

Matthias Oesch*

Das Streitbeilegungsverfahren der WTO

I. Einleitung

Die multilaterale Welthandelsordnung hat sich im Verlauf ihrer über fünfzigjährigen Geschichte stark gewandelt. Von einem begrenzten Zollabkommen (GATT 1947) hat sie sich zu einem Regelwerk unter dem Dach der Welthandelsorganisation (WTO) entwickelt, das sich nicht nur auf alle drei Sektoren der Wirtschaft bezieht, sondern zunehmend auch eine sachliche Vernetzung des klassischen Handelsrechts mit anderen Aufgaben und Politikbereichen wie Umweltschutz, Sozialstandards oder Wettbewerbsrecht widerspiegelt. Gleichzeitig beeinflusst das Welthandelsrecht weit stärker als je zuvor das regionale und nationale Recht und setzt in manchen Bereichen massgebliche regulatorische Leitplanken für die Rechtsetzung.

Eine der Hauptaufgaben der WTO besteht in der Streitbeilegung und Rechtsdurchsetzung. Das formelle Streitbeilegungsverfahren wurde mit der Gründung der WTO auf eine neue institutionelle Grundlage gestellt, umfassend kodifiziert und entscheidend gestärkt. Gemäss *Peter Sutherland*, ehemaliger Generaldirektor des GATT 1947 und der WTO, stellt das WTO-Streitbeilegungsverfahren «the greatest advance in multilateral governance since Bretton Woods» dar; andere charakterisieren das Verfahren als «crown jewel» des WTO-Regelwerks¹. Im Folgenden wird die geschichtliche Entwicklung der Streitbeilegung vom GATT 1947 zur WTO und die Grundprinzipien des Verfahrens skizziert (II.), die Streitbeilegungsorgane und Verfahrensbeteiligten dargestellt (III.), das Verfahren vor Panels und dem Appellate Body geschildert (IV.) und der Mechanismus der Rechtsdurchsetzung erläutert (V.). Im abschliessenden Epilog werden schliesslich die beiden zentralen systemischen Herausforderungen des Verfahrens für die Zukunft umrissen (VI.).

* Dr. iur., Fürsprecher, LL.M., Bern. Ressort WTO, OECD, öffentliches Beschaffungswesen des Staatssekretariats für Wirtschaft *seco*; der Autor vertritt die Schweiz in den laufenden DSU-Verhandlungen im Rahmen der *Doha*-Runde. Die geäusserten Ansichten sind ausschliesslich persönlicher Natur. Herzlicher Dank gebührt *Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch* und *Thomas A. Zimmermann* für die interessanten Diskussionen und die kritische Durchsicht. – Alle offiziellen Dokumente der WTO-Streitbeilegung sind unter www.wto.org und dem Link auf Dispute Settlement abrufbar.

¹ *Peter Sutherland*, zit. in *Financial Times* vom 24. März 2002; *Heinz Hauser/Thomas A. Zimmermann*, *The Challenge of Reforming the WTO Dispute Settlement Understanding*, *Intereconomics* 2003, 241.

II. Die geschichtliche Entwicklung und die Grundprinzipien

Das Streitbeilegungsverfahren im Rahmen des GATT 1947/WTO-Regelwerks hat sich von einem diplomatischen Modell zu einem gerichtsförmigen Verfahren entwickelt, in dem auf der Grundlage der *rule of law* und mit bindender Wirkung für die beteiligten Parteien entschieden wird.

A. Vom Prärogativ der Diplomatie zur Vergerichtlichung

Im Regelwerk des GATT 1947 fehlten Vorschriften über die Streitbeilegung fast vollständig². Art. XXII und XXIII schrieben lediglich vor, dass Konsultationen über die einvernehmliche Einigung von Streitfällen zu führen seien, bevor die Vertragsparteien gemeinsam Empfehlungen zur Lösung einer Streitsache unterbreiten sollten. Schon früh, erstmals 1952, wurden für diesen Zweck unabhängige und neutrale Panels aus drei Personen gebildet, um einen Streitfall zu beurteilen und zuhanden der Gesamtheit der Vertragsparteien Empfehlungen zu formulieren. In der Praxis entwickelte sich so gewohnheitsrechtlich ein eigentlich gerichtsförmiges Verfahren, welches seine Empfehlungen grundsätzlich ohne Rücksichtnahme auf politische Machtverhältnisse abgab³.

Dieses Streitbeilegungsverfahren entwickelte sich recht erfolgreich und wurde von den Vertragsparteien zunehmend häufiger in Anspruch genommen. Zwischen 1947 und 1994 wurden ge-

² Im Zeitpunkt des Inkrafttretens des GATT 1947 vertrauten die Vertragsparteien auf die erfolgreiche Gründung der International Trade Organization (ITO), welche als institutioneller Rahmen für das GATT 1947 gedacht war und detaillierte Bestimmungen zur Streitbeilegung beinhaltet hätte (Art. 92–96 der *Havana Charter*).

³ Die prozessrechtlichen Prinzipien wurden mehrmals kodifiziert und in Vereinbarungen zusammengefasst, grundlegend *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, 28. November 1979, BISD 26S/210 (1980). Siehe für eine Übersicht über das GATT 1947-Streitbeilegungssystem *William J. Davey*, *Dispute Settlement in GATT*, *Fordham International Law Journal* 1987, 51; *Robert Hudec*, *The GATT Legal System: A Diplomat's Jurisprudence*, *JWT* 4 (1970), 615; *Robert Hudec*, *Enforcing International Trade Law: The Evolution of the Modern GATT Legal System*, 1993, 273–355; *John H. Jackson*, *World Trade and the Law of GATT: A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, 1969, 163–89; *Stefan Ohlhoff*, *Die Streitbeilegung in der WTO*, in: *Priess/Berrisch* (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, 2003, Rdnr. 5–10; *Pierre Pescatore/William J. Davey/Andreas F. Lowenfeld* (Hrsg.), *Handbook of WTO/GATT Dispute Settlement*, 2003 (Loseblattsammlung).

gen 200 Verfahren eingeleitet; in rund 90 Fällen formulierten schliesslich eingesetzte Panels Empfehlungen zur Beilegung des Streits⁴. Trotzdem krankte dieses System an einer entscheidenden Unzulänglichkeit. Sowohl die Einsetzung eines Panels zur Überprüfung einer umstrittenen Massnahme wie auch die Annahme der Empfehlung eines Panels verlangte Konsens unter den Vertragsparteien. Damit stand es auch den Verfahrensbeiliegten offen, die verbindliche Annahme einer für sie ungünstigen Empfehlung zu blockieren, und das Prärogativ der Diplomatie bei der Lösung von Handelsstreitigkeiten blieb unter dem GATT 1947 grundsätzlich erhalten⁵. Damit war die Rechtsdurchsetzung erheblich vom politischen Willen der involvierten Vertragsparteien abhängig, auch wenn unterlegene Parteien auf Grund eines systemischen Konformitätsdrucks nur selten die Annahme eines Panelberichts blockierten⁶.

Das unter dem GATT 1947 entwickelte Streitbeilegungsverfahren erwies sich zunehmend als unzureichend. Überdies verlangte ein reibungsloses Funktionieren des in der *Uruguay Runde* deutlich erweiterten Regelwerks der neu gegründeten WTO, welche nunmehr auch detaillierte Regelungen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) und den Schutz des geistigen Eigentums (TRIPs) umfasst, auch die Überarbeitung und Verbesserung der Streitbeilegung. Die parallelen Verhandlungen über die Verbesserung der Streitbeilegung im Rahmen der *Uruguay Runde* führten schliesslich zum erfolgreichen Abschluss des umfassenden *Dispute Settlement Understanding* (DSU), das die relevanten Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung kodifiziert⁷. Dieses Übereinkommen baut auf den unter dem GATT 1947 gemachten Erfahrungen auf, geht aber gleichzeitig wesentlich darüber hinaus und führt zu einer massgeblichen Stärkung des regelorientierten Ansatzes⁸. Das

DSU stellt den entscheidenden Schritt auf dem Weg zur endgültigen *Vergerichtlichung* der Streitschlichtung im Rahmen des Welthandelsrechts dar⁹. Gemäss Art. 3.2 DSU ist das Streitbeilegungssystem der WTO ein wesentlicher Faktor für die Sicherheit und Berechenbarkeit des multilateralen Handelssystems. Durch die weitgehende Ausschaltung der politischen Komponente der Streitbeilegung wird der Grundsatz der Regelorientierung und damit die Möglichkeit der aussenwirtschaftlichen Interessenwahrung gerade für kleinere Mitgliedstaaten der WTO entscheidend gestärkt.

B. Die Grundprinzipien

Gemäss Art. 3.7 DSU ist das Ziel des Streitbeilegungsmechanismus die *positive Streitlösung*. Eine für alle Streitparteien akzeptable und mit dem WTO-Recht vereinbare gütliche Einigung ist einem Panelverfahren auf jeden Fall vorzuziehen. Sofern aber keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, steht das formelle Streitbeilegungsverfahren gemäss DSU zur Verfügung. Es ist durch folgende Prinzipien charakterisiert:

- *Einheitlichkeit*; das DSU findet grundsätzlich auf alle Streitigkeiten Anwendung, die sich aus der richtigen Auslegung und Anwendung des WTO-Rechts ergeben¹⁰. Das DSU ist Teil eines einheitlichen Gesamtverhandlungsergebnisses (*single undertaking*), womit jedes Mitglied bei seinem Beitritt zur WTO die Anwendbarkeit

European Union, CMLRev. 35 (1998), 325; *William J. Davey*, The WTO Dispute Settlement System, *JIEL* 3 (2000), 15; *Peter Gallagher*, Guide to Dispute Settlement, 2002; *Hans-Joachim Letzel*, Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO), 1999; *John H. Jackson*, The World Trade Organization: Constitution and Jurisprudence, 1998, 59–100; *Federico Ortino/Ernst-Ulrich Petersmann* (Hrsg.), The WTO Dispute Settlement System 1995–2003, 2004; *David Palmeter/Petros C. Mavroidis*, Dispute Settlement in the World Trade Organization: Practice and Procedure, 2nd ed. 2004; *Ernst-Ulrich Petersmann*, The GATT/WTO Dispute Settlement System: International Law, International Organizations and Dispute Settlement, 1997, 177–98; *Ernst-Ulrich Petersmann* (Hrsg.), International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System, 1997; *Alesch Staehelin*, Streitbeilegung in der WTO, *plädoyer* 6 (1997) 39; *Jeff Waincymer*, zit. in Fn. 7; *Wolfgang Weiss/Christoph Herrmann*, Welthandelsrecht, 2003, Rdnr. 250–371.

⁹ Siehe *Carl Baudenbacher*, Die Justizialisierung des Wirtschaftsrechts: Ablösung diplomatischer Verhandlungsmodelle, *NZZ* vom 20. Mai 2003, 25; *Thomas Cottier/Matthias Oesch*, WTO Law, Precedents and Legal Change, *Turku Law Journal* 3 (2001), 27, 28; *Donald McRae*, What is the Future of WTO Dispute Settlement?, *JIEL* 7 (2004), 3, 7–8.

