

Welthandelsrecht und Umweltschutz

Gerd Winter

I. Folgen der Marktöffnung

Welche Folgen die weltweite Marktöffnung haben wird, ist seit langem umstritten. Zwei Prognosen stehen sich gegenüber. Die marktfreundliche Sicht erwartet gerade auch auf Seiten der schwächeren Volkswirtschaften Einkommenssteigerungen, die sie in die Lage versetzen, Umweltschutz zu finanzieren. Die marktkritische Sicht prognostiziert eine weitere Verarmung der schwächeren Volkswirtschaften und, bedingt durch den Warentourismus, zugleich eine Zunahme von Ressourcenverbrauch.

Keine der beiden Positionen hat ausreichend Daten parat, um ihre These zu belegen. Nach 7 Jahren Freihandel auf Grund des GATT 1994 und davor 27 Jahren Freihandel nach dem GATT 1947 sollte man meinen, dass zumindest die WTO selbst ihre Auswirkungen begleitend empirisch untersucht. Das ist, wie es scheint, nicht der Fall. Es werden vorwiegend Erfolgsmeldungen zum quantitativen Anstieg der Handelsströme verbreitet, deren Daten so hoch aggregiert sind, dass im Durchschnitt der Weltregionen und Staaten untergeht, welche Staaten und Gesellschaftsschichten profitiert und welche Nachteile erlitten haben; die Auswirkungen auf den Verbrauch natürlicher Ressourcen sind statistisch gar nicht erfasst.¹ Auch die ins Einzelne gehenden Länderstudien im Rahmen der trade policy reviews berichten

(Fußnote 1 siehe Seite 72)

eher über die Schritte zur Handelsliberalisierung in den untersuchten Ländern als über die Effekte für die Bevölkerung und für die natürlichen Ressourcen.² Zwar treibt das Komitee für Handel und Umwelt die theoretische Debatte voran³ und diskutiert Auswirkungen auf der Basis von Einzeleinsichten, scheint jedoch keine komplexeren Monitoring-Programme aufzulegen.⁴

Man muss sich deshalb aus Zeitungslektüre und Anschauung sein eigenes Bild machen. Meines sieht etwa wie folgt aus: Für die Industrieländer hat sich eine Steigerung des Lebensstandards (jedenfalls im Sinn des Konsumerismus) ergeben. Die klassische Umweltverschmutzung ist reduziert worden (z. B. verbesserte Abfallentsorgung, Reduktion der Kfz-Abgase), jedoch bleibt der wohlstandsbedingte Ressourcenverbrauch einschließlich Klimafolgen (z. B. aus zunehmenden Transportvorgängen) ein ungelöstes Problem. In den Schwellenländern nehmen wegen der Niedriglöhne Investitionen zu, doch verbreitert sich die Einkommensschere weiter. Das an sich verfügbare zusätzliche Einkommen wird aber nur zögerlich in Umweltschutzmaßnahmen gesteckt. In den Entwicklungsländern sind die Einkommen wegen auswärtiger Konkurrenz zur internen Produktion weiter gesunken. Eine kleine Bevölkerungsschicht lebt vom Grundstoffexport oder vom Tropf der Entwicklungshilfe, der Anteil in traditioneller Subsistenzwirtschaft Lebender wird kleiner, zum Normalfall wird das Leben am Existenzminimum. Die Umweltzerstörung pro Kopf ist minimal, in der Summe aber erheblich und weiter progressiv, weil Umweltschutzmaßnahmen nicht finanziert werden können.

Die Folgen sind also positiv oder negativ, je nachdem, auf welcher Seite man geographisch und sozial lebt. Bei weniger egoistischer Betrachtung ist das Bild aber schreckenerregend. Dies gibt Anlass, bei Untersuchung des Welthandelsrechts das *cui bono* im Auge zu behalten.

1 Vgl. WTO, Annual Report 2001, Genf (WTO) 2001; WTO (Hrsg.), Trade, income disparity and poverty, Genf (WTO) 2000. Vgl. auf der anderen Seite J. Mander, E. Goldsmith (Hrsg.), The case against the global economy and for a turn toward the local, San Francisco (Sierra Club Books) 1996.

2 Als Beispiel s. die Zusammenfassung des Berichts über Madagaskar, Focus Newsletter 52/2001 S. 8f., wo einerseits die Privatisierung der staatlichen Betriebe, die Tarifisierung von Importbeschränkungen und ein Wachstum des BSP um 3,5 % lobend erwähnt werden, andererseits über die Entwicklung der natürlichen Ressourcen nichts und über die Einkommensverteilung nur soviel gesagt wird, dass „the reforms have fallen short of reducing poverty in Madagaskar“.

3 S. z. B. H. Nordström/S. Vaughan, Trade and environment, WTO Special Studies No. 4, o. J. (1998).

4 S. den Bericht (1996) des Komitees für Handel und Umwelt, WT/CE/1 v. 12. 11. 1996, auch abgedr. im Anhang zu der Studie von Nordström/Vaughan.

II. Prinzipien des Welthandelsrechts

Blickt man von den Strukturen der Grundrechte und Grundfreiheiten in Deutschland und der EU auf das GATT, so bietet sich an, das Verhältnis von Handelsfreiheit und Umweltschutz nach dem Muster „weiter Schutzbereich – enge Ausnahmen“ zu konstruieren: Grenzüberschreitender Warenverkehr ist hiernach eine weit gefasste Grundfreiheit, in die nur eingegriffen werden darf, wenn ein legitimes Ziel auf verhältnismäßige Weise verfolgt wird. Doch fehlt es im GATT anders als im Staat und der EU an der menschenrechtlichen Fundierung der Grundfreiheiten (z. B. fehlt die Freizügigkeit), die allein die Dignität einer weit gezogenen Grundfreiheit rechtfertigen könnte. Überhaupt wirken die Freiheiten des GATT (noch) nicht für die Einzelnen direkt, sondern beziehen sich auf Staaten: Der jeweils in seiner Handelsfreiheit beschränkte Staat steht dem mit der Handelsbeschränkung seine Souveränität betätigenden anderen Staat gegenüber. Weiterhin gibt es anders als im Staat und in der EU kaum eine Möglichkeit zu „Positivintegration“ durch eigene Harmonisierung auf WTO-Ebene, so dass die Staaten bis auf weiteres Spielraum für ihre eigenen Politiken behalten müssen.

Nicht zuletzt steht auch der Text der WTO-Abkommen selbst gegen ein Grundsatz – Ausnahme Konzept. Textliche Auskunft über das Verhältnis von Handel und Umwelt gibt zunächst die Präambel des WTO-Übereinkommens. Hier wird als Ziel, wenn man die wortreichen Formulierungen zusammenfasst, ein Dreiklang von Wohlstand, Umweltschutz und Entwicklung vorgestellt. Der Freihandel erscheint als Mittel zur Zielerreichung, nicht selbst (oder doch nur nebenbei) als Ziel.⁶ Er ist also kein Selbstzweck, sondern muss sich an den drei genannten Zielen messen lassen.

Implizit wird allerdings der Glaube deutlich, dass Freihandel wirklich auch das einzige Mittel ist, das die Ziele erreichbar macht. Denn andere Mittel wie insbesondere eine Steuerung des Handels werden (abgesehen von „positiven Bemühungen“ zugunsten der Entwicklungsländer) in der Praeambel nicht genannt. Aber wenn man die Instrumente des immerhin auch in der Praeambel so bezeichneten „Handelssystems“ insgesamt betrachtet, zeigt sich doch eine größere Vielfalt. Sie lässt sich auf einige „Grundsätze“ hinter den einzelnen „Normen“ (Esser) oder „Prinzipien“ hinter den einzelnen „Regeln“ (Alexy) reduzieren, und zwar die Prinzipien der Nichtdiskriminierung (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung), der Transparenz und des sukzessiven Abbaus von Import- und Exporthindernissen, der Vorzugsbehandlung von Entwicklungsländern und der Souveränität der Staaten im

5 Vgl. die Formulierung im ersten Absatz der Praeambel: „sowie auf die Ausweitung der Produktion und des Handels mit Waren und Dienstleistungen“.

6 St. Charnovitz, *Environmental and labour standards in trade*, *The World Economy* 1992, 335 ff., 353.

Hinblick auf die Verfolgung bestimmter politischer Ziele.⁷ Diese Prinzipien sind definitionsgemäß gegenseitig relativierbar, keines hat also absoluten Charakter. Unbefriedigend ist einzig, dass die Lehre bisher den Gesundheits- und Umweltschutz nicht als eigenes Prinzip nennt, sondern in der Leerformel staatlicher Souveränität aufgehen lässt. Dafür, dies anders zu sehen, spricht die Nennung des Umweltschutzes im Zielkatalog der Präambel, die wiederholte Erwähnung des Gesundheits- und/oder Umweltschutzes in Art. XX GATT⁸, dem TBT und dem SPS-Abkommen, die Verpflichtung der Staaten, Harmonisierungsprozesse zu unterstützen und harmonisierte Normen anzuwenden⁹, sowie die Existenz von multilateralen Abkommen zum Gesundheits- und Umweltschutz, die eine noch zu bestimmende Wirkung auf das WTO-System besitzen. Auch der Gesundheits- und Umweltschutz ist also ein Prinzip mit gleichem Rang wie die anderen Prinzipien.¹⁰

Für die Dogmatik auf der Ebene der einzelnen Vorschriften folgt hieraus, dass nach einer anderen Konstruktion als derjenigen von Grundsatz und Ausnahme gesucht werden muss. Es geht also nicht an (was auf der Basis einer solchen Konstruktion naheläge), den Grundsatz weit zu fassen, die Ziele der Ausnahmen dagegen eng zu definieren und für ihre Verfolgung in jedem Fall sämtliche Prüfschritte der Verhältnismäßigkeit zu verlangen, sowie demjenigen Staat, der sich auf die Ausnahme beruft, die Last der Beibringung von Tatsachen, der Beweisführung und letztlich des *non liquet*, in diesem Sinne also die volle Beweislast aufzuerlegen. Entgegen früheren Panel-Berichten, die in der Tat so verfahren¹¹, haben neuere Panels und der Appellate Body (im folgenden: AB) versucht, beiden Belangen gleiches Gewicht zu geben: Die Grundtatbestände werden möglichst genau und eher eng umrissen¹², die sog. Ausnahmen sind nicht eng auszulegen, die Verhältnismäßigkeit der Zielverfolgung ist nur nach näherer Bestimmung des Art. XX zu prüfen¹³, und die Beweislast ist lediglich eine Beibringungslast für die Führung eines *prima facie* Beweises, bei dessen Gelingen die andere Partei beibringungspflichtig wird.¹⁴

7 Chr. Tietje, Normative Grundstrukturen der Behandlung nicht-tarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung, Berlin 1998, S. 187.

