

Memorandum

**zur Frage der welthandelsrechtlichen Implikationen
des Urteils des Europäischen Gerichtshofes in der
Rs. C-528/16**

vorgelegt im Auftrag des
Bundesamtes für Naturschutz

von Prof. Dr. Dr. Tade M. Spranger

Bonn, Mai 2019

I. Untersuchungsgegenstand

Staatliche oder supranationale Maßnahmen, die die freie Handelsfähigkeit bestimmter Produkte beschränken, werden stets auch im Lichte des Welthandelsrechts diskutiert. So verwundert es nicht, dass das Urteil des Europäischen Gerichtshofes in der Rs. C-528/16 ebenfalls zum Anlass genommen worden ist, über mögliche welthandelsrechtliche Konsequenzen zu spekulieren. Die konkrete Ausgestaltung der welthandelsrechtlichen „Gerichtbarkeit“ bleibt dabei ebenso allzu oft vage wie die konkrete Analyse der fraglichen materiellrechtlichen Verletzungen. Vor diesem Hintergrund stellt das vorliegende Memorandum in der gebotenen Kürze in einem ersten Schritt die Vereinbarkeit mit Welthandelsrecht dar, bevor in einem zweiten Schritt die förmliche Ausgestaltung eines „WTO-Verfahrens“ zur Durchsetzung möglicher Ansprüche adressiert wird.

II. Materiellrechtliche Aspekte: Vereinbarkeit mit WTO-Recht

Bei der 1994 gegründeten Welthandelsorganisation (World Trade Organization, WTO) handelt es sich um die als Internationale Organisation verfasste Dachorganisation verschiedener völkerrechtlicher Verträge, die sich sämtlich dem Abbau von Handelshemmnissen bzw. der Liberalisierung des internationalen Handels widmen. Das WTO-Recht fußt maßgeblich auf dem bereits 1947 geschlossenen Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (General

Agreement on Tariffs and Trade, GATT) und wird im Weiteren durch eine Vielzahl völkerrechtlicher Vereinbarungen geprägt, zu denen unter anderem das Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (General Agreement on Trade in Services, GATS) und das Übereinkommen über geistiges Eigentums (Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, TRIPS) gehören.

Im vorliegend interessierenden Kontext der grenzüberschreitenden Effekte technologieregulierender Vorschriften erlangen indes vor allem das Übereinkommen über sanitäre und phytosanitäre Maßnahmen (Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS) und das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (Agreement on Technical Barriers to Trade, TBT) Bedeutung.

Im SPS ist festgelegt, welche Regelungen zum Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen zulässig sind. Es geht dabei nur um Regelungen, die sich unmittelbar oder mittelbar auf den internationalen Handel auswirken können. SPS-Maßnahmen dürfen insbesondere ergriffen werden, soweit dies für den Schutz der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen notwendig ist. In diesem Zusammenhang verpflichtet das SPS-Abkommen die Mitglieder, ihre Maßnahmen möglichst auf bestehende internationale Standards des Codex Alimentarius, der Weltorganisation für Tiergesundheit (World Organisation for Animal Health (ehemals Office International des Epizooties), OIE) und der Internationalen Pflanzenschutzkonvention

(International Plant Protection Convention, IPPC) zu stützen. Darüber hinausgehende Anforderungen darf ein Mitglied nur ergreifen, wenn es anhand einer Risikobewertung nach wissenschaftlichen Grundsätzen belegen kann, dass diese erforderlich sind. Das TBT legt hingegen Regeln fest, die die staatlichen und nichtstaatlichen Stellen bei der Einführung technischer Vorschriften, Normen und Konformitätsbewertungsverfahren zu beachten haben. Laut TBT-Übereinkommen dürfen die technischen Vorschriften und die Konformitätsbewertungsverfahren nicht handelsbeschränkender als notwendig sein, um ein berechtigtes Ziel zu erreichen. Außerdem müssen sie transparent und nicht diskriminierend sein. Hierzu im Einzelnen:

1. SPS-Übereinkommen

Gemäß Art. 1 Abs. 1 und 2 SPS findet das Übereinkommen auf Maßnahmen im Sinne des Annex A Anwendung. Annex A Abs. 1 definiert insoweit:

„Sanitary or phytosanitary measure – Any measure applied:

(a) to protect animal or plant life or health within the territory of the Member from risks arising from the entry, establishment or spread of pests, diseases, disease-carrying organisms or disease-causing organisms;

(b) to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from

additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs;

(c) to protect human life or health within the territory of the Member from risks arising from diseases carried by animals, plants or products thereof, or from the entry, establishment or spread of pests; or

(d) to prevent or limit other damage within the territory of the Member from the entry, establishment or spread of pests.

Sanitary or phytosanitary measures include all relevant laws, decrees, regulations, requirements and procedures including, inter alia, end product criteria; processes and production methods; testing, inspection, certification and approval procedures; quarantine treatments including relevant requirements associated with the transport of animals or plants, or with the materials necessary for their survival during transport; provisions on relevant statistical methods, sampling procedures and methods of risk assessment; and packaging and labelling requirements directly related to food safety."

