
Welthandelsrecht und staatliche Regulierung im Umwelt- und Gesundheitsschutz – Der Fall „Australia Apples“

Rupert Schaefer*

Inhalt

A. Einleitung	557
B. Der Streit um neuseeländische Apfelexporte nach Australien	558
I. Das Verhältnis Australien – Neuseeland	558
1. Politische und wirtschaftliche Beziehungen	558
2. Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (ANZCERTA)	559
II. Das australische Importverbot	560
C. Die Theorie des SPS-Übereinkommens	562
I. Überblick über Rechte und Pflichten unter dem SPS-Abkommen	562
1. Anwendungsbereich	564
2. Verhältnis zu TBT und GATT	565
3. Rechte aus dem ÜSPS	565
4. Pflichten unter dem ÜSPS	566
a) Meistbegünstigung, Inländergleichbehandlung und Verbot der verschleierte Handelsbeschränkung, Art. 2.3	566
b) Regulatorische Konsistenz, Art. 5.5	567

* Rupert Schaefer LL.M., Referendar am Saarländischen Oberlandesgericht und wissenschaftliche Hilfskraft am Lehrstuhl für Öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht der Universität des Saarlandes von Prof. Dr. Werner Meng. Der vorliegende Beitrag ist die überarbeitete Fassung der Masterarbeit, die der Verfasser im Rahmen des Aufbaustudienganges „Europäische Integration“ am Europa-Institut der Universität des Saarlandes, Sektion Rechtswissenschaft, angefertigt hat. Der Beitrag profitierte von den Kommentaren und Anregungen von Márton Horányi, Michael Reiertsen und Dr. Jun Xiao LL.M. Besonders herzlicher Dank gebührt den Herren Prof. Dr. Michael J. Hahn LL.M., University of Waikato, Neuseeland, und Prof. Dr. Werner Meng.

c) Erforderlichkeit und angemessenes Schutzniveau, Art. 5.6, Art. 2.1	568
d) Wissenschaftlichkeitsgrundsatz, Wissenschaftlicher Nachweis und Gefahrbewertung („science test“), Art. 2.2 , 5.1, 5.2, 5.3, 5.7	569
(1) Art. 2.2 und Art. 5.1, 5.2	570
(a) Art. 2.2	571
(b) Art. 5.1, 5.2	571
(i) Gefahrbewertung („risk assessment“)	571
(ii) „Based on“	574
(2) Vorübergehende Maßnahmen, Art. 5.7	576
e) Harmonisierung, Art. 3	579
f) Gegenseitige Anerkennung, Art. 4.1	580
g) Anpassung an regionale Bedingungen, Art. 6	580
h) Transparenz, Art. 7 und Annex B	581
i) Verfahren, Art. 8 und Annex C	581
II. Kritische Würdigung des „science test“	581
1. Das ÜSPS als „postdiscriminatory WTO law“	582
a) „Standard of Review“	583
b) Tatsachenermittlung und Beweislastverteilung („burden of proof“)	585
(1) Ermittlung von Tatsachen	585
(2) „Burden of proof“	586
2. Begrenzung der regulatorischen Autonomie der WTO-Mitglieder	587
3. Förderung des Welthandels?	591
a) „Science“ als neutraler Schlichter: ein Mythos	593
b) Wissenschaft als technische Antwort auf normative Fragen	593
4. Bewertung	594
D. Zulässigkeit von SPS-Maßnahmen seitens Australien im Apfelstreit	597
E. Schlussbetrachtung	600

A. Einleitung

Die Schaffung und Aufrechterhaltung eines hohen Schutzniveaus in den Bereichen Gesundheit und Umwelt sind zentrale Anliegen moderner Risikogesellschaften¹. Auf dieses Ziel sind auch sogenannte sanitäre und phytosanitäre Schutzmaßnahmen gerichtet, welche einen klassischen Gegenstand staatlicher Regulierung darstellen und traditionell als unmittelbarer Ausfluss nationaler Souveränität angesehen werden.

Gleichzeitig sind solche Maßnahmen verschiedenen Disziplinen des Welthandelsrechts unterworfen, denn der Einfluss staatlicher Regulierung auf den internationalen Handel von Gütern ist ebenso anerkannt wie die gestiegene Bedeutung nicht-tarifärer Handelshemmnisse.² Aus diesen Gründen wurde im Rahmen der Uruguay-Runde ein eigenständiges Übereinkommen über Sanitäre und Phytosanitäre Maßnahmen (ÜSPS) ausgearbeitet, welches zwar ein Tätigwerden des Staates aus den genannten Erwägungen grundsätzlich als legitim anerkennt, es aber bestimmten Bedingungen unterwirft, im Bemühen, ein Gleichgewicht zwischen der Beibehaltung regulatorischer Autonomie und der Disziplinierung protektionistischer Maßnahmen zu erzielen.

Die für diese Ausbalancierung notwendige und diffizile Abgrenzung zwischen legitimem Schutz und verschleierte Handelsbeschränkung bzw. Protektionismus wird zum Einen durch den Umstand erschwert, dass unter den einzelstaatlichen Regelungen große Unterschiede bestehen und ganz unterschiedliche Ansichten vorherrschen, welches Schutzniveau akzeptabel und legitim ist. Musterbeispiele für diese tiefgreifenden Differenzen sind etwa die aktuellen Diskussionen um die Zulassung genmodifizierter Lebensmittel oder hormonbehandelten Fleisches. Zum Anderen handelt es sich typischerweise um präventive Schutzmaßnahmen, erforderlich ist also das Erkennen, Bewerten und Managen von Risiken. Diesem Prozess sind erhebliche Unsicherheiten immanent, insbesondere sobald es um die Behandlung neuartiger Risiken geht.

Die spezifischen Merkmale von SPS-Maßnahmen werfen nach alledem in besonderem Maße die Frage nach dem Verhältnis zwischen Welthandelsrecht und nationalem Recht, respektive der Achtung nationaler Souveränität, auf.³

Der vorliegende Beitrag unternimmt den Versuch, unter diesem Blickwinkel die Vorgaben des SPS-Übereinkommens für staatliche Maßnahmen des Gesundheits-

¹ Vgl. zu diesem Schlagwort *Beck*, Risikogesellschaft. Auf dem Weg in eine andere Moderne. Suhrkamp, Frankfurt a. M. 1986.

² *Weiß/Herrmann*, Welthandelsrecht, München, 2003, S. 199.

³ Vgl. zum Problemkreis grundlegend, *Jackson*, Sovereignty, the WTO and Changing Fundamentals of International Law, Cambridge, 2006, insbesondere zum Spannungsverhältnis zwischen nationaler und internationaler Regelungsbefugnis, S. 247.

und Umweltschutzes anhand eines aktuellen Fallbeispiels, nämlich dem Streit zwischen Neuseeland und Australien über ein umweltschutzpolitisch begründetes Importverbot für neuseeländische Äpfel, exemplarisch darzustellen. Insbesondere durch Berücksichtigung der einschlägigen Spruchpraxis der WTO-Streitbeilegungsorgane soll untersucht werden, welcher Spielraum den Staaten tatsächlich noch zur Regulierung offen steht.

In einem ersten Teil (B) werden die tatsächlichen Hintergründe der Fallstudie in aller Kürze dargestellt. Teil C beschreibt überblicksartig die Rechte und Pflichten, wie sie sich aus den einzelnen Vorschriften des SPS-Übereinkommens und ihrer Auslegung durch die bisherige Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane ergeben (I.). Sodann werden die beiden Kernelemente des SPS-Übereinkommens, Gefahrbewertung und Wissenschaftlicher Nachweis, einer kritischen Betrachtung unterzogen (II.). In einem abschließenden Teil (D) werden die zuvor erarbeiteten theoretischen Erkenntnisse auf den Beispielfall angewendet und geprüft, welche Maßnahmen Australiens mit den Vorgaben des SPS-Übereinkommens praktisch vereinbar sind.

B. Der Streit um neuseeländische Apfelexporte nach Australien

Der zugrundeliegende Streitfall spielt im Verhältnis zwischen den WTO-Mitgliedern Neuseeland und Australien (I.) und betrifft ein von Australien als Quarantänemaßnahme erlassenes Importverbot neuseeländischer Äpfel (II.).

I. Das Verhältnis Australien – Neuseeland

Neuseeland und Australien stehen traditionell in ausgesprochen engen politischen wie wirtschaftlichen Beziehungen (1.) Diese enge Verbundenheit manifestiert sich in dem Bestehen des regionalen Freihandelsabkommen ANZCERTA (2.)

1. Politische und wirtschaftliche Beziehungen

Die beiden Staaten bezeichnen sich selbst als „natürliche Verbündete“⁴, deren besondere Verbundenheit in der benachbarten geographischen Lage, ihrer historischen Entwicklung sowie gemeinsamen Wertvorstellungen und Institutionen Ausdruck findet. Die politischen Beziehungen zueinander genießen auf beiden Seiten

⁴ Vgl. http://www.dfat.gov.au/geo/new_zealand/nz_country_brief.html (alle im folgenden zitierten Internetseiten wurden zuletzt am 6.12.2006 besucht).

höchste Priorität; in sämtlichen Politikbereichen finden regelmäßige Konsultationen und inhaltliche Abstimmungen statt. In wirtschaftlicher Hinsicht besteht eine ausgeprägte Verzahnung beider Volkswirtschaften. Der trans-tasmanische Güterhandel belief sich im Jahre 2005 auf ein Volumen im Wert von 14,4 Milliarden Australische Dollar, die beiderseitigen Investitionen erreichten 2003 ein Niveau von 61,8 Milliarden Australische Dollar.⁵ Australien stellt für Neuseeland den wichtigsten Exportmarkt für Waren und Dienstleistungen dar, Neuseeland wiederum ist das wichtigste Ziel für australische Direktinvestitionen.⁶

2. Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement (ANZCERTA)

Institutionell basieren diese engen Verbindungen auf dem als „Australia New Zealand Closer Economic Relations Trade Agreement“ (ANZCERTA bzw. kurz CER)⁷ benannten Freihandelsabkommen, welches eine Freihandelszone im Sinne des Art. 28.8 lit. b) GATT errichtet. In Kraft getreten zum 1. Januar 1983, ersetzt es das ältere Freihandelsabkommen zwischen Neuseeland und Australien von 1966⁸ und ein Netz weiterer, damit im Zusammenhang stehender Abkommen; es führt die Öffnung der Märkte weiter und gewährt heute in Verbindung mit zusätzlichen bilateralen Übereinkommen⁹ den freien Verkehr von Gütern und Dienstleistungen.¹⁰ In seiner Gesamtheit schafft es ein bemerkenswertes Liberalisierungsniveau und ist nach Einschätzung der Beteiligten ökonomisch sehr erfolgreich.¹¹ Neben der Marktöffnung durch die Abschaffung aller Zölle und Abgaben¹² sowie dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen¹³ enthält es Regeln zum Wettbewerb, der Vergabe öffentlicher Aufträge¹⁴ und dem Dumping¹⁵. Konzipiert als „lebendiges“ Ver-

⁵ Vgl. *ibid.*

⁶ Vgl. *ibid.*

⁷ Für eine überblicksartige Darstellung vgl. <http://www.mfat.govt.nz/Trade-and-Economic-Relations/Trade-Agreements/Australia/index.php> sowie <http://www.fta.gov.au/default.aspx?FolderID=284>. Eine weiterführende Darstellung bietet *Sampson, The Closer Economic Relations Agreement between Australia and New Zealand*, Tokyo, 2003.

⁸ Abgekürzt NAFTA.

⁹ Unter anderem dem Agreement on Standards, Accreditation and Quality (ASAQ) sowie dem Trans-Tasman Mutual Recognition Arrangement (TTMRA).

¹⁰ Vgl. das Protocol on Trade in Services.

¹¹ Die durchschnittliche Steigerungsrate des Güterhandels seit 1983 beträgt 10 Prozent <http://www.fta.gov.au/default.aspx?FolderID=283&ArticleID=229>.

¹² Vgl. Art. 4, 5 CER.

¹³ Art. 5 CER.

¹⁴ Vgl. Art. 11 CER.

¹⁵ Art. 15 CER.

tragswerk mit dem Ziel eines einheitlichen Binnenmarktes¹⁶ hat das Freihandelsabkommen bislang drei Revisionen erfahren, zuletzt durch den Versuch, eine Reihe von nicht-tarifären handelsbeeinträchtigenden Maßnahmen zu harmonisieren. Hierzu zählt auch – für die Fallstudie relevant – der Bereich Quarantäne.

So konkretisiert das „Protocol on Harmonisation of Quarantine Administrative Procedures“¹⁷ die unter Art. 18 lit. c) CER bestehende Ausnahmebestimmung. Artikel 18 lit. c) erklärt Maßnahmen für zulässig, welche erforderlich sind, um die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zu schützen, solange sie nicht als Mittel willkürlicher oder ungerechtfertigter Diskriminierung oder aber verschleierter Handelsbeschränkung missbraucht werden.

Nach den Bestimmungen des Protokolls sind grundsätzlich internationale Standards – soweit existierend – als Ausgangspunkt für diese Quarantänemaßnahmen heranzuziehen. Wo immer möglich, sollen etwaige Beschränkungen nur für bestimmte Regionen, also nicht landesweit eingeführt werden. Daneben sieht das Protokoll unter anderem die Einrichtung einer gemeinsamen Beratungsgruppe zur Harmonisierung der materiellen Quarantänenvorschriften sowie zur Ausarbeitung eines gemeinsamen Standards und Verfahrens für Quarantäneuntersuchungen vor.

Bemerkenswert und in Anbetracht des erreichten Liberalisierungsniveaus geradezu kurios ist der Umstand, dass unter dem ANZCERTA-Abkommen keine spezifischen Regeln zur Streitbeilegung bestehen. Es finden somit die hergebrachten Regeln des Völkerrechts über die Durchsetzung vertraglicher Pflichten Anwendung.

II. Das australische Importverbot

Gegenstand des Streites ist eine von Australien erlassene Quarantänemaßnahme, d.h. das generelle Importverbot für Äpfel mit Herkunft Neuseeland. Nachdem im Jahr 1919 in der Region um Auckland die Kernobst-Krankheit Feuerbrand ausgebrochen war, wurde schon 1921 ein Importverbot erlassen, welches bis heute ohne Unterbrechung fortbesteht.¹⁸

Feuerbrand¹⁹ ist eine für Pflanzen gefährliche, sich seuchenartig schnell ausbreitende Bakterienkrankheit, die vor etwa 200 Jahren zum ersten Mal in Amerika auftrat und auch Europa erreichte, wo sie sich von England aus über den gesamten Kontinent verbreitete. Der asiatische Kontinent und auch Australien hingegen gelten bislang als feuerbrandfrei. Das stäbchenförmige Bakterium *Erwinia amylovora*

¹⁶ Diese Zielvorgabe wurde anlässlich des jährlichen Treffens der Finanzminister im Jahre 2004 vereinbart, <http://www.fta.gov.au/Default.aspx?ArticleID=1183>.

¹⁷ Protocol on Harmonisation of Quarantine Administrative Procedures, in Kraft seit 18.8.1988.

¹⁸ Zum historischen Aspekt vgl. *Knight*, Advance Australia Fair? The Anatomy and Pathology of an 84 Year Old Public Trade Dispute, *Journal of Public Affairs* 2005, S. 112 ff.

¹⁹ Vgl. für die folgende Krankheitsbeschreibung <http://de.wikipedia.org/wiki/Feuerbrand>.

wird vor allem durch blütenbesuchende Insekten übertragen; der Schaderreger führt zum Welken und Absterben von Blättern und Blüten und in weiterer Folge von Trieben und Stamm bei Obst- und Ziergehölzen der Familie der Rosengewächse. Innerhalb von 2 bis 3 Wochen sterben junge Pflanzen ab. Die Wirtspflanzen des Feuerbrands sind alle 12 Gattungen der Unterfamilie *Pomoideae* (Kernfruchtgewächse); als besonders gefährdet gelten Apfelbäume. Zur eindeutigen Diagnose ist eine Laboruntersuchung notwendig. Da der Feuerbrand von einem hochinfektösen Bakterium ausgeht, müssen befallene Pflanzen sofort gefällt beziehungsweise gerodet und verbrannt werden, um eine Ausbreitung zu unterbinden. Für die Gesundheit des Menschen besteht durch diese Pflanzenseuche keine Gefahr.

