

Die Aussetzung von Zugeständnissen im WTO-Streitbeilegungsverfahren

Inaugural – Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
der Juristischen Fakultät
der Eberhard Karls Universität Tübingen
vorgelegt von

Jaime Andrés Tijmes-Ihl
aus Santiago, Chile

2012

Dekanin: Prof. Dr. Barbara Remmert

1. Berichterstatter: Prof. Dr. Martin Nettesheim

2. Berichterstatter: Prof. Dr. Jochen von Bernstorff

Tag der mündlichen Prüfung: 6. Februar 2012

INHALTSVERZEICHNIS

VORWORT	9
1 EINFÜHRUNG	11
1.1 Einleitung.....	11
1.2 Begründung und Rechtfertigung der WTO-Streitbeilegung	16
1.3 Begründung und Rechtfertigung der WTO-Rechtsdurchsetzung.....	17
1.4 Information als Bedingung der WTO-Rechtsdurchsetzung.....	20
1.5 Begrifflicher Hintergrund der WTO-Sanktionen	22
1.6 Prozessuale Aspekte der Einfuhr von Sanktionen	25
2 ZIELE DER WTO-SANKTIONEN	29
2.1 <i>Inducing compliance und rebalancing concessions</i>	31
2.2 Sekundäre Ziele.....	42
2.2.1 Schadensersatz	42
2.2.2 Rechtfertigung protektionistischer Maßnahmen	43
2.2.3 Terms of trade	44
2.2.4 Kommunikationsfunktion	44
2.2.5 Innenpolitische Erwägungen.....	46
2.2.6 Reputation	46
2.2.7 Abschreckung.....	47
2.2.8 Stabilisierung	48
3 DER SCHADEN	51
3.1 Das geschützte Rechtsgut: die Wettbewerbsvoraussetzungen	51
3.2 Der Schadensbegriff: Die Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen	58
3.3 Direkter und indirekter Schaden.....	61
3.4 Schadensvermutung (Art. 3.8 DSU)	71
3.5 Die Beweislast in Verfahren nach Art. 22.6 DSU	76
3.6 Stimmigkeit zwischen verwandten Fällen.....	81
3.7 Die Überwälzungsquote (pass through)	83
4 DIE SANKTIONEN	86
4.1 Begriff der Sanktionen	86
4.2 Verbot der Strafsanktionen.....	88
4.3 Graphische Darstellung der Entscheidungspraxis über Strafsanktionen und des Reziprozitätgrundsatzes	95

4.3.1	Einfaches Modell	96
4.3.2	Modell mit gelockerten Bedingungen	99
4.3.3	Zwischenergebnis.....	102
4.4	Diachronisch variables Sanktionsziel: Karussell-Sanktionen	103
4.5	Diachronisch variabler Sanktionsumfang	105
4.6	Cross retaliation	107
4.6.1	EC – Bananas (US) (Art. 22.6)	110
4.6.2	EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)	111
4.6.2.1	Erste Voraussetzung: Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen	112
4.6.2.2	Zweite Voraussetzung: Die Umstände sind ernst genug	116
4.6.2.2.1	Der Handel und seine Bedeutung	116
4.6.2.2.2	Die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte der Zunichtemachung	118
4.6.2.2.3	Die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung	119
4.6.2.3	Zwischenergebnis	120
4.6.3	US – Gambling (Art. 22.6).....	121
4.6.3.1	Erste Voraussetzung: Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen	122
4.6.3.2	Zweite Voraussetzung: Die Umstände sind ernst genug	127
4.6.3.3	Zwischenergebnis	128
4.6.4	US – Upland Cotton (Art. 22.6).....	129
4.6.4.1	Erste Voraussetzung: Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen	131
4.6.4.2	Zweite Voraussetzung: Die Umstände sind ernst genug	140
4.6.4.3	Voraussetzungen des Art. 22.3 (d) DSU	142
4.6.4.4	Zwischenergebnis	143
4.6.5	Zwischenergebnis.....	144
4.7	Qualitatives Gleichgewicht zwischen Schaden und Sanktion	147
4.8	Anreizstärke der Sanktionen	150
4.9	Beschwerdebefugnis, Sanktionsbefugnis und Übertragung des Sanktionspotentials	151
5	ENTSCHEIDUNGSPRAXIS	162
5.1	GATT-Entscheidungspraxis: U.S. Dairy Quotas	162
5.2	Der Regelfall: Art. 22.4 DSU	165
5.2.1	Der Umfang der Sanktion muss dem Umfang des Schadens entsprechen	165
5.2.2	Schadens- und Sanktionsumfang	170
5.2.2.1	EC – Bananas (US) (Art. 22.6)	170
5.2.2.2	EC – Hormones (US, Canada) (Art. 22.6)	174
5.2.2.3	EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)	177
5.2.2.4	US – Copyright Act (Art. 25.3).....	179
5.2.2.5	US – 1916 Act (Art. 22.6).....	182
5.2.2.6	US – Byrd Amendment (Art. 22.6).....	185
5.2.2.7	US – Gambling (Art. 22.6).....	191

5.2.3	Zwischenergebnis.....	195
5.3	Verbotene Subventionen.....	196
5.3.1	Angemessene Gegenmaßnahmen.....	197
5.3.2	Schadens- und Sanktionsumfang	200
5.3.2.1	Brazil – Aircraft (Art. 22.6)	200
5.3.2.2	US – FSC (Art. 22.6)	205
5.3.2.3	Canada – Aircraft II (Art. 22.6)	215
5.3.2.4	US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)	228
5.3.3	Entschädigung wegen verbotenen Subventionen	235
5.3.4	Zwischenergebnis.....	236
5.4	Anfechtbare Subventionen	237
5.4.1	Verhältnismäßige Gegenmaßnahmen	237
5.4.2	Schadens- und Sanktionsumfang	239
5.4.2.1	US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)	239
5.4.3	Zwischenergebnis.....	243
6	ERGEBNIS.....	244
7	QUELLENVERZEICHNIS	252
7.1	Literatur	252
7.2	Zitierte Fälle	267
7.2.1	Berichte, Entscheidungen und Schiedssprüche der WTO.....	267
7.2.2	Berichte des GATT	276
7.2.3	Sonstige völkerrechtliche Rechtsprechung	277
8	ABKÜRZUNGS- UND INSTRUMENTENVERZEICHNIS.....	278
9	ANHÄNGE	279

Wie es wissenschaftlich damit zusammenhänge, wollen wir den Gelehrten überlassen, die übrigens, wie ich habe bemerken können, sich wohl schwerlich jemals vereinigen werden.

Johann Wolfgang von Goethe, „Die Wahlverwandtschaften“

Invention, it must be humbly admitted, does not consist in creating out of void, but out of chaos.

Mary Shelley, „Frankenstein“

Retaliation, *n.* The natural rock upon which is reared the Temple of Law.

Ambrose Bierce, „The Devil’s Dictionary“

Vorwort

Die vorliegende Arbeit wurde der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen im Wintersemester 2011/2012 als Dissertation vorgelegt. Es konnten bis November 2011 erschienene Literatur und Entscheidungen berücksichtigt werden.

Meinem Doktorvater, Herrn Prof. Dr. Martin Nettesheim, gilt mein herzlicher Dank für die Betreuung der Arbeit und für die sehr rasche Erstellung des Gutachtens. Herrn Prof. Dr. Jochen von Bernstorff gebührt mein Dank für die auch sehr rasche Erstellung des Zweitgutachtens.

Besonderer Dank gilt Johanna sowie Melita und Cecilia für ihre Unterstützung. Dominique Sommer und Till Lederle danke ich für die äußerst sorgfältige und kompetente Korrektur des Manuskripts. Frau Isolde Zeiler, Sekretärin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Nettesheim, danke ich auch sehr herzlich für ihre Hilfe.

Für die großzügige Förderung danke ich außerdem dem Deutschen Akademischen Austauschdienst (DAAD).

1 Einführung

1.1 Einleitung

Die Welthandelsorganisation (WTO) ist eine internationale Regierungsorganisation, die 1995 gegründet wurde. Obwohl ihr Aufgabenbereich recht technisch ist, hat sie die Aufmerksamkeit einer relativ breiten Öffentlichkeit auf sich gezogen. Viele Autoren haben in schier unzähligen Fachtexten die unterschiedlichsten Aspekte dieser Organisation beleuchtet. Einer der Gründe hierfür ist in gewissen Merkmalen und Neuerungen zu sehen, mit denen die WTO ausgestattet wurde. So sind manche Aspekte ihres Streitbeilegungssystems etwa für völkerrechtliche Verhältnisse eher untypisch, da z.B. die Mitglieder im Rahmen der Organisation zu einem Streitbeilegungsverfahren gezwungen werden können. Auch relativ unüblich ist die Tatsache, dass das Streitbeilegungsverfahren mit Sanktionen enden kann, deren Voraussetzungen, Auflagen, Einzelheiten und Umfang recht detailreich im WTO-Vertragswerk geregelt werden.

Die Beziehung zwischen dem Inhalt der Norm und ihrer Sanktion ist aus unterschiedlichen Perspektiven erörtert worden. Um zwei relativ extreme Positionen zu nennen, kann z.B. das Recht laut dem positivistischen Ansatz in der Hauptsache als Sanktion verstanden werden oder aber können demgegenüber Sanktionen nur als symbolische Unterstützung der Normierung verstanden werden. Welchem Ansatz man auch folgen mag, Sanktionen spielen eine entscheidende Rolle.

Diese Untersuchung widmet sich den Sanktionen im Rahmen der WTO. Das Thema ist nicht nur wegen der eben erwähnten Eigenarten der WTO-Sanktionen interessant, sondern besonders auch, weil die Gegenmaßnahmen die Grenzen des WTO-Rechts verdeutlichen. Sanktionen sind die *ultima ratio*, die das System des WTO-Rechts zur Verfügung stellt, um seine eigene Durchsetzbarkeit zu gewährleisten (Art. 3.7, Satz 6, DSU).¹ Allgemein formuliert soll

¹ Die direkte historische Quelle von Art. 3.7 DSU ist im *Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance* zu finden, welches am 28. November 1979

diese Arbeit einen Beitrag zu der Frage leisten, wie die Schiedsrichter die WTO-Sanktionen begreifen. Konkret befasst sich diese Arbeit mit der Frage, wie die Schiedsrichter die einschlägigen Normen auslegen und wie sie juristisch argumentieren, um den Sanktionsumfang² zu bestimmen. Dabei werden ebenfalls einige Fragen über den Inhalt der Gegenmaßnahmen erörtert sowie manche nicht juristische Begründungen analysiert, die einen relativ direkten Einfluss auf die Diskussion dieses Umgangs ausüben.

Nach dem einführenden Kapitel werden im zweiten Abschnitt die Ziele der WTO-Sanktionen erörtert. Damit soll die Diskussion der teleologischen Interpretation der Gegenmaßnahmen behandelt werden. Denn obwohl Entscheidungspraxis³ und Lehrmeinung dieses Thema oft als grundlegend betrachtet

beschlossen wurde (L/4907, BISD 26S/210), Abs. 4 des Anhangs. Schon früher war den GATT-Vertragsparteien diese Eigenschaft der Sanktionen klar: siehe GATT (1955), S. 19, Abs. 62-63. Siehe auch *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 3.38, 4.86.

² Art. 22.4 DSU spricht vom Umfang, sowohl der Aussetzung als auch der zunichte gemachten oder geschmäleren Vorteile („the level of the suspension“ und „the level of the nullification or impairment“). In mehreren Aussetzungsentscheidungen ist jedoch vom Betrag die Rede („amount“). Was die Verwendung beider Begriffe betrifft, können die Entscheidung folgendermaßen systematisiert werden.

Eine erste Gruppe besteht aus Entscheidungen, die nicht über Subventionen handeln, und in denen die Begriffe „amount“ und „level“ synonym verwendet wurden. So z.B. in *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.14, 6.15, 6.16, *EC – Hormones (US) (Art. 22.6)*, Abs. 7, 12, 65, 78, 81, *EC – Hormones (Canada) (Art. 22.6)*, Abs. 7, 12, 56, 67, 70, *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 13, 24, 31, 176, 177, und *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s118 (wobei interessant ist, dass in s240 die USA meinten: „Articles 22 and 23 only refer to ‚the level‘, which is a single and definite amount“).