¹⁰ Unter das relevante WTO-Recht fallen gemäss Art. 1 DSU das WTO-Übereinkommen, GATT 1994 und die angehängten multilateralen Handelsübereinkommen, GATS, TRIPs sowie die plurilateralen Handelsübereinkommen. Nicht unter die Regeln des DSU fallen einzig die Bestimmungen des *Mechanismus zur Überprüfung der Handelspolitik*. Einige der Übereinkommen enthalten zudem spezifische oder zusätzliche Regeln für die Streitbeilegung, welche gemäss Art. 1.2 DSU den allgemeinen Bestimmungen des DSU im Konfliktfall vorgehen; diese besonderen Regeln sind in Anhang 2 zum DSU aufgelistet.

des DSU in seiner Gesamtheit akzeptiert hat. Nur für die Entwicklungsländer sieht das DSU weiterhin gewisse Ausnahmen und Erleichterungen vor¹¹.

- *Ausschliesslichkeit*; die WTO-Mitglieder sind, sofern sie die Unrechtmässigkeit einer Massnahme eines anderen Mitglieds feststellen und diese beseitigen lassen wollen, ausdrücklich auf das Streitbeilegungsverfahren gemäss DSU verwiesen¹². Die Anrufung anderer internationaler Streitschlichtungsmechanismen ist – zumindest ohne Zustimmung aller beteiligten Parteien – unzulässig, sofern die Streitsache die richtige Auslegung und Anwendung von WTO-Recht betrifft und damit in die Zuständigkeit der WTO-Streitbeilegungsorgane fällt. Ebenso ist es unzulässig, durch Rückgriff auf allgemeine völkerrechtliche Regeln gemäss Art. 60 der *Wiener Vertragsrechtskonvention* einseitig Handelssanktionen zu ergreifen, ohne vom zuständigen Streitbeilegungsrat der WTO dazu ausdrücklich ermächtigt worden zu sein¹³.
- *Eigenes Streitbeilegungsorgan*; mit dem Streitbeilegungsrat (Dispute Settlement Body, DSB) wurde ein eigenes Organ für die Streitbeilegung geschaffen. Dieser ist formell eigenständig, hinsichtlich seiner Zusammensetzung aber – abgesehen vom Vorsitz – identisch mit dem ständigen Allgemeinen Rat der WTO und tritt rund alle drei Wochen zusammen¹⁴. Gemäss Art. 2 DSU ist er zuständig für die Anwendung der Regeln und Verfahren des DSU, die Einsetzung von Panels, die Genehmigung von Berichten der Panels und des Appellate Body, die Überwachung der Umsetzung von Empfehlungen und die Genehmigung der Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen zur Rechtsdurchsetzung. Der Streitbeile-

gungsrat stellt zudem ein wichtiges Verhandlungsforum dar, in welchem die Mitglieder ihre Kommentare zu einzelnen Streitfällen präsentieren und politische Spielräume für Verhandlungslösungen ausloten.

- *Annahmeautomatismus*; das WTO-Streitbeilegungsverfahren wird grundsätzlich immer noch durch das Konsensverfahren bestimmt¹⁵, doch wurde dieses Prinzip für die Einsetzung eines Panels, die Annahme eines Berichts eines Panels oder des Appellate Body und die Genehmigung der Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen zum sog. *negativen Konsens* umgekehrt¹⁶. Ein negativer Konsens schliesst notwendigerweise die Stimmen aller Parteien eines Rechtsstreits ein, womit diese Regel zur *quasi-automatischen* Einsetzung von Panels, der Genehmigung ihrer Berichte und der Aussetzung von Zugeständnissen geführt hat. Dieser *Annahmeautomatismus* eliminiert das politische Element der Streitschlichtung grossenteils und stellt das erste Kernstück der *Vergerichtlichung* der Streitbeilegung dar.
- *Instanzenzug*; das DSU kennt neu zwei Instanzen, um die WTO-Konformität einer umstrittenen Massnahme zu beurteilen. Eine Empfehlung durch ein Panel kann durch Einsprache an das ständige Berufungsorgan, den Appellate Body, weitergezogen werden; dessen Überprüfung der Streitsache ist als Rechtsmittelinstanz auf Rechtsfragen beschränkt. Die Einrichtung des Appellate Body stellt das zweite Kernstück der *Vergerichtlichung* des Verfahrens dar.
- *Kurze Fristen*; das Verfahren ist durchwegs durch sehr knappe Fristen gekennzeichnet. Das DSU sieht für ein Verfahren von der Einsetzung eines Panels bis zur Annahme des Berichts des Appellate Body durch den Streitbeilegungsrat in der Regel 12 Monate und in Ausnahmefällen höchstens 16 Monate vor¹⁷. Diese Fristvorgabe ist verglichen mit anderen internationalen Streitschlichtungsbehörden, vor allem aber auch verglichen mit nationalen Gerichtsverfahren in Handelssachen, auffallend kurz. Der klar strukturierte Verfahrensablauf lässt zumindest der beklagten Partei kaum einseitigen Spielraum für Verfahrensverzögerungen.

¹¹ So etwa den Beizug von Rechtsexperten aus dem Sekretariat, die Gewährung längerer Fristen oder den Einsatz eines Vertreters aus einem anderen Entwicklungsland, wenn ein solches in einem Panelverfahren beteiligt ist; siehe zur Stellung der Entwicklungsländer in der WTO-Streitbeilegung *Julio Lacarte-Muro/Petina Gapah*, *Developing Countries and the WTO Legal and Dispute Settlement System: A View from the Bench*, *JIEL* 3 (2000), 395; *Weiss/Herrmann*, zit. in Fn. 8, Rdnr. 328–31; *Frieder Roessler*, *Special and Differential Treatment of Developing Countries under the WTO Dispute Settlement System*, in: *Ortino/Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 87–90.

¹² Vgl. Art. 3.7 und 23 DSU.

¹³ Siehe zur umstrittenen amerikanischen Regelung, bei Verstössen gegen internationale Handelsverträge unilateral Retaliationsmassnahmen zu ergreifen, den Panelbericht *US – Sections 301–310*, *WT/DS152/R* (am 27. Januar 2000 angenommen); ähnlich *US – Certain Products from the EC*, *WT/DS165/R* (am 10. Januar 2001 angenommen), Rz. 6.12–20. Ungeklärt ist die Frage, ob zusätzlich zu den WTO-Bestimmungen eine Entschädigungsforderung für (bereits vor der Streitschlichtung) erlittenen Schaden nach allgemeinem Völkerrecht zulässig ist, siehe *Ernst-Ulrich Petersmann*, *From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System*, *JIEL* 1 (1998), 175, 191–92; *Weiss/Herrmann*, zit. in Fn. 8, Rdnr. 260.

¹⁴ Siehe Art. IV.3 WTO Übereinkommen.

¹⁵ Art. 2.4 DSU; Konsens wird angenommen, wenn kein an der Sitzung des Streitbeilegungsrates anwesendes Mitglied förmlich gegen die vorgeschlagene Entscheidung Einspruch erhebt.

¹⁶ Vgl. Art. 6.1, 16.4, 17.14, 22.6 DSU. In der Praxis wurde noch nie ein negativer Konsens erzielt.

¹⁷ Vgl. Art. 20 DSU; in der Praxis dauert ein Verfahren von der Einsetzung eines Panels bis zur Annahme des Berichts des Appellate Body gut 16 Monate, siehe *WTO Secretariat: Statistical Information on Recourse to WTO Dispute Settlement Procedures* (1 January 1995–31 October 2003), *JOB(03)/225* of 11 December 2003, Tab. 8.

- *Flexibilität*; trotz des hohen Grads an Verrechtlichung belässt das DSU den Parteien nach wie vor genügend Spielraum, sich auch während des Verfahrens auf eine einvernehmliche Lösung des Streitfalles auf dem Verhandlungsweg zu einigen. Das DSU erlaubt bei Konsens unter den Parteien ebenfalls, den Verfahrensablauf in verschiedenen Stadien einvernehmlich zu ändern. Damit bleibt ein diplomatisches Element der Streitbeilegung erhalten.

Das Verfahren hat sich in den ersten neun Jahren seines Bestehens bewährt und funktioniert gut. Die Qualität der Panel- und Appellate Body-Berichte ist allgemein hoch. Diese Einschätzung wird von der überwiegenden Mehrheit der Beobachter geteilt¹⁸. Die unerwartet hohe Zahl der erfolgreich behandelten Streitfälle spricht ebenso für das Ansehen und die Attraktivität des Verfahrens. Obwohl einige wenige *causes célèbres* wie die Streitfälle zwischen der EG und den Vereinigten Staaten um Bananen, hormonbehandeltes Fleisch oder Steuererleichterungen für amerikanische Exportfirmen zu erheblichen Spannungen zwischen den Parteien geführt haben, ist die Rechtsbefolgung zufriedenstellend hoch. Bis Mai 2004 wurden in 312 Fällen Konsultationen eingeleitet, von denen 80 Streitigkeiten mit einem Panel- oder Appellate Body-Bericht endeten. Nur in acht Verfahren sahen sich die obsiegenden Parteien schliesslich gezwungen, die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen als Druckmittel zur Rechtsbefolgung zu beantragen¹⁹.

Gleichzeitig hat die reichhaltige und nuancierte Spruchpraxis der Panels und des Appellate Body das geschriebene WTO-Regelwerk entscheidend verfeinert und die Rechte und Pflichten der Mitglieder fortlaufend konkretisiert. Den relevanten Präjudizentscheiden kommt mittlerweile eine prominente Rolle zu; sie nehmen *de facto* zunehmend rechtsähnliche Stellung ein²⁰.

¹⁸ Ebenfalls positiv *Thomas Cottier*, Die Welthandelsordnung im Prozess der Globalisierung, *Die Volkswirtschaft* 1-2000, 39, 43–4; *McRae*, zit. in Fn. 9, 4–5; *Thomas J. Schoenbaum*, WTO Dispute Settlement: Praise and Suggestions for Reform, *ICLQ* 47 (1998), 647; *Weiss/Herrmann*, zit. in Fn. 8, Rdnr. 369–71; kritisch etwa *Barfield*, zit. in Fn. 8, 37 ff.

¹⁹ Soweit ersichtlich wurden nur in drei Fällen schliesslich Vergeltungsmassnahmen in Form von Strafzöllen *tatsächlich* in Kraft gesetzt.

²⁰ Siehe *Anne-Sophie Dreyfus Roth/Matthias Oesch*, Amerikanische Schutzzölle auf Stahlprodukte: Die Schweiz als Klägerin vor der WTO, *Die Volkswirtschaft* 3-2004, 59, 61; *Cottier/Oesch*, zit. in Fn. 9, 28–30. – Dabei steht das Recht, *authentische* Auslegungen vorzunehmen, gemäss Art. IX.2 WTO-Abkommen (sowie Art. 3.2 DSU) ausschliesslich der Ministerkonferenz und dem Generalrat zu; angenommene Berichte von Panels und des Appellate Body entfalten nur zwischen den Streitparteien verbindliche Rechtskraft.