Australien begründet das Importverbot mit der Gefahr eines Einschleppens und Verbreitens von Feuerbrand durch Äpfel als Krankheitsvektoren und der hieraus resultierenden Gefahr erheblichen wirtschaftlichen Schadens für das einheimische Obstbaugewerbe.²⁰ Neuseeland hingegen bestreitet eine solche Gefährdung und beruft sich auf die angeblich fehlende Tauglichkeit reifer Äpfel als Krankheitserreger; das australische Importverbot sei nichts anderes als „purer Protektionismus“²¹, durch welchen ein jährliches Marktpotential in Höhe von 20 Millionen US-Dollar zunichte gemacht würde.²²

Seit 1986 hat Neuseeland wiederholt die Aufhebung des Importverbotes beantragt; das jüngste Verfahren wurde durch einen entsprechenden Antrag im Jahr 1995 eröffnet und ist bis heute nicht abgeschlossen.²³

Zuletzt hat der mittlerweile 84 Jahre währende Streitfall deutlich an Schärfe gewonnen und wird von beiden Seiten in mitunter schrillen Tönen geführt. Nicht zuletzt vor dem Hintergrund anstehender Parlamentswahlen hatten einflussreiche neuseeländische Lobbygruppen durch emotionsgeladene Kampagnen und Protestmärsche²⁴ ein nachdrücklicheres Handeln der Politik gefordert.²⁵ Und tatsächlich hat Neuseeland im Juni 2005 den Streitfall vor den SPS-Ausschuss der WTO ge-

²⁰ Die Australische Agroindustrie befürchtet innerhalb der ersten 6 Jahre nach einem Ausbruch von Feuerbrand einen Schaden i.H.v. 1,3 Milliarden US-Dollar, vgl. NZ Herald Tribune v. 20.6.2005, http://www.nzherald.co.nz/index.cfm?c_id=500816&ObjectID=10331558.

²¹ Vgl. Knight, (Fn.18), S.113.

²² So die Schätzungen von neuseeländischen Apfelbauern, vgl. Bericht der ABC, <http://www.abc.net.au/landline/content/2005/s1424830.htm> und <http://tvnz.co.nz/view/page/411425/596722>.

²³ Für eine zusammenfassende Chronik und den aktuellsten Stand vgl. *Biosecurity Australia*, <http://www.daff.gov.au/content/output.cfm?ObjectID=EF987074-98D7-4539-850DA634D7805A82>.

²⁴ Es sind bereits neuseeländische Äpfel über den Zaun der australischen Botschaft geflogen, vgl. Bericht der BBC, <http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/1/hi/business/4620661.stm>.

²⁵ So war die Aufforderung an die seinerzeit zur Wiederwahl stehende Premierministerin Helen Clark zu verstehen: „Helen if you want our vote, get the apples on the boat.“ vgl. TVNZ, <http://tvnz.co.nz/view/page/411425/596722>.

bracht, um dort eine förmliche Beschwerde einzureichen. Eine Lösung wird nun auf dem multilateralen Weg gesucht.²⁶ Nachdem bislang keine einvernehmliche Einigung erzielt werden konnte, wird die Einleitung eines förmlichen Streitschlichtungsverfahrens immer wahrscheinlicher.²⁷

Dies ist im Verhältnis der beiden Staaten zueinander ein bislang einzigartiger Vorgang und erklärt sich nur vor dem Hintergrund, dass im ANZCERTA-Abkommen gerade kein Mechanismus zur Streitschlichtung enthalten ist. Der „Apfelfall“ ist damit endgültig zum größten Handelsstreit zwischen Australien und Neuseeland seit Inkrafttreten des bilateralen Freihandelsabkommens angewachsen und belastet die nachbarschaftlichen Beziehungen nicht unerheblich.

C. Die Theorie des SPS-Übereinkommens

I. Überblick über Rechte und Pflichten unter dem SPS-Abkommen

Die welthandelsrechtliche Zulässigkeit gesundheits- und umweltpolizeilicher Schutzmaßnahmen bestimmt sich in erster Linie nach dem „Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures“²⁸.

Anders als das Übereinkommen über technische Handelsbarrieren (ÜTBT) kennt das SPS-Übereinkommen keinen direkten Vorgänger unter dem alten GATT-System. Nur der sogenannte „Tokyo Kodex“ aus dem Jahr 1979 enthielt bereits einige einschlägige Vorschriften für landwirtschaftliche Produkte²⁹, welche allerdings nicht für alle Vertragsparteien verbindlich waren³⁰ („GATT à la carte“). Das ÜSPS hingegen ist als integraler Bestandteil des „single undertaking“ seit Inkrafttreten des WTO-Übereinkommens zum 1. Januar 1995 für alle Mitglieder verbindliches Recht.³¹

Seine Entstehungsgeschichte ist inhaltlich einerseits eng verbunden mit der Ausarbeitung des „Agreement on Agriculture“: Die hieran erzielten Marktöffnungen

²⁶ Vgl. New Zealand Government, <http://www.beehive.govt.nz/ViewDocument.aspx?DocumentID=23358>.

²⁷ Vgl. die entsprechenden Äußerungen des neuseeländischen Handelsministers *Phil Goff*, <http://www.scoop.co.nz/stories/PA0602/S00036.htm>.

²⁸ Der Vertragstext ist unter www.wto.org abrufbar.

²⁹ *Hilff/Oeter*, WTO-Recht, Baden-Baden, 2005, S. 365.

³⁰ Die Tokyo Codes fanden nur 43 Unterzeichner. Vgl. für die historische Entwicklung *Victor*, The Sanitary and Phytosanitary Agreement of the World Trade Organization: An Assessment After Five Years, New York University Journal of International Law and Politics 2000, S. 874.

³¹ Art. II. 2 i.V.m. Annex 1A WTO Übereinkommen.

durch den Abbau tarifärer Handelshemmnisse sollten nicht durch ein Ausweichen auf nicht-tarifäre Hemmnisse, insbesondere Regeln des Gesundheits- und Umweltschutzes, zunichte gemacht werden.³² Zum anderen illustrierte der eskalierende transatlantische Streit über hormonbehandeltes Rindfleisch den Verhandlungsführern der Uruguay-Runde die besondere Notwendigkeit neuer Regeln für diese Art von Maßnahmen.³³

Tatsächlich schafft das SPS-Übereinkommen schon in systematischer Hinsicht einen völlig neuen Ansatz: Anders als Art. XX GATT ist das ÜSPS nicht als Ausnahme bzw. Rechtfertigung zu den übrigen Pflichten konzipiert, sondern verleiht davon unabhängig den Mitgliedern das Recht, sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen zu erlassen, sofern diese den verschiedenen Vorgaben des Abkommens entsprechen (Art. 2.1 ÜSPS). Gleichwohl nimmt das SPS-Übereinkommen Bezug auf das GATT und qualifiziert seine Regeln als Durchführungsbestimmungen zum GATT, insbesondere zu Art. XX GATT, soweit die Anwendung von SPS-Maßnahmen im Raum steht.³⁴

Die gleichrangigen Ziele des ÜSPS werden in der Präambel explizit formuliert:

Verbesserung der Gesundheit, Vermeidung negativer Effekte von sanitären und phytosanitären Maßnahmen auf den internationalen Handel und Harmonisierung der Standards durch Ausarbeitung bzw. Verwendung internationaler Standards.

Inhaltlich besteht das ÜSPS aus der Präambel, 14 Artikeln mit materiellen Bestimmungen, einem Annex A mit Definitionen, einem Annex B mit Transparenzanforderungen sowie einem Annex C mit Verfahrensvorschriften.

Zur Durchführung des Übereinkommens sieht Art. 12 SPS die Errichtung eines SPS-Ausschusses vor.³⁵ Artikel 11 ÜSPS bestimmt das Verfahren der Rechtsdurchsetzung und verweist auf den Streitschlichtungsmechanismus unter dem „Dispute Settlement Understanding“ (DSU).³⁶ Alleine Art. 11.2 ÜSPS enthält lediglich einige, gemäß Art. 1.2 i.V.m. Anhang 2 DSU vorrangig anzuwendende Sonderregeln über die Anhörung von Experten in Verfahren, welche das ÜSPS betreffen.

Bislang wurden 5 Streitfälle unter Anwendung des SPS-Agreement entschieden³⁷, ein sechster ist derzeit noch anhängig.³⁸ Der Fall *Japan – Apples* wird sich hierbei für den vorliegenden Beispielsfall als besonders relevant herausstellen.

³² Vgl. *Mariyama*, A New Pillar of the WTO: Sound Science, International Lawyer 1998, S. 662.

³³ *Victor*, (Fn. 30), S. 872.

³⁴ Vgl. letzter Absatz der Präambel des ÜSPS.

³⁵ Vgl. http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/sps_e.htm.

³⁶ Annex 2 WTO Übereinkommen.

³⁷ *Australia – Measures Affecting Importation of Salmon*, WT/DS18 (im Folgenden *Australia – Salmon*), *EC Measures Concerning Meat and Meat Products*, WT/DS26 (*EC – Hormones*), *Japan – Measures*

Im Folgenden werden zunächst die einzelnen Bestimmungen des SPS-Übereinkommens unter Berücksichtigung der bisherigen Spruchpraxis vorgestellt.

1. Anwendungsbereich

Das ÜSPS erfasst gemäß Art. 1.1 i.V.m. Annex A³⁹ zwei verschiedene Gefahrengruppen: Einerseits Maßnahmen, welche zum Schutz vor sogenannten „food borne risks“ angewendet werden, d.h. Maßnahmen zum Schutz vor Gefahren, die durch Zusätze, Verunreinigungen, Toxine oder krankheitsverursachende Organismen in Nahrungsmitteln, Getränken oder Futtermitteln entstehen,⁴⁰ andererseits Maßnahmen zum Schutz vor sogenannten „pest- or disease-related risks“, d.h. Maßnahmen zum Schutz vor Gefahren, die erstens durch die Einschleppung, das Auftreten oder die Verbreitung von Schädlingen, Krankheiten, krankheitsübertragenden oder krankheitsverursachenden Organismen entstehen,⁴¹ die zweitens durch von Tieren, Pflanzen oder Waren daraus übertragene Krankheiten oder durch die Einschleppung, das Auftreten oder die Verbreitung von Schädlingen entstehen⁴² sowie drittens Maßnahmen zur Verhütung oder Begrenzung sonstiger Schäden, die durch die Einschleppung, das Auftreten oder die Verbreitung von Schädlingen entstehen.⁴³ Diese Unterscheidung ist strikt zu beachten, da die beiden Gefahrengruppen jeweils unterschiedliche rechtliche Standards nach sich ziehen.

Der Wortlaut „*any measure applied to*“ macht deutlich, dass hier einem subjektiven Ansatz gefolgt wird.⁴⁴ Entscheidend ist die dahinterstehende Intention, nicht die objektive Wirkung einer Maßnahme.⁴⁵

In *EC – Hormones* hat das Panel zwei Elemente als Anwendungsvoraussetzungen identifiziert:

Affecting Agricultural Products, WT/DS76 (Japan – Agricultural Products II), Japan – Measures Affecting the Importation of Apples, WT/DS245 (Japan – Apples), EC – Approval and Marketing of Biotech Products WT/DS/291-293 (EC – Biotech). Unter www.wto.org sind sämtliche Dokumente einschließlich der Reports der Streitbeilegungsorgane abrufbar.

³⁸ *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, WT/DS/320 (EC–Hormones II).

³⁹ Annex I ist gemäß Art. 1.3 integraler Bestandteil des ÜSPS.

⁴⁰ Annex I Abs. 1 lit. (b).

⁴¹ Annex I Abs.1 lit. (a).

⁴² Annex I Abs.1 lit. (c).

⁴³ Annex I Abs.1 lit. (d).

⁴⁴ So auch *Pauwelyn*, The WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary (SPS) Measures as Applied in the First Three SPS Disputes, *Journal of International Economic Law* 1999, S. 641.

⁴⁵ Vgl. zum Anwendungsbereich des ÜSPS und insbesondere zum „purpose element“ die Panel Reports in *EC – Biotech*, WT/DS/291-293/R, para. 7.149.

„According to Article 1.1 of the SPS Agreement, two requirements need to be fulfilled for the SPS Agreement to apply: (i) the measure in dispute is a sanitary or phytosanitary measure; and (ii) the measure in dispute may, directly or indirectly, affect international trade“.⁴⁶

Klargestellt wurde, dass auch vor dem Inkrafttreten des ÜSPS erlassene Maßnahmen an diesem zu messen sind.⁴⁷ Das gleiche gilt für Maßnahmen von Behörden unterhalb der Regierungsebene.⁴⁸

2. Verhältnis zu TBT und GATT

Das Verhältnis zum ÜTBT wird durch Art. 2.5 ÜTBT geregelt; die Vorschriften des ÜSPS genießen danach Vorrang. Schwieriger ist das Konkurrenzverhältnis zwischen ÜSPS und GATT zu beurteilen. Die Präambel nimmt in ihrem letzten Absatz ausdrücklich Bezug auf das GATT und spricht von einer „Durchführungsbestimmung“. Dies bedeutet jedoch keineswegs, dass die Verletzung einer GATT-Bestimmung Anwendungsvoraussetzung des ÜSPS wäre.⁴⁹ Das SPS-Abkommen enthält ein eigenständiges Regelungsprogramm und ist in seiner Anwendung unabhängig vom GATT; es ist mehr als reine Interpretation bzw. Durchführungsvorschrift zu Art. XX GATT.⁵⁰ Artikel 2.4 stellt schließlich für Maßnahmen, die in Übereinstimmung mit dem ÜSPS stehen, die Vermutung ihrer GATT-Konformität auf.

3. Rechte aus dem ÜSPS

Artikel 2.1 ÜSPS gewährt den Mitgliedern das grundlegende Recht, „gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen zu treffen, die zum Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen notwendig sind.“

Ergänzt wird dieses Recht durch Art. 5.7, wonach ein Mitglied „in Fällen, in denen das einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht, gesundheitspolizeiliche oder pflanzenschutzrechtliche Maßnahmen vorübergehend [...] einführen“ kann. Bestätigung finden diese „basic rights“ im Wortlaut der Präambel:

⁴⁶ *EC – Hormones* (Panel), WT/DS48/R, para. 8.36.

⁴⁷ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 128.

⁴⁸ *Australia – Salmon* (Panel, Art. 21.5), WT/DS18/RW.

⁴⁹ *EC – Hormones* (Panel), WT/DS48/R, para. 8.36.

⁵⁰ *EC – Hormones* (Panel), WT/DS48/R, para. 8.38.

„Reaffirming that no Member should be prevented from adopting or enforcing measures necessary to protect human, animal or plant life or health [...]“ (Abs. 1) sowie

„Desiring to improve the human health, animal health and phytosanitary situation in all Members.“ (Abs.2)

4. Pflichten unter dem ÜSPS

Diesem Recht, Schutzmaßnahmen zu erlassen, stellt das ÜSPS verschiedene Pflichten gegenüber. Maßnahmen nach Art. 2 bzw. Art. 5.7 sind demnach nur zulässig, soweit sie gemäß Art. 2.1 „nicht unvereinbar sind mit den übrigen Bestimmungen des Übereinkommens“.

a) Meistbegünstigung, Inländergleichbehandlung und Verbot der verschleierte Handelsbeschränkung, Art. 2.3

Artikel 2.3 ÜSPS enthält die Grundsätze der Meistbegünstigung und der Inländergleichbehandlung sowie ein Verbot verschleierter Handelsbeschränkungen. Anders als in Art. I und III GATT werden die Grundsätze negativ formuliert; auf den Inhalt der Verpflichtung hat dies keinen Einfluss.

In *Australia – Salmon* (Art. 21.5) stellte das Panel die drei folgenden kumulativen Bedingungen für eine Verletzung von Art. 2.3 auf:

„the measure discriminates between the territories of Members other than the Member imposing the measure, or between the territory of the Member imposing the measure and that of another Member;
the discrimination is arbitrary or unjustifiable; and
identical or similar conditions prevail in the territory of the Members compared.“⁵¹

Zudem klärte das Panel, dass Art. 2.3 Diskriminierungen nicht nur zwischen gleichartigen Produkten („like products“) untersagt:

„[W]e are of the view that discrimination in the sense of Article 2.3, first sentence, may also include discrimination between *different* products“⁵².

Die Bestimmung einer Gleichartigkeit („likeness“) ist damit im Gegensatz zu Art. III GATT nicht erforderlich.

⁵¹ *Australia – Salmon* (Art. 21.5), para. 7.111.