8 Artikelbezeichnungen ohne Zusatz verweisen im folgenden auf das GATT.

9 Art. 2.6 und 2.4 TBT-Abkommen.

10 So auch M. Hilf, Freiheit des Welthandels contra Umweltschutz? NVwZ 2000, 481 ff.

11 Vgl. die – befürwortende – Analyse des ersten Thunfisch-Berichts durch A. von Bogdandy, Internationaler Handel und nationaler Umweltschutz: Eine Abgrenzung im Lichte des GATT, EuZW 1992, 243 ff.

12 So mit Analyse der Judikatur R. Senti, WTO. System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, Zürich (Schulthess) 2000, S. 312 f.

13 Bericht des AB im Fall USA-Gasoline Fall, WT/DS2/AB/R. v. 29. 4. 1996, Kap. III B. (Fußnote 14 siehe Seite 75)

Die neuere Judikatur hat jedoch vermieden, eine plausible rechtsdogmatische Formel für das Verhältnis zwischen Nichtdiskriminierung und Marktöffnung auf der einen Seite und Souveränität und Gesundheits-/Umweltschutz auf der anderen Seite zu prägen. Vielleicht ist es hilfreich, alle Vorschriften als positive bzw negative Tatbestandsvoraussetzungen größerer Gesamttatbestände zu fassen. Danach wäre eine staatliche Maßnahme unzulässig, wenn sie erstens in den Anwendungsbereich einer Vorschrift des GATT oder eines Tochterabkommens fällt, wenn sie zweitens die Vorschrift (prima facie) verletzt, d. h. diskriminierend oder marktabschließend wirkt, und wenn sie drittens nicht durch ein Umweltschutzziel (oder anderes Ziel) gerechtfertigt ist.

Im folgenden soll dieser Aufbau an den hauptsächlichen Marktbeschränkungen aus Umweltschutzgründen erprobt werden, und zwar an

- der Regulierung der Produktqualität
- der Regulierung der Herstellungsqualität
- der Einführung von Umweltabgaben auf Produkte.

III. Regulierung der Produktqualität

Als Beispiel soll der Asbestfall dienen. Frankreich hatte ein Herstellungs- und Handelsverbot für Asbest und asbesthaltige Produkte eingeführt, gegen das Kanada vorging.¹⁵

1. Schutzbereiche und Verletzungen von Art. I, III, XI, XIII GATT?

Zunächst ist zu fragen, ob der Schutzbereich einer der Hauptregeln des GATT betroffen ist, und ob eine Verletzung des jeweiligen Gebots vorliegt. Für Umweltschutzregelungen kommen vor allem die Art. I, III, XI und XIII in Betracht.

a) Gleichbehandlung von ausländischen Staaten (Art. I und XIII)

Das Gleichbehandlungsgebot ist zum einen als Meistbegünstigungsgebot nach Art. I niedergelegt. Es verlangt Gleichbehandlung aller Vertragsstaaten hinsichtlich gleichartiger Waren, wenn ein Staat die Bedingungen des Zu-

¹⁴ Bericht des Panels im Fall France-Asbestos, WT/DS135/R v. 18. 9. 2000, para. 8.1777: „It is therefore for the European Communities to submit in respect of this defence a prima facie case showing that the measure is justified. (...) It will then be for Canada to rebut that prima facie case, if established.“

¹⁵ Bericht des Panels im Fall France-Asbestos, WT/DS135/R v. 18. 9. 2000

gangs zu seinem Markt verbessern will. Zum anderen gilt es als Gebot nichtdiskriminierender Anwendung mengenmäßiger Beschränkungen nach Art. XIII. Nach Art. I müssen also Vergünstigungen verallgemeinert werden, nach Art. XIII dürfen Belastungen nicht einzelne Staaten schwerer als andere treffen. Diese Gebote sind Konkretisierungen des völkergewohnheitsrechtlichen Grundsatzes der souveränen Gleichheit der Staaten.¹⁶ Im Zusammenhang des Umweltschutzes ist unter diesem Gesichtspunkt z. B. problematisch, dass die EG in ihrer Abfallverbringungsverordnung Importe bestimmter Abfälle aus Drittländern und Exporte in Drittländer für manche dieser Länder ausschließt, für andere dagegen nicht.¹⁷ Im Asbestfall kam eine Verletzung dagegen nicht in Betracht, weil die französische Regelung zwischen den Drittländern nicht diskriminiert.

b) Inländerbehandlung (Art. III)

Art. III GATT enthält das Gebot der Inländerbehandlung, Abs. 1 als Programm und Abs. 4 als anwendbare Regel.¹⁸ Hiernach dürfen inländische Regelungen importierte Waren nicht ungünstiger behandeln als gleichartige Waren inländischen Ursprungs. Art. I verhindert Diskriminierung zwischen verschiedenen Drittstaaten (D₁ und D₂), Art. III Diskriminierung zwischen D und Ursprungsstaat (U).

c) Gleichartigkeit der Produkte

Sowohl für Art. I wie für Art. III ist bedeutsam¹⁹, wie der Ausdruck „gleichartige Waren“ definiert wird. Bei enger Definition, wenn also Waren möglichst weitgehend als ungleichartig bezeichnet werden, bedeutet eine unterschiedliche Behandlung zwischen D₁ und D₂ oder zwischen D und U seltener eine Verletzung der Art. I bzw. III. Bei weiter Definition wird der Spielraum eigener Politikverfolgung im ersten Schritt kleiner, er kann aber bei späteren Prüfungsschritten wieder geöffnet werden.

Als Kriterien für die Bestimmung der Gleichartigkeit von Produkten werden seit der Empfehlung eines GATT-Berichts von 1970 angewendet: die

16 Zu diesem s. Art. 2 Ziff. 1 UN-Charta. Vgl. A. Verdross/B. Simma, *Universelles Völkerrecht*, Berlin (Duncker & Humblot) 3. Aufl. 1984, S. 274 ff.

17 Verordnung (EWG) Nr. 259/93 Art. 16, 18, 21.

18 Zum Verhältnis von Art. III Abs. 1 zu den anderen Absätzen s. mit Rekonstruktion der Entstehungsgeschichte O. K. Fauchald, *Environmental taxes and trade discrimination*, London (Kluwer) 1998, S. 110 ff.

19 Die Definition der Gleichartigkeit wird in der Judikatur als für Art. I und III identisch angesehen, vgl. Fauchald, a. a. O. S. 144.

Produkteigenschaften, die Verwendung der Produkte und die Konsumgewohnheiten.²⁰ ZT wird auch die Zollklassifikation herangezogen. Neuerdings wird teilweise auf Gesundheits- und Umweltaspekte abgestellt. So hat das Panel im Fall USA-Alcoholic Beveridges wegen der unterschiedlichen Gesundheitsfolgen Bier mit niedrigem und solches mit hohem Alkoholgehalt als nicht gleichartig angesehen, mit der Folge, dass die Verkaufsrestriktionen einiger US-Bundesstaaten für hochprozentiges Bier nicht als Diskriminierung des entsprechenden kanadischen Bieres gelten konnten.²¹ Im Fall USA-Gas Guzzler Tax sah das Panel Kraftfahrzeuge mit hohem und solche mit niedrigem Treibstoffverbrauch gemessen am Regelungsziel Energieeinsparung nicht als gleichartig an.²² Deshalb galt ihm die unterschiedliche steuerliche Behandlung der beiden Kategorien nicht als Diskriminierung gegen die EG-Importe.

Mit einem solchen Abstellen auf gesundheitliche oder ökologische Folgen wird die Prüfung des diskriminierenden Charakters der Maßnahme und auch die der Rechtfertigung von Eingriffen weitgehend bereits in die Bestimmung der Gleichartigkeit der Produkte vorgezogen. Demgegenüber vertrat das Panel im Fall France-Asbestos die Meinung, Gesundheitsrisiken seien kein Bestandteil der Definition der Gleichartigkeit. Deshalb sah es Asbest und asbesthaltige Produkte als gleichartig mit anderen Fasern und faserhaltigen Produkten an, obgleich die anderen Fasern vermutlich weniger gesundheitsschädlich waren.²³

Im Grunde geht es hier um ähnliche Konstruktionsprobleme wie bei allen Gleichheitssätzen. Die klarste Lösung dürfte die letztgenannte sein²⁴: Zunächst werden zwei Produkte als Vergleichskandidaten bestimmt, die nach Eigenschaften und Verwendung als gleichartig erscheinen (die Zollklassifizierung ist ein zu formales Kriterium, die Konsumgewohnheiten ein zu variables). Ist eine Gleichartigkeit der Produkte festzustellen, wird auf der zweiten Stufe nach der Art der Behandlung gefragt und ermittelt, ob eine Ungleichbehandlung vorliegt. Als tertium comparationis wird allein auf die betroffenen Staaten abgestellt. Folglich ist es z. B. unerheblich, ob Faserprodukte mit oder ohne Asbest unterschiedlich behandelt werden, solange damit nicht zugleich eine unterschiedliche Behandlung verschiedener Staaten verbunden ist. Vergleichsgruppen sind im Rahmen der Meistbegünsti-

20 Zitiert bei Tietje, a. a. O. S. 235.

21 Bericht des Panels im Fall USA-Alcoholic Beverages v. 19. 6. 1992, BISD 39S/206-299, para. 5.74. Vgl. Senti, a. a. O. S. 312.

22 Bericht des Panels im Fall USA-Gas Guzzler Tax v. 11. 10. 1994, GATT Doc. DS31R, para. 5.26.

23 Bericht des Panels im Fall France-Asbestos v. 18. 9. 2000, WT/DS135/R, para. 8.130. Der AB hat im Berufungsbericht in derselben Sache an dem Kriterium Gesundheitsrisiken festgehalten, s. Bericht des AB im Fall France-Asbestos v. 12. 3. 2001, WT/DS 135/AB/R, para. 114-116.

24 Ebenso A. Epiney, Welthandel und Umwelt, DVBl. 2000, 80; Fauchald, a. a. O. S. 143 f.

gungsklausel D₁ und D₂, im Rahmen des Inländerprinzips D und U. Ergeben sich für D₁ im Vergleich mit D₂ bzw. für D im Vergleich mit U Unterschiede, so liegt eine Ungleichbehandlung vor. Auf der dritten Stufe ist zu untersuchen, ob ein sachlicher Differenzierungsgrund gegeben ist.