Einer zweite Gruppe schließt Entscheidungen ein, die nicht über Subventionen handeln, in denen aber beide Begriffe nicht gleichgesetzt werden. In *US – Copyright Act (Art. 25.3)* wird „amount“ im Kontext des Aussetzungsumfangs nicht verwendet. In *US – 1916 Act (Art. 22.6)* wurde „amount“ vermutlich vermieden, weil der Beschwerdeführer in Abs. 5.12 den Unterschied zwischen „amount“ und „level“ thematisierte, wobei in Abs. 9.1 die Schiedsrichter von „the quantified amount of nullification or impairment“ sprachen. *US – Gambling (Art. 22.6)* wird in den Abs. 2.9, 2.23, 3.11 und 4.22 zwischen beiden Ausdrücken unterschieden, andererseits ist auch von „amount of countermeasures“ in 3.172 und von „amount of suspension“ in Abs. 4.23 die Rede. Diese Entscheidungen wurden 2001 oder später veröffentlicht und zeigen, dass ab diesem Jahr „amount“ und „level“ deutlich seltener gleichgestellt werden.

Die dritte Gruppe umfasst die Fälle über verbotene Subventionen. „Amount“ taucht besonders in der Wendung „the amount of countermeasures“ auf und wird meistens mit „level“ gleichgesetzt, so z.B. in *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 1.5, 3.59, 3.60, 3.66, 4.2 (besonders Abs. 3.11 setzt beide Begriffe gleich), *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 2.3, 5.10, 5.11, usw. (Abs. 5.47 ist besonders interessant), *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 3.55, 4.94, usw., und *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.117, 4.130, 5.58, usw. Die Ausnahme ist die Entscheidung *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* von 2003, denn sie unterscheidet beide Begriffe im Abs. 2.6, wobei aber die Überschrift III.E die Worte „amount of appropriate countermeasures“ beinhaltet.

³ Dass der Ausdruck „jurisprudence“ auf die WTO-Streitbeilegungsorgane bezogen wird, ist der WTO nicht fremd. Relativ oft verwenden die Mitglieder diesen Begriff im DSB (z.B. WTO 2011, Abs. 16; WTO 2009b, Abs. 87). Auch die Panels benutzen ihn (z.B. *EC – Approval and Mar-*

haben, ist es oft relativ unsystematisch und intuitiv weiterentwickelt worden. Der Umfang der WTO-Sanktion hängt vom Umfang des Schadens ab, den die Rechtsverletzung verursacht hat. Deshalb ist es naheliegend, dass das dritte Kapitel sich mit dem Thema des Schadens befasst. Das vierte Kapitel setzt sich mit den Sanktionen auseinander und zwar sowohl mit quantitativen Fragen (wie hoch soll ihr Umfang sein?) als auch mit eher qualitativen Aspekten, die den Umfang der Gegenmaßnahmen mitprägen. Im fünften Abschnitt wird eingehender auf die Entscheidungspraxis eingegangen, wobei diese nach der Rechtsgrundlage (Art. 22.6 DSU, Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen, Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen) systematisiert wird. Zuletzt werden im sechsten Kapitel die Ergebnisse vorgestellt.

An dieser Stelle sind noch einige begriffliche Präzisierungen erforderlich. Die authentischen Fassungen der WTO-Vertragstexte sind in Englisch, Spanisch und Französisch verfasst. Die im deutschsprachigen Raum übliche Übersetzung des Verlags C. H. Beck (auch erschienen als Sonderausgabe des Deutschen Taschenbuch Verlags), die auf der deutschen Übersetzung der Kommission der EG basiert, ist teilweise recht sperrig geraten. Um den Textfluss mit den kaum handlichen deutschen Begriffen der Übersetzung nicht übermäßig zu stören, werden in dieser Arbeit folgende Begriffe verwendet:

- „Der Schaden“ und „die Zunichtemachung“ stehen für „die Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen“ und „die zunichte gemachten oder geschmälernten Vorteile“ (*nullification or impairment of benefits*). Auch im DSU und in der akademischen Diskussion ist oft bloß von *nullification or impairment* die Rede, so zum Beispiel in der englischen (und analog dazu

keting of Biotech Products (Panel), Abs. 4.16; *Thailand – Cigarettes (Philippines) (Panel)*, Abs. 4.104; *Korea – Various Measures on Beef (Panel)*, Abs. 7.53 und 7.55). Das Berufungsgremium scheint je nach Kontext diesen Ausdruck unterschiedlich oft zu benutzen. Verhältnismäßig oft kommt der Begriff in seinen Jahresberichten vor (z.B. WTO 2009c, Teil IV.B; WTO 2010, Teil IV.A.1). In seinen Streitbelegungsberichten kommt er praktisch nur vor, wenn die Argumente der Streitparteien wiedergeben werden (z.B. *Canada – Wheat Exports and Grain Imports (AB)*, Abs. 73; *US – Softwood Lumber V (AB)*, Abs. 20) oder wenn ein Panelbericht zitiert wird (z.B. *EC – Tariff Preferences (AB)*, Abs. 83; *China – Auto Parts (AB)*, Abs. 128; *US – Upland Cotton (Art. 21.5) (AB)*, Abs. 196 und 226). Ansonsten hat das Berufungsgremium den Begriff im Rahmen der Streitbeilegung auffallend selten verwendet, und zwar meines Wissens in nur drei Fällen (*EC – Large Civil Aircraft (AB)*, Abs. 703 und 1122; *US – Continued Zeroing (AB)*, Abs. 198; *US – Section 211 Appropriations Act (AB)*, Abs. 242). Auch von „GATT-jurisprudence“ ist gelegentlich die Rede (z.B. *Korea – Various Measures on Beef (Panel)*, Abs. 7.53 und 7.55; *China – Auto Parts (AB)*, Abs. 128).

in der spanischen) Fassung von Art. 3.8 DSU.

- „Die Sanktion“, „die Gegenmaßnahme“, „die Aussetzung“, „die Aussetzung von Zugeständnissen“ stehen für „die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten“ (*suspension of concessions or other obligations*). Freilich erscheint der Begriff „Sanktion“ nicht im DSU, doch er wird (wie auch in der Fachliteratur üblich) in dieser Arbeit verwendet (Charnovitz argumentiert, es seien tatsächlich Sanktionen, obwohl das WTO-Recht dieses Wort nicht benutzt⁴). Was das erste Begriffspaar angeht, so werden die Begriffe „Sanktion“ und „Gegenmaßnahme“ im Kontext des Völkerrechts oft synonym verwendet (siehe etwa Absatz 3 der Kommentare zu Art. 22 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission⁵). Das zweite Begriffspaar könnte Probleme bereiten, denn das WTO-Recht scheint den Begriff der „Gegenmaßnahmen“ (z.B. Art. 4.10, 4.11, 7.9, 7.10, 9.4 und Fußnoten 9, 10, 35 des SCM-Übereinkommens) vom Begriff der „Aussetzung von Zugeständnissen“ (Überschrift zu Art. 22 DSU) bzw. der „Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen“ (z.B. Art. 2.1, 3.7, 22, 23.2, 24.1 DSU) zu unterscheiden. Andererseits scheint der völkerrechtliche Begriff der „Gegenmaßnahme“ recht passend für die „Aussetzungen“ des Art. 22 DSU zu sein.⁶ Deswegen wird in dieser Arbeit diese Synonymie zwischen den Begriffen „Sanktion“, „Gegenmaßnahme“ und „Aussetzung“ benutzt, nicht nur um die Darstellung zu vereinfachen, sondern auch, weil sie in der Fachliteratur üblich ist.

Als gleichwertig werden folgenden Begriffe verwendet:

- „Das Aussetzungsschiedsverfahren“, „das Aussetzungsverfahren“ und „das (Schieds-)verfahren gemäß Art. 22.6 DSU“ (wobei hiermit auch die Verfahrensregeln aus 22.7 DSU gemeint sind).
- „Der Aussetzungsschiedsrichter“ und „der Schiedsrichter gemäß Art. 22.6 DSU“ (wobei hiermit auch die Verfahrensregeln aus 22.7 DSU gemeint sind).

⁴ Charnovitz (2002a), S. 602-603.

⁵ Kritisch dazu Fukunaga, S. 418-419.

⁶ Fukunaga, S. 417-418.

Streng genommen können nicht nur Staaten, sondern unter Umständen auch gesonderte Zollgebiete, Mitglied der WTO sein (Art. XII.1 des WTO-Übereinkommens). Beide sind gemeint, wenn in dieser Arbeit von den Staaten als Mitglieder der WTO gesprochen wird.

Anschließend sei noch auf die benutzte prozessuale Terminologie hingewiesen. Das DSU vermeidet konsequent Begriffe, die auf einen juristischen Konflikt schließen lassen könnten.⁷ So vermeidet das DSU Begriffe wie „Kläger“ und „Angeklagter“ und spricht stattdessen einerseits von der beschwerdeführenden Partei (*complaining party*)⁸ oder den Beschwerdeführern (*complainants*).⁹ Andererseits spricht es vom Mitglied, gegen das die Beschwerde vorgebracht wird (*the Member against whom the complaint has been brought*)¹⁰, von der beklagten Partei (*the party against which the complaint has been brought*)¹¹ und von der erwidern Partei (*the responding party*).¹² Statt „Klage“ ist von der Beschwerde (*complaint*)¹³ die Rede. In dieser Arbeit wird so weit es geht die Terminologie der deutschen Übersetzung des DSU benutzt, außer wenn diese doch recht sperrigen Begriffe den Wortfluss übermäßig stören.

Zum anderen bleibt die Nomenklatur der Streitparteien in fast allen Verfahren der WTO-Streitbeilegung beibehalten, und somit ist z.B. der Beschwerdeführer des Panelverfahrens auch der Beschwerdeführer des Berufungsverfahrens. Ausgenommen davon sind Verfahren nach Art. 22.6 DSU, denn in ihnen leitet die beklagte Partei die Beschwerde ein. Um Missverständnissen vorzubeugen, wird in dieser Arbeit für die Verfahren gemäß Art. 22.6 DSU die Terminologie der anderen Verfahren beibehalten. D.h., die Begriffe „Beschwerdeführer“ und „erwidern Partei“ des Schiedsverfahrens gemäß Art. 22.6 DSU be-

⁷ Dieser Ansatz fällt besonders in der französischen und in der spanischen Fassung ins Auge, denn sie sprechen nicht mal wie im Englischen von „*disputes*“, sondern von „*différends*“ bzw. „*diferencias*“ (obwohl sie entsprechende Vokabeln des selben Wortstamms besitzen: „*dispute*“ bzw. „*disputa*“).

⁸ Art. 3.12, 4.7, 4.8, 5.3, 5.4, 6.1, 12.6, 12.12, 22.3, 22.3 (a), 22.6, 22.7, 24.1, 26.1 (a) und Anhang 3 Abs. 5 DSU.

⁹ Art. 9 (Artikelüberschrift) und 9.2 DSU.

¹⁰ Art. 3.8 DSU.

¹¹ Anhang 3 Abs. 5 DSU.

¹² Art. 12.6 DSU.

¹³ Art. 3.10, 3.12, 4.4, 6.2, 9.1, 9.2, 9.3, 12.10, 26.1 (Artikelüberschrift), 26.1 (a), 26.2 (Artikelüberschrift) und 26.1 (a) DSU.

ziehen sich auf die Partei, die Beschwerdeführer bzw. erwidernde Partei im Panelverfahren gewesen ist.

An manchen Stellen dieser Arbeit wird die in der Literatur über Sanktionen übliche Terminologie des Senders (*sender*) und des Empfängers (*target*) benutzt. Als Sender wird der Staat (oder die Staatengruppe) bezeichnet, der Sanktionen einem anderen Staat (dem Empfänger) androht, damit der Empfänger der Erfüllung eines ausgedrückten politischen Anspruches des Senders einwilligt.¹⁴

1.2 Begründung und Rechtfertigung der WTO-Streitbeilegung

In internationalen Organisationen werden Informationen ausgetauscht und Fehlperzeptionen vermieden, so dass Konflikte abgewendet oder entschärft werden können. Internationale Organisationen dienen dem Frieden unter anderem deshalb, weil Informationen ausgetauscht und Vertrauen gebildet wird – anders gesagt, weil das Gefangenendilemma leichter überwunden werden kann. Außerdem können in internationalen Organisationen Streitigkeiten ohne Gewalt entschieden werden. Des weiteren trägt die kontrollierte Interaktion der Parteien im Rahmen einer multilateralen Überwachung dazu bei Konflikteskalationen zu vermeiden.¹⁵

Allgemein dient die WTO-Streitbeilegung der Wahrung der wechselseitigen Rechte und Pflichten der Mitglieder, was seinerseits der Aufrechterhaltung der WTO-Rechtsordnung dient (Art. 3.3 DSU). Ein spezifischerer Zweck der WTO-Streitbeilegung ist es, der Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Mitgliedern zu dienen (Art. 3.7, Satz 2, DSU). Die WTO-Streitbeilegung soll die Rechtsgrundlagen klären (Art. 3.2, Satz 2, DSU), wobei die Streitbeilegungsorgane das WTO-Recht nicht fortbilden dürfen (Art. 3.2, Satz 3, DSU). Das Verbot der Rechtsfortbildung ist auch in Art. 3.2, Satz 2, DSU zu erkennen, denn das Streitbeilegungssystem soll die geltenden Bestimmungen der WTO-Übereinkommen klären (statt auslegen), während die Auslegungskompetenz

¹⁴ Drezner, S. 2.