⁵² *Ibid.*, 7.112, Hervorhebung durch den Autor.

b) Regulatorische Konsistenz, Art. 5.5

Artikel 5.5 soll die Konsistenz staatlicher Regulierung bei der Anwendung sanitärer und phytosanitärer Maßnahmen sicherstellen und verbietet die willkürliche und ungerechtfertigte Anwendung unterschiedlicher Schutzniveaus in verschiedenen Situationen. Durch diese Anforderungen wird das Diskriminierungsverbot des Art. 2.3 ausdifferenziert und neben der Staatsangehörigkeit der Adressaten ein weiterer Vergleichsmaßstab hinzugefügt. Trifft ein Mitglied eine Maßnahme unter dem ÜSPS, so muss zum einen geprüft werden, ob alle Adressaten grundsätzlich gleichbehandelt werden und ob in anderen Situationen Maßnahmen getroffen wurden, die das gleiche Schutzniveau aufweisen. Mittlerweile hat der SPS-Ausschuss Richtlinien über die weitere praktische Implementierung des Art. 5.5 angenommen.⁵³

Nach Ansicht des Appellate Body (AB) verpflichtet Art. 5.5. keinesfalls zu einer absoluten Übereinstimmung; Ziel dieser Norm sei es, willkürliche und ungerechtfertigte Inkonsistenzen zu verbieten.⁵⁴ Die drei kumulativ zu prüfenden Elemente des Art. 5.5 definiert der AB so:

„The first element is that the Member imposing the measure complained of has adopted its own appropriate levels of sanitary protection against risks to human life or health in several different situations

The second element to be shown is that those levels of protection exhibit arbitrary or unjustifiable differences (“distinctions” in the language of Article 5.5) in their treatment of different situations.

The last element requires that the arbitrary or unjustifiable differences result in discrimination or a disguised restriction of international trade. We understand the last element to be referring to the measure embodying or implementing a particular level of protection as resulting, in its application, in discrimination or a disguised restriction on international trade.“⁵⁵

Zum Verhältnis zwischen Art. 5.5 und 2.3 gilt, dass Art. 5.5 weiter gefasst ist und daher eine Verletzung des letzteren automatisch die Verletzung des ersteren nach sich zieht.⁵⁶ Artikel 5.5 stellt damit einen „komplexen und indirekten“ Weg dar, um eine nach Art. 2.3 verbotene Diskriminierung festzustellen.⁵⁷

⁵³ Guidelines to Further the Practical Implementation of Article 5.5, Doc. G/SPS/15.

⁵⁴ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 213.

⁵⁵ *Ibid.*, paras. 214-215.

⁵⁶ *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, para. 252.

⁵⁷ *Ibid.*

c) Erforderlichkeit und angemessenes Schutzniveau, Art. 5.6, Art. 2.1

Artikel 5.6 postuliert den Erforderlichkeitsgrundsatz. Vorbehaltlich der technischen und wirtschaftlichen Realisierbarkeit dürfen sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen nicht stärker den Handel beeinträchtigen als erforderlich, um ein angemessenes Schutzniveau zu erreichen. Fußnote 3 konkretisiert das Merkmal „not more trade-restrictive than required“. Diese Bedingung ist erfüllt, solange unter der Berücksichtigung der technischen und wirtschaftlichen Machbarkeit keine andere Maßnahme vernünftigerweise zur Verfügung steht, die das angemessene Schutzniveau erreicht und in signifikanter Weise weniger handelsbeeinträchtigend ist. Bei der Bestimmung des angemessenen Schutzniveaus sind gemäß Art. 5.4 die negativen Auswirkungen auf den Handel zu minimieren.

Verschiedene Panels und der Appellate Body haben dieser Bestimmung deutlichere Konturen verliehen. Schutzmaßnahmen stehen dann nicht in Übereinstimmung mit Art. 5.6, wenn eine alternative Maßnahme existiert, welche diese drei kumulativen Bedingungen erfüllt: [The measure]

„is reasonably available taking into account technical and economic feasibility“;⁵⁸

achieves the Member's appropriate level of sanitary or phytosanitary protection; and

is significantly less restrictive to trade than the SPS measure contested.“⁵⁹

Zu Punkt 2 hat das Panel in *Japan – Agricultural Products II* betont, dass die Bestimmung des angemessenen Schutzniveaus ein ausschließliches Recht der Mitglieder darstellt.⁶⁰ Der Appellate Body⁶¹ bekräftigte dies unter Verweis auf den Wortlaut des Annex A Absatz 5⁶² und führt weiter aus, dass eine ausdrückliche Bestimmung des Schutzniveaus durch ein Mitglied von den Streitbeilegungsorganen nicht auf seine Angemessenheit geprüft werden kann; weder Art. 11 DSU noch sonstige Vorschriften würden solch eine Überprüfung erlauben.⁶³

Wenn auch den Mitgliedern damit ein Ermessen bezüglich des „wie“ zusteht, so sind sie dennoch hinsichtlich des „ob“ gebunden. Der Appellate Body hat dem ÜSPS, insbesondere Absatz 3 des Annex B sowie Art. 4.1, 5.4 und 5.6, die implizite Pflicht entnommen, das angemessene Schutzniveau positiv festzulegen.⁶⁴ Bestünde

⁵⁸ Vgl. beispielsweise die Prüfung des AB in *Australia – Salmon*, *ibid.*, paras. 211-213.

⁵⁹ Vgl. *ibid.*, para. 8.182.

⁶⁰ *Japan – Agricultural Products II* (Panel), WT/DS76/AB/R, para. 8.81.

⁶¹ *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, para. 199.

⁶² „[T]he level of protection deemed appropriate by the Member establishing a sanitary [...] measure“.

⁶³ *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, para. 199.

⁶⁴ Appellate Body Report on *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, paras. 205-207.

diese Verpflichtung nicht, so könnte sich ein Mitglied durch eine vage und ungenaue Bestimmung des Schutzniveaus seinen Pflichten entziehen, eine Anwendung z.B. von Art. 5.6 wäre dann nämlich nicht möglich.⁶⁵ Um diese Umgehungsmöglichkeit zu verhindern, kann ein Panel immer dann, wenn ein Mitglied dieser Pflicht nicht nachgekommen ist, das angemessene Schutzniveau i.S.v. Artikel 5.6 auf Grundlage desjenigen Schutzniveaus bestimmen, welches in der konkreten Maßnahme „reflektiert“ wird.⁶⁶

Bei der Prüfung dieser erwähnten drei Punkte ist also streng zwischen dem angemessenem Schutzniveau und der SPS-Maßnahme zu unterscheiden. Aus den Bestimmungen des ÜSPS folgt, dass die Bestimmung des Schutzniveaus denkwürdig vorausgeht. Es ist im Normalfall damit das festgelegte angemessene Schutzniveau, welches die Maßnahme in ihrer Ausgestaltung beeinflusst und nicht andersherum die konkrete Maßnahme, welches das Schutzniveau determiniert. Sonst würde man unterstellen, dass die getroffene Maßnahme immer das gewünschte Schutzniveau tatsächlich erreichte, was nicht der Fall ist.⁶⁷

d) Wissenschaftlichkeitsgrundsatz, Wissenschaftlicher Nachweis und Gefahrbewertung („science test“), Art. 2.2 , 5.1, 5.2, 5.3, 5.7

Der Begriff „Wissenschaft“ spielt im ÜSPS eine große Rolle, wenngleich er an keiner Stelle des Abkommens legaldefiniert ist. Was vielfach als sogenannter „science test“ bezeichnet wird,⁶⁸ besteht eigentlich aus verschiedenen Bestimmungen, die sich überblicksartig wie folgt zusammenfassen lassen:

Zunächst erfordert Art. 2.2, dass jede SPS-Maßnahme auf wissenschaftlichen Grundsätzen beruht und nicht ohne hinreichenden wissenschaftlichen Nachweis aufrechterhalten wird.⁶⁹ Weiterhin muss gemäß Art. 5.1 jede Maßnahme auf einer Bewertung der Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen beruhen. Der Terminus Gefahrbewertung („risk assessment“) wird in Annex A Abs. 4 legaldefiniert; des weiteren erfolgt der Verweis auf Techniken der Gefahrbewertung, wie sie von den zuständigen internationalen Organisationen erarbeitet werden.⁷⁰

⁶⁵ Ibid.

⁶⁶ Ibid.

⁶⁷ *Australia – Salmon (AB)*, WT/DS18/AB/R, paras. 200-201, 203.

⁶⁸ Eggers, *The Precautionary Principle in WTO Law*, Dissertation, Hamburg, 2001, S. 103.

⁶⁹ *[Any SPS measure shall be] „based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence [...]“.*

⁷⁰ Beispielsweise die Richtlinien des Joint FAO/WHO Expert Committee on Food Additives (JECFA) zur Risikobewertung bei Lebensmitteln.

Die Absätze 2 und 3 des Art. 5 konkretisieren die Faktoren, die bei der Gefahrbewertung einzustellen sind. So fordert Art. 5.2 unter anderem die Berücksichtigung von verfügbaren wissenschaftlichen Nachweisen und relevanten Prozess- und Produktmethoden. Bei der Abschätzung von Risiken betreffend Tiere und Pflanzen sind darüber hinaus auch verschiedene ökonomische Faktoren einzubeziehen.

Artikel 5.7 schließlich behandelt Fälle, „*where scientific evidence is insufficient*“. Mitglieder dürfen dann in Ausnahme zu Art. 2.2 vorübergehende Maßnahmen auf Grundlage der verfügbaren sachdienlichen Informationen erlassen, müssen sich aber um zusätzliche Informationen bemühen und die Maßnahme nach einer angemessenen Zeitdauer überprüfen.

(1) Art. 2.2 und Art. 5.1, 5.2

Nach Ansicht des Appellate Body stellt Art. 5.1 eine „spezifische Anwendung der Grundpflicht“⁷¹ unter Art. 2.2 dar, was bedeutet, dass eine Verletzung von Art. 5.1 automatisch eine Verletzung von Art. 2.2 nach sich zieht.⁷² Im Gegenzug bedeutet nicht jede Verletzung von Art. 2.2 auch eine Verletzung des Art. 5.1.⁷³ Es bietet sich an, die Prüfung der Vereinbarkeit einer Maßnahme mit dem ÜSPS bei Art. 2.2 zu beginnen.⁷⁴

Wiederholt hat er die Auffassung vertreten, Art. 2.2 und Art. 5.1 sollten zusammen gelesen werden. „*Art. 2.2 informs Art. 5.1: the element that defines the basic obligation set out in Art. 2.2 imparts meaning to Article 5.1.*“⁷⁵ So hat sich der Appellate Body bei der Auslegung der Bedingung „beruhen auf“ („based on“) in Art. 5.1 auf Art. 2.2 bezogen und festgehalten, „*that the results of the risk assessment must sufficiently warrant – that is to say, reasonably support – the SPS measure at stake*“⁷⁶, d.h. es muss eine vernünftige Beziehung zwischen der Maßnahme und der Gefahrbewertung vorliegen. Genau dieser „rational relationship test“ wurde dann bei der Auslegung des Art. 2.2 „reimportiert“⁷⁷, als es um die Frage ging, wann eine Maßnahme ohne ausreichenden wissenschaftlichen Nachweis beibehalten wird. Der Appellate Body entschied, dass Art. 2.2 das „Bestehen eines hinreichenden oder angemessenen Verhältnisses zwischen zwei Elementen, *in casu*, zwischen der SPS-Maßnahme und dem wissenschaftlichen Nachweis“ erfordert.⁷⁸

⁷¹ Art. 2 steht unter dem Titel „Basic rights and obligations“.

⁷² *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 180 sowie *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, para. 137.

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Tatsächlich ist diesem Ansatz erstmals das Panel in *Japan – Apples*, WT/DS245/R, gefolgt.

⁷⁵ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 180.

⁷⁶ Ibid., para. 193.

⁷⁷ So anschaulich *Eggers*, (Fn. 68), S. 131.

(a) Art. 2.2

Die Rechtsprechung hat bislang nur die Bedeutung des Merkmals „not maintained without sufficient scientific evidence“ erhellt, die „wissenschaftlichen Grundsätze“ haben keine Rolle gespielt. Die Ausführungen zum „ausreichenden wissenschaftlichen Nachweis“ lassen sich wie folgt zusammenfassen:

Seinem Sinn und Zweck nach dient das Erfordernis eines „sufficient scientific evidence“ dem Interessensausgleich, nämlich „*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.*“⁷⁹

Ausgehend von der gewöhnlichen Bedeutung des Merkmals „ausreichend“ als Ausdruck „*of a quantity, extent, or scope adequate to a certain purpose or object*“, bezeichnet „ausreichend“ ein „*relational concept*“⁸⁰. Ein ausreichender wissenschaftlicher Nachweis liegt somit dann vor, wenn ein adäquates Verhältnis zwischen der SPS-Maßnahme und dem *scientific evidence* besteht.⁸¹ Ob solch eine „*rational and objective relationship*“ gegeben ist, muss von Fall zu Fall geprüft werden und hängt von den Besonderheiten des Einzelfalles ab, einschließlich dem Charakter der jeweiligen Maßnahme sowie der Qualität und Quantität des wissenschaftlichen Nachweises.⁸²

(b) Art. 5.1, 5.2

Nachdem sich Art. 2.2 und Art. 5.1 gegenseitig Bedeutung zuweisen, gelten die soeben dargestellten Grundsätze *mutans mutandis* für Art. 5.1:

(i) Gefahrbewertung („risk assessment“)

Das Erfordernis einer Gefahrbewertung zielt nach Auffassung des Appellate Body in gleicher Weise auf die Aufrechterhaltung der „*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*“⁸³. Die Pflichten des Art. 5.1 sind zudem als eine Art Gegengewicht zu dem Recht der Mitgliedstaaten, ihr angemessenes Schutzniveau selbst bestimmen zu können, gestaltet.⁸⁴ Eine strik-

⁷⁸ *Japan – Agricultural Products* (AB), WT/DS76/AB/R, paras. 73–84.

⁷⁹ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 177.

⁸⁰ *Japan – Agricultural Products II* (AB), WT/DS76/AB/R, paras. 73–74.

⁸¹ *Ibid.*

⁸² *Ibid.*, para. 84.

⁸³ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 177.

⁸⁴ *Ibid.*

te Trennung zwischen „risk assessment“ einerseits als „a ‘scientific’ examination of data and factual studies“ und „risk management“ andererseits als „a ‘policy’ exercise involving social value judgments made by political bodies“⁸⁵, wie sie das Panel in *EC – Hormones* vorgenommen hat, wurde vom Appellate Body zurückgewiesen. Ein solche enge Auslegung des Begriffes „risk assessment“ fände keine Stütze im Vertragstext, der Terminus „risk management“ sei in keiner Norm des ÜSPS erwähnt, vielmehr spräche Art. 5 und Annex B ausschließlich von „risk assessment“.⁸⁶ Bei der Methodik der Gefahrbewertung ist streng zwischen den beiden unterschiedlichen Gefahrengruppen zu unterscheiden.

(aa) „Pest- and disease-related risks“

Mit Bezug auf „pest and disease related risks“ gilt gemäß Annex A Abs. 4: Die Gefahr, welche abzuwägen ist, beinhaltet „(1) the risk of ‘entry, establishment or spread’ of a disease and (2) the risk of the ‘associated potential biological and economic consequences’“⁸⁷

Der Prozess der Abwägung beinhaltet nach ständiger Spruchpraxis dabei drei Schritte: „A risk assessment within the meaning of Article 5.1 must

identify the diseases whose entry, establishment or spread a Member wants to prevent within its territory, as well as the potential biological and economic consequences associated with the entry, establishment or spread of these diseases;

evaluate the likelihood of entry, establishment or spread of these diseases, as well as the associated potential biological and economic consequences; and

evaluate the likelihood of entry, establishment or spread of these diseases according to the SPS measures which might be applied.“⁸⁸

Aufgrund der im Singular gehaltenen Formulierung des Abs. 4 Annex 5 – „the evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of a [...] disease“ – muss für jede einzelne mögliche Krankheit eine gesonderte, Disease-specific-Gefahrabwägung vorgenommen werden.⁸⁹

Das Merkmal „likelihood“ bedeutet unter Berücksichtigung seines Wortlautes hierbei mehr als die bloße Möglichkeit, sondern eine konkrete Wahrscheinlichkeit der Einschleppung, des Auftretens oder der Verbreitung von Schädlingen oder Krankheiten.

⁸⁵ *EC – Hormones* (Panel), WT/DS48/R, para. 8.94.

⁸⁶ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 181.

⁸⁷ *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, para. 120.

⁸⁸ *Ibid.*, para. 121.

⁸⁹ *Australia – Salmon* (Panel), WT/DS18/R, para. 8.74.

„[...] For a risk assessment to fall within the meaning of Article 5.1 and the first definition in paragraph 4 of Annex A, it is not sufficient that a risk assessment conclude that there is a possibility of entry, establishment or spread [...]. A proper risk assessment of this type must evaluate the ‘likelihood’, i.e., the ‘probability’, of entry, establishment or spread of diseases and associated biological and economic consequences as well as the ‘likelihood’, i.e., ‘probability’, of entry, establishment or spread of diseases according to the SPS measures which might be applied.“⁹⁰

Entgegen der Auffassung des Panel hat der Appellate Body in *Australia – Salmon* klargestellt, dass „*some evaluation of the likelihood or probability*“ nicht genügt. Vielmehr ist die konkrete Wahrscheinlichkeit zu ermitteln und präzise zu formulieren. Dies kann sowohl in qualitativer als auch in quantitativer Form geschehen.⁹¹ Zwar ist nicht erforderlich, dass der durch die Gefahrbewertung ermittelte Wert eine bestimmte Mindestgröße aufweist.⁹² Gleichwohl darf es sich hierbei nicht um eine rein theoretische Gefahr handeln. „*The risk evaluated in a risk assessment must be an ascertainable risk; theoretical uncertainty is not the kind of risk which, under Art. 5.1, is to be assessed*“⁹³.

