

Freihandel und Verfassung. Einzelstaatliche Gewährleistung und die konstitutionelle Funktion der Welthandels- ordnung (GATT/WTO)

*Peter-Tobias Stoll**

Einführung

Die freiheitliche Ordnung der nationalen und der Weltwirtschaft gilt als hohes individuelles und öffentliches Gut.¹ Sie erscheint, gerade nach dem Abschluß der Uruguay-Runde, mit der die Welthandelsordnung eine beispiellose Erweiterung, Verfestigung und Vertiefung erfahren hat, als weitgehend gefestigt.² Gelegentlich wird dieses Verständnis in Frage gestellt,

* Dr. iur., wissenschaftlicher Referent am Institut.

¹ Siehe dazu und zu den Versuchen einer ökonomischen Legitimation von Handelsbeschränkungen, Anm. 7. Zur sozialen Verantwortung der Staaten, Anm. 9 – als legitimer Grund von Außenhandelspolitik, Anm. 10, zur Anerkennung dieser Verantwortung durch GATT und WTO, bei Anm. 84, 113.

² Mit der Uruguay-Runde wurde die Welthandelsordnung in rechtlicher und organisatorischer Hinsicht fortentwickelt. Sie gründete sich bis dahin wesentlich auf das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (General Agreement on Tariffs and Trade, GATT), vom 30.10.1947, Fassung vom 1.3.1969, BGBl. 1951 II, 173 als Rechtsgrundlage und auf die gleichnamige Organisation. Die Uruguay-Runde schloß mit einem Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO-Übereinkommen, Agreement Establishing the World Trade Organization) – BGBl. 1994 II, 1453 (englisch) bzw. 1631 (deutsch), BT-Drs. 12/7655 (neu), ABl. EG Nr. L 336 vom 23.12.1994, 3 ff. Das WTO-Übereinkommen sieht, organisatorisch gesehen, die Gründung der Welthandelsorganisation (World Trade Organization – WTO) vor und enthält in seinen Anhängen eine Vielzahl von einzelnen Abkommen, die zum Teil alte Nebenabkommen des GATT ersetzen und zum Teil neue, zusätzliche Regelungen enthalten, BGBl. 1994 II, 1442 ff. (englisch) bzw. 1624 ff. (deutsch). Zugleich wird aber mit dem Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO-Übereinkommen) das "alte" Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen als "Kern" der neuen Rechtsordnung der WTO mitsamt seinen Unterabkommen und Entscheidungen

wenn hinter den komplizierten außenwirtschaftspolitischen Zusammenhängen und Abstraktionen die Sachverhalte Bezüge aufweisen, die ihnen Aufmerksamkeit jenseits des engen Kreises der Fachöffentlichkeit verschafft. Größer als die Verwunderung über die Mechanismen der Wahrnehmung ist dann oft das Erstaunen über die zutage geförderten Einzelheiten. Es ist sehr wahrscheinlich, daß weder das wirtschaftliche Gewicht noch Besonderheiten der Regelung im einzelnen, sondern vorrangig das Fehlen einer eigenen Bananenproduktion der Bananenmarktordnung der EG in der deutschen Öffentlichkeit zu Berühmtheit verholfen haben.³ Die

übernommen. Zur Unterscheidung wird das GATT nunmehr in seiner alten Fassung als "GATT 1947" und in seiner neuen Fassung als "GATT 1994" bezeichnet. Da seine Bestimmungen damit auf neuer Grundlage fortgelten, kann man insofern weiterhin vom GATT sprechen. Siehe: Denkschrift der Bundesregierung, BT-Drs. 12/7655 (neu), 335 ff.; Ernst-Ulrich Petersmann/Meinhard Hilf, *The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations*, 2. Aufl., Deventer 1991; Peter-Tobias Stoll, *Die WTO: Neue Welthandelsorganisation, neue Welthandelsordnung. Ergebnisse der Uruguay-Runde des GATT*, ZaöRV 54 (1994), 241–339; Richard Senti, *Die neue Welthandelsordnung. Ergebnisse der Uruguay-Runde, Chancen und Risiken*, ORDO 45 (1994), 301–314; Bernard M. Hoekman/Michel M. Kosteki, *The Political Economy of the World Trading System: From GATT to WTO*, Oxford 1996; Daniel Thürer/Stephan Kux (Hrsg.), *GATT 94 und die Welthandelsorganisation*, Zürich, Baden-Baden 1996 und allgemein: John H. Jackson/William J. Davey/Alan O. Sykes, *Legal Problems of International Economic Relations*, 3. Aufl., St. Paul 1995.

³ Verordnung des Rates der Europäischen Gemeinschaft Nr. 404/93 zur Einführung einer gemeinsamen Marktorganisation für Bananen vom 13.2.1993, ABl. L 47/1 vom 25.2.93 mit Durchführungsbestimmungen, u. a. VO (EG) 478/95 vom 1.3.1995, ABl. L 49/13, siehe dazu: Piet Eeckhout, *The European Internal Market and International Trade: A Legal Analysis*, Oxford 1994, 225 ff. Die Verordnung hat zu zahlreichen Verfahren auf verschiedenen Ebenen geführt. Auf der Ebene des (alten) GATT ist die Europäische Union zunächst in einem auf Antrag von Kolumbien, Costa Rica, Guatemala, Nicaragua und Venezuela im Juli 1993 eingesetzten Panel unterlegen, siehe den abschließenden Bericht vom 14.1.1994, GATT, Dispute Settlement Panel Report on the European Economic Community – Import Regime for Bananas, ILM 34 (1995), 177–229, Introductory Note von Nancy L. Perkins, ILM 34 (1995), 134 ff. Sie hat jedoch die Annahme des Berichts – auf der Grundlage der alten Regeln des GATT über die Streitschlichtung – verhindert. Es ist jedoch von Ecuador, Guatemala, Honduras, Mexiko und den Vereinigten Staaten ein neues Verfahren – GATT Doc. WT/DS27 – angestrengt worden, das den Regeln des Streitschlichtungsverfahrens nach der WTO unterliegt. Nach zwei Konsultationsrunden ist auf der Sitzung des Dispute Settlement Body (DSB) der WTO am 8.5.1996 ein Panel eingesetzt worden. Vor dem Europäischen Gerichtshof (EuGH) erhob die Bundesrepublik Deutschland gegen die Verordnung Nichtigkeitsklage. Der Gerichtshof wies die Klage mit einem vielbeachteten Urteil vom 5.10.1994 ab und führte dabei unter anderem aus, daß die Gemeinschaft zwar an das GATT gebunden sei, den einzelnen Mitgliedstaaten aber kein Recht zukomme, sich vor dem EuGH auf die Bestimmungen des GATT zu berufen, *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat der Europäischen Union*, Rs. C-280/93, Slg. 1994 I, 4973, EuZW 1994, 688, Ziff. 77 ff., siehe dazu: Ulrich Everling, *Will Europe Slip on Bananas? The Bananas Judgment of The Court of Justice and National Court*, CMLR 33 (1996)

Öffentlichkeit konnte sich deswegen bruchlos mit Nachfrageinteressen und dem Kampf zweier Importeure mit Bürokratie und Justiz identifizieren. Dabei haben die zahlreichen Verfahren vor deutschen Gerichten und dem Europäischen Gerichtshof Unbehagen hervorgerufen: Von Verfahren zu Verfahren verfestigte sich der Verdacht, daß die Gerichte die eigentlich maßgeblichen Fragen verfehlen. In seiner Konstellation unübertroffen spitzt der "Banananfall" die Problematik auf die Frage zu, ob sich die Freiheit im Recht behaupten kann. Andere Aspekte, etwa die Frage, ob und zu welchen Kosten die Bananenmarktordnung den von ihr in Schutz genommenen Bananenbauern tatsächlich nützt, haben weit weniger Aufsehen erregt.⁴

Das geschilderte Unbehagen berührt grundsätzliche Fragen der rechtlichen Fundamente der nationalen und internationalen Wirtschaftsordnung, die unter dem Begriff ihrer "konstitutionellen Funktionen" schon seit geraumer Zeit gerade im Hinblick auf mögliche Defizite diskutiert

401–437; Michael J. Hahn/Gunnar Schuster, Zum Verstoß von gemeinschaftlichem Sekundärrecht gegen das GATT, *Europarecht* 28 (1993), 261–281; dies., *Le droit des États Membres de se prévaloir en justice d'un accord liant la Communauté*, RGDIP 99 (1995), 367–384; Werner Meng, Gedanken zur Frage unmittelbarer Anwendung von WTO-Recht in der EG, in: U. Beyerlin/M. Bothe/R. Hofmann/E.-U. Petersmann (Hrsg.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung: Völkerrecht, Europarecht, Staatsrecht*; Festschrift für Rudolf Bernhardt, Berlin, Heidelberg 1995, 1063–1086; daneben wurden vor dem Europäischen Gerichtshof und den deutschen Verwaltungs- und Finanzgerichten weitere Verfahren geführt, siehe Everling, *ibid.*, 430 ff.; Peter-Tobias Stoll/Hans-Konrad Ress, Die Bananenmarktordnung in der EG im Lichte des GATT, *Europäisches Wirtschafts- & Steuerrecht (EWS)* 7 (1996), 37–42; Hans-Dieter Kuschel, Die EG-Bananenmarktordnung vor deutschen Gerichten, *EuZW* 1995, 689–692; ders., *Wie geht es weiter mit der Bananenmarktordnung?*, *EuZW* 1996, 645–650.

⁴ Nach einer Studie der Weltbank verursacht die Bananenmarktverordnung jährlich durch die künstliche Verteuerung Kosten von 2,3 Milliarden US \$. Die Bananenproduzenten in den AKP-Ländern, deren Schutz die Marktorganisation bezweckt, können aber nur auf einen Anteil von 300 Millionen US \$ hoffen. Der Rest wird vom Zwischenhandel abgeschöpft. Neben Wettbewerbsverzerrungen und Anreizen für einen Schwarzmarkthandel fällt daneben besonders ins Gewicht, daß die Bananenmarktverordnung den effektiver produzierenden Nicht-AKP-Produzenten gerade deswegen diskriminiert und den AKP-Produzenten den Anreiz nimmt, ihre Produktivität zu steigern, siehe World Bank, *Development Brief Number 50*, März 1995: "EU's bananarama-slipping" und Brent Borell, *EU Bananarama III*, Policy Research Working Paper 1386, World Bank, Washington D.C. Diese Konstellation ist kein Einzelfall, sondern oft die Regel, siehe unten, Anm. 42, 45. Auch das Argument, die Marktordnung habe zwar nicht in Deutschland, aber auf Gemeinschaftsebene insgesamt gesehen den Handel liberalisiert und die Gemeinschaftsbürger entlastet, trifft nicht zu. In ihrer Gesamtheit wandten die Gemeinschaftsbürger vor Einführung der Marktordnung nur 1,6 Mrd. US \$ an Protektionskosten auf, *ibid.*

werden.⁵ Ihnen ist mit Blick auf die Sicherung der Handelsfreiheit (I.) von der Warte der einzelstaatlichen Verfassungsordnung aus nachzugehen (II.). Nach einer klarstellenden Absage an die Charakterisierung des GATT bzw. der WTO als "Freihandelsordnung" wird sichtbar, daß die internationale Handelsordnung Ordnungselemente enthält, die als "konstitutionelle" Ergänzung und "Außenstabilisierung" freiheitssichernd auf den nationalen Verfassungsraum zurückwirken. Dabei handelt es sich

⁵ Siehe grundlegend: Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*, Fribourg 1991 (zit: *Constitutional Functions*); ders., *Handelspolitik als Verfassungsproblem*, ORDO 39 (1988), 239-254; ders., *National Constitutions, Foreign Trade and European Community Law*, EJIL 1 (1992), 1-35 (zit. EJIL 1 [1992]) sowie ders., *The Transformation of the World Trading System through the 1994 Agreement Establishing the World Trade Organization*, EJIL 6 (1995), 161-221 (zit. EJIL 6 [1995]) und die Beiträge in dem Sammelband: Meinhard Hilf/Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), *National Constitutions and International Economic Law*, Deventer 1993, von denen einige grundsätzliche Fragen ansprechen: Ernst-Ulrich Petersmann, *National Constitutions and International Economic Law*, 3-52 (zit.: Petersmann, *National Constitutions*) und ders., *Limited Government and Unlimited Trade Policy Powers? Why Effective Judicial Review and a Liberal Constitution Depend on Individual Rights*, 537-561; Frieder Roessler, *The Constitutional Function of the Multilateral Trade Order*, 53-62; Robert E. Hudec, *The Role of Judicial Review in Preserving Liberal Foreign Trade Policies*, 503-518; Thomas J. Schoenbaum/Douglas S. Arnold, *Judicial Review of International Trade Law Decisions: A Comparative Analysis*, 472-502. Grundlegend für diesen wissenschaftlichen Ansatz waren die Arbeiten von Jan Tumlir, insbesondere: *Economic Policy as a Constitutional Problem*, London 1984; ders., *International Economic Order and Democratic Constitutionalism*, ORDO 34 (1983), 71-83; ders., *Protectionism, Trade Policy in a Democratic Society*, Washington 1985 und ders., *GATT Rules and Community Law*, in: Meinhard Hilf/Francis G. Jacobs/Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), *The European Community and GATT*, Deventer 1986, 1-22 (zit. *GATT Rules*). Siehe allgemein: Heinz Hauser/Peter Moser/Renaud Planta/Ruedi Schmid, *Der Beitrag von Jan Tumlir zur Entwicklung einer ökonomischen Verfassungstheorie internationaler Handelsregeln*, ORDO 39 (1989), 219-237. Grundlegend für diesen Ansatz ist der Befund einer "constitutional failure", den Petersmann, EJIL 6 (1995), *ibid.*, 161, wie folgt definiert hat: "Due to inadequate constitutional safeguards, governments cannot pursue national economic welfare as their dominant trade policy objective. Since import restrictions operate by taxing domestic traders and consumers for the benefit of 'rent-seeking' producer interests, and often limit the freedoms and property rights of domestic citizens without effective parliamentary and judicial control, the lack of an effective 'foreign policy constitution' can undermine also the 'domestic policy constitution' and its general constitutional restraints on the taxing, regulatory and spending powers of governments", siehe auch bei Anm. 83. Der dem zugrundeliegende Verfassungsbegriff ist nicht formeller Natur, sondern bezieht sich mit den eingeführten Begriffen der nationalen "Wirtschaftsverfassung" und der "Weltwirtschaftsverfassung" auf eine Betrachtung der Rechtssätze, die grundlegend das Verhältnis des einzelnen zum Staat bestimmen, siehe Stefan Langer, *Grundlagen einer internationalen Wirtschaftsverfassung*, München 1995, 34 ff., vgl. auch Thomas Oppermann, *Die Europäische Gemeinschaft und Union und die Welthandelsorganisation (WTO)*, RIW 41 (1995), 919-928 (925).

nicht um eine Nebenfolge, sondern um die Verwirklichung eines Grundprinzips der Welthandelsordnung, das es erlaubt, den Zusammenhang von nationaler und internationaler Wirtschaftsverfassung als den einer "konstitutionellen Verschränkung" zu kennzeichnen (III.). Damit stellt sich auch die Frage nach der rechtlichen Wirksamkeit der internationalen Handelsordnung (IV.). Ihr ist vor dem Hintergrund der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zur unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT (V.) abschließend nachzugehen.

I. Der Ausgangspunkt: Die Freiheit des Handels als Teil der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit

In besonderer Weise gilt für den Bereich des Wirtschaftlichen, daß die Rechte Einzelner vor dem Hintergrund einer Ordnungsvorstellung gesehen werden müssen. Das Ordnungsmodell der meisten nationalen Wirtschaftssysteme wie auch des internationalen Wirtschaftssystems ist das einer Marktwirtschaft. Ihr strukturtragendes rechtliches Element ist das der Freiheit. Die Wirtschaftsfreiheit, wie man sie nennen kann, schließt zwei Elemente ein: Sie enthält zum einen ein sozusagen persönlichkeitsrechtliches Element, das die wirtschaftliche Betätigung als persönliche Entfaltung schützt.⁶ Daneben enthält die Wirtschaftsfreiheit einen auf die Allgemeinheit bezogenen ordnungsspezifischen Gehalt. Die privaten Rechte von Freiheit und Eigentum sind auch Ausdruck der Überzeugung, daß in der Regel private Wirtschaftsbetätigung – auch im Sinne eines freien Handels – im Gegensatz zu anderen Organisationsformen den größten gesamtgesellschaftlichen Nutzen zu den geringsten Kosten erbringt.⁷

⁶ Es gehört zu den alltäglich gewordenen, darum aber nicht weniger bedeutsamen Erungenschaften freier Gesellschaften, daß der einzelne selbst seine Bedürfnisse definieren und verfolgen und seine Fähigkeiten anbieten und über den Markt in freien Austausch mit anderen Mitgliedern der Gesellschaft treten kann. Die Wirtschaftsfreiheit sichert damit die "freie menschliche Persönlichkeit" als obersten Wert, Fritz Rittner, *Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Heidelberg 1987, 34. Wolfgang Fikentscher, *Wirtschaftsrecht* (Band I: *Weltwirtschaftsrecht*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, Band II: *Deutsches Wirtschaftsrecht*) München 1983, hat insoweit die Figur eines wirtschaftlichen Persönlichkeitsrechts entwickelt, Bd. II, 112, 132 ff., siehe auch 57 ff.

⁷ Diese, bis auf die Lehren von Adam Smith und David Ricardo zurückgehende Erkenntnis ist kaum ernsthaft bestritten. Beginnend mit den "erzieherischen Zöllen" über den "optimum tariff" bis hin zu "terms of trade-" und "infant industry-"Argumentationen im Zusammenhang mit der wirtschaftlichen Entwicklung und schließlich im Grunde industriepolitischen Argumentationen einer "strategic trade policy" ist immer wieder, aber letztlich ohne großen Erfolg versucht worden, Handelsbeschränkungen wirtschaftlich

Insoweit kann man in der Freiheit des Einzelnen auch die Behauptung der in und durch Freiheit zur Selbstorganisation begabten Individuen gegen den auf "angemaßtes" Wissen gegründeten staatlichen Gestaltungs- und Regelungsanspruch sehen.⁸ Dieser Ansatz verdeutlicht, daß Wirtschaftsfreiheit nicht nur als in den Kategorien eines individuellen "Freiheitsgenusses" einerseits und einer gemeinwohlbezogenen, rein volkswirtschaftlichen Nutzenbetrachtung andererseits verstanden werden kann. Sehr viel weitergehend kann man in ihr auch die konstitutionelle Sicherung eines Wettbewerbs von Ordnungen sehen, in dem sich gesellschaftliche Selbstorganisation und Selbstbestimmung einerseits und staatlicher Gestaltungs- und Regelungsanspruch andererseits gegenüberstehen.

Damit ist nicht gesagt, daß Regierungen nicht in diese Freiheiten eingreifen dürften, um öffentlichen Interessen, Verteilungszielen und – allgemeiner – ihrer Verantwortung für sozialen Ausgleich und Frieden Genüge zu tun. Mit allerdings erheblichen Unterschieden in der Ausgestaltung verfügen alle Industriestaaten über ein System der sozialen Sicherung, das mit Mechanismen der Umverteilung Ausgleich schafft und soziale Bedürfnisse befriedigt. Trotz aller aktuellen Kritik am Wohlfahrtsstaat und seinen Elementen im einzelnen ist unumstritten, daß die Kombination einer marktwirtschaftlichen Ordnung mit Elementen des sozialen Ausgleichs den Industriestaaten sozialen Frieden und – historisch gesehen –

zu rechtfertigen, siehe Hans Hinrich Glismann/Ernst-Jürgen Horn/Sighart Nehring/Roland Vaubel, *Weltwirtschaftslehre*, 3. Aufl., Göttingen 1986, 72 ff.; Robert E. Baldwin, *Trade Policy in a Changing World Economy*, New York etc. 1988, *passim*; Hoekman/Kostecki (Anm. 2), 20 ff.; Heinz Hauser, *Weshalb brauchen die Regierungen die WTO?*, in: Thüerer/Kux (Hrsg.) (Anm. 2), 81–92. Es ist aber deutlich darauf hinzuweisen, daß Marktwirtschaft und Wettbewerb als Ordnungsgrundlagen der Wirtschaft auf Anpassung und Strukturwandel zielen und damit auch die Möglichkeit einschließen, daß Unternehmen und Branchen, die diese Anpassung nicht leisten können, mit allen sozialen Folgen aus dem Markt ausscheiden. Dies und die Tatsache, daß der Strukturwandel auch neue und bessere Beschäftigungschancen bietet, ist der populären, aber unspezifischen Kritik am Freihandel, die oft von einer statischen Betrachtungsweise ausgeht, entgegenzuhalten. Ebenso deutlich ist freilich darauf hinzuweisen, daß der Staat nicht nur ein Recht, sondern eine soziale Verantwortung hat, die ihn verpflichtet, nötigenfalls einzugreifen, siehe sogleich bei Anm. 9. Entgegen einem populären Vorurteil erkennt dies auch die Welthandelsordnung an, siehe bei Anm. 84, 113.

⁸ Friedrich August von Hayek, *Die Verfassung der Freiheit*, 2. Aufl., Tübingen 1983, 33 ff.; ders., *Die Anmaßung von Wissen*, *ORDO* 26 (1975), 12–21; Manfred E. Streit, *Wissen, Wettbewerb und Wirtschaftsordnung – Zum Gedenken an Friedrich August von Hayek*, in: Hans-Hermann Francke (Hrsg.), *Ökonomischer Individualismus und freiheitliche Verfassung*, Freiburg 1995, 147–185, insb. 159 ff., 166.

beispiellose Prosperität gesichert hat. Freie wirtschaftliche Ordnung und sozialer Ausgleich stehen in einem stets aufs Neue zu bestimmenden, spannungsvollen wechselseitigen Abhängigkeitsverhältnis.⁹

Brüche entstehen, weil die Sachgesetzmäßigkeiten der gesellschaftlichen und marktwirtschaftlichen Ordnung zwar sehr wohl Entfernungen, unterschiedliche Kulturen, Mentalitäten, Sprachen und Werte in Rechnung stellen, aber an territoriale Eingrenzungen nicht gebunden sind und zunehmend darüber hinausweisen. Wirtschaftsfreiheit ist daher nach ihrer eigenen Logik auf Grenzüberschreitung angelegt. Demgegenüber sind ihre Gewährleistung und die staatliche Ordnungsverantwortung in ihrer jeweils spezifischen Ausprägung an die aus der Einteilung der Welt in Staaten folgende Territorialität gebunden. Der Ausgleich der dadurch entstehenden Konflikte und Spannungen ist legitimer Zweck der Außenwirtschaftspolitik.¹⁰

⁹ Die grundlegende Verantwortung des Staates in diesem Bereich stützt sich einerseits auf das Sozialstaatsprinzip, siehe dazu Hans F. Zacher, Stichwort "Sozialstaatsprinzip" in: Willi Albers u. a. (Hrsg.), Handwörterbuch der Wirtschaftswissenschaft, Band 7, Stuttgart etc. 1977, 152–160, nach dem als Sozialstaat ein Staat zu kennzeichnen ist, " ... der den wirtschaftlichen und wirtschaftlich bedingten Verhältnissen auch in der Gesellschaft wertend, sichernd und verändernd mit dem Ziel gegenüber steht, jedermann ein menschenwürdiges Dasein zu gewährleisten, Wohlstandsunterschiede zu verringern und Abhängigkeitsverhältnisse zu beseitigen oder zu kontrollieren." Selbst ein so radikaler Vertreter des Liberalismus wie von Hayek hat durchaus in Betracht gezogen, ein garantiertes Mindesteinkommen außerhalb des Marktes zu sichern, siehe Streit (Anm. 8), 181 mwN. Außerhalb der Sozialpolitik im engeren Sinne nimmt der Staat auch mit der allgemeinen Wirtschaftspolitik und mit Mitteln des Wirtschaftsrechts eine Verantwortung für das Marktgeschehen wahr, vgl. nur § 1 des Gesetzes zur Förderung der Stabilität und des Wachstums der Wirtschaft vom 8.6.1967, BGBl. I, 582 i.d.F. vom 14.9.1994, BGBl. I, 2325 und aus der Sicht des Wirtschaftsrechts: Reiner Schmidt, § 83 – Staatliche Verantwortung für die Wirtschaft, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 3, Heidelberg 1988, 1141–1170; Fikentscher (Anm. 6), Bd. II, 86 ff.; Winfried Tilmann, Wirtschaftsrecht, Berlin etc. 1986, 35 ff.; Norbert Reich, Markt und Recht, Neuwied 1977, 29 ff.; Rittner (Anm. 6), 12 ff.; Reiner Schmidt, Öffentliches Wirtschaftsrecht, Allgemeiner Teil, Berlin etc. 1990, 298 ff. (zit: Allgemeiner Teil); Gert Nicolaysen, Europarecht II. Das Wirtschaftsrecht im Binnenmarkt, Baden-Baden 1996, 23 ff.; Hella Kinder, Die Außenindustriepolitik der Europäischen Gemeinschaft dargestellt am Beispiel von Antidumpingmaßnahmen, Frankfurt etc. 1996.

¹⁰ Siehe Langer (Anm. 5), 39, 57: "Soziale Gesamtverantwortung des Staates als Rechtfertigungsgrund internationaler Handelshemmnisse". Siehe auch unten, bei Anm. 36.

II. Die konstitutionelle Gewährleistung der Freiheit des Handels und ihre Defizite in einzelstaatlicher Perspektive

Die Frage, wie der freie Außenhandel als Teil einer marktwirtschaftlichen Ordnungsvorstellung rechtlich gesichert wird, ist zunächst nach der Wirtschaftsverfassung der einzelnen Staaten bzw. der EU zu beurteilen. Dabei ist von den einschlägigen Grundrechten einerseits und den staatlichen Eingriffsvorbehalten andererseits auszugehen (A). Dann sind geläufige verfassungsrechtliche Fragestellungen, nämlich die Problematik der Gewährleistung von Grundrechten der wirtschaftlichen Betätigung (B) und mögliche Vorbehalte im Hinblick auf die außenpolitischen Bezüge (C) zu untersuchen. Daneben sind weitere Aspekte, so etwa die Unvollkommenheiten der Welthandelsordnung (D) und schließlich wirtschafts- und verfassungspolitische Aspekte (E, F, G), zu berücksichtigen, wobei jeweils eine verfassungsrechtliche Würdigung angebracht ist.

