

Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven

Marion Panizzon, Prof. Dr. iur., LL.M., Universität Bern
Luca Arnold, LL.M., Rechtsanwalt, SECO, Bern
Thomas Cottier, Prof. Dr. iur., LL.M., Universität Bern

Inhalt	Seite
Zusammenfassung.....	201
Résumé.....	202
I. Einführung.....	204
1. Handel versus Umwelt?.....	204
2. Grundzüge des WTO-/GATT-Rechts.....	206
3. Drei Fallkategorien im WTO-Fallrecht bezüglich Umwelt.....	206
4. WTO-Recht versus multilaterale Umweltabkommen?.....	208
II. Das Streitbeilegungsverfahren der WTO: Eine Skizze.....	209
III. Umweltschutz im Fallrecht der WTO-Streitbeilegungsorgane.....	210
1. Die Frage der Zulässigkeit extraterritorial angewandter nationaler Umweltmassnahmen unter dem «alten» GATT von 1947.....	210
2. Systematik der Prüfungsschritte.....	212
3. Umweltschutzmassnahmen und Inländerbehandlung importierter Waren: <i>Border-Tax</i> -Kriterien.....	214
3.1 Umwelt- und Gesundheitsschutz: Kein selbständiges Kriterium.....	215
3.2 «Regulatorische Zweckverfolgung» als Abgrenzungskriterium?.....	217
4. Herstellungsverfahren als Unterscheidungsmerkmal für Produkte?.....	219

5. Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund: Die zweistufige Prüfung nach Art. XX(g) GATT.....	222
5.1 Einleitung.....	222
5.2 Aufbau der Rechtfertigungsnorm und Prüfungsschritte.....	224
5.3 Die Tests der Notwendigkeit und des sachlichen Zusammenhangs.....	225
5.4 Die Prüfung des Massnahmenzwecks: Ausgeweitete <i>Chapeau</i> - und <i>Link</i> -Analyse in <i>Brazil-Tyres</i>	226
IV. Konflikt und Kohärenz von WTO und multilateralen Umweltabkommen.....	231
1. Multilaterale Umweltabkommen in der WTO-Vertragsauslegung.....	231
2. <i>EC-Biotech</i> : Ein Rückschritt für die Kohärenz zwischen Handels- und Umweltabkommen?.....	234
3. Konflikt Multilateraler Umweltabkommen mit WTO-Vertragsrecht.....	236
4. Zwischenstaatliche Kooperation als Kriterium der <i>Chapeau</i> -Analyse.....	236
V. Verhandlungen zu Handel und Umwelt: Herausforderungen und Chancen.....	239
1. Ausgangslage.....	239
2. Stand der Verhandlungen und Ausblick.....	241
2.1 Das Verhältnis von WTO-Recht und Umweltabkommen.....	241
2.2 Zusammenarbeit von WTO, Umweltabkommen und Nichtregierungsorganisationen.....	242
2.3 Zollabbau und Beseitigung von nicht-tarifären Handelshemmnissen bei Umweltgütern und Umweltdienstleistungen.....	243
2.4 Bilaterale Entwicklungen.....	244
VI. Würdigung und Zusammenfassung.....	245

Zusammenfassung

Analysiert man die neuere WTO-Rechtsprechung, so wird das Vorurteil der Unvereinbarkeit von WTO-Handelsliberalisierung und Umweltschutz in ein anderes Licht gerückt. Das Fallrecht der WTO-Streitbeilegungsorgane zeigt Fortschritte bei der Berücksichtigung von Umweltanliegen, da diese vermehrt in die Auslegung der WTO-Vertragstexte eingeflossen sind. Allerdings fällt das Endresultat wegen fehlender Beweise oder aufgrund unverhältnismässiger Umweltmassnahmen und deren Anwendung meist zugunsten der Regeln der Handelsliberalisierung sowie des uneingeschränkten Marktzugangs und zum Nachteil für andere legitime Ziele wie Umwelt, Gesundheit oder faire Arbeitsbedingungen aus.

Das aktuelle Fallrecht zu Umweltanliegen ist deshalb komplex: Die jüngsten Entscheide *EC-Asbestos* und *Brazil-Tyres* berücksichtigen neben der Gleichartigkeit von importierten und inländischen Produkten vermehrt den vom Gesetzgeber verfolgten Zweck einer Massnahme. Damit wird den umweltpolitischen Motiven des Gesetzgebers ein grösseres Gewicht eingeräumt – ein Gewinn für die Umwelt. Dass sich eine Umweltmassnahme negativ auf das Wettbewerbsverhältnis zwischen in- und ausländischen Waren auswirkt, bedingt für sich allein genommen noch keine automatische Verletzung des Inländerbehandlungsgebotes von Art. III GATT. Falls die Massnahme umweltpolitisch statt protektionistisch motiviert und zum Schutz der Umwelt geeignet ist, liegt keine Verletzung des Inländerbehandlungsgebots vor bzw. ist sie unter der allgemeinen Ausnahme von Art. XX GATT gerechtfertigt. Dabei stehen die WTO-Streitbeilegungsorgane vor dem Dilemma, wann in der Prüfungssystematik der Test der «regulatorischen Zweckverfolgung» einer Massnahme stattfinden soll: Schon bei der Frage, ob die Inländerbehandlung verletzt wurde oder erst beim Versuch, ein Importverbot oder die Diskriminierung ausländischer Produkte über den Ausnahmetatbestand von Art. XX GATT zu rechtfertigen. Je nach gewählter Prüfungssystematik ändert sich die Beweislastverteilung, was nicht zuletzt den Anreiz beeinflussen kann, einen Streitfall vor das WTO-Streitbeilegungsorgan zu bringen.

Im Fallrecht der WTO-Streitbeilegungsorgane gibt es auch Einbusen der Umweltinteressen zugunsten des Handels. So verschärfte der *Panel-Entscheid EC-Biotech* (2008) die Kriterien für den Beizug multilateraler Umweltabkommen zur Auslegung von WTO-Recht. Im Sinne der früheren Rechtsprechung mussten nur die Streitparteien des besagten

WTO-Falls Parteien des multilateralen Umweltabkommens sein, damit dieses zur Auslegung des WTO-Rechts herbeigezogen werden konnte. Gemäss diesem jüngsten Entscheid müssen alle 153 WTO-Mitglieder Vertragspartei sein. Durch diese Verschärfung wird die Zahl der auf WTO-Recht anwendbaren Umweltabkommen stark eingeschränkt, da nämlich die USA und die Entwicklungsländer die Mehrheit solcher Abkommen nicht ratifiziert haben. Es bleibt zu hoffen, dass dieser *Panel*-Entscheid ein Einzelfall bleibt, dem das Berufungsorgan nicht folgen wird.

Vielfältige Interessenkonflikte haben dazu geführt, dass beim Umweltdossier – im Unterschied zum dynamischen Fallrecht in den Verhandlungen der letzten Jahre im Rahmen der Doha-Runde allgemein und speziell bezüglich des Umweltschutzes – kaum Fortschritte erzielt worden sind. Das WTO-Sekretariat und verschiedene WTO-Mitglieder propagieren immer wieder das Prinzip der «gegenseitigen Unterstützung» (*mutual supportiveness*) von Handel und Umwelt. Doch die Verhandlungen scheitern daran, dass Industriestaaten oftmals wenig gewillt sind, den Entwicklungsländern im Gegenzug für die Einführung von umweltgerechten Produktionsmethoden mehr Marktzugang zu gewähren. Für Entwicklungsländer ist der Nachvollzug der Umweltgesetzgebung der Industriestaaten mit Kosten verbunden, die nur dadurch aufzuwiegen sind, dass die Industriestaaten ihrerseits auf die Subventionierung ihrer Landwirtschaft verzichten. Von grundsätzlicher und potentiell weitreichender Bedeutung sind die Diskussionen zum Verhältnis des WTO-Vertragswerks und den multilateralen Umweltabkommen. Gelingt es dem WTO-Sekretariat und den Sekretariaten der verschiedenen Umweltabkommen dieses Verhältnis zu klären oder Spielregeln aufzustellen, ist ein wichtiger Schritt in Richtung Kohärenz der internationalen Abkommen getan.

Résumé

Si l'on se penche sur la jurisprudence récente de l'OMC, le préjugé selon lequel la libéralisation du commerce préconisée par l'OMC est incompatible avec la protection de l'environnement apparaît sous un jour nouveau. La jurisprudence pratiquée par l'Organe de règlement des différends de l'OMC fait des progrès en matière d'environnement; on constate en effet une prise en compte croissante des préoccupations environnementales dans l'interprétation des accords de l'OMC. Cepen-

dant, par manque de preuves ou parce que les mesures environnementales et leur application s'avèrent disproportionnées, le résultat final fait défaut, favorisant les règles relatives à la libéralisation du commerce et à l'accès illimité au marché et négligeant d'autres impératifs légitimes tels qu'environnement, santé ou équité des conditions de travail.

De ce fait, la jurisprudence actuelle ayant trait aux problèmes environnementaux est complexe: les décisions les plus récentes *CE-Amiante* et *Brésil-Pneumatiques* rechapés tiennent compte, à côté de la similarité entre produits importés et produits nationaux, du but recherché par le législateur à travers une mesure. Ainsi, un poids plus important est accordé aux objectifs de politique environnementale poursuivis par le législateur – ce qui constitue un gain pour l'environnement. Le fait qu'une mesure environnementale ait des effets négatifs sur le rapport de concurrence entre produits nationaux et produits importés n'entraîne pas automatiquement une violation du principe du traitement national conformément à l'art. III GATT. Si la mesure est motivée par des intérêts liés à la politique environnementale et non pas par des intérêts protectionnistes et qu'elle est apte à protéger l'environnement, il n'y a pas de violation du principe du traitement national, la mesure étant justifiée par les exceptions générales prévues par l'art. XX GATT. Dans ce contexte, les organes de règlement des conflits de l'OMC sont confrontés au dilemme suivant: à quel stade de la procédure d'examen s'agit-il de procéder à l'analyse des «objectifs de régulation» poursuivis par une mesure? Lorsque l'on examine si le principe du traitement national a été enfreint ou seulement au moment où l'on essaie de justifier une interdiction d'importation ou une discrimination de produits importés en se basant sur les exceptions prévues par l'art. XX GATT? La répartition du fardeau de la preuve varie en fonction de la systématique choisie, ce qui peut, entre autres, influencer la décision de porter ou non un litige devant l'Organe de règlement des différends.

La jurisprudence de l'Organe de règlement des différends porte parfois préjudice aux intérêts environnementaux pour favoriser le commerce. Par exemple, la décision *EC-Biotech* (2008) prononcée par le *groupe spécial* a durci les critères déterminant si les accords multilatéraux environnementaux doivent être pris en considération pour interpréter le droit de l'OMC. Au sens de l'ancienne jurisprudence, seules les parties au différend impliquées dans le cas d'espèce devaient être parties à l'accord multilatéral environnemental pour que celui-ci puisse être consulté aux fins d'interprétation du droit de l'OMC. Selon cette dernière décision, l'ensemble des 153 membres de l'OMC doivent être

parties à l'accord. Ce durcissement limite considérablement le nombre des accords environnementaux susceptibles de s'appliquer au droit de l'OMC, étant donné que les Etats-Unis et les pays en développement se sont abstenus de ratifier une majorité de ces accords. Il reste à espérer que cette décision du *groupe spécial* demeure un cas isolé que l'Organe de règlement des différends ne suivra pas.

En raison de divers conflits d'intérêts, le dossier environnement – à la différence de la jurisprudence dynamique dans les négociations menées ces dernières années dans le cadre du Cycle de Doha en général et en matière de protection de l'environnement en particulier – n'a quasiment pas progressé. Le secrétariat de l'OMC et divers membres de l'OMC propagent régulièrement le principe du «soutien mutuel» (*mutual supportiveness*) entre commerce et environnement. Mais les négociations échouent parce que les pays industrialisés sont rarement disposés à accorder aux pays en développement, en échange de l'introduction de méthodes de production respectueuses de l'environnement, un plus grand accès au marché. Pour les pays en développement, la mise en œuvre ultérieure de la législation environnementale adoptée par les pays industrialisés est liée à des coûts pouvant uniquement être compensés par le fait que les pays industrialisés, de leur côté, renoncent au subventionnement de leur agriculture. Les discussions relatives au rapport entre les accords de l'OMC et les accords multilatéraux environnementaux revêtent une importance potentiellement plus grande et plus fondamentale. Si le secrétariat de l'OMC et les secrétariats des différents accords environnementaux parviennent à clarifier ce rapport ou à fixer les règles du jeu, un pas important sera fait en direction de la cohérence des accords internationaux.

I. *Einführung**

1. *Handel versus Umwelt?*

Kaum ein anderes Thema hat die internationale Handelsordnung der WTO in den letzten Jahren mehr geprägt als das Verhältnis zum Umweltrecht, oft in enger Verbindung mit Fragen über den Schutz der Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen. Umweltschutz führt oft zu

*Die Autoren danken URSULA BRUNNER, Dr. iur., Dr. iur. h. c., Rechtsanwältin, Zürich, herzlich für die anregenden Diskussionen und wertvollen Anmerkungen zum Manuskript.

Handelsschranken und wendet sich damit gegen die Bemühungen zur weiteren Liberalisierung des Güter- und Dienstleistungshandels wie dies in der WTO vorgesehen ist.¹ Gemäss Präambel des Marrakesch-Abkommens zur Errichtung der WTO setzt sich die WTO die Förderung der menschlichen Wohlfahrt und eine nachhaltige Entwicklung zum Ziel; die Handelsliberalisierung ist dabei Mittel und nicht Selbstzweck.²

Das Verhältnis von Handel und Umwelt kann zu Win-win-Konstellationen führen wie beispielsweise die Bemühungen zum Abbau von Fischereisubventionen als Antwort auf die chronische Überfischung der Meere.³ Auch muss Handelsliberalisierung nicht notwendigerweise gleichbedeutend mit Ausbeutung von Ressourcen sein. Ökonomisches Wachstum kann oftmals den ökologischen Umgang mit Ressourcen und die Nachhaltigkeit steigern.⁴ Andererseits befürchten Entwicklungsländer noch heute, dass sich hinter den Umweltmassnahmen der Industriestaaten lediglich ein wirtschaftlich motivierter Schutz zugunsten etablierter Industrien verbirgt, welcher den Marktzugang für importierte Produkte oder Dienstleistungen verschlechtert. Umweltschutzgesetzgebung und multilaterale Umweltabkommen bedienen sich Steuerungsinstrumenten wie Importverbote, Schutzzölle und Grenzabgaben, die gemäss WTO-Recht unzulässig sind.⁵ So schreibt beispielsweise das Washingtoner Artenschutzabkommen (CITES)⁶ Importverbote vor, um vom Aussterben bedrohte Tierarten zu schützen.⁷ Umweltabkommen stehen deshalb den WTO-Grundsätzen des multilateralen Marktzugangs, wie dem General Agreement on Tariffs and Trade

¹Vergleiche etwa KELLER HELEN/STOCKER WERNER, WTO und GATT 94 aus umweltrechtlicher Sicht, URP 1994 457, S. 460.

²Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation (SR 0.632.20). Nachhaltige Entwicklung gilt nicht als Auslegungsprinzip des WTO-Rechts, obwohl sie als Zielsetzung in der Präambel genannt wird; vgl. CHARNOVITZ STEVE, The World Trade Organization and the Environment, in: SAMPSON GARY P./WHALLEY JOHN (HRSG.), The WTO, Trade and the Environment, Cheltenham 2005, S. 427, FN 79.

³PUTH SEBASTIAN, WTO und Umwelt, in: HILF MEINHARD/OETER STEFAN, WTO-Recht, Rechtsordnung des Welthandels, Baden-Baden 2005, S. 579.

⁴COPELAND BRIAN, Trade and the Environment: What do we know?, in: KERR WILLIAM A. / GAISFORD JAMES D. (HRSG.), Handbook on International Trade Policy, EDWARD ELGAR, Cheltenham 2007, S. 417.

⁵Mit Umweltabkommen sind nachfolgend immer *multilaterale* Umweltabkommen gemeint.

⁶Übereinkommen vom 3. März 1973 über den internationalen Handel mit gefährdeten Arten freilebender Tiere und Pflanzen (SR 0.453).

⁷Siehe allgemein zu Importverboten aus Artenschutzgründen im WTO-Recht STÖHNER NILS, Importrestriktionen aus Gründen des Tier- und Artenschutzes im Recht der WTO, Bern 2006.

(GATT) zum Warenhandel⁸ oder dem GATS zum Dienstleistungshandel entgegen.⁹

2. Grundzüge des WTO-/GATT-Rechts

Streitgegenstand des WTO-Fallrechts sind in erster Linie die Grundsätze zur Liberalisierung des Warenverkehrs des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens GATT vom 15. April 1994 und dessen Beschränkungen.¹⁰ Dieses «neue» GATT 1994, welches das «alte» GATT 1947 vom 30. Oktober 1947 revidiert und ausweitet, bildet Anhang 1 zum Marrakesch-Abkommen bezüglich Errichtung der WTO.¹¹ Gemäss GATT-Recht sind die einzig zulässigen Handelsschranken Zölle, Steuern in begrenztem Umfang (Art. III:1-3), Importlizenzen sowie Abgaben gleicher Wirkung (Art. II). *Importverbote* sind hingegen *aufzuheben* oder in Zölle umzuwandeln (Art. XI). Zollsätze selbst sind in multilateralen Verhandlungsrunden zu senken und zu binden (Art. II). Mengemässige Beschränkungen, falls erlaubt, unterliegen der Inländerbehandlung (Art. XIII).