C. Die laufenden Verhandlungen

Eine Ministererklärung der *Uruguay Runde* verpflichtete die Mitglieder, die Anwendung des DSU innert vier Jahren nach Inkrafttreten der WTO zu überprüfen und gegebenenfalls zu ändern²¹. Demgemäss kam es seit 1997 zu intensiven Diskussionen um mögliche Verbesserungen des Verfahrens, ohne aber konsensfähige Lösungen erzielt zu haben. Die Ministererklärung der 4. Ministerkonferenz in *Doha* vom November 2001 bekräftigte das Mandat zur Reform des DSU²². Die Verhandlungen finden unabhängig von den Resultaten in den anderen Bereichen statt (*early harvest*), wobei das Verhandlungsmandat ursprünglich bis Ende Mai 2003 befristet war und danach um ein Jahr verlängert wurde. Doch auch bis Ende Mai 2004 konnte keine allseits akzeptable Lösung gefunden werden. Ende Juli 2004 hat der Generalrat das Verhandlungsmandat (diesmal ohne ausdrückliche Befristung) wiederum erneuert.

Die überwältigende Mehrheit der Delegationen stimmt überein, dass das DSU gut funktioniert und nur ausgefeilte und wohlüberlegte Korrekturen und Verbesserungen vorgenommen werden sollen. Mittlerweile sind gegen 50 verschiedene Vorschläge eingebracht worden, die nahezu alle Bestimmungen des DSU betreffen²³. Trotz jahrelangen Verhandlungen herrscht zurzeit aber kein grundsätzlicher Konsens darüber, welche Aspekte des Verfahrens tatsächlich reformbedürftig sind und prioritär verbessert werden sollen. Die wichtigsten Reformvorschläge werden im Folgenden jeweils angesprochen.

III. Die Streitbeilegungsorgane und Verfahrensbeteiligte

Während der Streitbeilegungsrat für die Oberaufsicht und organisatorische Abwicklung der Streitbeilegung verantwortlich ist, liegt die Rechtsfindung einzig bei den Panels und dem Appellate Body.

A. Panels und der Appellate Body

Ein Panel wird gemäss Art. 8 DSU *ad hoc* aus drei Personen mit umfassender Kenntnis der interna-

²¹ Decision on the Application and Review of the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes, Uruguay Round Final Act: The Legal Texts, 408.

²² Ministererklärung vom 14. November 2001, WT/MIN(01)/DEC/1, Rz. 30.

²³ Siehe *Edwini Kessie*, The «Early Harvest Negotiations» in 2003, in: *Ortino/Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 115–50; *Hausser/Zimmermann*, zit. in Fn. 1; *Thomas A. Zimmermann*, Die Reform der WTO-Streitschlichtung: Eine unendliche Geschichte, *WTO-News* 9 (Juli 2003), 3–4.

tionalen Handelspolitik zusammengesetzt. Das Sekretariat der WTO führt eine Liste mit rund 300 möglichen Panellisten aus Diplomatie, Verwaltung, Akademie und Nichtregierungsorganisationen. Sofern sich die Parteien nicht auf drei Personen einigen können, bestimmt der Generaldirektor der WTO die Zusammensetzung²⁴. Art. 8.9 DSU betont die Weisungsunabhängigkeit der Panellisten, wobei Staatsangehörige der Streitparteien grundsätzlich von einem Panelmandat ausgeschlossen sind. Panellisten werden gemäss Art. 27 DSU in der Vorbereitung ihrer Berichte, namentlich in den Bereichen Recht, Vorgeschichte und Verfahrenstechnik, umfassend durch das Sekretariat der WTO unterstützt; so erstellt das Sekretariat regelmässig Entwürfe der Panelberichte. Die Befürchtung, dass das einflussreiche Sekretariat Panelberichte eigentlich *präjudiziert*, hat sich in der Praxis aber nicht erhärtet²⁵. Die Unterstützung durch das Sekretariat ist angesichts des grossen zeitlichen Aufwands von Panellisten unerlässlich. Überdies wird im Rahmen der laufenden DSU-Verhandlungen eine mögliche Professionalisierung des Panelverfahrens diskutiert²⁶.

Im Gegensatz zu den *ad hoc* eingesetzten Panels besteht der Appellate Body gemäss Art. 17 DSU aus sieben ständigen Mitgliedern, welche zu dritt über eine Berufung urteilen; das Losverfahren entscheidet über die Zusammensetzung für einen konkreten Fall. Die anderen vier Mitglieder werden jedoch bei der Ausarbeitung eines Berichts regelmässig konsultiert, womit die Einheitlichkeit der Rechtsprechung garantiert ist. Art. 17.3 DSU verlangt, dass die Mitglieder nachgewiesene Fachkenntnisse auf dem Gebiet des Rechts und des internationalen Handels besitzen und ihre Zusammensetzung die gesamte Mitgliedschaft der WTO und die verschiedenen Rechts- und Kulturkreise repräsentiert²⁷. Die Mitglieder werden durch den Streitbeilegungsrat auf vier Jahre ernannt und können für eine weitere einmalige Amtszeit bestätigt werden. Das Niveau juristischer Auseinandersetzung vor dem Appellate Body ist traditionell hoch, und die Berichte zeugen von grossem Fachwissen und Erfahrung²⁸.

²⁴ Gemäss *WTO Secretariat*, zit. in Fn. 17, 5, ist die Ernennung eines oder mehrerer Panelmitglieder durch den Generaldirektor in ungefähr 40% aller Fälle notwendig.

²⁵ Siehe dazu *Palmeiter/Mavroidis*, zit. in Fn. 8, 114–15, unter Hinweis auf gegensätzliche Ansichten zur Rolle und zum Einfluss des Sekretariats.

²⁶ Ein vermittelnder Vorschlag sieht vor, den Vorsitzenden eines Panels aus einem ständigen Roster von etwa 20 Personen auszuwählen, während die beiden anderen Mitglieder wie bis anhin als nebenamtliche Mitglieder rekrutiert würden; siehe *Thomas Cottier*, Proposals for Moving from *Ad hoc* Panels to Permanent WTO Panelists, in: *Ortino/Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 31–9.

²⁷ Zurzeit stammen die sieben Mitglieder aus Ägypten, Brasilien, Indien, Australien, Italien, Japan und den Vereinigten Staaten.

²⁸ Vgl. *Dreyfus Roth/Oesch*, zit. in Fn. 20, 62.

Kritiker werfen dem WTO-Streitbeilegungsverfahren gelegentlich vor, dass sowohl Panellisten wie auch Mitglieder des Appellate Body einseitig handelspolitische und -rechtliche Erfahrungen besitzen und damit anderen, potenziell gleichwertig legitimen Interessen bei der Abwägung zwischen Freihandelsprinzipien und konkurrierenden Rechtsgütern zu wenig Beachtung geschenkt wird²⁹. Tatsächlich gewinnt die Auswahl von «Richtern» mit der zunehmenden Vernetzung der WTO mit anderen Politikbereichen an Aktualität. Bis heute überwiegt aber die Ansicht, dass Panels und der Appellate Body verantwortungsbewusst mit der Aufgabe umzugehen wissen, bei der Auslegung und Anwendung unbestimmter Rechtsbegriffe des WTO-Rechts einen angemessenen Ausgleich zwischen konkurrierenden Rechtsgütern zu finden³⁰.

B. Parteifähigkeit

Das WTO-Streitbeilegungsverfahren ist rein zwischenstaatlich organisiert. Nur Mitglieder der WTO können als Parteien auftreten; Private, Nichtregierungsorganisationen oder andere internationale Organisationen haben keinen Zugang³¹. Die Schriftsätze der Parteien sind grundsätzlich vertraulich, und die mündlichen Verhandlungen stehen nur den Parteien offen³². Der Appellate Body hat die anfänglich umstrittene Frage, ob sich die Parteien durch externe Anwälte vertreten lassen dürfen, in der Zwischenzeit geklärt und richtigerweise bejaht³³. Das DSU verlangt kein spezielles Rechtsschutzinteresse für die Einleitung eines Verfahrens. Der Appellate Body hat hierzu präzisiert, dass den Mitgliedern ein weitgehendes, allerdings nicht schrankenloses Ermessen zukommt. Es genügt, wenn ein potenzielles Export-

²⁹ Gemäss *Miriam Behrens*, Pro Natura, etwa ist «die WTO dem Handel verpflichtet. Kurz, die Streitschlichtung ist eine Instanz, die selber Partei ist», zit. in *WoZ* vom 11. September 2003.

³⁰ Bis heute finden sich überdies nur sehr vereinzelt abweichende (anonyme) Meinungen (*dissenting opinions*) eines unterlegenen Mitglieds eines Panels oder des Appellate Body, siehe etwa *EC – Poultry*, WT/DS69/AB/R (am 23. Juli 1998 angenommen), Rz. 289–91 (Panel); *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (am 5. April 2001 angenommen), Rz. 149–54 (Appellate Body).

³¹ In Verfahren gegen einzelne EG-Mitgliedstaaten wird regelmässig auch die EG als beklagte Partei zugelassen. Diese übernimmt jeweils die Klageführung, siehe *Weiss/Herrmann*, zit. in Fn. 8, Rdnr. 118.

³² In den Berichten der Panels und des Appellate Body werden Zusammenfassungen der mündlichen und schriftlichen Parteivorbereitungen publiziert; siehe zur speziell sensiblen Behandlung von Geschäftsgeheimnissen *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 69; *Palmeiter/Mavroidis*, zit. in Fn. 8, 135–43. – Weitergehende Transparenz und Partizipation werden in den laufenden DSU-Verhandlungen prominent diskutiert; siehe *William J. Davey*, Proposals for Improving the Working Procedures of WTO Dispute Settlement Panels, in: *Ortino/Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 19, 20–1.

³³ *EC – Bananas*, WT/DS27/AB/R (am 25. September 1997 angenommen), Rz. 4–12.

interesse betroffen ist; dies wird grundsätzlich vermutet³⁴. Ebenso wenig besteht im DSU eine Vorschrift zur vorgängigen Erschöpfung innerstaatlicher Rechtsbehelfe³⁵.

Mitglieder der WTO, welche «ein wesentliches Interesse» an einer Streitsache haben, können sich gemäss Art. 10.2 DSU durch Notifikation an den Streitbeilegungsrat als Drittparteien konstituieren und erhalten damit die Möglichkeit, sich im Verfahren mündlich zu äussern und Stellungnahmen einzureichen. Während die Teilnahme von Mitgliedern als Drittparteien nach der Einsetzung eines Panels regelmässig problemlos akzeptiert wird, ist das Recht interessierter Mitglieder an einer Teilnahme an den vorgängigen vertraulichen Konsultationen gelegentlich strittig. Im Konsultationsverfahren bedarf die Teilnahme als interessiertes Mitglied gemäss Art. 4.11 DSU der Zustimmung des Mitglieds, an das sich das Konsultationsersuchen richtet; diese Zustimmung wird in der Praxis oft versagt, um den bilateralen und diplomatischen Charakter von Konsultationen nicht zu gefährden.