Vor diesem Hintergrund muss zunächst einmal darauf hingewiesen werden, dass die Entscheidung des EuGH als solche keine Maßnahme in diesem Sinne darstellt. Denn indem Anhang A Abs. 1 S. 2 SPS explizit „alle relevanten Gesetze, Verordnungen, Vorschriften, Anforderungen und Verfahren“ fokussiert, wird klar,

dass es sich um durch die Legislative oder die Administrative erlassene formelle oder materielle Rechtsakte handeln muss, die den rechtlichen Charakter einer Regelung aufweisen. Dieses Verständnis ist völker- wie staatsrechtlich konsequent, weil anderenfalls ein internationales Streitbeilegungssystem unbesehen zur „Superrevisionsinstanz“ aufgewertet werden würde.

Diese Bewertung dürfte zur Folge haben, dass ein Vorgehen gegen das Urteil als solches ebenso ausscheidet, wie gegen die in ihrer Gestalt unverändert fortgeltende Richtlinie 2001/18/EG als solche. Vielmehr bedarf es tatsächlich eines konkreten Falls, bei dem ein außereuropäischer Akteur genomeditiertes Material nach Europa exportieren möchte und die zuständige Behörde im Lichte des EuGH-Urteils eine für den Betreffenden nachteilige Entscheidung trifft. Erst diese konkrete staatliche Maßnahme wäre ein theoretisch geeigneter Gegenstand eines Panel-Verfahrens im vorstehend beschriebenen Sinne. Diese Annahme wird gestützt durch die im Folgenden näher zu besprechende Entscheidung des WTO Panel in der Sache „EC – Approval and Marketing of Biotech Products“¹: hier ist das Panel im Falle des de facto-Moratoriums der EG ebenfalls davon ausgegangen, dass es sich hierbei nicht um eine „Maßnahme“ im Sinne des SPS-Übereinkommens handelt.

¹ Siehe hierzu auch unter II.3.

Vor diesem Hintergrund stellt sich die Frage, welche Maßnahmen anhand welcher SPS-Standards zu messen wären. Tatsache ist, dass Art. 2 SPS zunächst einmal das Recht der Mitglieder betont, die für den Schutz des Lebens oder der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen erforderlichen gesundheitlichen und pflanzenschutzrechtlichen Maßnahmen zu ergreifen, sofern diese Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den Bestimmungen dieses Abkommens stehen, sowie verhältnismäßig und nicht-diskriminierend sind. Das WTO-Recht ist also keineswegs ökologisch „blind“.²

Die auf das SPS-Übereinkommen gestützte Kritik am europäischen Gentechnikrecht verweist vor allem auf Art. 2 Abs. 2 SPS, sowie auf Art. 5 Abs. 5 und 6 SPS. Art. 2 Abs. 2 SPS fordert, dass jede handelsbeschränkende Maßnahme auf wissenschaftlichen Prinzipien basiert und wird nicht ohne ausreichende wissenschaftliche Erkenntnisse aufrechterhalten wird. Art. 5 Abs. 5 und 6 SPS statuieren sodann die Erfordernisse der Konsistenz und der Erforderlichkeit:

„5. With the objective of achieving consistency in the application of the concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, each Member shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the

² Bungenberg, in: Pechstein/Nowak/Häde (Hrsg.), Frankfurter Kommentar zu EUV, GRC und AEUV, Band III, AEUV, Art. 101-215, 2017, Art. 207 AEUV Rn. 230.

levels it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade. Members shall cooperate in the Committee, in accordance with paragraphs 1, 2 and 3 of Article 12, to develop guidelines to further the practical implementation of this provision. In developing the guidelines, the Committee shall take into account all relevant factors, including the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves.

6. Without prejudice to paragraph 2 of Article 3, when establishing or maintaining sanitary or phytosanitary measures to achieve the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, Members shall ensure that such measures are not more trade-restrictive than required to achieve their appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, taking into account technical and economic feasibility."

a. Wissenschaftliche Basis

In Bezug auf die „wissenschaftliche Basis“ der streitgegenständlichen Maßnahmen ist darauf hinzuweisen, dass der WTO Appellate Body bereits im sogenannten „Hormonstreit“ zwischen den USA und der damals noch existierenden EG wesentliche Aussagen zur wissenschaftlichen Basis SPS-relevanter Maßnahmen getroffen hat. Ausgehend von der Erwägung, dass das zu ermittelnde Risiko nicht nur ein feststellbares Risiko in einem wissenschaftlichen

Labor ist, das unter streng kontrollierten Bedingungen arbeitet, erweiterte der Appellate Body den Risikobegriff. Erfasst wird demnach auch das Risiko in real existierenden menschlichen Gesellschaften, also das tatsächliche Potential für nachteilige Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit „in the real world where people live and work an die“.³

Damit fordert der Appellate Body eine wirklichkeitsgetreue Ermittlung potentieller Risiken, die sich allerdings nicht völlig von wissenschaftlichen Standards lösen darf. Vielmehr gilt insoweit: „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“.⁴

Folglich steht es einem Mitgliedstaat frei, sich im Rahmen seiner Risikoabschätzung auf wissenschaftliche Mindermeinungen zu stützen und unter Hinweis auf diese Anschauungen gesundheitsbezogene Maßnahmen zu rechtfertigen. Allerdings muss die Mindermeinung von qualifizierten

³ EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, [http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones\(ab\).pdf](http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones(ab).pdf), Rn. 187.