A. Individualrechtliche Garantie der Handelsfreiheit und staatliche Eingriffsbefugnisse

Da die marktwirtschaftliche Ordnungsvorstellung auf der Wirtschaftsfreiheit aufbaut, hängt ihre rechtliche Gewährleistung zunächst davon ab, inwiefern die Außenhandelsfreiheit individualrechtlich abgesichert ist und unter welchen Bedingungen die Staaten berechtigt sind, mit Mitteln der nationalen Außenwirtschaftspolitik einzugreifen. Als Handelsfreiheit im engeren Sinne kann man die Freiheit vor staatlichen Eingriffen in Handelstransaktionen verstehen. Sie ist allerdings ausdrücklich nur in der Schweiz als Grundrecht gesichert.¹¹ In Deutschland ist sie über die Wirt-

¹¹ Art. 31 der Schweizerischen Bundesverfassung von 29. Mai 1874 lautet: "Abs. 1: Die Handels- und Gewerbefreiheit ist im ganzen Umfange der Eidgenossenschaft gewährleistet, soweit sie nicht durch die Bundesverfassung und die auf ihr beruhende Gesetzgebung eingeschränkt ist. Abs. 2: Kantonale Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerben und deren Besteuerung bleiben vorbehalten; sie dürfen jedoch, soweit die Bundesverfassung nichts anderes vorsieht, den Grundsatz der Handels- und Gewerbefreiheit nicht beeinträchtigen ...". Siehe dazu: William Elio Andrich, Die Wirtschaftsfreiheit im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht, St. Gallen 1996, 49 ff.; Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 314; ders., National Constitutions (Anm. 5), 17 ff.

schaftsgrundrechte, Art. 12¹² und 14¹³, sowie letztlich über Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet.¹⁴ Dies dürfte auch für andere Staaten gelten.¹⁵ In der Europäischen Gemeinschaft verbürgt Art. 30 des EGV die Warenverkehrsfreiheit für den Handel zwischen den Mitgliedstaaten. Daneben gehören das Eigentumsrecht, die freie Berufsausübung und “die grundrechtliche Handelsfreiheit” zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemein-

¹² Grundlegend hat das BVerfG in seinem Beschluß vom 21.3.1961, BVerfGE 12, 281 von einer “verfassungsrechtliche[n] Forderung grundsätzlicher Freiheit des Außenhandels” gesprochen, die es gebiete, daß nur die “notwendigen Beschränkungen aufrechterhalten werden dürfen” (294). Es hat deswegen die überkommenen besatzungsrechtlichen Regelungen über den Devisenverkehr und den Außenhandel, wie sie sich insbesondere aus dem Militärregierungsgesetz Nr. 53 ergaben, als unvereinbar mit Art. 12 Abs. 1 GG angesehen, weil sie grundsätzlich ein Verbot mit Ausnahmevorbehalt vorsahen (294 f.). Eine Aufhebung der Regelungen unterblieb nur deshalb, weil das Inkrafttreten des den verfassungsrechtlichen Gegebenheiten entsprechenden Außenwirtschaftsgesetzes bevorstand und in der Verwaltungspraxis die angegriffenen Vorschriften bereits entsprechend gehandhabt wurden (295). Siehe auch Hans Peter Ipsen, Außenwirtschaft und Außenpolitik, Stuttgart etc. 1967, 52. In BVerfGE 91, 148 (162) heißt es im Hinblick auf die Außenhandelsfreiheit und insbesondere auch zu dem Verhältnis zu Art. 14: “Die Beschwerdeführerin genießt als Exporteurin industrieller Anlagen den Schutz der Berufsfreiheit und hinsichtlich der von ihr vertriebenen Waren den der Eigentumsgarantie.”

¹³ BVerfGE 30, 250 (271 ff.) – *Ausfuhrumsatzsteuer*; BGHZ 45, 83 – *Knäckebrot*; siehe ausführlich: Stephan Labereau, Zur Rechtmäßigkeit von Embargoverordnungen, Frankfurt etc. 1996, 27 ff.

¹⁴ Brun-Otto Bryde, § 14 Außenwirtschaftsrecht, in: Reiner Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Berlin etc. 1996, 485–533 (502 ff.); Ipsen (Anm. 12), 50 ff.; Meinhard Hilf, Treaty-Making and Application of Treaties in International Trade Law: The Case of Germany, 211–242, in: ders./Petersmann (Hrsg.), Constitutions and International Economic Law (Anm. 5) 226 f.; Tilmann (Anm. 9), 35 ff.; Reich (Anm. 9), 94 ff.; Fikentscher (Anm. 6), Bd. II, 58 ff.; Schmidt, Allgemeiner Teil (Anm. 9), 94 ff.; Eckhard Putzier, Die Ermächtigungen des Außenwirtschaftsgesetzes, Stuttgart 1987, 34 ff.; siehe auch: Rainer Hofmann, Grundrechte und grenzüberschreitende Sachverhalte, Heidelberg etc. 1994, 245 ff. Zur Geschichte: Günter E. Krug, Die Entwicklung ökonomischer Freiheitsrechte in Deutschland im Wandel von Staat, Wirtschaft und Gesellschaft vom Ancien Régime bis zur Reichsgründung (1776–1871), Frankfurt am Main etc. 1995.

¹⁵ Zur Gewährleistung der Freiheit der gewerblichen Betätigung in den damaligen Mitgliedstaaten der Gemeinschaft in vergleichender Sicht: Rudolf Bernhardt, Probleme eines Grundrechtskatalogs für die Europäischen Gemeinschaften, Bulletin der Europäischen Gemeinschaften, Beilage 5/76, 52 ff.; für das Vereinigte Königreich: Friedl Weiss, Constitutional Law and Foreign Trade Law in the United Kingdom, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), Constitutions and International Economic Law (Anm. 5), 243–264 (245); für Japan: Mitsuo Matsushita, Constitutional Framework of the Major Trade Laws in Japan: In the Context of the Uruguay Round, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), Constitutions and International Economic Law (Anm. 5), 275–297 (276 f.); für die Staaten Ost- und Mitteleuropas: Wolfgang Gärtner, Die Neugestaltung der Wirtschaftsverfassungen in Ostmitteleuropa, Berlin 1996, insb. 103 ff.

schaftsrechts.¹⁶ Die Geltung dieser Grundsätze ist nicht auf den innergemeinschaftlichen Handel beschränkt.¹⁷ Der Gerichtshof hat sie bei der Klage der Bundesrepublik Deutschland gegen die Bananenmarktordnung herangezogen, ohne ihre Geltung im Hinblick auf die außenwirtschaftliche Fragestellung in Zweifel zu ziehen. Man wird deswegen annehmen können, daß sie grundsätzlich auch für die außenwirtschaftliche Betätigung gelten.¹⁸ Die Freiheit des Handels mit Staaten außerhalb der Gemeinschaft ist auch sekundärrechtlich verankert.¹⁹

Neben diesen Freiheitsverbürgungen sind andere Individualrechte, insbesondere der Gleichheitsgrundsatz²⁰, und rechtsstaatliche Grundsätze in

¹⁶ Rs. 240/83, Slg. 1985, 531, *Procureur de la République gegen Association de défense des brûleurs d'huiles usagées* (ADBHU), Ziff. 9: "Die Grundsätze des freien Warenverkehrs und des freien Wettbewerbs sowie die grundrechtliche Handelsfreiheit stellen allgemeine Grundsätze des Gemeinschaftsrechts dar, über deren Einhaltung der Gerichtshof wacht ...", und Rs. 265/87, Slg. 1989, 2237, *Hermann Schröder Kraftfutter GmbH & Co. KG gegen Hauptzollamt Gronau*, Ziff. 15: "Wie der Gerichtshof ... anerkannt hat, gehören sowohl das Eigentumsrecht als auch die freie Berufsausübung zu den allgemeinen Grundsätzen des Gemeinschaftsrechts", siehe auch: *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), Ziff. 78; zum Ganzen: Ingolf Pernice, Art. 164 EGV, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), *Kommentar zur Europäischen Union*, Losebl., München, Stand: 1995, Rn. 65 ff., 70; Armin von Bogdandy, in: Eberhard Grabitz/Armin von Bogdandy/Martin Nettesheim (Hrsg.), *Europäisches Außenwirtschaftsrecht. Der Zugang zum Binnenmarkt: Primärrecht, Handelsschutzrecht und Außenaspekte der Binnenmarktharmonisierung*, München 1994, 74; Hans-Werner Rengeling, *Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft: Bestandsaufnahme und Analyse der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Schutz der Grundrechte als allgemeine Rechtsgrundsätze*, München 1993, 18 ff.; Ernst-Ulrich Petersmann, *Constitutional Principles Governing the EEC's Commercial Policy*, in: Marc Maresceau (Hrsg.), *The European Community's Commercial Policy after 1992: The Legal Dimension*, Dordrecht 1993, 21–61 (38 ff.).

¹⁷ Zweifelnd: Jacques H. J. Bourgeois, *Trade Policy-Making Institutions and Procedures in the European Community*, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), *Constitutions and International Economic Law* (Anm. 5), 175–201 (189).

¹⁸ EuGH, *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), Ziff. 77 ff., *Schlußanträge*, Generalanwalt Gulmann, Slg. 1994 I, 4980, Ziff. 40 ff.; siehe auch Everling (Anm. 3), 410 ff.; Pernice (Anm. 16), Rz. 65.

¹⁹ Ausführlich: Petersmann, *Constitutional Functions* (Anm. 5), 168; Petersmann, *National Constitutions* (Anm. 5), 20; Henning Saake, *Die gemeinsamen Einfuhrregelungen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft*, Köln 1992, 19 ff.; siehe im einzelnen unten, Anm. 25.

²⁰ Siehe BVerfGE 30, 250 (271); EuGH, *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), Ziff. 64 ff., 67 mwN.; Pernice (Anm. 16), Rz. 63 ff.; Rengeling (Anm. 16), 137 ff.; siehe aber auch: BGHZ 45, 83 (91): "[Der Gleichheitssatz] rechtfertigt keine Gleichstellung mit der ausländischen Industrie." Zur Bedeutung des Diskriminierungsschutzes nach dem GATT, siehe im einzelnen unten, bei Anm. 91 ff.

Betracht zu ziehen.²¹ Hier ist unter anderem an den Vertrauensschutz, die Verhältnismäßigkeit bzw. ähnliche Prinzipien und an Verfahrensrechte zu denken. Sie betreffen allerdings nur die Frage, "wie", nicht "ob" der Staat in die Freiheit des einzelnen eingreifen darf. Bisher hat noch wenig Beachtung gefunden, daß sich auf diese Garantien zum Teil auch Ausländer und damit die potentiellen Exporteure berufen können.²²

In die damit umschriebene verfassungsrechtliche Garantie der Außenwirtschaftsfreiheit kann durch hoheitliche Maßnahmen eingegriffen werden.²³ In vielen Verfassungen finden sich besondere Kompetenznormen, die einzelnen staatlichen Organen die Zuständigkeit für die Außenhandelspolitik bzw. bestimmte Teilbereiche, etwa Zölle oder mengenmäßige Be-

²¹ Hilf (Anm. 14), 225 f.; Jörg Freiherr Frank von Fürstenwerth, Ermessensentscheidungen im Außenwirtschaftsrecht, Köln etc. 1985, 33, 34, 146 ff. Im AWG sind diese Grundsätze zum Teil normiert, § 2 Abs. 2 Verhältnismäßigkeit, vgl. Hilf, *ibid.*, 225. Für die Gemeinschaft siehe Bourgeois (Anm. 17), 175 ff.; Pernice (Anm. 16), Rz. 88 ff.

²² Da Art. 12 als Deutschen- bzw. Bürgerrecht – siehe Ingo von Münch, Vorbemerkung zu Art. 1–19 Rn. 9, in: ders./Philipp Kunig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl., München 1992 – gilt, können sich Ausländer darauf nicht berufen, Manfred Gubelt, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *ibid.*, Art. 12 Rn. 5. Ihnen steht jedoch im Hinblick auf ihre Handelstätigkeit der Schutz aus Art. 2 Abs. 1 GG zu, BVerwGE 59, 287, 294, Gubelt, *ibid.* Außerdem können sie sich auf die Eigentumsgarantie des Art. 14 berufen, Brun-Otto Bryde, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *ibid.*, Art. 14 Rn. 6, wobei allerdings stets genau zu prüfen ist, ob der Schutzbereich betroffen ist. Zu beachten ist außerdem, daß sich nach Art. 19 Abs. 3 GG ausländische juristische Personen grundsätzlich nicht auf die Grundrechte berufen können, in sehr beschränktem Umfang aber von den Justizgrundrechten und Verfahrensgrundsätzen geschützt werden, Walter Krebs, in: von Münch/Kunig (Hrsg.), *ibid.*, Art. 19 Rz. 30, 33. Im Bereich des Antidumpingrechts können Hersteller und Exporteure aus Drittländern unter bestimmten Umständen Nichtigkeitsklage nach Art. 173 Abs. 2 EGV vor dem EuGH erheben, siehe Christoph Vedder, Art. 113, in: Grabitz/Hilf (Anm. 16), Rz. 135 ff.; Hans-Christoph von Heydebrand und der Lasa, Der gerichtliche Rechtsschutz bei der Einfuhr gedumpter Handelsware in den USA und der EWG, Heidelberg 1986, 53 ff.

²³ Nach deutschem Recht ergibt sich dies aus den entsprechenden Gesetzesvorbehalten. Entsprechendes gilt für die Schweiz, Andrich (Anm. 11), 125 ff. Für die Mitgliedstaaten der Gemeinschaft siehe Bernhardt (Anm. 15), *ibid.* Der EuGH hat im Hinblick auf die von ihm angenommenen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätze (siehe oben, Anm. 16) stets betont, daß diese "keine uneingeschränkte Geltung beanspruchen, sondern ... im Hinblick auf ihre gesellschaftliche Funktion gesehen werden [müssen]. Folglich können die Ausübung des Eigentumsrechts und die freie Berufsausübung namentlich im Rahmen einer gemeinsamen Marktorganisation Beschränkungen unterworfen werden, sofern diese Beschränkungen tatsächlich dem Gemeinwohl dienenden Zielen der Gemeinschaft entsprechen und nicht einen im Hinblick auf den verfolgten Zweck unverhältnismäßigen, nicht tragbaren Eingriff darstellen, der die so gewährleisteten Rechte in ihrem Wesensgehalt antastet", EuGH, *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), Ziff. 78.

schränkungen, zuweisen.²⁴ Überwiegend auf einfachrechtlicher Ebene finden sich auch inhaltliche Vorgaben, die zum Teil ausdrücklich das Interesse an einem freien Handel thematisieren und andererseits Voraussetzungsstatbestände für die Anordnung von Handelsbeschränkungen enthalten.²⁵

Eine gewichtige Sonderrolle nimmt das amerikanische Verfassungsrecht ein: Nach dem grundlegenden Urteil des Supreme Court in *Buttfield v. Stranahan* von 1904 wird der Zuweisung der Außenhandelskompetenz an den Bund nach der Commerce Clause eine alle individuellen Rechte ver-

²⁴ Für Zölle ist zum Beispiel in Art. I, § 8, Abs. 1 der amerikanischen Verfassung und in Art. 105 Abs. 1 GG, siehe dazu BVerfGE 8, 260 (268), eine besondere Zuständigkeit vorgesehen. In der EU ist neben Art. 113 eine Zuständigkeit zum Teil aus Art. 28 herzuleiten, siehe im einzelnen Jacques H. J. Bourgeois, Kommentierung zu Art. 113 EGV, in: Hans von der Groeben/Jochen Thiesing/Claus-Dieter Ehlermann, Kommentar zum EWG-Vertrag, Bd. 4, 4. Aufl., Baden-Baden 1991, Rn. 16; Vedder (Anm. 22), Rz. 46, 86 ff.; Nicolaysen (Anm. 9), 480. Daneben gibt es häufig allgemeine Kompetenzzuweisungen für die Außenhandelspolitik, so die "Commerce Clause" – Art. I sect. 8 clause 3 der amerikanischen Verfassung, Art. 73 Ziff. 5 GG, Art. 113 EGV, siehe auch: Elisabeth Zoller, EEC Foreign Trade Law and French Foreign Trade Law, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), Constitutions and International Economic Law (Anm. 5), 265–271 (266 f.). Zur Bedeutung der unterschiedlichen Kompetenzzuweisungen siehe unten, nach Anm. 59.

²⁵ Im deutschen Außenwirtschaftsgesetz (AWG) vom 28.4.1961, zuletzt geändert durch Gesetz vom 9.8.1994, BGBl. I 2068, bestimmt § 1 Abs. 1 S. 1 grundsätzlich: "Der Waren-, Dienstleistungs-, Kapital-, Zahlungs- und sonstige Wirtschaftsverkehr mit fremden Wirtschaftsgebieten sowie der Verkehr mit Auslandswerten und Gold zwischen Gebietsansässigen (Außenwirtschaftsverkehr) ist grundsätzlich frei. Er unterliegt den Einschränkungen, die dieses Gesetz enthält oder die durch Rechtsverordnung auf Grund dieses Gesetzes vorgeschrieben werden ...". Damit sichert das Gesetz die Freiheit des Außenwirtschaftsverkehrs, s. Rittner (Anm. 6), 516, zu den zulässigen Einschränkungen: 519 und Hans-Jürgen Kuss, Gesetzestechnische Mängel und Rechtsschutzlücken im Außenwirtschaftsrecht, Die Verwaltung 1989 (22), 55–91 (57 f. bzw. 59 ff.). Mit Bezug auf den Gemeinsamen Markt bringen Art. 110 und Art. 29 a–d EGV wirtschaftspolitische Zielsetzungen zum Ausdruck, siehe Nicolaysen (Anm. 9), 478 f.; eingehend zu Art. 110 Kinder (Anm. 9), 56. Ganz ähnlich heißt es in Artikel 1 Abs. 2 der Verordnung (EG) Nr. 3285/94 des Rates vom 22.12.1994 über die gemeinsame Einfuhrregelung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 518/94 (ABl. Nr. L 349 vom 31.12.1994) in der Fassung der Änderungsverordnung (EG) Nr. 139/96 des Rates vom 22.1.1996 (ABl. Nr. L 21 vom 27.1.1996): "Die Einfuhr der in Absatz 1 genannten Waren in die Gemeinschaft ist frei und unterliegt mithin – unbeschadet etwaiger Schutzmaßnahmen gemäß Titel V keinen mengenmäßigen Beschränkungen"; vgl. Nicolaysen (Anm. 9), 497: "Grundsatz der Einfuhrfreiheit". Zum sekundären Außenhandelsrecht der EG allgemein siehe die ausführliche Übersicht bei Vedder (Anm. 22), Rz. 85–228 und Nicolaysen (Anm. 9), 476 ff. Andrich (Anm. 11), 57 f. hat aus der Handels- und Gewerbefreiheit nach Art. 38 der schweizerischen Verfassung (Anm. 11) ein "objektives Verfassungsprinzip für den Außenhandel" gefolgert.

drängende Wirkung beigemessen.²⁶ Allerdings eröffnet das einfachgesetzliche amerikanische Außenhandelsrecht in vielen Fällen eine gerichtliche Überprüfung.²⁷ Von dieser Ausnahme abgesehen kann man annehmen, daß bei Eingriffen in den Außenhandel sehr wohl Individualrechte berücksichtigt werden müssen.

Damit ergibt sich insgesamt, daß die außenwirtschaftliche Betätigung im Hinblick auf ihre grundrechtliche Absicherung und die staatlichen Eingriffsvorbehalte keine Sonderrolle einnimmt. Sie wird überwiegend durch die Garantien der allgemeinen Wirtschaftsfreiheit mit gewährleistet. Die meisten Verfassungen enthalten zwar besondere Kompetenzzuweisungen für außenhandelsbezogene Maßnahmen. Daraus werden – soweit ersichtlich – aber nur im amerikanischen Verfassungsrecht materielle Aussagen über die Außenhandelsfreiheit und ihre Schranken abgeleitet.

B. Wirtschaftliche Betätigung und staatliche Einschätzungs- und Gestaltungsspielräume

Die Wirksamkeit der Garantie der Außenhandelsfreiheit wird dadurch in Frage gestellt, daß nur wenige Vorgaben und Maßstäbe erkennbar sind, an denen die staatliche Außenwirtschaftspolitik sich ausrichten und an denen sie gemessen werden könnte. Dies gilt für die Entscheidungen des Gesetzgebers und setzt sich in Form inhaltlich oft kaum konturierter Ermächtigungen an die Exekutive fort. Der damit den staatlichen Organen zukommende weite und weitgehend ungebundene Spielraum der Einschätzung und Gestaltung wird von den Gerichten anerkannt, die ihre

²⁶ “... no one has a vested right to trade with foreign nations, which is so broad in character as to limit and restrict the power of Congress to determine what articles ... may be imported into this country and the terms upon which a right to import may be exercised”, US Supreme Court, *Buttfield v. Stranahan*, 192 U.S. 470, 493 (1904). So auch: *Arjay Associates, Inc. v. Bush*, Court of Appeal for the Federal Circuit, 891 F.2d 894 (898), 1989: “When the people granted Congress the power ‘to regulate Commerce with foreign Nations’ ... they thereupon relinquished at least whatever right they, as individuals, may have had to insist upon the importation of any product”; und deutlich: “Appellants cite no one court decision, and we are aware of none in the 200 years of our judicial history, which has upheld any right of persons in appellant’s position to overturn a Congressional exclusion of any product from importation”, siehe Fred L. Morrison/Robert E. Hudec, *Judicial Protection of Individual Rights under the Foreign Trade Laws of the United States*, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), *Constitutions and International Economic Law* (Anm. 5), 91–133 (93–114); Petersmann, *National Constitutions* (Anm. 5), 14 ff.

²⁷ Morrison/Hudec (Anm. 26), 114 f.

Kontrolle entsprechend zurücknehmen.²⁸ Bei der Würdigung dieses Befundes ist jedoch zu berücksichtigen, daß Ähnliches auch für die gerichtliche Überprüfung innerstaatlicher Maßnahmen der Wirtschafts-

²⁸ Zur deutschen Rechtslage grundlegend BVerfGE 30, 250 (262 f.), zum Gesetz über Maßnahmen zur außenwirtschaftlichen Absicherung, das eine Ausfuhrumsatzsteuer vorsah, um die außenwirtschaftliche Konjunktur zu dämpfen (252 ff.). Siehe Bryde (Anm. 14), 503; Fürstenwerth (Anm. 21), 14 ff.; Hilf (Anm. 14), 214 und mit ausführlicher Kritik Kuss (Anm. 25), 65 ff. Siehe in rechtsvergleichender Hinsicht Jürgen Schwarze/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hrsg.), *Das Ausmaß der gerichtlichen Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungs- und Umweltrecht*, Baden-Baden 1992, und die Länderberichte in: Jochen Abr. Frowein (Hrsg.), *Die Kontrollrechte bei der gerichtlichen Überprüfung von Handlungen der Verwaltung*, Berlin, Heidelberg etc. 1993. Weit zurückgenommen ist danach die gerichtliche Überprüfung in Großbritannien – Matthias Herdegen, *ibid.*, 38–58 (53): “Die gesetzlichen Ermächtigungsbestimmungen verzichten auf die Normierung objektiver Eingriffsvoraussetzungen und verweisen ganz auf die Zweckmäßigkeitseinschätzung durch die Exekutive. Das der Exekutive insoweit eröffnete Ermessen dürfte diesseits eines offenkundigen Ermächtigungsmißbrauchs kaum justiziabel sein.” Siehe dazu auch Weiss (Anm. 15), 259 ff. Differenziert stellt sich Lage in Frankreich – Clemens Lerche, in: Frowein (Hrsg.), *ibid.*, 1–37 (25); siehe auch Zoller (Anm. 24), 268 und Italien – Matthias Hartwig, in: Frowein (Hrsg.), *ibid.*, 59–79 (75) dar. Zur Lage in Österreich Jörg Polakiewicz, in: Frowein (Hrsg.), *ibid.*, 80–104 (99) und der Schweiz Stefan Oeter, in: Frowein (Hrsg.), *ibid.*, 121–148 (142) und Andrich (Anm. 11), 252 f., “Willkürprüfung”. Siehe auch Schoenbaum/Arnold (Anm. 5), 482 ff., 486, 490, 492, 494 (USA), 497 (NAFTA), 499 (EG) und 500 (Japan). Zur Lage in den USA siehe Georg Nolte, in: Frowein (Hrsg.), *ibid.*, 172–208 (199 ff.) und ausführlich: Morrison/Hudec (Anm. 26), 115 ff. Zum Gemeinschaftsrecht siehe Matthias Herdegen/Stefan Richter, in: Frowein (Hrsg.), *ibid.*, 209–248 (237) und ausführlich von Bogdandy (Anm. 16), 74, der auf das nur schwache materielle Gewicht hinweist, das der Gerichtshof der Handelsfreiheit gegenüber widerstreitenden Belangen des Allgemeinwohls in ihrer weiten Auslegbarkeit einräumt, vgl. oben Anm. 23. Illustrativ zu den Belangen, die mit Blick auf die Schutzklauseln des Gemeinschaftsrechts als “Gemeinschaftsinteresse” berücksichtigt werden dürfen, Gesine Schmidt, *Schutzklauseln*, in: Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim (Anm. 16), 262. Kritisch zur materiellen Absicherung und zurückgenommenen gerichtlichen Überprüfung Martin Nettesheim, *Grundrechtliche Prüfdichte durch den EuGH*, EuZW 1995, 106–108; ders., Art. 23 GG, nationale Grundrechte und EU-Recht, NJW 1995, 2083–2085 und kritisch zum Fall *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3) Everling (Anm. 3), 410 ff. Die Kritik hat sich jüngst das VG Frankfurt zu eigen gemacht und festgestellt, daß der Grundrechtsschutz durch den Europäischen Gerichtshof nicht dem nach dem Grundgesetz zu gewährenden unabdingbaren Grundrechtsstandard entspreche. Es hat deswegen eine Vorlage an das Bundesverfassungsgericht beschlossen, VG Frankfurt, Beschluß vom 24.10.1996, 1 E 798/95 (V), 1 E 2949/93 (V). Treffend geben Morrison/Hudec (Anm. 26), 115 ff. nach einer ausführlichen und sehr differenzierten Bestandsaufnahme der Regelung der gerichtlichen Überprüfung in verschiedenen amerikanischen Handelsgesetzen die hier geschilderten Zusammenhänge wieder. Sie erklären die aufgefundenen deutlichen Unterschiede im Hinblick auf die Eröffnung des Rechtsweges bzw. der Kontrollrechte wie folgt (128): “The contrast between these three judicialized statutes and the main body of US trade legislation is illuminating. What really sets the large number of more discretionary laws apart is not some generic ‘foreign’ quality about the international trade

und Sozialpolitik gilt.²⁹ Man mag darin eine bedenkliche Benachteiligung des verfassungsrechtlichen Schutzes der wirtschaftlichen gegenüber den politischen Freiheiten sehen.³⁰ Solche Kritik ist aber nicht allein an die staatliche Außenwirtschaftspolitik, sondern weitergehend an den regelungsintensiven modernen Wohlfahrtsstaat insgesamt zu richten.³¹ Mit Blick auf die folgenden Erörterungen sei jedoch hinzugefügt, daß hier eine Differenzierung in Betracht kommt: Kaum begründbar und damit auch kaum nachprüfbar ist zunächst nur die Entscheidung darüber, welche Individuen, Gruppen oder Branchen überhaupt eine Begünstigung erfahren sollen. Demgegenüber ist die Frage, auf welchem Wege dies

issues with which they deal. While it is true that the foreign affairs dimension exercises a restraining hand generally in this area, that is obviously not the answer by itself. The main difference between the statutes with review and those without review is just that, for the foreign trade legislation without judicial review, Congress does not have a clear idea of what it wants to happen. As a consequence, it gives the executive very broad statutory discretion. Also, because there are no principled instructions from Congress, there are no standards which courts could apply in reviewing those statutes. Judicial review in such cases would involve courts in making open-ended policy choices. Neither Congress nor courts themselves want judges to do that.”

²⁹ Siehe BVerfGE 77, 84 (106). Peter J. Tettinger, Rechtsanwendung und gerichtliche Kontrolle im Wirtschaftsverwaltungsrecht, München 1980, 331 ff., 350 ff., 373 ff. In den USA hat sich der Supreme Court im Anschluß an die Entscheidung *United States v. Carolene Products Co.*, von 1938 – 304 U.S. 144 (1938) – in wirtschaftlichen Fragen eine besondere Zurückhaltung auferlegt (152): “[R]egulatory legislation affecting ordinary commercial transactions is not to be pronounced unconstitutional unless in the light of the facts made known or generally assumed, it is of such a character as to preclude the assumption that it rests on some rational basis within the knowledge and experience of the legislators ...”, siehe Hudec, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), National Constitutions and International Economic Law (Anm. 5), 503–518 (506); siehe auch den Diskussionsbeitrag von Rudolf Dolzer, in: Frowein (Hrsg.), Kontrollen (Anm. 28), 327–330 (329). Für die EG siehe auch Kinder (Anm. 9), 132 ff., insbesondere 136 ff. zur Prüfung “komplexer wirtschaftlicher Sachverhalte”. Nach Yuji Iwasawa, Implementation of International Trade Agreements in Japan, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), Constitutions and International Economic Law (Anm. 5), 275–297 (321 ff.) wenden die japanischen Gerichte einen “double standard” bei der Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Gesetzen an: während strenge Maßstäbe (“strict scrutiny”) für den Eingriff in Bürgerrechte gelten, ist die Prüfung bei wirtschaftlichen Freiheitsrechten weniger weitreichend (“less rigorous scrutiny”). Soweit es dabei um “restrictions of a police nature” – Maßnahmen u. a. des Lebens- und Gesundheitsschutzes geht, orientiert sich die Prüfung an einer “strict reasonableness”. Im Bereich der Wirtschafts- und Sozialpolitik bzw. “restrictions of a socio-economic nature” gilt, daß ein Gesetz nur dann verfassungswidrig ist, wenn “... it is obvious that the legislature overstepped the power of discretion and that the legal measure of restriction is considered excessively unreasonable.”