Die Schweiz hat das WTO-Streitbeilegungsverfahren schon mehrere Male zur Durchsetzung ihrer Rechte benutzt. Alle diese Fälle konnten indessen – bis auf einen – bereits im Konsultationsverfahren gütlich beigelegt werden³⁶. Die Ausnahme stellt der Stahlfall gegen die Vereinigten Staaten dar, in dem die Schweiz zum ersten Mal aktiv als klägerische Partei auftrat, nachdem die Konsultationen zu keiner Einigung geführt hatten³⁷. Ebenso hat sich die Schweiz in diversen Fällen als Drittpartei konstituiert, um bei Streitigkeiten über die richtige Anwendung und Auslegung von WTO-Bestimmungen, welche auch für den schweizerischen Aussenhandel relevant sind, mitzuwirken.

C. Sachverständige und *Amicus-curiae*-Schriften

Gemäss Art. 13 DSU besitzt ein Panel das Recht, von Sachverständigen (in individueller oder gemeinsamer Kapazität) Informationen und fach-

lichen Rat einzuholen. Dazu gehören nebst tatbestandlichen Abklärungen und wissenschaftlichen Gutachten grundsätzlich auch Rechtsabklärungen³⁸. Der Appellate Body hat festgestellt, dass die Entscheidung, ob in einem spezifischen Fall solcher Rat einzuholen sei, allein dem Panel zukommt³⁹.

Der Appellate Body hat ebenfalls gestützt auf Art. 13 DSU entschieden, dass Panels auch Informationen zur Entscheidungsfindung beziehen können, welche von Privaten, Nichtregierungsorganisationen oder auch anderen WTO-Mitgliedern *unaufgefordert* eingereicht wurden (sog. *Amicus-curiae*-Schriften)⁴⁰. Die Entscheidung, ob eine solche Stellungnahme relevant und deshalb zu berücksichtigen ist, steht im Ermessen des Panels, das allerdings die grundlegenden Verfahrensrechte des rechtlichen Gehörs für alle Parteien wahren muss. Dasselbe Recht nimmt der Appellate Body im Wege der richterlichen Rechtsfortbildung auch für sich selber in Anspruch⁴¹. Die Berücksichtigung solcher Schriften ist äusserst umstritten, da sie im DSU nicht ausdrücklich vorgesehen ist und zu einer indirekten Beteiligung von privaten natürlichen und juristischen Personen am eigentlich ausschliesslich zwischenstaatlich konzipierten Streitbeilegungsverfahren führt. Nur schon das grundsätzliche Recht, *Amicus-curiae*-Schriften zu berücksichtigen, sofern sie für die Lösung eines Streitfalles relevante Informationen zu liefern vermögen, hat zu heftigen Protesten diverser WTO-Mitglieder geführt⁴². Gleichzeitig kommt *Amicus-curiae*-Schriften eine enorme symbolische Rolle zu, indem sich die so genannte Zivilgesellschaft mit eigenen Stellungnahmen auch im Streitbeilegungsverfahren Gehör verschaffen kann; damit soll schliesslich die Legitimation des grundsätzlich rein zwischenstaatlichen Verfahrens erhöht werden. Zurzeit scheinen die Mitglieder weit davon entfernt, über die grundsätzliche Zulassung oder Nichtzulassung einen Konsens zu finden und das DSU entsprechend zu ergänzen. Nicht zuletzt deshalb zeigen sich Panels und der Appellate Body

³⁸ Siehe Matthias Oesch, Standards of Review in WTO Dispute Resolution, 2003, 186–87.

³⁹ *EC – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (am 13. Februar 1998 angenommen), Rz. 146–48.

⁴⁰ Die Leitentscheide sind *US – Shrimps*, WT/DS58/AB/R (am 6. November 1998 angenommen), Rz. 99–110; *EC – Sardines*, WT/DS231/AB/R (am 23. Oktober 2002 angenommen), Rz. 153–67; siehe Gabrielle Marceau/Matthew Stilwell, Practical Suggestions for Amicus Curiae Briefs Before the WTO Adjudicating Bodies, JIEL 4 (2001), 155; Oesch, zit. in Fn. 38, 113–14, 186–87.

⁴¹ In *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (am 5. April 2001 angenommen), Rz. 50–7, veröffentlichte der Appellate Body zudem eine Verfahrensordnung für die Einreichung und Prüfung von *Amicus-curiae*-Stellungnahmen («request for leave procedure»).

⁴² Siehe Petros C. Mavroidis, Amicus Curiae Briefs Before the WTO: Much Ado About Nothing, in: von Bogdanly/Mavroidis/Mény (Hrsg.), European Integration and International Co-Ordination (FS für Ehlermann), 2002, 317.

³⁴ *EC – Bananas*, WT/DS27/AB/R (am 25. September 1997 angenommen), Rz. 132–38; siehe dazu William J. Davey, Has the WTO Dispute Settlement System Exceeded its Authority?, JIEL 4 (2001), 79, 97–9.

³⁵ Vgl. Davey, zit. in Fn. 34, 103–4; *Palmeter/Mavroidis*, zit. in Fn. 8, 34–5.

³⁶ Siehe *Slovak Republic – Dairy Products and the Transit of Cattle*, WT/DS133 (1998); *Australia – Coated Woodfree Paper Sheets*, WT/DS119 (1998); *India – Agricultural, Textile and Industrial Products*, WT/DS94 (1997).

³⁷ *US – Steel*, WT/DS248–249/AB/R, WT/DS251–254/AB/R, WT/DS258–259/AB/R (am 10. Dezember 2003 angenommen); siehe dazu Dreyfus Roth/Oesch, zit. in Fn. 20; *Marie-Gabrielle Ineichen-Fleisch*, Komplexes WTO-Streitbeilegungsverfahren: Erfahrungen der Schweiz als Klägerin im US-Stahlfall, NZZ vom 15. Januar 2004, 29.

sehr zurückhaltend und weisen unaufgefordert eingereichte Stellungnahmen in der Regel als für das Verfahren nicht relevant zurück⁴³. Bis anhin wurde, soweit ersichtlich, nur in einem einzigen Fall eine *Amicus-curiae*-Stellungnahme durch ein Panel substantziell berücksichtigt⁴⁴.

IV. Das Verfahren

Die Entscheidungsfindung gliedert sich formell in vier Verfahrensabschnitte: Konsultationsverfahren, Panelverfahren, Berufungsverfahren vor dem Appellate Body, Annahme durch den Streitbeilegungsrat.

A. Obligatorische Konsultationen

Das Streitbeilegungsverfahren wird gemäss Art. 4 DSU durch einen begründeten schriftlichen Antrag auf Aufnahme von vertraulichen Konsultationen initiiert. Jedes Mitglied ist dabei verpflichtet, die Vorbringen eines anderen Mitglieds wohlwollend zu prüfen und nach Treu und Glauben über eine versöhnliche Lösung zu verhandeln. Gleichzeitig ist sichergestellt, dass unabhängig von Inhalt und Ausgang der Konsultationen die Rechte der Parteien im weiteren Verfahrenslauf unberührt bleiben und das weitere Vorgehen nicht präjudiziert wird. Die Einsetzung eines Panels kann verlangt werden, sofern die Konsultationen innerhalb von 60 Tagen nach Eingang des Konsultationsersuchens nicht zu einer einvernehmlichen Lösung geführt haben⁴⁵. In der Praxis führen rund die Hälfte der formell notifizierten Streitigkeiten schliesslich zur Einsetzung eines Panels⁴⁶. Damit erhellt, dass das Konsultationsverfahren in manchen Fällen tatsächlich dazu beiträgt, eine einvernehmliche Lösung zu finden, während es in anderen Fällen als reiner «Durchlauferhitzer» dient, um eine Streitigkeit nach Ablauf der 60-Tage-Frist vor ein Panel zu bringen.

⁴³ In einigen Fällen entschied sich eine Partei, eine *Amicus-curiae*-Schrift formell ihrer eigenen Eingabe anzuhängen, womit deren Inhalt auf diesem Weg durch das Panel geprüft und gewürdigt werden musste, siehe *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (am 5. April 2001 angenommen), Rz. 8.12 (Panel); *US – Shrimps*, WT/DS58/AB/R (am 6. November 1998 angenommen), Rz. 79–91 (Appellate Body).

⁴⁴ *Australia – Salmon – 21.5 Panel*, WT/DS18/RW (am 20. März 2000 angenommen), Rz. 7.8–7.9.

⁴⁵ Oder bereits nach 30 Tagen, sofern das klägerische Mitglied erfolglos versucht hat, überhaupt in Verhandlungen mit dem Gegner einzutreten, siehe dazu *Turkey – Textiles and Clothing from India*, WT/DS34/AB/R (am 19. November 1999 angenommen), Rz. 9.18–9.24 (Panel). Fristen können in beidseitigem Einvernehmen geändert werden; in der Praxis werden sie häufig verlängert.

⁴⁶ *WTO Secretariat*, zit. in Fn. 17, 4.

Ein Konsultationsbegehren muss gemäss Art. 4.4 DSU begründet werden, den Streitgegenstand substantzieren und die Rechtsgrundlagen für die behauptete Rechtswidrigkeit bezeichnen. Der Inhalt dieses Begehrens ist für das gesamte Streitbeilegungsverfahren massgebend. Die klägerische Partei muss bereits in diesem Stadium den Streitgegenstand hinreichend bestimmt umschreiben, damit sich das beklagte Mitglied im weiteren Verfahren angemessen verteidigen kann⁴⁷. Ein unspezifischer Antrag kann in einem späteren Verfahrensstadium nicht geheilt werden; wesentliche Änderungen der Streitsache bedürfen notwendigerweise der Aufnahme neuer Konsultationen.

B. Das Verfahren vor einem Panel

Nach gescheiterten Konsultationen setzt der Streitbeilegungsrat auf Antrag der klägerischen Partei gemäss Art. 6 DSU ein Panel ein, sofern die Einsetzung nicht im Konsensverfahren abgelehnt wird.