Diese Aussage ist nach dem Willen des AB aber keinesfalls dahingehend zu verstehen, „*that a Member cannot determine its own appropriate level of protection to be ‘zero risk’*“. Denn: „*[I]t is important to distinguish between the evaluation of ‘risk’ in a risk assessment and the determination of the appropriate level of protection*“⁹⁴.

(bb) „Food-borne risks“

Die Bewertung von „food-borne risks“ hingegen unterscheidet sich von den soeben geschilderten Anforderungen deutlich: Während der erste Typ wie dargelegt die Bestimmung der Wahrscheinlichkeit der Krankheit und der hiermit verbundenen biologischen und wirtschaftlichen Folgen verlangt, genügt im zweiten Fall nach Annex A Abs. 4 die bloße Bewertung der *möglichen* (nicht wahrscheinlichen) negativen Auswirkungen auf die Gesundheit von Menschen oder Tieren.⁹⁵ Somit ist für diese Alternative eine nur zweistufige Prüfung vorzunehmen:

„[A] risk assessment should identify the adverse effects [...] arising from the presence of (the relevant additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms) and

⁹⁰ *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, paras. 123-124.

⁹¹ Ibid.

⁹² Ibid.

⁹³ Ibid., para. 125.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid., para. 69.

if any such adverse effects exist, evaluate the potential of occurrence of these effects“.⁹⁶

(cc) Bewertungsfaktoren

Artikel 5.2 und Art. 5.3 benennen die für die Gefahrbewertung heranzuziehenden Faktoren. Nur bei der Bewertung der Gefahren für das Leben oder die Gesundheit von Tieren oder Pflanzen dürfen nach Art. 5.3 ökonomische Faktoren berücksichtigt werden.

Der Appellate Body stimmte im Fall *EC – Hormones* mit dem Panel insoweit überein, dass die Gefahrbewertung im Schwerpunkt wissenschaftlicher Natur sein muss, also „*a process characterized by systematic, disciplined and objective enquiry and analysis, that is, a mode of studying and sorting out facts and opinions*“.⁹⁷ Diese Erkenntnis leitet er aus Art. 5.2 ab, der die zu berücksichtigenden Gefahrfaktoren bestimmt und an erster Stelle wissenschaftliches Beweismaterial („scientific evidence“) nennt.

Dies bedeute aber nicht, dass diejenigen Faktoren, die „*not susceptible of quantitative analysis by the empirical or experimental laboratory methods commonly associated with the physical sciences*“ sind, von der Gefahrbewertung ausgeschlossen wären. Denn Art. 5.2 selbst nenne weitere Faktoren, die nicht einem strengen wissenschaftlichen Nachweis standhalten können, aber dennoch bei der Gefahrbewertung zu berücksichtigen sind. Zudem gäbe es keine Hinweise dafür, dass die Liste des Art. 5.2 abschließend ist. Der Appellate Body zieht daher diese in einprägsame Wort gefasste Schlussfolgerung⁹⁸:

„It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 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.“⁹⁹

(ii) „Based on“

Nach Art. 5.1 haben die Mitglieder sicherzustellen, dass ihre SPS Maßnahmen auf einer Bewertung der Gefahren beruhen („be based on“). Das Panel in *EC – Hor-*

⁹⁶ *EC – Hormones* (Panel), WT/DS48/R, para. 8.101.

⁹⁷ *Ibid.*, para. 8.107.

⁹⁸ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 187.

⁹⁹ Vgl. zur umstrittenen Frage, ob der AB damit einen „consumer threshold“ eröffnet hat *Eggers*, (Fn. 68), S. 149.

mones hatte dieses Erfordernisse als einen prozeduralen Mindeststandard interpretiert. Darzulegen war demnach, dass in der Gefahrbewertung gewonnene Studien oder wissenschaftliche Schlussfolgerungen „*have actually been taken into account by the [... member] either when it enacted those measures or at any later point in time*“.¹⁰⁰ Der Appellate Body widersprach dieser Auslegung. Für einen solchen subjektiven („einbeziehen“ impliziert persönliches Handeln), prozeduralen Mindeststandard ließe sich im Text des Übereinkommens keine Stütze finden.¹⁰¹ Vielmehr beziehe sich das Merkmal „*based on*“ auf ein *objektives* Verhältnis zwischen zwei Elementen, „*that is to say, (refers) to an objective situation that persists and is observable between an SPS measure and a risk assessment*“.¹⁰²

Zwar sei der Ansatz des Panels, nämlich die der SPS-Maßnahme impliziten wissenschaftlichen Schlussfolgerungen mit jenen der Gefahrbewertung zu vergleichen und so eine Beziehung zwischen ihnen herzustellen, im Prinzip ein „*useful approach*“. Jedoch dürfe dieses Verhältnis zwischen den beiden Schlussfolgerungen nicht das einzig entscheidende Kriterium darstellen, unter Ausschluss aller sonstigen Kriterien. Der Appellate Body vertritt folgende Auffassung:

„We believe that Article 5.1, when contextually read as it should be, in conjunction with and as informed by Article 2.2 of the SPS Agreement, requires that the results of the risk assessment must sufficiently warrant – that is to say, reasonably support – the SPS measure at stake. The requirement that an SPS measure be ‘based on’ a risk assessment is a substantive requirement that there be a rational relationship between the measure and the risk assessment.“¹⁰³

Nach Auffassung des Appellate Body ist es nicht erforderlich, eine vollständige Übereinstimmung zwischen den beiden Schlussfolgerungen nachzuweisen; vielmehr ist es durchaus zulässig, sich auf abweichende wissenschaftliche Mindermeinungen zu stützen. Die entsprechende Passage des Appellate-Body-Berichtes wird hier aufgrund ihrer Bedeutung im Volltext wiedergegeben:

„We do not believe that a risk assessment has to come to a monolithic conclusion that coincides with the scientific conclusion or view implicit in the SPS measure. The risk assessment could set out both the prevailing view representing the ‘mainstream’ of scientific opinion, as well as the opinions of scientists taking a divergent view. Article 5.1 does not require that the risk assessment must necessarily embody only the view of a majority of the relevant scientific community. [...] In most cases, responsible and representative governments tend to base their legislative and administrative measures on ‘main-

¹⁰⁰ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R para. 188, Hervorhebung im Original.

¹⁰¹ *Ibid.*, paras. 189-190.

¹⁰² *Ibid.*, paras. 189-190.

¹⁰³ *Ibid.*, paras. 193-194.

stream' scientific opinion. In other cases, equally responsible and representative governments may act in good faith on the basis of what, at a given time, may be a divergent opinion coming from qualified and respected sources. By itself, this does not necessarily signal the absence of a reasonable relationship between the SPS measure and the risk assessment, especially where the risk involved is life-threatening in character and is perceived to constitute a clear and imminent threat to public health and safety.¹⁰⁴

Die Frage, ob ein Art. 5.1 entsprechendes objektives Verhältnis besteht, kann im Übrigen immer nur für den Einzelfall beantwortet werden, „*after account is taken of all considerations rationally bearing upon the issue of potential adverse health effects*“.¹⁰⁵

(2) Vorübergehende Maßnahmen, Art. 5.7

Artikel 5 Abs. 7 erlaubt den Mitgliedern in Abweichung von Art. 2.2 auch in Fällen, in denen das einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht („where relevant scientific evidence is insufficient“), Maßnahmen zu treffen, sofern bestimmte Voraussetzungen erfüllt sind. Insbesondere muss es sich um „vorübergehende“ Maßnahmen handeln. Auf den ersten Blick liest sich diese Bestimmung wie eine sogenannte „escape clause“, die den Mitgliedern das Abweichen von ihren substantziellen Verpflichtungen erlaubt. Im Gegensatz zu ähnlichen Bestimmungen in anderen WTO-Übereinkommen, z.B. Art. 6 des Übereinkommens über Safeguards oder Art. 7 des Anti-Dumping-Übereinkommens, besteht das Recht zur Abweichung aber nur in den von Art. 5.7 ÜSPS selbst gesetzten, engen Grenzen.

Der Appellate Body kennzeichnet in *Japan – Agricultural Products II* die rechtliche Natur des Art. 5.7 als „qualified exemption“¹⁰⁶, ohne diesen neuartigen Begriff selbst näher zu definieren.¹⁰⁷ „*Article 5.7 operates as a qualified exemption from the obligation under Article 2.2 not to maintain SPS measures without sufficient scientific evidence.*“

Im unlängst veröffentlichten „EC – Biotech“-Fall hat das Panel den Versuch einer Präzisierung unternommen. Artikel 5.7 wird danach in Parallele zum Verhältnis zwischen Art. 31 und Art. 2.2 nicht als echte Ausnahme zu Art. 2.2 interpretiert, welche als Verteidigungsmittel durch den Urheber einer Maßnahme vorzutragen wäre, sondern als „conditional right“. „*Art. 5.7 should be qualified as a right, not an exception from a general obligation under Art. 2.2.*“¹⁰⁸. Daraus folge für die Beweislastverteilung, dass

¹⁰⁴ Ibid., paras. 193-194.

¹⁰⁵ Ibid.

¹⁰⁶ *Japan – Agricultural Products II* (AB), WT/DS76/AB/R, para. 80.

¹⁰⁷ Vgl. zu den verschiedenen Deutungen in der Literatur *Egger*, (Fn. 68), S. 210 ff.

¹⁰⁸ *EC – Biotech* (Panel), WT/DS291-293/R, paras. 7.2967-2969.

die klagende Partei eine Verletzung des Art. 5.7 nachzuweisen hat, d.h. dass eine dieser vier kumulativen Bedingungen nicht erfüllt ist:¹⁰⁹

„Article 5.7 of the SPS Agreement sets out four requirements which must be met in order to adopt and maintain a provisional SPS measure. Pursuant to the first sentence of Article 5.7, a Member may provisionally adopt an SPS measure if this measure is:

(1) imposed in respect of a situation where ‘relevant scientific information is insufficient’; and

(2) adopted ‘on the basis of available pertinent information’.

Pursuant to the second sentence of Article 5.7, such a provisional measure may not be maintained unless the Member which adopted the measure:

(3) ‘seek[s] to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk’; and

(4) ‘review[s] the [...] measure accordingly within a reasonable period of time.’¹¹⁰

Die erste Bedingung bestimmt gewissermaßen den Anwendungsbereich des Art. 5.7. Eine Präzisierung des Tatbestandsmerkmals „insufficiency of relevant scientific evidence“ hat der Appellate Body in *Japan – Apples* vorgenommen. Artikel 5.7 ist danach im Kontext mit Art. 5.1 zu sehen; die Bedingungen des Art. 5.7 stehen in Bezug zu der aus Art. 5.1. folgenden Pflicht, eine Gefahrbewertung durchzuführen.

„Relevant scientific evidence will be insufficient in the meaning of Art. 5.7 if the body of available scientific evidence does not allow, in quantitative or qualitative terms, the performance of an adequate assessment of risks as required under Art. 5.1 [...]. Thus, the question is not whether there is sufficient evidence of a general nature or whether there is sufficient evidence related to a specific aspect of a phytosanitary problem, or a specific risk.“¹¹¹

Eine Anwendung von Art. 5.7 ist demnach auch dann ausgeschlossen, wenn zwar ausreichend relevantes wissenschaftliches Beweismaterial vorliegt, dieses aber nicht eine vollständige Klärung erbringt, sondern noch Rest-Unsicherheiten fortbestehen lässt.

„The Application of Art. 5.7 is triggered not by the existence of scientific uncertainty, but rather by the insufficiency of scientific evidence. [...] The two concepts are not interchangeable.“¹¹²

¹⁰⁹ Ibid., paras. 7.3000-3001.

¹¹⁰ *Japan – Agricultural Products II* (AB), WT/DS76/AB/R, para. 89.

¹¹¹ *Japan – Apples* (AB), WT/DS245/AB/R, para. 179.

¹¹² Ibid., para. 184.

Allerdings scheint der Appellate Body solche Fälle als von Art. 5.7 umfasst anzusehen, „where the available evidence is more than minimal in quantity, but has not led to reliable or conclusive results.“¹¹³ Die Vorläufigkeit der Maßnahme ist nicht Tatbestandsmerkmal, sondern Rechtsfolge der Norm.¹¹⁴ Eine Ausweitung des Anwendungsbereiches unter Bezugnahme auf ein allgemeines Vorsorgeprinzip¹¹⁵ („precautionary principle“) ist nicht zulässig.

In *EC – Hormones* traf der Appellate Body grundlegende Aussagen zum Verhältnis zwischen dem Vorsorgeprinzip („precautionary principle“) und dem SPS-Übereinkommen. Zwar könne das Prinzip (noch) keine gewohnheitsrechtliche Geltung beanspruchen,¹¹⁶ es finde jedoch seinen Niederschlag in mehreren Bestimmungen des ÜSPS: „the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the SPS Agreement. [...] It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3.“¹¹⁷ Diese „reflection“ hat jedoch weder zur Folge, dass eine Pflichtverletzung unter dem SPS gerechtfertigt noch von den gewöhnlichen Methoden der Vertragsinterpretation abgewichen werden könnte.¹¹⁸

Zu den Voraussetzungen drei und vier hat der AB ebenfalls Präzisierungen vorgenommen. Artikel 5.7 gebe kein bestimmtes zu erreichendes Resultat vor. Die zu ermittelnden „zusätzlichen Informationen“ müssen aber „relevant“ sein für die Durchführung eines „more objective risk assessment“.

„Therefore, the information sought must be germane to conducting such a risk assessment, i.e., the evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of, in casu, a pest, according to the SPS measures which might be applied.“¹¹⁹

Was eine „vernünftige Zeitspanne“ darstellt, kann nicht absolut bestimmt werden, sondern ist im konkreten Fall abhängig von den spezifischen Umständen zu entscheiden. Eine Rolle kann dabei der Schwierigkeitsgrad für die Beschaffung der zusätzlichen Informationen spielen, ebenso die Eigenschaften der jeweiligen vorläufigen Maßnahme.¹²⁰

¹¹³ Ibid., para. 185.

¹¹⁴ *EC – Biotech* (Panel), WT/DS291-293/R, para. 7.2939-2948.

¹¹⁵ Vgl. zu diesem Problemkreis *Charnovitz*, The Supervision of Health and Biosafety Regulation by World Trade Rules, Tulane Environmental Law Journal 2000, S. 296; *Priess/Pitschas*, Protection of Public Health and the Role of the Precautionary Principle Under WTO Law: A Trojan Horse Before Geneva's Walls?, Fordham International Law Journal 2000, S. 519 ff.; *Quick/Blüthner*, Has the Appellate Body erred? An Appraisal and Criticism of the Ruling in the WTO Hormones Case, Journal of International Economic Law 1999, S. 623.

¹¹⁶ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 123.

¹¹⁷ Ibid., para. 124.

¹¹⁸ Ibid.

¹¹⁹ *Japan – Agricultural Products II* (AB), WT/DS76/AB/R, para. 92.

e) Harmonisierung, Art. 3

Artikel 3 dient dem Ziel der Harmonisierung von SPS-Maßnahmen, um willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung oder verschleierte Handelsbeschränkungen zu verhindern, ohne den Mitgliedern das Recht zu nehmen, wirksame Schutzmaßnahmen zu erlassen.¹²¹

Um eine möglichst große Harmonisierungswirkung zu erzielen, enthält Art. 3 einen Carrot-and-stick-Ansatz.¹²² Die Absätze 1 und 3 wirken dabei als „stick effect“. Nach Art. 3.1 stützen die Vertragsparteien daher ihre SPS-Maßnahmen auf internationale Normen, Richtlinien und Empfehlungen – soweit diese existieren.¹²³

Alternativ können Mitglieder gemäß Art. 3.3 von den internationalen Bestimmungen abweichen und ein höheres Schutzniveau bestimmen, wenn eine wissenschaftliche Begründung vorliegt oder sich dieses höhere Niveau als Folge des von einem Mitglied gemäß Art. 5 als angemessen festgelegten Schutzes ergibt. In diesen Fällen muss die Maßnahme mit den übrigen Bestimmungen des ÜSPS vereinbar sein.