3. Drei Fallkategorien im WTO-Fallrecht bezüglich Umwelt

Produkte können umweltschädigende Wirkungen entfalten oder umweltbelastenden Herstellungsprozessen unterworfen sein. In der WTO-Fallrechtsprechung werden deshalb folgende Fallkonstellationen zu den Wechselwirkungen zwischen Warenhandel und Umwelt unterschieden:¹²

Erstens können *nationalstaatliche Importverbote*, auch wenn diese von Umweltabkommen gerechtfertigt sind, mit dem Verbot der Importbeschränkungen in Konflikt treten (Art. XI und XIII GATT). GATT-/WTO-Fälle betrafen beispielsweise Importverbote aus Artenschutzbestimmungen für Tunfisch, Lachs, Heringe, Delphine und Meeresschildkröten. Der importierende Staat versucht als beklagte Partei die Verletzung von Art. XI oder XIII GATT über die allgemeine Ausnahme zum Schutz der Umwelt nach Art. XX(g) GATT zu rechtfertigen.

Die zweite Fallkonstellation zu Handel und Umwelt betrifft die Situation, in der ein *importiertes Produkt nach der Einfuhr* mittels Steuern oder Abgaben oder Belastungen und sonstigen Vorschriften über den Verkauf, das Verkaufsangebot, den Einkauf, die Beförderung, die Verteilung und Verwendung von Waren im Inland *schlechter als ein «gleichartiges» inländisches Produkt behandelt* wird, weil es gewissen inländischen Umweltvorgaben nicht genügt (Art. III GATT).¹³ Im Zusammenhang mit der Ausarbeitung von Kriterien für die Prüfung der «Gleichartigkeit» von Produkten im Rahmen der Inländerbehandlung haben sich die GATT-/WTO-Rechtsprechung und die Lehre eingehend mit Umwelthanliegen auseinandergesetzt. Solche WTO-Fälle betrafen beispielsweise Massnahmen zur Luftreinhaltung (*US-Gasoline*¹⁴, *Brazil-Tyres*¹⁵).

Bei der dritten Fallkonstellation stellt sich die Frage, ob das WTO-Recht *ausländische Produkte anders beurteilt, wenn bei deren Herstellung die Umwelt zu Schaden kam*, auch dann, wenn das Endprodukt

⁸ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994 (GATT 1994), Anhang 1A.1 des Abkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, (SR 0.632.20).

⁹ Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen und Anhänge (GATS), Anhang 1B des Abkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, (SR 0.632.20).

¹⁰ Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT) vom 30. Oktober 1947 (mit Anlagen und Protokollen) (SR 0.632.21).

¹¹ GATT 1994, a.a.O. (FN 8). Das Marrakesch-Abkommen fasst Ergebnisse der Uruguay-Runde am 15. April 1994 – der letzten fast zehn Jahre dauernden Verhandlungsrunde unter dem GATT 1947 – zusammen, errichtete die WTO mit Sitz in Genf und reduzierte die Zölle um weltweit 40 Prozent. Das GATT 1994 ist im Wortlaut identisch mit dem GATT 1947, doch wurde es durch eine Reihe von *Understandings* zu einzelnen Bestimmungen erweitert und ist integraler Bestandteil des WTO-Vertrags. Im Folgenden wird unter «GATT» das *GATT 1994* verstanden, während Hinweise auf das GATT 1947 durch die Jahrzahl 1947 hervorgehoben werden.

¹² Noch hat sich das WTO-Fallrecht nicht mit umweltschädigenden *Dienstleistungen* im Rahmen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen und Anhänge (GATS), Anhang 1B des Abkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, (SR 0.632.20) oder mit der Offenlegung der Herkunft einer natürlichen Ressource (zu Zwecken der Erhaltung der biologischen Vielfalt) bei Patentanmeldungen im Rahmen des Abkommens über handelsbezogene Aspekte der Rechte an geistigem Eigentum (TRIPS), Anhang 1C des Abkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, (SR 0.632.20) beschäftigt.

¹³ BERRISCH GEORG M. in: PRIESS HANS-JOACHIM / BERRISCH GEORG M., WTO Handbuch, Verlag C.H. Beck, München 2003, S. 71 ff., S. 83-84; die Einschränkung der Anspruchsberechtigung für Subventionen auf inländische Produkte gilt nicht als Verletzung des Inländerbehandlungsgebots nach Art. III GATT.

¹⁴ *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, AB Report vom 29. April 1996, WT / DS2 / AB / R [*US-Gasoline*, AB Report].

¹⁵ *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, AB Report vom 3. Dezember 2007, WT / DS332 / AB / R [*Brazil-Tyres*, AB Report].

selbst neutral für die Umwelt ist (*US-Tuna- und US-Shrimp-Fälle*). Umweltgerechte Produktionsmethoden, die teurer sein können, entfalten oft eine wettbewerbsverzerrende Wirkung, obwohl sich die Umweltbelastung im Produkt selbst nicht offenbart.¹⁶ Allerdings schaut die WTO-Fallrechtsprechung bis heute darüber hinweg, ob «Solarstrom oder Kohle für die Herstellung eines Produkts verwendet wird».¹⁷ Unterschiedliche umwelt- oder gesundheitsbelastende Produktionsmethoden sind für das Gebot der Inländerbehandlung nach Art. III GATT immer noch irrelevant.

4. WTO-Recht versus multilaterale Umweltabkommen?

Multilaterale Umweltabkommen können unter Umständen zur Auslegung von WTO-Recht beigezogen werden. Es stellt sich die Frage, wie Konflikte zwischen Umweltabkommen und dem WTO-Recht zu lösen sind, wenn keine kohärente Auslegung der Umweltabkommen mit dem WTO-Recht möglich ist. So beispielsweise, wenn Umweltabkommen Importverbote fordern, welche Art. XI, XIII oder III GATT verletzen. Streitpunkt ist in diesen Fällen jeweils, ob Umweltabkommen, die nicht von allen WTO-Mitgliedern ratifiziert wurden, doch zur Auslegung von WTO-Recht beigezogen werden sollen (siehe unten Kapitel IV).¹⁸ Zudem wird in den WTO-Verhandlungen an Ansätzen gearbeitet, das Verhältnis des WTO-Rechts zu den Umweltabkommen institutionell zu lösen (siehe unten Kapitel V).

Die nachstehenden Ausführungen skizzieren das WTO-Streitbeilegungsverfahren (II), legen die Grundlagen und neueren Entwicklungen des Fallrechts dar (III), gehen anschliessend auf die Schlüsselfrage nach der WTO-Mitgliedschaft in Umweltabkommen ein (IV) und greifen schliesslich einige Themen der WTO-Verhandlungen zum Dossier «Handel und Umwelt» auf (V).

¹⁶ COTTIER THOMAS / OESCH MATTHIAS, *International Trade Regulation: The Law and Policy of the WTO, the EU and Switzerland*, Bern / London 2005, S. 576-711, zu Warenverkehr und Marktzugang bzw. Zugangsschranken.

¹⁷ CHARNOVITZ, 2005, a.a.O. (FN 2), S. 427.

¹⁸ PUTH, a.a.O. (FN 3), S. 584.

II. Das Streitbeilegungsverfahren der WTO: Eine Skizze

Im Unterschied zur WTO war das alte GATT 1947 keine internationale Organisation mit eigenständiger Rechtspersönlichkeit, sondern galt als multilateraler Vertrag mit einem ständigen Vertragssekretariat.¹⁹ Trotzdem verfügte es über einen Streitschlichtungsmechanismus. Zwischen 1948 und 1994 kam es immerhin zu 200 Verfahren. Von den 91 mit einem *Panel*-Bericht abgeschlossenen Verfahren wurden 75 mit dem erforderlichen Konsens angenommen.²⁰

Das GATT 1947 Streitbeilegungsverfahren wurde in der WTO-Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung (*Dispute Settlement Understanding, DSU*) institutionalisiert.²¹ Zwei weitreichende Änderungen gingen damit einher, welche das WTO-Recht und die Organisation selbst stärkten. Erstens wurde den *ad hoc* gebildeten Sondergruppen (*Panels*) eine ständige Berufungsinstanz (*Appellate Body, AB*) zur Seite gestellt, bei der gegen die *Panel*-Berichte appelliert werden konnte. Als zweiter Meilenstein gilt die Umkehrung des Konsensprinzips, wonach ein Bericht des *Panels* oder der Berufungsinstanz dann als genehmigt gilt, wenn nicht *alle* WTO-Mitglieder diesen ablehnen (Art. 2:4 DSU). Dieses «negative» Konsenserfordernis verhindert, dass die beklagte Partei die Einberufung eines *Panels* (Art. 6:1 DSU), aber auch den *Panel*-Bericht sowie denjenigen der Berufungsinstanz blockieren kann (Art. 16:4 und Art. 17:14 DSU). Das negative Konsensprinzip erhöht die Wahrscheinlichkeit, dass Berichte der *Panels* und der Berufungsinstanz in Rechtskraft erwachsen und gilt deshalb als Schlüssel für die Effizienz des WTO-Streitbeilegungsverfahrens. Schliesslich verbietet das Einheitlichkeitsprinzip nach Art. 23 DSU das Ergreifen von unilateralen Retorsionsmassnahmen und verpflichtet die WTO-Mitglieder, die Verletzung von WTO-Recht einzig vom WTO-Streitbeilegungsverfahren prüfen zu lassen.²²

WTO-Streitbeilegungsorgane dürfen zudem weder Rechte noch Pflichten der WTO-Mitglieder vergrössern oder vermindern (Art. 3:2

¹⁹ Art. VIII des Abkommens zur Errichtung der WTO bestimmt, dass die WTO Rechtspersönlichkeit hat.

²⁰ OHLHOFF STEFAN in: PRIESS HANS-JOACHIM / BERRISCH GEORG M., *WTO Handbuch*, München 2003, S. 677, S. 684.

²¹ Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung, Anhang 2 des Abkommens vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation, (SR 0.632.20).

²² Als vom Anhang 1 zum DSU «gedeckt» gelten das WTO-Abkommen zur Errichtung der WTO und seine Anhänge 1 (GATT), 2 (GATS), 3 (TRIPS). Man spricht deshalb von den WTO *covered agreements*.

und Art. 19:2 DSU). Deshalb beschränkt Art. 7 DSU den Streitgegenstand auf diejenigen WTO-Abkommen, die gemäss Art. 1 DSU vom Anhang zum DSU «erfasst» sind. Ob die Streitbeilegungsorgane weiteres Völkerrecht, wie Gewohnheitsrecht oder multilaterale Verträge, wie Menschenrechts- und Umweltabkommen anwenden dürfen, ist umstritten. Im Unterschied zu Art. 38 des Statuts des internationalen Gerichtshofes gibt es für die WTO-Streitschlichtungsorgane keine entsprechende Aufzählung der anwendbaren Rechtsquellen. Einig ist sich die Lehre, dass die *Panels* und die Berufungsinstanz gemäss Art. 3:2 DSU in Verbindung mit Art. 31:3 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK)²³ zur Rechtsfindung auch anderes Völkerrecht – beispielsweise multilaterale Umweltabkommen – zulassen, soweit diese für die Auslegung eines entsprechenden WTO-Abkommens notwendig sind.²⁴

III. Umweltschutz im Fallrecht der WTO-Streitbeilegungsorgane

1. Die Frage der Zulässigkeit extraterritorial angewandter nationaler Umweltmassnahmen unter dem «alten» GATT von 1947

Unter dem «alten» GATT von 1947 wurde die umweltpolitisch motivierte Ungleichbehandlung ausländischer Produkte noch wenig thematisiert. Vor der Gründung der WTO im Jahre 1994 waren mehrheitlich Importverbote Streitgegenstand. Diese waren bevorzugtes Instrument für Handelssanktionen gegenüber Exportnationen, welche die nationale Umwelt- und insbesondere Artenschutzgesetzgebung von Industriestaaten missachteten. Sie dienten aber letztlich dazu, ihrer Umweltschutzgesetzgebung ausserhalb des eigenen Landes – extraterritorial – Geltung zu verschaffen.²⁵ In den Fällen *Tuna-Dolphin I und II* hatte das *Panel* gegen die umweltrechtlich begründeten Importverbote für Tunfisch und Tunfischprodukte der USA entschieden, weil die USA damit Delphine schützen wollten, die ausserhalb des US-Staatsterritoriums lebten, nämlich im tropischen Südpazifik. Das *Panel* erachtete diese

Importverbote als unverhältnismässig und folgerte, dass damit gegen die Ausnahmebestimmung von Art. XX GATT verstossen wird.²⁶ Diese umstrittene frühe Rechtsprechung bedeutete einen Sieg für Entwicklungsländer und eine Niederlage für die Umwelt. Zwei Hintergründe vermögen diese ablehnende Haltung der frühen GATT-Rechtsprechung gegenüber Umwelthanliegen zu erklären: Entwicklungsländer mussten schon genug Aufwand betreiben, um für den Weltmarkt wettbewerbsfähig produzieren zu können. Sie waren oft zusätzlich gezwungen, die Umweltgesetzgebung der Industriestaaten zu übernehmen, wenn sie ihre GATT-Rechte auf Marktzugang nicht gefährden wollten, was mit hohen Verwaltungskosten verbunden war.²⁷ Zudem bestand die Gefahr, dass das multilaterale Handelssystem des GATT 1947 von einer unübersichtlichen Vielzahl extraterritorial angewandeter, nationaler Umweltmassnahmen erodiert wurde (*slippery slope*). Durch die Unzulässigkeitsklärung der extraterritorialen Anwendung von Importverboten durch die *Panels* widersetzen sie sich der damaligen Einschätzung, dass die extraterritoriale Anwendung nationaler Umweltschutzstandards einen ersten Schritt in Richtung eines globalen Umweltrechts verwirklicht.²⁸

Im Jahr 1998 kam es in Bezug auf die Frage der Extraterritorialität zum Paradigmenwechsel: Im Fall *US-Shrimp* erklärte die Berufungsinstanz Importverbote für zulässig, welche die Exportnationen dazu bewegen sollten, die Umweltgesetzgebung des importierenden Staates zu übernehmen oder zumindest ähnliche Schutzstandards einzuführen. Allerdings gilt dies nur dann, wenn der sanktionierende Staat vorerst in gutem Glauben versucht hat, auf diplomatischen Wegen den exportierenden Staat zu überzeugen, ein Abkommen über Schutzstandards

²⁶ *United States-Restrictions on Imports of Tuna I*, Panel Report (nicht angenommen), DS29/R; *United States-Restrictions on Imports of Tuna II*, Panel Report (nicht angenommen), DS21/R-39S/155. Weitere Fälle zu diesem Thema waren *Canada-Import, Distribution and Sale of Certain Alcoholic Drinks by Provincial Marketing Agencies*, Panel Report (angenommen) vom 18. Februar 1992, DS17/R-39S/27; *United States-Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, Panel Report (angenommen) vom 17. Juni 1987, L/6175-34S/136.

²⁷ *Tuna-Dolphin I*, paras. 5.25, 5.27 und 5.28 für den Art. XX(b) und 5.30 ff. für Art. XX(g) GATT 1947. Das *Panel* schliesst in para. 5.32 mit dem Statement: «The considerations that led the Panel to reject an extrajurisdictional application of Article XX(b) therefore apply also to Article XX(g).»

²⁸ ALTEMÖLLER FRANK, Möglichkeiten und Grenzen der Berücksichtigung von Umweltschutzziele in den Vertragstexten der Welthandelsorganisation: Die GATT-/WTO-Spruchpraxis in umweltrelevanten Streitfällen, Bamberg 1997, S. 338; HOWSE ROBERT, The Appellate Body Rulings in the Shrimp/Turtle Case: A New Legal Baseline for the Trade and Environment Debate, *Columbia Journal of Environmental Law* 2002 491, S. 499 ff.

²³ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge (mit Anhang) (SR 0.111).

²⁴ OHLHOFF, a.a.O. (FN 20), S. 691-692.

²⁵ WEISS FRIEDL, The limits of the WTO: Facing non-trade issues, in: SACERDOTI GEORGIO/YANOVICH ALAN/BOHANES JAN (HRSG.), *The WTO at Ten, The Contribution of the Dispute Settlement System*, Cambridge 2006, S. 170-172, 179; VRANES ERICH, *Trade and Environment: Fundamental Issues in International Law, WTO Law and Legal Theory*, Oxford 2009, S. 97 ff.

abzuschliessen. Der *US-Shrimp*-Entscheid wird von Umweltabkommen beeinflusst, die eine extraterritoriale Anwendung nationalstaatlichen Rechts erlauben. Ebenso entscheidend war die Tatsache, dass natürliche Ressourcen wie Meeresschildkröten oder Delphine Wanderungsbewegungen unterworfen sind, die vor staatlichen Grenzen nicht halt machen.²⁹ Schliesslich galt es auch, die zunehmende Bedeutung des neuen völkerrechtlichen Konzepts der kollektiven Güter der Menschheit (*global commons*) wie Klima, Ozonschicht und Ozeane für das WTO-Recht zugänglich zu machen.³⁰

2. Systematik der Prüfungsschritte

Es gibt eine Vielzahl von Produkten, deren Bestandteile oder Verwendung aus umweltpolitischer Sicht bedenklich sind. Um negative Auswirkungen sowohl auf die Umwelt als auch auf die menschliche Gesundheit zu vermeiden, kann es angebracht sein, Angebot, Einkauf, Verkauf, Beförderung, Verteilung oder Verwendung derartiger Güter zu regeln. Jedoch können solche Regulierungen handelsbeschränkende Wirkungen entfalten. Einerseits können sie zu Einfuhrbeschränkungen führen und damit gegen das Importverbot von Art. XI GATT verstossen. Andererseits können sie eingeführte ausländische Produkte direkt oder indirekt auf dem inländischen Markt schlechter stellen. In derartigen Fällen greift das Gebot der Inländerbehandlung von Art. III GATT, das in Abs. 1 ein allgemeines Verbot protektionistischer Massnahmen zugunsten der einheimischen Produktion stipuliert.