¹⁵ Cziempel, S. 129-135.

bei der Ministerkonferenz und dem Allgemeinen Rat liegt (Art. IX.2, Satz 1, WTO-Übereinkommen, Art. 3.9 DSU). Die Empfehlungen und Entscheidungen im Rahmen der Streitbeilegung dürfen die Rechte und Pflichten der Mitglieder weder ergänzen noch einschränken (Art. 3.2, Satz 3, DSU).

Aus dieser Ausführung geht eine der wichtigsten Aufgaben der Streitbeilegung der WTO (wie auch früher des GATT) hervor, nämlich Rechtssicherheit zu schaffen. Diese Rechtssicherheit bewirkt, dass für die Wirtschaftssubjekte Anreize bestehen, um wirtschaftliche Ressourcen von geschützten in produktive Bereiche zu verlegen.¹⁶ Ohne einen Streitbeilegungsmechanismus könnten die vereinbarten Regeln nicht durchgesetzt werden und die langfristige Glaubwürdigkeit des multilateralen Welthandelssystems könnte untergraben werden.¹⁷

1.3 Begründung und Rechtfertigung der WTO-Rechtsdurchsetzung

Radbruch hält fest, dass im Falle einer Normenkollision (etwa zwischen Völkerrecht und Landesrecht) rein deskriptiv betrachtet „die Rechtsordnung gilt, die sich faktische Wirksamkeit zu schaffen vermag, sei es, dass sie in langwieriger, überzeugender und gewöhnender Einwirkung die Gesinnung der Rechtsunterworfenen für sich gewonnen hat, sei es, dass sie ihnen durch Zwang und Strafe gewaltsam aufgenötigt worden ist. Erforderlich ist jedoch für die Geltung einer Rechtsordnung nicht ihre Wirksamkeit in jedem einzelnen Fall, es genügt ihre Durchsetzung im Durchschnitt der Fälle“.¹⁸ „Vermag niemand festzustellen, was gerecht ist, so muss jemand festsetzen, was rechtens sein soll, und soll das gesetzte Recht der Aufgabe genügen, den Widerstreit entgegengesetzter Rechtsanschauungen durch einen autoritativen Machtspruch zu beenden, so muss die Setzung des Rechts einem Willen zustehen, dem auch eine Durchsetzung gegenüber jeder widerstrebenden Rechtsanschauung möglich ist“.¹⁹ Die Stelle, die *festsetzt*, was rechtens sein soll, muss auch in der Lage sein, es *durchzusetzen*.²⁰ Somit wird die Relevanz der Durchsetzung für jedes Rechts-

¹⁶ Petersmann, S. 57.

¹⁷ Davey (2000), S. 167.

¹⁸ Radbruch (1932), S. 79 des Nachdrucks von 2003, S. 77 der Erstveröffentlichung von 1932.

¹⁹ Radbruch (1932), S. 82 des Nachdrucks von 2003, S. 80 der Erstveröffentlichung von 1932.

²⁰ Radbruch (1932), S. 73 des Nachdrucks von 2003, S. 71 der Erstveröffentlichung von 1932.

system klar.

Der Inhalt des WTO-Rechts wird dezentral festgesetzt, und zwar in Verhandlungen zwischen den Mitgliedern. Dagegen wird die Durchsetzung zentral durch die WTO-Streitbeilegungsorgane (Panels, Berufungsgremium, Schiedsrichter) und ferner auch das DSB gesteuert und kontrolliert. Die WTO beansprucht für sich die Gewaltmonopolisierung bezüglich der Handelsstreitigkeiten (Art. 1, Art. 2 Abs.1 Satz 2, Art. 21.5 Satz 1, und Art. 23 DSU). Im Gegensatz dazu sind im allgemeinen Völkerrecht unilaterale Gegenmaßnahmen die Norm.

Die Durchsetzung des WTO-Rechts wird *de lege lata* dadurch begründet, dass sich alle Mitglieder mit der Unterzeichnung des WTO-Übereinkommens verpflichten, ihre Gesetze, sonstige Vorschriften und Verwaltungsverfahren mit dem WTO-Recht in Einklang zu bringen (Art. XVI.4 des WTO-Übereinkommens). Da die Staaten diesen Verpflichtungen *de facto* nicht immer nachkommen, sind Mechanismen zur Rechtsdurchsetzung von Nöten. Somit wird die WTO als Forum nicht nur der Handelsliberalisierung, sondern auch der Streitbeilegung und Rechtsdurchsetzung rechtfertigt.

Aus der Perspektive der Wirtschaftslehre ist die Rechtfertigung der Durchsetzung des WTO-Rechts nicht unbedingt offensichtlich. So argumentiert z.B. die Volkswirtschaftslehre, dass die Handelsliberalisierung im Interesse aller Staaten geschieht. Dies stimmt nicht nur für die multilaterale, sondern auch für die unilaterale Liberalisierung. So besagt z.B. Lerner's Symmetrie-Theorem, dass eine Steuer auf den Import (ein *ad valorem* Zoll) auch eine Steuer auf den Export ist. Um den Export zu fördern, ist nämlich ein Anreiz nötig. Der Preis der Exporte muss also im Vergleich zum Preis der Importe steigen. Die Liberalisierung der Importe senkt deren Preis, weshalb der relative Preis der Exporte steigt. Somit entsteht ein Anreiz für den Export. Voraussetzung dieses Theorems ist, dass der Wert der Güterexporte des Landes gleich dem Wert der Güterimporte ist (eine ausgeglichene Handelsbilanz), so dass eine Änderung eines dieser beiden Werte zu einer gleich großen Abweichung des anderen führt.

Aus dieser Sicht wären sowohl Freihandelsabkommen als auch die erzwungene Handelsliberalisierung durch Sanktionen eigentlich überflüssig, weil jeder Staat einsehen müsste, dass die Liberalisierung positiv ist. Freilich besteht die Möglichkeit, dass ein Staat die Vorteile nicht einsieht und die Liberali-

sierung durch einen externen Dritten durchgesetzt werden müsste zum Wohle der Staatsgemeinschaft. Dies würde allerdings bedeuten, dass der betroffene Staat bevormundet wird, was gegen die Grundsätze des Völkerrechts verstoßen könnte. Deshalb kann dieses Argument keine überzeugende Rechtfertigung liefern.

Ein zweiter Rechtfertigungsversuch kann aus der Perspektive der *terms of trade* unternommen werden. Handelshemmnisse können nämlich aus der merkantilistischen Sicht der *terms of trade* sinnvoll sein (z.B. Optimalzölle), solange sie nicht von allen Staaten eingeführt werden – denn dann könnte ein Handelskrieg vom Zaun brechen. Sanktionen und Abkommen zum Ziel der Handelsliberalisierung (statt einseitiger Liberalisierung) könnten den Drang nach Maßnahmen zur Verbesserung der *terms of trade* eindämmen. Die Argumentation der *terms of trade* ist jedoch nur auf Handelshemmnisse zwischen verhältnismäßig großen Staaten anwendbar. Somit dient dieser Ansatz nur bedingt zur Rechtfertigung der Rechtsdurchsetzung zum Ziel der Handelsliberalisierung.

Drittens, aus politischen Gründen können Handelshemmnisse aufgebaut werden, die einzelne Branchen oder Unternehmen begünstigen, obwohl dabei die gesamtwirtschaftliche Wohlfahrt leidet. Die favorisierten wirtschaftlichen Akteure belohnen dann die politischen Akteure (z.B. durch Wahlstimmen oder durch Spenden). In dieser Hinsicht rechtfertigt sich eine Durchsetzung durch Sanktionen, die entweder die vom Handelshemmnis hervorgerufenen wirtschaftlichen Vorteile oder die Belohnung der politischen Akteure neutralisieren.²¹ Es ist aber erstens fraglich, inwiefern Handelssanktionen und politische Vorteile quantitativ vergleichbar sind. Zweitens sollte der durch die Sanktionen hinzugefügte Schaden mindestens genau so hoch sein wie die wirtschaftlichen Vorteile oder die politische Belohnung. Dies dürfte aber nur ausnahmsweise auf die Rechtsdurchsetzung des WTO-Rechts zutreffen, denn Art. 22.4 DSU bestimmt in Zusammenhang mit Art. 3.8, dass die Höhe der Sanktionen der Wirkung des Handelshemmnisses auf den Beschwerdeführer entsprechen soll. Die Vorschriften des DSU folgen also nicht den Grundgedanken der Neutralisierung der wirtschaftlichen Vorteile oder der politischen Belohnung. Deshalb

²¹ Spamann, S.42-43.

kann dieser Ansatz keine zufriedenstellende Rechtfertigung der WTO-Rechtsdurchsetzung liefern.

Viertens weisen die Wirtschaftswissenschaften darauf hin, dass die privaten Wirtschaftssubjekte oft effizienter als der Staat agieren. In Ausnahmefällen des Marktversagens wie etwa bei Monopolstellungen und Wettbewerbsbeschränkungen, Informationsasymmetrien oder -mängel, Trittbrettfahrern, Externalitäten und bei der Bereitstellung von öffentlichen Gütern, sollte die öffentliche Hand eingreifen. Auf innerstaatlicher Ebene kann durch Steuern, Subventionen oder sonstigen Interventionen der Markt gesteuert werden. Diese Werkzeuge stehen auf internationaler Ebene aber nicht zur Verfügung und so müssen Ge- und Verbote ausgearbeitet werden.²² Die Frage ist, inwiefern diese Ge- und Verbote befolgt werden – und somit kehren wir zu Radbruchs Auffassung zurück: Die WTO muss als Institution nicht nur *festsetzen* können, was rechtens sein soll, sondern muss auch in der Lage sein, es *durchzusetzen*. Es ist nötig, die Befolgung des WTO-Rechts zu garantieren. Und somit sind wir zu einer plausiblen Antwort der Frage nach der Rechtfertigung der Rechtsdurchsetzung zum Zweck der Liberalisierung des internationalen Handels gelangt: Ohne Rechtsdurchsetzung kann das Marktversagen auf internationaler Ebene nicht kontrolliert werden.

Anhand dieses äußerst knappen Überblicks wird deutlich, dass sowohl Normen des WTO-Rechts als auch wichtige Gründe der Rechtsphilosophie und der Wirtschaftswissenschaften die WTO-Rechtsdurchsetzung rechtfertigen.