Eine solche Prüfabfolge macht viel von den quälenden Diskussionen um die Gleichartigkeit von Produkten überflüssig, und zwar deshalb, weil die Mischung produktimmanenter und auf Regulierungsziele bezogener Kriterien, an der diese Diskussion leidet, in mehrere Schritte auseinandergezogen wird. Wenn von den Panels in den Fällen USA-Alcoholic Beveridges und USA-Gas Guzzler Tax betont wird, man wolle durch enge Fassung der Gleichartigkeit den politischen Spielraum der Vertragsstaaten schonen, so ist dieses Ziel an sich zu begrüßen, jedoch ebenso, aber transparenter dadurch erreichbar, dass man die Nichtverletzung der Diskriminierungsverbote erst (und umso klarer) auf der zweiten Prüfungsstufe feststellt. Auf der ersten Stufe ist also nichts präjudiziert, wenn die Oberbegriffe weit gezogen werden, d. h. prima facie unterschiedliche Produkte großzügig als gleichartig angesehen werden. Denn auf der zweiten Stufe (und spätestens der dritten) kann sich immer noch erweisen, dass keine Diskriminierung (bzw. keine sachlich nicht gerechtfertigte Diskriminierung) vorliegt.

d) Marktöffnung (Art. XI)

Art. XI verbietet – jedenfalls im Grundsatz – sog. nicht-tarifäre Einfuhr- und Ausfuhrbeschränkungen. Protektionismus wird nicht kategorisch untersagt, vielmehr soll die Vielfalt der unübersichtlichen Schutzmaßnahmen möglichst in das transparentere und im Wettbewerb besser kalkulierbare und leichter angreifbare Instrument der Zölle umgewandelt werden (sog. Tarifisierung), wobei andere Vorschriften des WTO-Systems dafür sorgen, dass die Zölle sukzessive abgebaut werden.²⁵

e) Importbeschränkungen als Nebeneffekt

Im Asbestfall bezog sich der Verbotstatbestand sowohl auf Herstellung und Vermarktung im Inland wie auch auf den Import. Die Frage war, ob die Importregelung allein oder jedenfalls (neben Art. XI) auch unter Art. III fällt. Das Panel nahm zu Recht an, dass das Gebot der Inländerbehandlung sich auf Importregelungen erstreckt, wenn diese nur „a logical corollary“ des all-

²⁵ Senti, a. a. O. S. 227 ff.

gemeinen Vermarktungsverbots sind, also lediglich dessen Durchsetzung perfektionieren.²⁶ Ob Art. XI daneben anwendbar ist, ließ das Panel offen.

f) Verbot unterschiedslos wirkender Maßnahmen?

Dem Wortlaut nach erfasst das Marktöffnungsgebot des Art. XI nur Import- und Exportregelungen, d. h. Maßnahmen, die per se inländische und ausländische Waren ungleich behandeln. Der dem Art. XI entsprechende Wortlaut des Art. 28 (30 alt) EGV hatte den EuGH jedoch nicht gehindert, die Bestimmung auch auf unterschiedslos wirkende Maßnahmen zu erstrecken (sog. Dassonville-Formel). In der Cassis-Entscheidung hat er diese Tatbestandserweiterung dadurch wieder relativiert, dass bei Vorliegen „zwingender Erfordernisse“ keine Maßnahme gleicher Wirkung wie mengenmäßige Beschränkungen angenommen wird.²⁷ Dieser für das Gemeinschaftsrecht charakteristische Schritt beschränkter Ausweitung des Marktöffnungsgebots auf inländische und ausländische Produkte gleichermaßen treffende Maßnahmen ist im Rahmen des GATT bisher nicht, jedenfalls nicht explizit vollzogen worden, zu Recht, weil die Grundtatbestände der Gleichbehandlung und Marktöffnung aus den oben zu II. genannten Gründen nicht ausdehnend ausgelegt werden sollten.

Dies gilt auch für solche Fälle, in denen ein Importverbot nur Nebeneffekt einer unterschiedslos wirkenden Maßnahme ist. Marktöffnung gilt nur für primäre Importregelungen. Würde man sie auf sekundäre Importregelungen erstrecken, hätte man den ersten Schritt zur Ausweitung auf unterschiedslos wirkende Maßnahmen getan. Deshalb ist die vom Asbest-Panel offengelassene Frage so zu beantworten, dass bei sekundären Importregelungen nur Art. III Abs. 4 anwendbar ist, nicht auch Art. XI.

Im Ergebnis heißt dies, dass das Asbestverbot nur unter dem Gesichtspunkt der Diskriminierung, nicht auch unter dem der Marktöffnung zu prüfen war. Das Panel hat sich ja auch tatsächlich entsprechend verhalten, freilich nicht aus Rechtsgründen, sondern auf Grund seiner Subsumtion, nach der Frankreich innerhalb der Faserstoffe zwischen asbesthaltigen und alternativen Faserprodukten unterschieden hatte. Dies ist nach der oben vorgeschlagenen Prüfungsabfolge (2. Stufe) allerdings nicht stimmig; denn die unterschiedliche Behandlung von asbesthaltigen und alternativen Faserstoffen hatte rechtlich nichts mit der Unterscheidung inländische und ausländische Produkte zu tun und wirkte sich auch nicht (jedenfalls nicht nachgewiesener-

²⁶ Bericht des Panels im Asbest-Fall, a. a. O. para. 3.397. Ebenso Bericht des Panels im Fall USA-Alcoholic Beverages, a. a. O. para. 5.28.

²⁷ Zu Gleichlauf und Divergenz der Judikatur in den Rahmen des EGV und GATT s. E.-U. Petersmann, Freier Warenverkehr und nationaler Umweltschutz in EWGV und EWR, Außenwirtschaft 1993, 95 ff., 115.

maßen) de facto diskriminierend aus. Das Panel hätte sich damit begnügen können, dies festzustellen. Alle Erörterungen der wissenschaftlichen Begründetheit eines Asbestverbots waren deshalb nicht nur überflüssig, sondern auch unzulässig. Im Grunde lag mit der französischen Regelung der klassische Fall einer unterschiedslos wirkenden Maßnahme vor. Im EG-Kontext hätte sie dem Test der zwingenden Gründe des Gemeinschaftsrechts ausgesetzt werden müssen. Der WTO-Rahmen erstreckt sich, wie gesagt, jedoch nicht auf solche Maßnahmen. Das Panel hat deshalb im Wege der fehlerhaften Annahme einer unterschiedlichen Wirkung in nuce eine Prüfung unterschiedslos wirkender Maßnahmen vorgenommen.²⁸ Auf kaltem Wege haben so „Dassonville“ und „Cassis“ auch auf WTO-Ebene Platz gegriffen.

g) Anwendungsbereiche des TBT- und des SPS-Abkommens

Das Abkommen über „technical barriers to trade“ (TBT) bezieht sich auf technische Vorschriften für Produkte, das Abkommen über „sanitary and phytosanitary measures“ (SPS) auf gesundheitspolizeiliche und pflanzenschutzrechtliche Kontrollen. Beide Arten von Maßnahmen können handelsbeschränkend wirken und werden deshalb bestimmten Anforderungen unterworfen. Da sie häufig dem Gesundheits- oder Umweltschutz dienen, sind die beiden Abkommen für die hier thematisierten Produktregelungen besonders bedeutsam.

Zum Begriff der technischen Vorschriften im Rahmen des TBT-Abkommens hat das Panel im Fall France-Asbestos festgestellt, dass ein komplettes Vermarktungsverbot nicht als technische Vorschrift gilt und somit direkt nach den Vorschriften des GATT zu beurteilen ist. Technische Vorschriften bezögen sich auf die Qualität von Produkten, nicht deren Fernhaltung vom Markt. Im Falle von Verboten mit Ausnahmeverbehalt – im Asbestbeispiel gewisse Übergangsvorschriften über die Verwendung von Asbest in unverzichtbaren Produkten – seien jedoch die Ausnahmevorschriften als technische Vorschriften anzusehen. Angesichts der verbreiteten Praxis, für Marktbeschränkungen Regelungskomplexe aus Teilverböten, Übergangslösungen und Konzentrationswerten in vermarktungsfähigen Produkten zusammenzumischen, ist die Lösung des Panels wenig klar.²⁹

²⁸ Kanada hatte genau dies in seinem Parteivortrag gefordert, s. para. 3.472: „Article XI:1 can apply to an internal regulation that has the effect of restricting or prohibiting imports. Excluding any internal regulation from the scope of Article XI:1, simply because it is an internal regulation, would deprive the words „other measures“ in the conclusion of Article XI:1 of any useful effect.“

²⁹ Der AB hat im Asbest-Fall die Maßnahmen in der Tat als Ganzes gewürdigt und als technische Vorschrift angesehen. S. Bericht des AB im Fall France-Asbestos v. 12. 3. 2001, para. 64.

Ob eines der beiden Abkommen anwendbar ist, wird meist einfach danach beurteilt, ob eine technische Vorschrift oder eine sanitäre oder phytosanitäre Maßnahme vorliegt. Bei einem solchen Vorgehen wird nicht zunächst geprüft, ob Art. I, XIII, III oder XI verletzt ist.³⁰ Es ist aber durchaus fraglich, ob die beiden Abkommen eigene vollständige Tatbestände bilden, oder ob sie vielleicht lediglich die Funktion der Präzisierung von Rechtfertigungsgründen für primäre Verletzungen der Art. I, XIII, III oder XI besitzen. Die Frage ist vor allem für unterschiedslos geltende Maßnahmen relevant. Solche Maßnahmen fallen, wie oben beschrieben, nicht in den Anwendungsbereich der Art. I, XIII, III und XI. Dementsprechend würden sie auch nicht in den Anwendungsbereich des TBT- und SPS-Abkommens fallen, wenn diese lediglich die Funktion der Rechtfertigung von Eingriffen besäßen. Anders verhielte es sich, wenn sie vollständige eigene Tatbestände darstellten.

Im Hinblick auf die Diskriminierungstatbestände der Art. I und III könnten beide Abkommen an sich als selbständig angesehen werden, weil sie diese Tatbestände der Sache nach in eigenem Text wiederholen, nämlich in Art. 2.1 TBT-Abkommen und Art. 2.3 SPS-Abkommen. Ähnliches gilt für Art. XI: In Art. 2.2 TBT-Abkommen heißt es, dass „technische Vorschriften nicht in der Absicht oder mit der Wirkung“ „unnötiger Hemmnisse für den internationalen Handel“ geschaffen werden sollen; im 4. Erwägungsgrund des SPS-Abkommens wird gesagt, dass Regeln für Maßnahmen geschaffen werden sollen, „um deren nachteilige Auswirkungen auf den Handel auf ein Mindestmaß zu beschränken.“ Diese Formulierungen können so verstanden werden, dass sie den Art. XI widerspiegeln und sogar darüberhinaus Handelsbeschränkungen unterschiedslos wirkender Art abbauen wollen.

Trotzdem wäre es eine Überinterpretation der beiden Abkommen, wenn man sie als völlig eigenständige Abkommen neben dem GATT ansähe.