Bei Konfliktfällen zwischen Handel und Umwelt prüfen die Streitbeilegungsorgane in einem ersten Schritt, ob *ein Verstoss gegen ein Importverbot* (Art. XI GATT) oder *gegen die Inländerbehandlungspflicht* (Art. III GATT) vorliegt. Gemäss Art. XI:1 GATT sind mengenmässige Beschränkungen unabhängig von ihrer Zielsetzung verboten.³¹ In Ausnahmefällen (Art. XIII GATT) dürfen Verbote oder mengenmässige Be-

²⁹ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, AB Report, WT / DS58 / AB / R vom 12. Oktober 1998 [*US-Shrimp*, AB Report], para. 133: «[S]ea turtles are highly migratory animals, passing in and out of waters subject to the rights of jurisdiction of various coastal states We note only that in the specific circumstances of the case before us, there is a sufficient nexus between the migratory and endangered marine populations involved and the United States for purposes of Article XX(g).»

³⁰ KELLER / STOCKER, a.a.O. (FN 1), S. 490; PUTH, a.a.O. (FN 3), S. 581-582.

³¹ BERRISCH, a.a.O. (FN 13), S. 114.

schränkungen als Massnahmen an der Grenze, jedoch nicht als interne Massnahmen verwendet werden. Als zulässig gilt eine Einfuhrquote, wenn der Import oder Export einer gleichartigen Ware eines anderen WTO-Mitglieds entsprechend (*similarly*) beschränkt ist. Allerdings muss die Einfuhrquote in solchen Fällen nicht nur gegenüber den Ländern mit einem Lieferinteresse für die betroffene Ware, sondern nicht diskriminierend auf alle Lieferländer gleichmässig verteilt werden (Art. XIII:2 GATT).³²

Anders als beim Importverbot wird bei der Inländerbehandlung nach Art. III GATT geprüft, ob ausländische Produkte, die einen schädigenden Einfluss auf die Umwelt haben, diskriminiert werden dürfen, auch wenn für gleichartige inländische Produkte kein Verwendungsverbot existiert. Das Gebot der Inländerbehandlung nach Art. III GATT soll dabei «gewährleisten, dass zwischen in- und ausländischen Waren die gleichen Wettbewerbsbedingungen herrschen».³³ Dabei muss das *Panel* vorfrageweise prüfen, ob ein ausländisches *Produkt*, welches umweltbelastend wirkt, überhaupt mit einem inländischen Produkt verglichen werden kann. Wie nachfolgend unter Abs. 4 diskutiert wird, macht die WTO-Rechtsprechung keinen Unterschied zwischen Produkten, die einzig bei ihrer Herstellung einem umweltbelastenden Verfahren ausgesetzt waren und Produkten, die als Produkt für die Umwelt schädlich sind. Diese weite Auslegung der «Gleichartigkeitskriterien» zeitigt negative Folgen für den Umweltschutz. Diese Rechtsprechung bedeutet nämlich, dass eine landesrechtliche Diskriminierung umweltschädlich hergestellter Produkte gegen die Inländerbehandlungspflicht verstösst.

Deshalb versuchen Importnationen weiterhin, die umweltrechtlich motivierte *Handelsbeschränkung* – d.h. die Schlechterstellung importierter Produkte auf dem inländischen Markt (Art. III GATT) oder die umweltrechtlich motivierte mengenmässige Einschränkung des Handels durch Grenzmassnahmen (Art. XI GATT) – *als allgemeine Ausnahme vom GATT-Recht* (Art. XX) zu rechtfertigen.

Dabei entwickelte die neuere Rechtsprechung zu Art. XX GATT Interpretationselemente, die auf zunehmende Flexibilität im Umgang mit

³² BERRISCH, a.a.O. (FN 13), S. 103-104.

³³ Die Begriffe «Inländerbehandlung» und «Inländergleichbehandlung» werden in der Lehre synonym verwendet.

nationalen Umweltmassnahmen hindeuten.³⁴ Im Folgenden werden diese Punkte und die damit zusammenhängenden Entwicklungen kurz beleuchtet.³⁵ Als erstes werden die Inländerbehandlung und die damit zusammenhängende Gleichwertigkeitsprüfung der Produkte erläutert.

3. **Umweltschutzmassnahmen und Inländerbehandlung importierter Waren: Border-Tax-Kriterien**

Bei der Prüfung einer potentiell diskriminierenden Massnahme schreibt Art. III:4 GATT eine zweistufige Analyse vor: Zuerst ist zu prüfen, ob und inwieweit eine Gleichartigkeit nationaler und ausländischer Produkte besteht. Ist die Gleichartigkeit zu bejahen, so stellt sich die Frage, ob die Massnahme eine Ungleichbehandlung ausländischer gegenüber inländischen «gleichartigen» Produkten darstellt, was sich wiederum protektionistisch auswirkt.

Insbesondere bei der Prüfung der Vergleichbarkeit von Produkten haben GATT- und später WTO-Streitbeilegungsorgane umweltpolitische Überlegungen unterschiedlich gewertet – mit bedeutsamen Auswirkungen für die nationale Regelungsautonomie im Umweltbereich.³⁶ Der Prüfung der «Gleichartigkeit von Produkten» kommt so eine Schlüsselbedeutung zu, auch für die Umwelt. Die frühe Rechtsprechung unter dem «alten» GATT 1947 zur Frage der Gleichartigkeit basierte auf vier nicht abschliessend gedachten Kriterien, welche das *Panel* zum Streitfall über die Erhebung von Ausgleichsteuern an der Grenze (*Border Tax Adjustments*) ausgearbeitet hatte:³⁷

³⁴ *US-Shrimp*, AB Report, para. 159: «The task of interpreting and applying the Chapeau is, hence, essentially the delicate one of locating and marking out a line of equilibrium between the right of a Member to invoke an exception under Article XX and the rights of the other Members under varying substantive provisions (e.g., Article XI) of the GATT 1994, so that neither of the competing rights will cancel out the other and thereby distort and nullify or impair the balance of rights and obligations constructed by the Members themselves in that Agreement.»

³⁵ ESTY DANIEL C./GERADIN DAMIEN, Market Access, Competitiveness and Harmonization: Environmental Protection in Regional Trade Agreements, Harvard Environmental Law Review 1997 265, S. 330-336.

³⁶ COTTIER THOMAS/TÜRK ELISABETH/PANIZZON MARION, Handel und Umwelt im Recht der WTO: Auf dem Weg zur praktischen Konkordanz, Zeitschrift für Umweltrecht, Sonderheft 2003 155, S. 156-157.

³⁷ *Border Tax Adjustments*, Working Party Report, 2 December 1970 (*Basic Instruments and Selected Documents* BISD 18S/97), para. 18; siehe allgemein zu Art. III GATT, COTTIER/OESCH, a.a.O. (FN 16), S. 382-413.

- (i) physische Eigenschaften, Natur und Qualität der Produkte;
- (ii) der jeweilige Endverwendungszweck der Produkte;
- (iii) Geschmack, Gewohnheiten und Vorlieben der Konsumenten und die Austauschbarkeit aus Sicht der Konsumenten/Verbraucher;
- (iv) die internationale Zollklassifizierung.³⁸

Keines dieser *Border-Tax*-Kriterien erwähnt ausdrücklich die positiven oder negativen Auswirkungen der Produkte auf die Umwelt. Bei der Inländerbehandlung nach Art. III GATT stellte sich deshalb in der neueren Rechtsprechung die Frage, ob Umwelt- und Gesundheitsschutz ein eigenständiges, separates Kriterium für die Bewertung der Gleichartigkeit von Produkten ist oder ob Umwelt- bzw. Gesundheitsschutz nur als ein Element innerhalb des Kriteriums der Konsumentenpräferenzen (iii) oder des Kriteriums der physischen Eigenschaften von Produkten (i) untersucht wird.³⁹ Bisher hat die Rechtsprechung dies verneint und somit die Unterscheidungskriterien relativ eng gehalten. Nicht zuletzt wurde so entschieden, um das Inländerbehandlungsgebot von Art. III GATT weit auslegen zu können und die Prinzipien der Handelsliberalisierung weltweit zu stärken.

3.1 **Umwelt- und Gesundheitsschutz: Kein selbständiges Kriterium**

Die Diskussion über die Gleichartigkeit von Produkten im Licht von Umwelt- und Gesundheitsschutz erreichte einen vorläufigen Höhepunkt im Fall *EC-Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products (2001)*⁴⁰, in dem Kanada gegen ein französisches Importverbot für krebserregende Asbestfasern und daraus hergestellte Produkte klagte. Das *Panel* befand, dass die gesundheitsschädigende Wirkung des giftigen (karzinogenen) Chrysotil-Asbests bei der Beurteilung der Gleichartigkeit im Verhältnis zu den synthetischen, harmloseren PCG-Fasern nicht als ein eigenes, selbständiges Kriterium zu prüfen sei. Aufgrund der *physikalischen Beschaffenheit* unterschied das *Panel* das

³⁸ Das vierte Kriterium wurde eingeführt in der Panel-Entscheidung *EEC-Animal Feed*, GATT Panel Report, 14. März 1978 (BISD 25S/40), para. 4.14.

³⁹ Für eine eingehende Diskussion zu *like products* im WTO-Recht: CHOI WON-MOG, *Like Products* in International Trade Law, Oxford University Press, 2003.

⁴⁰ *EC-Asbestos*, AB Report, para. 80; HOWSE ROBERT/TÜRK ELISABETH, The WTO Impact on Internal Regulations, in: DE BÚRCA GRAÏNNE/SCOTT JOANNE (Hrsg.), *The EU and the WTO: Legal and Constitutional Issues*, Oxford 2001, S. 308.

giftige, vom französischen Importverbot belegte Asbest von den PCG-Fasern. Trotzdem seien auch marktbezogene Kriterien zu prüfen und deshalb sei dem Kriterium des Endverbrauchs der Vorrang zu geben. Das *Panel* kam dabei zum heftig umstrittenen Schluss, dass im Endverbrauch die giftigen Asbest-Fasern *gleich wie* die PCG-Fasern verwendet worden seien und deshalb beide Fasern als *gleichartige Produkte* gelten. Infolgedessen seien kanadische Asbest-Fasern in Bezug auf die französischen PCG-Fasern ungerechtfertigt diskriminiert worden (obwohl in Frankreich ein Verwendungsverbot von Asbest gilt) und Frankreich müsse sein Importverbot aufheben.⁴¹

Dieser Entscheid löste Unverständnis von Seiten einiger Nichtregierungsorganisationen aus. Das *Panel* mass der unterschiedlichen physikalischen Beschaffenheit der beiden Fasern sowie den *Konsumentenpräferenzen* zu wenig Bedeutung zu. Ebenso weigerte sich das *Panel*, die wissenschaftlich bewiesene gesundheitsschädigende Wirkung der Asbest-Fasern zu berücksichtigen.⁴² Die Berufungsinstanz korrigierte diesen Entscheid und befand, dass die Gesundheitsgefährdung einen wesentlichen Teil der physikalischen Unterschiede zwischen den Produkten ausmache. Dieser beeinflusse auch das Wettbewerbsverhältnis zwischen den beiden Produkten auf dem Markt. Auch wenn die Berufungsinstanz nicht so weit ging, die Gesundheitsgefährdung als selbständiges, zusätzliches und neues Kriterium für die Prüfung der Gleichartigkeit zuzulassen, unterstrich sie doch, dass die Karzinogenität der Asbest-Fasern das Konsumentenverhalten beeinflussen könnte. Im Ergebnis konnte Kanada den Beweis der Gleichartigkeit zwischen giftigem Asbest und PCG-Fasern nicht erbringen. Somit hatte Frankreichs Importverbot für giftige Asbestfasern aus Kanada die Inländerbehandlungspflicht nach Art. III:4 GATT nicht verletzt.⁴³ Mit dem zweitinstanzlichen Entscheid im *EC-Asbestos*-Fall wurden Konsumentenpräferenzen – also nicht mehr die physikalischen Eigenschaften –

⁴¹ *European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos Containing Products*, Panel Report vom 18. September 2000, WT/DS135/R, paras. 8.121-8.126 [EC-Asbestos, Panel Report].

⁴² *EC-Asbestos*, AB Report, para. 114: «This carcinogenicity, or toxicity, constitutes, as we see it, a defining aspect of the physical properties of chrysotile asbestos fibres. The evidence indicates that PCG fibres, in contrast, do not share these properties, at least to the same extent. We do not see how this highly significant physical difference cannot be a consideration in examining the physical properties of a product as part of a determination of «likeness» under Article III:4 of the GATT 1994.»

⁴³ *EC-Asbestos*, AB Report, paras. 192-193.

zum entscheidenden Prüfungskriterium. Dies kommt einem kleinen Schritt in Richtung Umweltbewusstsein gleich.⁴⁴

3.2 «Regulatorische Zweckverfolgung» als Abgrenzungskriterium?

Zur Abgrenzung der protektionistisch motivierten Ungleichbehandlung im Lichte gestiegener Anforderungen an das Umweltrecht entwickelten zwei GATT 1947-*Panels* den so genannten *Aims and Effects*-Test. Dieser eröffnet einen anderen Zugang zu den Fragen der Gleichartigkeit und Diskriminierung zwischen zwei Produkten nach Art. III:4 GATT als die oben erwähnten warenbezogenen *Border-Tax*-Kriterien. Die *Border-Tax*-Kriterien stützen sich einzig auf die Vergleichbarkeit der *Waren* ab und lassen die gesetzgeberische Motivierung einer *Massnahme* ausser Acht, wohlwissend, dass es beweisrechtlich für den Kläger aufwändig sein kann, den einer Massnahme zugrundeliegenden protektionistischen oder eben umweltpolitischen Zweck nachzuweisen. Gemäss dem in *Measures Affecting Malt Beverages (1992)* und in *United States-Taxes on Automobiles (1994)*⁴⁵ entwickelten *Aims and Effect-Test* ist entscheidend, ob eine Massnahme einen protektionistischen Zweck verfolgt oder eher das Schutzziel (Umwelt, Gesundheit) im Vordergrund steht.⁴⁶ Zusätzlich zur Gleichartigkeit der Produkte (und somit der potentiellen Verletzung des Inländerbehandlungsgebots) muss der Kläger beim *Aims and Effect-Test* den Beweis erbringen, dass die Zielsetzung (*aim*) und die Auswirkung (*effect*) der Massnahme den Schutz der heimischen Wirtschaft des Angeklagten «*so as to afford protection*» nach Art. III:1 GATT bezwecke.⁴⁷ Aufgrund der erhöhten Beweisanforderung schwand der Anreiz für potentielle Kläger, diskriminierende Massnahmen vor das WTO-Streitbeilegungsverfahren zu bringen. Deshalb verschwand dieser Test, der auch als «regulatorische Zweckbestimmung» bekannt ist, spätestens *seit dem Japan-Alcoholic*

⁴⁴ *EC-Asbestos*, AB Report, para. 130: «...we consider it likely that the presence of a known carcinogen in one of the products would have an influence on consumers' tastes and habits regarding that product.»

⁴⁵ *United States-Taxes on Automobiles*, GATT Panel Report (unadopted) vom 11. Oktober 1994, DS31/R, para. 5.29.

⁴⁶ *United States-Measures Affecting Alcoholic and Malt Beverages*, GATT Panel Report vom 19. Juni 1992 (BISD 39S/206), para. 5.74 ff.

⁴⁷ BERRISCH, a.a.O. (FN 13), S. 86-87.

Beverages-Entscheid.⁴⁸ Ausschlaggebend wurde stattdessen, ob es sich um gleichartige Waren handelte oder nicht. Diese Verschärfung zuungunsten der Umwelt hing wohl auch damit zusammen, dass sich die WTO als junge Organisation behaupten musste und am Aufbau einer möglichst lebhaften Streitkultur und Entwicklung der WTO-Rechtsprechung interessiert war. Im Schrifttum schwand das Interesse am *Aims and Effect*-Test nie ganz. Der Test erwachte beim *Brazil-Tyres*-Entscheid von 2008 wieder in der Rechtsprechung (siehe Kapitel III, Titel 5). In diesem Fall wurde das brasilianische Importverbot auf rezyklierte Autopneus gemäss dem Einleitungssatz der allgemeinen Ausnahme von Art. XX GATT, der so genannten *Chapeau*-Analyse (siehe Kapitel III, Titel 5, Abs. 5.2) auf eine handelsbeschränkende, willkürliche und diskriminierende Wirkung geprüft. Zusätzlich zur Prüfung, ob die *Massnahme* importierte Produkte wegen umweltbelastender Auswirkungen schlechter behandle, stellte die Berufungsinstanz neu auch darauf ab, ob die *Massnahme* protektionistisch motiviert war.⁴⁹

Im Fall *EC-Asbestos* schuf das Berufungsorgan einen Ersatz für den nie akzeptierten *Aims and Effect*-Test bei der Prüfung von Gleichartigkeit der Produkte. Für die Entwicklung der WTO-Rechtsprechung in Sachen «Umwelt» ist dieser Fall von grosser Bedeutung. Bei der Prüfung der Gleichartigkeit von Produkten in Art. III:4 soll die Umweltrelevanz einer Massnahme im Verhältnis zu dessen protektionistischer Wirkung gemäss «*so as to afford protection*», dem so genannten *SATAP-Test*, aufgezeigt werden.⁵⁰ Der *SATAP-Test*, der sich aus dem Einleitungssatz von

⁴⁸ *Japan-Taxes on Alcoholic Beverages*, AB Reports vom 4. Oktober 1996, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, p. 27: «It is not necessary for a panel to sort through the many reasons legislators and regulators often have for what they do and with the relative significance of those reasons to establish legislative or regulatory intent ... »

⁴⁹ ROESSLER FRIEDER, *Beyond the Ostensible*, A Tribute to Professor Hudec's Insights on the Determination of Likeness of Products under the National Treatment Provisions of the GATT, 37 *Journal of World Trade* 2003 771, S. 773-774, 779-780; REGAN DONALD, *Further Thoughts on the Role of the Regulatory Purpose under Art. III of the GATT: A Tribute to Bob Hudec*, 37 *Journal of World Trade* 2003 737, S. 752; PORGES AMY / TRACHTMAN JOEL, *Robert Hudec and Domestic Regulation: The Resurrection of Aims and Effects*, 37 *Journal of World Trade* 2003 783, S. 795-797.