³⁰ Vgl. Langer (Anm. 5), 98 ff.; Petersmann, EJIL 6 (1995) (Anm. 5), 164 und soeben, Anm. 29.

³¹ Es ist daher konsequent, wenn beispielsweise Tumlir seine Betrachtungen immer wieder darauf zurückführt, siehe: Constitutional Problem (Anm. 5), *passim*.

erreicht werden soll, durchaus an wirtschaftlichen und rechtlichen Maßstäben zu messen.³²

C. Außenwirtschaftspolitik als Außenpolitik

Eine Besonderheit gerade der Außenwirtschaftspolitik könnte darin liegen, daß sie im weitesten Sinne als Teil der Außenpolitik verstanden werden kann. Allerdings unterliegt der Staat nach heutigem Verständnis auch hinsichtlich der Außenpolitik der Bindung an die Grundrechte.³³ Den staatlichen Organen steht im Bereich des Außenpolitischen wiederum ein weiter Einschätzungs- und Gestaltungsspielraum zu, den typischerweise die Verwaltung wahrnimmt.³⁴ Dies ist vor allem dann und zu Recht der Fall, wenn mit außenwirtschaftspolitischen Maßnahmen Ziele der Friedenssicherung bzw. der Sicherheitspolitik verfolgt werden, trifft aber auch für andere Bereiche, etwa die Entwicklungspolitik, zu. Sicherlich spielt das außenpolitische Element auch bei "genuin" außenwirtschaftlichen Entscheidungen und ihrer gerichtlichen Überprüfung eine gewisse Rolle. Es tritt aber in seiner Bedeutung für die Diskussion, Begründung und gerichtliche Kontrolle von Maßnahmen der Außenwirtschaftspolitik im allgemeinen hinter anderen Einflußfaktoren zurück.³⁵

³² *Ibid.*, 11 f.

³³ Siehe Wilhelm G. Grewe, § 77 – Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (Anm. 9), 921–975. Dies gilt auch in den USA, womit dort nach dem oben Gesagten der Grundrechtsschutz im außenwirtschaftlichen Bereich hinter den im allgemein außenpolitischen Bereich zurückfällt, Petersmann, National Constitutions (Anm. 5), 17.

³⁴ Tettinger (Anm. 29), 331 ff. mwN.: "Eine verfassungsgerichtliche Kontrolle staatlicher Akte im ökonomischen Bereich gerät, ähnlich wie auf außenpolitischem Sektor, unvermeidbar in das Spannungsfeld von Verfassungsrecht und Politik." Siehe allerdings Eberhard Schmidt-Aßmann, Kommentierung zu Art. 14, in: Theodor Maunz/Günter Dürig/Roman Herzog/Rupert Scholz (Hrsg.), Grundgesetz: Kommentar, München, Losebl., Rn. 83 und Kuss (Anm. 25), 67: "Abstrakt-generelle und individuell-konkrete Maßnahmen auf dem Gebiet des Außenwirtschaftsrechts sind nie rein staatspolitische Entscheidungen der Bundesregierung in ihrer verfassungsrechtlichen Funktion als Trägerin der auswärtigen Gewalt (Art. 32 und 65 GG), sondern stets Entscheidungen im Funktionsbereich der ausführenden Verwaltung."

³⁵ Insoweit ist das Urteil des Bundesverfassungsgerichts von 1971 über die nach dem Absicherungsgesetz erhobene Ausfuhrumsatzsteuer instruktiv, BVerfGE 30, 250, 253, 264 f. Darin wird nämlich ausführlich gewürdigt, daß die Maßnahmen auf einen Beschluß einer Tagung der Minister und Notenbankgouverneure des damaligen sogenannten "Zehner-Clubs" – die an der Allgemeinen Kreditvereinbarung beteiligten Staaten – vom November 1968 zurückgingen, ohne daß das Gericht den Begriff "Außenpolitik" auch nur erwähnte. Die nur eingeschränkte Nachprüfung begründete das Gericht überdies nicht mit außenpolitischen bzw. außenwirtschaftlichen Besonderheiten, sondern verwies insoweit auf seine

D. Unvollkommenheit der Welthandelsordnung als besondere Einflußgröße der Außenwirtschaftspolitik

Weit größere Bedeutung für die Handelsfreiheit und die Begründung und Kontrolle staatlicher Eingriffe haben besondere Gegebenheiten der Außenwirtschaftspolitik. Eine solche Gegebenheit liegt darin, daß sie von der territorialen Einteilung, oder besser Parzellierung, des Weltwirtschaftsraums ausgehen muß.³⁶ Diese Einteilung gerät zunehmend in Konflikt mit den sachlichen Zusammenhängen, die sich aus der wirtschaftlichen Verflechtung und Globalisierung der Märkte ergeben. Man kann dabei die Beobachtung machen, daß diese Spannungen und Konflikte um so deutlicher spürbar werden, je mehr die Handelsliberalisierung die Entstehung internationaler Märkte ermöglicht.

Diese territoriale Einteilung hat für die Außenhandelspolitik eine mehrfache, grundlegende Bedeutung: Erstens muß sich die Außenhandelspolitik bei der Definition ihrer Ziele auf den nationalen Wirtschaftsraum mit seinen territorialen Gegebenheiten beziehen. Zweitens orientieren sich auch die Maßnahmen an diesem territorialen Raster, indem sie auf die Herkunft von Waren oder Dienstleistungen aus bestimmten Staaten abstellen. Drittens schließlich bestimmt diese Einteilung des Weltwirtschaftsraums den Prozeß der internationalen zwischenstaatlichen Wirtschaftsregelung und die Verhandlungssituation der Staaten in diesem Prozeß. Staatliche Maßnahmen der Außenwirtschaftspolitik spiegeln die Interessengegensätze, die divergierenden wirtschafts- und sozialpolitischen Wertungen und die handelsdiplomatischen Tauschbeziehungen zwischen Staaten wider.³⁷

Rechtsprechung zur Nachprüfung wirtschaftspolitischer Maßnahmen, die allesamt in einem binnenwirtschaftlichen Kontext stehen (262, siehe auch Anm. 28). Man kann aber in diesem Bereich von einer "Auslandsanfälligkeit" sprechen, Hilf (Anm. 14), 227. Siehe für die Lage in den USA, Morrison/Hudec (Anm. 26), 128 – Zitat in Anm. 28 am Ende. Siehe auch Andrich (Anm. 11), 57.

³⁶ Vgl. dazu: Jan Tumlir, National Sovereignty, Power and Interest, ORDO 31 (1980), 1–26, siehe auch unten, Anm. 113; Langer (Anm. 5), 17 ff.; Hans-Jörg Schmidt-Trenz, Außenhandel und Territorialität des Rechts, Baden-Baden 1990, 167 ff., 201 ff.; Hans Willgerodt, Staatliche Souveränität und die Ordnung der Weltwirtschaft, ORDO 40 (1989), 401–427; Fikentscher (Anm. 6), Bd. II, 55 ff.

³⁷ Aus theoretischer Sicht "lohnt" es sich für Staaten auch dann, wenn sie von protektionistisch agierenden Staaten umgeben sind, allein und unilateral auf Handelsbeschränkungen zu verzichten. Von diesem Standpunkt aus betrachtet, ist eine Rücksichtnahme auf andere Staaten und deren Politik nicht erforderlich. In der Wirklichkeit beruht jedoch die erreichte Handelsliberalisierung und ihr Fortschreiten auf einem gegenseitigen Geben und Nehmen der Staaten auf der Basis der Kooperation. Dafür gibt es einleuchtende Erklärungsmuster der Außenhandelstheorie und der politischen Ökonomie, siehe Viktor

Im Vergleich zur nationalen Wirtschafts- und Sozialpolitik ergeben sich aus diesen Gegebenheiten zwei verfassungsrechtlich und verfassungspolitisch bedeutsame Besonderheiten: Zunächst wirkt sich das territoriale Raster der Außenwirtschaftspolitik im Sinne einer Entdifferenzierung aus. Außenwirtschaftspolitik muß ihre Zwecke und Maßnahmen weitgehend an dem groben Raster territorialer Einteilungen orientieren, während der nationalen Wirtschafts- und Sozialpolitik eine ganze Skala unterschiedlicher Differenzierungsmaßstäbe und Anknüpfungsformen zu Gebote steht, um Begünstigungen und Belastungen zuzuweisen. Wo aber größere Gestaltungsspielräume bestehen, kann auch differenzierter über Maßnahmen und Alternativen gestritten werden. Der Argumentationshaushalt der Außenwirtschaftspolitik ist deshalb "ärmer". Darin kann man eine Vergrößerung der Rationalitätsmaßstäbe sehen, die durchaus auch verfassungsrechtliche Bedeutung hat. Außenwirtschaftspolitische Maßnahmen bieten nämlich damit deutlich weniger Ansatzpunkte für eine verfassungsrechtliche Kontrolle der System- und Einzelfallgerechtigkeit über Maßstäbe der Gleichbehandlung und Verhältnismäßigkeit.³⁸ Der konstitutionelle Kontrolldruck ist insoweit deutlich gemindert.

Daneben hat die Außenwirtschaftspolitik externe Bezüge, weil sie sich mit ihren Zielsetzungen und Maßnahmen auf das Verhalten ausländischer Akteure, d. h. auf die Tätigkeit ausländischer Wirtschaftssubjekte und die Außenhandelspolitik anderer Staaten, bezieht und die Sachgesetzlichkeit zwischenstaatlicher Wirtschafts- und allgemein außenpolitischer Beziehungen berücksichtigen muß. Dies hat entscheidende Auswirkungen auf den politischen Diskurs und die Rolle der Verwaltung. Anders als bei der Diskussion innerstaatlicher Maßnahmen der Wirtschaftslenkung sind nämlich bei außenwirtschaftspolitischen Maßnahmen die freiheits- und

Vanberg, A Constitutional Political Economy Perspective on International Trade, *ORDO* 43 (1992), 375–392 (377 ff.); Bruno Frey, *International Political Economy*, Oxford 1984, 20 ff.; Schmidt-Trenz (Anm. 36), 94 ff.

³⁸ Dies zeigt exemplarisch die Protektion der Bananenproduzenten in der EG bzw. den AKP-Staaten. Zu den Wirkungen heißt es im "Development Brief" der Weltbank (Anm. 4): "Some of the European cost was outright waste: it cost more to grow the privileged bananas. Moreover, because one side-effect of the European scheme was to force down prices elsewhere, each dollar in aid took another 32 cents out of the pockets of the efficient Latin Americans [d. h. den nicht geschützten Herstellern der sog. 'Dollar-Bananen']". Man kann davon ausgehen, daß dieser Befund, der sich auf den Schutz in einigen Mitgliedstaaten vor der Vereinheitlichung durch die Marktverordnung (Anm. 3) bezieht, der Tendenz nach weiter zutrifft. Die krasse Benachteiligung einer bestimmten Produzentengruppe in der wirtschaftlich, sozial und entwicklungsmäßig vergleichbaren Region Lateinamerikas bzw. der Karibik läßt sich anders als mit der unterschiedlichen Zugehörigkeit der jeweiligen Staaten zur AKP-Gruppe kaum rechtfertigen.

wohlstandssichernden Interessen an Markt- und Wettbewerbsfreiheit nur gebrochen repräsentiert: Die Nachfrageinteressen sind diffus und daher stets und besonders bei außenhandelsbezogenen Sachverhalten nur schwer zu organisieren und zu artikulieren.³⁹ Das partikulare und damit wirksamer zu artikulierende Interesse der Anbieter, das den Schutzinteressen entgegensteht, kann bei außenwirtschaftspolitischen Sachverhalten nur unvollkommen repräsentiert werden, weil diese Interessengruppe sich im Ausland befindet und daher in den innerstaatlichen Diskurs nicht einbezogen ist. Die Gruppe der Importeure kann diesen Part nicht übernehmen, da sie als reine Handelsstufe weniger Gewicht als das produzierende Gewerbe hat. Anbieterinteressen werden deshalb kaum über die Marktteilnehmer, sondern durch den dahinterstehenden Staat als Export- und Marktzugangsinteressen auf zwischenstaatlicher Ebene nach den Sachgesetzlichkeiten der Wirtschaftsdiplomatie wahrgenommen. Innerstaatlich gesehen werden diese Interessen von der für die Außenwirtschaftspolitik zuständigen Verwaltung vermittelt, der insoweit ein Informations-, Deutungs- und Gestaltungsvorsprung zukommt.

E. Instrumente und Maßnahmen der Außenhandelspolitik:
Führt eine Fehlgewichtung des
konstitutionellen Kontrolldrucks zu Ineffizienzen?

Mit Blick auf die verfassungsrechtliche Sicherung der Handelsfreiheit mit ihren Gemeinwohlaspekten wird oft auf den Sachverhalt hingewiesen, daß die unterschiedlichen Maßnahmen zur Handelsbeschränkung – nämlich Zölle und mengenmäßige Beschränkungen – von der staatlichen Kompetenzordnung in einer Weise gewichtet werden, die einer Rangfolge nach dem Maßstab der wirtschaftlichen Effizienz widerspricht. Gerade die vergleichsweise weniger nachteilige Erhebung von Zöllen unterliege nämlich der parlamentarischen Beschlußfassung, während mengenmäßige Beschränkungen, die weit größere volkswirtschaftliche Nachteile mit sich bringen, allein von der Verwaltung angeordnet werden könnten. Es ent-

³⁹ Hierzu und zum folgenden: Charles K. Rowley/William Thorbecke, *The Role of the Congress and the Executive in US Trade Policy Determination: A Public Choice Analysis*, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), *National Constitutions and International Economic Law* (Anm. 5), 347–359 (349 ff.); Heinz Hauser, *Domestic Policy Foundation and Domestic Policy Function of International Trade Rules*, *Außenwirtschaft* 41 (1986), 171–184; ders. (Anm. 7), 86 f.; Petersmann, *EJIL* 6 (1995) (Anm. 5), 178 f.; siehe auch Wolfgang Benedek, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht*, Heidelberg etc. 1990, 84 ff.; siehe auch oben, Anm. 37.

stehe so ein Anreiz, auf Kosten der nationalen und internationalen Wohlfahrt dem parlamentarischen Kontrolldruck durch den Einsatz weniger geeigneter Instrumente auszuweichen.⁴⁰

Diese Argumentation stützt sich wesentlich darauf, daß Zölle und Kontingente aus wirtschaftlicher Perspektive insoweit vergleichbar sind, als sie den Import bestimmter Waren beschränken und tatsächlich auch so eingesetzt werden.⁴¹ Die Wirtschaftlichkeit der Instrumente läßt sich im Vergleich zueinander danach bestimmen, welche volkswirtschaftlichen Kosten beim Einsatz der Instrumente für ein gleiches Maß an Importbeschränkungen entstehen.⁴² Danach schneiden Zölle eindeutig und unbestritten aus grundsätzlichen Gründen besser ab als mengenmäßige Beschränkungen. Dies liegt daran, daß sie abgesehen von einer künstlichen Verteuerung den Preismechanismus mit seiner zentralen Anpassungs- und Steuerungsfunktion unangetastet lassen. Kontingente führen hingegen zu einer Entkoppelung der Binnennachfrage vom Weltmarkt und setzen deswegen den marktwirtschaftlichen Steuerungsmechanismus außer Kraft. Es kommt hinzu, daß Kontingente eine administrative Verteilung erfordern. Die damit verbundenen administrativen Eingriffe und Verfahren schaffen Unsicherheit und verursachen Kosten.⁴³ Ein wesent-

⁴⁰ Siehe dazu Roessler (Anm. 5), 58 f.; Petersmann, *Constitutional Functions* (Anm. 5), 139 ff. und im einzelnen unten, bei Anm. 51.

⁴¹ Im letzten Jahrhundert stellten Zölle eine wichtige Einnahmequelle des Staates dar. Heute kommt ihnen insoweit nur noch eine marginale Bedeutung zu, Glismann/Horn/Nehring/Vaubel (Anm. 7), 20 f. Deutlich tritt jetzt die protektionistische Funktion hervor, die sich am Differenzierungsgrad der Zollsätze in bezug auf bestimmte Warengruppen zeigt. Zum Teil spiegelt sich jedoch in der Staatsorganisation noch ihr herkömmlicher Zweck wider. So ist im amerikanischen Kongreß die Außenhandelspolitik dem Ways & Means Committee des Repräsentantenhauses bzw. dem Finance Committee des Senates zugewiesen, die allgemein für Steuer- und Haushaltsfragen zuständig sind, Morrison/Hudec (Anm. 26), 94.

⁴² Siehe zu dieser wirtschaftlichen Betrachtung verschiedener Instrumente der Handelsbeschränkung und ihrer Folgen: Tumlrir, *GATT Rules* (Anm. 5), 4 ff.; Roessler (Anm. 5), 54 ff.; Petersmann, *EJIL* 6 (1995) (Anm. 5), 175 ff.; ausführlich: Richard Blackhurst, *The Economic Effects of Different Types of Trade Measures and Their Impact on Consumers*, OECD, Paris 1986; Hans H. Glismann, *Wirtschaftliche Auswirkungen mengenmäßiger Importbeschränkungen*, Tübingen 1996; Hoekman/Kostecki (Anm. 2), 87 ff.

⁴³ Siehe z. B. VO [EWG] Nr. 1023/70 des Rates zur Festlegung eines gemeinsamen Verfahrens für die Verwaltung mengenmäßiger Kontingente vom 25.5.1970, ABl. L 124/1; Vedder (Anm. 22), Rn. 108., jetzt: VO 520/94 vom 7.3.1994, ABl. L 66/1 vom 10.3.1994; siehe für den deutschen Bereich: Hans Rumber, *Die Verteilung bei knappen Kontingen-ten*, *NJW* 1988, 225–235; Peter M. Huber, *Gemeinschaftsrechtlicher Schutz vor einer Verteilungslenkung durch deutsche Behörden – Europarechtliche Grundlagen des Konkurrenzschutzes*, *Europarecht* 26 (1991), 31–62; Saake (Anm. 19), 34 ff.

licher weiterer Unterschied zwischen dem Importzoll einerseits und mengenmäßigen Beschränkungen andererseits liegt darin, daß beim Importzoll die durch die künstliche Verteuerung von den Konsumenten des entsprechenden Staates mehr aufzuwendenden Beträge über die Zolleinnahme dem Haushalt des entsprechenden Staates zugute kommen. Bei mengenmäßigen Beschränkungen kommt es ebenfalls zu einer Preiserhöhung, weil wegen der künstlichen Verknappung des Angebots der Preis steigt. Diese Preiserhöhung wird aber nicht über den Importzoll zugunsten des Haushalts des importierenden Staates abgeschöpft. Vielmehr kommt der zusätzlich für die Importbeschränkung zu zahlende Betrag den Exporteuren bzw. der jeweiligen exportierenden Volkswirtschaft zugute.

Als noch ungünstiger als förmliche mengenmäßige Beschränkungen auf der Seite der Importstaaten sind die sogenannten Selbstbeschränkungsabkommen zu beurteilen, die in den siebziger und achtziger Jahren vielfach abgeschlossen worden sind. Diese, nur zum geringeren Teil direkt zwischen Staaten, ansonsten jedoch überwiegend nur aufgrund deren Vermittlung zwischen entsprechenden Industrien bzw. Verbänden geschlossenen Abkommen sehen grundlegend eine Selbstverpflichtung zur Beschränkung der Exporte vor und verlagern damit die Mengensteuerung auf die Exportseite.⁴⁴ Sie weisen alle Nachteile mengenmäßiger Beschränkung auf, führen aber zusätzlich durch die rein bilaterale Regelung zu er-

⁴⁴ Siehe allgemein: Rüdiger Wolfrum, § 15 – Das Internationale Recht für den Austausch von Waren und Dienstleistungen, in: Reiner Schmidt (Hrsg.), *Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil 2*, Berlin etc. 1996, 535–656 (641 f.); Jeanette Schüller, *Voluntary Export Restraints*, in: Eberhard Grabitz/Armin von Bogdandy (Hrsg.), *U.S. Trade Barriers: A Legal Analysis*, New York etc. 1991, 463–501; Volker Mahnken, *Handelsbeschränkungsabkommen und -vereinbarungen der EG*, in: Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim (Anm. 16), 291–340; Vedder (Anm. 22), Rz. 112 ff., 114, 120, 144, 177, 210. Zur Unvereinbarkeit mit dem GATT: Reinhard Quick, *Exportselbstbeschränkungen und Artikel XIX GATT*, Köln etc. 1983; John H. Jackson, *Consistency of Export-Restraint Arrangements with the GATT*, *World Economy* 11 (1988), 485–500; Brian Hindley, *Voluntary Export Restraints and the GATT's Main Escape Clause*, *World Economy* 3 (1980), 313–341; Kent Jones, *Voluntary Export Restraint: Political Economy, History and the Role of the GATT*, *JWTL* 23 (1989), No. 3, 125–140, und zum ausdrücklichen Ausschluß solcher Abkommen nach dem Recht der WTO durch Art. 11 des Abkommens über die Sicherungsmaßnahmen, Stoll (Anm. 2), 295. Zu den wirtschaftsverfassungsrechtlichen Fragen Eric C. Emerson, *Voluntary Restraint Agreements and Democratic Decision-Making*, *Virginia Journal of International Law* 31 (1991), 281–319; Kevin C. Kennedy, *Voluntary Restraint Agreements: A Threat to Representative Democracy*, *Hastings International & Comparative Law Review* 11 (1987), 1–40. In den USA ist die Kompetenz des Präsidenten zum Abschluß solcher Abkommen im Ergebnis erfolgreich angegriffen worden: *Consumers Union of the U.S. v. Kissinger*, 506 f.2d 136 (D.C. Cir. 1974), cert. Denied, 421

heblichen Wettbewerbsverzerrungen und bewirken eine Exportkartellierung mit all ihren negativen wettbewerblichen Folgen.⁴⁵

Diese Überlegungen sind deswegen bedeutsam, weil ihre kaum je bestrittenen Aussagen gerade von Staaten, die sich auf ihr marktwirtschaftliches Verständnis einiges zugute halten können, seit Beginn der sechziger Jahre kraß mißachtet worden sind. Sie haben damit zu einer Fehlentwicklung des Weltwirtschaftssystems beigetragen, der erst die Uruguay-

U.S. 1004 (1975), dazu John H. Jackson, U.S. Constitutional Law Principles and Foreign Trade Law and Policy, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), National Constitutions and International Economic Law (Anm. 5), 65–89 (69 f.); Emerson, *ibid.*, 300 ff.; Jeffrey W. Greenberg/Robert D. McDonald, Presidential Authority to Negotiate Voluntary Export Restraint Arrangements with Foreign Producers: Consumers Union of U.S., Inc. v. Kissinger, Law & Policy of International Business 7 (1975), 905–924; Spencer Weber Waller, Redefining the Foreign Compulsion Defense in U.S. Antitrust Law: The Japanese Auto-Restraints and Beyond, Law & Policy of International Business 14 (1982), 747–814. Aus der Sicht der Praxis schildert Alexander Reuter, Außenwirtschafts- und Exportkontrollrecht Deutschland/Europäische Union, München 1995, 217 Rn. 251 f. eingängig die "Vorteile" von Selbstbeschränkungsabkommen. Sie liegen aus der Sicht des ausländischen Produzenten in der "flexiblen" und "berechenbaren" Gestaltung und in der Möglichkeit, nach Marktlage höhere Preise und damit eine Kontingentrente durchzusetzen – vgl. oben, bei Anm. 42. Weiter heißt es: "Das Einfuhrland ... vermeidet einen förmlichen unfreundlichen Akt gegenüber dem Ausfuhrland, denn das Abkommen wird ja 'freiwillig' geschlossen. Auch wird dem Ausfuhrland nicht die Möglichkeit zu Kompensationspflichten oder Vergeltungsmaßnahmen gemäß Art. XIX Abs. 3 GATT eröffnet ... " (!) " ... Für Unternehmen aus Drittländern schließlich vergrößert sich die Chance, ihrerseits in das betreffende Einfuhrland zu liefern, und vor deroutierten Mengen aus dem Ausfuhrland können sich Drittländer nötigenfalls durch eigene Selbstbeschränkungsabkommen schützen" (sic!). Bezeichnenderweise kommen die Interessen der Allgemeinheit und der Konsumenten in dieser Betrachtung nicht vor. Zu den wirtschaftlichen Folgen, siehe Anm. 45.

⁴⁵ Zu den wirtschaftlichen Folgen insgesamt siehe Joseph McKinney/Keith A. Rowley, Voluntary Restraint Arrangements on Steel Imports: Policy Development and Sectoral Effects, JWTL 23 (1989), No. 3, 69–82; José A. Mendez/Gerald C. Berg, The Effects of Steel Import Restraints on U.S. Exports, Imports and Domestic Sales in Steel-Consuming Industries, JWTL 23 (1989), No. 4, 35–44; Alasdair Smith/Anthony J. Venables, Counting the Cost of Voluntary Export Restraints in the European Car Market, in: Elhanan Helpman/Assaf Razin (Hrsg.), International Trade and Trade Policy, Cambridge/Mass. 1991, 187–213. Saake (Anm. 19), 38, nennt das Beispiel eines europäisch-japanischen Selbstbeschränkungsabkommens aus dem Jahre 1983 über Videorecorder, das in Europa einen Preisanstieg um 15 % bewirkt habe und den japanischen Herstellern eine Kontingentrente von ca. 175 Millionen Britische Pfund pro Jahr eingebracht habe. Er führt aus: "Das eigentliche Ziel der Maßnahme, eine Produktionserweiterung der europäischen Hersteller Philips und Grundig, wurde dagegen nicht erreicht. Beide Firmen gaben die Produktion eigener Modelle auf und gingen dazu über, Videorecorder nur noch unter japanischer Lizenz herzustellen."

Runde, wovon noch zu handeln sein wird, in eindrucksvoller Weise Einhalt zu gebieten sucht.⁴⁶

Seit den sechziger Jahren sind, beginnend mit Agrarprodukten⁴⁷ und Textilien⁴⁸, immer weitere Bereiche des Welthandels – in der Folge unter anderem der Stahl-⁴⁹ und Automobilsektor⁵⁰ – mengenmäßigen Beschränkungen, oft in der Form von Selbstbeschränkungsabkommen, unterworfen worden. Sie haben den Handel zwischen Industriestaaten und im Verhältnis mit fortgeschrittenen Entwicklungsländern erheblich beeinträchtigt. Der Grund, weswegen Staaten massiv zu Maßnahmen ge-griffen haben, die abgesehen von den internationalen auch nationale Wohlfahrtsverluste mit sich bringen, wird oft in der Kompetenzlage gesucht: Während nämlich Zölle und ihre Änderung der parlamentarischen Kontrolle unterliegen, würden mengenmäßige Beschränkungen und erst

⁴⁶ Der Umfang des Einsatzes mengenmäßiger Beschränkungen und die Bedeutung der Uruguay-Runde mag vielleicht die Zahl von 6.000 Kontingenten verdeutlichen, die die EG im Zuge der Uruguay-Runde abgeschafft hat, siehe Nicolaysen (Anm. 9), 496. Zur Frage, warum es Staaten in internationalen Verhandlungen leichter fällt, ihrer eigenen nationalen Handelspolitik Schranken zu setzen, siehe unten, Anm. 115.