Artikel 3.2 hingegen schafft einen Anreiz („carrot“), den Weg des Art. 3.1 zu wählen, indem er die widerlegbare Vermutung gewährt, dass Maßnahmen, die internationalen Normen, Richtlinien und Empfehlungen entsprechen, mit den Bestimmungen des ÜSPS sowie des GATT im Einklang stehen.

Die Pflicht nach Art. 3 Abs. 1, Maßnahmen auf internationale Bestimmungen „zu stützen“ („base on“) bedeutet nicht, dass eine vollständige Übereinstimmung vorliegen muss; „to base on“ darf nicht mit „to conform to“ gleichgesetzt werden, denn sonst erhielten die in Art. 3 genannten internationalen Bestimmungen über den Wortlaut des ÜSPS hinaus „obligatory force and effect“. Der Wortlaut der Präambel („Members [d]esir[e] to further the use of harmonized [SPS] measures“) sowie des Art. 3.1 (*as wide a basis as possible*) zeigten jedoch, dass die vollständige Harmonisierung erst für die Zukunft angestrebt wird und eine bewusste Unterscheidung zwischen Art. 3 Abs. 1(„base on“) und Abs. 2 („conform to“) hinsichtlich des Grades der Übereinstimmung getroffen wurde.¹²⁴

Der Appellate Body stellte in *EC – Hormones* ausdrücklich fest, „(that the) right of a Member to establish its own level of sanitary protection under Article 3.3 of the SPS Agreement is an autonomous right and not an ‘exception’ from a ‘general obligation’ under Article 3.1.“¹²⁵

¹²⁰ Ibid., para. 93.

¹²¹ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 177.

¹²² So die treffende Charakterisierung von Eggers, (Fn. 68), S. 102.

¹²³ Vgl. den Überblick bei Victor, (Fn. 30), S. 884 ff.

¹²⁴ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 165.

¹²⁵ Ibid., 172.

Auch wenn der Wortlaut des Art. 3.3 durch die Verwendung des Disjunktivs „oder“ auf den ersten Blick zwei unterschiedliche Situationen bereithält, sind nach der Rechtsprechung die Anforderungen praktisch identisch. Artikel 3.3 sei kein „*model of clarity in drafting and communication*“ und die Unterscheidung zwischen den beiden Tatbestandsmerkmalen sei „*more apparent than real*“¹²⁶. In beiden Fällen muss die Maßnahme sowohl mit Art. 5.1 als auch den übrigen Bestimmungen des ÜSPS vereinbar sein.¹²⁷

f) Gegenseitige Anerkennung, Art. 4.1

Komplementär zum Ziel der Harmonisierung des Art. 3 ÜSPS ist die Pflicht der Mitglieder zur gegenseitigen Anerkennung von SPS-Maßnahmen nach Art. 4.1 ÜSPS angelegt. Soweit Maßnahmen des Ausfuhrmitglieds das gleiche, vom Einfuhrmitglied als angemessen betrachtete Schutzniveau erreichen, sind sie von letzterem als gleichwertig anzuerkennen, selbst wenn sich die Maßnahmen inhaltlich unterscheiden. Die Beweislast für die Gleichwertigkeit trägt das Ausfuhrmitglied; dem Einfuhrmitglied sind hierbei Zugang zu Kontroll-, Prüf- und sonstigen einschlägigen Verfahren zu gewähren. Konzeptuell ist Art. 4.1 vergleichbar mit dem EG-rechtlichen Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung.¹²⁸ Zum einen soll purer Formalismus vermieden werden, wenn das gleiche Ziel durch verschiedene Maßnahmen zu erreichen ist. Zum anderen soll ein sinnvoller Systemwettbewerb nicht behindert werden. Gemäß Art. 4.2 können bilaterale und multilaterale Übereinkünfte über die gegenseitige Anerkennung der Gleichwertigkeit abgeschlossen werden.¹²⁹ Zu beachten ist ferner die Entscheidung des SPS-Ausschuss über die Umsetzung des Art. 4¹³⁰, welche die Verfahrensschritte genauer beschreibt. Danach kann eine gegenseitige Anerkennung grundsätzlich auf Einzelfallbasis, auf Produkt- oder Produktgruppenbasis oder auf Systembasis erfolgen.

g) Anpassung an regionale Bedingungen, Art. 6

Artikel 6 ÜSPS verpflichtet die Mitglieder, ihre SPS-Maßnahmen an regionale Bedingungen einschließlich schädlings- oder krankheitsfreie Gebiete und Gebiete mit geringem Auftreten von Schädlingen oder Krankheiten anzupassen.¹³¹ Dies gilt so-

¹²⁶ Ibid., para. 175.

¹²⁷ Ibid., paras. 173, 175-176.

¹²⁸ Weiß/Herrmann, (Fn. 1), Rdnr. 564.

¹²⁹ Vgl. z.B. das bilaterale Abkommen EG – Kanada, WTO, Trade Policy Review: European Union, Presseerklärung, PRESS/TPRB/198, S. 24.

¹³⁰ Committee decision from 25.10.2001 on the implementation of art. 4 (Doc. G/SPS/19).

¹³¹ Vgl. zu Art. 6 ÜSPS die weiterführenden Anmerkungen von Echols, Food Safety and the WTO, The Interplay of Culture, Science and Technology, The Hague, 2001, S. 128.

wohl in Bezug auf den Ort, in dem die Ware ihren Ursprung hat, als auch den Ort, für den sie bestimmt ist. Seiner Wirkung nach kann Art. 6 als Konkretisierung des Verhältnismäßigkeitsgebotes verstanden werden.

h) Transparenz, Art. 7 und Annex B

Artikel 7 ÜSPS verpflichtet die Mitglieder, Angaben über ihre SPS-Maßnahmen mitzuteilen sowie deren Änderung zu notifizieren. Anhang B führt diese Transparenzanforderungen im Einzelnen aus und verlangt im Wesentlichen die Veröffentlichung von SPS-Maßnahmen, die Einrichtung von Auskunftsstellen sowie die Notifizierung von Maßnahmen, die von internationalen Normen, Empfehlungen und Richtlinien abweichen.¹³² Der SPS-Ausschuss hat wiederholt Empfehlungen zur Umsetzung der Pflichten unter dem Annex B verabschiedet.¹³³

i) Verfahren, Art. 8 und Annex C

Artikel 8 ÜSPS verpflichtet die Mitglieder, ihre Kontroll-, Inspektions- und Genehmigungsverfahren in Einklang mit den allgemeinen Verpflichtungen des ÜSPS zu gestalten. Zudem sind besondere Verfahrensanforderungen einzuhalten, welche in Annex C näher dargelegt sind.¹³⁴

II. Kritische Würdigung des „science test“

Im Folgenden soll nunmehr das eigentliche Herzstück des ÜSPS, der in Art. 2 und 5 verankerte „science test“ einer kritischen Würdigung unterzogen werden. Maßstab dieser Analyse ist, ob der „science test“ in der durch die bisherige Spruchpraxis ausdifferenzierten Form geeignet ist, die dem ÜSPS zugrundeliegende Zielsetzung zu unterstützen. Mit den Worten des Appellate Body formuliert ist zu hinterfragen, ob dieser „science test“ tatsächlich die „*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*“¹³⁵ herzustellen vermag. Besondere Berücksichtigung wird die jüngste Entscheidung der Streitbeilegungsorgane im Fall *Japan – Apples* finden.

Diese Untersuchung erfolgt in zwei Schritten: Zunächst wird der Frage nachgegangen, inwieweit die nationalen Handlungsspielräume begrenzt werden, d.h. wie tief die Eingriffe in die nationale Souveränität der Mitglieder ausfallen (2.). Im zweiten

¹³² Vgl. zu Art. 7 ÜSPS die weiterführenden Anmerkungen von *Echols*, *ibid.*, S. 135.

¹³³ Vgl. für die aktuelle Fassung Doc. G/SPS/7.

¹³⁴ Im Einzelnen vgl. *Echols*, (Fn. 131), S. 135 ff.

¹³⁵ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 177.

Schritt ist zu prüfen, in welchem Umfang durch diese Disziplinierung eine Förderung des Welthandels erreicht werden kann (3). Vorab ist jedoch auf den besonderen Charakter des ÜSPS einzugehen, der den dogmatischen „Überbau“ des „science test“ verständlich werden lässt (1.).

1. Das ÜSPS als „postdiscriminatory WTO law“

Bei der Austarierung der genannten Vertragsziele, Gewährleistung des freien Welthandels einerseits und Sicherung staatlicher Souveränität andererseits, geht es im Bereich des ÜSPS konkret darum, Maßnahmen, die tatsächlich dem Gesundheitsschutz dienen von solchen abzugrenzen, die eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen. Diese an sich schon schwierige Abgrenzung erscheint hier aus mehreren Gründen besonders diffizil: Im Gegensatz zu den klassischen Verpflichtungen der Welthandelsordnung, wie dem Gleichbehandlungsgebot (Art. I GATT) oder dem Meistbegünstigungsprinzip (Art. III GATT), gehen die Bestimmungen des ÜSPS über ein reines Diskriminierungsverbot deutlich hinaus.

Es genügt gerade nicht mehr die Feststellung einer ungerechtfertigten Ungleichbehandlung gleichartiger Sachverhalte, vielmehr ist die Einhaltung der einzelnen substantiellen Verpflichtungen positiv zu überprüfen. Den Schwerpunkt bilden hierbei gerade die einzelnen Elemente des „science test“.

In systematischer Hinsicht erfolgt somit ein Übergang vom Ansatz der „negative harmonisation“ hin zur „positive harmonisation“.¹³⁶ Hudec charakterisiert das ÜSPS in diesem Sinne zutreffend als „postdiscriminatory WTO law“¹³⁷; in der deutschsprachigen Literatur wird auch der Begriff „Beschränkungsverbot“ in Parallele zu den Grundfreiheiten des Gemeinschaftsrechts herangezogen.¹³⁸

Begründet liegt dieser Systemwechsel in den großen Unterschieden zwischen den Schutzstandards der WTO-Mitglieder sowie der Tatsache, dass Schutzmaßnahmen meist in Form von technischen Vorschriften getroffen werden.¹³⁹ Ein reines Diskriminierungsverbot würde nach verbreiteter Einschätzung wenig zum Abbau der Handelshemmnisse beitragen.¹⁴⁰

¹³⁶ Marceau/Trachtman, The Technical Barrier to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade, *Journal of World Trade* 2002, S. 838.

¹³⁷ Hudec, *BCICLR 26 Science and “Post-Discriminatory” WTO Law*, *Boston College International and Comparative Law Review* 2003, S. 187.

¹³⁸ Weiß, Gibt es eine EU-Inländerdiskriminierung? Zur Kollision von Gemeinschaftsrecht mit Welthandelsrecht und Assoziationsrecht, *Europarecht* 1999, S. 502; Landwehr, *Globalisierung, Freihandel und Gesundheitsschutz (Trade and Health)*, Frankfurt a. M., 2000, S. 187.

¹³⁹ Landwehr, *ibid.*, S. 187.

¹⁴⁰ *Ibid.*

Ist nun aber die Einhaltung der einzelnen Verpflichtungen positiv zu prüfen, so kommt es für den Umfang nationalstaatlicher Handlungsspielräume zum einen entscheidend auf die Prüfungsdichte an, welche die Streitbeilegungsorgane bei der Nachprüfung anwenden dürfen (a), zum anderen auf die Regeln über die Beweislastverteilung und die Gewinnung der entscheidungserheblichen Tatsachen (b).

a) „Standard of Review“

Croley und *Jackson* formulieren die Problematik des Prüfungsmaßstabes in pointierter Weise so: „*To which degree should a Panel second-guess a decision of national government agencies concerning economic regulations?*“ oder „*where is the point up to which panels should respect national decisions*“?¹⁴¹

Ein ausdrücklicher „standard of review“ ist nur an einer Stelle des positiven WTO-Rechts nachzuweisen, nämlich in Art. 17.6 des Anti-Dumping-Übereinkommens. Eine Entscheidung darüber, ob dieser reduzierte Prüfungsmaßstab auch auf andere WTO-Übereinkommen anwendbar sein soll, wurde ausdrücklich einer künftigen Revision des DSU durch die WTO-Mitglieder vorbehalten.¹⁴²

In *EC – Hormones* hat der AB daher seine ständige Rechtsprechung bekräftigt und es abgelehnt, den besonderen Standard des Art. 17.6 auf das ÜSPS zu übertragen. Auch im Bereich von SPS-Maßnahmen ist der angemessene Prüfungsmaßstab grundsätzlich von Art. 11 DSU ausgehend zu bestimmen:

„[Art 11] articulates with great succinctness but with sufficient clarity the appropriate standard of review for panels in respect both of the ascertainment of facts and the legal characterization of such facts under the relevant agreements.“¹⁴³

Den Prüfungsmaßstab kann man unter zwei Gesichtspunkten näher betrachten.¹⁴⁴

Zum Einen geht es darum, wie weit oder eng unbestimmte Rechtsbegriffe und offengehaltene rechtliche Konzepte des ÜSPS ausgelegt werden (sogenannte „legal deference“), zum Anderen darum, in welchem Umfang diejenigen Tatsachen nachgeprüft werden, die unter die einzelnen Verpflichtungen zu subsumieren sind (sogenannte „factual deference“).

¹⁴¹ *Croley/Jackson*, WTO Dispute Procedures, Standard of Review, and Deference to National Governments *American Journal of International Law* 1996, S. 198.

¹⁴² Decision on Review of Art. 17.6 of the Agreement on Implementation of Art. VI of the GATT 1994 adopted by the Trade Negotiations Committee on 15 December 1993, http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/39-dadp1_e.htm.

¹⁴³ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 116.

¹⁴⁴ Gefolgt wird insoweit dem dogmatischen Ansatz von *Eggers*, (Fn. 68), S. 214 ff.

Der Appellate Body hat diese beiden Fragen für den Bereich des ÜSPS unterschiedlich beantwortet. Grundsätzlich gewährt der AB ein hohes Maß an „legal deference“.¹⁴⁵ Als Paradebeispiel kann die Interpretation des Merkmals „based on international standards“ in Art. 3.1 ÜSPS angeführt werden. Während das Panel in *EC – Hormones* „based on“ mit „conform to“ gleichgesetzt hatte, was den internationalen Standards de facto eine Bindungswirkung verliehen hätte, lehnte der AB diese Auslegung energisch ab:

„We cannot lightly assume that sovereign states intended to impose upon themselves the more onerous, rather than the less burdensome, obligation [...] To sustain such an assumption and to warrant such a far-reaching interpretation, treaty language far more specific and compelling than that found in Article 3 of the SPS Agreement would be necessary“.¹⁴⁶

Ergänzend zieht der Appellate Body das völkerrechtliche Prinzip *in dubio mitius* als Auslegungsmittel heran.¹⁴⁷ In gleicher Weise hat der AB in *EC – Hormones* die strengere Interpretation des Merkmals „based on“ in Art. 5.1 durch das Panel gelockert. Letzteres hatte aus Art. 5.1 sowohl ein prozedurales als auch ein materielles Erfordernis abgeleitet, wobei „based on“ wiederum mit „conform to“ gleichgesetzt wurde. Der Appellate Body hingegen verneint ein prozedurales Element und sieht das Merkmal des „beruhen auf“ erfüllt, sobald „nur“ eine „rational relationship“ zwischen der Maßnahme und der Gefahrbewertung besteht.¹⁴⁸

Schließlich kann die Auslegung des Begriffes „Gefahr“ als weiteres Beispiel für den zurückhaltenden Prüfungsmaßstab des Appellate Body genannt werden. Die Mitglieder können im Rahmen ihrer Gefahrbewertung auch Faktoren berücksichtigen, die „not susceptible of quantitative analysis by the empirical or experimental laboratory methods commonly associated with the physical sciences“ sind.¹⁴⁹

Im Hinblick auf die Nachprüfung von Tatsachen hat sich der Appellate Body nicht auf eine bestimmte Position festgelegt, sondern nur anhand einer allgemeingültigen Formel die äußeren Grenzen für den Prüfungsmaßstab abgesteckt. „[...] The applicable standard is neither de novo review as such, not total deference, but rather an objective assessment of the facts.“¹⁵⁰

Diese Befugnis haben die Panels in den bisherigen SPS-Streitfällen allerdings extensiv genutzt und die vorgetragenen Tatsachen insbesondere durch die Heranziehung von Sachverständigen einer strikten Nachprüfung unterzogen.¹⁵¹

¹⁴⁵ Vgl. die ausführliche Analyse von Eggers, (Fn. 68), S. 218.

¹⁴⁶ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R para. 165.

¹⁴⁷ Ibid.

¹⁴⁸ Ibid., para. 193.

¹⁴⁹ Kritisch zu dieser Auslegung Quick/Blüthner, (Fn. 115), S. 637.