Für das SPS-Abkommen ergibt sich dies deutlich aus dem letzten Erwägungsgrund, nach dem mit dem SPS-Abkommen „Durchführungsbestimmungen zu den Artikeln des GATT 1994 auszuarbeiten (waren), die die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen betreffen, insbesondere zu Artikel XX Buchstabe b).“³¹ Das SPS-Abkommen hat also nur die Funktion der näheren Bestimmung der Ausnahmen nach Art. XX GATT. Bevor es angewendet wird, muss also zunächst eine Verletzung von Art. I, XIII, III oder XI nachgewiesen werden.

Für das TBT-Abkommen gibt es keine dem genannten Erwägungsgrund des SPS-Abkommens entsprechende Formulierung. In der Tat geht das Abkommen über den „negativ“ integrierenden Ansatz des GATT hinaus, indem es (durch Art. 2.6) „positiv“ zur Erzeugung und Beachtung harmonisierender

³⁰ Vgl. H. R. Trüeb, *Umweltrecht in der WTO*, Zürich (Schulthess) 2001, S. 338.

³¹ S. auch Art. 2.4, nach dem Maßnahmen, die mit dem SPS-Abkommen übereinstimmen, als im Einklang mit Art. XX Buchst. b) GATT stehend anzusehen sind.

technischer Vorschriften auffordert. Es geht aber nicht so weit, dass (in Parallele zur Beachtung sekundärrechtlicher Vorschriften der EG) bereits jeder Verstoß gegen harmonisierte technische Vorschriften als Verstoß gegen das TBT-Abkommen anzusehen ist. Denn die harmonisierten Vorschriften sind in der Regel solche des soft law, für das das TBT-Abkommen (in Art. 2.4) nicht etwa eine allgemeine Verbindlichkeitserklärung enthält.³² Vielmehr sind die harmonisierten Vorschriften lediglich Konkretisierungen der Ausnahmegründe des GATT. Das TBT-Abkommen ist also ebenfalls nur im Zusammenhang mit Art. I, XIII, III und XI GATT anzuwenden. Für Art. III bedeutet dies, dass zunächst eine diskriminierende Wirkung der inländischen Vorschrift nachgewiesen werden muss, und für Art. XI, dass eine echte Importbeschränkung vorliegen muss, bevor im Rahmen der Rechtfertigung der Eingriffe in das Inländerprinzip und das Marktöffnungsprinzip das TBT-Abkommen und mit ihm harmonisierte technische Vorschriften herangezogen werden kann. Auf unterschiedslos geltende inländische Maßnahmen ist das TBT-Abkommen nicht anwendbar.

Gegen diese Interpretation spricht auch nicht die „allgemeine Auslegungsregel“ zu Anhang 1 A des WTO-Abkommens, nach der „beim Vorliegen eines Widerspruchs“ zwischen dem GATT und einem der WTO-Abkommen die Bestimmungen des WTO-Abkommens „maßgebend“ sind. Diese Vorrangregel gilt nur für den Fall, dass wirklich eine Kollision gegeben ist. Wenn aber die beiden erörterten Abkommen die Schutzbereiche des GATT gar nicht selbständig formulieren, sondern lediglich die Ausnahmegründe konkretisieren, so kann es im Bereich der Schutzbereiche schon deshalb keine Kollisionen geben. Es bleibt aber dabei, dass die Sonderabkommen im Bereich der Ausnahmetatbestände vorgehen. Wenn z. B. Art. XX (b) GATT so zu lesen wäre (was m. E. nicht zutrifft), dass Gefahrensituationen nachgewiesen werden müssen, während das SPS-Abkommen auch bloße Risiken ins Auge fasst, so ginge das SPS-Abkommen in seinem Anwendungsbereich vor.

2. Ausnahmegründe

Ein Eingriff in eine der Grundfreiheiten ist gerechtfertigt, wenn

- er den Schutz eines der in Art. XX genannten Rechtsgüter bezweckt,
- das Schutzgut andernfalls betroffen wäre, und
- die getroffene Maßnahme spezifischen zusätzlichen Anforderungen entspricht.³³

³² Verbindlichkeit kann sich nur ergeben, wenn eine technische Vorschrift Inhalt eines völkerrechtlichen Vertrages geworden ist.

³³ Diese Prüfungsreihenfolge wird auch vom Panel im Fall France-Asbestos empfohlen

a) Schutzziele

Wie bereits gesagt, kommen für Handelsbeschränkungen aus Gesundheits- und Umweltschutzgründen besonders die in Art. XX b) genannten „Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen“ sowie die in lit. g) genannten „Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher Naturschätze“ in Betracht. Daneben ist aber auch an lit. a) zu denken. Zu dem dort aufgeführten „Schutz der öffentlichen Sittlichkeit“ ist z. B. der Tierschutz (soweit er nicht von lit. b) erfasst wird) im Zusammenhang mit grenzüberschreitenden Tiertransporten zu rechnen. Im Hinblick auf Menschen sind z. B. Importverbote für menschliche Organe dazu zu zählen.³⁴ In Zukunft dürfte die Sittlichkeitsklausel eine besondere Rolle in der Gentechnikpolitik spielen, so etwa bei Importbeschränkungen für menschliche Embryonen oder für Tierkonstrukte wie die sog. Krebsmaus.

Bei Anwendbarkeit des TBT-Abkommens erweitert sich der Schutzzielkatalog des Art. XX GATT insofern, als Art. 2.2 des Abkommens die „Umwelt“ insgesamt als Schutzgut nennt. Damit kommen über Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanze sowie die erschöpflichen Naturschätze hinaus auch vorgelagerte Schutzgüter wie das Klima in das Blickfeld.

b) Mögliche Verletzung des Schutzgutes

Zu klären ist vor allem, welches Risikokonzept Art. XX zugrundeliegt. Das Risikokonzept betrifft die Empfindlichkeit der Risikoerfassung und -bewertung. Von ihr wird manchmal das Problem der Höhe des Schutzniveaus der zu treffenden Maßnahme abgetrennt, der Sache nach handelt es sich jedoch um ein und dieselbe Problematik, inwieweit nämlich das Vorsorgeprinzip zur Geltung kommt. Ausführlich haben sich hiermit das Panel und der AB im Fall EC-Hormones auseinandergesetzt. Es ging dabei um ein Verbot des innergemeinschaftlichen Handels sowie des Imports von Fleisch aus Tieren, die mit bestimmten Wachstumshormonen behandelt worden waren.³⁵

Im Hormon-Fall hätte an sich die in der deutschen Risikodebatte aktuelle Frage aufgeworfen werden können, ob nicht bereits eine subjektive Risikoeinschätzung der Konsumenten, unabhängig von ihrer objektiven Substanz, zu einer Vermarktungsbeschränkung legitimiert.³⁶ Weder die Parteien noch

34 St. Charnovitz, The moral exception in trade policy, Virginia Journal of International Law 1998, 688

35 M. E. handelt es sich bei dieser Maßnahme um eine unterschiedslos wirkende Maßnahme, die weder nach Art. III noch nach Art. XI verboten ist und insofern gar nicht der Rechtfertigung nach Art. XX bedurfte.

36 Senti, a. a. O. S. 501.

Panel noch AB haben dies jedoch ernsthaft erwogen. Vielmehr hielt der AB, der das letzte Wort hatte, an dem Erfordernis einer objektiven Basis des Risikourteils (m. E. zu Recht) fest.

Allerdings rügt der AB das Panel im Hinblick auf dessen Forderung, dass das Risiko mit quantifizierten wissenschaftlichen Daten bewiesen werden müsse. Ihm erscheinen auch Erkenntnisse aus der Alltagserfahrung bedeutsam.³⁷

Im Hinblick auf wissenschaftliche Kontroversen erkennt der AB einen Beurteilungsspielraum des regelnden Staates an. Diesem bleibe es überlassen, ob er der wissenschaftlichen Mehrheitsmeinung oder einer Minderheitsmeinung folge, sofern letztere jedenfalls von „qualified and respected sources“ stamme.³⁸ Er kann hinsichtlich des von ihm angestrebten Schutzniveaus über den harmonisierten Stand hinausgehen. Hierin spiegelt sich das Vorsorgeprinzip wider.³⁹ Eine ähnliche Auffassung vertritt auch das Panel im Fall France-Asbestos, was bemerkenswert ist, weil im Hormon-Fall Art. 5.1 und 5.2 des SPS-Abkommens, im Asbest-Fall dagegen Art. XX b) zu interpretieren waren. Man kann also sagen, dass der vorsorgeorientierte Ansatz des SPS-Abkommens auch auf Art. XX GATT selbst zu übertragen ist. Soweit es die engere oder weitere Auslegung der „Ausnahmen“ des Art. XX angeht, wurde von früheren Panels aus der Bezeichnung als Ausnahme abgeleitet, dass diese eng auszulegen sei. Dies wurde jedoch vom AB im Hormon-Fall zurückgewiesen.⁴⁰

Ähnlich verhält es sich mit der Verteilung der (subjektiven) Beweislast⁴¹. Aus der bloßen Bezeichnung einer Regelung als Ausnahme kann nicht geschlossen werden, dass die Partei, die sich auf die Ausnahme beruft, allein beweibelastet ist. Vielmehr sind beide Parteien belastet, an der Aufklärung und Beweisführung mitzuwirken. Dabei ist in der Rechtsprechung lediglich die Reihenfolge der erforderlichen Vorträge unklar.

Bisher wurde m. W. kein Fall nach Regeln der objektiven Beweislast entschieden, so dass nicht letztlich zu klären war, wie bei Unaufklärbarkeit zu entscheiden ist: zugunsten der Marktfreiheit oder zugunsten der Schutzziele. Würde die Antwort einmal aktuell, so wäre sie aus den oben beschriebenen Zielen der WTO abzuleiten: Der Markt ist nur ein Mittel zu den inhalt-

37 Bericht des AB im Fall EC-Hormones v. 16. I. 1998, WT/DS26/AB/R, Nr. 187. C. Godt, Der Bericht des AB zum EG-Einfuhrverbot von Hormonfleisch, EWS 1998, 202 ff., 207 deutet die Passage eher als Öffnung zu „wertungsoffenen, nationalen Politikentscheidungen“.

38 Bericht des AB im Fall EC-Hormones v. 16. I. 1998, Nr. 194.

39 Zur Frage, ob das Vorsorgeprinzip bereits ein Satz des Völkergewohnheitsrechts sei, meint der AB, „that the precautionary principle, at least outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation.“ (a. a. O. Nr. 123).