⁴⁷ Siehe z. B. Peter Gilsdorf/Reinhard Priebe, Art. 38, in: Grabitz/Hilf (Anm. 16), Rz. 17, und Vedder (Anm. 22), 114.

⁴⁸ Für den Textilbereich war mit dem Multifaserabkommen eine eigenständige "Ordnung" für Selbstbeschränkungsabkommen außerhalb des GATT entstanden. Auf der Grundlage des Abkommens hat die Gemeinschaft Selbstbeschränkungsabkommen mit zahlreichen Ländern in regelmäßigem Turnus abgeschlossen; siehe Vedder (Anm. 22), Rz. 112 f., 144 und 209 f. Mit dem WTO-Übereinkommen über Textilwaren und Bekleidung vom 15.4.1994, ABl. Nr. L 336, 50, wird dieser Sektor schrittweise wieder der Welthandelsordnung unterworfen. Die Verordnung (EWG) Nr. 3030/93 des Rates vom 12.10.1993 über die gemeinsame Einfuhrregelung für bestimmte Textilwaren mit Ursprung in Drittländern, ABl. Nr. L 275 vom 8.11.1993, in der Fassung der Änderungsverordnungen (EG) des Rates (EG) Nr. 3289/94 vom 22.12.1994 (ABl. Nr. L 349 vom 31.12.1994) trägt dem Rechnung. Siehe auch Wolftrum (Anm. 44), 643 f.; Eeckhout (Anm. 3), 152 f., 186 ff.

⁴⁹ Siehe die Aufzählung bei Vedder (Anm. 22), Rz. 114 und Ivo Van Bael/Jean-François Bellis, *International Trade Law and Practice of the European Community*, Brüssel 1985, para. 1330; siehe auch z. B. Bekanntmachung der Kommission betr. Japan-Einfuhren, ABl. C 111/13 vom 21.7.1972; KOM 74/634/EWG *Kugellager*. Zu den ökonomischen Auswirkungen in diesem Sektor siehe soeben oben, Anm. 45 und Glismann/Horn/Nehring/Vaubel (Anm. 7), 67 ff.

⁵⁰ Eeckhout (Anm. 3), 197 ff.; Emerson (Anm. 44), 289 ff. Gemäß Art. 11.2 des Übereinkommens über Schutzmaßnahmen und dem entsprechenden Anhang soll jedoch für "Passenger cars, off road vehicles, light commercial vehicles, light trucks (up to 5 tonnes), and the same vehicles in wholly knocked-down form (CKD sets)" eine Selbstbeschränkung Japans gegenüber dem europäischen Markt bis zum 31.12.1999 fort-dauern. Siehe aus ökonomischer Sicht: Heinz Gert Preuße, *Freiwillige Exportselbstbeschränkungsabkommen und internationale Wettbewerbsfähigkeit der europäischen Automobilindustrie*. Zu den potentiellen Auswirkungen der Vereinbarung der Europäischen Gemeinschaften mit Japan, Außenwirtschaft 47 (1992), 361–388.

recht die informellen Selbstbeschränkungen praktisch allein von der Verwaltung veranlaßt bzw. bewirkt.⁵¹ Man mag dem entgegenhalten, daß einerseits auch die parlamentarische Befassung nicht unbedingt die rationale Berücksichtigung der Wohlfahrtseffekte des Freihandels sichert.⁵² Auch das Bestreben, eine förmliche Ausnahmeregelung und die damit verbundene Offenbarung und Diskussion einer wirtschaftlichen Krisenlage im GATT bzw. der WTO zu vermeiden, mag Staaten bewogen haben, ihre Handelsbeschränkungen auf so kostspielige Art und Weise zu "verstecken". Andererseits ist nicht zu leugnen, daß mit einer Einschaltung des Parlaments ein größeres Ausmaß an konstitutioneller Kontrolle verbunden ist, die unter anderem auch in dem Begründungszwang und der viel stärkeren Öffentlichkeitswirkung liegen.⁵³

⁵¹ Vgl. oben, bei Anm. 40. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist die Kompetenzverteilung differenzierter zu beurteilen, s. unten bei Anm. 60 (aus der Sicht der Verfassungspraxis ist der Befund aber zutreffend). Kinder (Anm. 9), 114 ff., 123 ff.; Brian Hindley, *Anti-Dumping Action and the EC: A Wider Perspective*, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.) (Anm. 5), 371–390 (389): "... Commission has de facto trade policy powers which are independent of the Council ... " (Hervorhebung im Original); für die Schweiz siehe Andrich (Anm. 11), 233 ff. Emerson (Anm. 44), 296 f. schildert, daß im Falle des Selbstbeschränkungsabkommens mit Japan über die Einfuhr von Automobilen im amerikanischen Kongress vergeblich Gesetzentwürfe über eine Importbeschränkung eingebracht wurden. Gleichzeitig habe sich der Präsident mit Japan über eine Selbstbeschränkung verständigt, wobei die Verhandlungen offiziell als Konsultationen über Fragen des amerikanischen Kartellrechts und japanischen Handelsrechts bezeichnet wurden und ihr Ergebnis als "freiwillig" deklariert wurde, da der Präsident über keine förmliche Ermächtigung des Kongresses verfügte. Siehe auch Kennedy (Anm. 44), 5 ff., 33 ff. Zu den mit den Selbstbeschränkungsabkommen aufgeworfenen kartellrechtlichen Fragen, siehe im einzelnen bei Anm. 65.

⁵² Gegenüber der sehr idealistischen Haltung von Tumlrir, z. B. *Democratic Constitutionalism* (Anm. 5), 78 f. (und dazu: Hauser/Moser/Planta/Schmid [Anm. 5], 220 f.) differenziert Hudec (Anm. 5), 515 f., mit Verweis auf das Smoot-Hawley Zollgesetz von 1930, mit dem der amerikanische Kongreß die Zölle auf den höchsten Stand der amerikanischen Geschichte hob. Nach dieser "protectionist orgy", Hudec, *ibid.*, delegierte der Kongreß die Kompetenz zur Festsetzung der Zölle an den Präsidenten, der sie in der Folge deutlich mäßigend handhabte. Ein Senator bemerkte selbstkritisch zur parlamentarischen Beschlußfassung über Zölle: "[O]ur experience in writing tariff legislation [...] has been discouraging. Trading between groups and sections is inevitable. Log-rolling is inevitable, and in its most pernicious form. We do not write a national tariff law. We jam together, through various unholy alliances and combinations, a potpourri or hodgepodge of sections and local tariff rates, which often add to our troubles and increase world misery", zit. nach Jackson (Anm. 44), 82 f. Siehe auch Petersmann, *Handelspolitik als Verfassungsproblem* (Anm. 5), 243 f., und Hilf (Anm. 14), 219, 223.

⁵³ Bei dieser öffentlichen Kontrolle spielen Verbraucherverbände eine wichtige Rolle, vgl. Anm. 44 zu den Klagen der amerikanischen Consumers Union gegen Selbstbeschränkungsabkommen, andererseits aber: EuGH, Rs. C-170/89 (*BEUC gegen Kommission*), Slg. 1991, I-5709 (5742), dazu Kinder (Anm. 9), 231 ff.; Rainer M. Bierwagen,

Insgesamt wird man nicht bestreiten können, daß dieser Erklärungsansatz für den Einsatz von mengenmäßigen Beschränkungen einiges für sich hat. Er gründet sich allerdings auf eine wirtschaftliche und verfassungspolitische Sicht. Seine Stichhaltigkeit aus verfassungsrechtlicher Sicht – insbesondere mit Blick auf die Handelsfreiheit – ist gesondert zu betrachten. Insoweit ist dem Effizienzargument und der Frage der Beteiligung des Parlaments nachzugehen. Dabei ergeben sich zum Teil noch weitere, andere Gesichtspunkte. Insgesamt kann mit einer Reihe von Modifikationen aber der Befund erhärtet werden.

Allein mit dem wirtschaftlichen Argument, daß mit einem Zoll eine vergleichbare Handelsbeschränkung effizienter zu verwirklichen sei, lassen sich mengenmäßige Beschränkungen nicht angreifen, weil die höheren sozialen Kosten – ausfallende Zolleinnahmen und Wohlfahrtsverluste durch die außer Kraft gesetzte Anpassungsfunktion des Preismechanismus – den Staat bzw. die Volkswirtschaft als ganzes treffen, aber keine direkte individuelle Belastung darstellen. Die Verfassungsmäßigkeit einer mengenmäßigen Beschränkung könnte nur in Frage gestellt sein, wenn sie sich als “schlechthin ungeeignet”⁵⁴ erweisen würde. Dies ist jedoch kaum zu erwarten, weil die bezweckte Handelsbeschränkung ja eintritt. Es erweist sich hier, daß der wirtschaftliche Effizienzbegriff keine direkte Entsprechung in der Verfassungsordnung hat.⁵⁵ Allerdings findet sich in der deutschen Rechtsordnung ein anderer rechtlicher Anhaltspunkt, um das Verhältnis zwischen Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen aus der Perspektive der Außenwirtschaftsfreiheit geltend zu machen. Vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet liegt nämlich ein entscheidender Unterschied zwischen Zöllen und mengenmäßigen Beschränkungen darin, daß letztere eine direkte Beschränkung der Importe und damit der Geschäftstätigkeit jedes Importeurs voraussetzen, während die Auferlegung von Zöllen als demgegenüber weniger eingreifende, “mittelbare” Steuerung verstanden wird.⁵⁶ Auf dieser Grundlage kann der einzelne die ihm auferlegte Beschränkung unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit mit dem Argument angreifen, zur Erreichung des angestrebten Zweckes

Entwicklungen im Verfahrensrecht bei der Anwendung außenhandelsrechtlicher Instrumente der EG, *RabelsZ* 58 (1994), 667–685 (676 f.).

⁵⁴ Vgl. oben, Anm. 28; *BVerfGE* 30, 250 (262).

⁵⁵ Walter Leisner, *Effizienz als Rechtsprinzip*, Tübingen 1971, insb. 47 f., 58 f. und dazu: Peter Häberle, *Effizienz und Verfassung*, abgedruckt in: ders., *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 2. Aufl. Berlin 1996, 290–302, mwN.; zum Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in der Rechtsprechung des EuGH, Petersmann (Anm. 16), 47.

⁵⁶ Putzier (Anm. 14), 17, 30.

wäre die Auferlegung eines Zolls als weniger belastende Maßnahme in Betracht gekommen.⁵⁷ Allerdings ist zu berücksichtigen, daß die Verwaltung sich demgegenüber darauf berufen kann, sie habe bewußt zur mengenmäßigen Beschränkung gegriffen, weil eine genaue Steuerung der Einfuhrmenge beabsichtigt gewesen sei.⁵⁸ Ein Angriff von Selbstbeschränkungsabkommen ist wegen ihres informellen Charakters kaum aussichtsreich.⁵⁹

Der Gesichtspunkt fehlender parlamentarischer Befassung verspricht kaum größeren Erfolg. Dazu ist zunächst eine Klarstellung erforderlich: Der Einwand fehlender parlamentarischer Legitimation ist aus verfassungsrechtlicher Sicht mißverständlich, weil er suggeriert, daß dem Parlament hier ohne sein Zutun Kontrollmöglichkeiten vorenthalten seien. In Wirklichkeit sind die weitreichenden Kompetenzen der Exekutive in diesem Bereich aber durch die Parlamente selbst aufgrund ihrer Zuständigkeit in außenwirtschaftlichen Fragen durch Ermächtigungsgesetze übertragen worden.⁶⁰ Aus verfassungsrechtlicher Sicht handelt es sich also nicht um das Problem einer vorfindlichen Zuständigkeitsordnung, sondern um die Frage, inwieweit die Parlamente ihre Zuständigkeiten auf die Exekutive übertragen dürfen. Dafür kommen verschiedene verfassungs-

⁵⁷ In dem Regierungsentwurf zum AWG wird im Hinblick auf § 1 Ziff. 4a in der Begründung ausdrücklich vermerkt, daß bei der Prüfung der dort geregelten Verhältnismäßigkeit auch außerhalb des AWG liegende Maßnahmen, u. a. auch Zölle in die Betrachtung einzubeziehen sind, Putzier (Anm. 14), 30.

⁵⁸ Vgl. *ibid.*, 17.

⁵⁹ Vgl. Bourgeois (Anm. 24), Rn. 85. Mit Hinweis auf den nicht-verbindlichen, freiwilligen Charakter der Selbstbeschränkungsabkommen, wies der Court of Appeals for the District of Columbia Circuit in *Consumers Union of the U.S. v. Kissinger* (siehe oben, Anm. 44) die Klage ab: Zwar komme dem Kongreß die Kompetenz zum Abschluß durchsetzbarer ("enforceable") Abkommen zu – die verfassungsrechtliche Kompetenzordnung hindere den Präsidenten aber nicht daran, solche freiwilligen ("unenforceable") Übereinkommen zu verhandeln und abzuschließen, 506 F.2d 136, 143., siehe auch: Emerson (Anm. 44), 301 f., vgl. auch Waller (Anm. 44), 812 f.

⁶⁰ Diese Übertragung ist zum Teil an den Vorbehalt der parlamentarischen Nachkontrolle gebunden. Siehe für das Vereinigte Königreich Weiss (Anm. 15), 260. In Deutschland ist dies heute noch in Art. 27 Abs. 2 AWG vorgesehen. Dazu hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, daß für "Sachbereiche wie das Zoll-, das Zolltarif- und Preisrecht" ein "legitimes Interesse der Legislative anerkannt [werden müsse], zwar einerseits die Rechtssetzung auf die Exekutive zu delegieren, sich aber andererseits – wegen der Bedeutung der zu treffenden Regelungen – entscheidenden Einfluß auf den Erlaß und Inhalt der Verordnungen vorzubehalten" und deswegen die Konstruktion einer "Zustimmungsverordnung" für zulässig erachtet, BVerfGE 8, 274 (321 f.), siehe Putzier (Anm. 14), 23 ff.; so auch schon: Ipsen (Anm. 12), 32 ff. Tatsächlich hat sich daran der Bundestag aber nur mäßig interessiert gezeigt, Hilf (Anm. 14), 223, 233 f.

rechtliche Maßstäbe in Betracht.⁶¹ Nach der deutschen Wesentlichkeitstheorie folgt aus der Systematik von Grundrechtsverbürgung und ihren Einschränkungsvorbehalten, daß das Parlament wesentliche Fragen selbst entscheiden muß. Im Hinblick darauf hat das Bundesverfassungsgericht die Ermächtigungen des Außenwirtschaftsgesetzes als verfassungsmäßig angesehen.⁶²

Ein weiterer denkbarer Ansatzpunkt liegt in der vielfach ausdrücklich geregelten Budgethoheit des Parlaments.⁶³ Allerdings sind die mit mengenmäßigen Beschränkungen einhergehenden Belastungen gerade nicht als Steuern oder Zölle, oder, allgemeiner formuliert, als staatliche Auferlegung einer Geldleistungspflicht, zu qualifizieren. Der letztgenannte Begriff kennzeichnet die gegenständliche Abgrenzung der parlamentarischen Budgethoheit, die sonst jegliche wirtschaftliche Belastung durch staatliche Betätigung umfassen müßte. An diesen Gegebenheiten der staatlichen Kompetenzordnung ist festzuhalten. Sie lassen sich deswegen insbesondere nicht mit dem wirtschaftlichen Argument überwinden, daß die für Zölle vorgesehene parlamentarische Kontrolle erst recht greifen müsse, wenn mengenmäßige Beschränkungen mit ihren gravierenden zusätzlichen Belastungen der Allgemeinheit in Frage stehen.⁶⁴

Besonders bedenklich sind aus ordnungs- und rechtspolitischer Sicht mengenmäßige Beschränkungen in Form von Selbstbeschränkungsabkommen. Mit den Maßstäben der Kontrolle hoheitlichen Handelns auf der Grundlage der Grundrechte sind sie wegen der meist zurückgenommenen, nur informellen staatlichen Einflußnahme kaum zu prüfen. Nach den Maßstäben der – insbesondere kartellrechtlichen – Kontrolle privaten Wettbewerbshandelns stellen sie einen manifesten Verstoß gegen materiel-

⁶¹ Siehe Jackson/Davey/Sykes (Anm. 2), 113 ff.; Bourgeois (Anm. 17), 190 ff.; Kinder (Anm. 9), 123 ff.; Petersmann (Anm. 16), 52 ff. Zur Frage der ausreichenden Beteiligung des Europäischen Parlaments beim Zustandekommen der Bananenmarktordnung, siehe Everling (Anm. 3), 423 ff., 426 mwN. Zur Lage in der Schweiz, siehe Andrich (Anm. 11), 231 ff., 245 ff.

⁶² BVerfGE 91, 148 (162 ff.).

⁶³ Art. I § 8 Abs. 1 der amerikanischen Verfassung, Andrich (Anm. 11), 237 ff.

⁶⁴ Interessant ist in diesem Zusammenhang das Argument von Tumlin, GATT Rules (Anm. 5), 9 f., der die zwingende Befassung des Parlaments daraus folgert, daß Entscheidungen für oder gegen Handelsbeschränkungen nicht rational begründbar sind. Solche Entscheidungen, so trägt er vor, seien nicht an die Exekutive delegierbar, weil damit das Parlament seine verfassungsrechtlich erforderliche Letztentscheidungskompetenz aufgeben. Aus der Warte des Verfassungsrechts beurteilt sich diese Frage aber – wie dargestellt – anders. "Autonome Exekutivwertungen" sind mit der Verfassung vereinbar, Tettinger (Anm. 29), 466 ff.; vgl. auch: "administrative Letztentscheidungsermächtigung", Schmidt-Aßmann (Anm. 34), Rn. 188 ff.

les Recht dar, der aber seinerseits nicht geltend gemacht werden kann, weil hier der staatliche Einfluß – meist im Sinne der kartellrechtlichen Ausnahmetatbestände – in Rechnung gestellt wird.⁶⁵

Insgesamt ergibt sich daraus, daß das Verfassungsrecht kaum eine Handhabe bietet, um der aus wirtschaftlicher Sicht wohlfahrtsmindernden Wirkung von mengenmäßigen Beschränkungen Rechnung zu tragen. Es ist aus der Perspektive der Handelsfreiheit zu ergänzen, daß mengenmäßige Beschränkungen eine zusätzliche Einschränkung bewirken, weil sie eine Verteilung der Quoten erfordern.⁶⁶ Der aus ökonomischer Sicht einzig befriedigende und elegante Weg, eine solche Verteilung vorzunehmen, liegt darin, die Quoten zu versteigern. Er ist indessen von kaum einem Staat eingeschlagen worden.⁶⁷ Statt dessen werden die Quoten im Rahmen eines weiten und kaum nachprüfbaren Verfahrens von der Verwaltung verteilt, die dabei nach eigenen Vorstellungen verschiedene Prinzipien wie z. B. eine Verteilung nach Kopfteilen, nach bisherigen Umsät-

⁶⁵ José Angelo Estrella Faria, Selbstbeschränkungsabkommen im GATT und im EWG-Wettbewerbsrecht, Saarbrücken 1989; Ulrich Immenga, Internationale Selbstbeschränkungsabkommen zwischen staatlicher Handelspolitik und privater Wettbewerbsbeschränkung, *RabelsZ* 49 (1985), 303–327; Mitsuo Tatsuta, Voluntary Export Restraints – Implementation and Implications, *RabelsZ* 49 (1985), 328–346; Michael William Lochmann, The Japanese Voluntary Restraint in Automobile Exports: An Abandonment of the Free Trade Principles of the GATT and the Free Market Principles of United States Antitrust Laws, *Harvard International Law Journal* 27 (1986), 105–157 und 145–149; Hans-Peter Schwintowski, Staatlich veranlaßte Wettbewerbsbeschränkungen auf europäischen und internationalen Märkten, *RabelsZ* 58 (1994), 232–289 (284 ff.). Um Selbstbeschränkungsabkommen kartellrechtlichen Angriffen zu entziehen, sind an der Aushandlung von Selbstbeschränkungsabkommen oft Regierungsvertreter beteiligt und von den Regierungen darüber hinaus entsprechende “Garantien” abgegeben worden. Damit sollten die Übereinkommen kartellrechtlichen Angriffen entzogen werden. In *Consumers Union of the U.S. v. Kissinger* (Anm. 44) ist erstinstanzlich der kartellrechtliche Klagantrag abgewiesen und dann nicht weiter verfolgt worden, *Emerson* (Anm. 44), 306 ff.; *Jackson* (Anm. 44), 70. Immerhin sah sich der amerikanische Kongreß dazu veranlaßt, für Selbstbeschränkungsabkommen im Stahlsektor rückwirkend die Anwendung des Kartellrechts ausdrücklich gesetzlich auszuschließen, Sect. 607 des Trade Act von 1974, siehe *Jackson*, *ibid.*

⁶⁶ Siehe oben, bei Anm. 43 und *Tumliir*, *Gatt Rules* (Anm. 5), 4 ff.

⁶⁷ Siehe zu den wirtschaftlichen Vorteilen, *Tumliir*, *ibid.*, 4. Allerdings sieht § 2581 des Trade Agreements Act of 1979 eine “Auction of import licenses” vor, USC 19, chapter 13. *Rummer* (Anm. 43) schreibt zu diesem Verfahren: “Befürworter dieser Verteilungsmethode könnten die allgemeine volkswirtschaftliche Erkenntnis hervorheben, daß bei knappen Gütern der Preis die optimale Verteilung gewährleiste. Dem ist jedoch entgegenzuhalten: Eine Import- oder Exportlizenz mag ein knappes ‘Gut’ sein, doch sie ist nicht auf dem Markt, und sie gehört nicht auf den Markt.”

zen etc. anwendet.⁶⁸ Mit dieser Verteilung greift damit der Staat neben der Handelsbeschränkung ein zweites Mal in den Marktprozeß und den Freiheitsraum der Marktteilnehmer ein.

F. Vernachlässigung der binnenwirtschaftlichen Dimension

Eine weitere Dimension der Problematik der Kontrolle der Außenwirtschaftspolitik ergibt sich, wenn man außenwirtschaftspolitische Maßnahmen mit innerstaatlich wirkenden Maßnahmen in Bezug setzt. Beide Bereiche scheinen allerdings zunächst kaum Berührungspunkte zu haben. Dies liegt daran, daß die Außenhandelspolitik oft als externe Angelegenheit erscheint, die sich binnenwirtschaftlich nur in Form einer diffusen wirtschaftlichen oder fiskalischen Belastung auswirkt. Demgegenüber liegt es aus wirtschaftlicher Sicht auf der Hand, daß Handelsbeschränkungen das Ziel verfolgen, bestimmte inländische Unternehmungen zu schützen und von dem weltwirtschaftlichen Wettbewerbsdruck zu entlasten. Sofern mengenmäßige Beschränkungen eingesetzt werden, ist dies offensichtlich, denn sie haben keinen anderen binnenwirtschaftlichen Nutzen. Aber auch Zölle haben neben ihrer klassischen fiskalischen Aufgabe⁶⁹ oft protektionistische Ziele. Mit einer spezifischen und trennscharfen protektionistischen Politik zeichnen sich innerstaatlich klar Verlierer und Gewinner und besondere innerstaatliche Leistungsbeziehungen ab. Handelsbeschränkungen zum Schutz inländischer Produzenten treffen nämlich nicht nur ausländische Wettbewerber, sondern direkt auch und hauptsächlich die inländischen Nachfrager, die aufgrund des geminderten Wettbewerbsdrucks dem inländischen Produzenten höhere Preise zahlen müssen.⁷⁰ Durch die Ausschaltung oder Beschränkung des marktwirtschaftlichen Wettbewerbs wird damit den Nachfragern eine Belastung auferlegt, die direkt und unmittelbar den inländischen Produzenten zugute kommt. Es ist wenig übertrieben, hier davon zu sprechen, daß Handelsbeschränkungen als Mittel fungieren, um im Grunde innerstaatliche

⁶⁸ Nach § 3 Abs. 2 AWG kann Quotenzuteilung von "sachlichen und persönlichen Voraussetzungen" abhängig gemacht werden. Darin kommt schon zum Ausdruck, daß hier der Staat in Form der Verwaltung beansprucht, seine Einschätzungen und Bewertungen an die Stelle derjenigen der Marktteilnehmer zu setzen. Konkretisiert wird diese Aussage durch die Anforderung, daß bei gekürzter Zuteilung die Genehmigung – d. h. die zugeweilte Quote – so bemessen sein muß, daß sie volkswirtschaftlich zweckmäßig ausgenutzt werden kann. Außerdem sollen durch die Kürzung der Quoten härter Betroffene "bevorzugt berücksichtigt werden", siehe auch R u m m e r (Anm. 43).

⁶⁹ Zum herkömmlichen Verständnis von Zöllen als Einnahmequelle, siehe oben Anm. 41.

⁷⁰ Siehe oben, bei Anm. 41.

Strukturprobleme durch Mechanismen der Umverteilung zu lösen oder – wenn man so will – durch außenwirtschaftliche Maßnahmen zu exportieren.⁷¹ Aus dieser Perspektive ist das oben beschriebene Maßnahmen-tableau zu erweitern: Wenn nämlich Außenwirtschaftspolitik im Grunde der Lösung interner Strukturprobleme dient, so kommen alternativ auch Maßnahmen der innerstaatlichen Sozial- und Wirtschaftspolitik in Betracht. Hier wäre insbesondere an Subventionen und Instrumente der direkten Umverteilung zu denken. Sie sind aus wirtschaftlicher Sicht vorzugswürdig, weil mit ihnen das Problem direkt angegangen werden kann und weniger verzerrende Effekte im marktwirtschaftlichen System entstehen.⁷²

Bei einer verfassungsrechtlichen Würdigung dieser Argumentation ist zunächst festzustellen, daß sich auch in diesem Falle die wirtschaftlichen Vorteile von direkten Subventionen bzw. Umverteilungsmaßnahmen gegenüber Handelsbeschränkungen kaum verfassungsrechtlich greifen lassen.⁷³ Aufmerksamkeit gebietet der hier offenbar werdende enge Zusammenhang zwischen der Außenhandelspolitik und anderen Politikbereichen, etwa der Regional-, Landwirtschafts-, Struktur- oder Industriepolitik mit ihren eigenen Kompetenzregelungen.⁷⁴

⁷¹ Ernst-Ulrich Petersmann, Rights and Duties of States and Rights and Duties of Their Citizens. Towards the "Constitutionalization" of the Bretton-Woods-System Fifty Years after its Foundation, in: FS Bernhardt (Anm. 3), 1087–1128 (1103) bemerkt dazu: "... most international trade disputes are primarily conflicts of interests within countries, e.g. between the liberal trade interests of consumers and the protectionist self-interests of producers, which spill over into 'secondary international conflicts' among governments only if the primary conflicts of interests are not resolved in a welfare-increasing manner ..." (Hervorhebung im Original); Heinz Hauser, Betrachtungen zur Außenwirtschaftspolitik – Protektionismus als binnenwirtschaftliches Problem, *Aussenwirtschaft* 38 (1983), 41–48.

⁷² Glismann/Horn/Nehring/Vaubel (Anm. 7), 65 f.; Roessler (Anm. 5), 55 ff.; Tumlrir, GATT Rules (Anm. 5), 4 ff. Es ist aber zur Klarstellung darauf hinzuweisen, daß Subventionen natürlich auch außenwirtschaftliche Bezüge haben und Handelsverzerrungen auslösen. Das "Agreement on Subsidies" regelt im einzelnen, welche Art von Subventionen unter welchen Bedingungen zulässig sind, Stoll (Anm. 2), 299.

⁷³ Vgl. oben, bei Anm. 54 f.

⁷⁴ Siehe dazu Kinder (Anm. 9), 82 ff.: "Industriepolitiches Potential von Antidumping", 161 ff.; Hindley (Anm. 51), 387 f.; zur relativ offenen Abgrenzung des Bereichs der gemeinsamen Handelspolitik nach Art. 113 EGV gegenüber anderen gemeinschaftsrechtlichen Kompetenzen, Vedder (Anm. 22), 23 ff.