1. Das Mandat

Ein Panel soll gemäss Art. 7.1 und 11 DSU eine objektive Beurteilung der Streitsache vornehmen; dies beinhaltet die objektive Beurteilung des Sachverhalts und seine umfassende rechtliche Würdigung im Lichte der einschlägigen WTO-Übereinkommen. Schliesslich sollen Feststellungen getroffen werden, die dem Streitbeilegungsrat erlauben, die in den relevanten Übereinkommen vorgesehenen Entscheidungen für die Streitbeilegung auszusprechen. Durch die Vorgabe, eine *objektive* Beurteilung vorzunehmen, ist die Frage der angemessenen Prüfungsdichte angesprochen, welche bei besonders komplexen Sachverhalten umstritten sein kann. Gemäss dem Appellate Body liegt sie für die Überprüfung der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung zwischen einer völligen Neuerhebung (*de novo review*) und der blossen Übernahme der tatbestandlichen Vorbringen der Mitglieder (*total deference*)⁴⁸. Folglich ist bei Tatfragen eine gewisse Zurückhaltung angebracht. Trotzdem hat sich in der Praxis durchgesetzt, dass sich Panels regelmässig aktiv um die richtige Sachverhaltsermittlung bemühen und nationale Sachver-

⁴⁷ Mit der Einschränkung, dass das Konsultationsverfahren gerade auch zum Zweck hat, den Streitgegenstand zu klären und die relevanten Rechtsgrundlagen zu erörtern, siehe *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/AB/R (am 20. August 1999 angenommen), Rz. 127–33 (Appellate Body).

⁴⁸ Grundlegend *EC – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (am 13. Februar 1998 angenommen), Rz. 117 (Appellate Body); umfassend *Oesch*, zit. in Fn. 38, 103–70.

haltsfeststellungen und -würdigungen eingehend untersuchen⁴⁹. Für die Überprüfung *rechtlicher* Fragen, also der korrekten Auslegung und Anwendung des relevanten WTO-Rechts, wenden Panels hingegen eine freie Kognition an. Sie interpretieren die relevanten Bestimmungen durchwegs nach den Auslegungsmethoden gemäss Art. 31 und 32 der *Wiener Vertragsrechtskonvention* und räumen den Mitgliedstaaten kein Ermessen bei der Auslegung von WTO-Recht ein⁵⁰.

Das DSU enthält keine Bestimmung zur Verteilung der *Beweislast*. Die Praxis folgt dem allgemeinen Grundsatz, dass jede Partei die Beweislast für das Vorliegen der Voraussetzungen einer angerufenen Rechtsbestimmung trägt⁵¹. Die Behauptung, eine Rechtsnorm würde durch ein anderes Mitglied verletzt, bedarf daher des Beweises durch den Vortragenden⁵². Sobald ein *Prima-facie*-Beweis erbracht ist, obliegt es der Gegenpartei, die *Prima-facie*-Beweisführung zu entkräften⁵³.

2. Die Verfahrensabschnitte

Das Panelverfahren ist in Art. 11–15 DSU und Anhang 3 detailliert geregelt. In der Regel soll ein Verfahren nicht länger als 6 Monate dauern, wobei diese Frist ausnahmsweise auf 9 Monate verlängert werden kann⁵⁴. Das Verfahren beginnt mit einem schriftlichen Vorverfahren, in welchem die Parteien ihre Klage- bzw. Antwortschriften einrei-

chen. Danach finden zwei mündliche Verhandlungen statt; die Panellisten benutzen dabei rege die Gelegenheit, den Parteien entscheidungsrelevante Fragen zu stellen, während es diesen nicht gestattet ist, direkt Fragen an die anderen Parteien zu richten (keine *cross-examination*). Drittparteien haben normalerweise nur in der ersten mündlichen Verhandlung ein Recht auf eine Stellungnahme⁵⁵. Im Anschluss daran verfasst das Panel einen Zwischenbericht (*interim report*), der einen Entwurf des abschliessenden Berichts darstellt und sowohl tatbeständliche wie rechtliche Begründungen des Entscheids enthält. Der Zwischenbericht stellt ein typisches Relikt aus der Zeit diplomatischer und bilateraler Streitschlichtung dar und sollte den Parteien die letzte Chance bieten, vor dem formellen Abschluss des Verfahrens durch Richterspruch doch noch zu einer einvernehmlichen Lösung zu gelangen. Die Parteien können dabei das Panel auffordern, gewisse Teile noch einmal zu überprüfen. In der Praxis hat sich eingebürgert, nur bei offensichtlichen Versehen des Panels einzugreifen und den Bericht substantiell zu kritisieren, und ansonsten allfällige Argumente für eine spätere Berufung an den Appellate Body aufzubewahren.

Im Anschluss an diese Zwischenphase wird der endgültige Bericht erstellt und sämtlichen Mitgliedern der WTO übermittelt. Der Panelbericht enthält normalerweise eine detaillierte Zusammenfassung der Parteivorbringen und -argumente sowie eine Begründung des Urteils, welche die entscheidungsrelevanten Tatsachenfeststellungen und -würdigungen, die Auslegung und Anwendung der anwendbaren Rechtsvorschriften sowie die Empfehlungen des Panels enthält⁵⁶. Panels empfehlen den unterlegenen Parteien in der Regel, eine widerrechtliche Massnahme in Übereinstimmung mit den relevanten WTO-Bestimmungen zu bringen und verzichten auf die Nennung von konkreten Umsetzungsmassnahmen⁵⁷.

C. Das Verfahren vor dem Appellate Body

Die Hauptparteien vor einem Panel, nicht aber Drittparteien, können gegen den Panelbericht Einspruch erheben. Das Verfahren dient der objekti-

⁴⁹ Dabei ziehen Panels vor allem bei komplexen naturwissenschaftlichen und technischen Fragen regelmässig Sachverständige gemäss Art. 13 DSU bei, siehe etwa *EC – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (am 13. Februar 1998 angenommen), Rz. 8.5–11; *Australia – Salmon*, WT/DS18/AB/R (am 6. November 1998 angenommen), Rz. 6.1–157.

⁵⁰ Umfassend Oesch, zit. in Fn. 38, 173–87; *Weiss/Herrmann*, zit. in Fn. 8, 127–28; siehe *US – Sections 301–310*, WT/DS152/R (am 27. Januar 2000 angenommen), Rz. 7.16 (Panel); *Argentina – Footwear Safeguard Measures*, WT/DS121/AB/R (am 12. Januar 2000 angenommen), Rz. 122 (Appellate Body). – Obwohl das Übereinkommen über Antidumping einen speziellen Prüfungsmassstab vorsieht, haben Panels auch in diesem Bereich eine restriktive Linie vertreten, siehe *US – DRAMS from Korea*, WT/DS99/R (am 19. März 1999 angenommen), Rz. 6.36–51 (Panel).

⁵¹ Grundlegend *US – Woven Wool Shirts*, WT/DS33/AB/R (am 23. Mai 1997 angenommen), Part IV. (S. 14) (Appellate Body). Die Partei, welche sich auf eine Ausnahme beruft, trägt demnach die Beweislast für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen, siehe etwa *EC – Sardines*, WT/DS231/AB/R (am 23. Oktober 2002 angenommen), Rz. 269–82 (Appellate Body); allgemein *Joost Pauwelyn*, Evidence, Proof and Persuasion in WTO Dispute Settlement: Who Bears the Burden?, *JIEL* 1 (1998), 227.

⁵² Gleichzeitig kann sich unter Umständen eine gewisse *Kooperationspflicht* der beklagten Partei ergeben, wenn der Beweis der klägerischen Partei nur sehr schwer, z.B. mittels Dokumenten im Besitz der beklagten Partei, zu erbringen ist, siehe *Canada – Civilian Aircraft*, WT/DS70/AB/R (am 20. August 1999 angenommen), Rz. 181–206 (Appellate Body).

⁵³ In der Praxis wird allerdings nicht konsequent ein *Prima-facie*-Beweis verlangt und die Beweislast anschliessend der beklagten Partei überbürdet, sondern von Anfang an Beweis und Gegenbeweis durch beide Parteien zugelassen, siehe dazu *Pauwelyn*, zit. in Fn. 51, 255.

⁵⁴ In der Praxis beträgt die durchschnittliche Verfahrensdauer gemäss *WTO Secretariat*, zit. in Fn. 17, 5 und Tab. 4, durchschnittlich 8 Monate und 24 Tage.

⁵⁵ Siehe *EC – Bananas*, WT/DS27/AB/R (am 25. September 1997 angenommen), Rz. 7.4–7.9 (Panel). – Im Rahmen der laufenden DSU-Verhandlungen werden diverse Vorschläge diskutiert, wonach die Drittparteienrechte ausgebaut und gestärkt werden sollen.

⁵⁶ Siehe zum Massstab der Begründungspflicht gemäss Art. 12.7 DSU *US – Steel*, WT/DS248–249/AB/R, WT/DS251–254/AB/R, WT/DS258–259/AB/R (am 10. Dezember 2003 angenommen), Rz. 500–7 (Appellate Body).

⁵⁷ Ausführlich zum Inhalt möglicher Empfehlungen *Ernst-Ulrich Petersmann*, An Introduction, in: *Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 3, 38–45.

ven Rechtskontrolle; daher ist es nicht erforderlich, dass die Partei, welche Einspruch erhebt, durch den Panelbericht beschwert ist⁵⁸. Ein Einspruch kann gemäss Art. 16.4 DSU bis zur Annahme des Panelberichts durch den Streitbeilegungsrat, die spätestens binnen einer Frist von 60 Tagen nach Bekanntgabe an die Mitglieder erfolgt, eingelegt werden. In der Praxis werden rund drei Viertel aller Panelberichte appelliert und damit dem Appellate Body zur endgültigen Entscheidung vorgelegt⁵⁹.

1. Das Mandat

Die Überprüfung eines Panelberichts durch den Appellate Body ist gemäss Art. 17.6 DSU auf Rechtsfragen beschränkt. Der Appellate Body kann die rechtlichen Feststellungen sowie die Schlussfolgerungen des Panelberichts bestätigen, ändern oder aufheben. Damit wird sichergestellt, dass eine einheitliche Interpretation des WTO-Rechts gewährleistet ist. Der Appellate Body kommt diesem Mandat in der Praxis nach; in gewissen Fällen hat er rechtliche Auslegungen eines Panels kassiert, auch wenn er mit den Schlussfolgerungen übereinstimmte⁶⁰.

In mehreren Fällen wurde die heikle Frage aufgeworfen, ob tatbeständliche Feststellungen eines Panels durch die Beschränkung der Berufung auf Rechtsfragen gänzlich von einer Überprüfung durch den Appellate Body ausgenommen sind. Der Appellate Body hat dies richtigerweise verneint und festgestellt, dass die objektive Beurteilung des Sachverhalts gemäss Art. 11 DSU eine Rechtsfrage darstellt und damit auch durch den Appellate Body – sofern rechtsgenügend gerügt – überprüft und sanktioniert werden kann⁶¹. Mittlerweile ist gefestigte Praxis, dass Panels bei der Tatsachenfeststellung und -würdigung ein erhebliches, aber nicht grenzenloses Ermessen zukommt. Der Appellate Body übt bei der Überprüfung der Sachverhaltsermittlung durch Panels grosse Zurückhaltung und schreitet nur ein, sofern ein Panel das Ermessen offensichtlich rechtswidrig angewandt oder grundlegende Verfahrensprinzipien des *due process* missachtet hat⁶².