⁵⁰ VRANES, a.a.O. (FN 25), S. 245-250, zur Frage, ob der Art. III:1-Test nicht eine Redundanz sei in Bezug auf Produkte, die steuerlich ungleich behandelt werden, weil es für diese Fälle schon einen zweistufigen Test innerhalb von Art. III:2 gibt. Danach gibt es nicht nur «gleichartige» (Art. III:2 erster Satz) Produkte, sondern in Art. III:2 zweiter Satz ist eine Abstufung vorgesehen, welche die Sachverhalte der *de facto*-Diskriminierung aufnimmt: die «direkt kompetitiven oder ähnlich besteuerten Produkte» (*directly competitive or substitutable*).

Art. III:1 ergibt, analysiert den Zweck einer Massnahme und hinterfragt deren Schutzziel. Dabei funktioniert der *SATAP-Test* von Art. III:1 spiegelbildlich zum Protektionismusverbot im Einleitungssatz von Art. XX GATT, dem so genannten *Chapeau*. Beide Tests unterscheiden zwischen einer *de jure* gerechtfertigten und einer *de facto* ungerechtfertigten Ungleichbehandlung und nehmen somit eine Abgrenzungsfunktion wahr.⁵¹ Die konkreten Auswirkungen dieser neuen Interpretation auf weitere Fälle, insbesondere im Umweltbereich, bleiben erst abzuwarten. Zukünftig kann jedoch im Rahmen der Analyse der Wettbewerbsverhältnisse die Prüfung umweltschädigender Wirkung von Waren an Bedeutung gewinnen. Neue Gestaltungsspielräume auf nationaler und regionaler Ebene können somit erschaffen werden.

4. *Herstellungsverfahren als Unterscheidungsmerkmal für Produkte?*

Umweltschädigende Eigenschaften können sich aus dem Produkt selbst, aber auch aus dessen Gebrauch oder Herstellungsprozess ergeben. Für die Umweltpolitik sind nicht nur Vorschriften über Produkte, sondern auch über Herstellungsverfahren von Bedeutung.⁵² Deren WTO-rechtliche Einordnung und Berücksichtigung ist eine der schwierigsten Rechtsfragen überhaupt. Zugleich ist die rechtliche Behandlung unterschiedlicher Produktionsverfahren eine der wichtigsten Herausforderungen im Zusammenspiel von Handel und Umwelt.⁵³ Die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane ist in Bezug auf Massnahmen, welche umweltschädigende Nebenwirkungen der *Produkt Herstellung* eindämmen, nicht gefestigt.⁵⁴ Grundsätzlich gelten für die WTO-Streitbeilegungsorgane Produkte auch dann als gleichartig, wenn diese unterschiedliche Herstellungsprozesse durchliefen.⁵⁵ Die Frage stellt sich, inwieweit die WTO-Rechtsprechung Herstellungsprozesse, die sich

⁵¹ *EC-Asbestos*, AB Report, paras. 141, 147.

⁵² STEDEFORD TODD / PERSAD AMANDA S., *The Influence of Carcinogenicity Classification and Mode of Action Characterization on Distinguishing «Like Products» under Article III:4 of the GATT and Article 2.1 of the TBT Agreement*, N.Y.U. *Environmental Law Journal*, 2007 377, S. 398-404.

⁵³ HUNTER DAVID / SALZMAN JAMES / ZAELE DURWOOD, *International Environmental Law and Policy* (University Casebook Series), Foundation Press, 2nd edition, 2001, S. 1274-1275.

⁵⁴ BERRISCH, a.a.O. (FN 13), S. 88.

⁵⁵ STILLWELL MATTHEW, *Trade and Environment in the Context of Sustainable Development*, in: GEHRING MARKUS W. / CORDONNIER-SEGGER MARIE-CLAIRE (HRSG.), *Sustainable Development in World Trade Law*, Global Trade and Finance Series Volume 9, Kluwer Law International, Leiden 2005, S. 44-47.

nicht im Endprodukt manifestieren, also *non-product-related process and productions methods*, als so genannte PPMs anerkennt.⁵⁶ Ungelöst ist auch die Frage, ob das Gebot der Inländerbehandlung (Art. III GATT) oder nicht vielmehr das Verbot von quantitativen Beschränkungen (Art. XI GATT) zur Anwendung kommt.

Die beiden GATT 1947-Fälle zu *Tuna-Dolphin I (1991)* und *Tuna-Dolphin II (1994)* wie auch der WTO-Entscheid zu *US-Shrimp (1998)* betrafen Produktionsmethoden (PPMs).⁵⁷ Es ging entweder um direkte oder indirekte Importverbote sowie um Kennzeichnungspflichten, deren gemeinsames Merkmal es war, zwischen Tunfisch oder Krevetten nach Massgabe unterschiedlicher Fangmethoden zu unterscheiden. In keiner der beschriebenen Situationen ist der negative, umweltschädigende Aspekt des Fang- bzw. Produktionsprozesses im Produkt selbst, d.h. dem Tunfisch oder den Krevetten, ersichtlich.⁵⁸ Alle drei der oben genannten *Panels* bedienten sich einer ähnlichen Argumentationsweise, die sich auf die Kollisionsnorm, die so genannte Anmerkung zu Art. III in Anhang 1 zum GATT 1994, abstützt. Diese Norm regelt das Verhältnis zwischen Art. III und XI GATT und besagt, dass die auf importierte als auch auf gleichartige inländische Waren Anwendung findenden Vorschriften als interne Vorschriften nach Art. III GATT zu behandeln sind.⁵⁹ Unter Berufung auf den Wortlaut der Kollisionsnorm, die ausschliesslich das Wort «Produkt» verwendet, schlossen die *Panels*, dass nationale Vorschriften, die weniger auf das Produkt selbst (Tunfisch oder Krevetten), sondern auf die umweltschädliche Fangmethode anknüpfen, von Art. XI GATT (Importverbot) erfasst werden und nicht von Art. III GATT (Inländerbehandlung) gedeckt sind. Dies gelte unabhängig davon, ob die Massnahme an der Grenze greift oder ob diese

⁵⁶VRANES, a.a.O. (FN 25), S. 160-161, S. 172-182; HUDEC ROBERT E., «Like Product»: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III, in: COTTIER THOMAS / MAVROIDIS PETROS C. (HRSG.) *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law*, University of Michigan Press 1999, S. 101-124.

⁵⁷*US-Shrimp*, AB Report; *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, Panel Report vom 15. Juni 2001, WT / DS58 / R [*US-Shrimp, Panel Report*].

⁵⁸Siehe allgemein zu PPMs und WTO-Recht NIELSEN LAURA, *The WTO, Animals and PPMs*, Series on International Law and Development, MARTINUS NIJHOFF, Boston 2007.

⁵⁹Der Text des relevanten Teils der *note ad* lautet: «Any internal tax or other internal charge, or any law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 1 which applies to an imported product and to the like domestic product and is collected or enforced in the case of the imported product at the time or point of importation, is nevertheless to be regarded as an internal tax or other internal charge, or a law, regulation or requirement of the kind referred to in paragraph 2, and is accordingly subject to the provisions of Article III.»

diskriminierend auf importierte und inländische Produkte angewandt wird.⁶⁰

In *EC-Asbestos*, der eben gerade nicht die Herstellungsmethode, sondern die Karzinogenität der Produkte betraf, entschied das *Panel*, dass das französische Importverbot zwar als quantitative Beschränkung im Sinne von Art. XI GATT gilt. Weil dieses Importverbot als *logical corollary* (logische Ergänzung) des generellen, in Frankreich für Asbest gültigen *Verwendungsverbots* zu beurteilen ist, wäre gemäss der Kollisionsnorm zu Art. III GATT eine Prüfung nach Art. XI GATT ausgeschlossen. Demzufolge prüfte das *Panel* das französische Importverbot einzig unter Art. III:4 GATT und schloss sich somit der Argumentation der EG an.⁶¹ Hätte das französische Importverbot nur importierte Asbest-Produkte betroffen, kommt es auf den Zeitpunkt bzw. den Ort der Wirkung der Massnahme an. Falls diese ausschliesslich beim Grenzübertritt der Ware beziehungsweise bei der Zollabfertigung greift, wird Art. XI GATT angewendet. Falls die Massnahme greift, wenn das importierte Produkt sich schon auf dem inländischen Markt befindet, wäre der Fall nach Art. III GATT gelöst worden.⁶²

Nach dem derzeitigen Stand der Rechtsprechung wird die umweltrechtliche Relevanz von Herstellungsverfahren unabhängig davon, ob es ein dem Importverbot entsprechendes Verwendungsverbot für inländische Produkte gibt, unter Art. XI statt Art. III GATT analysiert.⁶³ Dieser Ansatz ist aus systematischen Gründen fragwürdig und aus umweltpolitischer Sicht bedenklich. Denn die Behandlung von PPMs in Art. III GATT (statt XI) würde mehr Spielraum für nationale Regulierungsmassnahmen gewähren. Es stellt sich deshalb die Frage, ob in solchen Fällen nicht automatisch auch Art. III GATT geprüft werden könnte, und zwar auch dann, wenn eine Massnahme keine Entsprechung für inländische Produkte fände.⁶⁴ Für diesen Ansatz spricht der Berufungsentscheid im *EC-Asbest*-Fall, wonach jede Wettbewerbssituation zwischen zwei Produkten unter Art. III GATT fiele.⁶⁵ Wenn beispielsweise Konsumenten umweltbelastende Produkte meiden, stünde ein solches importiertes Produkt klar nicht im Wettbewerb mit einem inländischen Produkt und die Inländerbehandlung nach Art. III:2 oder

⁶⁰*Tuna-Dolphin I*, paras. 5.11-5.14; *Tuna-Dolphin II*, para. 5.6, insbesondere 5.8.

⁶¹*EC-Asbestos*, Panel Report, paras. 8.90-8.99.

⁶²BERRISCH, a.a.O. (FN 13), S. 132.

⁶³STILWELL, a.a.O. (FN 55), S. 46.

⁶⁴VRANES, a.a.O. (FN 25), S. 322-327.

⁶⁵*EC-Asbestos*, AB Report, para. 123.

4 GATT müsste nicht gewährt werden. Umgekehrt muss auch bedacht werden, dass eine automatische Prüfung unter Art. III GATT gerade im Fall von Entwicklungsländern zu zusätzlichen Einfuhrbeschränkungen für deren Produkte führen kann und aus dieser Sicht auch Argumente für eine Behandlung im Rahmen von Art. XI GATT vorgebracht werden können.⁶⁶

5. Umweltschutz als Rechtfertigungsgrund: Die zweistufige Prüfung nach Art. XX(g) GATT

5.1 Einleitung

Kommen ein *Panel* oder das Berufungsorgan bei der Beurteilung zum Ergebnis, dass eine lokale, nationale oder regionale Umweltschutzregelung gegen die Inländerbehandlung nach Art. III oder das Importverbot nach Art. XI GATT verstösst, muss diese Massnahme noch nicht unbedingt zurückgenommen werden. Vielmehr kann das betreffende WTO-Mitglied argumentieren, dass die Massnahme die Erfordernisse einer *allgemeinen Ausnahme* nach Art. XX GATT erfülle und somit von den WTO-Pflichten befreit ist.

Unter dem Titel «Allgemeine Ausnahme» umfasst Art. XX GATT unter anderem Massnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen (Bst. b) sowie zur Erhaltung begrenzt vorhandener natürlicher Ressourcen (Bst. g). Neben Art. III ist Art. XX somit eine weitere Rechtsnorm, die für Fälle im Spannungsfeld zwischen Handel und Umwelt relevant ist.⁶⁷

⁶⁶SCHLAGENHOF MARKUS, Trade Measures Based on Environmental Process and Production Methods, *Journal of World Trade* 1995 123, S. 123 ff.; CHARNOVITZ STEVE, Green Roots, Bad Pruning: GATT Rules and their Application to Environmental Trade Measures, *Tulane Environmental Law Journal* 1994 299, S. 324; anzumerken ist, dass derartige Fälle auch unter dem Übereinkommen über technische Handelshemmnisse, Anhang 1A.6 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, (SR 0.632.20) geprüft werden können, das ausdrücklich auf technische Vorschriften und Standards zu Produktionsmethoden Bezug nimmt.

⁶⁷COTTIER / TÜRK / PANIZZON, a.a.O. (FN 36), S. 159.

Während Massnahmen zum Schutz der Gesundheit der Menschen keine direkte umweltrechtliche Relevanz haben, gehen die WTO-Streitbeilegungsorgane beim Schutz vor Asbest (*EC-Asbestos*)⁶⁸, vor Nikotin (*Thailand-Cigarettes*⁶⁹, *Dominican Republic-Cigarettes*)⁷⁰, vor genetisch veränderten Organismen (*EC-Biotech*)⁷¹ sowie vor hormonbehandeltem Fleisch (*EC-Hormones*)⁷², vor gefrorenem Fisch (*Australia-Salmon*)⁷³ oder zum Schutz vor Pandemierisiken (*Brazil-Tyres*) in ähnlicher Weise vor, wie wenn es sich um Umweltschutz handelt. Allerdings sind die Anforderungen, die Art. XX(b) GATT an den Beweis eines Gesundheitsrisikos stellt, strenger als diejenigen von Art. XX(g) GATT bezüglich der Umweltgefährdung. Damit tragen die WTO-Vertragstexte der Tatsache Rechnung, dass die Kosten einer Risikofehleinschätzung im Gesundheitsbereich höher sind. Trotzdem ist die WTO-Fallrechtsprechung, welche diese ungleiche Anforderung an Beweise noch verschärft hat, in der Lehre kritisiert worden, nicht zuletzt weil die Trennung zwischen Gesundheit und Umwelt realitätsfremd ist und weil nationale Schutzmassnahmen oft beide Schutzgüter überlappend behandeln.⁷⁴

⁶⁸*European Communities-Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products*, AB Report vom 12. März 2001, WT / DS135 / AB / R [*EC-Asbestos*, AB Report].

⁶⁹*Thailand-Restrictions on Importation and Internal Taxes on Cigarettes*, Panel Report vom 7. November 1990, DS10 / R-37S / 200 [*Thailand-Cigarettes*, Panel Report].

⁷⁰*Dominican Republic-Measures Affecting the Importation and Internal Sale of Cigarettes*, AB Report vom 25. April 2005, WT / DS302 / AB / R.

⁷¹*European Communities-Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Panel Reports vom 29. September 2006, WT / DS291 / R, WT / DS292 / R, WT / DS293 / R [*EC-Biotech*, Panel Reports].

⁷²*EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT / DS26 / AB / R, WT / DS48 / AB / R vom 16. Januar 1998.

⁷³*Australia-Measures Affecting Importation of Salmon*, AB Report vom 20. Oktober 1998, WT / DS18 / AB / R.

⁷⁴GREEN ANDREW / EPPS TRACEY, The WTO, Science and The Environment: Moving Towards Consistency, *Journal of International Economic Law* 2007 285, S. 307-313.

5.2 Aufbau der Rechtfertigungsnorm und Prüfungsschritte

Die Berichte des Berufungsorgans in *US-Gasoline*⁷⁵ und *US-Shrimp*⁷⁶ trugen wesentlich zur Klärung der Abfolge der Prüfungsschritte unter Art. XX GATT bei. Während die Rechtsprechung zu *Tuna-Dolphin* unter dem «alten» GATT zuerst die Tatbestandsmerkmale des Einleitungsabsatzes von Art. XX GATT, dem *Chapeau*, prüfte (*Chapeau-first approach*), hat das Berufungsorgan in *US-Gasoline* und *US-Shrimp* das Prüfungsprogramm für den zweistufigen Test (*two-tier analysis*) umgekehrt: Zuerst werden die speziellen Voraussetzungen des jeweils einschlägigen Unterabsatzes (Schutzziel und *link*-Analyse) geprüft und erst im Anschluss wird analysiert, ob die provisorisch gerechtfertigte Massnahme auch den drei kumulativ zu erfüllenden, allgemeinen Voraussetzungen des *Chapeaus* standhält. Der *Chapeau*-Test funktioniert ähnlich wie der *SATAP-Test* im Einleitungssatz von Art. III:1, denn er untersucht ebenfalls die Massnahme auf ungerechtfertigte handelsbeschränkende, diskriminierende und willkürliche Wirkung. Diese drei *Chapeau*-Kriterien verlangen, dass die Rechtfertigung einer Massnahme nicht zu einer:

- (i) willkürlichen Diskriminierung,
- (ii) ungerechtfertigten Diskriminierung oder
- (iii) versteckten Beschränkung des internationalen Handels führt.⁷⁷

Gemäss ständiger Praxis des Berufungsorgans ist der erste der beiden Prüfungsschritte wiederum in zwei weitere Fragen zu unterteilen: Als erstes muss das Beweislast tragende, sich verteidigende WTO-Mitglied zeigen, dass die betreffende Massnahme auf die Verwirklichung eines der in den Unterabsätzen des Art. XX (a)-(j) GATT angeführten Schutzziele gerichtet ist. Die für Umweltmassnahmen relevanten Schutzziele sind in den Unterabsätzen (b) und (g) definiert: Es

⁷⁵ *United States-Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Panel Report vom 29. Januar 1996, WT/DS2/R, und AB Report vom 19. April 1996, WT/DS2/AB/R, S. 22 [*US-Gasoline*, AB Report]: «In order that the justifying protection of Article XX may be extended to it, the measure at issue must not only come under one or another of the particular exceptions – paragraphs (a) to (j) – listed under Article XX; it must also satisfy the requirements imposed by the opening clauses of Article XX. The analysis is, in other words, two-tiered: first, provisional justification by reason of characterization of the measure under XX(g); second, further appraisal of the same measure under the introductory clauses of Article XX.»