1.4 Information als Bedingung der WTO-Rechtsdurchsetzung

Luhmann hat aus der Perspektive der Rechtssoziologie die Bedingungen der Rechtsdurchsetzung behandelt. Unter „Durchsetzung“ versteht Luhmann, „wenn und soweit nichtnormgemäßes Handeln besondere Aktivitäten auslöst, die der Erhaltung des Rechts oder der Wiederherstellung rechtmäßiger Zustände dienen. [...] Von Befolgung wollen wir sprechen, wenn und soweit normge-

²² Sutherland et al., Abs. 135-137.

mäßig gehandelt wird“.²³

Obwohl sich Luhmann auf das nationale positive Recht bezieht, können mehrere seiner Ansichten auch beim Verständnis der Durchsetzung des WTO-Rechts helfen. So können Luhmanns Worte z.B. analog auf das WTO-Recht bezogen werden, in dem Sinne, dass „der Durchsetzungserfolg von Gesetzgebung praktisch ein Informationsproblem geworden“ ist.²⁴ Dieses Informationsproblem drückt sich besonders auf zwei Weisen aus:

Erstens taucht die Frage nach der Information bei den WTO-Mitgliedern auf: Kann man davon ausgehen, dass wenn Mitglieder das WTO-Recht nicht befolgen, sie es immer absichtlich tun? Oder beruht die Handlung manchmal auf mangelnder Rechtskenntnis? Über die Absicht der nicht-normgemäßen Handlung haben sich die Aussetzungsschiedsrichter des Falles *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* geäußert: Eine hartnäckige Nicht-Befolgung des WTO-Rechts kann höhere Sanktionen rechtfertigen.²⁵ Gleichzeitig haben sie gemeint, guter Glauben entschuldige nicht einen Verstoß.²⁶

Zweitens muss der sog. Erzwingungsstab (im Fall der WTO sind es ihre Streitbeilegungsorgane, seien sie temporär wie die Panels und die Schiedsrichter oder permanent wie das DSB und das Berufungsgremium) über Rechtsverletzungen informiert werden. Dieses Informationsproblem wird im WTO-Streitbeilegungssystem über die vom rechtswidrigen Verhalten benachteiligte Partei gelöst: Auf sie fällt die Last, die Information an die entsprechenden Stellen weiterzuleiten, um „rechtgemäßes Verhalten zu erzwingen“.²⁷ Dabei weist Luhmann darauf hin, dass nicht bei allen Rechtsbrüchen eine Beschwerde eingereicht wird.²⁸ Im WTO-Recht ist dies besonders der Fall erstens bei Bagatellfällen, denn WTO-Streitbeilegungsverfahren können recht kostspielig sein. Zweitens, in Dauerbeziehungen kann es vorkommen, dass sich die Parteien gegenseitig *reciprocal immunities* für unwichtige Rechtsverstöße zugestehen. Und drittens, kann eine Partei ein Interesse daran haben, dass der Normverstoß eines Anderen nicht verfolgt wird, denn „derjenige, der um

²³ Luhmann, S. 267.

²⁴ Luhmann, S. 268.

²⁵ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.102-3.107.

²⁶ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.99-3.100.

²⁷ Luhmann, S. 270.

²⁸ Luhmann, S. 271-275.

stoß eines Anderen nicht verfolgt wird, denn „derjenige, der um einen Normverstoß oder gar um eine kontinuierliche normwidrige Praxis weiß, kann für die Nichtweitergabe dieses Wissens Gegenleistungen erwarten“.²⁹ In anderen Worten, selbstverständlich gilt also auch für das WTO-Recht, dass eine hundertprozentige Rechtsdurchsetzung kein realistisches Ziel ist.

Luhmann weist auch darauf hin, dass generell das Versagen des Durchsetzungsmechanismus nicht den Umständen, sondern der Organisation zugerechnet wird, weshalb eine Generalisierung des Enttäuschungserlebens zustande kommt.³⁰ In sehr komplexen Systemen blockiert das Informationsproblem auch die Ausbreitung des Enttäuschungserlebens: „Man ist über das normwidrige Verhalten ebenso wenig informiert wie über das Ausbleiben der Sanktion“.³¹ Doch trifft diese Aussage auf die WTO zu? In dieser Hinsicht kann die WTO eher nicht als ein genügend komplexes System bezeichnet werden: Die Erfolge und Misserfolge des Durchsetzungsmechanismus werden unter den Mitgliedern recht offen thematisiert, z.B. in den Jahresberichten des DSB. Folglich genießt die WTO nicht über diesen Vorteil und so wird das Versagen des Durchsetzungsmechanismus oft der Organisation zugerechnet, ohne dass das System komplex genug wäre, um die Ausbreitung des Enttäuschungserlebens zu verhindern.

Außerdem besteht das zusätzliche Informationsproblem der Sammlung der Information. Hiermit werden viele Streitbeilegungssysteme konfrontiert, doch im Falle der WTO scheint dieses Problem relativ stark zum Ausdruck zu kommen. Die WTO-Entscheidungspraxis hat nämlich auf diese Schwierigkeiten hingewiesen, besonders weil in den Verfahren oft vertrauliche Informationen benötigt werden.³²

1.5 Begrifflicher Hintergrund der WTO-Sanktionen

Im Allgemeinen ist die Rechtsdurchsetzung im Bereich des internationalen Wirtschaftsrechts flexibler als im Völkerrecht. Manche internationale Organisationen des internationalen Wirtschaftsrechts, wie etwa der Internationaler Wäh-

²⁹ Luhmann, S. 274.

³⁰ Luhmann, S. 280-281.

³¹ Luhmann, S. 281.

³² *US – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 2.1-2.7.

rungsfonds, die Weltbank und die WTO, verfügen deshalb über quasi-judikative Gewalten³³ und eigene Verfahren zur Streitbeilegung. Des Weiteren sind Sanktionen in diesem Rechtsbereich spezifisch, weil ein Bruch einer wirtschaftlichen Pflicht wirtschaftliche Gegenmaßnahmen hervorruft. Ein weiteres Merkmal dieser Sanktionen ist die Angemessenheit, denn ihr Ziel ist nicht so sehr einen Verstoß zu bestrafen, sondern eher die Wiedereingliederung des Rechtsverletzers in die internationalen Wirtschaftsbeziehungen. In dieser Hinsicht sind die Ziele des internationalen Wirtschaftsrechts die Stabilität und der Fortbestand der internationalen Zusammenarbeit.³⁴ Dies erklärt z.B. die Tatsache, dass obwohl Verträge infolge einer Vertragsverletzung suspendiert oder beendet werden können (Art. 60 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge), das WTO-Recht diese Möglichkeit ausschließt. Es könnte höchstens von einer teilweisen reziproken Suspendierung in Form der Aussetzung von Zugeständnissen von Seiten des Beschwerdeführers die Rede sein. Außerdem sind völkerrechtliche Wirtschaftssanktionen nicht selten multilateral, wie etwa die vom Sicherheitsrat der Vereinten Nationen beschlossenen Embargos. WTO-Sanktionen sind im Gegensatz dazu nicht multilateral, sondern werden von nur direkt betroffenen Mitgliedern eingeführt.

Das Streitbeilegungssystem der WTO stellt den jetzigen Stand einer geschichtlichen Entwicklung dar, deren direkter Ursprung im GATT zu finden ist. Um es auf den Punkt zu bringen, bestand die GATT-Streitbeilegung, abgesehen von ihrer recht mageren juristischen Einbettung in Form von Art. XXIII des GATT 1947, prozessual aus fast ausschließlich Praktiken und Gewohnheiten, die im Laufe der Zeit von 1947 bis 1994 allmählich kodifiziert und somit präzisiert wurden.³⁵ Diese Evolution kann folglich verstanden werden als ein Streitbeilegungssystem, das einen immer deutlicheren Rechtscharakter angenom-

³³ Carreau & Juillard, Rn. 35.

³⁴ Carreau & Juillard, Rn. 33-36.

³⁵ Siehe das *Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, beschlossen am 28. November 1979 (L/4907, BISD 26S/210) und besonders Abs. 7. Weitere Dokumente des GATT über Streitbeilegung sind: *Decision of 5 April 1966 on Procedures under Article XXIII* (BISD 14S/18), *Decision on Dispute Settlement*, enthalten in der Ministererklärung vom 29. November 1982 (L/5424, BISD 29S/13), *Decision of 30 November 1984 on Dispute Settlement Procedures*, (L/5752, BISD 31S/9), *Decision of 12 April 1989 on Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures* (L/6489, BISD 36S/61).

men hat³⁶ – und dieser Prozess scheint noch nicht beendet zu sein, wie die praktisch seit der Gründung der WTO andauernde Diskussion über die Reform des DSU verdeutlicht.

Ein zentraler Punkt, der schon an dieser Stelle erklärt werden sollte, ist dass laut dem WTO-Recht der Beschwerdeführer keine Sanktionen einführen darf, weil die beklagte Partei gegen eine primäre Pflicht verstoßen hat. Der Beschwerdeführer darf nämlich nur dann Sanktionen einführen, wenn die beklagte Partei gegen die sekundäre Pflicht der Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen des DSB verstößt.³⁷ Inwieweit dieser Ansatz sinnvoll ist, sei dahingestellt, er hat aber für diese Arbeit relevante Folgen, wie etwa, dass aus diesem Grund die Streitbeilegungsorgane den Schaden *ex nunc* anerkennen (siehe 2.2.1 und 3.2).

Staaten konnten früher dem GATT und können heute der WTO nicht einfach beitreten, sondern müssen einen „Eintrittspreis“³⁸ entrichten, der aus Handelszugeständnissen (etwa Zollsenkungen) besteht, die den restlichen Mitgliedern gewährt werden. Dementsprechend können manche Aspekte der WTO-Streitbeilegung nur verstanden werden, wenn man die Institution als ein Gleichgewicht von Zugeständnissen versteht. Aus diesem Grund wird recht oft die Rolle der Zunichtemachung und Schmälerung von Zugeständnissen betont (siehe z.B. Art. XXIII.1 GATT, Art. 3.8, 22.3, 22.4, 22.7, 22.8 DSU). Nur so können auch die drei rechtlich möglichen Ausgänge eines Streitfalls vor der WTO verstanden werden (laut Art. 22 DSU): Entweder behebt der Beschwerdegegner die die Zugeständnisse zunichte machende und schmälernde Rechtsverletzung (dies ist die bevorzugte Lösung; Ausnahme: Art. 26.1 (b) DSU) oder er einigt sich mit dem Beschwerdeführer auf eine Entschädigung in Form von zusätzlichen Handelszugeständnissen³⁹, oder der Beschwerdeführer setzt dem Beschwerdegegner ursprünglich angebotene Zugeständnisse aus.

³⁶ Als weiterführende Literatur zum Thema der Geschichte der Streitbeilegung im GATT können folgende Autoren besonders empfohlen werden: Jackson (1967), S. 157-160, Hudec (1970), 616-636, Pescatore (1993), S. 5-16, Jackson (1997a), S. 112-124, Jackson (1998), S. 330-339, Nettesheim, S. 712-717, und Letzel, S. 117-220. Kufuor, S. 121-132, behandelt dieses Thema aus der Perspektive der Entwicklungsländer. Zur Geschichte der Handelssanktionen im Völkerrecht sowie im Kontext des GATT, siehe z.B. Charnovitz (2001), S. 797-802.

³⁷ Howse & Neven (2005a), S. 110.

³⁸ Pauwelyn (2000), S. 339.

³⁹ Siehe diesbezüglich Schropp, S. 488-497.

Das heißt, Streitfälle sollen mit einem wiederhergestellten Gleichgewicht der Zugeständnisse enden. Freilich fand schon während des GATT und besonders seit Gründung der WTO eine Entwicklung statt, die rechtswidrige Handlungen nicht nur als eine Zerstörung des Gleichgewichts der Zugeständnisse verstand, sondern auch ihren Charakter als Bruch von Rechtsnormen betont hat. Deshalb ist zu beachten, dass das heutige WTO-Streitbeilegungssystem von der Spannung zwischen einerseits dem Streben nach Wiederherstellung des Gleichgewichts und andererseits dem Wunsch nach Fahndung von Rechtsbrüchen gekennzeichnet ist.

1.6 Prozessuale Aspekte der Einfuhr von Sanktionen

Das DSU regelt unterschiedliche Streitbeilegungsverfahren, nämlich das Panelverfahren (Art. 6-16, 18-19 DSU, sog. *panel proceedings*), das Verfahren zur Rechtsmittelprüfung vor dem Berufungsgremium (Art. 17-19 DSU, sog. *Appellate Body proceedings*), das Schiedsverfahren zur Festlegung eines angemessenen Zeitraumes zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen (Art. 21.3 (c) DSU, sog. *reasonable period of time arbitrations*), das Verfahren sowohl vor einem Panel als auch vor dem Berufungsgremium bezüglich der Maßnahmen zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen (Art. 21.5 DSU, sog. *Article 21.5 proceedings, compliance disputes* oder *implementation disputes*), das Schiedsverfahren bezüglich Aussetzungen (Art. 22.6 und 22.7 DSU, sog. *arbitrations on suspension of concessions*) und das allgemeine Schiedsverfahren (Art. 25 DSU, sog. *Article 25 arbitrations*).

Im Fall einer Verletzung des WTO-Rechts, sollten erstens der Verletzer und der Verletzte eine dem WTO-Recht gerechte Lösung finden (Art. 3.7 Satz 3 DSU). Scheitert dies, sollte die Rücknahme der Maßnahme das Ziel der folgenden Handlungen sein (Art. 3.7 Satz 4 DSU). Ist die Rücknahme praktisch nicht möglich, müssen die Parteien über eine Kompensation verhandeln (Art. 3.7 Satz 5, Art. 22.1 und 22.2 DSU). Einigen sie sich nicht, kann die beschwerdeführende Partei dem DSB um Genehmigung für die Aussetzung von Zugeständnissen bitten (Art. 3.7 Satz 6, Art. 22 DSU).