G. Der "protectionist bias" der Außenhandelspolitik

Zu den bisherigen Gesichtspunkten kommt hinzu, daß nach verbreiteter Auffassung die nationale Wirtschaftspolitik aufgrund ihrer Gegebenheiten die Tendenz hat, Schutzinteressen gegenüber dem Allgemeininteresse am Freihandel ein größeres, vorrangiges Gewicht beizumessen. Diese Tendenz läßt sich mit der relativ stärkeren Durchsetzungskraft partikularer Interessen gegenüber Gemeinwohlbelangen im politischen Diskurs im Allgemeinen und der oben schon dargestellten nur gebrochenen Repräsentation partikularer Freihandelsinteressen im nationalen Diskurs über die Außenhandelspolitik im besonderen erklären.⁷⁵

In diesem Zusammenhang ist auf die Anlage des nationalen Außenhandelsrechts hinzuweisen, das regelmäßig ausführlich Verfahren regelt, mit denen – überwiegend auf Initiative einzelner – bestimmte Importbeschränkungen verhängt werden können.⁷⁶ Für die Durchsetzung von

⁷⁵ Siehe oben, bei Anm. 39 und Andrich (Anm. 11), 259 ff. und 254; Einfluß der Verbände im Gesetzgebungsverfahren; Hauser/Moser/Planta/Schmid (Anm. 5), 224 ff.; Hindley (Anm. 51) 371 ff.; Kinder (Anm. 9), 219 ff.

⁷⁶ Diese umfangreichen Verfahren hängen eng mit entsprechenden Vorschriften des GATT bzw. der WTO zusammen. Sie sollen die entsprechenden internationalen Regelungen umsetzen, siehe auch unten bei Anm. 119. Umgekehrt sind die entsprechenden Vorschriften der Welthandelsordnung vielfach in – auch kritischer – Reflexion der Staatenpraxis entstanden (siehe bei Anm. 108 ff.). Grob lassen sich dabei fünf Bereiche unterteilen: erstens Antidumping (Art. VI GATT und das Agreement on Implementation of Article VI der WTO), zweitens der Ausgleich ausländischer Subventionen durch Ausgleichszölle (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures der WTO), die Verordnungen des Rates zur Abwehr gedumpter Einfuhren, VO [EG] 3283/94, bzw. zur Abwehr subventionierter Einfuhren, VO [EG] Nr. 3284/94, ABl. EG Nr. L 349 vom 31.12.1994, 1 ff., siehe Rainer M. Bierwagen, Die neue Antidumpinggrundverordnung nach dem Abschluß der Uruguay-Runde, EuZW 6 (1995), 231–239; ders., GATT Article VI and the Protectionist Bias in Anti-Dumping Laws, Deventer 1990, 109 ff.; Edwin A. Vermulst, Antidumping Law and Practice in the United States and the European Communities: A Comparative Analysis, Amsterdam 1987, 311 ff.; Hindley (Anm. 51); Kinder (Anm. 9); David Palmer, United States Implementation of the Uruguay Round Antidumping Code, JWT 29 (1995), Nr. 3, 39–82; Stoll (Anm. 2), 296 mwN; drittens Sicherungsmaßnahmen, (Art. XIX GATT und das Agreement on Safeguards der WTO), siehe Stoll, *ibid.*, 294; viertens die Durchsetzung von Rechten aus dem GATT bzw. allgemeiner Marktzugangsinteressen im Ausland – siehe sogleich Anm. 77, und fünftens der Schutz vor Importen, die Rechte des geistigen Eigentums verletzen (Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights der WTO), siehe Stoll, *ibid.*, 310 ff. Zum Verfahren und der Stellung möglicher Betroffener im einzelnen siehe zusätzlich von Heydebrand und der Lasa (Anm. 22); Grabitz/von Bogdandy/Nettesheim (Anm. 16), 187 ff.; Van Bael/Bellis (Anm. 49); Edmond L. M. Völker, Barriers to External and Internal Community Trade, Deventer 1993, 66 ff.; Reinhard Rolf, Die Rechtsstellung Betroffener bei der Anwendung ausenhandelsrechtlicher Schutzinstrumente in den Vereinigten Staaten und der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt am Main etc. 1991.

Freihandelsinteressen gibt es ein ähnliches Verfahren nur für die Geltendmachung von Exportinteressen gegenüber Beschränkungen auf Auslandsmärkten.⁷⁷ Das Interesse an einem freien Import wird zum Teil durch Beteiligungsmöglichkeiten und materielle Berücksichtigungsgebote innerhalb der Verfahren angesprochen.⁷⁸ Es ist aber nicht zu verkennen, daß diese Struktur des Außenhandelsrechts eine Tendenz zu einer asymmetrischen Wahrnehmung und Berücksichtigung von Schutz- gegenüber Handelsfreiheitsinteressen begünstigt.⁷⁹ Insbesondere wird damit ein bürokratisch-administrativer Prozeß in Gang gesetzt, der durch die Ergebnissvorgabe finalisiert ist und sich mit beträchtlichem Beweis- und Beurteilungsaufwand primär darauf konzentriert, die Forderung nach Handelsbeschränkung zu erhärten. Es ist hervorzuheben, daß man in der präzisen Regelung der Verfahren verbunden mit der Antragsbefugnis von Einzelnen, Unternehmen und Gruppen eine "Privatisierungstendenz" sehen kann.⁸⁰ Sie führt dazu, daß mit relativ geringem Initiativaufwand spezifische Schutzinteressen wirksam in einem Verfahren thematisiert werden können, in dem Freihandels- bzw. Nachfrageinteressen nur als Abwägungsbelange berücksichtigt werden. Daneben gewinnt durch die verfahrensmäßige Einkleidung das dort im Schutzinteresse eingebrachte Fall- und Tatsachenmaterial durch die administrative Aufbereitung einen

⁷⁷ Dies sind das Verfahren nach § 301 des amerikanischen Trade Act, das durch den Omnibus Trade and Competitiveness Act von 1984 – U.S.C. 19, 2411–2419 weiter ausgebaut wurde, siehe Morrison/Hudec (Anm. 26), 130 ff., und das sogenannte "Neue Handelspolitische Instrument" der EG, siehe Ronald A. Brand, *Private Parties and GATT Dispute Resolution: Implications of the Panel Report on Section 337 of the US Tariff Act of 1930*, JWTL 24 (1990), Nr. 3, 3–30 (12 ff.); Meinhard Hilf, *International Trade Disputes and the Individual: Private Party Involvement in National and International Procedures Regarding Unfair Foreign Trade Practices*, *Aussenwirtschaft* 41 (1986), 279–304 (286 ff.); zwischen 1974 und 1989 sind im Rahmen des Verfahrens nach § 301 des amerikanischen Trade Act 62 Anträge gestellt worden – daraufhin wurden in 24 Fällen Streitlichtungsverfahren nach dem GATT eingeleitet, siehe Morrison/Hudec, *ibid.*, 131; Petros C. Mavroidis, *Handelspolitische Abwehrmechanismen der EWG und der USA und ihre Vereinbarkeit mit den GATT-Regeln*, Stuttgart 1993; Dirk Petermann, *Beschränkungen zur Abwehr von Beschränkungen: Sec. 301 des US-amerikanischen Trade Act von 1974 und das neue handelspolitische Instrument der EG*, Heidelberg 1989, 74 ff.; siehe auch unten, Anm. 139.

⁷⁸ Siehe dazu ausführlich Petermann (Anm. 77), 118 ff., 136; Rolf (Anm. 76), 63 ff., 118 ff., 210 ff., 220 ff., 235 ff., 258 ff., 265 ff. Zur Balance des Rechtsschutzes besonders für Im- und Exporteure im amerikanischen und europäischen Antidumpingverfahren, siehe von Heydebrand und der Lasa (Anm. 22), 205 ff. und (kritisch) Kinder (Anm. 9), 224 ff., 231 ff. Siehe zu Verbesserungen des Rechtsschutzes in der neueren Rechtsprechung des EuGH, Bierwagen (Anm. 53), 674 ff.

⁷⁹ Hilf (Anm. 77), 295 f.; Brand (Anm. 77), 16; Kinder (Anm. 9), 224 ff.

⁸⁰ Hindley (Anm. 51), 389; Brand, *ibid.*

größeren politischen Aufmerksamkeitswert. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist dazu zu bemerken, daß unter dem Gesichtspunkt des Grundrechtsschutzes im Verfahren die Beteiligung der potentiell in ihrer Handelsfreiheit Betroffenen angezeigt ist.⁸¹ Ob ihr großes Gewicht beikommt, muß indessen bezweifelt werden. Dies gilt in noch größerem Umfange für die grundrechtlich nicht gestützten Gemeinwohlinteressen.⁸²

H. Zusammenfassung

Die kurze Übersicht ergibt, daß die außenwirtschaftliche Betätigung als Teil der Wirtschaftsfreiheit verfassungsrechtlich gewährleistet ist. Der staatlichen Steuerung der Wirtschaftstätigkeit sind aber kaum rechtlich greifbare Orientierungen und Eingrenzungen vorgegeben, die zur Begründung und Kontrolle von Eingriffen in die Wirtschaftstätigkeit herangezogen werden können. Eine weitere Vergrößerung von Rationalitätsmaßstäben ergibt sich daraus, daß Außenhandelspolitik die Unvollkommenheit und die Verhandlungssituation in den Weltwirtschaftsbeziehungen reflektiert.

Dagegen ist nicht viel einzuwenden, wenn es um die politische Grundsatzzentscheidung geht, "ob" zugunsten einer bestimmten Gruppe in den Marktprozeß eingegriffen werden soll. Solche Entscheidungen sind kaum rechtlich zu strukturieren. Hier muß die politische Kontrolle greifen, in der sich Freihandelsinteressen gegenüber protektionistischen Interessen behaupten müssen, die allerdings einen Darstellungsvorteil haben.

Aus dieser Sicht weniger zwingend begründen läßt sich, daß auch die Frage, "wie" in den Wirtschaftsprozeß eingegriffen wird, weitgehend einer rechtlichen Überprüfung entzogen ist. Ein Problemfeld der Außenwirtschaftspolitik liegt in dem Einsatz – wirtschaftlich gesehen – suboptimaler Maßnahmen der Protektion und den dadurch verursachten Wohlfahrtsverlusten, die sich weitgehend der individualrechtlichen Kontrolle entziehen. Die Zuständigkeit für solche Maßnahmen haben und durften die Parlamente der Exekutive übertragen. Aus der hier gewählten Perspektive fällt auf, daß das Verfassungsrecht für die – wirtschaftlich gesehen – weniger problematischen Zölle eine Delegation nicht erlaubt. Dafür gibt es aber andere einleuchtende Gründe.

⁸¹ Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, in: ders. (Hrsg.), Die Verfassung des Pluralismus, Königstein/Ts. 1980, 163–247, 202.

⁸² Kinder (Anm. 9), 224 ff. Zur Rolle von Konsumentenverbänden, siehe oben, Anm. 53.

Eine weitere Problematik der Außenwirtschaftspolitik liegt darin, daß sie nach ihrer Zielsetzung eigentlich innerstaatliche bzw. binnenwirtschaftliche Zielsetzungen verfolgt. Der Außenbezug verdeckt, daß sie im Grunde binnenwirtschaftlich begünstigt und belastet und daß dafür alternativ direkt wirkende Maßnahmen der Subventionierung oder Umverteilung in Betracht kommen, die gesamtwirtschaftlich günstiger sind. Auch diese Problematik ist verfassungsrechtlich kaum zu greifen.

Ein staatspolitisches Problem kann man gerade darin sehen, daß jenseits der Reichweite des Individualrechtsschutzes und am Rande des politisch-parlamentarischen Wahrnehmungsprofils und somit bei gemindertem konstitutionellem Kontrolldruck suboptimale außenwirtschaftlich greifende Maßnahmen eingesetzt werden können und eingesetzt werden, die erhebliche Wohlstandsverluste mit sich bringen. Darin liegt der Kern des Begriffs des "constitutional failure".⁸³

III. Das GATT als "Weltwirtschaftsverfassung"

A. Grundlegende Ordnungselemente und -prinzipien des GATT

Vor dem Hintergrund dieser Ausgangslage lassen sich Inhalt und Bedeutung des GATT, insbesondere in seiner neuen Einkleidung – der WTO –, deutlich machen.

1. Eingrenzung und Rationalisierung, nicht Abschaffung staatlicher Außenhandelspolitik

Betrachtet man das GATT, so ist zunächst festzustellen, daß es die territoriale Einteilung der Wirtschaftsräume akzeptiert. Es ist damit keine internationale "Freihandelsverfassung". Die Erfinder des GATT waren realistisch und weitsichtig genug, das politische Ideal des Freihandels nicht in juristische Münze zu schlagen.⁸⁴ Darin liegt der entscheidende Unterschied zu höheren Formen der Wirtschaftsintegration – wie beispielsweise der EG –, die eine gemeinschaftliche Wirtschaftspolitik vorsehen.

Das GATT beläßt den einzelnen Staaten die Entscheidung, "ob" sie Handelsbeschränkungen einführen wollen. Das GATT enthält dement-

⁸³ Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 139 ff., 205 ff.

⁸⁴ Petersmann, ibid., 236 und Tumir, GATT Rules (Anm. 5), 6; siehe auch unten, Anm. 113.

sprechend keine Gewährleistung der Handelsfreiheit⁸⁵ und sieht auch keine Pflicht der Staaten vor, Handelsbeschränkungen abzubauen oder auch nur auf einem erreichten Liberalisierungsniveau zu halten.⁸⁶ Dies bleibt Aufgabe der Mitgliedstaaten. GATT und WTO stellen dafür lediglich ein Forum, Verfahren und Mechanismen bereit.⁸⁷ Im Rahmen dieses durch Konzessionen der Mitgliedstaaten eingegrenzten Spielraums sieht die Rechtsordnung der WTO jedoch Vorgaben für die staatliche Außenwirtschaftspolitik im Hinblick auf Art, Wirkung, materielle Vorausset-

⁸⁵ Allerdings enthält die WTO-Rechtsordnung in beschränktem Maße spezifische Freiheitstatbestände, siehe z. B. Art. V GATT: "Freiheit der Durchfuhr". Außerdem ist mit der Uruguay-Runde der Begriff des Marktzugangs "market access" in die politische und wissenschaftliche Diskussion eingeführt worden und hat z. B. in Art. XVI GATT seinen Niederschlag gefunden. Der Sache nach geht es dabei jedoch nicht um einen Freiheitstatbestand, sondern um diskriminierungsfreie Marktöffnung, siehe dazu unten, bei Anm. 91 ff. Es gibt auch im allgemeinen Völkerrecht keinen Rechtssatz, der allgemein die Handelsfreiheit sichern würde, siehe Rolf Stödter, *Völkerrecht und Weltwirtschaft*, ZaöRV 13 (1950/51), 67–97 (70); Ludwig Gramlich, *Außenwirtschaftsrecht*, Köln etc. 1991, 20 f. Zur Marktfreiheit und ihrem Zusammenhang mit dem Nichtdiskriminierungsgrundsatz siehe Langer (Anm. 5), 85, 96 ff.

⁸⁶ Siehe grundsätzlich Art. XXVIII *bis* GATT und Petersmann, *Constitutional Functions* (Anm. 5), 236: "The GATT Principle of National Economic Sovereignty". Allerdings mußten Mitglieder des alten GATT Zugeständnisse im Waren- und Dienstleistungsbereich machen, um ursprüngliche Mitglieder der WTO werden zu können, siehe Art. XI.1 des WTO-Übereinkommens; Petersmann, in: FS Bernhardt (Anm. 71), 1105. Nach Art. XII des Übereinkommens ist der Beitritt zur WTO an eine Einigung über die Bedingungen des Beitritts (Abs. 1) und einen Beschluß der Ministerkonferenz mit Zweidrittelmehrheit (Abs. 2) gebunden. Während der Beitrittsverhandlungen werden regelmäßig von dem neuen Mitglied Konzessionen verlangt und in den Beitrittsbedingungen festgeschrieben. Die spätere Rücknahme oder Abänderung von Zugeständnissen ist nach Art. XXVIII GATT in den dort vorgesehenen Zeitschritten ohne weiteres zulässig. Das bereits in Art. XXVIII GATT angesprochene Recht anderer Staaten, dafür eine Kompensation zu verlangen, ist jedoch durch das Understanding on the Interpretation of Article XXVIII of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 verstärkt und prozeduralisiert worden, siehe Stoll (Anm. 2), 280 f., und Senti (Anm. 2), 312, der darin zu Recht eine wesentliche Stärkung der Zollbindung sieht. Der Abstand zu einer Freihandelsordnung bzw. Binnenmarktordnung wird insbesondere bei einem Vergleich mit Art. 12 ff. EGV deutlich.

⁸⁷ Art. XXVIII *bis* GATT lautet ("nur"): "Abs. 1: Die Vertragsparteien erkennen an, daß Zölle den Handel oft erheblich behindern; von großer Bedeutung für die Ausweitung des internationalen Handels sind daher auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen geführte Verhandlungen, die eine wesentliche Herabsetzung des allgemeinen Niveaus der Zölle ... bezwecken ... Die Vertragsparteien können daher von Zeit zu Zeit derartige Verhandlungen veranstalten. Abs. 2 b): Die Vertragsparteien erkennen an, daß der Erfolg mehrseitiger Verhandlungen im allgemeinen davon abhängen wird, daß alle Vertragsparteien, deren gegenseitiger Warenaustausch einen wesentlichen Teil ihres Gesamtaußenhandels darstellt, an diesen Verhandlungen teilnehmen", siehe auch unten, Anm. 115.

zungen und Verfahrensfragen vor, die als "konstitutionelle" Elemente verstanden werden können.

2. Rechtsbindung und "Rechtsstaatlichkeit"

Grundlegend gehört dazu, daß mit dem GATT das Weltwirtschaftssystem als rechtliche Ordnung verfaßt und an das Recht gebunden ist und daß für diese Ordnung Grundsätze der Rechtsstaatlichkeit gelten. Auf der zwischenstaatlichen Ebene kommt dies grundsätzlich in der völkerrechtlichen Verbindlichkeit und weitergehend in dem Durchsetzungsinstrumentarium der WTO, hier insbesondere dem Streitschlichtungssystem, und schließlich darin zum Ausdruck, daß die WTO-Rechtsordnung materielle Regelungen sowie internationale Institutionen und Verfahren vorsieht.⁸⁸ Damit werden der – höchst unterschiedlichen – Macht der Staaten in den handelspolitischen Beziehungen untereinander Grenzen gesetzt. Die Rechtsordnung der WTO enthält aber auch eine ganze Reihe von Vorschriften, die eine rechtsstaatliche Ausrichtung der Rechtsordnung der Mitgliedstaaten hinsichtlich der Gesetzgebung, Verwaltung und gerichtlichen Nachprüfung bezwecken und entsprechende Staatenpflichten vorsehen.⁸⁹ Außerdem enthält das GATT eine eindeutig und direkt formulierte rechtliche Bindung an die zugestandenen Zollsätze.⁹⁰

⁸⁸ Siehe ausführlich zu den im GATT angelegten Verfahren, Informations- und Notifikationspflichten und ihrer Überwachungs- und Durchführungsfunktion Thomas Jäger, Streitbeilegung und Überwachung als Mittel zur Durchführung des GATT, Basel 1991, 89–204; Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 223 f., "The GATT-Principle of Rule-oriented Policy-making" (224); siehe Benedek (Anm. 39), 41 ff.

⁸⁹ Siehe grundlegend Art. X GATT – Veröffentlichung und Anwendung von Handelsvorschriften – Abs. 1: Veröffentlichung von entsprechenden Regelungen, Abs. 2: keine Inkraftsetzung vor Veröffentlichung, Abs. 3 a: unparteiische und gerechte Anwendung, Abs. 3 b: Beibehaltung bzw. Einrichtung von Verfahren der gerichtlichen, schiedsgerichtlichen und verwaltungsgerichtlichen Überprüfung. Siehe z. B. auch das Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Art. 6 – Verfahrensbeteiligung und -rechte, Art. 12 – Veröffentlichung, Art. 13 – gerichtliche Überprüfung und die umfangreichen Vorschriften im Teil III des TRIPs-Abkommens über innerstaatliche Verfahren zur Durchsetzung des geistigen Eigentums. Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 222: "The GATT Principle of Transparent Policy-making", und 234: "The GATT Principles of 'Due Process' and Judicial Protection of Individual Rights".

⁹⁰ Art. II GATT, siehe auch unten, bei Anm. 112, 123. Nach Art. X. 2 des WTO-Übereinkommens genießt die Zollbindung nach Art. II GATT einen hervorgehobenen Status: Die Vorschrift kann nämlich nur mit Zustimmung aller Mitgliedstaaten geändert werden. Mit ihrer Bananenmarktordnung hat die EG dagegen flagrant verstoßen, siehe Hahn/Schuster, Verstoß (Anm. 3), 266 ff.

3. Nichtdiskriminierung als zentrales Ordnungsprinzip

Darauf aufbauend sieht die Rechtsordnung der WTO grundlegend ein Prinzip der Nichtdiskriminierung vor.⁹¹ Es enthält zwei Elemente: Nach Art. I: 1 GATT gilt der Grundsatz der Meistbegünstigung, der vorsieht, daß mit Blick auf die Handelsbeschränkungen einmal gewährte Vergünstigungen “unverzüglich und bedingungslos für alle gleichartigen Waren” unabhängig von ihrer Herkunft oder Zielbestimmung zugebilligt werden müssen.⁹² Sind die Waren auf den inländischen Markt gelangt, so verlangt Art. III: 4 eine Inländerbehandlung in dem Sinne, daß sie nicht schlechter als inländische Waren behandelt werden dürfen. Beide Grundsätze sind nicht etwa als Staatenpflichten oder -rechte, sondern aus der Warte der “Waren” bzw. “gleichartigen Waren” formuliert und richten sich damit potentiell unmittelbar an die an einer Handelstransaktion beteiligten Wirtschaftssubjekte sowohl auf der Export- als auch auf der Importseite.⁹³ Beide Prinzipien haben wichtige “konstitutionelle” Funktionen: Wirtschaftlich gesehen wird damit gesichert, daß die Importeure frei nach ihrem einzelwirtschaftlichen Ermessen die günstigste Bezugsquelle auswählen und damit der Wettbewerb zwischen Exporteuren aus verschiedenen Wirtschaftsgebieten auf der Grundlage marktwirtschaftlicher Regeln abläuft. Damit bleiben insoweit die Marktfunktionen mit ihrer wohlstandsmehrenden Funktion in Kraft.⁹⁴ Zugleich ist das Meistbegünstigungsprinzip freiheitssichernd: Die Entscheidung, aus welchem Land Waren oder Dienstleistungen importiert werden, bleibt Sache allein der ein-

⁹¹ Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 226: “The GATT Principles of Non-discriminatory Market Access”.

⁹² Das Meistbegünstigungsprinzip findet sich auch in Art. II:1 GATS und Art. 4 des TRIPs-Abkommens. Diese Vorschriften und die des Art. I:1 GATT sind – zusammen mit dem soeben erwähnten Art. II GATT (Anm. 90) – gegen Änderungen nach Art. X. 2 des WTO-Übereinkommens besonders geschützt. Siehe zum Meistbegünstigungsprinzip allgemein: Tumliir, GATT Rules (Anm. 5), 6 ff.; Jackson/Davey/Sykes (Anm. 2), 436 ff.; Markus Bröckamp, Meistbegünstigung und Gegenseitigkeit im GATT, Köln etc. 1990; Langer (Anm. 5), 107 ff.

⁹³ Der EuGH hat deshalb in Rs. 70/87 – *Fediol III* – Slg. 1989, 1825 ausgesprochen, daß Art. III GATT ausreichend bestimmt sei, um darauf eine Verweisung des sekundären Gemeinschaftsrechts zu stützen, siehe Meng (Anm. 3), 1078. Im übrigen ist Art. 95 EGV Art. III (2) GATT nachempfunden, siehe Rolf Wägenbauer, Vorbemerkung zu Art. 95 EGV, in: Grabitz/Hilf (Anm. 16), Rn. 5; Gramlich (Anm. 85), 128; Brand (Anm. 77), 26.

⁹⁴ Tumliir, GATT Rules (Anm. 5), 8: “From the economic viewpoint, the MFN principle ensures that each country accepting it will satisfy its total import needs at the lowest cost.”

zelen Wirtschaftssubjekte; für diskretionäre Entscheidungen der Administration ist kein Raum.⁹⁵

Auf der anderen Seite spielt das Meistbegünstigungsprinzip eine Rolle auch für das zwischenstaatliche Verhältnis auf der Ebene der Welthandelsordnung: Wie gesagt, verpflichtet das GATT selbst die Staaten nicht, sich dem freien Handel zu öffnen. Es bietet aber Verfahren und Mechanismen, auf deren Grundlage die Staaten auf der Basis gegenseitiger Zugeständnisse solche Verpflichtungen eingehen können.⁹⁶ Dabei spielt das Meistbegünstigungsprinzip eine grundlegende Rolle. Es sichert zunächst den Wert eines Zugeständnisses im Gegenseitigkeitsverhältnis dadurch, daß es ausschließt, daß der andere Teil nachfolgend einem anderen Staat isoliert noch weiter entgegenkommt und damit die "Gegenleistung" für die Konzession entwertet.⁹⁷ Daneben gewährleistet es die Überschaubarkeit des Welthandelssystems, das sonst in eine unübersehbare Anzahl unterschiedlicher bilateraler Handelsabsprachen zerfallen würde.⁹⁸ Es führt weiter zu einer Verdoppelung bzw. Multiplizierung der Liberalisierungseffekte, die – einmal von einem Staat zugestanden –, allen anderen Staaten zugute kommen.⁹⁹ Zugleich ist damit gewährleistet, daß alle Staaten jeweils ohne weiteres an dem aktuellen Stand der Entwicklung des Welthandelssystems partizipieren. Schließlich hat das Meistbegünstigungsprinzip die Wirkung, daß Machtunterschiede zwischen den Staaten sich weniger stark auswirken.¹⁰⁰ Über die Meistbegünstigung kommen Zugeständnisse auch kleineren Staaten und "Newcomern" zugute.¹⁰¹

⁹⁵ *Ibid.*, vgl. oben, bei Anm. 43, 66; Roessler (Anm. 5), 55; vgl. Jackson/Davey/Sykes (Anm. 2), 437.

⁹⁶ Siehe soeben oben, bei Anm. 87, unten bei Anm. 115. Zum Verhältnis zwischen Gegenseitigkeit und Meistbegünstigung siehe im einzelnen unten, bei Anm. 172; Langer (Anm. 5), 109 ff.; Brößkamp (Anm. 92) und Robert E. Hudec, Tiger, Tiger in the House: A Critical Appraisal of the Case against Discriminatory Trade Measures, in: Petersmann/Hilf (Anm. 2), 165–12; Hoekman/Kostecki (Anm. 2), 27 ff.

⁹⁷ Tumlir, GATT Rules (Anm. 5), 8 f.; Brößkamp (Anm. 92), 28: "Begünstigungssperreneffekt".

⁹⁸ Nach Petersmann, in: FS Bernhardt (Anm. 71), 1106 müßten fast 7000 Verträge geschlossen werden, wenn man die Ergebnisse der Uruguay-Runde auf bilateralem Wege regeln wollte. Siehe auch Langer (Anm. 5), 111.

⁹⁹ Langer, *ibid.*, 109 ff.

¹⁰⁰ Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 229; Langer (Anm. 5), 112 f.

