidt, *Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft*, in: J. Isensee/P. Kirchhoff (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechtes 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.

diese 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* darstellt.⁴⁶

Das WTO-Recht stellt einen beispiellosen Schritt in der Entwicklung des internationalen Wirtschaftsrechts dar, da es weit über das GATT 1947 hinausgeht.⁴⁷ Erinnert 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 Urheberrechts,⁴⁸ 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 fortzuentwickeln.⁴⁹ 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. I-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 Verfassungen.⁵⁰ 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 vorsehen.⁵¹ Möglichen Anpassungsnoten können die Verfahren des Art. X WTO jedoch nicht genügen.

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, ÖRDO 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 (Fn. 48), 5, 8 ff.

⁵⁰ von Bogdandy (Fn. 42).

⁵¹ Z. B. legt Art. I 5 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

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-Drittelmehrheit 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 erfolgt.⁵¹

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 Recht.⁵²

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« verlangt die Darlegung der Entscheidungsgründe.⁵³ Jede Entscheidungsbegründung wird aber unweigerlich einen Rechtskorpus schaffen.⁵⁴ Der Aufbau eines entscheidungsgestützten Rechtskorpus wird auch durch Art. 3

veröffentlicht unter http://www.wto.org/english/tratop_e/ibc_e/tbc5.htm. Weitere Bestimmungen z. B. in Art. 2a 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 Einfuhrlizenzenverfahren; 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 dicke und oft beeindruckend diskursive juristische Ausführungen aufweisen. Die Bedeutung des Streitbeilegungsmechanismus wird noch deutlicher, bedenkt man, daß unter Berücksichtigung der vorgelegten politischen Verfahren über 230 Streitigkeiten behandelt worden sind, R. Abbott, *WTO disputes: the battles in the trade wars*, in: FS Ehlermann (Fn. 14), dort auch eine Analyse der Streitparteien.

⁵³ Hierzu Panel-Bericht, WT/DS 152/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.

⁵⁴ A. Ross, *Theorie der Rechtsquellen*, 1929, 283 ff.; M. Krielle, *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. Trachtenberg, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, Harvard ILJ 40 (1999), 333 ff.

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 einzubeziehen.⁵⁶ Auch wenn die Berichte als solche keine bindende Kraft über die Streitentscheidung hinaus haben, schaffen sie berechtigte Erwartungen und müssen deshalb bei künftigen Entscheidungen berücksichtigt werden.⁵⁷ 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 Globalisierung.⁵⁹ Dies kann man bezweifeln, nicht aber, daß die WTO nicht nur einen materiellen Rechtskorpus 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 nicht.⁶⁰

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-Rechtskorpus 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 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

⁵⁶ Bericht des Berufungsgremiums vom 4. Oktober 1996, WT/DS 8/AB/R, WT/DS 10/AB/R, WT/DS 11/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. Suberland/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 Schlüssefolgerungen führen würde, siehe unten Kap. III, 1.

Regelungen des Dienstleistungsverkehrs zu entwickeln.⁶¹ 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 beigemessen 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-Sekretariats.⁶² 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 konkretisiert.⁶³ 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 $\frac{3}{4}$ -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 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

⁶¹ Barth (Fn. 26), 273, 288.

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

⁶³ Jackson (Fn. 27), 43. WTO-Vorschriften gelten 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.

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 vorhanden.⁶⁵

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 müsse.⁶⁶

Im genannten Streitfall hatte der zuständige Ausschuß keine Entscheidung getroffen. 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

65 Das Berufungsgremium hat jedoch eine gewisse indirekte Kontrolle eingeführt, vgl. Bericht des Berufungsgremiums vom 9. September 1997, WT/DS 27/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/DS 90/AB/R, India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products.

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 könne.⁶⁷ Bei dieser Lesart bestünde ein Pramat 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 Unklaren.⁶⁸ Dennoch scheint der Subtext darauf hinzuweisen, daß die rechtsprechenden Organe unabhängig bleiben würden.⁶⁹ 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 Handelsrecht.⁷⁰ 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 nutzen.⁷¹ 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 hat.⁷² 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 zwischen den verschiedenen Organisationen, bedingt durch deren unterschiedliche Aufträge, Instrumente, Verfahren, Abschirmungsvoraussetzungen und Mitgliedschaften. Die Nutzung solcher Standards im Binnenmarktrecht der EU kann angesichts zahlreicher rechtlicher, verfahrensmäßiger

⁶⁷ Vgl. WT/DS 90/AB/R (Fn. 66), Ziff. 5, 114.

⁶⁸ Ebenda, Ziff. 18, 25.