⁷⁶ *US-Shrimp*, AB Report, para. 117: «The Panel disregarded the sequence of steps, essential for carrying out ...»

⁷⁷ *US-Gasoline*, AB Report, S. 21; *US-Shrimp*, AB Report, para. 119; ALTEMÖLLER, a.a.O. (FN 28), S. 177 ff.

sind dies der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Mensch, Tier und Pflanzen (b) und der Schutz von nicht erneuerbaren natürlichen Ressourcen (g).

Im Anschluss daran ist zu zeigen, dass die Massnahme die so genannten *link*-Elemente erfüllt, im Falle des Art. XX(b) GATT *necessary to*, d.h. *notwendig* zur Erreichung des Schutzzieles ist, oder im Falle des Art. XX(g) GATT *relating to*, also *in Zusammenhang mit* dem Schutzziel steht.

5.3 Die Tests der Notwendigkeit und des sachlichen Zusammenhangs

In enger Beziehung zur Frage nach dem Schutzziel steht die Frage nach dem Inhalt der Regulierung, die so genannten *link*-Elemente (Ziff. III. 2.). Auch die *link*-Elemente standen im Kreuzfeuer der Kritik. Insbesondere weil die Rechtsprechung das Erfordernis der *Notwendigkeit* von Massnahmen zum Schutz von Leben und Gesundheit in Art. XX(b) GATT im Sinne eines Verhältnismässigkeitstests verschärft hat, sodass im Ergebnis die wenigsten der geprüften nationalen Gesundheitsschutzmassnahmen den Notwendigkeitstest erfüllen und als allgemeine Ausnahme vom Importverbot oder der Pflicht zur Inländerbehandlung gerechtfertigt werden konnten. Vor allem frühere GATT 1947-*Panels* betrachteten eine Massnahme allein dann als notwendig im Sinne des Art. XX(b) GATT, wenn keine Alternative existierte.⁷⁸ Dieser strenge Notwendigkeitstest grenzt sich vom mildereren *relating to*-Test des Art. XX(g) GATT zum Schutz natürlicher Ressourcen (Art. XX(b) GATT) ab (siehe oben 5.1). Spätere Fälle, insbesondere *Korea-Beef*⁷⁹ und *EC-Asbestos*, haben den Notwendigkeitstest jedoch wieder abgeschwächt und namentlich eine Interessenabwägung eingeführt.⁸⁰ Bei der Interessenabwägung kommen eine Reihe von Faktoren zum Tragen, so unter anderem der Beitrag, den die Massnahme zur Erreichung des Schutzzieles leistet, die Wichtigkeit des gemeinsamen Interesses und die handelsbeschränkende Auswirkung der Massnahme.⁸¹ In der neuesten Rechtsprechung, insbesondere im *Brazil-Tyres*-Fall vom

⁷⁸ *Thailand-Cigarettes*, para. 75; *US-Sect. 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, para. 5.26 vom 7. November 1989.

⁷⁹ *Korea-Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, AB Report vom 11. Dezember 2000, WT/DS161/AB/R, para. 162 [*Korea-Beef*, AB Report].

⁸⁰ NEUMANN JAN/TÜRK ELISABETH, *Necessity Revisited – Proportionality in WTO Law after Korea-Beef, EC-Asbestos and EC-Sardines*, 37(1) *Journal of World Trade* 2003 199, S. 210-217.

⁸¹ *Korea-Beef*, AB Report, paras. 163, 166 ff. und *EC-Asbestos*, AB Report, para. 172.

3. Dezember 2007, wurde der Notwendigkeitstest von Art. XX (b) jedoch wieder verschärft.⁸²

Die Erfordernisse am *link*-Element *relating to* in Art. XX(g) GATT zum Schutz der Umwelt wurden hingegen abgeschwächt, sodass entgegen früheren Auffassungen nicht mehr eine enge Bindung nachgewiesen werden muss. Vielmehr genügt seit *US-Automobile Taxes* der Nachweis eines gesamthaft hinreichenden Zusammenhangs zwischen der handelsbeschränkenden Massnahme und den angestrebten Umweltzielen.⁸³ In *US-Gasoline* stellte die Berufungsinstanz fest, dass *relating to* in Art. XX(g) GATT eine schwächere Bindung der Massnahme an das Schutzziel bedeutet als das *necessary for* in Art. XX(b) GATT. *Relating to* sei im Sinne von «*primarily aimed at*», also «hauptsächlich abzielend auf», zu interpretieren und sei nicht als *least restrictive means*-Test zu verstehen. Daher betrachtet die Berufungsinstanz den *relating to*-Test, der bei Umweltmassnahmen hauptsächlich zur Anwendung kommt, im Vergleich zum Notwendigkeitstest, der gemäss Art. XX(b) GATT beim Gesundheitsschutz gefordert wird, als *textually as more flexible*, also als mehr Spielraum gewährend.⁸⁴

5.4 Die Prüfung des Massnahmensehwecks: Ausgeweitete Chapeau- und Link-Analyse in *Brazil-Tyres*

Der *Brazil-Tyres*-Fall stellt in gleich dreifachem Sinn einen Paradigmenwechsel in der WTO-Rechtsprechung zu Handel, Gesundheit und Umwelt dar. Nicht nur wurde die *link*-Analyse verschärft und die Güterabwägung im *Chapeau* um den *SATAP-Test* ausgeweitet,⁸⁵ erstmals trat auch ein Entwicklungsland als beklagte Partei auf, das seine Umweltmassnahmen gegenüber einem Industriestaat zu verteidigen hatte.⁸⁶

⁸² *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, AB Report, para. 143.

⁸³ *US-Taxes on Automobiles*, Panel Report vom 11. Oktober 1994, DS31/R, para. 5.63.

⁸⁴ *US-Gasoline*, AB Report, S. 16-22.

⁸⁵ HORN HENRIK/MAVROIDIS PETROS C., Burden of Proof in Environmental Disputes in the WTO: Legal Aspects, Research Institute of Industrial Economics IFN Working Paper No. 793, 2009, S. 24: Wenn die Gleichartigkeit zwischen dem importierten und inländischen Produkt feststeht und das importierte Produkt nicht-fiskalisch belastet wird (Art. III:4 statt III:2 GATT), muss der Kläger den *SATAP-Test* erbringen, damit Ungleichbehandlung nach Art. III:4 GATT feststeht.

⁸⁶ OESCH MATTHIAS, The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution, Schweizerische Zeitschrift für internationales und europäisches Recht SZIER/RSDIE 2007 671, S. 675.

In *Brazil-Tyres (2008)* war zu entscheiden, ob das brasilianische Importverbot gegen rezyklierte und gebrauchte Pneus aus der EU diskriminiere oder aus Gründen des Gesundheitsschutzes notwendig sei. Brasilien führte ein Importverbot für besagte Pneus mit der Begründung ein, von den im Freien zu Abfallbergen gestapelten Pneus gehe die Gefahr von Dengue-, Gelb- sowie Malariafieber aus, denn das sich darin angesammelte Brackwasser sei eine Brutstätte von Moskitos, welche diese Krankheiten übertragen. Ebenso führe die Verbrennung dieser Pneus zu toxischen Emissionen, welche sowohl für die Umwelt als auch den Menschen schädlich seien. Mercosur-Länder waren aufgrund eines Schiedsgerichtsentscheids vom Importverbot befreit und es gab die Möglichkeit über einstweilige Verfügungen eine ausnahmsweise Importbewilligung gerichtlich zu erwirken.

Das *Panel* entschied, dass das brasilianische Importverbot unter die von Art. XX(b) GATT anvisierten Politiken falle und deshalb provisorisch unter Art. XX(b) GATT zu rechtfertigen sei.⁸⁷ Das *Panel* argumentierte, dass es in der Praxis keine vernünftige Alternative zu einem Importverbot gibt, um das Übertragungsrisiko von Krankheiten sowie die toxischen Emissionen zu verringern, obschon es theoretisch denkbar wäre, die Pneus einzulagern.⁸⁸ Zu diesem Ergebnis kam das *Panel* über eine zwei- statt einstufige *link*-Analyse, bei der die Notwendigkeit der Massnahme für den Gesundheitsschutz in Art. XX(b) GATT festgehalten ist. Das *Panel* untersucht erstens, ob das Importverbot dazu beitrug, die Anzahl der rezyklierten Pneus in Brasilien zu senken. Zweitens prüfte es, ob die Verringerung der Anzahl herumliegender Pneus nun tatsächlich die Seuchengefahr verminderte.⁸⁹ Mit dem zweiten Element führte das *Panel* ein neues *Benchmark* für den *necessary to*-Test ein, nämlich das Erfordernis, dass die Massnahme erheblich dem Schutzziel dienen sollte. Im Ergebnis milderte dieses zweistufige Vorgehen den bisherigen Notwendigkeitstest. Das *Panel* folgte mit dem neuen zweistufigen *necessary to*-Test den Ausführungen Brasiliens. Brasilien

⁸⁷ *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, Panel Report vom 12. Juni 2007, WT/DS332/R, para. 7.67 [*Brazil-Tyres*, Panel Report].

⁸⁸ *Brazil-Tyres*, Panel Report, para. 7.11.

⁸⁹ *Brazil-Tyres*, Panel Report, para. 7.122: «The Panel agrees that this approach constitutes, overall, the relevant benchmark for the assessment of the measure's contribution to the objective pursued. Therefore, the Panel will assess: (a) whether the import ban can contribute to the reduction of the number of waste tyres generated in Brazil; and (b) whether the reduction of the number of waste tyres can in turn contribute to the reduction of the risks to human, animal and plant life and health arising from waste tyres.»

bewies, dass das Importverbot die Seuchengefahr erheblich reduzierte. Somit galt das brasilianische Importverbot für das *Panel* als provisorisch gerechtfertigt.⁹⁰ Diese Milderung des Notwendigkeitstests gilt als Gewinn für den Gesundheitsschutz, denn in den Fällen *Korea-Beef* und *EC-Asbestos* scheiterten die Massnahmen schon an der *link*-Analyse.

Doch damit die Massnahme zum Schutz der Gesundheit auch unter dem *Chapeau* von Art. XX GATT gerechtfertigt sei, musste die beklagte Partei beweisen, dass die Massnahme neu nicht nur marginal oder insignifikant, sondern vielmehr «gewichtig» (auf Englisch *material*) der Erfüllung des Massnahmenzwecks (Gesundheitsschutz) diene und nicht erheblich von einer anderen Massnahme unterhöhlt wurde.⁹¹ Dieser Beweis gelang Brasilien allerdings nicht. Das *Panel* verneinte deshalb die Rechtfertigung des brasilianischen Importverbots unter dem *Chapeau* von Art. XX GATT, denn in dem Ausmass wie brasilianische Gerichte Ausnahmen vom Importverbot gewähren, könne das Verbot gar nicht mehr zur Erfüllung der Schutzziele (Verringerung des Pandemierisikos) beitragen. Somit komme die Art und Weise, wie das Importverbot über die Gerichtspraxis (einstweilige Verfügungen) unterlaufen werde, einer «willkürlichen» (*arbitrary*) und «versteckten Handelsbeschränkung» (*disguised restriction on international trade*) gleich, welche eine Rechtfertigung des Importverbots unter dem *Chapeau* von Art. XX GATT nicht zulasse. Die Mercosur-Ausnahme galt für das *Panel*, nicht aber für die Berufungsinstanz, als «versteckte», jedoch nicht «willkürliche» Handelsbeschränkung. Trotzdem entschloss sich die EU, als eigentliche Gewinnerin des Falls, den *Panel*-Entscheid vor die Berufungsinstanz weiterzuziehen.⁹²

Die Berufungsinstanz folgte in ihrer Entscheidung vom 3. Dezember 2007 dem *Panel* mit dem einzigen Unterschied, dass nicht erst abhängig von der jeweiligen *Anzahl* der vom Gericht gewährten, einstweiligen Ausnahmen auf eine versteckte Beschränkung des internationalen Handels zu schliessen sei. Vielmehr liefe das Importverbot dem *Chapeau* von Art. XX GATT schon allein deshalb zuwider, weil das brasilianische Gesetz die *Möglichkeit* gerichtlicher Ausnahmebewilligungen zuliesse. Diese Möglichkeit durchbreche den Kausalzusammenhang zwischen Importverbot und Schutzziel (den *necessary to*-Test bei der *link*-Analyse in Art. XX(b) GATT), was einer willkürlichen und diskriminierenden Be-

schränkung des Pneuhandels gemäss den *Chapeau*-Kriterien gleichkomme.⁹³ Es befand, dass insbesondere bei Importverboten nach Art. XI GATT, die schon an sich das restriktivste Handelsinstrument insgesamt darstellen (im Vergleich zu Fällen der Ungleichbehandlung nach Art. III GATT), noch weitere Faktoren als nur die Interessenabwägung des *Chapeaus* von Art. XX GATT darüber zu entscheiden hätten, ob die Massnahme eine handelsbeschränkende Wirkung zeitige. Insbesondere sei der Beitrag der Massnahme zur Erfüllung des damit bezweckten Ziels zu prüfen.⁹⁴ Dabei befand die Berufungsinstanz Importverbote dann als gerechtfertigte Handelsbeschränkung, wenn es um die Verfolgung eines «Nullrisikos» in der Gesundheitspolitik ging (*EC-Hormones*), während ein Importverbot zum Schutz der Gesundheit von Tieren nicht gerechtfertigt sei (*Japan-Apples*).⁹⁵ Indem die Berufungsinstanz den Notwendigkeitstest der *link*-Analyse um den *material contribution*-Test des *Chapeau* verschärfte, verzichtete diese teilweise auf die traditionelle Güterabwägung im *Chapeau* von Art. XX GATT. Stattdessen wird gemäss der *Brazil-Tyres*-Rechtsprechung das Gewicht (wieder) auf die Motivierung der Massnahme gelegt (siehe den nachfolgenden Abschnitt IV.).⁹⁶ Dieses Vorgehen führte zu heftiger Kritik in der Literatur.⁹⁷

Zudem hat der *Brazil-Tyres*-Entscheid die Kohärenz der WTO-Rechtsprechung dadurch erhöht, dass die Vorgehensweise bei Gesundheitsfällen derjenigen von Umweltfällen angeglichen wurde. Bei Umweltfällen wurde die Massnahme auch erst bei der *Chapeau*-Analyse (und nicht schon bei der *link*-Analyse) auf eine mögliche mildere Alternative geprüft, beispielsweise ob eine Verhandlungsmöglichkeit bestanden hätte wie in *US-Shrimp* (siehe Kapitel IV). Doch im Unterschied zum *US-Shrimp*-Entscheid, bei dem das Berufungsorgan auf die Prüfung der handelsbeschränkenden oder diskriminierenden *Wirkung* einer Schutzmassnahme verzichtete und stattdessen in der *Chapeau*-Analyse eine Interessenabwägung (*balancing test*) durchführte,⁹⁸ prüfte das Berufungsorgan im Fall *Brazil-Tyres* die Zielsetzung und somit

⁹³ *Brazil-Tyres*, AB Report, paras. 240-252.

⁹⁴ *Brazil-Tyres*, AB Report, para. 143.

⁹⁵ HORN / MAVROIDIS, a.a.O. (FN 85), S. 28.

⁹⁶ *Brazil-Tyres*, AB Report, para. 151.

⁹⁷ BOWEN CHAD P. / TRACHTMAN JOEL P., *Brazil-Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres: A Balancing Act*, World Trade Review 2009 85, S. 131-132.

⁹⁸ Bei der Interessenabwägung wird das Recht des importierenden Staates, die Umwelt zu schützen, der Pflicht dieses Staates gegenübergestellt, das Recht auf Marktzugang der WTO-Mitglieder zu respektieren.

⁹⁰ *Brazil-Tyres*, Panel Report, paras. 7.146-148.

⁹¹ *Brazil-Tyres*, AB Report, paras. 150-153.

⁹² OESCH, a.a.O. (FN 86), S. 674.

die dahinterliegende gesetzgeberische *Motivierung* einer Massnahme – im besagten Fall das Importverbot Brasiliens auf rezyklierten oder gebrauchten Autopneus.⁹⁹ Im *US-Shrimp*-Fall war das Berufungsorgan noch (gestützt auf den *US-Gasoline*-Fall) davon ausgegangen, dass der Sinn und Zweck einer Massnahme entweder als *Aims and Effect*-Test in der Prüfung der Inländerbehandlung gemäss Art. III:1 GATT vorzunehmen sei oder spätestens beim *link*-Test im entsprechenden Ausnahmebestand von Art. XX(a-j) GATT geprüft wird.¹⁰⁰

Für Umweltsachen bedeutet die neueste Rechtsprechung einen Gewinn. Gerechtfertigte regulatorische Anliegen, wie Umweltschutz oder die Verhinderung von Gesundheitsrisiken, können neu besser berücksichtigt werden, weil diese Ziele getrennt von der Wirkung einer Massnahme zu prüfen sind.