¹⁰¹ Tumlir, GATT Rules (Anm. 5), 9. Es ist nicht zu übersehen, daß mit der Meistbegünstigung ein *free-rider*-Problem verbunden ist und deswegen ein Spannungsverhältnis zu dem Reziprozitätsverlangen der Staaten besteht, siehe dazu oben, Anm. 96 und unten bei Anm. 172; Benedek (Anm. 39), 438 ff. Gerade die EU hat sich deswegen während der Uruguay-Runde für eine Relativierung des Prinzips insbesondere im Hinblick auf die Safeguards-Regelung nach Art. XIX GATT stark gemacht, Hindley (Anm. 51), 371. Ein Teil

Der Grundsatz der Inländerbehandlung hat ebenfalls eine über das Verbot der Schlechterstellung im Einzelfall weit herausragende Funktion in der Weltwirtschaftsordnung:¹⁰² Er gebietet nämlich sozusagen eine Entnationalisierung der internen Märkte der Staaten, indem er dort die Schlechterstellung von Waren und Dienstleistungen wegen ihres ausländischen Ursprungs verbietet.¹⁰³ Als Einfallstor für eine Handelsbeschränkung läßt er nur den Grenzübergang zu und trägt damit zur Transparenz von Handelsbeschränkungen bei.

4. *Tarifierung als Ausdruck eines spezifischen Verhältnismäßigkeitsgebotes*

Daneben enthält das GATT materielle und verfahrensmäßige Vorgaben für einzelne Handelsbeschränkungen. An erster Stelle sieht es ein grundsätzliches Verbot mengenmäßiger Beschränkungen und umgekehrt eine Präferenz für Zölle vor. Dies ergibt sich grundlegend aus dem insofern eindeutig und abschließend formulierten Art. XI GATT, findet sich aber daneben durchgehend in der Rechtsordnung der WTO.¹⁰⁴ Im Sinne einer Tarifierung von Handelshemmnissen hat diese Präferenz für Zölle stets auch als verhandlungsleitendes, politisches Strukturkonzept für weitere Handelsliberalisierungen Beachtung gefunden.¹⁰⁵ Auch dieses grundsätzliche Verbot mengenmäßiger Beschränkungen hat verschiedene Bedeutungen. Zunächst wird damit der wirtschaftlichen Erkenntnis Rechnung getragen, daß Zölle effektiver als Kontingente wirken, weniger soziale Kosten verursachen und damit die Allgemeinheit weniger stark belasten. Aus "konstitutioneller" Sicht kann man dies als Ausdruck eines besonderen Verhältnismäßigkeitsgebotes verstehen.¹⁰⁶ Es hat besondere Bedeutung für die nationalen Verfassungssysteme, weil diese – wie ausge-

der Problematik wird über das Erfordernis der Abgabe von Konzessionen für die Erlangung der ursprünglichen Mitgliedschaft in der WTO bzw. bei Beitritt abgefangen, siehe oben, Anm. 86. Darüber hinaus gehört die Meistbegünstigung wegen der eben geschilderten Funktionen zum Fundament der Welthandelsordnung, siehe auch oben Anm. 92.

¹⁰² Siehe Jackson/Davey/Sykes (Anm. 2), 501 ff.

¹⁰³ Langer (Anm. 5), 118.

¹⁰⁴ Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 230 ff.

¹⁰⁵ Der mit der Uruguay-Runde unternommene Versuch, kritische Teilbereiche des Welthandels wieder stärker der Kontrolle der Welthandelsordnung zu unterwerfen, greift in vielfältiger Form auf das Instrument der Tarifierung nicht-tarifärer Handelshemmnisse zurück: siehe Stoll (Anm. 2), 279 (tropische Produkte), 286 (Landwirtschaft), 290 f. (Textilien).

¹⁰⁶ Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 230: "The GATT Principle of the Use of Uniform and Proportionate Policy Instruments".

führt – gerade an diesem Punkt eine Schwachstelle aufweisen.¹⁰⁷ Für das einzelne Wirtschaftssubjekt ergibt sich aus dem grundsätzlichen Verbot mengenmäßiger Beschränkungen, daß zwar lenkende Einflüsse über Zölle hingenommen werden müssen, die sich über den Preis auswirken. Ausgeschlossen werden aber direkte staatliche Vorgaben im Hinblick auf die Menge und eine administrative Verteilung der Quoten. Für die internationale Handelsordnung legt das Gebot der Tarifierung die Grundlage für die Durchschaubarkeit, Berechenbarkeit und Verhandelbarkeit von Handelsbeschränkungen.

5. *„Besonderes Außenhandelsrecht“ als rechtssichernde Konkretisierung*

Daneben enthält die Rechtsordnung der WTO oft bis in die technischen Einzelheiten hinein reichendes materielles und prozedurales „besonderes“ internationales Außenhandelsrecht, das insgesamt sicherstellen soll, daß der Handel mit Gütern und Dienstleistungen zwischen Staaten mit unterschiedlichen Interessen und Wertpräferenzen möglichst wenig durch solche Einflüsse behindert wird. Dazu gehören im wesentlichen Regeln, die es den Staaten erlauben, sich mit Blick auf kritische wirtschaftliche Situationen von ihren übernommenen Verpflichtungen beschränkt loszusagen.¹⁰⁸ Außerdem gehören dazu Mechanismen, die es den Staaten erlauben, sich mit Straf- bzw. Ausgleichszöllen gegen die als schädlich verstandenen Auswirkungen eines Verhaltens von Privaten (Dumping) und Staaten (Subventionen) zu wenden, das als wettbewerbswidrig gilt.¹⁰⁹ Die „konstitutionelle“ Funktion dieser Rechtsregeln liegt darin, daß sie überwiegend als Interpretationen allgemeiner Grundsätze entstanden und zu verstehen sind. Mit dieser Konkretisierung schaffen sie – auch unter Einbindung von Verfahrenselementen – Rechtssicherheit und tragen damit zur Wirksamkeit und Stabilität der Rechtsordnung bei.¹¹⁰

¹⁰⁷ Siehe oben, bei Anm. 40 ff., 54 f. Andrich (Anm. 11), 238, spricht mit Blick auf die erforderliche demokratische Legitimation von Zöllen als Teil der Budgethoheit im innerstaatlichen Verfassungsrecht, siehe oben, bei Anm. 63, weitergehend von einer „... besondere[n] demokratiepolitische[n] Bedeutung ...“.

¹⁰⁸ Dazu gehören wesentlich die WTO-Übereinkommen über Zahlungsbilanzschwierigkeiten („Understanding on the Balance-of-Payments Provisions of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994“), über Ausnahmeregelungen („Understanding in Respect of the Waivers of Obligations under the General Agreement on Tariffs and Trade 1994“) und Sicherungsmaßnahmen („Agreement on Safeguards“), siehe Stoll (Anm. 2), 292 ff.

¹⁰⁹ Siehe oben, Anm. 76.

¹¹⁰ Benedek (Anm. 39), 77 f.; Petersmann, in: FS Bernhardt (Anm. 71), 1094 ff.

B. Das Verhältnis der WTO-Rechtsordnung zu den "Außenwirtschaftsverfassungen"

Der vorstehende grobe Grundriß der Struktur und der Funktionen der Rechtsordnung der WTO und insbesondere des GATT zeigt, daß dieser eine "konstitutionelle" Funktion zukommt. Es stellt sich damit die Frage, wie das Verhältnis zu den nationalen "Außenwirtschaftsverfassungen" ausgestaltet ist. Dieses Verhältnis ist schon deswegen komplex, weil – wie dargestellt – die Vorschriften der WTO-Rechtsordnung unterschiedlich abgefaßt sind und nach ihrem Gegenstand deutlich den innerstaatlichen Bereich und zum Teil weitergehend sogar über die "Waren" auch die einzelnen Wirtschaftssubjekte ansprechen.

Betrachtet man zunächst die Inhalte, so ist festzustellen, daß die WTO-Rechtsordnung mit dem Meistbegünstigungsprinzip, der Inländerbehandlung und dem Verbot mengenmäßiger Beschränkungen Grundsätze enthält, die die Handelsfreiheit stützen, aber auf nationaler Ebene gar nicht oder nur rudimentär angelegt sind.¹¹¹ Diese Grundsätze sind im GATT so abgefaßt, daß sie nach ihrem Wortlaut durchaus so verstanden werden können, daß sie das einzelne Wirtschaftssubjekt direkt berechtigen.¹¹² Daneben enthält die Rechtsordnung der WTO in großem Umfang das oben angesprochene "besondere" internationale Handelsrecht, das übrigens zum Teil aus kontroversen Diskussionen nationaler Regelungen in den Gremien des GATT entstanden ist und die Eingriffe in Außenhandels-transaktionen eingrenzt und an internationale und nationale Verfahren bindet. Man kann damit – inhaltlich gesehen – von einer Ergänzung sprechen, die die nationalen Außenhandelsverfassungen durch die WTO erfährt.¹¹³

Institutionell und verfahrensmäßig stellt das GATT zunächst ein Forum und Mechanismen bereit, mit denen Staaten erfolgreich veranlaßt worden sind, eine deutliche Liberalisierung zuzugestehen.¹¹⁴ Daneben übt

¹¹¹ Andrich (Anm. 11), 68;

¹¹² Siehe oben, bei Anm. 90, 93, 104, und unten, 123.

¹¹³ "It has to be accepted that the ultimate political authority remains vested in sovereign states. Consequently, the international economic order is essentially a reflection of national constitutional control. ... It is also apparent that, under certain conditions, the structure of international commitments which governments undertake in order to provide a stable framework for economic transaction between countries, can reinforce the constitutional protection of property rights within each. The international economic order can be seen as the second line of national constitutional entrenchment ... ", Jan Tumlir, *International Economic Order and Democratic Constitutionalism*, ORDO 34 (1983), 71–83 (80) (Hervorhebung hinzugefügt).

¹¹⁴ Siehe oben, Anm. 83 und nächste Anm. 115.

die WTO mit ihren Organen und Verfahren – nicht zuletzt dem Streitbeilegungsverfahren – einen disziplinierenden “konstitutionellen” Kontrolldruck aus.

Diese kurze Beschreibung zeigt bereits, daß das Verhältnis zwischen der in der WTO verfaßten internationalen Handelsordnung und den nationalen Wirtschaftsverfassungssystemen eng ist. Die oft verwendete Kennzeichnung, das GATT diene als Referenz in der nationalen politischen Diskussion, mit der die staatlichen Instanzen protektionistischen Druck abwehren könnten,¹¹⁵ erscheint insoweit als ergänzungsbedürftig. Zunächst ist demgegenüber festzuhalten, daß das Verhältnis zwischen WTO und Mitgliedstaaten weitgehend auf völkerrechtlicher Bindung beruht und nicht nur politischen Referenzcharakter hat. Man wird aber darüber hinaus gerade wegen der eingangs hervorgehobenen, in den nationalen Verfassungsraum hineinreichenden Gebote weitergehend von einer konstitutionellen Ergänzung der nationalen Verfassungssysteme und von einer konstitutionellen Außenstabilisierung sprechen können.

Diese Funktion der WTO-Rechtsordnung im allgemeinen und des GATT im besonderen ist keineswegs ein “Abfallprodukt” oder ein Neben Zweck, sondern vielmehr Ausdruck der Überzeugung, daß eine internationale zwischenstaatliche Handelsordnung nur funktionieren kann, wenn die Einzelstaaten in ihrem außenhandelspolitischen Verhalten ein Mindestmaß an Rationalität und Sachgerechtigkeit gewährleisten.¹¹⁶

¹¹⁵ Zu dieser oft mit dem Begriff der “domestic policy function” des GATT verbundenen These: Hauser (Anm. 39), *passim*; Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 218 ff.; Benedek (Anm. 39), 84 ff.; Langer (Anm. 5), 70 ff. Diese “politische” Referenzfunktion beschreibt weniger die bestehende Welthandelsordnung, die ja nicht als politischer Appell, sondern als rechtliche Bindung wirkt. Vielmehr verweist diese Funktion auf einen Mechanismus, der das Entstehen und die periodische Erweiterung bzw. Wiederbestärkung der Welthandelsordnung ermöglicht: Internationale Verhandlungen über Handelsliberalisierung werden nämlich von den exportorientierten Wirtschaftssektoren initiiert bzw. unterstützt. Wollen die Regierungen diese Export- bzw. Marktzugangsinteressen gegenüber anderen Staaten durchsetzen, so müssen sie im Gegenzug selbst eine Liberalisierung der Einfuhren zugestehen. In der innerstaatlichen außenhandelspolitischen Diskussion ist dann das Interesse einzelner nationaler Wirtschaftszweige an einem Importschutz mit den Interessen der exportorientierten Branchen an Marktzugang im Ausland konfrontiert. Dadurch verschiebt sich das “binnenpolitische Gleichgewicht”, mit der Folge, daß der Vorteil, der den Schutzinteressen tendenziell zukommt – siehe oben, bei Anm. 39, 75 – relativiert wird, siehe: Hauser (Anm. 7), 87 f.; Hoekman/Kostecki (Anm. 2), 56 ff.

¹¹⁶ Grundlegend heißt es bei Tumlrir: “domestically unconstrained, or inadequately constrained executives cannot maintain an international regime for long ...”, zit. nach Hauser/Moser/Planta/Schmid (Anm. 5), 228, und “[a]n international economic order based on policy rules negotiated and contractually accepted by governments is disintegrating”, Tumlrir (Anm. 113), 71–83 (82). Der Wirkungsmechanismus des GATT liegt

Rechtlich gesehen spiegelt sich dieses Mindestmaß an Rationalität und Sachgerechtigkeit bei weiterhin zulässiger Einschränkung der Handelsfreiheit darin wider, daß die staatlichen Eingriffe nach ihrer Art so zu gestalten sind, daß der Eingriff in Freiheit und Marktprozeß auf das notwendige Minimum beschränkt wird, nicht diskriminieren darf und in internationalen und nationalen Verfahren verantwortet werden muß.¹¹⁷ Wegen dieser Wechselwirkung der nationalen und internationalen Handelsordnung ist die Kennzeichnung "konstitutionelle Verschränkung" angebracht.

IV. Rechtliche Wirksamkeit der internationalen Handelsordnung

Die Bedeutung, die das GATT als "konstitutioneller" Kern der internationalen Handelsordnung innehat, legt die Frage nahe, wie es mit ihrer rechtlichen Wirksamkeit bestellt ist. Dabei sind zwei zusammenhängende Aspekte, nämlich einerseits die Reichweite der Rechtsbindung des GATT und andererseits seine Durchsetzung angesprochen. Aus beiden Aspekten ergibt sich die Stabilität der Rechtsordnung der WTO.

A. Die innerstaatliche Geltung des GATT

Die "konstitutionelle", mit dem nationalen wirtschaftsverfassungsrechtlichen Rahmen verschränkte Funktion des GATT und insbesondere

also gerade darin, daß es Handelsbeschränkungen als "internationalen Umweg" (vgl. oben Anm. 115) zur Lösung im Grunde binnenwirtschaftlicher Probleme mit klaren binnenwirtschaftlichen Wirkungen (siehe oben, bei Anm. 71) erkennt und deswegen: "... in erster Linie verfassungsähnliche Funktionen für ... rechtsstaatliche Beschränkung der diskretionären 'Außenwirtschaftsgewalt' der modernen, interventionistischen Wohlfahrtsstaaten" hat, Petersmann, Handelspolitik als Verfassungsproblem (Anm. 5), 243. Daraus ist gefolgert worden, daß dann, wenn die Staaten eine gefestigte nationale Freiheitsordnung für den Außenhandel hätten, auf die Institutionalisierung einer Welthandelsordnung verzichtet werden könnte. Sie würde spontan und von selbst entstehen, Hauser (Anm. 7), 85. An diesem Punkt setzen auch Überlegungen zur Konstruktion einer Welthandelsverfassung als "internationale Privatrechtsordnung" an, siehe Willgerodt (Anm. 36), 421 ff.; Schmidt-Trenz (Anm. 36), 298.

¹¹⁷ Nach Tumlir können nationale Zielsetzungen in einer internationalen Handelsordnung durchaus verfolgt werden, sind aber regelgebunden: "A national objective which could not be attained except through an infringement of these rules could not be considered legitimate. But the international order does not prescribe or proscribe national goals. ... There are ways of going about national objectives which are at the same time efficient and proof against protest from abroad. The international order cannot be deemed costly because it constraints countries to use politics which are first-best even from the national viewpoint", zit. nach Hauser/Moser/Planta/Schmid (Anm. 5), 228.

seine auf die innerstaatliche Rechtsordnung bzw. den einzelnen Marktteilnehmer bezogenen Aussagen legen die Frage nahe, wie die Rechtsordnung des GATT innerstaatlich wirkt. Diese unter dem Gesichtspunkt der unmittelbaren Anwendbarkeit, insbesondere mit Blick auf das europäische Recht, kontrovers diskutierte Frage bedarf einer differenzierten Betrachtung nach einzelnen Rechtsbereichen und den unterschiedlichen Möglichkeiten, mit denen völkerrechtliche Normen innerstaatlich Geltung erlangen können. Dabei ist zunächst darauf hinzuweisen, daß mit dem WTO-Übereinkommen die "Grandfather Clause" der alten GATT-Rechtsordnung entfallen ist und nunmehr Art. XVI Abs. 4 des WTO-Übereinkommens¹¹⁸ ganz allgemein eine Verpflichtung der Staaten begründet, die Übereinstimmung ihrer Gesetze, Verordnungen und Verwaltungsverfahren mit den von ihnen in den Übereinkommen übernommenen Pflichten sicherzustellen.

1. Unproblematische Umsetzung des "besonderen internationalen Handelsrechts" der WTO

Betrachtet man zunächst die oben als besonderes internationales Handelsrecht gekennzeichneten Rechtssätze der Rechtsordnung der WTO, so ist festzustellen, daß sie überwiegend unstreitig der Umsetzung bedürfen und, soweit ersichtlich, auch umgesetzt worden sind, was nicht ausschließt, daß es im Einzelfall fraglich ist, ob dies richtig und vollständig geschehen ist. Es sei nur am Rande vermerkt, daß in diesen Bereichen der Europäische Gerichtshof schon seit langem die Vorschriften des GATT und seiner Nebenabkommen heranzieht, um die entsprechenden Vorschriften der Union auszulegen und ihre Rechtmäßigkeit zu überprüfen.¹¹⁹

¹¹⁸ Die Vorschrift lautet: "4. Each Member shall ensure the conformity of its laws, regulations and administrative procedures with its obligations as provided in the annexed Agreements." Zum Wegfall der Grandfather-Clause, siehe Stoll (Anm. 2), 266.

¹¹⁹ Siehe zum Beispiel EuGH Rs. 187/85 – *Fediol II* – Slg. 1988, 4155 (4188); verb. Rs. 277 und 300/87 – *Canon/Rat*, Slg. 1988, 5731 (5806); Rs. 70/87 – *Fediol III*, Slg. 1989, 1781; verb. Rs. C-133/87 und C-150/87 – *Nashua/Kommission u. Rat*, Slg. 1990, I 719 (779); Rs. C-189/88 – *Cartorobica/Ministero delle finanze dello Stato*, Slg. 1990, I 1269 (1297); Rs. C-69/89 – *Nakajima*, Slg. 1991, 2069. Zur dogmatischen Einordnung: Michael Lux, Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Antidumpingrecht, RIW 37 (1991), 828–843 (829); Joachim Bast/Andrea Schmidt, Das GATT-Streitschlichtungsverfahren, RIW 1991, 929 – 934 (933); Astrid Becker-Çelik, Ist die Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit der GATT-Vorschriften durch den EuGH heute noch gerechtfertigt?, EWS 8 (1997), 12–16 (13); Kinder (Anm. 9), 158 ff. siehe auch Ernst-Ulrich Petersmann, Art. 234 in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 24), Rn. 22 ff. Im

Umgekehrt sind einige Teile des mit der Uruguay-Runde neu geschaffenen Rechts, insbesondere Vorschriften des TRIPs-Abkommens von einzelnen Regierungen für unmittelbar anwendbar befunden worden.¹²⁰ Größere Bedeutung kommt dem allerdings nicht zu, weil jedenfalls die Industrieländer schon seit langem über entsprechendes oder sogar weitergehendes Recht verfügen. Insgesamt kann man damit sagen, daß das besondere internationale Außenhandelsrecht der WTO überwiegend kraft Umsetzung, in Einzelfällen aber auch als unmittelbar anwendbares Recht in den Mitgliedstaaten gilt.

2. Keine innerstaatliche Geltung des "konstitutionellen Kerns"

Anders verhält es sich mit den Vorschriften des alten bzw. des neuen GATT selbst. Mittelbar haben sie zwar mit dem soeben betrachteten "besonderen" Recht der WTO Eingang in das nationale Recht gefunden, soweit Teile dieses Rechts als abschließende Konkretisierung bzw. Interpretation solcher allgemeinen GATT-Bestimmungen aufgefaßt werden können.¹²¹ Für einige Vorschriften, so unter anderem das Gebot der Meistbegünstigung, der Inländerbehandlung, des grundsätzlichen Verbots mengenmäßiger Beschränkungen und der Zollbindung, die nach dem oben Gesagten als "Kern" der "konstitutionellen Funktion" des GATT angesehen werden müssen, gilt dies jedoch nicht. Ihre Gebote sind zwar durchgängig auch in den "besonderen" Regelungen der Rechtsordnung der WTO berücksichtigt und haben mit diesen in ganz beschränktem Umfang auch Eingang in das nationale Recht gefunden. Damit wird ihren ganz allgemein formulierten Aussagen jedoch natürlich nicht erschöpfend Rechnung getragen. Eine Umsetzung dieser allgemeinen "konstitutionellen" Regelungen des GATT hat, soweit ersichtlich, kein Staat vorgenommen.¹²²

Hinblick auf die Beurteilung und Handhabung von Ausgleichszöllen gelten aber wohl in der Schweiz die Antidumping- bzw. Subventionsregeln des GATT bzw. der WTO als unmittelbar anwendbar, Andrich (Anm. 11), 74.

¹²⁰ In der Denkschrift der Bundesregierung zum WTO-Übereinkommen heißt es: "Zur Umsetzung der völkerrechtlichen Verpflichtungen sind daher Änderungen des innerstaatlichen deutschen Rechts nur in geringem Umfang erforderlich; zudem ist ein Teil der Vertragsbestimmungen, jedenfalls aus dem Übereinkommen über die handelsbezogenen Aspekte des geistigen Eigentums, innerstaatlich unmittelbar anwendbar", BT-Drs. 12/7655 (neu), 337, siehe dazu Meng (Anm. 3), 1079.

¹²¹ Siehe dazu oben, bei Anm. 108.

¹²² Zur zeitweiligen innerstaatlichen Geltung von GATT-Grundsätzen in den USA kraft Proklamation des Präsidenten, siehe Anm. 124. Für Deutschland, vgl. oben, Anm. 120. Für

Es kommt aber grundsätzlich eine innerstaatliche Geltung der soeben genannten Regeln des GATT kraft unmittelbarer Anwendung in Betracht, weil sie nach verbreiteter Ansicht eine hinreichende Regelungsdichte aufweisen, so daß kein konkretisierender einzelstaatlicher Gesetzgebungsakt erforderlich erscheint.¹²³ In der Tat sind in den USA und in Italien vorübergehend Regeln des GATT als innerstaatlich geltendes Recht angesehen und von Gerichten angewandt worden.¹²⁴ Eine solche unmittelbare innerstaatliche Anwendbarkeit wird auch nicht von dem oben erwähnten Art. XVI Abs. 4 des WTO-Übereinkommens ausgeschlossen. Die Vorschrift verpflichtet die Staaten sicherlich dazu, entgegenstehendes Recht

Japan s. Iwasawa (Anm. 29), 314. Vorsichtig erwogen hat dies Marco C.E.J. Bronckers, A Legal Analysis of Protectionist Measures Affecting Japanese Imports into the European Community – Revisited, in: E.L.M. Völker (Hrsg.), Protectionism and the European Community, 2. Aufl., Deventer 1986, 57–120 (109), der zu Recht darauf hinweist, daß die allgemeine Feststellung, daß das GATT die Gemeinschaft binde, kaum Wirkungen habe.

¹²³ Im einzelnen wird eine unmittelbare Anwendbarkeit für einige Bestimmungen des GATT für möglich gehalten: – Meng (Anm. 3), 1085, für Art. III und XI mit Verweis auf Urteil des EuGH in der Sache *Fediol III* (Anm. 93); Manfred Zuleeg, Die innerstaatliche Anwendbarkeit völkerrechtlicher Verträge am Beispiel des GATT und der Europäischen Sozialcharta, *ZaöRV* 35 (1975), 341–362 bezeichnet Art. I, II und III als “anwendungsfähig”; Jackson (Anm. 44), 81: “The GATT language itself was intended by negotiators to be precise enough for direct application by courts, and its phraseology is such that a US court would likely find most of the GATT clauses to be self-executing.” Andrich (Anm. 11), 73 und 74: Prüfung von Einfuhrverordnungen des Bundesrates an Normen des GATT durch die Zollrekurskommission. Im Verfahren *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3) hat Generalanwalt Gulmann (Anm. 18), Ziff. 141, ausgeführt: “Die Vorschriften des GATT sind, selbst wenn sie auch bis zu einem gewissen Grade einen ungenauen Inhalt haben, jedenfalls was den größten Teil betrifft, hinreichend klar und unbeding, so daß sie gegebenenfalls vom Gerichtshof angewandt werden können ...”.

¹²⁴ Giorgio Sacerdoti/Gabriella Venturini, GATT as a Self-Executing Treaty in the Italian Case Law, in: Ernst-Ulrich Petersmann/Günther Jaenicke, Adjudication of International Trade Disputes in International and National Economic Law, Fribourg 1992, 339–355; in den USA sind die Regelungen des GATT im Jahre 1947 durch Proklamation des Präsidenten innerstaatlich geltendes Recht geworden. Welchen Rang sie innerstaatlich eingenommen haben, ist nie umfassend gerichtlich geklärt worden. Lediglich ihr Vorrang gegenüber einzelstaatlichem Recht ist klar ausgeurteilt worden. Zu der Proklamation war der Präsident durch ein vorher verabschiedetes Gesetz ermächtigt, das dieses eine Mal dem Präsidenten das Recht einräumte, neben den ausgehandelten Zollsätzen auch den materiellen Regelungen des GATT per Proklamation zur Geltung zu verhelfen. In allen weiteren, jeweils aus Anlaß von GATT-Runden vorab verabschiedeten ermächtigenden Gesetzen hat sich der Kongreß die Umsetzung der materiellen Regelung in Form implementierender Gesetze jeweils selbst vorbehalten und gleichzeitig in den ermächtigenden bzw. den implementierenden Gesetzen eine unmittelbare Wirkung direkt ausgeschlossen. Mit den zur Umsetzung der Kennedy-Runde 1977 und nun auch der Uruguay-Runde erlassenen Gesetze ist sie ausdrücklich ausgeschlossen worden, Jackson (Anm. 44), 81 ff. mwN.

zu ändern und das WTO-Recht umzusetzen, wo dies aus einzelstaatlicher Sicht erforderlich scheint. Daß sie die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Regelungen des WTO-Rechts ausschließen sollte, wo diese nach allgemeinen Grundsätzen gegeben wäre, wird man aber wohl kaum annehmen können.¹²⁵

Eine Reihe von Staaten haben im Rahmen ihrer verfassungsrechtlichen Möglichkeiten¹²⁶ aber eine unmittelbare Anwendbarkeit der WTO-Rechtsordnung insgesamt ausgeschlossen und – nebenbei bemerkt – damit die Einschätzung bestätigt, daß zumindest einige Normen dafür durchaus in Betracht kämen. Dementsprechend gelten die vorgenannten grundlegenden Regeln des GATT eindeutig nicht in den USA und Kanada.¹²⁷

In der Europäischen Union ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit der WTO-Rechtsordnung schwieriger zu beantworten. Für die Rechtsordnung der EU ordnet Art. 228 Abs. 7 EGV an, daß die entsprechenden Abkommen für die Organe der Gemeinschaften und für die Mitgliedstaaten verbindlich sind. Aufgrund seiner “monistischen Tradition”

¹²⁵ Dem Vernehmen nach soll die Vorschrift aber mit dieser Zielsetzung von der EU eingebracht und durchgesetzt worden sein. Sie wird aber jedenfalls nicht mehr in diesem Sinne geltend gemacht, vgl. Pieter J. Kuijper, *The Conclusion and Implementation of the Uruguay Round Results by the European Community*, EJIL 6 (1995), 222–244, der darauf nicht eingeht, aber darauf verweist, daß die Kommission vergeblich vorgeschlagen hat, bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunden der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten eine entsprechende Erklärung abzugeben, s.u. Anm. 131. Es ist durchaus möglich, in einem völkerrechtlichen Vertrag die unmittelbare innerstaatliche Wirkung anzuordnen, oder umgekehrt verbindlich auszuschließen, Meng (Anm. 3), 1068 ff. Weder für die eine noch die andere Möglichkeit enthält der Wortlaut der Vorschrift aber genügende Anhaltspunkte. Damit spricht alles dafür, daß die Frage – wie meist, siehe Meng, *ibid.* – offengelassen und von Art. XVI Abs. 4 weder in dem einen noch dem anderen Sinne entschieden worden ist. Es sei aber darauf hingewiesen, daß sich die Schweiz während der Verhandlungen dafür einsetzte, die unmittelbare Wirkung der einzelnen Abkommen sicherzustellen bzw. ausdrücklich zu regeln, Kuijper, *ibid.*, 226.