¹⁵⁰ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R para. 117.

b) Tatsachenermittlung und Beweislastverteilung („burden of proof“)

Die Regeln über die Tatsachenermittlung (1) und Beweislastverteilung (2) sind als Teil des Verfahrensrechtes durch das Dispute Settlement Understanding geregelt.

(1) Ermittlung von Tatsachen

Nachdem das WTO-Streitbeilegungsverfahren als kontradiktorisches Verfahren ausgestaltet ist, obliegt es grundsätzlich den Parteien, die zur Rechtsfindung notwendigen Tatsachen beizubringen. Artikel 11 DSU verpflichtet das Streitbeilegungsorgan zu einer „objektiven Beurteilung der vor ihm liegenden Angelegenheit, einschließlich einer objektiven Beurteilung des Sachverhalts“. Artikel 13.1 gewährt dem Panel das Recht, „von jeder Einzelperson oder jedem Gremium, die es für geeignet hält, Informationen oder fachlichen Rat einzuholen.“ Gemäß Art. 13.2 können Panels „von jeder einschlägigen Stelle Informationen erbitten und Sachverständige befragen, um deren Gutachten zu bestimmten Aspekten der Angelegenheit einzuholen.“ Damit lassen sich im Grunde drei Informationsquellen unterscheiden: Erstens Sachverständige, zweitens die Parteien selbst und drittens Nicht-Regierungsstellen.

Die Parteien sollen nach Art. 13.1 Satz 3 auf Nachfrage bestimmte Informationen liefern. Der Appellate Body hat diese Bestimmung als Rechtspflicht ausgelegt.¹⁵² Weigert sich eine Partei dieser nachzukommen, so kann das Panel daraus negative bzw. gegenteilige Rückschlüsse ziehen.¹⁵³ Informationen von Nichtregierungsstellen können grundsätzlich in Form von Amicus-curiae-Briefen berücksichtigt werden. Der Appellate Body hat hierzu allerdings relativ restriktive Anforderungen aufgestellt.¹⁵⁴

Sachverständigenwissen kann nach Art. 13.2 DSU in zwei verschiedenen Formen herangezogen werden:¹⁵⁵ Zum Einen durch die Einsetzung einer Sachverständigen-gutachtergruppe nach den Vorgaben des Annex 4 DSU; zum Anderen durch die Beauftragung einzelner Sachverständiger. Für die zweite Alternative sind im DSU keine Verfahrensregeln aufgestellt, d.h. Anhang 4 ist nicht anwendbar und damit das Einverständnis der Parteien mit der Beauftragung des jeweiligen Sachverständigen nicht erforderlich. Artikel 11 ÜSPS, der Sonderbestimmungen zum DSU für den Bereich des ÜSPS enthält, betont allerdings, dass bei einem Streitfall, der wissen-

¹⁵¹ Vgl. die ausführliche Analyse von Eggers, (Fn. 68), S. 218 ff.

¹⁵² AB Report in *Canada – Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R, para. 187.

¹⁵³ Ibid., para. 202.

¹⁵⁴ Appellate Body Report in *US – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, paras. 104-109.

¹⁵⁵ Vgl. ausführlich zu der Beiziehung von Experten Pauwelyn, *The Use of Experts in WTO Dispute Settlement*, *International & Comparative Law Quarterly* 2002, S. 325 ff.

schaftliche und technische Fragen betrifft, sich das Panel von Sachverständigen beraten lassen soll („should seek advice“), die im Benehmen mit den Streitparteien ausgewählt werden.

In der bisherigen Streitschlichtungspraxis haben Panels in SPS-Streitigkeiten immer nur von der Möglichkeit der Beauftragung einzelner Gutachter Gebrauch gemacht. Dabei hat sich folgende Vorgehensweise eingestellt: Zunächst wählt das Panel in Konsultation mit den Parteien und relevanten internationalen Organisationen drei oder vier Experten aus und legt diesen eine Liste mit Fragen vor. Im zweiten Schritt liefern die Experten hierzu jeweils ihre eigenständige schriftliche Antwort ab. Hier liegt im übrigen ein entscheidender Unterschied zu den Gutachtergruppen, die eine einheitliche Antwort abzuliefern haben. Schließlich wird ein gemeinsames Treffen abgehalten, bei dem das Panel, die Parteien und die Experten die schriftlichen Antworten diskutieren. Die Meinungen der Experten sind hierbei nicht bindend für das Panel.¹⁵⁶ Der Appellate Body hat in *EC – Hormones* ausdrücklich entschieden, dass es alleine im Ermessen eines Panels steht, ob es nach Art. 11.2 ÜSPS, Art. 11, 13.2 DSU einzelne Experten beizieht oder eine Expertengruppe ernennt.¹⁵⁷

(2) „Burden of proof“

In Bezug auf die Verteilung der Beweislast schweigt das ÜSPS. Streitbeilegungsorgane und der Appellate Body haben gleichwohl verschiedentlich darauf hingewiesen, dass diesem Punkt unter dem SPS-Übereinkommen eine besonders große Bedeutung zukommt.¹⁵⁸ Auch unter dem ÜSPS finden die allgemeinen Beweislastregeln des WTO Rechts Anwendung¹⁵⁹:

„The initial burden lies on the complaining party, which must establish a prima facie case of inconsistency with a particular provision of the SPS Agreement on the part of the defending party, or more precisely, of its SPS measure or measures complained about. When that prima facie case is made, the burden of proof moves to the defending party, which must in turn counter or refute the claims inconsistency.“¹⁶⁰

Die inhaltlichen Anforderungen an den Prima-facie-Beweis wurden bislang nicht näher bezeichnet. In *EC – Hormones* statuierte der Appellate Body: Um einen Prima-facie-Beweis zu führen, muss der Beschwerdeführer Tatsachen und rechtliche

¹⁵⁶ *Pauwelyn*, Journal of International Economic Law 1999, (Fn. 44), S. 661.

¹⁵⁷ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, paras. 146-149.

¹⁵⁸ *Ibid.*, para. 97.

¹⁵⁹ Vgl. diesbezüglich Appellate Body Report in *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, para. 14.

¹⁶⁰ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 98.

Argumente vortragen „sufficient to demonstrate that the EC measures were inconsistent with the obligations assumed by the EC.“¹⁶¹

Auch ein Rückblick auf die Ausgangsfälle dieser Rechtsprechung zur allgemeinen Beweislastverteilung bringt kaum Erhellung. „Precisely how much and precisely what kind of evidence will be required to establish such a presumption will necessarily vary from measure to measure, provision to provision, and case to case“¹⁶², so der Appellate Body in *US – Shirts and Blouses*. Festzuhalten bleibt, dass nach Maßgabe des AB zumindest eine Mindesthürde genommen werden muss, welche im Einzelfall aber sehr niedrig liegen kann. Nur die bloße Behauptung einer Verletzung ist unzureichend.

2. Begrenzung der regulatorischen Autonomie der WTO-Mitglieder

Gegenstand der positiven Nachprüfung ist bei SPS-Streitfällen vor allem der „science test“ bzw. die Bestimmungen des Art. 2 und 5 ÜSPS. Für die Beantwortung der Frage, ob eine ausgewogene Balance zwischen den widerstreitenden Zielsetzungen hergestellt wird, ist daher die Ausgestaltung des „science test“, d.h. der Art. 2 und 5, nach den soeben dargelegten Grundsätzen von entscheidender Bedeutung. Zu welchen Belastungen der nationalen Souveränität führt nun die Kombination von grundsätzlich weitem „legal deference“ und engen „factual deference“ unter Berücksichtigung der Regeln über die Beweislastverteilung und Tatsachenermittlung?

An mehreren Punkten wird weitgehende „legal deference“ deutlich. So hat der Appellate Body das Tatbestandsmerkmal „based on“ in Art. 5.1 im Gegensatz zur Vorinstanz als rein materielle Anforderung ausgelegt, wie oben bereits erwähnt. Dieser Interpretation lagen folgende Erwägungen zugrunde:

„Article 5.1 does not insist that a Member that adopts a sanitary measure shall have carried out its own risk assessment. [...] The SPS measure might well find its objective justification in a risk assessment carried out by another Member, or an international organization. The ‘minimum procedural requirement’ constructed by the Panel, could well lead to the elimination or disregard of available scientific evidence that rationally supports the SPS measure being examined. This risk of exclusion of available scientific evidence may be particularly significant for the bulk of SPS measures which were put in place before the effective date of the WTO Agreement and that have been simply maintained thereafter.“¹⁶³

¹⁶¹ Ibid., 109.

¹⁶² Appellate Body Report in *United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India*, WT/DS33/AB/R, para. 14.

¹⁶³ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, paras. 189-190.

Daraus folgt zunächst eine deutliche Erleichterung für die Mitgliedsstaaten. Eine SPS-Maßnahme muss nicht auf einem konkretem „risk assessment“ beruhen, also nicht subjektiv durch den Urheber der Maßnahme berücksichtigt werden. Vielmehr genügt die rein objektive „rational relationship“ zwischen irgendeinem „risk assessment“ und der Maßnahme. Es können somit zum einen auch zeitlich spätere wissenschaftliche Erkenntnisse Berücksichtigung finden. Zum anderen besteht die Möglichkeit, auf Gefahrbewertungen Dritter, sei es internationaler Organisationen oder anderer WTO-Mitglieder, zurückzugreifen. Dies soll insbesondere den Entwicklungsländern Erleichterungen gewähren.¹⁶⁴ Zusätzliche Handlungsspielräume entstehen dadurch, das nicht eine vollständige Übereinstimmung zwischen dem „risk assessment“ und der Maßnahme bestehen muss, sondern eine weiter gefasste „rational relationship“.

Zunächst „souveränitätsschonend“ ist auch die weite Auslegung der Gefahrbewertung. Im Gegensatz zum Panel hat der Appellate Body eine klare Trennung zwischen „risk assessment“ und „risk management“ zurückgewiesen¹⁶⁵ und vielmehr ein einheitliches Konzept entwickelt. Im Rahmen der Gefahrbewertung sind die Mitglieder demnach nicht auf die Berücksichtigung streng wissenschaftlicher Faktoren begrenzt, sondern können auch andere Elemente einbeziehen. An diesem Punkt sei die relevante Passage des AB-Berichts in *EC – Hormones* in Erinnerung gerufen:

„It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 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.“¹⁶⁶

Diese weite Auslegung und Einräumung einer hohen „legal deference“ wird aber durch den engen Prüfungsmaßstab in Bezug auf die zur Entscheidungsfindung beizubringenden Tatsachen relativiert. Ausgangspunkt dieser These ist die parallele Auslegung der Art. 2.2 und 5.1 durch den AB, also die Einführung des Rational-relationship-Konzeptes.

Der Appellate Body hat ausdrücklich ausgeführt, dass Art. 2.2 und 5.1 zusammen gelesen werden sollten und sich gegenseitig Bedeutung zuweisen.¹⁶⁷ Artikel 2.2 sieht der Appellate Body in der Prüfungsreihenfolge vor Art. 5.1.¹⁶⁸ Im Rahmen des

¹⁶⁴ Vgl. hierzu *Mayeda*, Developing Disharmony? The SPS and TBT Agreements and the Impact of Harmonization on Developing Countries, *Journal of International Economic Law* 2004, S. 737.

¹⁶⁵ Vgl. *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para 181.

¹⁶⁶ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 187.

¹⁶⁷ *Australia – Salmon* (AB), WT/DS18/AB/R, paras. 136-138.

¹⁶⁸ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 250.

Art. 2.2 wiederum nehmen die Streitbeilegungsorgane, wie oben erwähnt, in hohem Maße eine Überprüfung der wissenschaftlichen Nachweise vor. Wie durch diese Vorgehensweise die ursprünglich eröffneten Spielräume auf der Rechtsseite („legal deference“) geschlossen werden, zeigt die Entscheidung des Panel im Compliance-Verfahren nach 21.5 DSU im Fall *Japan – Apples*.

In diesem Streitfall wurde die erwähnte Prüfungstreihefolge – Art. 2.2 vor 5.1 – erstmalig durch das Ausgangspanel konsequent angewendet. Das Panel begann seine rechtlichen Überlegungen mit der Prüfung des Art. 2.2 und ging der Frage nach, ob im gegebenen Fall eine „*rational relationship*“ besteht zwischen „*the scientific evidence available and the measure at issue*“.

Hierzu überprüfte das Streitbeilegungsorgan die von dem beklagten Mitglied vorgebrachten wissenschaftliche Nachweise durch umfangreiche Einholung von Sachverständigenexpertise. Auf Grundlage dieser wissenschaftlichen Bewertung durch die beigezogenen Experten kam es letztlich zu dem Schluss „*that the phytosanitary measure at issue is clearly disproportionate to the risk identified on the basis of the scientific evidence available*“.¹⁶⁹

Nachdem auch nicht die Voraussetzungen der Ausnahme des Art. 5.7 eingreifen konnten, da keine Situation vorlag „*where relevant scientific evidence is insufficient*“¹⁷⁰, stellte das Panel eine Verletzung von Art. 2.2 fest. In den nachfolgenden Ausführungen prüfte das Panel dann die Vereinbarkeit der konkreten Maßnahme mit Art. 5.1 und stellt auch hier eine Verletzung fest.¹⁷¹ Diese Schlussfolgerungen hat der AB im Berufungsverfahren übrigens vollumfänglich aufrechterhalten.

Dabei erfolgt im Fall *Japan – Apples* eine entscheidende Fortentwicklung der bisherigen Rechtsprechung in Bezug auf das Tatbestandsmerkmal „sufficient evidence“ in Art. 2.2. Das ursprüngliche Panel folgte zunächst noch der hergebrachten Linie unter Bezugnahme auf die grundlegenden Ausführungen des Appellate Body in *Japan – Agricultural Products*: „*[...] sufficiency is a relational concept. Sufficiency requires the existence of a sufficient or adequate relationship between two elements, in casu, between the SPS measure and the scientific evidence*“.

Bezugspunkt des wissenschaftlichen Nachweises ist damit die SPS-Maßnahme selbst. Diesen Schluss zieht auch das Panel: „*From the above, it appears that the term ‘sufficient’ is clearly to be considered in relation to the phytosanitary measure itself.*“

Dann folgt eine bedeutende Ergänzung: „*This said, we should not leave aside the fact that scientific evidence relates to a risk and is supposed to confirm the existence if a given risk.*“ Diesen Gedanken greift das Panel im Verfahren des Art. 21.5 DSU auf und stellt seiner

¹⁶⁹ *Japan – Apples* (Panel), WT/DS245/R, para. 8.198.

¹⁷⁰ Ibid., para. 8.222

¹⁷¹ Ibid., para. 8.291.

Prüfung des Art. 2.2 ÜSPS folgende allgemeine Aussage zum Tatbestandsmerkmal „sufficient evidence“ voran:

„[The original panel stressed that] the scientific evidence relates to a risk and is supposed to confirm the existence of a given risk. We note, that the measure is supposed to address that risk. In other words, in order for scientific evidence to support a measure sufficiently, it seems logical to us that such scientific evidence must also be sufficient to demonstrate the existence of the risk which the measure is supposed to address. As a result, it seems reasonable to consider the extent of the relationship between the scientific evidence and the risk which this evidence is claimed to establish.“¹⁷²

Diese Herangehensweise unterscheidet sich zwar nur in Nuancen von der bisherigen Rechtsprechung, die Auswirkungen sind aber bedeutend.

Der Bezugsmaßstab für „sufficient evidence“ ist nun nicht mehr die Maßnahme selbst, sondern die sozusagen hinter der Maßnahme stehende Gefahr, also jene Gefahr, welche durch die Maßnahme bekämpft werden soll. Durch diese Klarstellung wird der „science test“ auf den wesentlichen Kern reduziert: Eine Maßnahme kann nur dann vereinbar mit dem ÜSPS sein, wenn ein ausreichender wissenschaftlicher Nachweis im Sinne der Rechtsprechung für das Bestehen einer Gefahr vorliegt.

In Anwendung dieses Ansatzes prüften die Panels in *Japan – Apples* in folgender Weise, ob eine „rational relationship“ zwischen dem „scientific evidence“ und der avisierten Gefahr besteht. Das ursprüngliche Panel wiederholte zwar zunächst noch die Aussage des Appellate Body in *EC – Hormones*:

„We should, when determining the weight of the evidence before us, bear in mind that responsible, representative governments commonly act from an perspective of prudence and precaution when risks of irreversible [...] damages [...] are concerned.“¹⁷³

Die nachfolgende inhaltliche Prüfung der von den Parteien vorgetragenen wissenschaftlichen Nachweise lässt diese Worte aber zur Floskel werden. Sowohl das ursprüngliche Panel als das Panel im Art. 21.5 Verfahren stellen uneingeschränkt auf die Meinung der beigezogenen Experten ab. Exemplarisch sei folgende Passage zitiert:

„We note that the views of the experts on this question is that there is no evidence that mature apple fruit will harbour endophytic bacteria. Dr. Smith added that a few papers described endophytic bacteria, but the experts consulted by the Panel were not convinced by those description.“¹⁷⁴

¹⁷² *Japan – Apples* (Art. 21.5), WT/DS245/RW, para. 8.45.