Das zur Einführung von Sanktionen führende Verfahren besteht norma-

lerweise aus den im Folgenden zusammengefassten Schritten. Nachdem ein Panel oder (falls anschließend ein Berufungsverfahren angestrengt wurde) das Berufungsgremium zum Schluss gekommen ist, eine Maßnahme des Beschwerdegegners sei unvereinbar mit einem Übereinkommen, empfiehlt es, dass das betroffene Mitglied die Maßnahme dem Übereinkommen anpasst (Art. 19.1 Satz 1 DSU). Diese Empfehlung wird vom DSB angenommen, und zwar praktisch automatisch, denn sie unterliegt der Regel des negativen Konsenses, so dass sogar der Antragsteller dagegen abstimmen müsste, damit der Antrag abgewiesen werden könnte (Art. 16.4 und 17.14 DSU). Um die Empfehlung umzusetzen, kann dem Beschwerdegegner ein angemessener Zeitraum gewährt werden (Art. 21.3 DSU). Unter Umständen kann ein Verfahren zur Überprüfung der Umsetzung eingeleitet werden (Art. 21.5 DSU). Falls innerhalb dieser Frist die beklagte Partei die rechtswidrige Maßnahme nicht in Einklang mit dem WTO-Recht bringt, kann er mit dem Beschwerdeführer über eine einvernehmliche Entschädigung verhandeln (Art. 22.2 Satz 1 DSU). Wird keine Einigung hinsichtlich der Entschädigung erzielt, so darf der Beschwerdeführer dem DSB um die Genehmigung bitten, Zugeständnisse oder sonstige Pflichten gegenüber dem Beschwerdegegner auszusetzen (Art. 22.2 Satz 2 DSU). Die Erteilung dieser Genehmigung unterliegt auch der Regel des negativen Konsenses (Art. 22.6 Satz 1 DSU). Diese Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten bedeutet in der Praxis, dass der Beschwerdeführer z.B. eingeräumte Marktzugangsrechte entziehen kann (d.h., Handelsschranken aufbauen darf) und etwa den Import aus der beklagten Partei einschränkt. Sollten sich die Streitparteien erstens über den Umfang der Aussetzungen oder zweitens über die Einhaltung der in Art. 22.3 DSU ausgearbeiteten Verfahren und Grundsätze uneinig sein, wird die Angelegenheit durch ein Schiedsrichter untersucht (Art. 22.6 Satz 2 DSU). Die Entscheidung des Schiedsrichters ist endgültig (Art. 22.7 Satz 5 DSU).

Fraglich ist, ob eine dritte Grundlage zur Einleitung eines Schiedsverfahrens gemäß Art. 22.6 DSU (neben dem Umfang der Aussetzungen und der Einhaltung von Art. 22.3 DSU) besteht und zwar der Zweifel an der Zulässigkeit

der Aussetzungen.⁴⁰ Das WTO-Recht verbietet nämlich unter gewissen Umständen die Aussetzung von Zugeständnissen, wie z.B. Art. XXII:7 des Übereinkommens über öffentliches Beschaffungswesen, was in Art. 22.5 i.V.m. Art. 22.7 Satz 2 DSU anerkannt wird. Bildet der Vorschlag von verbotenen Sanktionen eine Grundlage zur Einführung eines Schiedsverfahrens nach Art. 22.6 DSU? Diese Grundlage wird in Art. 22.6 Satz 2 DSU nicht erwähnt, könnte jedoch implizit in Art. 22.7 Satz 2 DSU beinhaltet sein, denn dort steht, dass der Schiedsrichter diesen Umstand überprüfen kann. Ein Schiedsgericht nach Art. 22.6 DSU kann sich nicht von Amts wegen bilden. Es wäre deshalb wenig sinnvoll anzunehmen, dass die Zulässigkeit der Aussetzungen nebenbei und nur dann überprüft werden kann, wenn das Schiedsgericht auf der Grundlage der in Art. 22.6 Satz 2 DSU enthaltenen Kriterien (Umfang der Aussetzungen oder Einhaltung von Art. 22.3 DSU) gebildet worden wäre. Der Empfänger der Sanktionen muss deshalb die Frage, ob die vorgeschlagene Sanktion nach dem WTO-Recht gestattet ist, als Anspruchsgrundlage zur Verfügung haben können. Die Frage, ob der Zweifel am Verbot der vorgeschlagenen Aussetzungen als Grundlage zur Einführung eines Schiedsverfahrens dienen kann, ist also zu bejahen.

Das DSU gibt noch weitere Kriterien zur Gestaltung, zum Zeitpunkt und zum Umfang der Aussetzungen an. Hinsichtlich der Gestaltung der Sanktionen ist im DSU der Grundsatz verankert, dass prinzipiell die Aussetzungen dieselben Sektore betreffen sollen, in denen eine Zunichtemachung festgestellt worden ist (Art. 22.3 (a) DSU). Ausnahmsweise dürfen Zugeständnisse aus anderen Sektoren unter demselben Übereinkommen oder sogar aus anderen Übereinkommen (sog. *cross retaliation*) ausgesetzt werden (Art. 22.3 (b)-(g) DSU) (siehe 4.6). Die Sanktionen dürfen nicht während des Verfahrens eingeführt werden (Art. 22.6 letzter Satz) und sie dürfen nur vorübergehend erhalten bleiben, solange die Empfehlung des DSB nicht umgesetzt wird (Art. 22.8 Satz 1 DSU). Bezüglich des Umfangs der Aussetzungen gibt es drei Messlatten, für die in dieser Arbeit der Sammelbegriff der Korrespondenz zwischen Schadens- und Sanktionsumfang benutzt wird. Im Regelfall soll der Umfang dem Umfang der Zunichtemachung entsprechen (Art. 22.4 DSU). Ausnahmen bestehen

⁴⁰ Matsushita, Schoenbaum & Mavroidis, S. 91, scheinen es zu verneinen.

bezüglich Subventionen, denn der Umfang der Sanktionen gegen verbotene Subventionen muss angemessen sein (Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens), gegen anfechtbare Subventionen muss er verhältnismäßig zum Ausmaß und der Art der festgestellten nachteiligen Auswirkungen sein (Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens).

2 Ziele der WTO-Sanktionen

Wie H.L.A. Hart hervorhob, haben Rechtsnormen eine offene Beschaffenheit (*open texture*), weil derjenige, der das Recht setzt, nicht alle möglichen Tatbestände vorsehen kann und deshalb auch die Ziele der Normen wenigstens teilweise unbestimmt bleiben. In anderen Worten: Um zu entscheiden, ob ein Tatbestand von einer Norm erfasst wird, wird der Ausleger vor allem überprüfen, ob es eine ausreichende und rechtlich relevante Ähnlichkeit zwischen der Norm und dem Tatbestand gibt, und die Antwort wird unter anderem vom Ziel der Norm abhängen.⁴¹ Aus diesem Grund wird in dieser Arbeit der Frage nach den Zielen der Sanktionen des WTO-Streitbeilegungssystems eine besondere Wichtigkeit beigemessen.

Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge erklärt, dass Völkerrechtsverträge anhand vom Wortlaut, vom Kontext und vom Zweck der Norm interpretiert werden sollen. Obwohl die Völkerrechtskommission feststellte, dass die Mehrheit der Juristen eine wortwörtliche Auslegung bevorzugte⁴², und obwohl sie anerkannte, dass besonders der Wortlaut des Vertrags der Interpretation Grenzen auferlegt⁴³, wies sie ausdrücklich darauf hin, dass Art. 31 keine Hierarchie dieser Auslegungsmethoden festlegt, sondern dass es ineinander verwobene, untrennbare Aspekte eines einzigen interpretatorischen Aktes sind.⁴⁴

Das WTO-Berufungsgremium hat Art. 31 immer wieder (man könnte sagen: *ad tedium*⁴⁵) zitiert, doch trotzdem legt es das WTO-Recht äußerst wortwörtlich aus.⁴⁶ Dieser Ansatz hat weitreichende Folgen. Die wohl offensichtlichste davon ist, dass Wörterbuchdefinitionen eine übertriebene Rolle spielen, und so wurde schmunzelnd das *New Shorter Oxford English Dictionary* schon

⁴¹ Hart, S. 127-129.

⁴² International Law Commission (1966), S. 218, Abs. 2. Siehe etwa Vitzthum, S. 67, Rn. 123.

⁴³ International Law Commission (1966), S. 220-221, Abs. 11.

⁴⁴ International Law Commission (1966), S. 219-220, Abs. 8-9. Siehe auch: *US – Section 301 Trade Act (Panel)*, Abs. 7.21-7.22; Lennard, S. 22-24.

⁴⁵ Irwin & Weiler, S. 89.

⁴⁶ Davey (2005), S. 22.

mal als „the great legal authority“⁴⁷ und als ein unter das DSU fallende Übereinkommen⁴⁸ bezeichnet, während Argumentationen vom Berufungsgremium als „Wörterbuchschlachten“ charakterisiert worden sind.⁴⁹ Wörterbücher können freilich eine große Hilfe sein, um in einem ersten Schritt das Problem einer Definition anzupacken. Sie geben jedoch Definitionen für den alltäglichen Gebrauch an. Anschließend sollte allerdings überprüft werden, ob diese Definitionen auch juristisch brauchbar sind. Weitere Auswirkungen des „Wortlautfetischismus“⁵⁰ sind, dass das Berufungsgremium seine Argumentationen in manchen Fällen auf einer unsoliden Grundlagen von wortwörtlichen Auslegungen aufbaut⁵¹, dass dieser Ansatz die juristische Argumentation verarmen lässt und die Legitimation der WTO untergraben werden könnte.⁵²

Eine vielleicht noch wichtigere Folge ist, dass andere Auslegungsmethoden außer der wortwörtlichen selten angewendet werden. So spielt z.B. die teleologische Interpretation seit Beginn der WTO-Entscheidungspraxis eine deutlich untergeordnete Rolle, denn das Berufungsgremium versteht sie lediglich als Hilfe, um den Wortlaut zu klären: „The object and purpose of the treaty are also to be taken into account in determining the meaning of its provisions. [Fußnote:] That is, the treaty's "object and purpose" is to be referred to in determining the meaning of the "terms of the treaty" and not as an independent basis for interpretation“.⁵³ Die teleologische Auslegung des Berufungsgremiums ist typischerweise stark begrenzt und beschränkt sich auf eine flüchtige Untersuchung der jeweiligen Präambel⁵⁴; sie wird als sehr formalistisch und mechanisch empfunden.⁵⁵ Darüber hinaus hat das Berufungsgremium die teleologische Auslegung nur auf den Zweck des Vertrages bezogen und führt sie für einzelne Normen nicht durch.⁵⁶ Somit erweckt das Berufungsgremium manchmal den Eindruck, als ob es ein Lippenbekenntnis zu Art. 31 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge geben würde und die teleologi-

⁴⁷ Irwin & Weiler, S. 91.

⁴⁸ Davey (2005), Fußnote 22.

⁴⁹ Irwin & Weiler, S. 95.

⁵⁰ Irwin & Weiler, S. 89.

⁵¹ Irwin & Weiler, S. 81.

⁵² Irwin & Weiler, S. 94-95. Siehe auch Ortino (2006), S. 129, 146.

⁵³ *Japan – Alcoholic Beverages II (AB)*, S. 12. Siehe auch *US – Gasoline (AB)*, S. 16-17, 20.

⁵⁴ Irwin & Weiler, S. 90.

⁵⁵ Ortino (2006), S. 122, 130-132.

⁵⁶ Irwin & Weiler, Fußnote 33.

sche Auslegung absichtlich vermeiden würde.⁵⁷

Wenngleich die Streitbeilegungsorgane sich manchmal von diesem Ansatz des Berufungsgremiums zu distanzieren versucht haben⁵⁸, hat er (wie zu erwarten) die WTO-Entscheidungspraxis stark beeinflusst. Die Aussetzungsschiedsrichter haben das Thema vom Ziel der Aussetzungen nicht vermieden, doch sie hätten sich gründlicher damit auseinandersetzen können. Da die WTO-Streitbeilegungsorgane die teleologische Auslegung bis jetzt nicht gründlich und systematisch genug untersuchten, wird dem Thema dieses ganze Kapitel gewidmet – doch auch in späteren Kapiteln dieser Arbeit taucht es immer wieder auf.

Im Folgenden werden die zwei wichtigsten Antworten auf die Frage nach dem Zweck der WTO-Sanktionen erörtert, nämlich *inducing compliance* und *rebalancing concessions*. Danach werden andere mögliche, die ersten beiden zum Teil ergänzende Ziele kurz erörtert.