⁶⁹ Ebenso R. House/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/DS 26/R/USA, EC; Bericht des Appellate Body, 16 January 1998, WT/DS 26/AB/R, WT/DS 48/AB/R; ausführlich A. von Bogdandy, Law and Politics in the WTO. Strategies to Cope with a Deficient Relationship, Max Planck UNYB 5 (2001), II 3 b.

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 können.⁷³

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 können.⁷⁴ 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 besteht.⁷⁵ 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 und Judikative – sind der Regelfall des internationalen Rechts.⁷⁶ Obligatorische Rechtsprechung wie in der WTO bleibt eine Ausnahme in globalen Insti-

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/DS 76/AB/R *Japan – Measures Affecting Agricultural Products*.

76 Vergleichende Untersuchungen in N. Blokker/H. Schermers (Hrsg.), *Proliferation of International Or-*

tutionen.⁷⁷ 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 werden.⁷⁸

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 Arbeitnehmerfreiheit⁷⁹ – kein Grundrecht nieder.⁸⁰ Der Unterschied ist keineswegs nur terminologischer, sondern substantieller Natur. Von höchster Bedeutung ist in diesem Zusammenhang der häufig überschene Vorbehalt des EuGH, daß die Warenverkehrsfreiheit nur dann direkt anzuwenden ist, wenn keine sekundärrechtliche Regelung besticht.⁸¹ Inhaltlich bedeutet dies, daß das politische System der EU im normalen Rechisetzungsprozeß den umstrittenen Sachverhalt anders regeln

ganizations. Legal Issues, 2001; Goldstein/Kahler/Kehane/Slaughn (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-1421, Rdn. 129; Rs. C-416/96, El-Yassini, Slg. 1999, I-1209, Rdn. 45.

80 M. P. Maduro, We, the Court, 1998, 76 ff., 78; P. Oliver, Free Movement of Goods, 1996, §§ 4–68 ff.; a. A. T. Oppermann, Europarecht, 2. Aufl. 1999, Rdn. 490. Mein Verständnis wird durch die Grundrechtecharta gestützt. In der 3. Erwähnung wird unterschieden zwischen gemeinsamen Werten und Grundrechten einerseits und den Grundfreiheiten andererseits. Auch ist die Warenverkehrsfreiheit nicht in die Charta als Grundrecht aufgenommen.

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

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 könnte.⁸² 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 verboten.⁸³ 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 haben.⁸⁴ 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 vorgesehen, denn es sind noch immer keine internationalen Verfahren absehbar, die ausreichende demokratische Legitimität für eine autonomisierte Rechtsetzung auf globaler Ebene garantieren könnten.⁸⁵ Zugleich steht jedoch außer Frage, daß internationaler Handel unerlässlich ist zur Ver-

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, Rdn. 44; Rs. C-350/97, *Monsees*, Slg. 1999, I-2921, Rdn. 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, § 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*, ZaoRV, 1998, 47 et seq.

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

besserung des globalen Wohlstands, der von den armen Ländern dringend benötigt und von den meisten Bürgern der reicherer 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 Strategien entwickeln, die mit diesem Dilemma umgehen. (Der 2. Teil folgt im nächsten Heft.)

281

Bertolt Brecht

Die Dreigroschenoper (1928) • Dreigroschenroman (1934)

Mit Kommentaren von Bodo Plachta und Iring Fetscher

Rechtsgeschichte ist Teil der Kulturgeschichte. Rechtsentwicklungen werden in der schöngestigten Literatur reflektiert, mitunter auch vorweggenommen. Umgekehrt vermögen juristisches Handwerk und juristisches Nachdenken häufig bei der Erschließung literarischer Werke zu helfen. Die Bände der Reihe »Recht in der Kunst« bieten diese Hilfestellung an: Literaturwissenschaftler, Juristen und Vertreter von Nachbarwissenschaften interpretieren literarische Werke und werfen dabei ein neues Licht auf das Verhältnis von Recht und Literatur. Die Werke selbst sind jeweils in der Fassung der maßgeblichen Ausgaben abgedruckt.

Dieser Band enthält Brechts »Dreigroschenroman« in der Fassung der Erstausgabe mit je einem Kommentar aus juristischer und literaturwissenschaftlicher Sicht.

2001, 622 S., geb. mit Schutzumschlag, 98,- DM, 86,- sFr,
ISBN 3-7890-6755-5

(Juristische Zeitgeschichte. Abteilung 6: Recht in der Kunst. Bd. 3)



NOMOS Verlagsgesellschaft
76520 Baden-Baden