40 Bericht des AB im Fall EC-Hormones v. 16. I. 1998, Nr. 104.

41 Die Panels und der AB pflegen von Beweislastverteilung zu sprechen. Dies ist nicht lediglich im objektiven Sinn der Entscheidung bei „non-liquet-Situationen“, sondern primär im subjektiven Sinn der Verteilung von Beibringungs- und Beweisführungslasten zu verstehen.

lichen Zielen (der Vollbeschäftigung, des Umweltschutzes und der Entwicklung), kein Ziel in sich; deshalb muss er zurücktreten, wenn nach umfassender Aufklärung Zweifel bestehen bleiben, ob er die Ziele schädigt. Oder, in der Terminologie staatlicher Souveränität: Die Regelungskompetenz der Staaten, Schutzziele zu verwirklichen, bleibt erhalten, solange nicht erweisbar ist, dass der Markt die Schutzziele nicht schädigt.

c) Spezifische Anforderungen an die Schutzmaßnahme

Je nach Formulierung der Ausnahmen in Art. XX und dem TBT- sowie SPS-Abkommen müssen bei der Ausgestaltung der Schutzmaßnahmen weitere Anforderungen beachtet werden.

aa) Orientierung an harmonisierendem soft law

Was zunächst die beiden Sonderabkommen angeht, sei noch einmal betont, dass ihr besonderer Gewinn darin liegt, erste Schritte zu einer Harmonisierung der Produktregelungen auf weltweiter Ebene zu fördern. Insbesondere geben Art. 3.1 SPS-Abkommen und Art. 2.4 TBT-Abkommen dem sich hier bildenden transnationalen soft law (z. B. dem im Rahmen von WHO und FAO entstehenden *codex alimentarius*) eine Orientierungsrolle bei der Auslegung der Ausnahmen nach Art. XX GATT. Auf diese Weise wird das soft law in die Nähe einer Rechtsverbindlichkeit geführt, wobei die vorsichtigen Klauseln „als Grundlage verwenden“ (Art. 2.4 TBT-Abkommen) bzw. „sich stützen auf“ (Art. 3.1 SPS-Abkommen) aber eine volle Verbindlichkeit verhindern. Auch werden die harmonisierten Normen nur als Minimalregelung definiert, ein Weitergehen der Vertragsstaaten ist nicht ausgeschlossen, wofür aber gewisse Bedingungen gegeben sein müssen, die denen der Art. 95 Abs. 4–6 EGV ähneln, aber weniger restriktiv sind als sie (wissenschaftliche Basis nach Art. 3.3 SPS-Abkommen, abweichende Risikoeinschätzung oder geographische oder technologische Sondersituationen nach Art. 2.4 TBT-Abkommen).

bb) Verhältnismäßigkeit der Maßnahme oder Missbrauchsverbot?

Als eine weitere Anforderung gilt manchen die Verhältnismäßigkeit der Maßnahme im Hinblick auf das Schutzziel.⁴² Insoweit hat jedoch der AB

⁴² von Bogdandy, EuZW 1992, 247; Epiney, DVBl. 2000, 84; für eine bloße Erforderlichkeitsprüfung H. Ginzky, Saubere Produkte – schmutzige Produktion, Düsseldorf (Werner), jetzt Baden-Baden (Nomos) 1997, S. 180.

im Fall USA-Gasoline⁴³ auf die unterschiedlichen Verhältnisformeln aufmerksam gemacht, die Art. XX benutzt. Sie kommen in der deutschen Übersetzung nicht sämtlich zum Ausdruck. So heißt es in lit. b, die Maßnahme müsse „necessary to protect human, animal or plant life or health“ sein, in lit. g ist die Rede dagegen von Maßnahmen „relating to the conservation of exhaustible natural resources“. Der AB deutet diesen Unterschied so, dass in Fällen des lit. g nicht ein strenger Erforderlichkeitsmaßstab zu Lasten des Schutzes der Naturressourcen anzulegen sei, vielmehr muss das Marktfreiheitsinteresse lediglich berücksichtigt werden. Ob damit ein Test nach Art der praktischen Konkordanz bei Grundrechtskollisionen gemeint ist, muss bezweifelt werden, denn das „relating to“ dient nicht der Optimierung, sondern nur dem Willkürausschluss, dem offensichtlichen Übersehen der Tatsache, dass bei Verfolgung der Naturschutzpolitik die Freiheitsprinzipien des GATT übersehen werden.

Die jüngste Aussage zu dieser Frage findet sich im Bericht des AB zum Fall USA-Shrimps. Hiernach ist im Rahmen des lit g) lediglich festzustellen, ob die Maßnahme in enger Beziehung mit dem Schutzziel von lit. g steht („the means and ends relationship ... is observably a close and real one“).⁴⁴ Der AB verlangt zwar auch eine Angemessenheitsprüfung, verschiebt sie jedoch in die Eingangsklausel („chapeau“) des Art. XX. Die dort aufgeführten Maßstäbe („unjustifiable and arbitrary discrimination“) deutet er aber ebenfalls nicht als strenge Erforderlichkeitsprüfung, sondern als Anforderung zum Ausschluss willkürlich überzogener Eingriffe.

Eine strenge Erforderlichkeitsprüfung gilt nach Auffassung des Panel im Asbest-Fall dagegen für lit. b. Dort war im einzelnen geprüft worden, ob statt eines umfassenden Verbots von Asbest ein „controlled use“ nicht ebenso effektiv gewesen wäre.⁴⁵ Allerdings verringert sich die Kontrolldichte dadurch, dass ein Ermessen bei der Bestimmung des Schutzniveaus akzeptiert wird.⁴⁶

Für Maßnahmen nach lit. g gilt die weitere Anforderung, dass sie „im Zusammenhang mit Beschränkungen der inländischen Produktion oder des inländischen Verbrauchs angewendet werden“. Dies klingt so, als sollte im Bereich des Ressourcenschutzes das Prinzip der Inländerbehandlung gelten. Doch würde dadurch das nach dem Chapeau an sich bestehende Potential des Art. XX, Verstöße gegen die Grundfreiheiten zu überwinden, annulliert. Dieses Problem hat auch der AB im Fall USA-Gasoline erkannt und

43 Bericht des AB im Fall US-Gasoline v. 29. 4. 1996, Teil III B

44 Bericht des AB im Fall USA-Shrimps v. 12. 10. 1998, WT/DS58/AB/R, Nr. 7 in VI B 1.

45 Im Hinblick auf mögliche sorglose Verwendungen durch Sachkundige hat das Panel die Alternative letztlich nicht akzeptiert. S. Bericht des Panels im Fall France-Asbestos v. 18. 9. 2000, Nr. 8.214. Ebenso Bericht des AB im selben Fall, Nr. 174.

46 Bericht des Panel im Fall France-Asbestos Nr. 8.204; ebenso der AB zum selben Fall, Nr. 168.

ausgesprochen, dass der Ausdruck „im Zusammenhang mit ...“ nicht nach einer Gleichheit der Maßnahmen verlange, sondern sinnvolle Differenzierungen ermögliche.⁴⁷ Im Grunde wird damit aber wohl der Gesichtspunkt der willkürlichen Diskriminierung, der bereits mit dem Chapeau gegeben ist, verdoppelt. Der Verweis auf den Zusammenhang mit internen Maßnahmen ist deshalb entweder überflüssig oder widersprüchlich.

IV. Regulierung der Produktionsqualität

1. Allgemeines

Warenverkehrsbeschränkungen können statt am Produkt selbst auch an dessen Produktion ansetzen (sog. production and process methods, ppm). Im Hinblick auf den Schutz erschöpflicher Naturressourcen (Art. XX lit. g) sind denkbar z. B. Importbeschränkungen für Möbel aus Holz, bei dessen Gewinnung Tropenwald irreversibel zerstört worden ist, oder für Tiere oder Teile von Tieren, die vom Aussterben bedroht sind. Unter den Schutz von Gesundheit und Leben von Menschen, Tieren und Pflanzen (lit. b) fielen z. B. Importregelungen für Schuhe, deren Leder aus indischen Gerbereien stammt, die Gewässer verschmutzen, auf deren Reinheit Anwohner, Tiere und Pflanzen angewiesen sind. Denkbar sind auch Importregelungen aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit (lit. a), wie z. B. Importverbote für Produkte aus Kinderarbeit oder für Tiere, die mit Fangeisen gejagt worden sind.⁴⁸ Neben Maßnahmen, die an umweltschädlichen Produktionsweisen anknüpfen, lassen sich auch solche vorstellen, die auf Prozesse wie umweltschädlichen Transport oder umweltschädliche Lagerung abstellen, so z. B. Importregelungen für Produkte, die emissionsintensiv per Luftfracht transportiert werden, oder Exportregelungen im Hinblick auf die unsichere Ablagerung gefährlicher Abfälle.

Insgesamt wird die strenge Trennung zwischen produktbezogenen und produktionsbezogenen Regelungen der neueren integrierten Produktpolitik nicht gerecht, die Umweltschutz durch Betrachtung des ganzen Lebenszyklus eines Produkts betreibt. Wenn die Unterscheidung dazu dienen soll, produktionsbezogene Maßnahmen auszuschließen, würde zugleich die integrierte Produktpolitik behindert.⁴⁹

⁴⁷ Bericht des AB im Fall USA-Gasoline v. 29. 4. 1996, unter III B. Es ging darum, dass die „baseline“, von der aus Berechnungen hinsichtlich der Schadstoffkonzentrationen ausgehen sollten, für die inländischen Unternehmen nach deren individuellen Bedingungen und für die ausländischen Unternehmen pauschaliert definiert wurden. Der rechtfertigende Gesichtspunkt war die Schwierigkeit, für die ausländischen Unternehmen die individuellen Bedingungen verlässlich zu ermitteln.

⁴⁸ Eine Fülle von Beispielen gibt H. Ginzky, a. a. O. S. 7 ff.

⁴⁹ Trüeb, a. a. O. S. 362. Zur integrierten Produktpolitik s. die Beiträge in M. Führ (Hrsg.), Stoffstromsteuerung durch Produktregulierung, Baden-Baden (Nomos) 2000.

Referenzfall für Maßnahmen, die an ppm anknüpfen, ist die Regelung der USA zum Schutz von Meeresschildkröten gegen tödliche Mitfänge in der Shrimpsfischerei. Sie macht den Import von Shrimps von einer Zertifizierung des Exportstaates abhängig. Das bei der zuständigen US-Behörde zu beantragende Zertifikat wird vergeben, wenn im Exportstaat entweder keine Meeresschildkröten vorkommen oder beim Fang bestimmte schildkröten-schonende Netze verwendet werden.

2. Gleichartigkeit der Produkte trotz unterschiedlicher ppm?

Zunächst ist für ppm-Maßnahmen festzustellen, ob sie in eine der Grundfreiheiten eingreifen. Für Art. I und Art. III ist zu klären, ob Produkte, die aufgrund umweltschädlicher ppm gewonnen wurden, vielleicht etwas ganz anderes sind als die im Ergebnis gleichen, aber auf umweltschonende Weise produzierten Produkte. Beide Produkte wären dann nicht gleichartig und könnten ohne weitere Rechtfertigungsnotwendigkeiten unterschiedlichen Maßnahmen unterworfen werden, also z. B. einem Vermarktungsverbot für die umweltschädliche und einer Marktzulassung für die umweltschonende Produktionsweise.