2.1 Inducing compliance und rebalancing concessions

Welches Ziel oder welche Ziele verfolgt der Sanktionsmechanismus der WTO?⁵⁹ Eine naheliegende Antwort wäre: die (mittelbare) Beilegung von Streitigkeiten, wie es Art. 3.3 und 3.4 DSU und der Name des DSU selbst zeigen. Art. 3.2 DSU weist jedoch auf die Sicherheit, die Vorsehbarkeit und die Klärung und Bewahrung der Rechte und Pflichten der Mitglieder. Vázquez & Jackson schließen hieraus, dass das Ziel des DSU im engeren Sinne darin besteht, die Wirksamkeit der dem WTO-Recht entsprungenen Pflichtverhältnisse zu garantieren.⁶⁰ Dies beantwortet jedoch noch lange nicht, woraus diese Pflichtverhältnisse im Endeffekt bestehen. Wenn die primäre Pflicht der WTO-

⁵⁷ Irwin & Weiler, S. 92, 94.

⁵⁸ Siehe z.B. (in chronologischer Reihenfolge) *Canada – Aircraft I (AB)*, Abs. 153; *US – Section 301 Trade Act (Panel)*, Abs. 7.21-7.22; *EC – Asbestos (AB)*, Abs. 90-93; *US – Softwood Lumber IV (AB)*, Abs. 58-59; *US – Gambling (Panel)*, Abs. 6.46-6.48, 6.53, 6.67, 6.106-6.109, 6.110; *US – Gambling (AB)*, Abs. 164-166.

⁵⁹ Die Fragen nach dem Zweck der Handelsliberalisierung, der WTO und der WTO-Streitbeilegung werden hier nicht erörtert, da sie den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden. Für eine Einleitung in diese Themen, siehe Hauser & Roitinger, S. 641–654.

⁶⁰ Vázquez & Jackson, S. 562-563.

Mitglieder in der Einhaltung jeder einzelnen, im WTO-Recht definierten Pflicht bestünde, dann würde z.B. eine Zollgebühr über dem gebundenen Höchstsatz eine Pflichtverletzung bedeuten. Die primäre Pflicht könnte jedoch auch darin bestehen, ein allgemeines Gleichgewicht der Vorteile und Belastungen gegenüber anderen Mitgliedern einzuhalten. Die Erhöhung der genannten Zollgebühr würde nur dann eine Pflichtverletzung bedeuten, wenn das Mitglied versäumen würde, das Gleichgewicht durch andere Zugeständnisse wieder herzustellen. Aus diesen zwei Ansätzen entspringen jeweils die zwei wichtigsten Erklärungsversuche der Ziele der WTO-Sanktionen: *to induce compliance* und *to rebalance concessions*.

Inducing compliance deutet auf einen Anreiz, damit der Beschwerdegegner die Rechtswidrigkeiten beseitigt. Deshalb sollte der von der Sanktion verursachte Schadensumfang höher sein als der durch die Rechtswidrigkeit gezogene oder erwartete Nutzen und die Kosten der Beseitigung der Rechtswidrigkeit. Umso höher der Umfang, desto wirksamer die Sanktion. Der Zweck der Verfahren gemäß Art. 22.6 DSU wäre die Kontrolle des Sanktionsumfangs durch unabhängige Schiedsrichter. *Rebalancing concessions* zielt auf die Wiederherstellung eines Gleichgewichts der Vorteile zwischen Rechtsverletzer und Betroffenen. Der Ausgleich orientiert sich am vom Beschwerdeführer erlittenen Schaden (der Ausgleich könnte sich theoretisch auch am vom Beschwerdeführer gezogenen Nutzen orientieren, aber Art. 22.4 DSU zieht diese Möglichkeit nicht in Betracht). Im Idealfall müssten Beschwerdeführer und -gegner das Gleichgewicht mit Hilfe von Verhandlungen wiederherstellen. Für den Beschwerdegegner besteht aber kaum ein Anreiz, um sich auf solche Verhandlungen einzulassen. Deshalb wäre dieser Auffassung zufolge der Zweck der Verfahren gemäß Art. 22.6 DSU, dass die Schiedsrichter das Gleichgewicht wiederherstellen.

Doch bevor wir uns weiter dem WTO-Recht widmen, ist es unumgänglich, den völkerrechtlichen und den historischen Kontext der Ziele der Sanktionen wenigstens knapp zu erläutern. Hierdurch soll deutlich werden, dass auch bei diesem Thema das WTO-Recht sehr stark aus der Quelle des allgemeinen Völkerrechts schöpft. Das Völkerrecht kennt das selbe Spannungsverhältnis wie das WTO-Recht, nämlich das zwischen Anreizen und Verhältnismäßigkeit.

So besagt Art. 49 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* der Völkerrechtskommission (von 2001), dessen Überschrift „Object and limits of countermeasures“ lautet, in seinem 1. Absatz: „1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two“. Absatz 1 der Kommentare zu Art. 49 besagt: „Countermeasures are not intended as a form of punishment for wrongful conduct but as an instrument for achieving compliance with the obligations of the responsible State [...]“. In Absatz 6 der Kommentare zu Art. 49 steht: „In taking countermeasures, the injured State effectively withholds performance for the time being of one or more international obligations owed by it to the responsible State [...] The test is always that of proportionality [...]“.

Seinerseits trägt Art. 51 die Überschrift „Proportionality“ und besagt: „Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.“ In Absatz 7 der Kommentare zu Art. 51 steht weiterhin: „[...] a clearly disproportionate measure may well be judged not to have been necessary to induce the responsible State to comply with its obligations but to have had a punitive aim [...]“.

Man kann also beobachten, wie das Völkerrecht versucht, zwei Ziele zu befolgen. Erstens sollen genügend starke Anreize angeboten werden, damit dasjenige Völkerrechtssubjekt, das sich rechtswidrig verhält, die Rechtswidrigkeit beseitigt. Gleichzeitig setzt sich das Völkerrecht das Ziel, die Reaktion des von der Rechtswidrigkeit betroffenen Völkerrechtssubjektes zu zähmen, so dass seine Gegenmaßnahmen verhältnismäßig bleiben.⁶¹

Als nächstes widmen wir uns kurz den historischen Vorgängern der WTO. Die Erklärungsversuche der Ziele der WTO-Sanktionen sind historisch gewachsen und haben ihre Wurzeln teilweise schon in den Zeiten der gescheiterten *International Trade Organization* (ITO).⁶² Die ITO, die nicht zustande kam und aus der das GATT hervorging, sah in Art. 94 Abs. 3 i.V.m. Art. 93 der Havana

⁶¹ Siehe z.B. Fukunaga, S. 420.

⁶² Barton et al., S. 40, und Jackson (1967), S. 157-160, meinen, die Gegenmaßnahmen im Rahmen der ITO hätten auf die Reziprozität aufgebaut.

Charter, ihres Gründungsvertrages, die Möglichkeit von Gegenmaßnahmen vor. Im Falle von einer Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen und unter bestimmten Voraussetzungen konnten das Präsidium der ITO die Mitglieder von ihren Verpflichtungen oder gewährten Zugeständnissen befreien. In diesem Kontext ist besonders folgende Formulierung aus Art. 94 Abs. 3 relevant: „[The] Executive Board [...] may [...] release the Member or Members affected [...] to the extent and upon such conditions as it considers appropriate and compensatory, having regard to the benefit which has been nullified or impaired.“ Die Gegenmaßnahmen durften also nicht höher als der Schaden sein.⁶³ Diese Norm scheint den Schwerpunkt auf einen Ansatz gelegt zu haben, der in Richtung von *to rebalance concessions* ging oder schadensersatzähnlich gewesen sein könnte.

Art. XXIII, Abs. 2, Satz 4 GATT 1947 betrifft die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen. Diese Norm gibt als Voraussetzung hinreichend schwerwiegende Umstände und eine angemessene („appropriate“) Aussetzung an. Es fällt auf, dass im Vergleich zur ITO das entschädigende („compensatory“) Kriterium fehlt. Dies lässt auf einen Ansatz schließen, der es nicht auf eine Gleichwertigkeit zwischen Zunichtemachung und Aussetzung absieht. In anderen Worten, was wir heute *to rebalance concessions* nennen scheint nicht im GATT 1947 erkennbar zu sein. Ob ein anderes Ziel erreicht werden sollte, ist meines Erachtens anhand des Wortlauts von Art. XXIII nicht erkennbar. Doch die Auslegung dieser Norm zu Zeiten des GATT kann weiterhelfen.

Es ist nicht einfach zu sagen, wie die Panels des GATT die Ziele der Sanktionen verstanden. *U.S. Dairy Quotas*, der einzige GATT-Fall, in dem Aussetzungen gestattet wurden, liefert keine eindeutige Antwort, denn der Wortlaut des Berichts und die späteren Erklärungen sind teilweise schwer zu vereinbaren. Einerseits wurde im Bericht das Ziel der Sanktionen nicht thematisiert, doch es scheint plausibel zu sein, dass ein analoges Kriterium zu *to rebalance concessions* relevant gewesen sein könnte. Dafür spricht erstens die Verwendung der Begriffe „reasonable“ und „equivalence“ (in geringerem Maße

⁶³ Shadikhodjaev, S. 56.

auch „appropriate/appropriateness“) in einem vor allem quantitativen Sinn. Zweitens spricht besonders dafür, dass die mit der Streitschlichtung befasste Arbeitsgruppe, in Anbetracht des von den Niederlanden erlittenen Schadens, den Umfang der Gegenmaßnahmen verringert hat: „*Considering* information relating to the damage suffered by the Netherlands [...]“.⁶⁴ Andererseits sollte man den Kontext dieses Falles nicht vergessen (siehe 5.1). Die Vertreter der USA hatten die Rechtsverletzung nicht bestritten und wollten sie auch beseitigen. Die Sanktionen waren im Grunde eine Botschaft an den Kongress der USA und deshalb war Fingerspitzengefühl wahrscheinlich wichtiger als kräftige Anreize. Dass die Wiederherstellung des Gleichgewichts der Zugeständnisse betont wurde, dürfte wahrscheinlich einen politischen Grund gehabt haben.⁶⁵ Mit anderen Worten: man sollte den Bericht nicht für bare Münze nehmen. In der Tat, der Vorsitzende der Arbeitsgruppe hat – zwei Tage nachdem die Erlaubnis zur Aussetzung veröffentlicht wurde – behauptet, das Ziel der Aussetzung sei, die Rücknahme der rechtswidrigen Maßnahme herbeizuführen: „to achieve the purpose for which the measure was taken, i.e. the removal of the United States restrictions.“⁶⁶

Auch spätere Ansichten der GATT-Vertragsparteien weisen in die selbe Richtung. 1954-55 wurden die Ziele der Aussetzungen diskutiert und eine Arbeitsgruppe hat sich mit dem Vorschlag einer ergänzenden Auslegung zu Art. XXIII GATT 1947 befasst. Sie hatte impliziert, dass eine angemessene Entschädigung und die Beseitigung der GATT-widrigen Maßnahme völlig gleichwertige und zufriedenstellende Alternativen wären. Die Arbeitsgruppe hat diese Möglichkeit entschieden abgewiesen, weil sie nicht in Einklang mit der Absicht und dem Geist von Art. XXIII gestanden hätte. Das erste Ziel im Falle einer Beschwerde gemäß Art. XIII GATT wegen rechtswidrigen Maßnahmen, so die Arbeitsgruppe, sei es, die Rücknahme der Maßnahme sicher zu stellen.⁶⁷

⁶⁴ *Netherlands Action*, Determination.

⁶⁵ Hudec (1990), S. 195.

⁶⁶ GATT (1952b), S.1, Mitteilung von Dr. Treu, Vorsitzender der Arbeitsgruppe. Siehe auch Shadikhodjaev, S. 58.

⁶⁷ GATT (1955), S.19-20, Abs. 64. Übrigens findet sich in diesem Absatz die direkte historische Quelle von Art. 3.7, Satz 5, DSU.