⁴ EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, [http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones\(ab\).pdf](http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones(ab).pdf), Rn. 194.

und angesehenen Wissenschaftlern vertreten werden.⁵ Ein „Mindestrisiko“ ist hingegen nicht erforderlich.⁶ Somit wird den Mitgliedstaaten ein vergleichsweise weiter Spielraum eingeräumt, dessen Grenzen dann überschritten werden, wenn handelsbeschränkende Maßnahmen auf unseriöse wissenschaftliche oder nichtwissenschaftliche Untersuchungen gestützt werden. Von wissenschaftlichen Erwägungen völlig losgelöste sozioökonomische Erwägungen, wie etwa die allgemeine Angst vor bestimmten Produkten, stellen nach wohl herrschender Meinung keine tragfähige Grundlage für beschränkende Maßnahmen dar.⁷

Darüber hinaus erlaubt Art. 5 Abs. 7 für den Fall, dass gerade noch keine wissenschaftlichen Erkenntnisse im beschriebenen Sinne vorliegen, sehr wohl die Ergreifung vorübergehender staatlicher Maßnahmen:

„In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of

⁵ EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, [http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones\(ab\).pdf](http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones(ab).pdf), Rn. 194.

⁶ Möhler, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 12. EL Oktober 2018, 40. Der Außenhandel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und seine Einbindung in die Welthandelsordnung der WTO, Rn. 137 mwN.

⁷ Kritisch insoweit beispielsweise Sander/Sasdi, Welthandelsrecht und „grüne“ Gentechnik – Eine transatlantische Auseinandersetzung vor den Streitbeilegungsorganen der WTO, in: EuZW 2006, 140 (142).

available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time."

b. Konsistenz

Bedenken mit Blick auf die Vereinbarkeit mit dem Konsistenzanforderung werden vor allem darauf gestützt, dass sich genomeditierte Pflanzen nicht von Pflanzen unterscheiden lassen, die mittels Spontanmutation entstanden sind. Eine weitere Inkonsistenz soll sich daraus ergeben, dass das europäische Gentechnikrecht zwischen mittels konventioneller Mutagenese einerseits und durch Neue Gentechniken andererseits erzeugten Organismen differenziert.

Diese Sichtweise dürfte sich aber als selektiv erweisen. Denn der Umstand, dass in Bezug auf konventionelle Mutagenese ein teils gut hundertjähriger Erfahrungsschatz vorliegt, wohingegen Verfahren der Genomeditierung meist noch nicht einmal den Bereich der Grundlagenforschung verlassen habe, steht der Einordnung als unzulässige

willkürliche Maßnahme⁸ entgegen, zumal der EuGH diesen Umstand wie folgt adressiert:

„Nach Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie 2001/18 obliegt es nämlich den Mitgliedstaaten, im Einklang mit dem Vorsorgeprinzip dafür Sorge zu tragen, dass alle geeigneten Maßnahmen getroffen werden, damit die absichtliche Freisetzung oder das Inverkehrbringen von GVO keine schädlichen Auswirkungen auf die menschliche Gesundheit und die Umwelt hat. Das bedeutet insbesondere, dass eine solche absichtliche Freisetzung oder ein solches Inverkehrbringen erst nach der Verträglichkeitsprüfung im Sinne von Teil B oder Teil C der Richtlinie erfolgen darf. Wie in Rn. 48 des vorliegenden Urteils ausgeführt, könnten sich die mit dem Einsatz dieser neuen Verfahren/Methoden der Mutagenese, auf die das vorlegende Gericht Bezug nimmt, verbundenen Risiken für die Umwelt und die menschliche Gesundheit aber als vergleichbar mit den bei der Erzeugung und Verbreitung von GVO durch Transgenese auftretenden Risiken erweisen. Folglich würde eine Auslegung der Ausnahme in Art. 3 Abs. 1 der Richtlinie 2001/18 in Verbindung mit Nr. 1 ihres Anhangs I B, wonach die mit Verfahren/Methoden der Mutagenese gewonnenen Organismen unterschiedslos vom Anwendungsbereich der Richtlinie ausgenommen wären, den mit ihr verfolgten Schutzzweck beeinträchtigen

⁸ Vgl. Möhler, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 12. EL Oktober 2018, 40. Der Außenhandel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und seine Einbindung in die Welthandelsordnung der WTO, Rn. 141.

und dem Vorsorgeprinzip zuwiderlaufen, zu dessen Umsetzung die Richtlinie dient.“⁹

Weitere regulatorisch relevante und auch welthandelsrechtlich zu berücksichtigende Differenzierungskriterien ergeben sich aus dem Umstand, dass Neue Gentechniken bei aller theoretisch möglichen Parallelität zu natürlich vorkommenden Prozessen eben doch unabweisbar artifizieller Natur sind. Der Einsatz der entsprechenden Techniken stellt somit eine technische Induktion dar. Dass gerade derartige Konstellationen zu welthandelsrechtlich gerechtfertigten Differenzierungen führen, verdeutlichen nicht zuletzt die Ausführungen des Appellate Body zum Einsatz natürlicher Hormone einerseits und synthetischer Hormone andererseits.¹⁰

Die für die nachschauende Betrachtung angenommene Nicht-Unterscheidbarkeit ändert im Übrigen per se nichts an der Unterschiedlichkeit der zu regulierenden Risiken. Hier spricht vieles dafür, dass der Mangel an Nachweisverfahren nicht zu einem Verstoß gegen Welthandelsrecht, sondern ganz im Gegenteil zu einer (welthandelsrechtlich vertretbaren) Verpflichtung der betreffenden Produzenten führt, ihre Produkte hinreichend zu

⁹ EuGH, Urt. v. 25.07.2018, Az.: C-528/16, Rn. 50 bei Juris.