Durchgesetzt hat sich die Auffassung, dass es für die Gleichartigkeit der unterschiedlich behandelten Produkte nur auf die Produktqualität selbst ankommt, dass unterschiedliche Produktionsweisen die Gleichartigkeit also nicht tangieren.⁵⁰ Dem ist im Grundsatz zuzustimmen. Wie oben bereits ausgeführt, ist aus Gründen der Abstufung der Prüfungsschritte ein weites Verständnis der Gleichartigkeit zu befürworten. Dementsprechend sollten unterschiedliche ppm einer Produktkategorie in der Regel als gleichartig angesehen werden. Es ist aber dennoch nicht auszuschließen, dass die Unterschiedlichkeit der Produktionsweisen eines Produktes so groß ist, dass es als ein ungleichartiges erscheint. Z. B. ist vertretbar, Produkte aus streng biologischer Produktion als ungleichartig mit solchen aus Intensivproduktion einzustufen. Dementsprechend empfiehlt es sich, die ppm als weiteres Kriterium in den Indizienkatalog der Gleichartigkeit aufzunehmen.

3. Extraterritoriale Auswirkungen

Marktregelungen aus ppm-Gründen können sich auf inländische ppm beziehen, wie z. B. bei Importbeschränkungen für gefährliche Abfälle. Mehr Aufmerksamkeit erregen jedoch Regelungen mit Bezug zu im Ausland belegenen ppm. Darin wird häufig Paternalismus und Eingriff in fremde Ho-

⁵⁰ Vgl. den Bericht von *Fauchald*, a. a. O. S. 130 ff.

heitssphären gesehen. Wendet man jedoch den damit angerufenen völkerrechtlich-Grundsatz der souveränen Freiheit genauer an, so liegt eine andere Sicht näher, nämlich die, dass mangels eines völkerrechtlich-Grundsatzes des freien Warenverkehrs der Importstaat für die Eröffnung des Imports Bedingungen stellen kann, denen der ausländische Staat, der Ingerenzen befürchtet, ausweichen kann, indem er auf den Export verzichtet.⁵¹ Eine dritte Sicht, die als herrschend anzusehen ist, sieht immerhin eine (sei es auch nur durch die Faktizität der Wirtschaftsverflechtung vermittelte) Ingerenz, für die legitime Gründe in Gestalt von Anknüpfungspunkten für nationale Interessen des Importstaates gefunden werden müssen.⁵² Solche Anknüpfungspunkte sind zumindest dann gegeben, wenn die ppm grenzüberschreitende Emissionen auf das Territorium des Importstaates, Gefährdungen von Umweltgütern von gemeinsamem Interesse (z. B. Tropenwälder) oder Gefährdungen der global commons verursachen.⁵³

Eine solche ingerenzfreundliche Interpretation des Art. XX aus den einschlägigen allgemeinen Völkerrechtssätzen heraus wird auch aus der Entstehungsgeschichte des Artikels bestätigt.⁵⁴ Es galt unter den Verhandlungspartnern als selbstverständlich, dass die Art von prozessbezogenen Handelsbeschränkungen, die damals in mehreren Konventionen vereinbart vorlagen, auch weiterhin Bestand haben sollten.⁵⁵

In der Kasuistik der GATT- und WTO-Panels und des AB ist die Frage immer noch nicht abschließend gelöst. Zur Sprache kam sie insbesondere im Hinblick auf Art. XX lit. g, und zwar im Zusammenhang mit Importbeschränkungen der USA einerseits für Thunfisch, der auf eine für Delphine gefährliche Weise gefangen wird, andererseits für shrimps, bei dessen Fang Meeresschildkröten getötet werden. Das erste Panel im Fall USA-Tunafish hatte die Möglichkeit extraterritorialer Zielsetzung noch strikt verneint, das zweite Panel hatte sie bejaht, jedoch nur im Hinblick auf die Kontrolle der auswärtigen Tätigkeiten eigener Staatsangehöriger des regelnden Staates. Der Mangel dieser Auffassungen liegt, wie mehrfach gerügt worden ist, darin, dass sie, indem sie von extraterritorial „jurisdiction“ sprechen, unterstellen, der regelnde Staat intendiere die Geltung seines Rechts im anderen Staat. Der AB im Shrimps-Fall hat eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit der Frage dagegen vermieden und lediglich in terms der Lehre von den

51 Trüb, a. a. O. S. 355.

52 Zu den völkerrechtlichen Grundlagen und Beispielen aus der Rechtspraxis s. J. P. Müller, L. Wildhaber, Praxis des Völkerrechts, 3. Aufl. 2001, S. 414 ff.

53 Ginzky, a. a. O. S. 5 ff., 264 ff.

54 Zur Methodik vgl. Art. 31 Abs. 3 c) und Art. 32 Wiener Vertragsrechtsübereinkommen.

55 St. Charnovitz, Exploring the environmental exemptions in GATT Article XX, Journal of World Trade Law 1991, 37 ff.; ähnlich für Art. XX lit. a St. Charnovitz, The moral exception in trade policy, Virginia Journal of International Law, 1998, 688 ff., 705.

völkerrechtlichen Anknüpfungspunkten festgestellt, dass ein ausreichender „nexus“ bestehe, weil Meeresschildkröten über Staatsgrenzen migrierten und auch in USA-Gewässern aufträten.⁵⁶

Obwohl man sich mehr Klarheit gewünscht hätte, war der AB angesichts der lebhaften internationalen Debatte über die Thematik und der gravierenden Interessen „at stake“ gut beraten sich zurückzuhalten. Man kann interpolieren, dass der AB auf die Kategorie des Umweltgutes von gemeinsamem Interesse abhebt. Dabei erscheint die Anknüpfung beim Migrationsphänomen aber als zu naturalistisch. Auch ein gemeinsames internationales Interesse am Schutz der biologischen Vielfalt sollte einbezogen werden. Andernfalls wäre der ganze Ansatz des Abkommens zum internationalen Handel mit gefährdeten Arten (CITES) verfehlt; denn der Handel ist danach unabhängig davon beschränkt, ob die Art auch im Importstaat vorkommt. Aber man kann die vorsichtige Antwort des Shrimps-AB so verstehen, dass ein Nexus „jedenfalls“ dann vorliegen soll, wenn die Ressourcen des Importstaates naturaliter tangiert sind.

4. Missbrauchsverbot

Maßnahmen mit ppm-Bezug unterliegen weiterhin dem Missbrauchsverbot, das wie oben geschildert, im Chapeau des Art. XX angesiedelt ist, nämlich dem Verbot einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung oder verschleierte Beschränkung des internationalen Handels. In diesem Sinne missbräuchlich kann sowohl die rechtliche Ausgestaltung wie auch die tatsächliche Anwendung der Maßnahmen sein.⁵⁷

Im shrimps-Fall hat der AB im Zusammenhang mit dem Kriterium „ungerechtfertigte Diskriminierung“ gefordert, dass der regelnde Staat dem Exportstaat Spielraum für eigene politische Lösungen einräumen muss. Dagegen hatten die USA verstoßen, indem sie die Exportstaaten auf genau diejenige Fangtechnik festlegten, die sie selbst eingeführt hatten. Für eine ungerechtfertigte Diskriminierung hielt es der AB auch, dass die USA zwar ein interamerikanisches Abkommen zum Schutz der Meeresschildkröten erwirkt, gegenüber den nicht-amerikanischen Exportstaaten jedoch nicht einmal Versuche kontraktueller Lösung gestartet hatten.⁵⁸

Für eine weitere Diskriminierung hielt es der AB, dass die USA bestimmten Exportstaaten viel kürzere „phasing-in“-Fristen gewährt hatten als anderen.⁵⁹

Beide Ableitungen des AB aus dem chapeau, die Verhandlungspflicht und

⁵⁶ Bericht des AB im Fall USA-Shrimps v. 12. 10. 1998, VI B 1.8.

⁵⁷ Bericht des AB im Fall USA-Shrimps v. 12. 10. 1998, VI C 1.16.

⁵⁸ Bericht des AB im Fall USA-Shrimps v. 12. 10. 1998, VI C 2.29.

⁵⁹ Bericht des AB im Fall USA-Shrimps v. 12. 10. 1998, VI C 2.31.

Fristen für ein „phasing-in“, eignen sich als allgemeine, auch über Gleichbehandlungsfragen hinausweisende Anforderungen für Handelsbeschränkungen. In der Tat wird der AB-Bericht im shrimps-Fall auch häufig so dargestellt. Demgegenüber ist jedoch festzuhalten, dass der AB nur unter dem Gesichtspunkt der Gleichbehandlung argumentiert. Eine Verallgemeinerung könnte allenfalls auf allgemeine völkerrechtliche Grundsätze gestützt werden. Da einerseits Importfreiheit kein Gewohnheitsrechtssatz ist, andererseits Importbehinderung auch nicht gegen das gewohnheitsrechtliche Prinzip der souveränen Freiheit des Exportstaates verstößt, ist eine solche Verhandlungspflicht allerdings schwerlich zu begründen. Das schließt selbstverständlich nicht aus, dass Verhandeln zum guten politischen Stil gehört. Aber nicht alles, was guter Stil ist, ist zugleich auch verbindliche Pflicht. Hinsichtlich des Verbots willkürlicher Diskriminierung entwickelt der AB die weitere Anforderung, dass für die Handelsbeschränkungen rechtsstaatliche Verfahren zur Verfügung stehen müssen. Dies sei an sich bereits durch Art. X:3 mit Art. XI GATT gewährleistet, wird aber noch einmal unter dem Gesichtspunkt erwähnt, dass die Exportstaaten auch insoweit willkürlich unterschiedlich behandelt werden könnten.⁶⁰

Der AB ist im shrimps-Fall nicht auf die Erforderlichkeit des Importverbots im Vergleich etwa zu Kennzeichnungspflichten eingegangen. Ob dies daran liegt, dass er für Art. XX g) keine strenge Verhältnismäßigkeitsprüfung fordert, wird nicht deutlich. Jedenfalls hätte der Gesichtspunkt auch unter dem chapeau geprüft werden können, dort allerdings nur im Sinne einer Willkürkontrolle.