1988 hatte sich offenbar die Meinung durchgesetzt, dass die Sanktionen gem. Art. XXIII mehr Spielraum erlaubten als die Notstandsmaßnahmen gem. Art. XIX und die Aussetzung oder Zurücknahme von Zugeständnissen gem. Art. XXVII GATT 1947.⁶⁸ Es wurde hervorgehoben, dass das Ziel der Gegenmaßnahmen Vergeltung sei („retaliatory purpose“).⁶⁹

Ebenfalls erklärte der stellvertretende Generaldirektor im selben Jahr, dass Art. XXIII GATT 1947 nicht erforderte, dass entsprechende („equivalent“) Zugeständnisse entzogen werden müssten.⁷⁰

Zusammenfassend scheinen die Äußerungen von den Vertragsparteien und von Vertretern des Sekretariats die Folgerung zu untermauern, dass zu Zeiten des GATT das, was wir heute *to induce compliance* nennen, als Ziel der Aussetzungen erkannt wurde.

Nun zum WTO-Recht: Wichtig ist, dass keines der beiden Ziele explizit im DSU aufgenommen worden ist, sondern dass die Streitbeilegungsorgane beide aus den Normen des DSU abgeleitet haben.⁷¹ Für *to induce compliance* dienen besonders folgende Normen als Grundlage (Jackson zählt insgesamt elf Normen des DSU auf, die dieses Ziel untermauern⁷²):

- Art. 3.7, 4. Satz, DSU: „In the absence of a mutually agreed solution, the first objective of the dispute settlement mechanism is usually to secure the withdrawal of the measures concerned if these are found to be inconsistent with the provisions of any of the covered agreements“.
- Art. 3.2, 1. Satz und 1. Hälfte des 2. Satzes, DSU: „The dispute settlement system of the WTO is a central element in providing security and predictability to the multilateral trading system. The Members recognize that it serves to preserve the rights and obligations of Members under the covered agreements [...]“.
- Art. 21.1 DSU: „Prompt compliance with recommendations or rulings of

⁶⁸ GATT (1988a), S. 35-36.

⁶⁹ GATT (1988a), S. 35.

⁷⁰ GATT (1988b), S. 19.

⁷¹ Siehe z.B. *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 4.1, und *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.54-5.55.

⁷² Jackson (1997b), S. 63.

the DSB is essential in order to ensure effective resolution of disputes to the benefit of all Members“.

- Art. 22.1, 2. Satz, DSU: „However, neither compensation nor the suspension of concessions or other obligations is preferred to full implementation of a recommendation to bring a measure into conformity with the covered agreements“.

Die Grundlagen für *to rebalance concessions* bilden vor Allem:

- Art. 22.4 DSU: „The level of the suspension of concessions or other obligations authorized by the DSB shall be equivalent to the level of the nullification or impairment“. ⁷³

- Art. 22.7, 1. Satz, DSU: „The arbitrator ^{Fußnote} acting pursuant to paragraph 6 shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment“. Fußnote: „The expression "arbitrator" shall be interpreted as referring either to an individual or a group or to the members of the original panel when serving in the capacity of arbitrator“.

Brand führt den Ursprung dieser Normen auf die EG und die USA zur Zeit des GATT zurück.⁷⁴ Die EG hat die Beilegung von Streitigkeiten im Allgemeinen und das Streitbeilegungssystem des GATT im Besonderen vor allem als ein Schlichtungsverfahren verstanden, das zu gegenseitig annehmbaren Lösungen führen sollte. Die Streitfälle waren für die EG eine Weiterführung des politischen Verhandlungsprozesses, durch den das GATT-Recht ausgehandelt worden war. Demgegenüber haben die USA gestanden, die das GATT eher als ein Regelsystem verstanden, bei dem Rechtsverletzungen von einem gericht-

⁷³ Die vom Verlag C.H. Beck veröffentlichte Übersetzung des DSU spricht von den „zunichte gemachten oder geschmäleren Vorteilen“ (Art. 22.4 und 22.7 Satz 1 DSU). Dabei folgt sie der offiziellen Fassung auf Französisch, die den Ausdruck „*annulation ou [...] réduction des avantages*“ enthält. Im Gegensatz dazu lautet der offizielle Text auf Englisch „*the level of the nullification or impairment*“ und der auf Spanisch „*[el] nivel de la anulaci3n o menoscabo*“, was eher als „der Umfang der Zunichtemachung oder Schmälerung“ zu übersetzen wäre. Zum Thema der Unterschiede zwischen den drei authentischen Fassungen der WTO-Verträge und der Diskussion dieses Problems im Rahmen des Allgemeinen Rates der WTO, siehe Kuijper, S. 1032 und Fußnote 8.

⁷⁴ Brand, S. 120-122. Brands Ausgangspunkt wird auch von van Bael (S. 75), Parker (1989, S. 89) und Pescatore (S. 6, 17-18) geteilt.

ähnlichen Organ geahndet werden sollten. Sanktionen waren demzufolge ein wichtiger Bestandteil des Systems, um die Rechtsdurchsetzung zu gewährleisten. Außerdem sei ein solches System weniger anfällig für den Einsatz von Macht von Seiten mächtiger Mitglieder, um unfaire Konfliktlösungen durchzuboxen. Der Ursprung beider Positionen lag, laut Brand, sowohl in Unterschieden der jeweiligen Rechtskulturen als auch in der Tatsache begründet, dass die EG im Rahmen des GATT-Streitbeilegungssystems hauptsächlich als Beschwerdeführer während die USA mehrheitlich als Beschwerdeführer aufgetreten waren.

Die Diskussion über das Ziel der Sanktionen ist im Rahmen der WTO weitergeführt worden. Obwohl die Mehrheit der Autoren⁷⁵ die Perspektive von *inducing compliance* zu vertreten scheint, ist der Diskussionsbedarf noch nicht erloschen, nicht zuletzt weil sowohl das DSU nicht eindeutig ist⁷⁶ als auch die Entscheidungspraxis der Aussetzungsschiedsrichter in diesem Punkt schwer zu systematisieren und nicht ganz konsistent ist. Außerdem sind manche Mitglieder inkonsequent gewesen und haben je nach Situation die eine oder die andere Auslegung favorisiert.⁷⁷ Es ist letztlich nicht auszuschließen, dass dieser Aspekt des DSU mit Absicht vage formuliert wurde, um eine Einigung der Mitglieder während der Verhandlungen der Uruguay-Runde zu erleichtern. Außerdem hebt Mitchell hervor, dass der Widerspruch zwischen beiden Zielen allgemein für das Völkerrecht repräsentativ ist.⁷⁸ Vermutlich aus diesen Gründen scheinen manche Autoren beide Ziele anzuerkennen, ohne sich Gedanken über ihre Kompatibilität zu machen.⁷⁹

Ein Beispiel der Streitbeilegung: Die Schiedsrichter des Falles *US – 1916 Act (Art. 22.6)* haben in Anlehnung an *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)* und *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* gemeint, Ziel der Gegenmaßnahmen sei auf

⁷⁵ Araki, S. 346, Waincymer, S. 663; pro z.B. Pauwelyn (2000), S. 338-345, Charnovitz (2001), S. 797-808, Carmody, S. 315-321, Charnovitz (2002a), S. 609-6615, Charnovitz (2002b), S. 421-426, McGivern, S. 144-145, Waincymer, S. 659-664, Sacerdoti, S. 24; contra z.B. Bello, S. 416-418, Palmetier & Alexandrov, S. 650-655, Lawrence, S. 14-36, 43-44; kritisch gegenüber beiden Perspektiven: Spamann, S. 41-45.

⁷⁶ Pauwelyn (2010), S. 56-58) kommt zum Schluss, die Aussetzung von Zugeständnissen würde *de lege lata* mehrere Ziele verfolgen.

⁷⁷ Josling, S. 341. Shaffer & Ganin (S. 73-85) vertreten die Meinung, die Praxis der Beschwerdeführer zeige, dass sie *to induce compliance* als Ziel der Aussetzungen verstünden.

⁷⁸ Mitchell (2006a), S.998-999.

⁷⁹ Siehe z.B. Fukunaga, S. 417.

jeden Fall *to induce compliance*⁸⁰, obgleich sie zusätzlich auch andere Zwecke haben könnten.⁸¹ Trotzdem haben die Schiedsrichter darauf hingewiesen, dass im WTO-Recht keine Strafsanktionen erlaubt seien. Strafsanktionen sind aber eines der besten Mittel, um die Befolgung des WTO-Rechts zu fördern.

Ein anderes Beispiel: Wenn das Mitglied A eine WTO-rechtswidrige Maßnahme gegen das Mitglied B einführt, aber kein von B erlittener Schaden bewiesen werden kann, darf B Sanktionen einführen? Sollen die Aussetzungen das Mitglied A zur Befolgung des WTO-Rechts bewegen (*to induce compliance*), so sind Sanktionen sinnvoll. Ist aber ihr Ziel, das verlorene Gleichgewicht der Zugeständnisse wieder herzustellen, wären Sanktionen eher fehl am Platz. In *US – 1916 Act (Art. 22.6)* ist so eine Konstellation aufgetreten und die Schiedsrichter haben sich für die zweite Alternative entschlossen.

Auch das Sekretariat der WTO bietet einen Erklärungsversuch an: Unabhängig vom ihrem tatsächlichen Ziel würden die Aussetzungen als Wirkung *to rebalance concessions* entfalten. Gleichzeitig würden die Beschwerdeführer oft Zugeständnisse aussetzen mit der Absicht, *to induce compliance* zu erreichen, weshalb dieses zweite Ziel auch erreicht werden könnte.⁸² Diese deskriptive Erklärung ist interessant, doch juristisch unzureichend.

Aus der Entscheidungspraxis der Aussetzungsschiedsrichter können drei Ebenen rekonstruiert werden, die die herrschende Meinung (wenngleich nicht unbedingt explizit) zu unterscheiden scheint. In der ersten, allgemeineren Ebene, wird *to induce compliance* als generelles Ziel der Aussetzungen anerkannt, und zwar dass dieses Ziel sich in der Möglichkeit des Beschwerdeführers ausdrückt, überhaupt Sanktionen einführen zu dürfen. In anderen Worten: Alleine die Tatsache, Zugeständnisse oder sonstige Pflichten auszusetzen, würde bezeugen, dass der Beschwerdeführer das Recht und der Beschwerdegegner die Pflicht auf eine Beseitigung des rechtswidrigen Verhaltens hätten.⁸³ Dafür sprechen auch andere Merkmale des Streitbeilegungssystems, wie etwa die praktisch automatische Einsetzung des Panels (Art. 6.1 DSU), die praktisch

⁸⁰ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.2-5.8.

⁸¹ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.5-5.6.

⁸² WTO (2004a), S. 81.

⁸³ Z.B. *US – Prohibited subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 3.34-3.50, 4.108-4.113, 5.198.

automatische Annahme der Berichte und Entscheidungen der Schiedsrichter (Art. 16.4, 17.14, 22.7, letzter Satz, DSU), die Errichtung des Berufungsgremiums und der relativ enge Zeitrahmen für die Verfahren.

Die zweite Ebene ist die des Umfangs der Gegenmaßnahmen. Für diese Ebene ist erstens bezeichnend, dass sie explizit vom WTO-Recht geregelt wird. Es gelten je nach Anspruchsgrundlage verschiedene Maßstäbe: „Entsprechung“ laut Art. 22.4 DSU, „Angemessenheit“ laut Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen, „Verhältnismäßigkeit“ laut Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen (sie werden ausführlicher in Kapitel 5 behandelt). Diesen drei Maßstäben ist gemeinsam, dass dem Umfang der Sanktion eine Höchstgrenze gesetzt wird, die oft mit Bezug auf den Umfang des Schadens definiert wird. Diese Höchstgrenze wird in der Entscheidungspraxis und in der akademischen Diskussion oft unter dem Begriff des Verbots der Strafsanktionen thematisiert (siehe 4.2). Außerdem weist auf dieser Ebene die Entscheidungspraxis der Aussetzungsschiedsrichter am ehesten Unterschiede auf. In Fällen gemäß Art. 22.4 DSU (der Regelfall) und gemäß Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen (anfechtbare Subventionen) ist im Laufe der Zeit die Auslegung herauskristallisiert worden, dass der Wert der Gegenmaßnahmen ein bestimmtes Maß nicht übersteigen darf.⁸⁴ Dieser Umstand spricht gegen *to induce compliance* und für *to rebalance concessions* als Leitfaden. In Fällen gemäß Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen (verbotene Subventionen) ist die Entscheidungspraxis noch am ehesten unklar und schwankend, doch die Schiedsrichter sprachen sich auch gegen uneingeschränkte Sanktionsbeträge aus, was darauf schließen lassen könnte, dass sie nicht *to induce compliance* im Sinn hatte.⁸⁵ Ob sie ein analoges Ziel zu *to rebalance concessions* erkannt haben, ist m.E. noch nicht eindeutig, weshalb die Schiedsrichter die Frage nach der Absicht der Sanktionen eher offen gelassen haben. Doch egal, welchen der drei Maßstäbe man nimmt, die Schiedsrichter meinen anscheinend generell, dass in Bezug auf den Sanktionsumfang das Ziel der WTO-Streitbeilegung nicht ist, die Bestrafung durch Sanktionen zu erleichtern, sondern sie zu zügeln.⁸⁶ An

⁸⁴ Siehe z.B. *US – Gambling (Article 22.6)*, Abs. 2.7, 3.24, 3.27.