¹⁰ EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Report of the Appellate Body, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, [http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones\(ab\).pdf](http://worldtradelaw.net/reports/wtoab/ec-hormones(ab).pdf), Rn.218 ff.

kennzeichnen. Dass es im Übrigen schon im Lichte des Schutzes der Rechte des geistigen Eigentums äußerst unwahrscheinlich ist, dass Produzenten ihre genomeditierten Produkte nicht entsprechend markieren, soll hier nur am Rande erwähnt werden.

c. Erforderlichkeit

Der Grundsatz der Erforderlichkeit bewirkt im Ergebnis, dass die Maßnahme den „mildest möglichen“, aber gleichermaßen geeigneten Eingriff in die Handelsfreiheit wählen muss. Hier wurde vorgebracht, dass Genehmigungsverfahren per se eine besondere Eingriffstiefe zu Eigen sei und etwa fristgebundene Beschleunigungsklauseln ebenso zu weniger einschneidenden Maßnahmen führen würden wie die Etablierung reiner Notifizierungsverfahren. Gegen diesen Einwand ist freilich vorzubringen, dass es gerade Eil- oder Notifizierungsverfahren in der vorliegend interessierenden Konstellation an der zwingend erforderlichen gleichwertigen Eignung fehlt. Denn gerade bei Verfahren, denen es an einer hinreichenden „safety record“ im Sinne von Begründungserwägung Nr. 17 zur Richtlinie 2001/18/EG fehlt, bedarf es einer eingehenden Prüfung der befürchteten nachteiligen Auswirkungen.

2. TBT-Übereinkommen

Bei der Auseinandersetzung um die Frage, ob bzw. welche welthandelsrechtlichen Implikationen dem EuGH-Urteil innewohnen könnten, spielt das TBT eine

deutlich nachrangige Rolle. Hierfür spielen zwei Erwägungen eine Rolle.

Zum einen bezieht sich das TBT ausschließlich auf technische Normen. Annex A Abs. 1 TBT legaldefiniert den Begriff der „technical regulation“ wie folgt:

„Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.“

Betroffen sein könnten damit allenfalls die Kennzeichnungs- und Rückverfolgungsregeln des europäischen Gentechnikrechts, die infolge des Urteils des EuGH auch auf mittels Neuer Gentechniken hergestellte Produkte angewendet werden müssen.¹¹ Indes ist das europäische Kennzeichnungssystem für GVO – wie im Folgenden noch ausgeführt werden wird – im sogenannten EC Biotech-Panel gerade nicht beanstandet worden. Ist jedoch das Kennzeichnungssystem als solches welthandelsrechtlich tragfähig, so ist nicht erkennbar, wie die konsequente Anwendung dieses

¹¹ Vgl. Möhler, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 12. EL Oktober 2018, 40. Der Außenhandel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und seine Einbindung in die Welthandelsordnung der WTO, Rn. 152.

Systems auf Neue Gentechniken zu welthandelsrechtlich relevanten Belastungen exportierender Staaten führen sollte.

Zum anderen ist das TBT im Verhältnis zum SPS subsidiär.¹² Art. 1 Abs. 5 TBT führt insoweit unmissverständlich aus: „The provisions of this Agreement do not apply to sanitary and phytosanitary measures as defined in Annex A of the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures.“

Doch sogar dann, wenn man eine Anwendbarkeit des TBT bejahen und eine wie auch immer geartete welthandelsrechtlich relevante Folge des EuGH-Urteils identifizieren würde, muss festgehalten werden, dass Art. 2 Abs. 2 TBT ausschließlich „unnötige Hemmnisse“ für den internationalen Handel untersagt und umgekehrt Beschränkungen im Interesse des Umwelt- und Gesundheits-¹³, aber auch des Verbraucherschutzes¹⁴ grundsätzlich erlaubt. Insoweit gilt, dass sich die zum SPS entwickelten Erkenntnisse letztlich auf das TBT übertragen lassen. Insgesamt sprechen daher die deutlich besseren Argumente gegen eine Verletzung des TBT.

¹² Möhler, in: Krenzler/Herrmann/Niestedt (Hrsg.), EU-Außenwirtschafts- und Zollrecht, 12. EL Oktober 2018, 40. Der Außenhandel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen und seine Einbindung in die Welthandelsordnung der WTO, Rn. 151 mwN.

¹³ So in einer nicht-abschließenden Beispielsliste Art. 2 Abs. 2 S. 3 TBT.

¹⁴ Sander/Sasdi, Welthandelsrecht und „grüne“ Gentechnik – Eine transatlantische Auseinandersetzung vor den Streitbeilegungsorganen der WTO, in: EuZW 2006, 140 (143).

3. Insbesondere: EC Biotech-Panel

Der Vollständigkeit halber soll darauf hingewiesen werden, dass in der laufenden Diskussion um mögliche welthandelsrechtliche Implikationen des EuGH-Urteils oft und gerne, indes selektiv auf die Entscheidung des WTO-Panels in der Sache „EC – Approval and Marketing of Biotech Products“¹⁵ Bezug genommen wird.

Tatsächlich hat das Panel in seinem Report bei oberflächlicher Betrachtung eine Unvereinbarkeit bestimmter Anforderungen des Europäischen Gentechnikrechts – namentlich der Freisetzungsrichtlinie und der Novel Food-Verordnung – mit dem SPS-Übereinkommen attestiert.