V. Umweltabgaben

1. Allgemeines

Art. III Abs. 2 Satz 1 ist verletzt, wenn ein ausländisches Produkt mit einem inländischen „gleichartig“ ist, jedoch „höheren“ Abgaben unterliegt. Satz 2 geht im Anwendungsbereich über Satz 1 hinaus und erstreckt sich auf Abgabekonditionen, ist dafür aber großzügiger bei der Zulassung von divergenter Behandlung.⁶¹ Satz 2 erfasst auch nicht gleichartige Produkte, sofern sie miteinander konkurrieren oder substituierbar sind, erklärt eine unterschiedlich Behandlung jedoch erst dann für unzulässig, wenn sie „nicht mit einer ähnlichen Abgabe belastet sind“.⁶²

Die Vorschrift bezieht sich ursprünglich auf von Steuerungszielen unbeein-

⁶⁰ Bericht des AB im Fall USA-Shrimps v. 12. 10. 1998, VI C 2.39.

⁶¹ Zu diesem Verständnis, das wegen der Auffangfunktion von Satz 2 eine enge Auslegung der Gleichartigkeit befürwortet, s. den Bericht des AB im Fall Japan-Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/AB/R v. 4. 10. 1996, S. 23 ff. Vgl. Fauchald, a. a. O., S. 169 ff. (Fußnote 62 siehe Seite 92)

flusste klassische Abgaben wie z. B. die Umsatzsteuer. Mit der zunehmenden Verwendung von Abgaben als Politikinstrument erweitert sich jedoch der Anwendungsbereich der Vorschrift und wird umso schwierigeren Auslegungsproblemen ausgesetzt. Von ihr werden „begrünte“ Steuern und Gebühren ebenso erfasst wie Sonderabgaben zur Finanzierung von Umweltschutz, zur Lenkung umweltfreundlichen Verhaltens und zum Ausgleich von Umweltinanspruchnahme. Die Sonderabgaben sind zumindest als „sonstige Belastungen“ anzusehen.

Als Referenzfall für umweltbezogene Abgaben kann die Sache USA-Superfund dienen.⁶³ Um die Kosten der Altlastensanierung zu decken, hatten die USA den „Superfund“ gegründet, in den verschiedene Mittel flossen wie u. a. eine Steuer auf den Verkauf von Erdölprodukten und von bestimmten Chemikalien. Der Steuersatz für Erdölprodukte war geringer bzw. höher, je nachdem ob das Öl in den USA oder außerhalb raffiniert worden war. Der Abgabesatz für die Chemikalien war dagegen gleich, unabhängig davon, ob sie inländischen oder ausländischen Ursprungs waren.

2. Ökosteuern/Umweltsonderabgaben und border tax adjustment

Die Superfundabgabe wäre nach den Kategorien der deutschen Abgabendogmatik als Steuer, u. U. auch als Finanzierungsabgabe einzustufen. Den unterschiedlichen Satz für Erdölprodukte aus dem Ausland und dem Inland sah der AB zu Recht als Verstoß gegen Art. III Abs. 2 an. Eine Rechtfertigung aus einem der Gründe des Art. XX gerade für diese Ungleichbehandlung war nicht möglich.

In anderen Fällen kommt in Betracht, dass die Produktabgabe de facto insofern diskriminiert, als das fragliche Produkt im Inland gar nicht oder kaum produziert wird. Z. B. erhebt die Schweiz eine Abgabe (nach deutschen Kategorien eine Steuerungsabgabe) auf Produkte, die leicht flüchtige Kohlenwasserstoffe (VOC) enthalten. Nur 5 % dieser Produkte werden aber in der Schweiz produziert.⁶⁴ Darin liegt jedoch keine Ungleichbehandlung, weil es eben kaum gleichartige inländische Produkte gibt, die der Regelung unterworfen werden könnten.

Ein besonderes Problem der Abgaben stellt sich insofern, als Abgaben nicht nur als Instrument des Umweltschutzes eingesetzt werden, sondern auch

62 Anlage I zum GATT 94. Zu Artikel III Absatz 2: „Eine Abgabe, die dem Absatz 2 Satz 1 entspricht, gilt nur dann als mit Satz 2 unvereinbar, wenn die belastete Ware mit einer anderen unmittelbar konkurrierenden oder zum gleichen Zweck geeigneten, aber nicht mit einer ähnlichen Abgabe belasteten Ware in Wettbewerb steht.“

63 Bericht des Panel im Fall USA-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances v. 17. 6. 1987 (USA-Superfund), L/6175-34S/136.

64 Trüeb, a. a. O. S. 478 f.

zum Zweck der Wiederherstellung der grenzüberschreitenden Wettbewerbsgleichheit, die durch interne Abgaben, z. B. auch Umweltabgaben primär gestört worden ist. Um die Chancen der teureren inländischen Produkte zu verbessern, werden die Importprodukte deshalb einer Zusatzabgabe unterworfen. Dieses „border tax adjustment“ ist bereits nach Art. III Abs. 2 keine Diskriminierung, wird aber noch einmal durch Art. II Abs. 2 a) als zulässig bestätigt.

Ein Beispiel hierfür war die Abgabe auf Chemikalien im Superfund-Fall. Soweit sie im Innern erhoben wurde, sollte sie einen Anreiz gegen die normalerweise umweltbelastende Produktion von Chemikalien schaffen (jedenfalls wurde sie im Verfahren als eine solche diskutiert). Um die dementsprechend teureren amerikanischen Produkte im Wettbewerb mit den ausländischen Importen nicht zu benachteiligen, wurde eine Abgabe als border tax adjustment auf die Importe erhoben. Da sie ungefähr die gleiche Höhe hatte, sah das Panel in ihr keinen Verstoß gegen Art. III Abs. 2.⁶⁵

3. Border tax adjustment und Kosten wegen Produktionsregulierung oder -abgaben

Aus erweitertem Blickwinkel stellt sich die Frage, ob man nicht umfassender die jeweiligen Strategien zur Minimierung von produktionsbedingten Umweltbelastungen vergleichen muss. Dann könnte sich herausstellen, dass die Importprodukte ebenfalls zusätzlichen Produktionskosten unterliegen, weil auch das Recht des Ursprungslandes (ordnungsrechtlich oder durch produktions- oder produktbezogene Abgaben) das Verursacherprinzip zu verwirklichen versucht. Ein border tax adjustment wäre dann eine Doppelbelastung für die Importprodukte. Genau dies hatten die gegnerischen Parteien, insbesondere die EG, im Superfund-Fall auch geltendgemacht.⁶⁶

Das Panel weist einen solchen umfassenden Ansatz jedoch zurück und hält sich, wie Art. III Abs. 2 ja auch vorgibt, nur für zuständig, Abgaben auf Produkte, nicht auch Abgaben auf Prozesse oder gar auch Prozessregulierung zu prüfen. Eine solche Produktabgabe stellte die Superfund-Abgabe für amerikanische Chemikalien dar, ebenso die als border tax adjustment fungierende Abgabe auf importierte Chemikalien. Dagegen gab es keine europäische Abgabe auf Chemikalien selbst, sondern nur Ordnungsrecht und möglicherweise Abgaben auf Herstellungsprozesse, z. B. Emissionsabgaben. Das Panel hielt fest, dass die USA solche heimischen Belastungen (durch Freistellung vom border tax adjustment) hätten berücksichtigen dürfen, dass sie dazu nach GATT-Bestimmungen aber nicht verpflichtet waren.⁶⁷

⁶⁵ Bericht des Panel im Fall USA-Superfund, Nr. 5.2.5 ff.

⁶⁶ Bericht des Panel im Fall USA-Superfund, Nr. 3.2.8.

⁶⁷ Bericht des Panel im Fall USA-Superfund, Nr. 5.2.5.

4. Lenkungs- oder Ausgleichsabgaben mit Bezug zu extraterritorialen ppm

Die Abgabe auf Chemikalien im Superfund-Fall hätte auch als eine Lenkungsabgabe zum Anreiz umweltverträglicher ppm im In- und Ausland angesehen werden können. Im Panelverfahren wurde dies nicht diskutiert. Trotzdem stellt sich die Frage, weil Abgaben verstärkt als Alternative zu ordnungsrechtlichen Instrumenten erwogen werden. Würden solche Abgaben nur unter dem Gesichtspunkt des border tax adjustment behandelt, käme die spezifische extraterritoriale Lenkungs- oder Ausgleichswirkung nicht zur Geltung. Im Hinblick auf diese könnten besondere Ausgestaltungen notwendig, aber auch besondere Anforderungen zu beachten sein.

Was zunächst die extraterritoriale Auswirkung angeht, ist wie bereits oben zu IV. ausgeführt festzustellen, dass das GATT, im Zusammenhang mit dem Völkergewohnheitsrecht zur souveränen Freiheit der Staaten interpretiert, solche Wirkungen nicht von vornherein für unzulässig erklärt. Soweit die zu bekämpfenden Umweltbelastungen Güter von gemeinsamem Interesse oder die global commons beeinträchtigen, sind grenzüberschreitend wirkende Maßnahmen auch als Abgaben grundsätzlich zulässig. Anders könnte es sich mit solchen Gütern verhalten, die lokalen Charakter haben.⁶⁸ Abgaben, die auf den Schutz derartiger Güter zielen, sind nur als border tax adjustment zu rechtfertigen, es sei denn, man versteht sie nicht als intentionale Einwirkung auf fremdes Territorium, sondern als Instrument der Abwehr von Ingerenzen in die Konsumentensouveränität des Importlandes. Problematisch ist dabei allerdings, dass die Berechnungsmodalitäten für die Abgabe sich auf den im Ausland belegenen Produktionsprozess beziehen und vom Abgaben erhebenden Staat deshalb nicht überprüft werden können. Würde z. B. eine Energieabgabe auf Produkte erhoben, müsste nachgewiesen werden, welche Art Energie und wieviel davon in die Herstellung geflossen ist. Das Panel im Superfund-Fall hat den Weg für eine mögliche Lösung gewiesen, nämlich, dass bestimmte Herstellungsverfahren als typisch unterstellt werden und der Abgabeschuldner nachweisen muss, dass er umweltfreundlichere Verfahren angewendet hat.⁶⁹

VI. Multilaterale Umweltabkommen und das GATT

Der AB fordert, wie oben zu IV. ausgeführt, für die Rechtfertigung von auf extraterritoriale ppm bezogenen Produktregelungen, dass der regelnde Staat zunächst versuchen muss, mit allen betroffenen Exportstaaten eine Lösung

⁶⁸ Fauchald, a. a. O. S. 174.

⁶⁹ Bericht des Panel im Fall USA-Superfund, Nr. 5.2.9.

über den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen zu erreichen, sofern er dies mit einem der anderen Staaten versucht.

Sind völkerrechtliche Abkommen in einem zu entscheidenden Fall bereits vorhanden und gelten sie zwischen den streitenden Vertragsparteien des GATT, so können sie als „Völkerrechtssatz“ i. S. d. Art. 31.3 (c) des Wiener Vertragsrechtsübereinkommens als Interpretationshilfe herangezogen werden.⁷⁰ Dabei kommt es schon nach dem Wortlaut des Art. 31.3 (c), aber auch aus grundsätzlichen Erwägungen⁷¹ nicht darauf an, ob sie vor oder nach Abschluss des WTO-Übereinkommenssystems in Kraft getreten sind.