Problematisch ist, dass das DSU keine Rückweisungsmöglichkeit eines Berichts durch den Appellate Body an das erstinstanzliche Panel vorsieht (*remand authority*), um die Streitsache im Licht einer korrigierten Auslegung der relevanten Bestimmungen neu beurteilen zu lassen. Der Appellate Body hat deshalb in mehreren Fällen nicht gezögert, die Überprüfung einer nationalen Massnahme auch über den Umfang einer Revision hinaus zu vervollständigen, sofern der vom Panel festgestellte Sachverhalt und weitere, von den Parteien nicht bestrittene Tatsachen für die Vervollständigung der rechtlichen Analyse ausreichen⁶³. Sofern jedoch weitere tatbeständliche Abklärungen vorzunehmen sind, welche nur im Rahmen eines Panelverfahrens erledigt werden können, bleibt ein Urteil in der Sache durch den Appellate Body unmöglich. Das Fehlen einer *remand authority* stellt eine offensichtliche Schwäche des Systems dar; entsprechend werden in den laufenden DSU-Verhandlungen Vorschläge zur Einführung eines solchen Instituts diskutiert⁶⁴.

2. Die Verfahrensabschnitte

Das Verfahren ist detailliert in Art. 17 DSU und den *Working Procedures for Appellate Review* geregelt. Normalerweise soll ein Verfahren nicht länger als 60 Tage dauern, wobei diese Frist ausnahmsweise auf 90 Tage verlängert werden kann⁶⁵. Das Verfahren beginnt mit der Einreichung der schriftlichen Einspruchsbegründung durch den Berufungskläger und der Erwiderung durch den Berufungsgegner. Danach findet eine mündliche Verhandlung statt, an welcher auch Drittparteien teilnehmen und sich äussern können. Nach den formellen Parteivorbringen benutzen die Mitglieder des Appellate Body die Gelegenheit, den Parteien entscheidrelevante Fragen zu stellen. Auf diese Fragen muss mündlich und sofort geantwortet werden, was mithin auch erfahrene und prozessgeübte Parteivertreter in Schwierigkeiten bringt⁶⁶. Im Gegensatz zum Panelverfahren fehlt in der Berufung das Institut eines Zwischenberichts (*interim report*), da grundsätzlich nurmehr über Rechtsfragen entschieden wird.

⁵⁸ Ohlhoff, zit. in Fn. 3, Rdnr. 104.

⁵⁹ WTO Secretariat, zit. in Fn. 17, 6 und Tab. 10, 11.

⁶⁰ Thomas Cottier, The WTO Dispute Settlement System: New Horizons, Proceedings of the 92nd Annual Meeting of the American Society of International Law, 1998, 86, 90, hat in diesem Zusammenhang von einem «somewhat schoolmasterly tone and language of the Appellate Body» gesprochen.

⁶¹ Grundlegend *EC – Hormones*, WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R (am 13. Februar 1998 angenommen), Rz. 131–34 (Appellate Body); die Überprüfung einer nationalen Rechtsnorm, deren korrekte Interpretation strittig ist, gilt ebenfalls als Rechtsfrage, siehe *US – Omnibus Appropriations Act of 1998*, WT/DS176/AB/R (am 1. Februar 2002 angenommen), Rz. 105–6 (Appellate Body).

⁶² Siehe *US – Wheat Gluten*, WT/DS166/AB/R (am 19. Februar 2001 angenommen), Rz. 151; *US – Lamb Meat*, WT/DS177/AB/R,

WT/DS178/AB/R (am 16. Mai 2001 angenommen), Rz. 106; umfassend Oesch, zit. in Fn. 38, 157–66; Ohlhoff, zit. in Fn. 3, Rdnr. 106, spricht von einer «Missbrauchskontrolle».

⁶³ Siehe zur problematischen Weigerung des Appellate Body, die rechtliche Überprüfung zu vervollständigen, *EC – Asbestos*, WT/DS135/AB/R (am 5. April 2001 angenommen), Rz. 78–83.

⁶⁴ Siehe David Palmeter, The WTO Appellate Body Needs Remand Authority, JWT 32(1) (1998), 41; Debra P. Steger, Improvements and Reforms of the WTO Appellate Body, in: Ortno/Petersmann (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 41, 46–7.

⁶⁵ Die durchschnittliche Verfahrensdauer beträgt gemäss WTO Secretariat, zit. in Fn. 17, 6 und Tab. 8, genau 90 Tage.

⁶⁶ Dreyfus Roth/Oesch, zit. in Fn. 20, 62.

Im Anschluss an die mündliche Verhandlung wird der endgültige Bericht erstellt und sämtlichen Mitgliedern der WTO übermittelt. Ein Bericht des Appellate Body enthält, analog zu einem Panelbericht, eine detaillierte Zusammenfassung der Parteivorbringen und -argumente sowie eine Begründung des Urteils, welches alle in der Berufung aufgeworfenen Rechtsfragen behandelt und abschliessende Empfehlungen enthält. Auch der Appellate Body verzichtet – nach der Feststellung einer WTO-Rechtsverletzung – in der Regel auf die Nennung von konkreten Umsetzungsmassnahmen.

D. Die Annahme durch den Streitbeilegungsrat

Panelberichte, gegen die innert der Frist von 60 Tagen nach Bekanntgabe des Berichts keine Berufung eingelegt wird, sowie Berichte des Appellate Body werden durch den Streitbeilegungsrat formell angenommen. Wie erwähnt gilt ein Bericht automatisch als angenommen, sofern er nicht im Konsensverfahren abgelehnt wird. Art. 17.14 DSU macht unmissverständlich klar, dass ein angenommener Bericht von allen Streitparteien vorbehaltlos akzeptiert werden muss. Gleichzeitig steht den Mitgliedern im Streitbeilegungsrat, auch den Streitparteien, offen, ihre Standpunkte zu einem angenommenen Bericht kundzutun. Dieses Sprachrohr wird in der Praxis häufig dazu genutzt, einen Bericht zu kommentieren.

V. Die Rechtsdurchsetzung

Mit der Annahme eines Berichts eines Panels oder des Appellate Body werden die darin getroffenen Feststellungen und Empfehlungen für die Parteien verbindlich. Die völkerrechtliche Bindungswirkung bezieht sich auf die Verpflichtung, die rechtswidrige Massnahme zurückzunehmen oder zu ändern und damit in Einklang mit dem relevanten WTO-Recht zu bringen. Es besteht keine Wahl zwischen der Befolgung eines Berichts, der Aushandlung einer Kompensationsmassnahme oder der Duldung von Vergeltungsmassnahmen⁶⁷. Dem Streitbeilegungsrat obliegt gemäss Art. 21 DSU die Aufgabe, die Umsetzung einer Empfehlung zu überwachen.

⁶⁷ So auch *John H. Jackson*, *The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligations*, AJIL 91 (1997), 60, 63; *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 112; gegenteilig *Judith Bello*, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less is More*, AJIL 90 (1996), 416.

A. Die Verpflichtung zur Umsetzung einer Empfehlung

Die unterlegene Partei ist grundsätzlich verpflichtet, eine Empfehlung *unverzüglich* umzusetzen. Sofern dies nicht möglich ist, wird dem betreffenden Mitglied eine angemessene Frist dafür gesetzt; diese wird entweder vom Mitglied vorgeschlagen und vom Streitbeilegungsrat durch Konsens genehmigt (womit die obsiegende Partei die Genehmigung eines Vorschlags verhindern kann), einvernehmlich unter den Streitparteien vereinbart oder durch Schiedsspruch festgesetzt⁶⁸. Art. 21.4 DSU legt dem Schiedsrichter als Maximalfrist einen Zeitraum von 15 Monaten nach Annahme des Berichts nahe. In der Praxis wurden verschiedene Kriterien berücksichtigt, um einen angemessenen Zeitraum festzusetzen. So wurde die Komplexität einer Umsetzungsmassnahme als relevantes Kriterium anerkannt⁶⁹. Ebenso wurde festgestellt, dass die Änderung legislativer Akte einen grösseren Zeitaufwand erfordert als die Anpassung administrativer Verwaltungspraktiken, während die Tatsache, dass eine Umsetzung innenpolitisch umstritten ist, nicht mitberücksichtigt wurde⁷⁰.

Sofern Uneinigkeit darüber besteht, ob die unterlegene Partei eine Empfehlung rechtsgenügend umgesetzt hat, so wird gemäss Art. 21.5 DSU ein Schiedsgericht mit der Klärung dieser Frage beauftragt (*compliance panel*)⁷¹. Dieses Schiedsgericht soll idealerweise aus den ursprünglichen Panelmitgliedern zusammengesetzt sein und seinen Bericht innert 90 Tagen abliefern⁷². Gegen den Panelbericht steht wiederum die Berufung an den Appellate Body offen.

B. Die Durchsetzung bei Nichtumsetzung

Problematisch ist, wenn die unterlegene Partei die Empfehlung eines Panel- oder Appellate Body-Berichts nicht fristgerecht und rechtsgenügend

⁶⁸ Dieses Schiedsgericht besteht nur aus einem Schiedsrichter; dieser wird einvernehmlich durch die Parteien oder durch den Generaldirektor der WTO bestimmt.

⁶⁹ *Canada – Pharmaceutical Products – 21.3(c) Award*, WT/DS114/13 (18. August 2000), Rz. 50.

⁷⁰ *US – Section 110(5) – 21.3(c) Award*, WT/DS160/12 (15. Januar 2001), Rz. 34, 41–2; umfassend *Palmeto/Mavroidis*, zit. in Fn. 8, 242–47.

⁷¹ Bis heute ungeklärt ist die Frage, ob vorgängige Konsultationen obligatorisch sind; der Wortlaut von Art. 21.5 DSU scheint dies eher zu befürworten, ebenso *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 116. – Unumstritten ist, dass der Antrag auf Überprüfung von nationalen Umsetzungsmassnahmen im selben Verfahren auch mehrere Male gestellt werden kann.

⁷² Gemäss *WTO Secretariat*, zit. in Fn. 17, 7–8 und Tab. 15, wird in knapp 20% aller Streitfälle, in denen eine nationale Massnahme als WTO-rechtswidrig qualifiziert wurde, schliesslich die Einsetzung eines *Compliance Panel* verlangt.

umsetzt. Der WTO fehlt wie jeder anderen internationalen Organisation eine unmittelbare Vollzugsgewalt. Für den Fall der Nichtumsetzung stehen der obsiegenden Partei zur Durchsetzung ihrer Rechte gemäss Art. 22 DSU die Verhandlung über Kompensationsleistungen (Ausgleich) und die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen (Handelssanktionen) zur Verfügung. Diese Massnahmen sind kein alternatives Instrument der Streitbeilegung, sondern werden nur als *vorübergehendes* Druckmittel eingesetzt. Art. 22.1 DSU betont, dass die vollständige Umsetzung einer Empfehlung der Aushandlung von Kompensationsmassnahmen oder der Aussetzung von Zugeständnissen vorzuziehen ist.