Bei näherer Analyse fällt jedoch auf, dass ein Gutteil der auch vorliegend interessierenden Fragen in dieser Entscheidung gar nicht erst adressiert worden sind. Vielmehr hat das Panel ausschließlich über die wenig bedeutsamen schutzklauselbasierten mitgliedstaatlichen Verbote entschieden, wohingegen explizit keine Beurteilung der Gentechnik und ihrer Regulierung an sich oder der „Gleichwertigkeit“ von

¹⁵ EC – Approval and Marketing of Biotech Products, Reports of the Panel, 29 September 2006, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R. Ein Zugriff auf alle bislang 184 Dokumente, die dieses Verfahren betreffen, ist möglich über: [https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=\(%40Symbol%3d+wt%2fds291%2f*\)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChange d=true](https://docs.wto.org/dol2fe/Pages/FE_Search/FE_S_S006.aspx?Query=(%40Symbol%3d+wt%2fds291%2f*)&Language=ENGLISH&Context=FomerScriptedSearch&languageUIChange d=true) (09.04.2019).

Organismen erfolgt ist.¹⁶ Darüber hinaus wurde der generelle Ansatz der auf dem Vorsorgeprinzip beruhenden Politik der EG/EU gerade nicht in Frage gestellt; auch wurden die Bestimmungen zur Kennzeichnung und zur Rückverfolgbarkeit nicht beanstandet.¹⁷

Im Schrifttum wird vor diesem Hintergrund zu Recht betont, dass die WTO mit derart komplexen, vor allem auch naturwissenschaftlich determinierten Fragestellungen des Umweltvölkerrechts überfordert ist und auch kompetenziell an ihre Grenzen stößt.¹⁸

Das Biotech-Panel verdient gleichwohl in Bezug auf einen anderen Umstand Beachtung. Einleitend wurde bereits erörtert, dass in der laufenden Diskussion mitunter der Eindruck erweckt wird, dass ein WTO-„Urteil“ durch einen „klagenden“ Export-Staat ebenso schnell zu erlangen wie umzusetzen sei. Tatsächlich sind aber gerade die Folgen des Biotech-Panels dazu angetan, die Langfristigkeit welthandelsrechtlicher Auseinandersetzungen zu verdeutlichen: Der letzte Statusreport der EU an den Vorsitzenden des DSB

¹⁶ Stoll, (K)eine Atempause im transatlantischen Gentechnikstreit – Das EC Biotech-Panel der WTO, in: EuZW 2007, 471 f.

¹⁷ Streinz, in: Streinz/Kraus (Hrsg.), Lebensmittelrechts-Handbuch, 39. EL Mai 2018, Rn. 575.

¹⁸ Stoll, (K)eine Atempause im transatlantischen Gentechnikstreit – Das EC Biotech-Panel der WTO, in: EuZW 2007, 471 (472). Weiterführende Kritik findet sich etwa auch bei: Panizzon/Arnold/Cottier, Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven, in: Umweltrecht in der Praxis / Le droit de l' environnement dans la pratique 2010, 199 (234 ff.).

datiert auf den 15. März 2019 und hat knapp 13 Jahre nach der Annahme des Panel-Berichts schlicht folgenden Inhalt: „Im Anschluss an die mit Argentinien (Dokument WT/DS293/41) und Kanada (WT/DS292/40) erzielten einvernehmlichen Lösungen ist die Europäische Union weiterhin bereit, ihre Gespräche mit den Vereinigten Staaten mit dem Ziel fortzusetzen, diesen Streit und damit zusammenhängende Fragen zu lösen.“¹⁹

III. Verfahrensrechtliche Aspekte des WTO-Streitbeilegungsmechanismus

Sollten ungeachtet der vorstehend ausgearbeiteten Erwägungen gleichwohl ein „WTO-Verfahren“ eingeleitet werden, so gilt es, zentrale Vorgaben in Bezug auf dessen Ausgestaltung zu berücksichtigen. Mit Schaffung der Welthandelsorganisation wurde Mitte der 1990er Jahre auch das Streitbeilegungssystem des GATT (General Agreement on Tariffs and Trade) grundlegend reformiert. Als eigenständige Institution wurde nunmehr der Dispute Settlement Body (DSB) etabliert, der sich zur

¹⁹ European Communities - Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products - Status Report by the European Union - Addendum, WT/DS291/37/Add.131, 15 March 2019 (Übersetzung durch den Verfasser). Die von den USA in jüngster Zeit gegenüber der WTO geäußerte massive Kritik bezieht sich nur am Rande auf diese zeitlichen Horizonte. Im Fokus der amerikanischen Kritik stehen vor allem Kompetenzüberschreitungen des Appellate Body, die Überprüfung von nationalem Recht durch den Spruchkörper, sowie die Herbeiführung von Präzedenzfällen; hierzu: Glöckle/Würdemann, Die Appellate Body-Krise der WTO - eine Analyse der US-Kritikpunkte, in: EuZW 2018, 976 ff.

Beilegung von Streitfällen „erstinstanzlich“ eines sogenannten Panels bedient. Als Rekursinstanz²⁰ dient der Standing Appellate Body. Die Arbeit der beiden Streitschlichtungsgremien richtet sich im Einzelnen nach den Vorschriften des Dispute Settlement Understanding (DSU)²¹ und wird in bestimmten Fällen durch Expertengruppen unterstützt²².