¹²⁶ Nach dem Grundgesetz kann – sofern zuständig – der Bundesgesetzgeber nach Art. 59 Abs. 2 GG eine zur unmittelbaren Anwendung geeignete Norm für anwendbar erklären, Meng (Anm. 3), 1067; Hilf (Anm. 14), 232.

¹²⁷ USA: Section 102 (a) und (b) des Uruguay Round Agreements Act, Public Law 103–465 vom 8.12.1994, 19 USC Sec. 3501., die den Regelungen zur Umsetzung der Abkommen der Tokio-Runde entspricht, 19 U.S.C. 2504(a) and (f)); Kanada: Section 6 des kanadischen World Trade Organization Agreement Implementation Act W-11.8 vom 30.4.1996 lautet: “Prohibition of private cause of action under Agreement. No person has any cause of action and no proceedings of any kind shall be taken, without the consent of the Attorney General of Canada, to enforce or determine any right or obligation that is claimed or arises solely under or by virtue of the Agreement.”

ist damit der Umsetzungsbefehl antizipiert ergangen.¹²⁸ Der Rat hat auch die unmittelbare Anwendbarkeit nicht ausdrücklich ausgeschlossen.¹²⁹ Er hat zwar in dem Zustimmungsbeschuß zum WTO-Abkommen in Form eines Erwägungsgrundes ausgeführt, daß das "Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschließlich seiner Anhänge nicht so angelegt [ist], daß es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft und der Mitgliedsstaaten angeführt werden kann".¹³⁰ Entgegen den Vorschlägen der Kommission ist übrigens auch bei Hinterlegung der Ratifikationsurkunde keine dahin gehende Erklärung abgegeben worden.¹³¹

Es liegt deswegen in der Hand des EuGH, über die unmittelbare Anwendbarkeit zu befinden.¹³² Eine Entscheidung des Gerichtshofes zu der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Bestimmungen des nun in

¹²⁸ EuGH Rs. 87/75 – *Bresciani*, Slg. 1976, 129; Rs. 104/81 – *Kupferberg*, Slg. 1982, 3641, siehe Vedder, in: Grabitz/Hilf (Anm. 16), Art. 228, Rn. 45; Meng (Anm. 3), 1067, 1070, 1072.

¹²⁹ Ob Art. 228 Abs. 2 EGV überhaupt Raum für den Ausschluß der unmittelbaren Geltung einer Vertragsnorm im Gemeinschaftsrecht läßt, ist höchst fraglich, verneinend Meng, *ibid.*, und wohl auch Kuijper (Anm. 125), 236 f., anders wohl Christian Tomuschat, Art. 228, in: von der Groeben/Thiesing/Ehlermann (Anm. 24), Rn. 61; siehe auch Vedder, in: Grabitz/Hilf (Anm. 16), Art. 228 Rn. 48 ff.

¹³⁰ Beschluß des Rates vom 22.12.1994 über den Abschluß der Übereinkünfte im Rahmen der multilateralen Verhandlungen der Uruguay-Runde (1986–1994) im Namen der Europäischen Gemeinschaft in bezug auf die in ihre Zuständigkeiten fallenden Bereiche, Abl. EU 1994, L 336, 1, Erwägungsgrund 11. Dazu hatte die Kommission in ihrem Beschlußvorschlag – Dok. KOM (94) 143 endg. vom 15.4.1994 – ausgeführt: "Zur Begründung führte die Kommission mit Blick auf das WTO-Übereinkommen mit seinen Anhängen aus: 'Es handelt sich um Übereinkommen ... zwischen Regierungen, so daß abgeschlossen werden muß, daß natürliche oder juristische Personen des privaten Rechts sich vor den Gerichten der Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft unmittelbar auf die Bestimmungen ... berufen können'." Zu Recht hat Meng (Anm. 3), 1063 ff., die Mißdeutung der Übereinkommen als "Regierungsabkommen" kritisiert und darauf verwiesen, daß sie die eigentlichen Absichten verschleiern, die die Kommission in der Begründung nachschiebt: "... [Es] [kommt] darauf an, auszuschließen, daß die Bestimmungen ... eine direkte Wirkung haben dergestalt, daß sie von natürlichen oder juristischen Personen des privaten Rechts bei den Gerichten ihrer Länder in Anspruch genommen werden können. Bereits jetzt ist bekannt, daß die Vereinigten Staaten ebenso wie eine ganze Reihe unserer Handelspartner eine solche direkte Wirkung ausdrücklich ausschließen. Ohne einen entsprechenden ausdrücklichen Ausschluß in dem Rechtsakt ... über die Annahme ... könnte es zu einem erheblichen Ungleichgewicht bei der tatsächlichen Umsetzung der Verpflichtungen der Gemeinschaft einerseits und den genannten Drittländern andererseits kommen." Zur Frage der Einräumung der unmittelbaren Wirkung auf Gegenseitigkeit, siehe im einzelnen unten bei Anm. 173.

¹³¹ Kuijper (Anm. 125), 237.

¹³² *Ibid.*, 236.

die neue WTO aufgenommenen GATT ist noch nicht ergangen. Auf der Grundlage des GATT in seiner alten Konstruktion hat der Gerichtshof in mehreren Urteilen ausdrücklich betont, daß das GATT Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung sei. Dies muß erst recht für die Rechtsordnung der WTO gelten, der die Gemeinschaft neben den Mitgliedstaaten als ursprüngliches Mitglied angehört.¹³³ Der Gerichtshof hat aber ausgeschlossen, daß sich einzelne oder die Mitgliedstaaten auf einzelne Bestimmungen des GATT berufen können, um Gemeinschaftsakte anzugreifen.¹³⁴ Er hat dies mit Besonderheiten der Rechtsordnung des GATT, insbesondere des Streitschlichtungssystems und des Systems der Ausnahmen begründet. Da beide mit der Uruguay-Runde in zentralen Punkten neu gestaltet worden sind, kann diese Begründung nicht unverändert übernommen werden. Es ist offen, ob der EuGH bei seiner Rechtsprechung bleibt.¹³⁵ Ähnlich ist die Rechtslage in Japan¹³⁶ und der Schweiz.¹³⁷

B. Die Durchsetzung der WTO-Rechtsordnung

Die rechtliche Wirksamkeit der WTO-Rechtsordnung und insbesondere des GATT hängt davon ab, inwieweit diese Rechtsordnung durchgesetzt werden kann. Die WTO verfügt, wie auch schon in Ansätzen das GATT, über verschiedene Instrumente der Durchsetzung. Insoweit ist unter anderem auf den "Trade Policy Review Mechanism" (TPRM) zu verweisen. Grundlegende Bedeutung hat aber vor allem das Streitschlichtungssystem.

¹³³ Art. XI und XIV.1 WTO-Übereinkommen, siehe auch Becker-Çelik (Anm. 119), 13; Oppermann (Anm. 5), 922, 926 f.

¹³⁴ Zuletzt: EuGH (6. Kammer), Urteil vom 12.12.1995 – Rs. C-469/93, *Amministrazione delle finanze dello Stato gegen Chiquita Italia SpA*, EWS 7 (1996), Ziff. 25 ff. mwN, Ziff. 28; *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), Ziff. 106 ff.; siehe insgesamt: Petersmann (Anm. 119), *ibid.*

¹³⁵ So auch Meng (Anm. 3), 1084; Kuijper (Anm. 125), 237; stärker: Becker-Çelik (Anm. 119), 15: "... allein aus den bisherigen Gründen nicht mehr gerechtfertigt ..."

¹³⁶ Siehe zur innerstaatlichen Geltung völkerrechtlicher Verträge in Japan nach Art. 98 Abs. 2 der Verfassung Iwasawa (Anm. 29), 309 ff. Danach obliegt es in Japan den Gerichten zu entscheiden, ob sie Bestimmungen völkerrechtlicher Verträge eine unmittelbare Wirkung beimessen wollen ("direct applicability", 315). In dem *Kyoto Necktie-Fall* haben der Kyoto District Court, der Osaka High Court und schließlich der Supreme Court eine unmittelbare Wirkung des GATT abgelehnt, 320 ff.

¹³⁷ Andrich (Anm. 11), 73, siehe auch oben Anm. 123 zur Anwendung des GATT durch die Zollrekurskommission.

1. Das Streitschlichtungsverfahren und seine gerichtsförmige Ausgestaltung durch die Uruguay-Runde

Das Streitschlichtungssystem des GATT kann, worauf vielfach hingewiesen wird, im Maßstab des internationalen Wirtschaftsrechts als überaus erfolgreich gelten.¹³⁸ Es sieht auf Antrag eines betroffenen Staates die Befassung von Sachverständigenausschüssen (Panels) mit dem Streitfall vor. Es erlaubt, nach einer Reihe von Zwischenschritten, daß der betroffene Staat zur Durchsetzung einer Entscheidung des Streitschlichtungsmechanismus Handelssanktionen anwendet. Mit der Uruguay-Runde ist das Verfahren neu und im Sinne eines gerichtsförmigen Verfahrens ausgestaltet worden. Grundlegend kommt dies in der Änderung der Regeln über das rechtliche Wirksamwerden der Berichte der Panels bzw. der Entscheidungen der neu geschaffenen Berufungsinstanz zum Ausdruck. Sie bedurften nach altem Recht der Annahme im Konsens unter Einschluß der Streitparteien. Dieser Vorbehalt der politischen Letztentscheidung, der gerade auch dem unterlegenen Staat ein politisches Veto ermöglichte, von dem beispielsweise auch die EU bei dem ersten Panel-Verfahren zur Bananenmarktordnung Gebrauch machte, ist praktisch ausgeschlossen.¹³⁹

¹³⁸ Siehe zum alten und neuen Streitschlichtungsverfahren: Robert E. Hudec, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem 1993; Jäger (Anm. 88), 217 ff.; Ernst-Ulrich Petersmann, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the Gatt Dispute Settlement System since 1948*, CMLR 31 (1994), 1157–1244; Stoll (Anm. 2), 267 ff.

¹³⁹ Mit Verweis auf diesen politischen Letztentscheidungsvorbehalt und die damit relativierte Rechtsdurchsetzung führten die USA erstmals mit Sect. 301 des Trade Act 1974 – 19 USC 2411 – ein besonderes Verfahren der unilateralen Durchsetzung ihrer Handelsinteressen ein. Das Verfahren, das auch eine Antragsbefugnis Privater vorsieht, ermächtigt bzw. verpflichtet letztlich zur Verhängung von Handelssanktionen, wenn eine Verletzung amerikanischer Handelsinteressen, die auch, aber nicht nur im Bruch bestehender GATT-Verpflichtungen durch einen anderen Staat liegen kann, festgestellt wird. Ausdrücklich ist vorgesehen, daß – soweit die Voraussetzungen vorliegen – die Streitschlichtungsverfahren der WTO durchgeführt werden müssen. Führen sie jedoch nicht innerhalb vorgegebener Fristen zum Erfolg, wird der Weg zu unilateralen Handelssanktionen frei. Unter dem Schlagwort “301” ist das Verfahren Gegenstand deutlicher Kritik gewesen, weil damit die USA mit dem Gewicht ihrer Stellung als Welthandelsmacht eine unilaterale Durchsetzungsinstanz geschaffen haben, siehe z. B.: Jagdish N. Bhagwati/H. T. Patrick (Hrsg.), *Aggressive Unilateralism: America’s 301 Trade Policy and the World Trading System*, London 1990. Damit wird der Ausschließlichkeitsanspruch des Durchsetzungsinstruments des Art. XXIII in Frage gestellt. Gleichzeitig blockierten die USA die dagegen eingeleiteten Panel-Verfahren und trugen damit zu einer weiteren, politisch schwerwiegenden Erosion des Verfahrens bei, Robert E. Hudec, *Dispute Settlement*, in: Jeffrey J. Schott (Hrsg.), *Completing the Uruguay Round. A Results-Oriented Approach to the GATT Trade Negotiations*, Washington D.C. 1990, 180–204, 183. Auf Bestreben gerade der Staaten mit geringem handelsdiplomatischen Machtpotential wurde in die Vereinbarung über Regeln

Nach Art. 16.4 bzw. 17.14 der Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten erfolgt die Annahme nämlich jetzt, wenn innerhalb einer bestimmten Frist die Mitglieder des neu geschaffenen, zuständigen "Dispute Settlement Body" (DSB) nicht im Konsens das Gegenteil beschließen.

2. Die Wirksamkeit des Streitschlichtungssystems als Durchsetzungsinstrument

Es ist abzusehen, daß das Streitschlichtungssystem auf der Grundlage der neuen Regelungen seine erfolgreiche Tätigkeit fortsetzen wird. Das Verfahren, die Qualität seiner Entscheidungen und die durch rigorose Vorschriften bewirkte Kürze der Verfahren werden wesentlich zu einer Stärkung der Rechtsordnung der WTO beitragen. Damit ist aber die Frage danach, ob die Durchsetzung dieser Rechtsordnung sichergestellt ist, noch nicht vollständig beantwortet. Sie muß auch berücksichtigen, welche Rechtsverletzungen gerade nicht zu einem Streitschlichtungsverfahren führen.

Das Streitschlichtungsverfahren wird auf Initiative eines Staates eingeleitet und steht in dessen politischem Ermessen. Eine institutionelle Klagemöglichkeit, mit der Organe des GATT bzw. der WTO im Gemeinschaftsinteresse ein Streitschlichtungsverfahren gegen einen bestimmten Staat anstrengen könnten, ist nicht vorgesehen. Das im gemeinsamen Interesse der Staaten am Freihandel und den damit möglichen globalen Wohlstandsgewinnen geschaffene Recht der WTO kann also nur durchgesetzt werden, wenn sich dies in der Interessenlage eines einzelnen Staates widerspiegelt, so daß sich diese veranlaßt sieht, ein Verfahren einzuleiten.¹⁴⁰

und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Dispute Settlement Undertaking, DSU) ein Art. 23 eingefügt, wonach die Mitgliedstaaten die Regeln und Verfahren des DSU befolgen (Abs. 1) und außerhalb des Streitschlichtungsverfahrens nicht eigenständig entsprechende Feststellungen treffen sollen. Allerdings haben die USA "Sect. 301" im wesentlichen unverändert beibehalten. Siehe A. Lynne Puckett/William L. Reynolds, Rules, Sanctions and Enforcement under Section 301: At Odds with the WTO?, AJIL 90 (1996), 675–689, kritisch: Palitha T. B. Kohona, Dispute Resolution under the World Trade Organization. An Overview, JWTL 28 (1994), Nr. 2, 23–47 (44), siehe auch Stoll (Anm. 2), 276 f.; Peter Backes, Die neuen Streitbeilegungsregeln der Welthandelsorganisation (WTO). Zu ihren Auswirkungen im nationalen Recht der USA, RIW 41 (1995), 916–919.

¹⁴⁰ Einen allgemeinen Rechtsdurchsetzungsanspruch in dem Sinne, daß ein Mitgliedstaat einen Verstoß von Bestimmungen der WTO rügen kann, ohne davon selbst betroffen zu sein, enthält das GATT nicht. Nach Art. XXIII GATT ist für die Einleitung des Streitschlichtungsverfahrens erforderlich, daß geltend gemacht wird, "... daß Zugeständnisse oder sonstige Vorteile, die sich mittelbar oder unmittelbar auf Grund dieses Abkommens

Daraus ergeben sich zwei Einschränkungen. Erstens schlägt bei der Frage, ob ein Verfahren eingeleitet werden soll, die politische Machtstellung der beiden möglichen Streitparteien durch.¹⁴¹ Machtunterschiede sind dabei einerseits im Verhältnis zwischen Industrie- und Entwicklungsstaaten in Rechnung zu stellen;¹⁴² insbesondere weil dort weitere Abhängigkeiten – etwa im Hinblick auf die Entwicklungszusammenarbeit – bestehen. Sie ergeben sich zum anderen aber auch aus anderen Faktoren, wie etwa der Größe des Importmarktes und der Exportabhängigkeit.

Schwerer wiegt der Fall, daß – zweitens – ein Staat kein Interesse daran hat, eine ihn berührende Rechtsverletzung zu rügen, weil er sich mit dem potentiell rechtswidrig handelnden Staat geeinigt hat.¹⁴³ Es ist kaum übertrieben, wenn man feststellt, daß mit dieser Konstellation die gesamte Rechtsordnung der WTO steht oder fällt. Es mag zunächst wenig einleuchten, weswegen die Staaten nicht von den verschiedenen Möglichkeiten Gebrauch machen, die ihnen die internationale Handelsordnung zur Verfügung stellt, um handelspolitische Spannungen durch Rücknahme von Zugeständnissen oder Einführung neuer Beschränkungen zu regeln. Der Grund dafür liegt darin, daß diese Möglichkeiten mit Verfahren vor der WTO oder ihren Organen verbunden sind, in denen andere Staaten

für sie [d. h. die betreffende Vertragspartei] ergeben, zunichte gemacht oder geschmälert werden, ... ". Dies kann aber grundsätzlich auch der Fall sein, wenn es sich um ein Arrangement zwischen zwei anderen Mitgliedstaaten handelt. Ob die initiativ werdende Streitpartei tatsächlich betroffen ist, hängt von der Ausgestaltung der angegriffenen Maßnahme ab. Allerdings spricht nach Art. 3 Abs. 8 DSU, der auf einer ständigen Praxis des GATT beruht, eine Vermutung für das Betroffensein, wenn das angegriffene Verhalten rechtswidrig ist, Eeckhout (Anm. 3), 208, 213. An die Staaten ist deshalb die Aufforderung gerichtet worden, von dieser Möglichkeit stärker Gebrauch zu machen, Trade Policies for a Better Future: The "Leutwiler Report", the GATT and the Uruguay Round, Dordrecht 1987, 15, 54 f.: "[t]hird parties should use their rights to complain when bilateral agreements break the rules"; siehe auch Pieter J. Kuijper, The Law of GATT as a Special Field of International Law, NYIL 25 (1994), 227–257 (239 ff.). Er untersucht eingehend und mit ablehnendem Ergebnis (240 f.), ob sich diese Tendenzen im Sinne der Anerkennung einer "actio popularis" verfestigt haben und führt aus, daß dies auch rechtspolitisch nicht wünschenswert wäre (*ibid.*).

¹⁴¹ In den Übersichten über anhängige Streitschlichtungsverfahren, die das WTO-Sekretariat neuerdings regelmäßig veröffentlicht, wird gesondert auch angegeben, an wie vielen Verfahren Entwicklungsländer beteiligt sind.

¹⁴² Siehe Roessler (Anm. 5), 61 f. In Art. 8 Abs. 10 DSU ist jetzt vorgesehen, daß in Streitigkeiten mit einem Industriestaat ein Entwicklungsstaat das Ersuchen stellen kann, daß mindestens ein Panel-Mitglied aus einem Entwicklungsstaat bestimmt wird.

¹⁴³ Zum Teil kamen solche "Einigungen" im Verfahren nach Sect. 301 des amerikanischen Handelsgesetzes und damit in einem außerhalb des GATT und parallel institutionalisierten, unilateralen Durchsetzungssystem mit Erkenntnis- und Feststellungsfunktion zustande, siehe oben Anm. 139.

auf ihre Rechte und Interessen aufmerksam gemacht wurden und ihre Ansprüche auf Meistbegünstigung und sonstigen Interessen berücksichtigt werden müssen.¹⁴⁴ Wesentlich, und damit zusammenhängend, entbinden aber diese Möglichkeiten nicht von der Einhaltung des Meistbegünstigungsprinzips. Insgesamt ist damit, ganz im Sinne der wesentlichen "konstitutionellen" Grundsätze der Welthandelsordnung, ausgeschlossen, daß die Staaten auf bilateralem Wege ihre Differenzen regeln. Die oben bereits erwähnten Selbstbeschränkungsabkommen repräsentieren typischerweise diesen Regelverstoß. Es ist insofern bezeichnend, daß es mit dem Streitschlichtungssystem nicht gelungen ist, dieser Praxis wirksam Einhalt zu gebieten.¹⁴⁵

Diese Konstellation hat unter dem alten GATT dazu geführt, daß neben der weithin als erfolgreich gerühmten Tätigkeit der Panels eher unbenutzt eine Erosion der Geltung der Rechtsordnung stattgefunden hat.¹⁴⁶ Sie war der eigentliche Anlaß für die Uruguay-Runde.¹⁴⁷ Zum Teil wird mit Blick auf die unvollkommene rechtliche Absicherung die Entwicklung der Welthandelsordnung allgemein als Prozeß von normativer Erosion und nachfolgender Wiederbestärkung verstanden.¹⁴⁸ Eine Reihe von materiellrechtlichen Sicherungen sollen die WTO vor diesem Schicksal bewahren. Sie bedürfen jedoch wiederum der Durchsetzung.¹⁴⁹ Insofern steht neben dem Streitschlichtungssystem mit seinen sieben aufgeführten

¹⁴⁴ Siehe oben, bei Anm. 88.

¹⁴⁵ Vgl. oben, bei Anm. 44. Zu den Versuchen, die im Rahmen der Streitschlichtung des GATT unternommen worden sind, vgl. WTO, Guide to GATT Law and Practice, Analytical Index, Genf 1995, Bd. 1, Article XIX, 515 ff. (532 f.).

¹⁴⁶ Diese Erosion des GATT beschränkt sich insofern nicht auf die kollusive Umgehung des materiellen Rechts, sondern schließt die Infragestellung der multilateralen Streitschlichtungs- und Friedensfunktion des GATT durch parallele Unilateralisierung der Streitschlichtungsverfahren ein. Meng (Anm. 3), 1084, spricht deswegen mit einigem Recht von "Selbstjustiz".

¹⁴⁷ Diese krisenhafte Entwicklung hatte zu Beginn der Uruguay-Runde einen solchen Umfang erreicht, daß weite Teile des Welthandels der Geltung des GATT entzogen waren, Stoll (Anm. 2), 245 f.

¹⁴⁸ Plastisch beschreibt Hauser (Anm. 7), 88, die Entwicklung von Konsolidierung und nachfolgender erneuter Erosion der Welthandelsordnung: "Internationale Handelsverträge ohne supranationale Durchsetzungsstruktur sind der Gefahr einer schleichenden Erosion ausgesetzt. Die Wellenbewegung periodischer Verhandlungsrunden mit zwischenzeitlichem Vertrauensverlust ist systemimmanent."

¹⁴⁹ Mit Blick auf das eindeutige Verbot von Selbstbeschränkungsabkommen nach dem Safeguards-Agreement stellt Reuter (Anm. 44), 218, Rn. 522 fest: "Ob sich die Praxis mit Rücksicht hierauf ändert, ist freilich zweifelhaft: Die dargelegten Vorteile [siehe oben, Zitat in Anm. 44] von Selbstbeschränkungsabkommen sind handfest. Wo kein Kläger ist, da ist kein Richter."

Schwächen nur der als Berichtssystem mit abschließenden Empfehlungen ausgestaltete Trade Policy Review Mechanism zur Verfügung.¹⁵⁰

3. Individualrechte zur Durchsetzung des GATT

Diese Defizite der Durchsetzung des GATT bzw. der WTO-Rechtsordnung insgesamt ließen sich, abgesehen von einer Art "Offizialklage" von Organen der WTO nur beseitigen, wenn einzelne Betroffene die Bestimmungen geltend machen könnten.¹⁵¹ Dies wäre deswegen sinnvoll, weil einzelne Wirtschaftssubjekte nicht an staatliche handelspolitische Interessen gebunden sind, sondern ihr Eigeninteresse an Handelsfreiheit verfolgen können, das in vielen Punkten mit dem gemeinschaftlichen Interesse an einem freien Welthandel übereinstimmt.¹⁵² Eine solche Geltendmachung von Bestimmungen der WTO-Rechtsordnung durch einzelne wäre auch deswegen angebracht, weil sie sich gegen den eigenen Staat richten könnte.¹⁵³ Damit wäre dem einzelnen ein Recht in die Hand gegeben, sich zur Überwindung der innerstaatlichen konstitutionellen Defizite direkt auf das GATT zu berufen.¹⁵⁴ Zum Teil wird für

¹⁵⁰ Siehe dazu Stoll (Anm. 2), 277 f.

¹⁵¹ Insoweit sind verschiedene rechtliche Gestaltungen möglich. Zunächst wäre an eine direkte Berufung auf Vorschriften der Rechtsordnung der WTO zu denken. Voraussetzung dafür wäre zunächst, daß die entsprechende Vorschrift des GATT in der innerstaatlichen Rechtsordnung unmittelbare Anwendung beanspruchen kann. Zum Teil wird darüber hinaus erwogen, ob eine zusätzliche, weitere Qualifikation der entsprechenden Rechtssätze erforderlich ist, um ihnen eine "invokability" zuzusprechen, siehe Jackson (Anm. 44), 75 f., siehe für das Gemeinschaftsrecht auch Everling (Anm. 3), 421 ff. Daneben ist es nach dem europäischen Recht nicht ausgeschlossen, Vorschriften eines internationalen Abkommens im Rahmen des Nichtigkeitsverfahrens vor dem EuGH nach Art. 173 EGV auch dann zu berücksichtigen, wenn ihnen eine unmittelbare Anwendbarkeit nicht zukommt. Darauf hat Generalanwalt Gulmann im Verfahren *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3) ausdrücklich hingewiesen, Ziff. 135. Siehe dazu auch Everling, *ibid.* Zur Bedeutung der Qualifizierung einer Norm als subjektives Recht einerseits und der Möglichkeit andererseits, daß sich einzelne auch auf "objektives Recht" berufen können, siehe Meng (Anm. 3), 1070. Eine völkerrechtskonforme Auslegung nationalen Rechts – siehe dazu Hilf (Anm. 14), 236 – reicht aber grundsätzlich nicht aus, um eine innerstaatliche Durchsetzung von Rechtssätzen der WTO sicherzustellen.

¹⁵² Roessler (Anm. 5), 62; Andrich (Anm. 11), 73: "markante Verbesserung des Grundrechtsschutzes", und: "... würde ... der schweizerischen Gesamtwirtschaft gewichtige Vorteile bringen ..."

¹⁵³ Zu den Verfahren, mit denen einzelne die Verletzung von Vorschriften der Welthandelsordnung durch ausländische Staaten geltend machen können, siehe oben, bei Anm. 77.