Der Durchsetzungsmechanismus der WTO, vor allem das Recht der obsiegenden Partei, gegen ein säumiges Mitglied Handelssanktionen zu verhängen, wird vielfach und zu Recht kritisiert. Eine unrechtmässige Handelsbeschränkung wird schliesslich mit anderen Handelshemmnissen beantwortet, was dem Grundprinzip der WTO nach Abbau von Zöllen und anderen unnötigen Handelsschranken diametral entgegensteht. Handelssanktionen sind ökonomisch unsinnig, führen in der Regel zu weiteren Wohlfahrtsverlusten und treffen meistens unbeteiligte Industriezweige und Konsumenten⁷³. Gerade bei wirtschaftlich schwächeren, importabhängigen Mitgliedern besteht oftmals die begründete Gefahr, dass zusätzliche Einfuhrbeschränkungen sich in erhöhten Import- und Endpreisen niederschlagen und damit das eigene wirtschaftliche Umfeld schwächen. Trotzdem fehlen bis heute taugliche und konsensfähige Reformvorschläge, um einen hohen Grad der Rechtsbefolgung auch ohne die Androhung und tatsächliche Anwendung von Handelssanktionen zu gewährleisten⁷⁴.

1. Verhandlung über Ausgleich (Kompensationsmassnahmen)

Die Streitparteien sind gemäss Art. 22.2 DSU verpflichtet, vorgängig der Aussetzung von Zugeständnissen Verhandlungen über die einvernehmliche Festsetzung von Ausgleichsmassnahmen zu führen. Diese können typischerweise die Form von monetären Zahlungen oder Zollzugeständnis-

sen annehmen⁷⁵. Solche Kompensationen sind freiwillig und können folglich nicht durch den Streitbeilegungsrat festgesetzt werden. Sie sind vorübergehend und berühren die Pflicht zur Befolgung der Empfehlung nicht. In der Praxis wird selten ernsthaft über Ausgleichsmassnahmen verhandelt. Bis anhin wurde so weit ersichtlich nur in einem einzigen Fall eine temporäre Ausgleichszahlung vereinbart⁷⁶.

2. Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen

Sofern kein zufriedenstellender Ausgleich in der Form von Kompensationen erzielt wird, kann die obsiegende Partei gemäss Art. 22.2 DSU beim Streitbeilegungsrat die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen beantragen. Dieser erteilt die Zustimmung, sofern er den Antrag nicht im Konsensverfahren ablehnt; damit besteht *de facto* wiederum ein *Annahmeautomatismus*⁷⁷.

Gemäss Art. 22.3 DSU sollen Zugeständnisse grundsätzlich im gleichen Sektor, in dem die Rechtsverletzung festgestellt wurde, ausgesetzt werden. Sofern dies nicht durchführbar oder nicht wirksam ist, kann die Aussetzung auch in anderen Sektoren im Rahmen desselben Übereinkommens oder, sofern die Umstände zudem ernst genug sind, aus anderen Übereinkommen (*cross retaliation*) beantragt werden. Der typische Anwendungsfall, dass die Aussetzung von Zugeständnissen im gleichen Sektor nicht wirksam ist, besteht in der Gefahr vor allem für kleinere Mitglieder und Entwicklungsländer, durch die Aussetzung selbst wirtschaftliche Nachteile zu erleiden⁷⁸. Art. 22.4 DSU verlangt, dass der Umfang der Aussetzung dem Ausmass der Zunichtmachung oder Schmälerung von Vorteilen durch die festgestellte Rechtsverletzung entspricht. Die genaue Berechnung der Handelsbeeinträchtigung ist vom Einzel-

⁷⁵ Art. 21.1 und 22.1 DSU betonen, dass Kompensationsmassnahmen mit dem WTO-Recht vereinbar sein müssen, womit allfällig vereinbarte Zollzugeständnisse auf Grund des Meistbegünstigungsprinzips auch für alle anderen WTO-Mitglieder gelten, siehe *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 118.

⁷⁶ Siehe die Notifikation in *US – Section 11(5)*, WT/DS160/23 (26. Juni 2003) über einen Betrag von US\$ 3,3 Mio. für einen Zeitraum von drei Jahren.

⁷⁷ *Michael Hahn*, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, 1996, 269, spricht sogar von einem *Recht* auf Genehmigung des Antrags, da das DSU keinen Hinweis auf einen eigenständigen Entscheidungsspielraum des Streitbeilegungsrats enthält.

⁷⁸ In *EC – Bananas – Arbitrators' Award* (Art. 22.6 DSU), WT/DS27/ARB/ECU (24. März 2000), wurde Ecuador ermächtigt, gegen die EG Verpflichtungen im TRIPs auszusetzen, obwohl die ursprüngliche Rechtsverletzung der EG unter dem GATT 1994 und dem GATS erfolgte. – Umstritten ist hingegen die Zulässigkeit von vor allem von den Vereinigten Staaten praktizierten *Karussellsanktionen*, bei denen die von der Aussetzung betroffenen Güter periodisch gewechselt werden.

⁷³ Ebenso *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 117; *Reinhold Gemperle*, Retorsionsmassnahmen als letztes Mittel: Eine Schwachstelle der WTO-Streitschlichtung, NZZ vom 3. Oktober 2002, 27.

⁷⁴ Siehe für Vorschläge in den laufenden DSU-Verhandlungen *Kessie*, zit. in Fn. 23, 142–48; unter anderem wird vorgeschlagen, das Recht auf Aussetzung von Zugeständnissen «handelbar» zu erklären (*auctionable remedies*), oder Handelssanktionen nicht mehr nur der obsiegenden Partei zu gestatten, sondern allen Mitgliedern unabhängig ihrer Parteistellung im Verfahren (*collective retaliation*). Zudem wird diskutiert, eine *obligatorische* Pflicht zur Gewährung von Kompensationen einzuführen.

fall abhängig; massgeblich ist das potenzielle Handelsvolumen, wenn die Rechtsverletzung beseitigt worden wäre⁷⁹. Art. 22.8 DSU betont, dass – analog zu Ausgleichsmassnahmen – auch die Aussetzung von Zugeständnissen *vorübergehenden* Charakter hat und nur so lange in Kraft bleibt, bis die unrechtmässige Massnahme aufgehoben oder eine einvernehmliche Lösung zwischen den Parteien erzielt wird.

Sofern die unterlegene Partei gegen den gewählten Sektor bzw. das Übereinkommen, in welchem Zugeständnisse oder sonstige Verpflichtungen ausgesetzt werden sollen, oder gegen den Umfang des geltend gemachten Schadens Einspruch erhebt, wird gemäss Art. 22.6 DSU ein Schiedsgericht mit der erneuten Streitbeilegung betraut. Dieses Schiedsgericht soll idealerweise aus den ursprünglichen Panelmitgliedern zusammengesetzt sein und seinen Bericht innert 60 Tagen abliefern, wobei die vorläufige Aussetzung während des Panelverfahrens nicht zulässig ist (*Suspensivwirkung* des Panelverfahrens). Der Panelbericht ist endgültig; die Berufung an den Appellate Body steht in diesem Verfahren nicht offen. Bis heute wurde jeder Aussetzungsantrag durch die jeweilig unterlegene Partei angefochten und die relevante Summe durch ein Panel berechnet. Der höchste je zugesprochene Schadensbetrag beläuft sich auf gut 4 Milliarden US\$ jährlich⁸⁰.

Ungeklärt ist das Verhältnis zwischen dem Verfahren zur Überprüfung von Umsetzungsmassnahmen nach Art. 21.5 DSU und dem Verfahren zur Überprüfung von Aussetzungsart und -umfang nach Art. 22.6 DSU (sog. *sequencing*). Das Schiedsgericht in *EC – Bananas* hat dazu festgehalten, dass einem Panel bei der Überprüfung der Aussetzungsart und -höhe nach Art. 22.6 DSU auch die Kompetenz zur vorfrageweisen Klärung zukomme, ob die rechtswidrige Massnahme in der Zwischenzeit beseitigt oder rechtsgenügend geändert worden sei. Diese Kompetenz bestehe ungeachtet des Verfahrens, das dafür in Art. 21.5 DSU speziell vorgesehen sei⁸¹. Der Appellate Body hat diese Frage bis heute nicht geklärt und festgehalten, dass das Verhältnis zwischen Art. 21.5 DSU und Art. 22.6 DSU nur durch die Mitglieder

im Rahmen einer authentischen Auslegung gemäss Art. IX.2 des WTO-Übereinkommens oder einer formellen Änderung des DSU geklärt werden könne⁸². In der Praxis vereinbaren Parteien in der Regel eine zeitliche Staffelung der beiden Verfahren nach Art. 21.5 DSU und Art. 22.6 DSU⁸³.

VI. Epilog

Das Streitbeilegungsverfahren der WTO hat in den ersten neun Jahren seines Bestehens gut funktioniert. Die Regelorientierung des Welthandelsrechts wurde mit dem DSU massgeblich gestärkt und entscheidend verbessert. Die Herrschaft der *rule of law* und die Durchsetzbarkeit des Rechts sind im multilateralen Handelssystem grundsätzlich gewährleistet. Trotzdem leidet das System an gewissen Kinderkrankheiten. Es bleibt zu hoffen, dass die eher *technischen* Defizite in den laufenden Verhandlungen der *Doha*-Runde behoben werden können und das DSU entsprechend verbessert wird. Längerfristig sieht sich der Streitbeilegungsmechanismus der WTO mit zwei Herausforderungen konfrontiert, die *systemischer* Natur sind und grundsätzliche Überlegungen zu seiner Stellung und Aufgabe im institutionellen Gefüge der WTO einerseits und im Verhältnis zu anderen Streitschlichtungsorganen des Völkerrechts andererseits erfordern.

A. Das institutionelle Gleichgewicht in der WTO

Der institutionelle Aufbau der WTO ist durch eine auffällige Asymmetrie zwischen einer starken Judikative und einer schwach ausgestalteten Exekutive/Legislativ gezeichnet⁸⁴. Während die Streitbeilegung entscheidend gestärkt wurde, haben die souveränen Mitglieder bis heute gezögert, Kompetenzen an übergeordnete Organe der WTO mit tatsächlicher Exekutiv- oder Legislativfunktion abzugeben. Die WTO kennt insbesondere keine eigentliche gesetzgeberische Gewalt; das geschriebene WTO-Recht kann nur im zwischenstaatlichen Konsensverfahren geändert werden, was Vertragsänderungen auf Grund der immer komplexeren Dossiers und der stetig

⁷⁹ Siehe *EC – Hormones – Arbitrators' Award* (Art. 22.6 DSU), WT/DS26/ARB (12. Juli 1999), Rz. 38; *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 120.

⁸⁰ *US – Foreign Sales Corporations – Arbitrators' Award* (Art. 22.6 DSU), WT/DS108/ARB (30. August 2002).