Enthält ein Umweltabkommen genaue und unbedingte Regelungen und sieht es einen eigenen Streitschlichtungsmechanismus vor, so stellt sich die Frage, ob das GATT mit dem Streitschlichtungssystem der WTO überhaupt anwendbar ist.

Ein Beispiel mag dies verdeutlichen. Nach Art. 4 der Verordnung (EG) Nr. 338/97 über den Handel mit gefährdeten Arten ist für den Import von Exemplaren der Arten des Anhangs A eine Ausfuhr- und Einfuhrgenehmigung mit Einzelfallprüfung vorgesehen. Dies entspricht Art. III des Washingtoner Artenschutzabkommens (CITES). Nach Art. 4 Abs. 6 der Verordnung kann die Kommission jedoch weitergehend den Handel für Exemplare bestimmter Arten generell verbieten. Strengere Maßnahmen sind nach Art. XIV (1) a) CITES den Vertragsstaaten vorbehalten. Nehmen wir an, die Kommission legt ein allgemeines Handelsverbot für Elfenbein von afrikanischen Elefanten fest und Kenia hält dies wegen wieder gewachsener Elefantenbestände für übermäßig: Ist der Streit nach dem CITES zu entscheiden, und soll Kenia dementsprechend nach Art. XVIII CITES den Haager Schiedshof anrufen? Oder ist das GATT anwendbar und dementsprechend der Streitschlichtungsmechanismus des DSU zuständig?

In der ersten Variante hätte die EG ein weites Ermessen weiterzugehen, und die Anrufung des Schiedshofes bedürfte des Einvernehmens der EG. Die obsiegende Partei könnte beantragen, dass die Konferenz der Vertragsparteien „Empfehlungen zur Erhöhung der Wirksamkeit“ des Abkommens beschließt (Art. XI (2) e CITES). Man würde für diesen Weg eher Erfolgchancen für die EG prognostizieren. Kenia dagegen könnte sich mehr Erfolgchancen in der zweiten Variante ausrechnen. Die Maßnahme würde zunächst als Verletzung des Art. XI GATT eingestuft, die zwar nach Art. XX g) gerechtfertigt werden kann, wobei jedoch genauer geprüft würde, ob die zu schützende Art wirklich gefährdet ist. Bei Anwendung des Art. XX b) würde auch nach der Erforderlichkeit eines kompletten Importverbots ge-

70 S. dazu *Trüeb*, a. a. O. S. 227, 231 ff., 251.

71 Das GATT ist ein für neue Entwicklungen offenes Abkommen und deshalb durch neue Abkommen nicht einfach zu verdrängen. S. Bericht des AB im Shrimps-Fall, Nr. 129. S. dazu *Trüeb*, a. a. O. S. 248 ff. Gleiches muss aber auch im umgekehrten Verhältnis des WTO-Systems zu anderen Grundlagenverträgen gelten.

fragt. Zudem könnte sich die EG dem Streitschlichtungsmechanismus nicht entziehen.

Als Kollisionsregel bei Anwendbarkeit beider Abkommen, GATT und CITES, kommt der allgemeine Rechtsgrundsatz der Spezialität in Betracht.⁷² Aber was ist spezieller: das CITES, weil es nur bestimmte „Waren“ betrifft, oder das GATT, weil es nur bestimmte Grundfreiheiten schützt? Und wenn man die Art des Rechtsschutzes einbezieht: Ist der WTO-Mechanismus spezieller, weil differenzierter, oder das CITES-Gericht, weil nur für eine sehr begrenzte Zahl von Streitigkeiten zuständig?

Eine andere Möglichkeit besteht darin, beide Abkommen einschließlich Schlichtungsverfahren anzuwenden und Widersprüche durch harmonisierende Interpretation zu vermeiden. Das CITES mit seinem weiten Ermessen, zumal wenn es durch ein Schiedsgericht bestätigt würde, müsste dann im Rahmen der Anwendung des Art. XX b) und g) durch das Panel und den AB beachtet werden. Umgekehrt hätte das Schiedsgericht nach CITES die Handelsimplikationen zu berücksichtigen.

Besser noch wäre es, wenn in Art. XX eine eigene Klausel der Beachtlichkeit von MEAs hineingeschrieben würde.⁷³ Diese könnte auch vorsehen, dass der Inhalt von MEAs unter zu bestimmenden Bedingungen Orientierungsfunktion selbst dann hat, wenn WTO-Mitglieder Streitbefangen sind, die nicht sämtlich auch MEA-Mitglieder sind.⁷⁴ Umgekehrt sollten die MEAs, soweit sich die Vertragsstaaten zu genauen und unbedingten Formulierungen durchringen können, nach dem Vorbild des chapeau zu Art. XX GATT willkürliche Diskriminierung und verschleierte Protektionismus verbieten und die Streitschlichtung im MEA-Rahmen exklusiv und verbindlich vorschreiben.⁷⁵

72 A. Verdross/B. Simma, a. a. O. § 640.

73 Dies ist verschiedentlich vorgeschlagen worden, u.a. auch in einem „non-paper“ der europäischen Kommission von 1996, zit. bei St. Charnovitz, *Multilateral environmental agreements and trade rules*, in: *Environmental Policy and Law* 1996, 163 ff., 167.

74 S. hierzu mit einem Beispielsfall zu Taiwanischen Importen von Rhinomehl A.-C. Shih, *Multilateralism and the case of Taiwan in the trade environment nexus*, *Journal of World Trade* 1996, 109 ff.

75 In diese Richtung geht das noch junge Rotterdamer Abkommen über das Verfahren der vorherigen Zustimmung nach Inkennzeichnung für bestimmte gefährliche Chemikalien ... v. 10. 9. 1988 (BGBl. II 1058), wo es in Art. 11 Abs. 9 heißt: „Eine Vertragspartei, die (...) entscheidet, der Einfuhr einer Chemikalie nicht oder nur unter bestimmten Bedingungen zuzustimmen, muss – sofern sie dies nicht bereits getan hat – gleichzeitig folgendes verbieten oder es denselben Bedingungen unterwerfen: a) die Einfuhr der Chemikalie aus jeder Quelle und b) die Herstellung der Chemikalie im eigenen Land für den Inlandsverbrauch.“ Zugleich ist in Art. 20 Abs. 6 eine Art verbindliches Vergleichsverfahren vorgesehen.

Zusammenfassung in Thesen

1. Das WTO-System setzt sich Wohlstand, Umweltschutz und Entwicklung zum Ziel. Freier Welthandel ist ein sorgfältig auszutarierendes Mittel, nicht Zweck in sich und auch nicht alleiniges Mittel.
2. Es empfiehlt sich, die Prüfung staatlicher Beschränkungen des grenzüberschreitenden Handels nach dem Schema „Anwendbarkeit der Grundfreiheiten – prima facie-Verletzung – Rechtfertigung“ vorzunehmen. Die 3 Stufen sind jedoch nicht nach dem Muster „weiter Schutzbereich – enge Ausnahmen“ zu konstruieren.
3. Das Merkmal der Gleichartigkeit der (benachteiligten und bevorteilten) Produkte, das die Anwendbarkeit einiger Grundfreiheiten bestimmt, sollte entgegen der Streitschlichtungsjudikatur des Appellate Body nicht zu eng gefasst werden. Insbesondere sollten Gesundheits- und Umwelt Risiken nicht als Merkmal der Gleichartigkeit, sondern als Rechtfertigungsgrund geprüft werden.
4. Tertium comparationis der Diskriminierung nach Art. I und III GATT sind allein die durch die Produktregelung rechtlich oder faktisch betroffenen Staaten. Eine an Produkteigenschaften anknüpfende unterschiedliche Behandlung ist unerheblich, solange damit nicht auch eine Ungleichbehandlung der betroffenen Staaten verbunden ist.
5. Unterschiedslos wirkende Handelsbeschränkungen fallen nicht in den Anwendungsbereich des Art. XI GATT. Dies gilt auch, wenn sie nur nebenbei und zusätzlich als Import- oder Exportregelung ausgestaltet sind.
6. Das SPS- und das TBT-Abkommen sind nur anzuwenden, wenn zunächst eine der Grundfreiheiten des GATT (prima facie) verletzt ist. Sie spezifizieren die Rechtfertigungsgründe nach Art. XX GATT.
7. Das Risikokzept des Art. XX GATT entspricht dem Vorsorgeprinzip. Die Judikatur zur Beweislastverteilung betrifft die Beibringungslast. Die Beweislast im objektiven Sinn trägt der eine Regelung angreifende Staat.
8. Art. 3.1 SPS- und Art. 2.4 TBT-Abkommen führen harmonisiertes soft law in die Nähe von Rechtsverbindlichkeit, sind aber nicht als verbindlicher Verweis zu interpretieren.
9. Die Erforderlichkeitsprüfung im Hinblick auf die Rechtfertigung von prima facie-Verletzungen ist für Art. XX lit. b und g GATT unterschiedlich streng formuliert. Teleologisch gesehen ist dies jedoch nicht überzeugend. Eine strenge Erforderlichkeitsprüfung ist insgesamt abzulehnen.
10. Marktbeschränkungen, die an sog. production and process methods (ppm) ansetzen, konstituieren nur in Extremfällen eine Ungleichartigkeit der benachteiligten und bevorteilten Produkte.
11. Extraterritoriale de facto-Wirkungen von ppm-Maßnahmen sind jeden-

falls insoweit zulässig, wie ein Anknüpfungspunkt für den Importstaat gegeben ist. Dies ist der Fall bei reversen Immissionen, Gefährdungen von Umweltgütern von gemeinsamem Interesse und Gefährdungen der global commons.

12. Aus dem „chapeau“ des Art.XX GATT ist ein Missbrauchsverbot abzuleiten, das eine Verhandlungspflicht und u. U. Fristen für ein „phasing in“ enthält.
13. Marktbeschränkende Abgaben werden bisher vor allem unter dem Gesichtspunkt des border tax adjustment behandelt. Umweltsonderabgaben haben demgegenüber eine besondere Funktion, die bei der Rechtfertigung von prima facie-Verletzungen von Grundfreiheiten zum Zuge kommen kann.
14. Die Streitschlichtungsmechanismen der WTO und der Multinationalen Umweltabkommen („MEA“) sind strukturell verschieden und können konfliktieren. Rechtspolitisch empfehlen sich textliche Klarstellungen, die einerseits MEAs für die WTO beachtlich machen, andererseits uU Exklusivität der Streitschlichtung einzelner MEAs vorsehen.