Die ausgeweitete *Chapeau*-Analyse der *Brazil-Tyres*-Rechtsprechung, die den regulatorischen Sinn und Zweck einer Massnahme auf protektionistische Absichten auch in der Ausnahmebestimmung und nicht nur beim *SATAP-Test* im Einleitungssatz von Art. III:1 GATT prüft, lässt den *Aims and Effect-Test* wieder aufleben.¹⁰¹ Dies hat vor allem hinsichtlich der Beweislast grosse Konsequenzen für die Streitparteien. Für die Lösung nach *Brazil-Tyres* spricht, dass es beweisrechtlich einfacher ist, die *Prüfung des Massnahmenzwecks* im Zuge der *Chapeau*-Analyse von Art. XX GATT durchzuführen, wo es der beklagten Partei obliegt, den Sinn und Zweck der eigenen Massnahmen zu verteidigen. Im Rahmen der Klage auf Verletzung der Inländerbehandlung wird gemäss ständiger Rechtsprechung quasi automatisch (*prima facie*) auch die Unzulässigkeit der Massnahme etabliert, so dass der Kläger dies nicht nachzuweisen hat. Wenn jedoch der regulatorische Zweck einer Massnahme schon beim *SATAP-Test* nach Art. III:1 GATT geprüft wird, dann müsste der Kläger zusätzlich zum Beweis der Gleichartigkeit der Produkte den schwierigen Beweis erbringen, dass der Gesetzgeber des beklagten Landes mit der Massnahme protektionistische Ziele ver-

⁹⁹ *Brazil-Tyres*, AB Report, para. 227: «The assessment of whether discrimination is arbitrary or unjustifiable should be made in the light of the objective of the measure.»

¹⁰⁰ *US-Shrimp*, AB Report, para. 149: «The policy goal of a measure at issue cannot provide its rational or justification under the standards of the *Chapeau* of Article XX. The legitimacy of the declared policy objective of the measures, and the relationship of that objective with the measure itself and its general design and structure, are examined under Article XX(g).»

¹⁰¹ DAVIES ARWEL, Interpreting the Chapeau of GATT Article XX in Light of the «New» Approach in *Brazil-Tyres*, *Journal of World Trade* 2009 522, S. 534-538.

folgte.¹⁰² Bei der Prüfung des regulatorischen Massnahmenzwecks im *Chapeau* von Art. XX GATT würde es umgekehrt der beklagten Partei obliegen zu beweisen, dass der eigene Gesetzgeber mit der Massnahme keine protektionistischen Zwecke verfolgen wollte.

IV. Konflikt und Kohärenz von WTO und multilateralen Umweltabkommen

1. Multilaterale Umweltabkommen in der WTO-Vertragsauslegung

Den Umweltabkommen kommt in der GATT 1947- und WTO-Rechtsprechung aus mehreren Gründen eine bedeutende Rolle zu. Die Streitparteien zitieren Umweltabkommen beim Test der Gleichartigkeit von Produkten im Rahmen der Inländerbehandlung (Art. III GATT), aber auch bei der Rechtfertigung GATT-inkompatibler Handelsschranken durch die allgemeine Ausnahme von Art. XX(g) GATT. Um ein Umweltabkommen zur Auslegung der WTO-Verträge beizuziehen, muss erst die Vorfrage nach den Kriterien geklärt werden. Dabei handelt es sich um eine klassische Frage der völkerrechtlichen Vertragsauslegung, welche die WTO-Streitbeilegungsorgane – teilweise losgelöst von den Vorgaben der WVK – oft uneinheitlich ausgelegt haben, insbesondere was die Frage der Mitgliedschaftskriterien von WTO-Mitgliedern zu diesen Abkommen anging (siehe unten IV:8).

Es können drei Etappen im Verhältnis von WTO-Recht und multilateralen Umweltabkommen unterschieden werden. Die frühe Rechtsprechung unter dem GATT 1947 hatte die Ausnahmebestimmung von Art. XX dezidiert von Umweltabkommen losgelöst ausgelegt, um der Verbreitung der extraterritorial wirksamen, nationalen Handelsbeschränkungen Gegensteuer zu geben, da diese die multilaterale Handelsliberalisierung zu erodieren drohten. Damit stand beispielsweise der *Tuna II*-Entscheid des GATT 1947 in Konflikt mit den multilateralen Umweltabkommen, welche die Extraterritorialität propagierten, um dem Umweltschutz in der Abwesenheit von globalen Umweltstandards

¹⁰² QIN JULIA YA, Defining Non-discrimination under the Law of the World Trade Organization, *Boston University International Law Journal* 2005 215, S. 272-273.

weltweit zu einer besseren Geltung zu verhelfen.¹⁰³ Diese Entscheide waren auf Kritik gestossen.

Erst der Verweis auf eine nachhaltige Entwicklung in der Präambel des Marrakesch-Abkommens zur Errichtung der WTO hat dann den Einbezug multilateraler Umweltabkommen erleichtert und führte zur zweiten, liberalen Etappe der WTO-Rechtsprechung zu Handel und Umwelt.¹⁰⁴ Im Unterschied zum GATT 1947 moniert denn auch Art. 3:2 DSU ausdrücklich die Anwendung völkergewohnheitsrechtlicher Vertragsauslegungsregeln (vgl. Art. 31-33 WVK).¹⁰⁵ Damit verlangt das WTO-Recht eine gewisse Öffnung hin zu anderen Quellen des Völkerrechts.¹⁰⁶ Weil der spezifische Ausnahmetatbestand von Art. XX(g) GATT den Begriff der *erschöpfbaren natürlichen Ressourcen* (*exhaustible natural resources*) nicht eingehend definiert, konnte das Berufungsorgan im Fall *US-Gasoline* unter Beizug multilateraler Umweltabkommen die Luft zu diesen zählen. Im Licht von Umweltabkommen ausgelegt, erhält Art. XX(g) GATT somit die Bedeutung, die den neusten Entwicklungen des Umweltvölkerrechts Rechnung trägt.¹⁰⁷ In ähnlicher Weise legte das Berufungsorgan im *US-Shrimp*-Fall den Begriff der *exhaustible natural resources* des Art. XX(g) im Kontext der Biodiversitätskonvention von 1992¹⁰⁸ als auch der unverbindlichen *soft law* der Rio Agenda 21 zu Umwelt und Entwicklung desselben Jahres aus.¹⁰⁹ Damit erreichte das Berufungsorgan, dass Meeresschildkröten ebenso zu den *erschöpfbaren natürlichen Ressourcen* von Art. XX(g) zählen. Denn die Umweltabkommen stehen für die Tatsache ein, dass der Begriff der erschöpfbaren natürlichen Ressourcen seit der Zeit der Verhandlung des ursprünglichen GATT von 1947 einen durchaus breiteren Charakter angenommen hat. Er umfasst neben Bodenschät-

zen heute auch lebendige, jedoch vom Aussterben bedrohte Tierarten.¹¹⁰ Der Umstand, dass die Berufungsinstanz im Fall *US-Shrimp (1998)* das GATT 1994 nicht mehr *in clinical isolation* von anderen Rechtsgebieten auslegte, zeigt die Bemühung auf, die Kohärenz zwischen Handel und Umwelt zu verbessern.¹¹¹

Für die Frage, ob ein Umweltabkommen zur Auslegung eines WTO-Vertragstextes oder einzig als unverbindliches Material herbeigezogen werden kann,¹¹² ist die Parteienidentität ausschlaggebend.¹¹³ Grundsätzlich müssen Umweltabkommen gemäss Art. 31:3(c) WVK als zwischen den WTO-Mitgliedern oder Streitparteien anwendbares Recht gelten, um zur Auslegung der WTO-Verträge beigezogen werden zu können.¹¹⁴ In dieser Frage scheinen *Panels* und die Berufungsinstanz gespalten zu sein und entscheiden je nach Fallkonstellation unterschiedlich. Für die uneinheitliche Praxis ist nicht zuletzt der Wortlaut von Art. 31:3 WVK verantwortlich. Aus ihm geht nicht klar hervor, ob sich der Begriff «Parteien» einzig auf die Streitparteien in einem Fall bezieht oder ob es Bedingung ist, dass alle Parteien des einen Abkommens auch gleichzeitig Mitglieder desjenigen Abkommens sein müssen, welches zur Auslegung verwendet werden soll (Parteienidentität). Das *Tuna II-Panel* weigerte sich, Umweltabkommen beizuziehen, weil nicht alle GATT 1947-Mitglieder Parteien der zitierten Umweltabkommen seien. Gemäss dieser restriktiven Auslegung des Begriffs «Partei» in Art. 31:3 WVK galten die Umweltabkommen demnach nicht als auf den GATT-Vertrag «anwendbares» Recht.¹¹⁵ In der Konstellation des *US-Shrimp*-Falls war es allerdings einfacher, Umweltabkommen gemäss Art. 31:1 und 31:3(c) WVK auf WTO-Recht anzuwenden. Die USA hatte als beklagte Partei Umweltabkommen zu ihrer Verteidigung zitiert, in denen sie gar nicht Mitglied war, so dass es der Berufungsinstanz nicht schwer fiel, vom Kriterium der Parteienidentität abzusehen.

¹⁰³ CHARNOVITZ STEVE, *Dolphins and Tuna: An Analysis of the Second GATT Panel Report*, Environmental Law Reporter 1994, 10567, S. 10573-82, 10587; Howse, a.a.O. (FN 28), S. 492-493.

¹⁰⁴ LANG ANDREW, *Reflecting on «Linkage»: Cognitive and Institutional Change in the International Trading System*, 70(4) *Modern Law Review* 2007 523, S. 529-534.

¹⁰⁵ Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung, Anhang 2 des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994, (SR 0.632.20).

¹⁰⁶ PANIZZON MARION, *Good Faith in the Jurisprudence of the WTO*, Hart Publishing, Oxford 2006, S. 2-6.

¹⁰⁷ *US-Gasoline*, AB Report, S. 14, 18-19, 29-30; HILF MEINHARD, *Power, Rules and Principles: Which Orientation for WTO/GATT Law*, *Journal of International Economic Law* 2001 111, S. 118-119.

¹⁰⁸ Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt (mit Anhängen) (SR 0.451.43).

¹⁰⁹ *US-Shrimp*, AB Report, para. 130; UNEP, *Rio Declaration on Environment and Development*, <http://www.unep.org>

¹¹⁰ *US-Shrimp*, AB Report, paras. 128 ff.

¹¹¹ *US-Gasoline*, AB Report, S. 17.

¹¹² COTTIER THOMAS, *Implications of Trade Law and Policy: Towards Convergence and Integration*, in: BAIL CHRISTOPH / FALKNER ROBERT / MARQUARD HELEN (HRSG.), *The Cartagena Protocol on Biosafety – Reconciling Trade in Biotechnology with Environment and Development*, Earthscan, London 2002, S. 467 ff.

¹¹³ PUTH, a.a.O. (FN 3), S. 588.

¹¹⁴ Wiener Übereinkommen vom 23. Mai 1969 über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969, für die Schweiz am 6. Juni 1990 in Kraft getreten (SR. 0.111).

¹¹⁵ *Tuna-Dolphin II*, paras. 3.38, 3.42, 5.18-5.20; die EG und die Niederlande hielten gegen die USA, dass Art. XX sich darauf beschränkt, den Schutz natürlicher Ressourcen zu rechtfertigen, die sich in einem begrenzten Raum befinden.

2. *EC-Biotech: Ein Rückschritt für die Kohärenz zwischen Handels- und Umweltabkommen?*

Auch der jüngste *Panel*-Entscheid *EC-Biotech* vom 29. September 2006 und somit die dritte Etappe in der Rechtsprechung brachte keine endgültige Klärung zur Frage, welches die Anforderungen an die Mitgliedschaft eines Umweltabkommens sind, damit ein solches zur Auslegung einer WTO-Vertragsbestimmung beigezogen werden kann.¹¹⁶ Vor allem aber hat die WTO-Rechtsprechung in der Mitgliedschaftsfrage mit dem *Panel*-Entscheid *EC-Biotech* eher Rückschritte gemacht.

Gemäss den Klägern Argentinien, Kanada und USA hatte sich das verzögerte Bewilligungsverfahren für den Import in die EU von Produkten, die mit genetisch modifizierten Organismen hergestellt wurden, *de facto* als Importstopp ausgewirkt. Das *Panel* stellte sich auf den Standpunkt der Kläger und entschied, dass die Verzögerungen bei der Bewilligungserteilung einem Importverbot gleichkämen und deshalb gegen das Verbot ungerechtfertigter Verzögerung in Art. 8 des Übereinkommens über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen (*Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS-Abkommen*) und dessen Anhang C verstossen.¹¹⁷ Die von einigen EU-Mitgliedstaaten ohne Risikoanalyse nach Art. 5.1 des *SPS-Abkommens* eingeführten Importverbote und temporären Schutzmassnahmen gegen solche Produkte verstieszen zudem gegen Art. 5:7 des *SPS-Abkommens*. Die EU als Beklagte versuchte, die Importverbote mit dem Hinweis auf das Vorsorgeprinzip (*precautionary principle*) zu rechtfertigen, welches im Cartagena-Protokoll über die biologische Sicherheit verankert ist.¹¹⁸ Mit dem Argument, dass sie nicht Mitglied der beiden Abkommen seien, wehrten sich die USA dagegen, dass über den Umweg des WTO-Rechts Umweltabkommen auf sie angewandt werden.¹¹⁹ Eine solche Konstruktion würde das

¹¹⁶ PAUWELYN JOOST, *Conflict of Norms in Public International Law – How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge 2003, S. 462-482.

¹¹⁷ Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen (*Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures, SPS-Abkommen*), Anhang 1A.4 zum Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 (SR 0.632.20).

¹¹⁸ Präambel und Art. 1 des Protokolls von Cartagena vom 29. Januar 2000 über die biologische Sicherheit zum Übereinkommen über die biologische Vielfalt (mit Anlagen) vom 29. Januar 2000 (SR 0.451.431).

¹¹⁹ GREEN / EPPS, a.a.O. (FN 74), S. 299.

grundlegende Konsensprinzip des Völkerrechts aushöhlen.¹²⁰ Indem das *Panel* auch diese Frage im Sinne der Klägerin (USA) entschied, hat es die progressive *US-Shrimp*-Rechtsprechung auf den Stand der *Tuna-Dolphin-Fälle* zurückbuchstabiert. Danach sollen Umweltabkommen nur dann zur Auslegung des WTO-Rechts nach Art. 31:3(c) WVK beigezogen werden, wenn alle WTO-Mitglieder auch Mitglieder dieser Abkommen sind.¹²¹ Das *Panel* in *EC-Biotech* gelangt zum sybillinischen Schluss, die beiden Abkommen könnten nur als «Tatsache» das WTO-Recht informieren, würden aber nicht als auf die WTO anwendbares Recht gelten.¹²²

Dieser Entscheid stiess auf Kritik. Das *Panel* vermied es, die Bedeutung grundlegender Begriffe im *SPS-Abkommen*, wie *pests* oder *contaminants*, im Lichte des Cartagena-Protokolls zu interpretieren. Damit entfernte sich dieser Entscheid von der offeneren *US-Shrimp*-Rechtsprechung, bei der die Berufungsinstanz den Begriff der «erschöpfbaren natürlichen Ressource» von Art. XX(g) GATT im Lichte des Washingtoner Artenschutzabkommens (CITES) und der Rio-Deklaration ausgelegt hatte. So verpasste das *Panel* die Gelegenheit, die in *US-Shrimp* angebahnte Kohärenz zwischen Umwelt und Handel weiter zu festigen.¹²³ Ob die Berufungsinstanz den *EC-Biotech-Panel*-Bericht widerlegt hätte, ist offen, da der Fall nicht appelliert wurde. Immerhin trägt die Tatsache, dass sich das WTO-Fallrecht überhaupt mit Umweltabkommen befasst, zum Entstehen eines globalen Umweltrechts bei.¹²⁴ Unseres Erachtens kommt das Festhalten am Kriterium der Parteienidentität einer etwas veralteten, dem Konsens- und Souveränitätsprinzip huldigenden Vorgehensweise nach, welche zeitgenössische Auslegungs- und Konfliktregelungen, wie die Unterscheidung zwischen *erga omnes*- und *inter se*-Abkommen, ausser Acht lässt. In

¹²⁰ CHO SUNJOON, *The WTO Panel on the EC-Biotech Dispute Releases its Final Report*, American Society of International Law, Insights, 26 October 2006, <http://www.asil.org/insights061026.cfm>

¹²¹ *EC-Biotech*, Panel Reports, para. 7.70; PRÉVOST DENISE, *Opening the Pandora's Box: The Panel's Findings in the EC-Biotech Products Dispute*, 34(1) *Legal Issues of Economic Integration* 2007 67, S. 89; MCGRADY BENN, *Fragmentation of International Law or «Systemic Integration» of Treaty Regimes: EC-Biotech Products and the Proper Interpretation of Article 31(1)(c) of the Vienna Convention on the Law of Treaties*, *Journal of World Trade* 2008 594, S. 603-608.

¹²² *EC-Biotech*, Panel Reports, paras. 7.67-7.75.

¹²³ PRÉVOST, a.a.O. (FN 121), S. 90: «The narrow view of the *Panel* regarding the role of other international law in the interpretation of WTO agreements is lamentable.»