⁸¹ *EC – Bananas – Arbitrators' Award* (Art. 22.6 DSU), WT/DS27/ARB (9. April 1999), Rz. 5.2; diese Auslegung der relevanten Bestimmungen ist umstritten, siehe *Cherise M. Valles/Brendan P. McGivern*, *The Right to Retaliate under the WTO Agreement: The «Sequencing» Problem*, *JWT* 34(2) (2000), 63; *Petros C. Mavroidis*, *Proposals for Reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the «Sequencing» Issue and Suspension of Concessions*, in: *Ortino/Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 61–73.

⁸² *US – Certain Products from the EC*, WT/DS165/AB/R (am 10. Januar 2001 angenommen), Rz. 91–2.

⁸³ Siehe für die Nachweise solcher Vereinbarungen *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 125.

⁸⁴ Ebenso *Barfield*, zit. in Fn. 8, 5–7, 38–41; *Claus-Dieter Ehlermann*, *Six Years on the Bench of the «World Trade Court»*, in: *Ortino/Petersmann* (Hrsg.), zit. in Fn. 8, 523–27; *Oesch*, zit. in Fn. 38, 33–6.

wachsenden Mitgliederzahl zunehmend schwieriger macht⁸⁵. Der harzige Verlauf der Verhandlungen im Rahmen der *Doha*-Runde illustriert diese Schwierigkeit anschaulich. Aus diesem Grund werden Panels und der Appellate Body vermehrt um die Klärung politisch umstrittener Fragen angegangen, auch wenn deren Beantwortung dem geschriebenen WTO-Recht nicht direkt entnommen werden kann und eigentlich der legislativen Gewalt zufallen würde. Obwohl diverse solche Fragen auf Grund ihrer Bedeutung für ein reibungsloses Funktionieren des multilateralen Handelssystems notwendigerweise gelöst werden müssen, zeigt sich in manchen Konstellationen die Unfähigkeit der Mitglieder, politisch sensible Fragen im Grenzbereich zwischen Handel und Themata wie Umweltschutz, Schutz menschlicher Gesundheit, kulturelle Vielfalt oder Entwicklungspolitik einvernehmlich und autoritativ zu regeln⁸⁶. In gewissen Fällen wird der Streitbeilegungsmechanismus damit als *quasi-legislatives* Surrogat für Verhandlungen missbraucht, obwohl die Verantwortung dafür allen Mitgliedern der WTO gemeinsam obliegen würde⁸⁷. Die Legitimation von Panels und des Appellate Body zur Beantwortung politisch sensibler Fragen wird in der Öffentlichkeit entsprechend kritisch hinterfragt.

Trotzdem scheint fragwürdig, das Rad der Zeit zurückdrehen, die *Vergerichtigkeit* des Verfahrens rückgängig zu machen und zu einem diplomatischen System der Streitbeilegung zurückzukehren. Vielmehr ist angebracht, das institutionelle Ungleichgewicht zwischen Judikative und Exekutive/Legislative durch zeitgemässere Verhandlungsstrukturen und eine Stärkung der politischen Organe auszugleichen⁸⁸.

B. Das Verhältnis zu anderen Streit-schlichtungsorganen

Das GATT 1947 wurde lange Zeit als isoliertes Regelwerk betrachtet, das keine Berührungspunkte mit dem allgemeinen Völkerrecht aufwies. Im Zug der Globalisierung und der Internationalisierung relevanter Regelungsbereiche wirtschaft-

lichen Handelns hat sich dieses Verhältnis grundlegend geändert⁸⁹. Das Regelwerk der WTO widerspiegelt zunehmend eine sachliche Vernetzung des klassischen Handelsrechts mit anderen Aufgaben und Politikbereichen. Trotzdem ist das Verhältnis des Welthandelsrechts zum sonstigen Völkerrecht noch nicht vollends geklärt. Zurzeit besteht eine Vielzahl internationaler Organisationen und Abkommen, welche sich nur ungenügend ergänzen und zum Teil sogar tatsächlich oder scheinbar widersprechen. Gewisse Institutionen und Vereinbarungen sehen zudem strenge Regeln der Streitbeilegung mit entsprechenden Sanktionsmöglichkeiten bei Nichtbefolgung vor, während andere abgeschwächte Formen der Streitbeilegung kennen oder gänzlich darauf verzichten.

Das WTO-Streitbeilegungsverfahren nimmt auf dem internationalen Parkett eine Schlüsselrolle ein. Es wird zunehmend mit der Frage konfrontiert, ob und in welchem Umfang völkerrechtliche Verträge ausserhalb des WTO-Regelwerks sowie allgemeine Rechtsprinzipien und Völkergewohnheitsrecht auf das WTO-Recht einwirken und von Panels und dem Appellate Body für eine Empfehlung in einer Streitsache berücksichtigt werden sollen. Grundsätzlich gilt gemäss den *Standard Terms of Reference* nach Art. 7 DSU, dass Panels eine gerügte Verletzung im Lichte des einschlägigen WTO-Rechts zu überprüfen haben. Andere völkerrechtliche Verträge scheiden als unmittelbar streitentscheidendes Recht aus und können nur als Auslegungshilfen gemäss Art. 31.3(c) der *Wiener Vertragsrechtskonvention* und als Ausdruck einer Praxis der Staatengemeinschaft wenigstens einen mittelbaren Einfluss auf die Entscheidungsfindung eines Panels haben⁹⁰. Die Jurisdiktionsgewalt des WTO-Streitbeilegungsverfahrens ist damit beschränkt und führt im Ergebnis notwendigerweise zu einer weitgehenden Nichtbeachtung anderer völkerrechtlicher Verträge⁹¹. Gleichzeitig strahlt das Streitbeilegungsverfahren der WTO

⁸⁵ Vgl. Art. IX und X des WTO-Übereinkommens. Zurzeit besteht die WTO aus 148 Mitgliedern.

⁸⁶ Das aktuellste Beispiel betrifft das Streitverfahren zwischen den Vereinigten Staaten und der EG um die Rechtmässigkeit des faktischen Moratoriums einzelner EG-Mitgliedstaaten gegen die Zulassung neuer gentechnisch veränderter Produkte (GVOs), siehe WT/DS291. Der Panelbericht wird im Herbst 2004 erwartet, sofern sich die Parteien nicht doch noch auf eine gütliche Lösung einigen können.

⁸⁷ Ebenso *McRae*, zit. in Fn. 9, 3, 19.

⁸⁸ Ebenso *Ehlermann*, zit. in Fn. 84, 526–27; siehe zur Notwendigkeit von zeitgemässeren Verhandlungsstrukturen und neuen Formen der Rechtsetzung *Cottier*, zit. in Fn. 18, 42–3; zum fehlenden «legislative response» *Oesch*, zit. in Fn. 38, 45.

⁸⁹ Siehe *US – Reformulated Gasoline*, WT/DS2/AB/R (am 20. Mai 1996 angenommen), Part III.B. (Appellate Body); vgl. zum Verhältnis zwischen WTO-Recht und allgemeinem Völkerrecht *Gabrielle Marceau*, *A Call for Coherence in International Law: Praises for the Prohibition Against «Clinical Isolation»* in WTO Dispute Settlement, JWT 33(5) (1999), 87, 108; *Jan Neumann*, Die Koordination des WTO-Rechts mit anderen völkerrechtlichen Ordnungen, 2002; *Oesch*, zit. in Fn. 38, 207–10; *Joost Pauwelyn*, *Conflict of Norms in Public International Law: The Example of the World Trade Organization*, 2003.

⁹⁰ Soweit das WTO-Recht explizit auf andere völkerrechtliche Verträge verweist, so gelten diese Verträge (oder die referenzierten Bestimmungen daraus) als Teil des WTO-Rechts und sind vor einem Panel vollumfänglich anwend- und durchsetzbar, siehe *Ohlhoff*, zit. in Fn. 3, Rdnr. 40–1.

⁹¹ *Weiss/Herrmann*, zit. in Fn. 8, Rdnr. 366. Die Klärung des Verhältnisses zu multilateralen Umweltschutzabkommen ist explizit Teil der *Doha*-Verhandlungen, siehe Ministererklärung, zit. in Fn. 22, Rz. 31.

eine hohe Anziehungskraft auf potentielle Kläger und andere *Stakeholder* aus⁹². Die kurzen Fristen, der Instanzenzug, die Bindungswirkung der Empfehlungen sowie insbesondere der strikte Durchsetzungsmechanismus – als ultima ratio mittels Handelssanktionen – bürgen für seine Wirksamkeit. Die Attraktivität des WTO-Streitbeilegungsverfahrens korrespondiert mit der allgemein zunehmenden Bedeutung des Handelsrechts für die Durchsetzung anderweitiger Politikziele mittels Sanktionen. Aussenwirtschaftsrecht beschränkt sich nicht mehr nur auf den fallweisen Schutz gefährdeter Industriezweige gegen innen und Marktzugangsrechte gegen aussen, sondern wird vermehrt mit Themata wie Umweltschutz oder

Menschenrechtsschutz verknüpft. Häufig sind für die Verfolgung dieser Politikziele keine oder nur ungenügende Instrumentarien verfügbar, wohingegen die WTO einen solchen effektiven Durchsetzungsmechanismus etabliert hat.

Die internationale Staatengemeinschaft im Allgemeinen wie die WTO-Mitglieder im Speziellen sind damit aufgerufen, die Zersplitterung des Völkerrechts in Teilrechtsordnungen zu verhindern, ohne gleichzeitig das im Völkerrecht zurzeit wirksamste und rascheste Streitschlichtungsverfahren zu überfordern. Wenn es nicht gelingt, dieser Herausforderung *mittelfristig* angemessen zu begegnen, riskiert das WTO-Streitbeilegungsverfahren, ein Opfer seines eigenen Erfolgs zu werden.

⁹² Siehe Marco C.E.J. Bronckers, *More Power to the WTO?*, JIEL 4 (2001), 41, 45; Cottier/Oesch, zit. in Fn. 9, 37.

Stipendium für ein Nachdiplomstudium in Europarecht

Homburger, Zürich, führt seine langjährige Tradition weiter und stellt einem sehr gut qualifizierten Juristen oder einer Juristin mit abgeschlossenem Studium ein Stipendium (mit Anspruch auf einen Studienplatz) für ein *Nachdiplomstudium in Europarecht am Collège d'Europe in Bruges, Belgien*, für das Studienjahr 2005/2006 zur Verfügung.

Die Kurse werden auf Englisch und Französisch gehalten, dauern von September 2005 bis Ende Juni 2006 und schliessen mit einem *Master of European Legal Studies* ab. Informationen sind bei den Universitätssekretariaten und bei Homburger (Dr. Marcel Dietrich) oder im Internet unter

www.homburger.ch/Karriere/Studierende erhältlich.

Interessenten richten ihre Bewerbung bis 31. Januar 2005 an Dr. Marcel Dietrich, Homburger, Weinbergstrasse 56/58, Postfach 338, 8035 Zürich.