¹⁷³ *Japan – Apples* (Panel), WT/DS245/R, para. 8.105.

¹⁷⁴ *Ibid.*, para. 8.125.

Das Panel übt hier eine volle Überprüfung der Tatsachen aus und erklärt aufgrund der Bewertung seiner Experten auch gegenteilige Auffassungen in der wissenschaftlichen Literatur als unbeachtlich. Bezeichnend ist auch diese Passage des Panel Reports:

„This made its (the single study’s) conclusions relatively confused, difficult to interpret or even unconvincing, as was suggested by the experts consulted by the panel“.¹⁷⁵

Damit wird die Prüfung des Art. 2.2 ÜSPS schlussendlich auf die Frage verkürzt, ob die vom Panel beigezogenen Experten nach ihrer Bewertung das Vorliegen von ausreichendem wissenschaftlichen Nachweis für das Bestehen einer Gefahr bejahen.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine volle Überprüfung der Tatsachen i.R.d. Art. 2.2 erfolgt und die Panel hierbei in großem Umfang auf die Bewertung durch herangezogene Experten abstellen. Die Bemühungen des Appellate Body, den Mitgliedern durch die Gewährung eines hohen Maßes an „legal deference“ erweiterte Handlungsspielräume zu eröffnen, scheitern dann, wenn wie im Fall *Japan – Apples* der grundlegende Nachweis nach Art. 2.2, also ein „sufficient evidence“ für das Bestehen der Gefahr nicht zu erbringen ist. Es besteht somit eine bedeutende Beschränkung der regulatorischen Handlungsspielräume der WTO Mitglieder.

3. Förderung des Welthandels?

Umso bedeutender wird die Frage, ob der „science test“ in dieser Konzeption in gleichem Umfang geeignet ist, zu der Unterscheidung zwischen „echten“ SPS-Maßnahmen und verschleierte Handelsbeschränkungen beizutragen, somit eine Balance zwischen Förderung des Welthandels und regulatorischer Autonomie herzustellen. Bei der Suche nach einer Antwort ist der rechtstheoretische Hintergrund zu beachten, vor dem der „science test“ seine besondere Stellung im Welthandelsrecht gewinnt.

Das Bemühen um einen Interessensausgleich bzw. eine Ausbalancierung im Bereich der Gefahrvorsorge ist bekanntermaßen keine spezifische Problemstellung der völkerrechtlichen Vorschriften des Welthandelsrechts. Auch in rein nationalen oder in supranationalen Sachverhalten ist zuweilen eine entsprechende Abwägung erforderlich, dort allerdings zwischen den Zielen eines hohen Schutzniveaus und den Rechten bzw. Handlungsspielräumen des Einzelnen, also zwischen Sicherung staatlicher Handlungsfähigkeit und Gewährleistung individueller Freiheit.

Auf welthandelsrechtlicher Ebene gewinnt dieser Abwägungsprozess freilich eine andere Dimension: Hier geht es um eine Balance zwischen demokratisch legitimer nationalstaatlicher Regulierung von Risiken und der Kontrolle bzw. Über-

¹⁷⁵ Ibid., para. 8.127.

prüfung durch eine internationale Wirtschaftsorganisation. *Winickoff* spricht pointierter von einer Balance zwischen „Staat und globaler Macht“¹⁷⁶.

Peel hat in einer rechtsvergleichenden Studie die Gemeinsamkeiten und Unterschiede herausgearbeitet, die in den Lösungsansätzen zwischen nationaler und supranationaler Rechtsprechung einerseits sowie dem ÜSPS andererseits bestehen.¹⁷⁷ So wird beispielsweise in der gefestigten Rechtsprechung der US-amerikanischen Gerichte¹⁷⁸ und des Gerichtshofes der EG¹⁷⁹ zu Fragen der richterlichen Überprüfung von Maßnahmen der Gefahrvorsorge ein ähnliches Konzept des verminderten Prüfungsmaßstabes („deference“) verfolgt: Nach diesem Law-and-science-Konzept wird der Exekutive durch die Judikative ein hohes Maß an Ermessen zugestanden, welches nur sehr eingeschränkt gerichtlich überprüft werden kann. Dieses Vorgehen wird dadurch möglich, dass im jeweiligen nationalen bzw. supranationalen Ordnungssystem ein gemeinsamer normativer Rahmen in Form der verfassungsmäßigen Ordnung besteht, der die Ermessensentscheidungen der Exekutive sozusagen als Richtschnur leiten kann und als Maßstab dient.¹⁸⁰ Auf Ebene des Welthandelsrechts besteht ein solcher gemeinsamer normativer Rahmen in Bezug auf sanitäre und phytosanitäre Risiken gerade nicht. Die Streitfälle über hormonbehandeltes Rindfleisch und genmodifizierte Lebensmittel demonstrieren exemplarisch, welche Differenzen in der Bewertung von Risiken zwischen verschiedenen Gesellschaften liegen können und wie emotionsgeladen der öffentliche Diskurs ausfällt. Die WTO besitzt zudem keine echte Autorität zur Bestimmung von politischen Zielen bzw. der Festlegung eines allgemeingültigen Schutzniveaus im Bereich des Gesundheits- und Umweltschutzes.

Dennoch kennt auch das WTO-Recht das Konzept eines verringerten Prüfungsmaßstabes. Die Praxis der Streitbeilegungsorgane gewährt den Mitgliedern bzw. deren Exekutive ebenfalls ein Ermessen bei der Beurteilung von Risiken und deren Bekämpfung, wenn auch in unterschiedlichem Maße. Aufgrund eines fehlenden gemeinsamen normativen Maßstabes führte dies für sich genommen aber dazu, dass protektionistischen Maßnahmen Tür und Tor geöffnet würde. Als Absicherung hiergegen hat das ÜSPS eine „Ersatzrichtschnur“ eingezogen: An die Stelle eines gemeinsamen normativen Rahmens tritt die Wissenschaft bzw. der wissenschaftliche Nachweis als gemeinsamer internationaler Maßstab. Nach den Vorstellungen der „Väter“ des ÜSPS eignet sich Wissenschaft bzw. „science“ als Ersatzmaßstab,

¹⁷⁶ *Winickoff/Jasanoff/Sheila et al.*, Adjudicating the GM Food Wars: Science, Risk, and Democracy in World Trade Law, Yale Journal of International Law 2005, S. 84.

¹⁷⁷ *Peel*, Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science As An International Yardstick? NYU School of Law, Jean Monnet Working paper 02/04, veröffentlicht auf <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers>.

¹⁷⁸ Zur sogenannten „frontier of science doctrine“ vgl. *Peel*, (Fn. 177), S. 21 ff.

¹⁷⁹ *Ibid.*, S. 30 ff.

¹⁸⁰ *Ibid.*, S. 83.

weil sie ein wertneutrales, objektives und universelles Kriterium sei, das für alle Mitglieder in gleicher Weise akzeptabel ist. Aus diesen Gründen nimmt die Wissenschaft bzw. der wissenschaftliche Nachweis die Funktion eines Ersatzkriteriums bei der Abgrenzung zwischen Protektionismus und berechtigten Schutzmaßnahmen ein.¹⁸¹ Es bleibt zu prüfen, ob die Wissenschaft dieser Rolle gerecht werden kann. In der Literatur wird die Geeignetheit des „science test“ bzw. der Wissenschaft als Ersatzmaßstab unter zwei Aspekten grundsätzlich angezweifelt, wobei der erste die tatsächliche Eignung, der zweite die normative Eignung betrifft.

a) „Science“ als neutraler Schlichter: ein Mythos

Aus wissenschaftstheoretischen Überlegungen wird der Wissenschaft bzw. dem Sound-science-Konzept von einem Teil der Literatur die grundsätzliche Eignung abgesprochen, ein neutrales Entscheidungskriterium zu sein.¹⁸² Insbesondere Walker¹⁸³, Atik und Wirth¹⁸⁴ weisen auf die strukturellen Grenzen der Wissenschaft hin. Auch die wissenschaftliche Methode beinhalte nämlich notwendigerweise normative Entscheidungen, sie sei somit selbst aufgeladen durch bestimmte Werturteile und keineswegs „neutral“. Auch bestünde keine Universalität der Wissenschaft, weder in räumlicher noch zeitlicher Hinsicht. Im Ergebnis gelte: „*science is a product of what questions are asked of it.*“¹⁸⁵ Demnach wäre durch die Heranziehung der Wissenschaft als Ersatzmaßstab im Ergebnis nichts gewonnen. Die Werturteile, die den jeweiligen mitgliedstaatlichen SPS-Maßnahmen zugrunde liegen, würden ersetzt durch ein nur vermeintlich wertfreies, neutrales Kriterium.

b) Wissenschaft als technische Antwort auf normative Fragen

Geht man jedoch davon aus, dass Wissenschaft tatsächlich ein neutraler Ersatzmaßstab ist, so aktualisiert sich ein anderer Kritikpunkt, der ebenfalls die Legitimität der Entscheidungsfindung ausschließlich anhand des wissenschaftlichen Nachweises in Frage stellt. Im Ergebnis würden nämlich Fragen der Regulierung im Gesundheits- und Umweltbereich, die notwendigerweise hochgradig mit Werturteilen

¹⁸¹ Walker, Keeping The WTO From Becoming the World Trans-Science Organisation, Cornell International Law Journal 1998, S. 253.

¹⁸² Vgl. für einen Überblick Atik/Wirth, Science and International Trade – Third Generation Scholarship, Boston College International and Comparative Law Review 2003, S. 171 ff.

¹⁸³ Walker, The Myth Of Science As A “Neutral Arbiter” For Triggering Precautions, Boston College International and Comparative Law Review 2003, S. 199 ff., sowie Walker, (Fn. 181), S. 251.

¹⁸⁴ Atik, Science and International Regulatory Convergence, Northwestern Journal of International Law and Business 1997, S. 737.

¹⁸⁵ Ibid., S. 758.

aufgeladen sind,¹⁸⁶ auf ein gesammeltes Wissen delegiert, welches sich gerade durch die Abwesenheit von Werturteilen auszeichnet.

Insbesondere im SPS-Bereich ginge es hauptsächlich um die Verhinderung potentieller und nicht die Bekämpfung aktualisierter Gefahren. In diesem Zusammenhang stelle sich für jedes WTO-Mitglied die Frage, welche Risiken durch die eigene Gesellschaft akzeptiert würden. Es handle sich demnach nicht um einen rein rationalen Prozess, wie ihn der wissenschaftliche Nachweis einer Gefahr darstellt. Angesichts erheblicher Unsicherheiten auch in der wissenschaftlichen Bewertung bestimmter Sachverhalte gewänne vor allem die Beteiligung der Öffentlichkeit an der Diskussion über ein angemessenes Schutzniveau an Bedeutung. Wertneutrale wissenschaftliche Argumente träten damit hinter gesellschaftliche Werturteile („social value judgements“) zurück. Diese Wertentscheidungen, die sich letztlich in konkreten SPS-Maßnahmen niederschlagen, müssten vom WTO-Recht respektiert werden.¹⁸⁷

Durch eine Delegation der Entscheidung über die Rechtmäßigkeit einer Maßnahme an die Wissenschaft („sound science“), würde dem wissenschaftlichen Beweis eine überhöhte Gewichtung gegenüber Verbraucherinteressen und kulturspezifischen Entscheidungen eingeräumt.¹⁸⁸ Aufgabe der WTO sei die Förderung des internationalen Handels, eine Überprüfung von Werturteilen liege außerhalb der Jurisdiktion oder den Zielen der WTO.¹⁸⁹

4. Bewertung

Die soeben dargestellten Kritikpunkte erscheinen *prima facie* durchaus plausibel. Eine ausführliche, gar abschließende Bewertung ihrer Stichhaltigkeit kann im Rahmen dieses Artikels nicht geleistet werden. Für die Ausgangsfrage, ob der „science test“ in der beschriebenen Ausgestaltung eine Balance zwischen den benannten widerstreitenden Interessen schafft, ist eine abschließende Antwort aber auch nicht erforderlich. Die erheblichen Einschränkungen der regulatorischen Freiräume der WTO-Mitglieder werden jedenfalls nicht durch eindeutig vorteilhafte Wirkungen mit gleichem Gewicht aufgewogen.

Der durch die Panels in *Japan – Apples* beschrittene Weg der Reduzierung des „science test“ auf seinen absoluten Kerngehalt, nämlich die Frage ob die beigezo-

¹⁸⁶ Vgl. zum Zusammenspiel zwischen normativen, politischen und ethischen Überlegungen Joerges, Law, Science and the Management of Risks to Health at the National, European and International Level, Columbia Journal of European Law 2001, S. 3.

¹⁸⁷ Vgl. Howse, Democracy Science and Free Trade: Risk Regulation on Trial at the World Trade Organization, Michigan Law Review 2000, S. 2332.

¹⁸⁸ Hilf/Oeter, (Fn. 2), S. 374.

¹⁸⁹ Hudec, (Fn. 137), S. 188.

genen Experten nach ihrer Bewertung das Vorliegen ausreichenden wissenschaftlichen Nachweises für die jeweilige Gefahr bejahen, und die damit einhergehende Abkehr von der ursprünglichen Konzeption der Art. 2 und 5 durch den AB in *EC – Hormones*, bringen vielmehr die angesprochenen Kritikpunkte erst recht zur vollen Geltung.

In Erinnerung gerufen sei hier zum einen die Ausführung des Appellate Body, die Liste der i.R.d. Gefahrbewertung zu berücksichtigenden Faktoren sei nicht abgeschlossen und umfasse mehr als „*risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions*“, vielmehr auch „*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*“¹⁹⁰; zum anderen die Feststellung: „*We do not believe that a risk assessment has to come to a monolithic conclusion that coincides with the scientific conclusion.*“¹⁹¹

Die konsequente Anwendung dieser Grundsätze würde justament den oben dargelegten Kritikpunkten entgegentreten und die Rolle der Wissenschaft darauf beschränken, dass sie als Ersatzmaßstab ein zwar wichtiger Indikator für das Vorliegen ungerechtfertigter Handelsbeschränkung ist, nicht aber einziges und abschließendes Kriterium.

Die in *Japan – Apples* angewendete Konzeption lässt hiervon kaum etwas übrig. Wie oben aufgezeigt, ist für den Fortgang der Prüfung und damit für die Anwendbarkeit der erweiterten Handlungsspielräume alleine die Frage ausschlaggebend, ob das Nadelöhr des Art. 2.2 genommen wird, d.h. die vorgetragenen wissenschaftlichen Nachweise das Bestehen einer Gefahr belegen. Hinzu kommt, dass die Anforderungen an den Prima-facie-Nachweis einer Verletzung niedrig liegen und im Ergebnis regelmäßig das Mitglied, welches die Schutzmaßnahme getroffen hat, belastet sein wird.

Besonders erschwerend mit Blick auf die Legitimität¹⁹² und die Akzeptanz des welt-handelsrechtlichen Streitverfahrens erscheint hierbei, dass die Beurteilung des wissenschaftlichen Nachweises einzelnen Experten, nicht Expertengruppen i.S.d. Art. XX DSU überlassen bleibt.¹⁹³ Der entscheidende Unterschied zwischen den beiden Vorgehensweisen besteht darin, dass die Expertengruppe eine einheitliche Antwort auf die vom Panel gestellten Fragen geben muss, während die einzelnen

¹⁹⁰ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 187.

¹⁹¹ *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, paras. 193-194.

¹⁹² Vgl. die Ausführungen zu „Democratic Risk Regulation“ von *Bobanes*, A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle, *Columbia Journal of Transnational Law* 2002, S. 351 ff. Vgl. allgemein zur Legitimation des WTO Rechts *Krajewski*, *Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO)*, Berlin, 2001., S. 265 ff.

¹⁹³ Vgl. auch die Kritik an dem praktizierten Verfahren der Expertenauswahl von *Winikoff et al.*, (Fn. 176), S. 111.

Experten jeweils ihre eigenen Antworten dem Panel übermitteln.¹⁹⁴ Divergieren die Einschätzungen der Experten untereinander,¹⁹⁵ so muss das Panel – welches in diesem Punkt regelmäßig gerade nicht kompetent ist – entscheiden, welcher Auffassung es folgen wird.