1. Vom Antrag zur Panel-Entscheidung

Der Antrag auf Einsetzung eines Panels ist von der Partei, die eine Verletzung behauptet, schriftlich zu stellen. Im Rahmen des Antrags muss angegeben werden, ob Konsultationen stattgefunden haben; ferner müssen die betreffenden spezifischen Maßnahmen identifiziert und eine kurze Zusammenfassung der Rechtsgrundlage der Beschwerde angegeben werden, die ausreicht, um das Problem klar darzustellen.²³ Nach ordnungsgemäßer Bestellung des Panels und Klärung bestimmter grundsätzlicher administrativer Fragen soll ein Panel im Regelfall den Parteien innerhalb von sechs Monaten den „final report“ zukommen lassen²⁴; in Ausnahmefällen kann diese Frist auf maximal neun Monate verlängert

²⁰ Die gängige Qualifizierung als „Berufungsinstanz“ geht schon deshalb fehl, weil der Appellate Body keine Tatsacheninstanz darstellt. So i. E. wohl auch M. HILF, Freiheit des Welthandels contra Umweltschutz ?, in: NVwZ 2000, S. 481 (483). Treffender wäre daher noch die Qualifizierung als Revisionsinstanz.

²¹ ABl. EG 1994 Nr. L 336/234.

²² Senti, WTO. System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, 2000, Rn. 343 ff.

²³ Art. 6 Abs. 2 S. 1 und 2 DSU.

²⁴ Art. 12 Abs. 8 DSU.

werden.²⁵ Tatsache ist freilich auch, dass der WTO-Panel in der im Folgenden noch näher zu beleuchtenden Biotech-Entscheidung²⁶ diesen Zeitraum um mehr als das Doppelte überschritten und so letztlich 30 Monate bis zur Vorlage seines endgültigen Berichts benötigt hat.²⁷

Innerhalb von 60 Tagen nach der Zirkulation eines Panelberichts an die Mitglieder wird der Bericht entweder auf einer DSB-Sitzung angenommen oder einvernehmlich abgelehnt. Die Annahme des Berichts wird durch die Mitteilung einer Streitpartei, den Appellate Body anzurufen, gehemmt.²⁸ Die strikt auf Rechtsfragen beschränkte²⁹ Behandlung der Angelegenheit durch den Appellate Body kann dazu führen, dass der Panelbericht aufrechterhalten, verworfen, oder geändert wird.³⁰ Die Befassung durch den Appellate Body soll im Regelfall nicht mehr als 60 Tage in Anspruch nehmen; in begründeten Ausnahmefällen darf diese Frist auf bis zu 90 Tage verlängert werden.³¹ Der Bericht des Appellate Body muss innerhalb von 30 Tagen durch den DSB angenommen oder zurückgewiesen werden.³² Erst die uneingeschränkte Annahme des Berichts des Appellate Body durch den DSB entfaltet für die Streitparteien

²⁵ Art. 12 Abs. 9 DSU.

²⁶ Siehe hierzu unter II.3.

²⁷ Stoll, (K)eine Atempause im transatlantischen Gentechnikstreit – Das EC Biotech-Panel der WTO, in: EuZW 2007, 471 (472).

²⁸ Art. 16 Abs. 4 DSU.

²⁹ Art. 17 Abs. 6 DSU.

³⁰ Art. 17 Abs. 13 DSU.

³¹ Art. 17 Abs. 5 DSU.

³² Art. 17 Abs. 14 DSU.

uneingeschränkte rechtliche Bindungswirkung.³³ Diese Bindungswirkung darf jedoch nicht mit den Effekten etwa eines Urteils eines deutschen Gerichts gleichgesetzt werden. Vielmehr sind die Konsequenzen, die im Folgenden näher erörtert werden, deutlich weicher.

2. Konsequenzen einer Entscheidung

Von besonderer Bedeutung ist insoweit der Umstand, dass eine durch den DSB angenommene Entscheidung des Panels oder des Appellate Body nicht zur unmittelbaren Aufhebung der streitgegenständlichen Norm führt. Jede andere Handhabung würde auch zu einer kaum vertretbaren Beschränkung staatlicher Souveränität führen. Vielmehr bestimmt insoweit Art. 19, dass es letztlich zur Empfehlung von Maßnahmen kommt, mittels derer die festgestellte Verletzung welthandelsrechtlicher Standards behoben werden kann.

Kommen also ein Panel oder der Appellate Body zu dem Schluss, dass eine Maßnahme mit einer einschlägigen Bestimmung des WTO-Rechts unvereinbar ist, so empfiehlt es dem betreffenden Mitglied, die umstrittene Maßnahme mit dieser Vereinbarung in Einklang zu bringen. Zusätzlich zu seinen Empfehlungen kann das jeweilige Gremium Vorschläge machen, wie das betreffende Mitglied die Empfehlungen umsetzen könnte.³⁴

³³ Art. 17 Abs. 14 S. 1 DSU.

³⁴ Art. 19 Abs. 1 DSU.

Insoweit unterstreicht Art. 19 Abs. 2 DSU nochmals den bereits in Art. 3 Abs. 2 DSU statuierten Grundsatz, dass weder das Panel noch der Appellate Body in ihren Feststellungen und Empfehlungen die in den betreffenden Dokumenten des WTO-Rechts vorgesehenen Rechte und Pflichten ergänzen oder mindern dürfen.