¹⁵⁴ Tumlrir (Anm. 113), 71–83 (81 f.), hat deswegen die unmittelbare Anwendung des GATT im innerstaatlichen Recht vorgeschlagen und sich dabei als Beispiel auch auf die Grundfreiheiten in der EG berufen. Dabei hat er auf die unterschiedlichen Strukturen und

bestimmte Bereiche ein Recht des einzelnen auf Beteiligung, wenn nicht sogar auf Einsetzung von Panels vorgeschlagen.¹⁵⁵ Näher liegt im Blick auf die "konstitutionelle" Funktion der Kernbestimmungen des GATT die Eröffnung von Durchsetzungsmöglichkeiten auf der nationalen Ebene.¹⁵⁶ Insoweit ist früher vorgeschlagen worden, im Sinne einer optionalen Übereinkunft innerhalb des GATT als "Gatt-plus"-Abkommen eine gesonderte Meistbegünstigungsregelung mit zwingender Geltung auch für das innerstaatliche Recht festzuschreiben.¹⁵⁷ Diese theoretisch

wesentlich auf das Fehlen einer dem EuGH vergleichbaren zentralen Streitschlichtungs- und Auslegungsinanz – "central judicial interpretation of treaty law", 81 – hingewiesen, das auch in der Diskussion über die unmittelbare Anwendung von Normen des GATT im Gemeinschaftsrecht eine Rolle spielt, s. unten, nach Anm. 163. Er hat daraus jedoch den umgekehrten Schluß gezogen: Wesentlich für die internationale Handelsordnung sei gerade die Möglichkeit der Geltendmachung von Normen der internationalen Handelsordnung vor nationalen Gerichten, um die staatliche Handelspolitik in ihren Schranken zu halten. Eine einheitliche Auslegung – "... essential in a community of nations aspiring to political unification through law, is not only difficult of realization but also unnecessary in a more comprehensive international order. In the latter there may be several authoritative interpretations of the agreed rules, provided they are consistent over time", 81 f.

¹⁵⁵ John H. Jackson/Jean-Victor Louis/Mitsuo Matsushita, National Constitutions and the International Economic System, in: dies., *Implementing the Tokyo Round*, 1984, 207 ff., haben auf ähnliche Mechanismen, in denen Privaten Zugang zu Streitschlichtungsverfahren auf internationaler Ebene eingeräumt wird – insbesondere auf den internationalen Menschenrechtsschutz und das Streitschlichtungsverfahren bei dem International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID) – hingewiesen. Sie haben daran anschließend die Vorstellung eines solchen Verfahrens für das GATT entwickelt (208 f.). Insoweit fordern sie als Verfahrenselemente *erstens* die Erschöpfung des nationalen Rechtswegs und *zweitens* eine der Europäischen Kommission für Menschenrechte vergleichbare Instanz der Vorprüfung. Es könne *drittens*, jedenfalls anfänglich, auf Sanktionen als mögliches Ergebnis des Verfahrens verzichtet werden. Schließlich könne *viertens* dem "beklagten" Staat ein Veto eingeräumt werden (209). Das Verfahren biete für die Staaten den Vorteil der Entpolitisierung, weil der Heimatstaat des "Klägers" sich einer Bewertung enthalten könne (209), siehe zu diesem Aspekt auch Brand (Anm. 77), 25 f.; Hilf (Anm. 77), 299.

¹⁵⁶ Jacques Steenbergen, Is there a Need for Constitutional Reforms of the Foreign Trade Law of the EEC?, in: Hilf/Petersmann (Hrsg.), *National Constitutions and International Economic Law* (Anm. 5), 563–567. Nach Hilf (Anm. 14), 239 Anm. 105, hat der Sachverständigenrat beim BMWi 1990 eine direkte Anwendung empfohlen, Brand (Anm. 77), 25 f., 29.

¹⁵⁷ Siehe Hudec (Anm. 5), 507, mit Verweis auf Tumliř; interessant ist auch der Vorschlag von Heinz Hauser, *Proposal for a Multilateral Agreement on Free Market Access (MAFMA)*, JWT 1992, 77–85, der ein zwingend direkt anwendbares Abkommen über bindende Zollsätze mit Meistbegünstigung – entsprechend Art. I und II GATT –, das Verbot mengenmäßiger Beschränkungen – Art. XI GATT – und darüber hinaus die gegenseitige Anerkennung technischer Standards, die Inländerbehandlung von Direktinvestitionen und die Nichtdiskriminierung im Hinblick auf das Kartellrecht vorsieht, 81 f.

reizvolle Konstruktion hat aber wohl kaum Aussicht auf Verwirklichung, weil die Uruguay-Runde mit einiger Berechtigung die zwingend einheitliche Geltung aller Übereinkommen in allen Mitgliedstaaten zum Prinzip erklärt und auch weitgehend durchgesetzt hat. Es kann aber kaum angenommen werden, daß den Vorschlag alle Mitgliedstaaten mittragen wollen.¹⁵⁸

V. Der EuGH und die Rechte einzelner nach der WTO

Die Frage der Durchsetzung des GATT in der internen Rechtsordnung auf Initiative Privater stellt sich daher bei realistischer Betrachtung zur Zeit aus den ausgeführten Gründen nur in der Union. Über sie muß der EuGH entscheiden, wenn er in absehbarer Zeit vor die Frage gestellt sein wird, ob er seine Rechtsprechung zum GATT in Ansehung der neu gegründeten WTO und der grundlegenden Reform der Rechtsordnung beibehalten will. Die Rechtsprechung des EuGH hat Bedeutung über den konkreten Anlaß hinaus, weil sie grundsätzliche Fragen des Verständnisses der "konstitutionellen Funktion" des GATT bzw. der WTO berührt. Dies ist insbesondere deswegen der Fall, weil der EuGH seine Entscheidung nicht auf eine Betrachtung einzelner Bestimmungen des GATT im Blick auf ihre Eignung zur unmittelbaren Anwendung, sondern auf eine Gesamtschau der Rechtsordnung des GATT gestützt hat.¹⁵⁹ Er hat dazu ausgeführt, daß "das GATT, dem nach seiner Präambel das Prinzip von Verhandlungen 'auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen' zugrundeliegt, durch die große Flexibilität seiner Bestimmungen gekennzeichnet ist, insbesondere derjenigen, die die Möglichkeit einer Abweichung, die Maßnahmen, die bei außergewöhnlichen Schwierigkeiten getroffen werden können¹⁶⁰ und die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien betreffen."¹⁶¹ Der Gerichtshof hat weiter ausgeführt, daß diese "Besonderheiten" erkennen ließen, "daß die Vor-

¹⁵⁸ Siehe aber die Schweizer Vorschläge während der Verhandlungen der Uruguay-Runde, oben, 125. Vgl. auch Benedek (Anm. 39), 372, der meint, daß Staaten weniger bereit sein könnten, sich der Welthandelsordnung und ihren Regeln zu unterwerfen, wenn diese unmittelbare Geltung beanspruchen könnten (87 mwN.). Hier sind jedoch Differenzierungen angebracht. Siehe zur möglichen entlastenden Entpolitisierung durch private Wahrnehmung von Rechten der Welthandelsordnung oben, Anm. 155.

¹⁵⁹ Meng (Anm. 3), 1077, deutet dies so, daß der Gerichtshof implizit doch einen Ausschluß der unmittelbaren Anwendbarkeit auf der Grundlage eines sich im System des GATT niederschlagenden Konsens der Parteien angenommen habe.

¹⁶⁰ EuGH, *Chiquita* (Anm. 134), Ziff. 28 mwN.

¹⁶¹ *Bananen-Urteil* Ziff. 106, EuGH, *Chiquita* (Anm. 134), 27.

schriften des GATT keinen unbedingten Charakter haben und daß die Verpflichtungen, ihnen die Bedeutung von Vorschriften des internationalen Rechts beizumessen, die in den internen Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten unmittelbar anwendbar sind, nicht auf Sinn, Aufbau und Wortlaut des Abkommens gestützt werden können.“¹⁶² Diese Argumentation ist auch schon für das “alte GATT” in einigen Punkten kritisiert worden.¹⁶³

Betrachtet man zunächst die Aussagen zum Rechtscharakter und zur Streitschlichtung, so ist damit als wesentliches “konstitutionelles” Prinzip dasjenige der Rechtsbindung angesprochen. Man wird aber dem Gerichtshof zugute halten müssen, daß er mit seinen Aussagen lange Zeit auf der Linie der Selbsteinschätzung des GATT lag, das sich – allerdings nur teilweise zutreffend – bis in die achtziger Jahre hinein als “diplomatische” und nicht “rechtliche” Ordnung verstanden hat. Er hat mit seiner Auffassung auch auf eine besondere Problematik hingewiesen, die darauf beruht, daß man mit Blick auf die große Mehrzahl völkerrechtlicher Verträge, die keine entsprechende Einrichtung enthalten, die Existenz eines Streitbeilegungsmechanismus vor diesem Hintergrund als ein “Mehr” an internationaler rechtlicher Substanz, als Ausdruck einer höheren Verfestigung der internationalen Vertragsanordnung ansehen mag. Vielleicht hat diese Einschätzung zu der Erwartung beigetragen, eine solchermaßen verfestigte Rechtsordnung müsse auch unmittelbare Anwendbarkeit beanspruchen können. Ohne auf die damit verbundenen Fragen nach den Funktionen von Gerichtsbarkeit, Streitbeilegung und Rechtsdurchsetzung näher einzugehen, läßt aber aus der Perspektive der innerstaatlichen unmittelbaren Anwendbarkeit die bisherige Gestaltung des Streitbeilegungsmechanismus Besonderheiten erkennen, die im Ergebnis für die Auffassung des Gerichtshofes sprechen. Die Entwicklung des Streitbeilegungssystems läßt den Willen der Staaten erkennen, eine einheitliche und deshalb internationale Streitbeilegungs- und Auslegungsinanz zu schaffen. Damit ist – unabhängig von der rechtlichen Regelung im einzelnen – grundsätzlich der Anspruch verbunden, daß die Tätigkeit einer solchen Instanz eine hervorgehobene Bedeutung hat und beanspruchen kann, von anderen, nationalen Instanzen gebührend berücksichtigt zu werden. Ist diese internationale Instanz aber an ein praktisch als Veto des Unterlegenen zu kenn-

¹⁶² *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), Ziff. 110. EuGH, *Chiquita* (Anm. 134), Ziff. 25.

¹⁶³ Petersmann (Anm. 119), Rn. 23 ff.; siehe ausführlich Hahn/Schuster, Verstoß (Anm. 3), 273 ff.; Becker-Çelik (Anm. 119), 15 mwN.

zeichnendes politisches Letztentscheidungsrecht gebunden, so kann man aus dem Zusammenhang dieser beiden Momente durchaus plausibel folgern, daß eine derartige Vertragsordnung sich zur unmittelbaren Anwendung durch nationale Gerichte nicht eignet.

Allerdings ist mit der Gründung der WTO auch die Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten in Kraft getreten, die neben strengen Verfahrensfristen und einer Berufungsinstanz vorsieht, daß die Berichte des Panel und der Berufungsinstanz als angenommen gelten, wenn die Mitglieder des DSB nicht im Konsens das Gegenteil ausdrücklich beschließen. Damit ist der "politische Vorbehalt" in der Streitschlichtung nicht mehr die Regel, sondern eine extreme Ausnahme.¹⁶⁴ Es kann kaum angenommen werden, daß der Gerichtshof in Ansehung dieses vorbildlichen Streitschlichtungssystems seine Argumentation in diesem Punkte aufrechterhalten will.¹⁶⁵

Ein zweiter Schwerpunkt der Argumentation des Gerichtshofs bezieht sich auf das Regel-Ausnahmeverhältnis des GATT und hat wohl auch nicht unmaßgeblich zu der Kennzeichnung beigetragen, die Vorschriften des GATT hätten keinen unbedingten Charakter.¹⁶⁶ Auch hier sind durch das WTO-Übereinkommen, besonders in der Gestalt des Safeguards-Abkommens, neue und strengere Regelungen geschaffen worden, die besondere Verfahren und materielle Einschränkungen enthalten. Sie ändern aber nichts daran, daß sich die WTO ebensowenig wie das GATT als Freihandelsordnung mit einer unbedingten und uneinschränkbareren Handelsfreiheitsgarantie versteht.¹⁶⁷ Wie das GATT, so übt auch die WTO auf die Staaten keinen Zwang zur Handelsliberalisierung aus, sondern stellt in bewährter Form ein Forum, ein Verfahren und einige materielle Mechanismen zur Verfügung, damit die Staaten selbst in rechtsverbindlicher Form auf der Basis der Gegenseitigkeit Liberalisierungsschritte unternehmen können.¹⁶⁸ Als Teil dieses Systems ist vorgesehen, daß die Staaten in prä-

¹⁶⁴ Es sei darauf hingewiesen, daß die stärker gerichtsförmige Ausrichtung des Streitschlichtungsmechanismus den USA und den Entwicklungsländern zu verdanken ist, und die EG und Japan dagegen – am Ende vergeblich – Widerstand leisteten, siehe Becker-Çelik (Anm. 119), 14 Anm. 25 mwN.; Stoll (Anm. 2), 269 f.; vgl. auch Brand (Anm. 77), 11 f.

¹⁶⁵ Meng (Anm. 3), 1083 ff.; Becker-Çelik (Anm. 119), 14 f.

¹⁶⁶ Zuletzt EuGH, *Chiquita* (Anm. 134), Ziff. 28 mwN.; *Bundesrepublik Deutschland gegen Rat* (Anm. 3), 110 – die hier in Rede stehenden Normen, siehe Anm. 123, genießen den besonderen Änderungsschutz nach Art. X.1 WTO-Übereinkommen, siehe oben, Anm. 90, 92; vgl. auch Becker-Çelik (Anm. 119), 15.

¹⁶⁷ Siehe oben, bei Anm. 84.

¹⁶⁸ Siehe oben, bei Anm. 87, 115.

zise geregelten Verfahren bei besonders definierten wirtschaftlichen Krisenlagen und dann, wenn sich im Nachhinein herausstellt, daß sie sich mit ihren Zugeständnissen übernommen haben, Konzessionen zurücknehmen und handelsbeschränkende Maßnahmen ergreifen dürfen.¹⁶⁹ Deswegen der Rechtsordnung des GATT bzw. der WTO die Eignung zur unmittelbaren Anwendbarkeit abzusprechen, geht in zweifacher Hinsicht fehl.¹⁷⁰ Erstens sind Verfahren, materielle Voraussetzungen und Handlungsformen exakt umschrieben. Die Ausnahmen sind rechtlich klar definiert und umrissen.¹⁷¹ Außerdem haben diese Ausnahmemöglichkeiten gerade eine systemstabilisierende Funktion.

Eine weitere zentrale Frage hat der Gerichtshof mit dem Hinweis auf die Gegenseitigkeit angesprochen. Insoweit ist klarzustellen, daß es nicht um ein Gegenseitigkeitsmoment bei der unmittelbaren Anwendung geht. Der Gerichtshof hat bereits im Fall *Kupferberg* entschieden, daß die Frage, ob Regelungen eines völkerrechtlichen Vertrages in der Rechtsordnung der Gemeinschaft unmittelbar angewendet werden sollen, nicht davon abhängt, ob die anderen Vertragsparteien in gleicher Weise verfahren.¹⁷² Der Gerichtshof bezieht sich mit seiner Andeutung vielmehr auf die Rolle der Gegenseitigkeit im Hinblick auf die Struktur der Rechtsordnung des GATT. Was diese Rechtsordnung selbst anbelangt, so rechtfertigt sie unter dem Gesichtspunkt der Gegenseitigkeit allerdings nicht die Charakterisierung als "flexibel" und nur bedingt bindend. Das GATT und die darauf aufbauenden Konzessionen beruhen zwar in ihrer Entstehung auf dem Moment der Reziprozität,¹⁷³ sind dieser aber danach nicht mehr unterworfen. Rechtsbindung und insbesondere das Meistbegünstigungsprinzip entkoppeln die Ordnung unter dem GATT von den Einflüssen der Gegenseitigkeit. Sie kommt in einzelnen Bestimmungen, zum Teil in dem Regel-Ausnahmeverhältnis und auch bei der Streitschlichtung¹⁷⁴ wieder zum Tragen, beeinträchtigt damit aber nicht die Rechtsgeltung des GATT.

¹⁶⁹ Siehe oben, bei Anm. 88.

¹⁷⁰ Becker-Çelik (Anm. 119), 15, argumentiert, daß der EGV ebenfalls Regelungen mit "flexiblem" Charakter enthalte und daß diese charakteristisch für das internationale Wirtschaftsrecht seien.

¹⁷¹ Siehe oben, Anm. 88.

¹⁷² EuGH, Urt. vom 26.10.1982, Rs. 104/81 – *Kupferberg* –, Slg. 1982, 3641, Ziff. 18; siehe auch Meng (Anm. 3), 1075 ff.; Kuijper (Anm. 125), 236; Becker-Çelik (Anm. 119), 16.

¹⁷³ Siehe Art. XXVIII *bis* GATT; insgesamt Petersmann, Constitutional Functions (Anm. 5), 237 ff., und ders., in: FS Bernhardt (Anm. 71), 1103 f.; Hoekman/Kostecki (Anm. 2), 66 ff.

¹⁷⁴ von Heydebrand und der Lasa (Anm. 22), 205 ff.

Der Aspekt der Gegenseitigkeit betrifft nicht nur die Frage seiner rechtlichen Einbindung innerhalb der Rechtsordnung des GATT bzw. der WTO. Er verweist in einem weiteren Sinne – was der Gerichtshof nicht ausdrücklich angesprochen hat – auch auf die Frage, ob sich das Moment der Gegenseitigkeit außerhalb dieser Ordnung wieder in Form bilateraler Arrangements Bahn bricht, wie dies in Form einseitiger Handelsanktionen und bilateraler Beschränkungsabkommen in der Vergangenheit geschehen ist und zur Erosion der Rechtsordnung des GATT geführt hat.¹⁷⁵ Selbst der Fall einer offensichtlichen und weitreichenden Erosion der Rechtsordnung läßt jedoch nicht schon ohne weiteres den Schluß zu, daß eine solche Ordnung dann an Verbindlichkeit dergestalt einbüßt, daß ihren Regeln grundsätzlich die Eignung zur unmittelbaren Anwendung abgesprochen werden muß. Es bleibt nämlich auch in diesem Fall die konstitutionelle Funktion der WTO-Rechtsordnung und ihrer selbstdisziplinierenden Verschränkung mit der nationalen Außenhandelsverfassung zu berücksichtigen. Umgekehrt ist nicht zu verkennen, daß im Extremfall einer aus ihrer rechtlichen Bindung ausbrechenden Entwicklung der Weltwirtschaftsbeziehungen ein starker politischer Druck entstehen wird, den Gemeinschaftsorganen entsprechende Möglichkeiten zuzugestehen. Allerdings trägt diese Argumentation Züge einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung: schließt man nämlich die unmittelbare Anwendung deswegen aus, so entfällt damit auch ein wichtiges, zusätzliches Durchsetzungsmoment.¹⁷⁶

Ausblick

Die national verfaßte Wirtschaftsfreiheit wird von der durch GATT bzw. WTO grundlegend verfaßten Welthandelsordnung nicht verstärkend in den Weltwirtschaftsraum hinein verlängert. Sie enthält weder eine Handelsfreiheitsgarantie noch in allgemeiner Form Liberalisierungsgebote. Den Staaten ist es unbenommen, Handelsbeschränkungen beizubehalten oder neu einzuführen. Ihnen bleibt es auch überlassen, unter Zuhilfenahme der WTO als Forum und der dort bereitgestellten Verfahren und Mechanismen auf der Basis der Gegenseitigkeit Liberalisierungen zuzugestehen. Der so gekennzeichnete Freiraum ist jedoch auf der Basis der

¹⁷⁵ Siehe oben, bei Anm. 146 f.

¹⁷⁶ Meng (Anm. 3), 1086: "Der wesentliche Beitrag des Rechts zur Erreichung einer wirtschaftlich rationalen Lösung und zur Zurückdrängung suboptimaler protektionistischer Lösungen sollte mit allen verfügbaren Mitteln wahrgenommen werden."

Rechtsbindung eingrenzend strukturiert. Außenhandelspolitik ist in vielfältiger Form vor der WTO zu vertreten und national rechtsstaatlich zu verantworten. Grundlegend gilt als materiales Prinzip ein Diskriminierungsschutz in Form von Meistbegünstigung und Inländerbehandlung, das direkt an Waren und Dienstleistungen anknüpft und damit die beteiligten Wirtschaftssubjekte anspricht. Als Ausdruck eines besonderen Verhältnismäßigkeitsgebotes gebietet das GATT die Tarifierung von Handelsbeschränkungen. In Form von Konkretisierungen allgemeiner Grundsätze sichert die Welthandelsordnung Rechtssicherheit. Diese grundlegenden Regelungselemente haben vielfältige Wirkungen und Funktionen, die sich nicht eindeutig der innerstaatlichen und weltwirtschaftlichen Sphäre zuordnen lassen. In verschiedener Hinsicht ergänzen und stabilisieren sie die nationalen Außenwirtschaftsverfassungen gerade dort, wo diese aus verfassungspolitischer Sicht Schwächen aufweisen. Darin kommt nicht nur eine günstige Nebenfolge, sondern ein allgemeines Strukturprinzip zum Ausdruck: Für die Welthandelsordnung ist ein Mindestmaß einzelstaatlicher Disziplinierung Voraussetzung. Das Verhältnis zwischen Welthandels- und nationaler Außenhandelsverfassung läßt sich deswegen als "konstitutionelle Verschränkung" kennzeichnen.

Die Wirksamkeit der Welthandelsordnung in ihrer "konstitutionellen Verschränkung" ist eine Frage der innerstaatlichen Anwendbarkeit und der Rechtsdurchsetzung. Die innerstaatliche Anwendbarkeit ist sichergestellt, soweit es um die besonderen Regelungen der Welthandelsordnung, und praktisch ausgeschlossen, soweit es um die eben umschriebenen grundlegenden Elemente an sich – den "konstitutionellen Kern" – geht. Die Durchsetzung kann sich auf den bewährten Streitbeilegungsmechanismus des GATT stützen, der mit der Gründung der WTO wesentlich verbessert und dessen politischer Letztentscheidungsvorbehalt praktisch abgeschafft worden ist. Die Problematik der Durchsetzung liegt in der Konstellation bilateraler einvernehmlicher Arrangements unter Mißachtung der Welthandelsordnung, die dem Streitbeilegungsmechanismus gar nicht unterbreitet werden. Sie haben zur Erosion der Rechtsordnung des GATT geführt und waren der entscheidende Anlaß für die Uruguay-Runde. Hier könnte Abhilfe geschaffen werden, wenn einzelne Betroffene innerstaatlich "konstitutionelle" Regelungen des GATT geltend machen könnten. Dies ist weithin ausgeschlossen. Der Europäische Gerichtshof muß allerdings in absehbarer Zeit entscheiden, ob er weiterhin die Berufung einzelner und der Mitgliedstaaten auf Regelungen des GATT bzw. der WTO ausschließen will. Dazu gibt Anlaß, daß seine Rechtsprechung sich auf eine Betrachtung von Merkmalen der Rechtsordnung des GATT

gestützt hat, die mit der WTO eine grundlegende Umgestaltung erfahren haben. Dabei wird auch die allgemeine Problematik der Erosionsanfälligkeit der Welthandelsordnung im Raum stehen. Damit zu argumentieren, birgt die Gefahr einer sich selbst erfüllenden Prophezeiung. Es erweist sich damit, daß immer neu und aufmerksam zu bewahren ist, was die Welthandelsordnung im Kern auszeichnet: daß nämlich Staaten sich international binden und damit zugleich innerstaatlich dort Schranken setzen, wo ihre eigene Verfassung kaum wirksam den Eingriff zu Lasten der individuellen Freiheit und der gesamtgesellschaftlichen Wohlfahrt diszipliniert.

Summary¹⁷⁷

Free Trade in a Constitutional Perspective. National Guarantees and the Constitutional Functions of the World Trade Order (GATT/WTO)

The article discusses the freedom of trade and corresponding trade policy powers of States on the national and international level taking into account a long-standing discussion on the "constitutional failure" of the "national trade policy constitution" and the constitutional functions of the world trade order.

Free trade is based on the individual freedom to engage in foreign commerce (part I). That freedom forms part of a more general concept of economic liberty. As is often stated, such freedom is an important functional element of the concept of the market economy, which is considered an effective economic system. It is important to note, however, that economic freedom cannot be adequately dealt with merely in the confines of an instrumental approach focusing on welfare increases. It also is a value in itself, as economic activity is part of the human existence which deserves protection. Moreover, economic liberty secures the endeavour of a society of free individuals to organize their common interests in a free and spontaneous order. On the other hand, States have a legitimate interest and responsibility for economic and social welfare. Differing national policies have to be reconciled in view of international economic transactions. This is a legitimate purpose of trade policy.

In part II, national constitutional guarantees of free trade and their potential shortcomings are discussed, including some public choice approaches. It is

¹⁷⁷ Summary by the author.

concluded that States enjoy a wide discretion as regards foreign trade policies, which is appreciated by the courts. Therefore, it is difficult to defend free trade in the public and individual interest effectively by legal means. Groups affected by structural changes in their economic environment have good chances to voice their interest in trade protection and take advantage of those legal weaknesses. Measures taken are sometimes inefficient and not transparent.

In part III, the world trade order is briefly described, focusing on its “constitutional” elements. This order is instituted by the World Trade Organization and based on its legal instruments, which – as a core – continue the old GATT agreement. In general, it is ascertained, that the world trade order acknowledges the sovereign rights of States to define their proper foreign trade policy and accordingly to control foreign trade by means of maintaining and erecting trade barriers. However, the GATT 1994 and other agreements of the WTO are considered to limit and control the exercise and means of national trade policies. The very first principle to be noted in this regard is the rule-orientation of the World Trade Order. It signifies that the world trade order is a legal order, which is legally binding upon States and contains obligations as to the respect of the rule of law on the international and national level. On that basis, the World Trade Order – secondly – stipulates a principle of non-discrimination, which is based on the most-favoured nations clause and the obligation to grant national treatment. Thirdly, especially the prohibition of quantitative restrictions according to Art. XI GATT 1994 may be considered as an example of the obligation to apply effective instruments of trade restrictions. Fourthly, the legal instruments of the WTO are considered as means to provide for legal certainty. Those aspects have an impact also on the internal “national trade constitution” of States and can be said to serve as a “second line entrenchment” (Tumliir) of the national constitutional safeguards of free trade. Promoting rational policy-making on the national level is not a sudden side-effect of the world trade order: it is a necessary prerequisite of an international trade order based on the rule of law. National constitutional guarantees for free trade and the international trade order are thus mutually reinforcing.

In part IV, the effectiveness and stability of the world trade order are discussed. Section A deals with the legal effect of WTO rules in the domestic legal order of member States. It is explained, that the bulk of rather specific WTO rules have been implemented in domestic law. However, the more general principles generally lack any direct legal effect in national legal orders, although they are drafted in such a way as to permit direct application. Enforcement of WTO rules is considered in section B. Primarily, enforcement is provided for by the dispute settlement system of the WTO, which is based on a long standing and successful practice of dispute settlement in world trade issues under the GATT and has been further developed by the Uruguay Round. There is scarcely any doubt, that the system will effectively secure the proper application of WTO rules, once a dispute

is brought to its attention. However, law enforcement is questionable in cases where States enter into bilateral arrangements outside the WTO. In a number of cases, this happened in the past and considerably threatened the effectiveness of the GATT legal order. Enforcement of WTO rules, especially the “constitutional type” ones, including, *inter alia* those on most-favoured nations standard and national treatment could considerably be strengthened, if individuals could rely on those rules nationally. Proposals in this regard have been made on the academic level and by particular States in the WTO negotiations. However, a number of States have definitely excluded any direct application of WTO rules in their national legislation. Thus, the effectiveness of the world trade order is at risk of being undermined by bilateral arrangements as has been the case with the GATT. There is much plausibility that due to those shortcomings of enforcement the world trade order somehow is “half stable”. The recent and impressive reconstruction of the world trade order and its legal basis by the foundation of the WTO in this perspective can be deemed to be part of a long term cycle of erosion and subsequent reaffirmation of international rules on world trade. This, however, due to the “constitutional function” of a number of WTO rules, which address national trade policy-making, has repercussions on the national level.

In sum, it may be stated that the world trade order can be described as a remarkable attempt of States to discipline their national conduct of trade policy by international agreement. However, its effectiveness in the long run is always at risk.