Zwar mag man einwenden, die Mehrzahl der SPS-Maßnahmen – legte man sie in einem Panel zur Überprüfung auf ihre Rechtmäßigkeit vor – würden auf ein einheitliches Verdikt der beigezogenen Experten treffen, d.h. die Wissenschaft könnte also eine eindeutige Antwort geben über das Bestehen oder Nichtbestehen eines Risikos. Aber gerade die vielbeachteten Verfahren um hormonbehandeltes Fleisch¹⁹⁶ sowie genmodifizierte Lebensmittel¹⁹⁷ zeigen in aller Deutlichkeit, dass es sich keineswegs um ein rein akademisches Problem handelt. Es existieren gerade im Bereich des Gesundheits- und Umweltschutzes Felder, die in der Wissenschaft heftigst umstritten sind und scheinbar unüberbrückbare Gräben ziehen. Soll das ÜSPS seinen Zielvorgaben gerecht werden, so muss es insbesondere in diesen Fällen seine Eignung unter Beweis stellen, eine Balance zwischen der Förderung des Welthandels und der Gewährleistung regulatorischer Autonomie herzustellen.

Nach der hier vertretenen Auffassung verfehlt der „science test“, so wie er durch die jüngste Rechtsprechung im Fall *Japan – Apples* konzipiert wurde, dieses Ziel. Dieser Befund darf indes nicht zu der Schlussfolgerung führen, die Streitbeilegungsorgane müssten sich einer Nachprüfung vollständig enthalten. Von den Befürwortern einer strengen Nachprüfung wird zu Recht darauf hingewiesen, dass ein derart reduzierter Prüfungsmaßstab protektionistischen Maßnahmen Tür und Tor öffnete.¹⁹⁸

Wenn auch ernstzunehmende Zweifel an der Wissenschaft als neutrales Ersatzkriterium bestehen, so bedeutet dies nicht, dass der „science test“ nicht eine wichtige Rolle als Indiz im Rahmen eines Plausibilitätstests¹⁹⁹ übernehmen könnte.

Eine auf Plausibilität begrenzte Nachprüfung der wissenschaftlichen Nachweise könnte durch die Bejahung eines prozeduralen Elementes im Rahmen der Gefahrbewertung gemäß Art. 5.1 ÜSPS ausgeglichen werden.²⁰⁰ Der jeweilige Urheber

¹⁹⁴ Auf diesen elementaren Unterschied weist ebenfalls *Christoforou* hin, *Settlement of Science-Based Trade Disputes in the WTO*, New York University Environmental Law Journal 2000, S. 638.

¹⁹⁵ Vgl. als Beispiel nur den Fall *EC – Hormones*. Dort vertrat ein Experte, Dr. Lucier, eine von den übrigen Experten abweichende Meinung. *EC – Hormones* (AB), WT/DS48/AB/R, para. 198.

¹⁹⁶ *EC – Hormones*, WT/DS48.

¹⁹⁷ *EC – Biotech*, WT/DS291-293.

¹⁹⁸ *Landwehr*, (Fn. 138), S. 196.

¹⁹⁹ Vgl. für eine ausführliche Begründung, warum eine Reduzierung auf Plausibilitätskontrolle angezeigt erscheint *Walker*, (Fn. 181), S. 280 ff.

²⁰⁰ So auch der Ausgangspunkt von *Bohanes*, (Fn. 192), S. 323 ff.; eine Stärkung des prozeduralen Elementes bei gleichzeitiger Anpassung des „standard of review“ in Bezug auf die der jeweiligen SPS-Maßnahme zugrundeliegenden Wertentscheidungen schlägt auch *Cottier* vor. Vgl. *Cottier*, in:

einer SPS-Maßnahme müsste also die Gefahrbewertung tatsächlich vor Erlass der Maßnahme berücksichtigt haben. Diese prozedurale Bedingung würde nicht nur der Abgrenzung zwischen legitimen Schutzmaßnahmen und Protektionismus dienen, sondern gleichzeitig auch dem Ziel einer Harmonisierung gemäß Art. 3 ÜSPS dienen.²⁰¹

Die seitens des Appellate Body bislang vorgebrachten Argumente gegen ein solches prozedurales Element in Art. 5.1 können nicht überzeugen.²⁰² Das Panel in *EC – Hormones* hat dargelegt, dass der Wortlaut des Art. 5.1 durchaus in diese Richtung interpretiert werden kann. Auch die rechtspolitischen Bedenken, dass durch ein solches Erfordernis insbesondere die Entwicklungsländer aufgrund fehlender Expertise überfordert wären, greifen nicht durch. Ein WTO-Mitglied, welches SPS-Maßnahmen erlassen möchte, ist auch ohne die formelle Verpflichtung faktisch zur Durchführung einer Gefahrbewertung bzw. insbesondere einer Sichtung der verfügbaren wissenschaftlichen Nachweise gezwungen, da nur so die Vereinbarkeit mit den Vorgaben des Welthandelsrechts und damit das Risiko eventueller Sanktionen nach Durchführung etwaiger Streitschlichtungsverfahren bewertet werden kann.

D. Zulässigkeit von SPS-Maßnahmen seitens Australien im Apfelstreit

Abschließend soll dargestellt werden, welche phytosanitären Schutzmaßnahmen Australien im konkreten Fall gegen die Einschleppung von Feuerbrand durch neuseeländische Äpfel zulässigerweise nach dem ÜSPS erlassen kann. Allgemein formuliert sind solche Maßnahmen zulässig, welche sämtliche Bedingungen des ÜSPS – wie oben dargelegt – erfüllen.

Für die konkrete Fallstudie ist indes zu beachten, dass dem Fall *Japan – Apples* ein sehr ähnlicher Sachverhalt zugrunde lag, weshalb Neuseeland diesem Streitfall auch als Dritte Partei auf Seiten der USA beigetreten war.

Japan schränkte seinerzeit die Einfuhr von Äpfeln aus den USA durch verschiedene Maßnahmen ein und machte sie von den folgenden Bedingungen abhängig:²⁰³ Der

Robertson/Kellow, *Globalization and the Environment, Risk Assessment and the WTO*, Northampton, Massachusetts, 2001, S. 58.

²⁰¹ Landwehr, (Fn. 138), S. 194.

²⁰² Vgl. ausführlich dazu Hurst, *Decisions of the Appellate Body of the World Trade Organization, Hormones: European Communities – Measures Affecting Meat and Meat Products*, *European Journal of International Law* 1998, S. 182 ff., abrufbar unter <http://www.ejil.org/journal/Vol9/No1/sr1g.html>, Gliederungspunkt „Comment on Art. 5.1“.

²⁰³ Stand *Japan – Apples* (Art. 21.5), WT/DS245/RW, i.e. Juni 2005. Die ursprünglichen Maßnahmen, waren in einzelnen Punkten noch deutlich strenger formuliert.

Apfelertrag muss einer als feuerbrandfrei deklarierten Plantage entstammen, wobei die Deklaration vom U.S. Department of Agriculture durchzuführen ist. Die Exportplantage muss tatsächlich feuerbrandfrei sein. Die feuerbrandfreie Plantage ist mit einer 10-Meter-Pufferzone zu umgeben. Sowohl die Plantage als auch die Pufferzone müssen mindestens einmal pro Jahr inspiziert werden. Geerntete Äpfel müssen mit einer Natriumhypochlorit-Lösung desinfiziert werden. Die Räumlichkeiten der Verpackungsstation sind durch Chlorbehandlung zu desinfizieren. Ertrag mit Bestimmungsort Japan ist nach der Ernte vom übrigen Ertrag getrennt zu lagern. Beamte der US-Pflanzenschutzbehörden müssen zertifizieren, dass die entsprechenden Äpfel frei von Feuerbrand sind und nach der Ernte mit Chlor behandelt wurden. Schließlich müssen Beamte der japanischen Behörden die Zertifizierungen der US-Behörden bestätigen und Inspektionen der Verpackungsstationen durchführen.

Diesen Maßnahmen lag die von Japan vertretene Prämisse zugrunde, dass Äpfel ein taugliches Medium für die Einschleppung, das Auftreten oder die Verbreitung von Feuerbrand wären. Die Streitbeilegungsorgane hatten sich im Rahmen der Prüfung des Art. 2.2 eingehend mit dem diesbezüglichen wissenschaftlichen Nachweis bzw. dem aktuellen Stand der Wissenschaft zu beschäftigen. Die hierzu getroffenen Feststellungen sind allgemeingültig und damit auch für den Streitfall *Australien/Neuseeland* beachtlich.

Nach Prüfung der vorgetragenen wissenschaftlichen Nachweise, insbesondere durch beigezogene Experten, stellten die Panel im Einzelnen fest:

- Es besteht kein ausreichender wissenschaftlicher Nachweis, dass reife, symptomfreie Äpfel mit Erregern des Feuerbrand befallen sein können, selbst wenn sie von Bäumen mit Feuerbrand geerntet wurden.²⁰⁴
- Nach den verfügbaren Informationen ist es unwahrscheinlich, dass reife Äpfel, die keine entsprechenden Symptome aufweisen, mit Feuerbrand infiziert werden.²⁰⁵
- Die Gefahr, dass durch reife, symptomfreie Äpfel als Übertragungsmedium der Übertragungsweg des Feuerbranders vollendet werden könnte, ist zu vernachlässigen.²⁰⁶
- Infizierte Äpfel können Populationen des Feuerbranders beherbergen, welche die verschiedenen Stationen der wirtschaftlichen Verarbeitungskette, Verpackung, Lagerung und Transport, überleben können.²⁰⁷

²⁰⁴ *Japan – Apples* (Art. 21.5), WT/DS245/RW, paras. 8.128, 8.136.

²⁰⁵ *Ibid.*, para. 8.139.

²⁰⁶ *Ibid.*, para. 8.153.

²⁰⁷ *Ibid.*, para. 8.157.

- Die Gefahr einer fehlerhafter Behandlung in der Verarbeitungskette oder illegaler Handlungen ist klein bzw. fraglich.
- Es besteht kein ausreichender Nachweis für die Vollendung der letzten Übertragungsphase (Übertragung des Erregers auf eine Wirtspflanze), selbst wenn befallene oder infizierte Apfelfrucht in das fremde Territorium gelangt.

Das Panel des Compliance-Verfahrens nach Art. 21.5 DSU erklärte auf dieser Tatsachengrundlage sämtliche Maßnahmen als unvereinbar mit Art. 2.2 ÜSPS, mit Ausnahme der o.g. Zertifizierung durch US-Behörden sowie der entsprechenden Bestätigung seitens Japanischer Behörden.²⁰⁸ Das Panel wies aber ausdrücklich darauf hin, „that this does not mean that no phytosanitary measure is justified. [...] The need for verification that only mature, symptomless apples are exported has been confirmed by the experts.“²⁰⁹ Demnach können jedenfalls solche Maßnahmen zulässig sein, welche die Einfuhr von ausschließlich reifen, symptomfreien Äpfeln gewährleisten. Eine solche Sicherstellung kann – wie im Fall Japans – insbesondere durch die zwingende Vorlage von Zertifizierungen erfolgen.

Misst man nun das Verhalten Australiens an diesen Leitlinien, so erscheint das derzeitige absolute Einfuhrverbot als nicht vereinbar mit den Bestimmungen des ÜSPS. Dies gilt auch für einen Großteil der Maßnahmen, welche im „Final Import Risk Analysis Report“ der zuständigen Behörde „Biosecurity Australia“ für die Zukunft vorgeschlagen wurden.²¹⁰ Diesem Bericht zufolge müssen insbesondere weitgehende Inspektionen auf neuseeländischen Apfelplantagen erfolgen und der unbedingte Nachweis erbracht werden, dass die Plantagen bzw. die Apfelbäume feuerbrandfrei sind.

Nach dem Stand der Wissenschaft, wie er den Panels in *Japan – Apples* im Jahr 2003²¹¹ bzw. im Juni 2005²¹² verfügbar war, gibt es keinen ausreichenden wissenschaftlichen Nachweis für diese Maßnahmen i.S.d. Art. 2.2 ÜSPS. Zulässig wäre eben alleine Maßnahmen, welche den Nichtbefall der Äpfel selbst garantierten, nicht jedoch der Apfelbäume. Australien bleibt es unbenommen, neue wissenschaftliche Nachweise vorzutragen, welche die Eignung der reifen Apfelfrucht zur Übertragung des Erregers belegt. Die Hürde für einen solchen Nachweis dürfte allerdings außerordentlich hoch liegen, nachdem die Expertenmeinungen im Fall *Japan – Apples* eindeutig ausgefallen sind und es Japan auch im Art. 21.5 DSU-Verfahren mit einer neuen Studie nicht gelungen ist, die Anforderungen des Art. 2.2 ÜSPS zu erfüllen.

²⁰⁸ *Japan – Apples* (Art. 21.5), WT/DS245/RW, para. 8.119.

²⁰⁹ *Ibid.*, para. 8.121.

²¹⁰ Veröffentlicht auf www.biosecurityaustralia.gov.au.

²¹¹ *Japan – Apples* (Panel), WT/DS245/R.

²¹² *Japan – Apples* (Art. 21.5), WT/DS245/RW.

Selbst wenn dieser Nachweis gelingen sollte, wäre es fraglich, ob das australische Schutzregime den Anforderungen bezüglich der regulatorischen Konsistenz gemäß Art. 5.5 gerecht wird. Ausgeschlossen erscheint schließlich ein Berufen auf die Ausnahmevorschrift des Art. 5.7, da ersichtlich kein Fall vorliegt, in dem das einschlägige wissenschaftliche Beweismaterial nicht ausreicht.

Nach dem derzeitigen wissenschaftlichen Erkenntnisstand wären damit sowohl das bestehende generelle Importverbot Australiens als auch die zuletzt von den australischen Behörden avisierten Importbedingungen nicht vereinbar mit den Bestimmungen des ÜSPS.

E. Schlussbetrachtung

Die vorstehenden Ausführungen haben gezeigt, dass mit Inkrafttreten des ÜSPS die sanitären und phytosanitären Schutzmaßnahmen der WTO-Mitglieder einer umfangreichen Disziplinierung unterworfen sind. Das Übereinkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen enthält neben den Diskriminierungsverboten als klassischen Elementen des Welthandelsrechts weiterführende Bestimmungen, welche es als sogenanntes „post-discriminatory WTO law“ qualifizieren. Die beiden wesentlichen Elemente dieses Ansatzes der „positive harmonization“ sind die Pflicht zur Harmonisierung nach Art. 3 ÜSPS sowie der „science test“ nach Art. 2.2 und Art. 5 ÜSPS. Der Wissenschaft kommt durch letztere Bestimmungen die Funktion eines neutralen, objektiven und universell akzeptablen Kriteriums zur Abgrenzung legitimer Schutzmaßnahmen von Protektionismus zu.

Im Anwendungsbereich dieser Vorschriften gewinnen verfahrensrechtliche Regelungen des DSU über die Tatsachengewinnung, Beweislast und Tatsachenbewertung bzw. Prüfungsdichte einen besonderen Stellenwert, geht es hier doch nicht mehr um die bloße Feststellung einer nicht gerechtfertigten Ungleichbehandlung zweier gleichartiger Sachverhalte, sondern um die positive Nachprüfung hoheitlicher Entscheidungen der WTO-Mitglieder.

Der Appellate Body hat sich in den bisherigen SPS-Streitfällen bemüht, den regulatorischen Freiraum der Mitgliedstaaten durch eine souveränitätsschonende Auslegung der Vorschriften nicht zu stark einzuengen und somit das dem ÜSPS zugrundeliegende Ziel einer Balance zwischen Unterbindung protektionistischer Maßnahmen, respektive Förderung des Welthandels und Aufrechterhaltung regulatorischer Autonomie der Mitglieder herzustellen.

Die weiterführende Spruchpraxis und insbesondere die jüngste Panel-Entscheidungen im Compliance-Verfahren im Fall *Japan – Apples* haben die Grenzen zulässiger SPS-Maßnahmen enger gezogen und die mit einiger Plausibilität vorgetragenen Be-

denken hinsichtlich der Geeignetheit der Wissenschaft als neutralem Abgrenzungskriterium zur vollen Geltung gebracht.

Die erheblichen Eingriffe in die Souveränität der WTO-Mitglieder werden daher nach dieser, durch die Streitbeilegungsorgane geformten, Konzeption des ÜSPS nicht durch gleichrangige positive Auswirkungen auf den Welthandel aufgewogen. Es besteht nicht länger eine Balance zwischen den in Ausgleich zu bringenden Interessen, die Förderung des Welthandels einerseits und die Gewährleistung ausreichender regulatorischer Autonomie der WTO Mitglieder andererseits.

Wünschenswert bleibt eine Stärkung des prozeduralen Elementes des „science test“ im Rahmen des Art. 5.1. Hierdurch könnte die Abgrenzung legitime Schutzmaßnahme oder Protektionismus verbessert und gleichzeitig das Ziel der Harmonisierung von SPS-Maßnahmen gefördert werden.