Zwar weist Art. 21 Abs. 1 auf die grundsätzliche Notwendigkeit der raschen Einhaltung der Empfehlungen oder Entscheidungen des DSB hin. Die Umsetzungsbemühungen einer von einer Panel- oder Appellate Body-Entscheidung betroffenen Streitpartei können sodann aber Gegenstand weiterer Verfahren werden. Zunächst muss die betroffene Streitpartei den DSB auf einer innerhalb von 30 Tagen abzuhaltenden Sitzung über die geplanten Umsetzungsmaßnahmen informieren³⁵; sofern und soweit eine sofortige Umsetzung untunlich ist, bestehen verschiedene Möglichkeiten zur Festlegung einer angemessenen Umsetzungsfrist, die letztlich bei deutlich mehr als einem Jahr liegen kann.³⁶ Die in der Praxis oft noch weit darüber hinausreichenden zeitlichen Horizonte werden nachfolgend unter Gliederungspunkt II.3. gesondert adressiert.

3. Insbesondere: (Un-) Geeignetheit einer Umsetzungsmaßnahme

Bei Uneinigkeit über die Geeignetheit einer Umsetzungsmaßnahme wird letztlich das im DSU

³⁵ Art. 21 Abs. 3 S. 1 DSU.

³⁶ Vgl. Art. 21 Abs. 3 S. 3 DSU.

vorgesehene Verfahren erneut in Gang gesetzt. Art. 21 Abs. 5 DSU stellt insoweit folgendes klar: „Bestehen Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen ergriffenen Maßnahmen mit den durch das DSU erfassten Rechtsdokumenten³⁷ übereinstimmen, oder ob die betreffenden Rechtsdokumente anwendbar sind, so wird diese Streitigkeit unter Rückgriff auf die Streitbeilegungsverfahren entschieden, einschließlich, soweit möglich, unter Rückgriff auf das ursprüngliche Panel. Das Gremium übermittelt seinen Bericht innerhalb von 90 Tagen nach seiner Befassung mit der Angelegenheit. Ist das Gremium der Ansicht, dass es seinen Bericht nicht innerhalb dieser Frist vorlegen kann, so teilt es dem DSB schriftlich die Gründe für die Verzögerung mit und schätzt die Frist, innerhalb derer es seinen Bericht vorlegen wird.“³⁸

Erst bei endgültigem Scheitern der Umsetzungsbemühungen der unterlegenen Streitpartei

³⁷ Hiermit sind die in Anhang 1 und 2 zum DSU genannten Rechtsquellen des WTO-Rechts gemeint.

³⁸ Übersetzung des Verfassers. Der Wortlaut des englischen Originals ist wie folgt: „Where there is disagreement as to the existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings such dispute shall be decided through recourse to these dispute settlement procedures, including wherever possible resort to the original panel. The panel shall circulate its report within 90 days after the date of referral of the matter to it. When the panel considers that it cannot provide its report within this time frame, it shall inform the DSB in writing of the reasons for the delay together with an estimate of the period within which it will submit its report.“

besteht die Möglichkeit der (vorübergehenden) Suspendierung von WTO-Rechten oder von Ausgleichszahlungen.³⁹ Indes sind diese Maßnahmen subsidiär zu der nach wie vor präferierten Umsetzung der Panel- oder Appellate Body-Entscheidung. Außerdem sind Ausgleichszahlungen gemäß Art. 22 Abs. 1 S. 3 DSU nur auf freiwilliger Basis möglich. Erst dann, wenn die in Art. 22 Abs. 2 vorgesehenen Verhandlungen zwischen den Streitparteien zur Identifizierung einer für alle Beteiligten annehmbaren Kompensation gescheitert sind, besteht für die „obsiegende“ Partei die Möglichkeit, sich beim DSB um die Erlaubnis zur Suspendierung möglichst korrespondierender⁴⁰ Rechte der „unterlegenen“ Partei zu bemühen. Auch in diesem Zusammenhang soll auf die folgenden Ausführungen zum Biotech-Panel der WTO verwiesen werden⁴¹, das gut verdeutlicht, welche Konsequenzen eine „Verurteilung“ durch ein Panel haben kann - und welche nicht.

Angesichts dieser zahlreichen Abfederungen wird mitunter die Auffassung vertreten, dass DSB-Beschlüsse korrekter als bloße Lösungsvorschläge und Richtlinien und der DSB selbst zuförderst als Instanz mit moralisch-diplomatischer Funktion zu qualifizieren sei.⁴²

³⁹ Vgl. Art. 22 DSU.

⁴⁰ Hierzu: § 22 Abs. 3 DSU.

⁴¹ Siehe unter II.3.

⁴² Zum Ganzen: Volz, Die Organisation der Weltwirtschaft, 2000, S. 115 ff.

4. Konsequenzen für die praktische Umsetzung

In der Gesamtschau zeigt sich damit, dass sowohl das Panel-, als auch das diesem nachgelagerte Appellate Body-Verfahren ungeachtet aller Bemühungen nach Straffung erhebliche Spielräume aufweisen, die nicht zuletzt der erheblichen Komplexität der zu klärenden Sachverhalte und Rechtsfragen geschuldet sind. Im Falle eines Unterlegens stellt sich insbesondere die Kardinalfrage, welche Maßnahmen des betroffenen Mitgliedstaates geeignet sind, eine identifizierte Verletzung des WTO-Rechts abzustellen. Selbstverständlich muss hier ein rechtskonformer Zustand hergestellt werden.