¹²⁴ YANG TSEMING / PERCIVAL ROBERT V., *The Emergence of Global Environmental Law*, *Ecology Law Quarterly* 2009 615, S. 619-623.

der Lehre vertritt PAUWELYN die Ansicht, es sollen unabhängig von der Mitgliedschaftsfrage diejenigen Abkommen im WTO-Recht anwendbar sein, welche *erga omnes*, also allgemeingültige Wirkung haben, was für Umweltabkommen der Fall sei.¹²⁵

3. Konflikt Multilateraler Umweltabkommen mit WTO-Vertragsrecht

Wenn sich keine kohärente Auslegung zwischen dem WTO-Vertragstext und einem multilateralen Umweltabkommen herstellen lässt, stellt sich die Frage, ob dem Welthandelsrecht oder dem Umweltabkommen der Vorrang zu geben ist.¹²⁶ Im Fall von Normenkonflikten werden im Völkerrecht vor allem zwei Regeln angewendet: Zum einen kommt der Vorrang des späteren Rechts (*lex posterior*) zum Zug, zum anderen der Vorrang des spezielleren Rechts (*lex specialis*). Weder über *lex posterior* noch über die *lex specialis* gelöst werden kann der Konflikt zwischen Umweltverträgen, die nach dem Inkrafttreten der WTO ratifiziert wurden, wenn sich die Mitgliedschaft in der WTO und in dem betreffenden Umweltabkommen nicht decken. Schon eher lässt sich die Frage nach der Vorrangstellung des Handels- oder des Umweltrechts gemäss der *lex specialis* beantworten. Für den Völkerrechtler PAUWELYN gelten die WTO-Abkommen gegenüber den Umweltabkommen insofern als zweitrangiges Vertragsrecht, als sie nur *inter se*, also ausschliesslich zwischen den Vertragsparteien, Wirkung entfalten. Umweltabkommen nehmen hingegen als Verträge *erga omnes partes* – mit Wirkung auch gegenüber Dritten – eine weitreichendere Geltung in Anspruch.¹²⁷

4. Zwischenstaatliche Kooperation als Kriterium der Chapeau-Analyse

Die seit *US-Shrimp* geltende WTO-Rechtsprechung gilt als Paradebeispiel eines kohärenten Zusammenspiels zwischen Umweltabkommen und WTO-Verträgen. Demnach gilt eine nationale Massnahme, die sich mit einer Regelung in einem Umweltabkommen deckt, von vornherein als nicht-diskriminierend. Diese Massnahme muss somit den

¹²⁵ PAUWELYN, a.a.O. (FN 116), S. 475.

¹²⁶ Dazu ausführlich KELLER/STOCKER, a.a.O. (FN 1), S. 483-486, 489-490.

¹²⁷ PAUWELYN, a.a.O. (FN 116), S. 80-85.

Test der Verhältnismässigkeit unter dem *Chapeau* von Art. XX GATT nicht mehr bestehen.¹²⁸ Zwar gibt es noch keine Beweislastumkehr in dieser Frage, wie KELLER und STOCKER 1994 vorgeschlagen hatten, doch aber ein Kooperationsgebot.¹²⁹ Weil Umweltabkommen oftmals nationale Umweltmassnahmen übernommen haben,¹³⁰ könnte man versucht sein, nationale Umweltmassnahmen, die auf ein Umweltabkommen zurückzuführen sind, als von vornherein über die Ausnahmebestimmung von Art. XX GATT gerechtfertigt gelten zu lassen.¹³¹ Es stellt sich jedoch die Frage, wie eine einseitig getroffene, extraterritorial angewandte Massnahme gerechtfertigt werden soll, wenn diese von einem WTO-Mitglied verhängt wird, das noch kein auf die betreffende Konstellation anwendbares Umweltabkommen unterzeichnet hat.¹³²

¹²⁸ *US-Shrimp*, AB Report, para. 171: «The Inter-American Convention thus provides convincing demonstration that an alternative course of action was reasonably open to the United States for securing the legitimate policy goal of its measure.»; *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 by Malaysia*, Panel Report vom 15. Juni 2001, para. 5.1: «The failure of the United States to engage ... Members exporting shrimp to the United States, in serious across-the-board negotiations with the objective of concluding bilateral or multilateral agreements for the protection ... of sea turtles, before enforcing the import prohibition against the shrimp exports of those other Members bears heavily in any appraisal of justifiable or unjustifiable discrimination within the meaning of the *Chapeau* of Article XX.»

¹²⁹ KELLER/STOCKER, a.a.O. (FN 1), S. 489: «Ein aus rechtlicher Sicht gewichtiges Argument ist, dass ein Staat, der gestützt auf ein Umweltschutzabkommen handelsrelevante Massnahmen erlässt, sich nicht automatisch verdächtig macht, aus protektionistischen Gründen zu handeln. Die Existenz eines Umweltabkommens und der darin zum Ausdruck kommende gemeinsame Wille der Vertragsstaaten sollten im Sinn einer widerlegbaren Vermutung dafür sprechen, dass die entsprechenden Massnahmen nicht aus protektionistischen Gründen ergriffen worden sind und diesbezüglich GATT-kompatibel sind.»

¹³⁰ YANG/PERCIVAL, a.a.O. (FN 124), S. 627, das Protokoll von Kyoto vom 11. Dezember 1997 zum Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen (SR 0.814.011) hat die US-Gesetzgebung *U.S. Clean Air Act* für den Handel mit Emissionsrechten übernommen; das Übereinkommen vom 5. Juni 1992 über die Biologische Vielfalt vom 5. Juni 1992 (SR 0.451.43) (Art. 14) und die Seerechtsübereinkommen vom 10. Dezember 1982 (Art. 150, 204-206) haben Grundsätze über die nachhaltige Nutzung von Ressourcen aufgestellt, welche die Umweltverträglichkeitsprüfungen verschiedener nationaler Umweltgesetzgebungen übernehmen. Die Schweiz ist noch nicht Mitglied der Seerechtskonvention, vgl. Botschaft vom 14. Mai 2008 über das UNO-Seerechtsübereinkommen vom 10. Dezember 1982 (BBI 2008 4073).

¹³¹ YANG/PERCIVAL, a.a.O. (FN 124), S. 645: Zwischen 1970 und 2000 hat sich die Zahl der multilateralen Umweltabkommen von 52 auf 215 Abkommen vervierfacht.

¹³² MARCEAU GABRIELLE, *A Call for Coherence in International Law, Praises for the Prohibition against «Clinical Isolation»* in *WTO Dispute Settlement, Journal of World Trade* 1999 87, S. 125.

In einer solchen Fallkonstellation muss das WTO-Mitglied, das aus umweltrechtlichen Gründen ein Importverbot mit extraterritorialer Wirkung verhängen möchte, gemäss *US-Shrimp*-Rechtsprechung vor der Inkraftsetzung dieser Massnahme versucht haben, ernsthafte diplomatische Verhandlungen über ein regionales oder multilaterales Umweltabkommen mit allen von der Massnahme potentiell betroffenen Parteien zu führen, damit das Importverbot dann als Umsetzung eines solchen Abkommens gerechtfertigt wäre.¹³³ Im ersten *US-Shrimp*-Fall hatte die Berufungsinstanz die extraterritoriale Anwendung des US-Einfuhrverbots für Krevetten genau deshalb als ungerechtfertigte Einschränkung des Handels verurteilt, weil es die USA versäumt hatten, mit Thailand und den weiteren betroffenen Ländern ein Abkommen über den Krevettenschutz im Pazifik auszuhandeln. Erst im zweiten *US-Shrimp*-Urteil konnte die Berufungsinstanz den USA bescheinigen, ernsthaft und in gutem Glauben Verhandlungen über ein internationales Abkommen geführt zu haben, sodass die US-Importbeschränkung unter dem *Chapeau* von Art. XX GATT als gerechtfertigt galt.¹³⁴ Auch wenn die WTO-Rechtsprechung im Bereich «Umwelt» vor Rückschritten nicht gefeit ist, wie es der jüngste, eben besprochene *EC-Biotech-Panel*-Entscheid aufzeigt, so ist diese doch wegweisend für weitere Konstellationen, in denen die Handelsliberalisierung Schutzzielen wie dem Gesundheitsschutz, der Nahrungsmittelsicherheit, dem Klimawandel, den Sozialstandards und den Menschenrechten gegenübersteht.¹³⁵

Zusammenfassend gesagt, hat das GATT-/WTO-Fallrecht in einem Prozess von «*trial and error*» differenzierte Grundsätze und Methoden zur Koordination von Marktzugang und Umwelt entwickelt. Falls die Umweltrelevanz eines importierten Produkts nicht genügt, um es vom inländischen Produkt zu unterscheiden und somit eine Verletzung des Inländerbehandlungsgebotes nach Art. III:2 oder III:4 GATT vorliegt, oder wenn die Pflicht zur Aufhebung von Importverboten (Art. XI oder Art. XIII GATT) verletzt ist, wird die beklagte Partei versuchen, die Massnahme über den allgemeinen Ausnahmetatbestand von Art. XX GATT zu rechtfertigen. Streitig sind vor allem Fragen der Rangordnung zwi-

¹³³ *US-Shrimp*, AB Report, paras. 167 ff.; PUTH, a.a.O. (FN 3); allgemein zum Kooperationsgebot, STOLL PETER-TOBIAS, *The International Environmental Law of Cooperation*, in: WOLFRUM RÜDIGER (HRSG.), *Enforcing Environmental Standards: Economic Mechanisms as Viable Means?* Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 125, Springer Verlag, Berlin / Heidelberg / New York 1996.

¹³⁴ *United States-Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, AB Report vom 22. Oktober 2001, WT / DS58 / AB / R, para. 134 [US-Shrimp 21.5].

¹³⁵ WEISS, a.a.O. (FN 25), S. 176-190.

sehen WTO und multilateralen Umweltabkommen und die Prüfungssystematik. Insbesondere stellt sich die Frage, ob die umweltrechtliche Motivierung der Massnahme schon bei der Frage der Gleichartigkeit der Produkte geprüft wird oder erst wenn eine Ungleichbehandlung zu rechtfertigen ist. Als wichtiger Nebeneffekt dieser WTO-Rechtsprechung zu Handel und Umwelt wurde das Verhältnis von WTO-Recht zum allgemeinen Völkerrecht durchleuchtet.¹³⁶

V. Verhandlungen zu Handel und Umwelt: Herausforderungen und Chancen

1. Ausgangslage

Obwohl sich in der WTO mittlerweile einiges an Fallrecht entwickelt hat, bleiben doch zahlreiche Fragen zum Verhältnis von Handel und Umwelt ungeklärt. Zudem werden Entscheide des WTO-Streitschlichtungsorgans im Umweltbereich oft kritisiert und in Frage gestellt. Es besteht deshalb eine gewisse Rechtsunsicherheit, und es stellt sich auch heute wieder die Frage, ob und inwiefern auf dem Verhandlungsweg mehr Klarheit in das Spannungsfeld zwischen Handel und Umwelt künftig gebracht werden kann.¹³⁷

Die WTO verfügt seit ihrer Gründung über ein permanentes Komitee zu Handel und Umwelt mit einem umfangreichen Arbeitsprogramm.¹³⁸ Mangels Konsens konnte das Umweltkomitee aber noch keine wegweisenden Entscheidungen fällen. Die Mehrheit der WTO-Mitglieder und namentlich die Entwicklungsländer sind mit dieser etwas unklaren Situation zufrieden. Diese so genannte «constructive ambiguity» wird

¹³⁶ COTTIER / TÜRK / PANIZZON, a.a.O. (FN 36), S. 163.

¹³⁷ Vergleiche KELLER / STOCKER, a.a.O. (FN 1), S. 489: «In vielen Fällen werden Konflikte wohl eher mit diplomatischen Mitteln als mit rechtlichen gelöst werden.»

¹³⁸ Die entsprechende Entscheidung zu Handel und Umwelt der Minister in Marrakesch vom 15. April 1994 zählt eine ganze Reihe von Themen auf. Ab 2001 konzentriert sich das Umweltkomitee gemäss para. 32 der Doha-Ministererklärung vom 14.11.2001 auf folgende drei Themen: Auswirkung von Umweltmassnahmen auf den Marktzugang, insbesondere in Bezug auf Entwicklungsländer und in Fällen, in welchen der Abbau von Handelshemmnissen zu so genannten triple win-Situationen führt, d.h. gleichzeitige Vorteile für Handel, Umwelt und Entwicklung, relevante Bestimmungen des Übereinkommens über handelsrelevante Aspekte des Schutzes von Geistigem Eigentum und auf Umweltkriterien beruhende Kennzeichnungspflichten.

oft als Erfolgsrezept der WTO angesehen, weil sie genügend Raum für flexible, massgeschneiderte Lösungen bietet. Namentlich europäische Staaten drängen aber schon länger nach mehr Klarheit. Bei der Eröffnung der neuen WTO-Verhandlungsrunde in Doha (2001) gelang es schliesslich, sich auf ein Verhandlungsmandat zu Handel und Umwelt zu einigen.¹³⁹

«Umwelt» ist politisch betrachtet ein sehr weiter Begriff. Auch die für die WTO relevanten Bereiche, in denen sich Umwelt und Handelsfragen überschneiden, lassen sich nicht klar eingrenzen. Zusätzlich zu den Verhandlungen zu Handel und Umwelt gilt es, namentlich Umweltaspekte in den Verhandlungen zu Agrar- und Industriegütern, zu Subventionen und zu Dienstleistungen wie auch im Bereich des geistigen Eigentums zu berücksichtigen.¹⁴⁰ Eine aus Umweltsicht sehr wichtige Initiative zum Schutz der Fischbestände in den Weltmeeren ist beispielsweise Teil der Verhandlungen des WTO-Subventionsabkommens.¹⁴¹

Umweltrelevante Aspekte zwischen den einzelnen Verhandlungsgruppen kohärent zu behandeln, setzt eine vernetzte Verhandlungsstruktur voraus, die derzeit nur sehr unvollkommen vorliegt. Querbezüge lassen sich nur schwer auf systematische Weise herstellen, nicht zuletzt weil zwei verschiedene Rechtsbereiche und Traditionen, die sich weitgehend unabhängig voneinander entwickelt haben, aufeinander abgestimmt und zudem entsprechende internationale Organisationen berücksichtigt werden müssen.¹⁴² Für Handelsdiplomaten ist dies ein ungewohntes Arbeitsgebiet. Es drängt sich deshalb auf, entsprechende Experten aus dem Umweltbereich zur Unterstützung einzubeziehen. Allerdings sitzen Umweltexperten nur in den Delegationen einiger weniger Industrieländer am Verhandlungstisch. In vielen Staaten bleibt dies eine Aufgabe für die Zukunft.

¹³⁹ Doha-Ministererklärung vom 14.11.2001, paras. 31 ff.

¹⁴⁰ Environmental Aspects of the Negotiations, Note by the Secretariat, 27.11.2006, WT/CTE/W/243, enthält eine detaillierte Aufzählung der Verhandlungsbereiche im Rahmen der Doha-Runde mit Umweltaspekten aus Sicht des WTO-Sekretariates.

¹⁴¹ Hongkong-Ministerklärung vom 18.12.2005, Annex D, para. 9: «There is broad agreement that the Group should strengthen disciplines on subsidies in the fisheries sector, including through the prohibition of certain forms of fisheries subsidies that contribute to overcapacity and over-fishing.» Gestützt darauf wird über ein weitgehendes Verbot von Subventionen im Fischereisektor mit wenigen Ausnahmen im Rahmen der nachhaltigen Bewirtschaftung der Fischbestände verhandelt.

¹⁴² Ein illustratives Beispiel zu den gegenseitigen Verständigungs- und Verständnisproblemen bietet die Abkürzung NAMA, die für *Non Agricultural Market Access* (Industriegüter) steht, aber in den Klimaverhandlungen *Nationally Appropriate Mitigation Action* bedeutet.

2. Stand der Verhandlungen und Ausblick

Die gegenwärtigen Verhandlungen im WTO-Umweltkomitee sind in drei Themenbereiche aufgeteilt, die alle auf das übergeordnete Ziel ausgerichtet sind, die gegenseitige Wechselwirkung von Handel und Umwelt zu stärken.¹⁴³

2.1 Das Verhältnis von WTO-Recht und Umweltabkommen

Das WTO-Umweltkomitee behandelt unter anderem die Frage, in welchem Verhältnis WTO-Regeln mit handelsrelevanten Normen der Umweltabkommen stehen. Zwar wurden zu Beginn verschiedenste Ansätze und Lösungsmöglichkeiten diskutiert und zahlreiche formelle Vorschläge eingebracht (siehe Kapitel IV.). Gestützt darauf sind die Verhandlungen in der Folge vermehrt auf informeller Ebene weitergeführt worden.¹⁴⁴ Denn dieses ambitiöse Mandat enthält zwei wichtige Einschränkungen. Einerseits dürfen die Verhandlungen keine neuen Rechte oder Pflichten begründen.¹⁴⁵ Andererseits beschränkt sich das Mandat auf Situationen, in welchen *beide* Parteien Signatarstaaten des betreffenden Umweltabkommens sind.¹⁴⁶ Damit wird die rechtlich und politisch viel heiklere und bereits in Kapitel IV. angesprochene Frage ausgeklammert, inwiefern zwischen WTO-Mitgliedern gegebenenfalls auch Umweltabkommen zu berücksichtigen sind, die nicht von allen betroffenen Parteien ratifiziert worden sind. Die Beantwortung dieser Frage wird somit weiterhin der fallweisen Beurteilung durch die Streitschlichtungsorgane überlassen.

Im Grundsatz zeichnen sich heute zwei Verhandlungspositionen ab. Eine Mehrheit der WTO-Mitglieder will sich auf Empfehlungen beschränken, die eine bessere Koordination von Handels- und Umwelt-

¹⁴³ Doha-Ministerklärung, para. 31: «... enhancing the mutual supportiveness of trade and environment ... »

¹⁴⁴ Gemäss der Liste der offiziellen Dokumente des WTO-Umweltkomitees (TN/TE/INF/4/Rev.13) wurden im ersten Jahr der Verhandlungen elf formelle Eingaben und im folgenden Jahr 2003 sogar deren 16 gemacht. Seither gab es nur zehn weitere formelle Eingaben. Die Schweiz hat insgesamt sechs Vorschläge eingebracht. Für einen Gesamtüberblick über die Position der Schweiz in den Verhandlungen über Handel und Umwelt: www.seco.admin.ch

¹⁴⁵ Doha-Ministererklärung, para. 32: «... shall not add to or diminish the rights and obligations of members under existing WTO agreements ... nor alter the balance of these rights and obligations.»

¹⁴⁶ Doha-Ministererklärung, para. 31: «The negotiations shall be limited in scope to the applicability of such existing WTO rules as among parties to the MEA in question.»

themen innerhalb eines Landes und einen entsprechenden internationalen Erfahrungsaustausch fördern sollen.¹⁴⁷ Eine Minderheit – und dazu gehören europäische Staaten – schlägt zusätzlich allgemeine Rechtsgrundsätze und Auslegungsregeln zur effektiven Stärkung des Verhältnisses von Handels- und Umweltregeln und zur Vermeidung zukünftiger Konfliktfälle vor.¹⁴⁸

2.2 Zusammenarbeit von WTO, Umweltabkommen und Nichtregierungsorganisationen

Das WTO-Umweltkomitee selbst möchte zur Stärkung der Kohärenz zwischen Handelsliberalisierung und Umweltschutz den Informationsaustausch zwischen den Sekretariaten von Umweltabkommen und der WTO verbessern. Insbesondere sollen Fragen zum Beobachterstatus von Sekretariaten solcher Konventionen in der WTO geklärt werden.¹⁴⁹ Formell haben fünf Umweltabkommen Beobachterstatus im WTO-Umweltkomitee. Vier weitere haben ein entsprechendes Gesuch gestellt.¹⁵⁰ Das Sekretariat der WTO arbeitet schon heute im Bereich der technischen Zusammenarbeit mit zahlreichen Konventions-Sekretariaten zusammen.¹⁵¹ Erst seit Februar 2003 werden Sekretariate von Umweltabkommen, aber auch andere Organisationen, als Beobachter *ad hoc* an den formellen Treffen sowohl des regulären als auch des mit der Doha-Verhandlungen betrauten Umweltkomitees zugelassen.¹⁵² Seit Juni 2007 besteht grundsätzlich Einigkeit darüber, wie ein regelmäßiger und flexibler Informationsaustausch sowie der Beobachterstatus

¹⁴⁷Zahlreiche Elemente dieses Ansatzes sind enthalten in: *Proposal by Australia and Argentina in TN/TE/W/72/Rev.1, 07.05.2007.*

¹⁴⁸*Submission by the European Communities in TN/TE/W/68, 30.06.2006,* enthält eine summarische Aufzählung dieser Prinzipien: *Mutual supportiveness, Non-Subordination, Transparency, Deference.* Vor allem letzteres Prinzip, wonach sich jedes Abkommen auf seine Grundkompetenz beschränken und die Kompetenz anderer Abkommen respektieren soll, wirft zahlreiche Fragen auf.

¹⁴⁹Doha-Ministererklärung, para. 31: «Procedures for regular information exchange between MEA Secretariats and the relevant WTO committees, and the criteria for the granting of observer status.»

¹⁵⁰Formellen Beobachterstatus haben: CBD (Biodiversität), CITES (Artenschutz), ICCAT (Fischerei), UNEP (Umwelt) und UNFCCC (Klima); Gesuche sind hängig von: Basler Konvention (Verkehr mit Abfällen), ITTO (Tropenholz), Montreal Protokoll (Ozon) und Rotterdam Konvention (Chemikalien); siehe WT/CTE/INF/6/Rev.5, 29.04.2009.

¹⁵¹Siehe für eine Liste von Beispielen: TN/TE/S/2/Rev.2, 16.01.2007, Table 2, S. 7-8.

¹⁵²Existing forms of Cooperation and Information Exchange between UNEP/MEAs and the WTO, Note by the Secretariat, TN/TE/S/2/Rev.2, 16.01.2007, paras. 18 ff.

von Konventions-Sekretariaten bei der WTO geregelt werden soll. Ein konkretes, auch für die Verhandlungen nützlich Resultat hierzu ist die Studie zu handelsrelevanten Bestimmungen in Umweltabkommen, welche das WTO-Sekretariat gemeinsam mit den entsprechenden Sekretariaten erarbeitet hat.¹⁵³ Doch gibt es auch kritische Stimmen. Als das WTO-Sekretariat diesen Sommer auf eigene Initiative gemeinsam mit dem UNO-Umweltprogramm eine viel beachtete Studie mit dem Titel «*Trade and Climate Change*»¹⁵⁴ publizierte, wurde sie von gewissen Ländern scharf kritisiert.¹⁵⁵

2.3 Zollabbau und Beseitigung von nicht-tarifären Handelshemmnissen bei Umweltgütern und Umweltdienstleistungen

Der dritte Teil der Verhandlungen bezieht sich auf einen für die WTO vertrauten Bereich. Es sollen Zollschränken und andere, so genannte nicht-tarifäre Handelshemmnisse für Umweltgüter und Umweltdienstleistungen abgebaut werden.¹⁵⁶ Damit sind Güter und Dienstleistungen gemeint, die nützlich für die Schonung der Umwelt sind. Diese Idee ist nicht neu und das Umweltkomitee konnte sich auf gewisse Vorarbeiten stützen. In den Neunzigerjahren hat die OECD eine Liste von Umweltgütern als Instrument zur Analyse von Handelsströmen erarbeitet. Im Rahmen der Asiatisch-Pazifischen Wirtschaftlichen Zusammenarbeit (APEC) wurde damals auch der Versuch unternommen, Umweltgüter freiwillig zu liberalisieren.¹⁵⁷ Das Umweltkomitee der WTO begann mit Verhandlungen über eine Liste von Umweltgütern, um in einem zweiten Schritt die Modalitäten der Liberalisierung zu bestimmen (so genannter *list-approach*). Diese Reihenfolge wurde dann in Frage gestellt und der Vorschlag gemacht, zuerst über die Liberalisierungsmodalitäten oder über eine allgemeine, nicht produkt-spezifische Definition von Umwelt-

¹⁵³Matrix on Trade Measures pursuant to selected Multilateral Environmental Agreements, Note by the Secretariat, WT/CTE/W/160/Rev.4, 14.03.2007.

¹⁵⁴Trade and Climate Change, WTO-UNEP Report, 2009.

¹⁵⁵Beispielsweise von China: «He said that trade and climate change was a very controversial issue, and the WTO Secretariat needed to be cautious in expressing any opinions on that» (Committee on Trade and Environment, Report of the meeting held on 10 July 2009, WT/CTE/M/47, 31.08.2009, para. 72).

¹⁵⁶Doha-Ministererklärung, para. 31: «The reduction or, as appropriate, elimination of tariff and non-tariff barriers to environmental goods and services»

¹⁵⁷Environmental Goods: A Comparison of the APEC and OECD List, Joint Working Party on Trade and Environment, OECD Document COM/ENV/TD(2003)10/FINAL, 29.11.2005.

gütern zu diskutieren (*project-approach*)¹⁵⁸, die erst anschliessend in einen *integrated-approach*¹⁵⁹ münden sollten.¹⁶⁰

Die fehlende Einigkeit über Ansatzpunkt und Reihenfolge der Verhandlungen macht eine substanzielle Diskussion und Ergebnisse äusserst schwierig. Für viele Länder mag das verhandlungstaktisch sinnvoll sein, weil sie wenig Interesse an einem erfolgreichen Ausgang der Verhandlungen haben. Andere Länder hingegen drängen auf ein konkretes Ergebnis. So haben die so genannten *friends of environmental goods*¹⁶¹ nach langwierigen internen Verhandlungen eine gemeinsame Liste von 153 Umweltgütern vorgeschlagen, woraus später 43 «klimafreundliche» Produkte zur prioritären Liberalisierung identifiziert wurden.¹⁶²

Obwohl das Mandat bezüglich Umweltgüter klar und eindeutig ist und in diesem Bereich kein Zielkonflikt zwischen Handel und Klima besteht, ist ein konkretes Resultat dieser Verhandlungen noch nicht in Sicht. Es darf auch nicht vergessen werden, dass eine ganzheitliche Diskussion zu Umweltgütern und -dienstleistungen die Arbeit verschiedenster Verhandlungsgruppen betreffen würde, bisher aber einzig im Umweltkomitee intensiv behandelt wurde. Auch hier fehlen die erforderlichen Querverbindungen zu andern Verhandlungsfragen.¹⁶³

2.4 Bilaterale Entwicklungen

Die bestehende Struktur und Verhandlungsweise der WTO sind wenig geeignet für Verhandlungen über horizontale Querschnitts-

¹⁵⁸Submission by India: An Alternative Approach for Negotiations under Paragraph 31(iii), TN/TE/W/51, 03.06.2005.

¹⁵⁹Submission by Argentina: Integrated Proposal on Environmental Goods for Development, TN/TE/W/62, 14.10.2005.

¹⁶⁰Synthesis of Submissions on Environmental Goods, Informal Note by the Secretariat, TN/TE/W/63, 17.11.2005; STILWELL MATHEW, Advancing the WTO Environmental Goods Negotiations, Options and Opportunities, Joint GIAN-Funded Project Technology Transfer, Trade and the Environment: Promoting Synergy for Sustainable Development among the World Trade Organisation and Multilateral Environmental Agreements vom 01.10.2007.

¹⁶¹Diese Gruppe umfasst die EU, Japan, Kanada, Korea, Neuseeland, Norwegen, Chinesisch Taipeh (d.h. Taiwan), die USA und die Schweiz.

¹⁶²Trade and Climate Change, a.a.O. (FN 154), S. 80.

¹⁶³Umweltdienstleistungen werden separat in den Dienstleistungsverhandlungen diskutiert. Technologietransfer würde Fragen in Bezug auf Umwelt, Entwicklung und geistiges Eigentum aufwerfen und damit mindestens drei verschiedene WTO-Verhandlungskomitees betreffen.

men wie Handel und Umwelt. Erschwerend kommt hinzu, dass das Schicksal dieser Verhandlungen vom Fortschritt in den übrigen Verhandlungsdossiers der Doha-Runde abhängt. Die Verhandlungen der Doha-Runde dauern bereits acht Jahre und ein baldiger Abschluss ist nicht in Sicht. Viele Länder weichen deshalb vermehrt auf bilaterale Freihandelsabkommen aus. Konsequenterweise verlangen namentlich Industrieländer in bilateralen Freihandelsabkommen entsprechende Regelungen im Bereich «Handel und Umwelt». Neuere Freihandelsabkommen der USA beispielsweise enthalten jeweils Umweltkapitel mit teils weitreichenden Verpflichtungen, die falls nötig mit Sanktionen zwangsweise durchsetzbar sind. Die EU und Neuseeland verfolgen eher einen auf Anreizen und technischer Zusammenarbeit basierenden Ansatz zur Integration von Umweltaspekten in Freihandelsabkommen. Die gemeinsame Arbeitsgruppe der OECD zu Handel und Umwelt dient als Plattform zum Erfahrungsaustausch und verfolgt diese Entwicklungen aktiv.¹⁶⁴ Diese Erfahrungen befruchten ihrerseits wiederum den Verhandlungsprozess in der WTO und können so als Vorläufer für künftige multilaterale Ansätze dienen.

VI. Würdigung und Zusammenfassung

Das Verhältnis von Handel und Umwelt entwickelt sich in der WTO in erster Linie im Rahmen des Fallrechts, das auch vor Rückschritten nicht gefeit ist. Gemäss heutigem Stand der WTO-Rechtsprechung ist Umweltschutz kein eigenes Unterscheidungskriterium für Produkte. Deshalb gelten Massnahmen, welche Produkte allein aufgrund der unterschiedlichen Auswirkung auf die Umwelt unterscheiden, im WTO-Recht als diskriminierend. Diese Sachlage ist aus drei Gründen zu bedauern: Erstens sind die Beweisanforderungen höher, wenn die beklagte Partei zum Ausnahmetatbestand von Art. XX GATT greifen muss, um ein Importverbot oder die Ungleichbehandlung der ausländischen Ware zu rechtfertigen. Zweitens verhindert diese restriktive Handhabung der *Border Tax*-Kriterien, dass bei nicht-produktbezogenen Herstellungsverfahren ein Verstoß gegen die Inländerbehandlung geprüft

¹⁶⁴Update on Environment and Regional Trade Agreements: Developments in 2008, OECD Document COM/TAD/ENV/JWPTE/RD(2007) 41, 03.11.2008; Checklist for Negotiators of Environmental Provisions in Regional Free Trade Agreements, OECD Trade and Environment Working Paper OECD Document COM/TAD/ENV/JWPTE/RD(2007) 35, 23.09.2008.

wird. Dies wiederum verhindert die Berücksichtigung umweltrelevanter Wirkungen von Herstellungsverfahren. Drittens lässt diese Rechtsprechung keine Möglichkeit offen, den regulatorischen Zweck einer Massnahme von dessen Wirkung auseinanderzuhalten. Damit wird der Einfluss von Umweltschutz und anderen handelsrelevanten Politikzielen, wie Gesundheit oder Arbeitsbedingungen, im WTO-Recht wiederum vermindert. Die Entscheide *EC-Asbestos* und *Brazil-Tyres* scheinen ansatzweise zumindest der regulatorischen Zweckverfolgung wieder vermehrt Beachtung zu schenken, was für Umweltsachen ein Gewinn ist.¹⁶⁵

Wenn heute zumindest im Fallrecht der WTO eine gewisse Annäherung zwischen Umwelt und Handel erreicht wurde, so ist dies in erster Linie den WTO-Streitbeilegungsorganen zu verdanken. Diese waren mehrfach aufgefordert, umwelt- und gesundheitspolitisch motivierte Importverbote auf deren WTO-Kompatibilität zu prüfen. In diesem Zusammenhang stellte sich die Frage, inwiefern die WTO-Vertragstexte im Lichte der Umweltabkommen auszulegen seien. Obwohl damit ein klassisches völkerrechtliches Thema der Konfliktregelung und Vertragsauslegung angesprochen ist, sind die *Panels* und die Berufungsinstanz in Bezug auf das Verhältnis zu Umweltabkommen ihren eigenen Weg gegangen, auch wenn sie den Regeln der Wiener Vertragsrechtskonvention in den Grundzügen gefolgt sind.¹⁶⁶ Auch Nichtregierungsorganisationen nutzten die Streitfälle im Bereich «Handel und Umwelt», um Einfluss auf die WTO-Rechtssetzung und -Rechtsprechung zu nehmen. Diese forderten mehr Transparenz im WTO-Streitbeilegungsverfahren, einschliesslich die Öffentlichkeit gewisser Anhörungen. Somit trug die WTO-Rechtsprechung an der Schnittstelle von Handel und Umwelt auch in verfahrensrechtlicher Sicht zur Verdichtung und Öffnung des WTO-Rechts bei.¹⁶⁷

Der fortschreitenden Annäherung zwischen Handel und Umwelt in der WTO-Streitbeilegung steht eine gewisse Lähmung der Verhandlungen im Rahmen der Doha-Runde gegenüber. Den geltenden Verhandlungsstrukturen gelingt es nicht, ein Querschnittsthema anzusprechen, bei dem verschiedenste Interessen sowie die unterschiedlichen

¹⁶⁵ CHARNOVITZ, 1994, a.a.O. (FN 66), S. 324; CHEYNE ILONA, Environmental Unilateralism and the WTO/GATT System, Georgia Journal of International and Comparative Law 1995 433, S. 444.

¹⁶⁶ LENNARD MICHAEL, Navigating by the Stars, Interpreting the WTO Agreements, Journal of International Economic Law 2002 17, S. 22-44, 86-87; PANIZZON, a.a.O. (FN 106), S. 261-272.

¹⁶⁷ QURESHI ASIF H., Interpreting WTO Agreements, Problems and Perspectives, Cambridge University Press 2006, S. 53.

Entwicklungsstufen der WTO-Mitglieder aufeinandertreffen. Dazu kommt, dass Entscheidungen nur nach Konsens getroffen werden und zudem immer vom Gesamtpaket der Verhandlungen abhängig sind. Zwischen einem relativ erfolgreichen Streitbeilegungssystem, das heute das Veto der unterliegenden Partei nicht mehr zulässt, und dem Verhandlungsprozess besteht eine starke Diskrepanz. Diese führt zu Reformbemühungen wie der Überprüfung des Konsensprinzips bei der Entscheidungsfindung, die allerdings von der Politik noch nicht aufgenommen worden sind.¹⁶⁸

Institutionelle Reformbestrebungen sind gerade aus Sicht der Umweltpolitik von grosser Bedeutung. Es gilt zu Verhandlungsstrukturen zu finden, die in der Lage sind, die Querbezüge zwischen Güterhandel, tarifären und nicht-tarifären Hemmnissen, Dienstleistungen und geistigem Eigentum (Technologietransfer) zu verwirklichen. In diesem Sinne geht ein Vorschlag dahin, konkrete Zielvorgaben im Rahmen der *Millenium Development Goals* (MDGs) festzulegen und die WTO-Verhandlungen dazu sektoriell auszurichten (*sectoral area initiative*). So ist es denkbar, die Verhandlungen auf ein oder mehrere konkrete Umweltziele auszurichten, wie etwa die Bereitstellung von sauberem Wasser und sanitären Anlagen oder die Beseitigung von Abfall. Aufgrund bisheriger Erfahrungen wird klar, dass ohne gleichzeitige institutionelle Reformen des WTO-Entscheidungsprozesses Verhandlungen zu Querschnittsthemen wie der Umwelt kaum erfolgreich geführt werden können.

¹⁶⁸ COTTIER THOMAS, The Future Geometry of WTO Law, Journal of International Economic Law 2006 775, S. 777.