Bekanntlich sind aber nicht nur bei hochpolitischen Regelungsgegenständen zahllose Modifikationen des Regulierungsansatzes, des primären Rechtsregimes, von Durchführungsbestimmungen oder materiellrechtlichen Standards denkbar. Dem betreffenden Staat steht also ein nahezu unbegrenztes Spektrum an Handlungsmöglichkeiten zur Verfügung, mittels derer er den identifizierten Anforderungen entsprechen kann. Die Einschätzungsprärogative in Bezug auf die zu ergreifenden Maßnahmen liegt hier aber zunächst einmal eindeutig bei dem „unterlegenen“ Staat.⁴³ Hält

⁴³ Vgl. auch Ruffert, Der Entscheidungsmaßstab im WTO-Streitbeilegungsverfahren – Prozessuale Relativierung materieller Verpflichtungen?, in: ZVglRWiss 100 (2001), 304 (309, 311, 319); Sander/Sasdi, Welthandelsrecht und „grüne“ Gentechnik – Eine transatlantische

der „obsiegende“ Staat diese Maßnahmen letztlich für unzureichend, so müssen die beschriebenen, im DSU abschließend umschriebenen Prozeduren befolgt werden.

IV. Zusammenfassung der wesentlichen Ergebnisse

In Bezug auf die materiell-rechtliche Vereinbarkeit der Erstreckung des europäischen Gentechnikrechts auf Neue Gentechniken zeigt sich, dass weder das EuGH-Urteil in der Rs. C-528/16, noch die im Wortlaut unveränderte Richtlinie 2001/18/EG als solche eine „streititaugliche Maßnahme“ im Sinne des SPS-Übereinkommens darstellen. Ein theoretisch geeigneter Gegenstand eines Panel-Verfahrens wäre lediglich die gegenüber einem außereuropäischen Akteur ergehende nachteilige Entscheidung einer zuständigen nationalen Behörde.

Sofern und soweit Art. 2 Abs. 2 SPS für handelsbeschränkende Maßnahmen eine wissenschaftliche Basis einfordert, ist darauf hinzuweisen, dass es dem betreffenden Mitgliedstaat insoweit freisteht, sich auch auf wissenschaftliche Mindermeinungen qualifizierter und angesehener Wissenschaftler zu berufen. Zu betrachten ist dabei - wie der Appellate Body in anderem Zusammenhang festgestellt hat - kein isoliertes Setting in einem wissenschaftlichen Labor, sondern das tatsächliche Potential für nachteilige Auswirkungen auf die

Auseinandersetzung vor den Streitbeilegungsorganen der WTO, in: EuZW 2006, 140 (142).

menschliche Gesundheit „in the real world where people live and work and die“.

Für den Fall fehlender wissenschaftlicher Erkenntnisse erlaubt Art. 5 Abs. 7 SPS in bestimmten Grenzen die Ergreifung vorübergehender staatlicher Maßnahmen.

In Bezug auf das Konsistenzanfordernis des Art. 5 Abs. 5 SPS lässt sich festhalten, dass die (auch vom EuGH adressierten) Unterschiede zwischen konventioneller Mutagenese und Neuen Gentechniken eine differenzierende Behandlung zu rechtfertigen vermögen.

Das Erforderlichkeitserfordernis des Art. 5 Abs. 6 SPS wird nur dann verletzt, wenn die alternativen Regulierungsansätze zur Zielerreichung gleichermaßen geeignet sind. Gerade in Bezug auf Eil- und Notifizierungsansätze kann diese Gleichwertigkeit aber nicht erkannt werden.

Aus dem - gegenüber dem SPS-Übereinkommen ohnehin subsidiären - TBT-Übereinkommen resultierende Restriktionen sind nicht erkennbar.

Der Dispute Settlement Body (DSB) der Welthandelsorganisation stellt keine Gerichtsbarkeit, sondern einen Mechanismus zur alternativen Streitbeilegung dar. Die Arbeit der beiden Streitschlichtungsgremien „Panel“ und „Appellate Body“ richtet sich im Detail nach dem sogenannten Dispute Settlement Understanding (DSU).

Nachteilige Entscheidungen des DSB führen nicht zur unmittelbaren Aufhebung beispielsweise einer streitgegenständlichen Norm. Vielmehr trifft das betreffende Mitglied der Welthandelsorganisation die Pflicht, seine Rechtslage mit der Analyse des DSB in Einklang zu bringen. Der Umstand, dass im Falle des EC Biotech-Panels auch nahezu 13 Jahre nach Annahme des Panel-Berichts noch nicht alle Umsetzungsmaßnahmen einvernehmlich identifiziert und getroffen worden sind, verdeutlicht den zeitlichen Horizont derartiger welthandelsrechtlicher Auseinandersetzungen.

Bei Uneinigkeit über die Geeignetheit einer Umsetzungsmaßnahme wird letztlich das im DSU vorgesehene Verfahren erneut in Gang gesetzt. Erst bei endgültigem Scheitern der Umsetzungsbemühungen besteht die Möglichkeit der (vorübergehenden) Suspendierung von WTO-Rechten oder von (freiwilligen) Ausgleichszahlungen der unterlegenen Streitpartei. Indes sind diese Maßnahmen subsidiär zu der nach wie vor präferierten Umsetzung der Panel- oder Appellate Body-Entscheidung.