⁸⁵ Z.B. *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.113.

⁸⁶ Ethier, S. 451-453; Sacerdoti, S. 25.

dieser Stelle sei betont: Die Frage ist nicht, ob es eine tatsächliche Verknüpfung gibt zwischen dem Wert der Sanktionen und *to induce compliance* denn dies ist m.E. ist offenkundig: Je höher der Umfang der Aussetzung, desto höher der Anreiz für den Beschwerdegegner, die Rechtswidrigkeit zu beseitigen. Die Frage ist stattdessen, wie dieser Umfang teleologisch zu verstehen sei und im Hinblick auf welches Ziel dieser Umfang festgelegt werden soll.

Es gibt einen Aspekt der Diskussion über den Sanktionsumfang, der im Sinne von *to induce compliance* verstanden werden kann, nämlich Aussetzungen mit diachronisch variablem Umfang. Diese Art von Gegenmaßnahmen passt sich automatisch den Schwankungen des Schadensumfangs an, weshalb sie als Anreiz zur Wiederherstellung des WTO-rechtmäßigen Zustandes dient (siehe 4.5). Doch ist auch bei dieser Sanktionsart maßgeblich, dass sie zu keinem Zeitpunkt den Umfang des Schadens übersteigt, weshalb auch dem Ziel *to rebalance concessions* Rechnung getragen wird.

Die dritte Ebene bezieht sich nicht auf den Umfang, sondern auf den Inhalt der Sanktionen, d.h. welche konkreten Zugeständnisse oder sonstigen Pflichten ausgesetzt werden, z.B. welche konkreten Produkte die Zollerhöhung treffen wird. Anders gesagt: Die Schiedsrichter haben den Beschwerdeführern gestattet, die Gegenmaßnahmen qualitativ frei zu gestalten. Die einzige Ausnahme ist, dass sie laut Art. 22.7, 3. und 4. Satz, DSU die Beachtung der Grundsätze aus Art. 22.3 DSU geprüft haben (siehe 4.6 und 4.7). Dem Beschwerdeführer wird also innerhalb der qualitativen Grenzen von Art. 22.3 DSU uneingeschränkte Freiheit gestattet, damit er die Anreize auf eine für ihn vorteilhafte Art gestaltet: Er kann die Gegenmaßnahmen so gestalten, dass sie ihn selber so wenig wie möglich benachteiligen, während der Beschwerdegegner so stark wie möglich darunter leidet.⁸⁷ Dass sog. Karussell-Sanktionen (siehe 4.4) nicht verboten worden sind, ist unter diesem Blickwinkel zu erklären. Diese Freiheit des Beschwerdeführers steht offensichtlich im Sinne von *to induce compliance*. Übrigens steht diese Freiheit der Beschwerdeführer im Einklang mit dem Respekt, den die Streitbeilegungsorgane allgemein der Souveränität der WTO-Mitglieder erweisen, und so steht es z.B. den Beschwerdegegnern frei, wie sie

⁸⁷ Siehe besonders *EC – Hormones (US/Canada)* (Art. 22.6), Abs. 18-19, und *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 2.10-2.12, 5.1-5.13.

die Empfehlungen und Entscheidungen des DSB umsetzen, solange sie die Auflagen des WTO-Rechts erfüllen.⁸⁸

Wenn man diese drei Ebenen unterscheidet, kann die Entscheidungspraxis über das Ziel der Aussetzungen besser verstanden werden. Es wird auch deutlich, wieso die akademische Diskussion über dieses Thema⁸⁹ weder ganz zufriedenstellend noch ganz ergiebig ist.

Der IGH hat eine zweistufige Vorgehensweise entwickelt, die eine starke Analogie zu den eben erwähnten zwei letzten Ebenen aufweist: „The Court thus considers that the diversion of the Danube carried out by Czechoslovakia was not a lawful countermeasure because it was not proportionate. It is therefore not required to pass upon one other condition for the lawfulness of a countermeasure, namely that its purpose must be to induce the wrongdoing State to comply with its obligations under international law, and that the measure must therefore be reversible“.⁹⁰

2.2 Sekundäre Ziele

Im Folgenden werden einige der Argumente bezüglich anderer möglicher Ziele der Sanktionen aufgeführt. Diese werden jedoch von der WTO-Entscheidungspraxis, falls überhaupt, nur als zweitrangig bewertet.

2.2.1 Schadensersatz

Die völkerrechtliche Wiedergutmachungspflicht drückt sich unter anderem im Schadenersatz aus, wie schon seit geraumer Zeit klar ist.⁹¹ Deshalb ist eine der Pflichten des verantwortlichen Staates der Ersatz allen Schadens (Art. 31 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission). Die WTO-Entscheidungspraxis hat anerkannt, dass nur Streitparteien, die einen Schaden erlitten haben, sanktionsbefugt sind (siehe 4.9), was auch für ein Verständnis der Aussetzungen aus

⁸⁸ Siehe z.B. *EC – Hormones* (Art. 21.3), Abs. 38, *Australia – Salmon* (Art. 21.3), Abs. 35, *Korea – Alcoholic Beverages* (Art. 21.3), Abs. 45, und *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 3.24.

⁸⁹ Z.B. Pauwelyn (2000), S. 341-342, Charnovitz (2001), S. 797-808, 822-823, Mitchell (2006a), S. 998-999.

⁹⁰ *Gabcíkovo-Nagymaros*, Absatz 87.

⁹¹ Kelsen, S. 545-560.

der Perspektive des Schadensersatzes sprechen könnte.

Trotzdem kann in der WTO-Streitbeilegung aus mehreren Gründen von einem Schadensersatz als Ziel der Sanktionen nicht die Rede sein. Erstens drücken sich die Aussetzungen normalerweise in erhöhten Handelshemmnissen aus, was wirtschaftlich oft dem sanktionierenden Mitglied selber schadet. Ihm wird kein Schaden ersetzt, sondern sein Schaden wird oft vergrößert. Zweitens hat die Entscheidungspraxis den Schadensumfang normalerweise anhand der verringerten Handelsströme gemessen und alle anderen Schäden wie etwa Effizienzeinbußen und Opportunitätskosten nicht berücksichtigt. Drittens hat die Entscheidungspraxis i.d.R. den Ersatz nur des gegenwärtigen und zukünftigen, nicht aber des vergangenen Schadens verordnet, gemessen ab dem Zeitpunkt der Umsetzungsfrist gem. Art. 21.3 DSU (siehe 1.5 und 3.2). In anderen Worten, Aussetzungen dauern grundsätzlich kürzer als die entsprechende rechtswidrige Maßnahme. Aus diesen Gründen geht hervor, dass der Schaden nicht ersetzt wird (siehe auch 5.3.2.4).⁹²

Manche Autoren erwecken den Eindruck, als ob das WTO-Recht *de lege lata* den Schadensersatz ausschließen würde.⁹³ Doch es ist hervorzuheben, dass das DSU in dieser Hinsicht schweigt und es sich um Entwicklungen der Entscheidungspraxis handelt.⁹⁴

Als Fazit gilt, dass die WTO-Entscheidungspraxis die Aussetzung von Zugeständnissen nicht als ein Mittel sieht, um Schadensersatzforderungen durchzusetzen.

2.2.2 Rechtfertigung protektionistischer Maßnahmen

Freilich sind die Sanktionen im Rahmen der WTO nicht erdacht worden, um protektionistische Schranken aufzubauen. Dennoch sollte man folgendes Szenario nicht ausschließen: Ein Mitglied würde vielleicht gerne gewisse protektionistische Maßnahmen einführen, darf es aber aufgrund seiner Verpflichtungen im Rahmen des WTO-Rechts nicht. Dieses Mitglied strengt einen neuen Prozess an oder verfolgt einen schon laufenden Prozess bis zum Ende, in

⁹² Siehe z.B. van den Broek, S. 139; Lawrence, S. 17, 36-39.

⁹³ Bronckers & van den Broek, S. 102.

⁹⁴ Siehe z.B. Pauwelyn (2000), S. 346, Mavroidis (2000), S. 789-790.

der Hoffnung, Zugeständnisse aussetzen zu dürfen und dementsprechend die gewollte protektionistische Maßnahme wenigstens zwischenzeitlich einführen zu dürfen. Gegen diese Annahme spricht selbstverständlich unter anderem die geringe Wahrscheinlichkeit einer solchen Konstellation, denn sie hängt letztendlich vom mangelnden Umsetzungswillen der DSB-Entscheidung von Seiten des Beschwerdegegners ab. Dennoch kann der Anreiz eines gelungenen Versuches recht groß sein. Man denke z.B. an den FSC-Fall, dessen Umfang erlaubter auszusetzender Zugeständnisse etwa 1 bis 2% der US-Exporte nach Europa entsprach.⁹⁵

2.2.3 Terms of trade

Wenn ein Land eine deutlich stärkere Wirtschaft als sein Handelspartner hat und außerdem über eine größere Preiselastizität der Importe verfügt, könnte die Einführung von Handelshemmnissen eine Veränderung der *terms of trade* einleiten, die ihrerseits seine Wohlfahrt steigen ließe.⁹⁶ Sanktionen, die wie im Fall der WTO aus der Errichtung oder Erhöhung von Handelshemmnissen bestehen, könnten also eingeführt werden, um diesen Effekt herbeizuführen.⁹⁷

Eine Schwachstelle und Ungerechtigkeit der WTO-Sanktionen ist darin zu sehen, dass prinzipiell große Volkswirtschaften diesen Effekt der Sanktionen ausnützen können. Kleine Volkswirtschaften (was die meisten Entwicklungsländer einschließt) können dies nicht.⁹⁸

2.2.4 Kommunikationsfunktion

Sanktionen können eine Kommunikationsfunktion ausüben. „Der Enttäuschte straft den Enttäuschenden mit Blicken, Gesten, Worten oder Taten; sei es, um ihn zu erwartungsgemäßem Verhalten zu motivieren, sei es auch nur, um seine Erwartung demonstrativ über die Enttäuschung hinwegzubringen. Sein Versuch, die Erwartung nachträglich oder für künftige Fälle durchzusetzen, dokumentiert zugleich am deutlichsten seine Entschlossenheit, die Erwartung

⁹⁵ Carreau & Juillard, Rn. 215, beziffern den Betrag auf etwa 1%; Zimmermann (2002), S. 6, auf etwa 2%.

⁹⁶ Hauser & Roitinger, S. 649-650; Breuss (2003), S. 140-144.

⁹⁷ Bagwell & Staiger, S. 26-27; Kohler, S. 320-323; Breuss (2003), S. 151-155; kritisch dazu: Spamann, S. 41-42.

⁹⁸ Siehe z.B. Anderson, S. 13; Breuss (2004), S. 307-308.

festzuhalten“.⁹⁹ Im Fall der WTO-Sanktionen, kann sich diese Botschaft sowohl an inländische (siehe z.B. 2.2.5) wie auch an ausländische Akteure richten. In anderen Worten: Ein Mitglied kann Sanktionen einführen wollen, um dadurch seine Missbilligung über den Rechtsbruch des anderen Mitglieds auszudrücken.¹⁰⁰ Dieser Ansatz geht also von einer gewissen Kommunikationsschwierigkeit aus: Da kein besseres Mittel zur Verfügung steht, um die Missbilligung der aktuellen Lage mitzuteilen, wird auf Sanktionen zurückgegriffen. Sie teilen mit, dass das jeweilige Mitglied sich die derzeitige Lage nicht gefallen lässt und bereit ist, zu drastischeren Maßnahmen zu greifen. Diese Kommunikationsfunktion stand auch tatsächlich hinter den Aussetzungen Kanadas in den Fällen *EC – Hormones* und *US – Byrd Amendment*.¹⁰¹

Deshalb kann auch verstanden werden, wieso Mitglieder oft zur Einfuhr von Sanktionen bereit sind, die ihnen selbst schaden. Schon seit Zeiten des GATT ist klar, dass Sanktionen auch dem Beschwerdeführer schaden¹⁰² (was in der englischsprachigen Literatur mit der Wendung „to shoot oneself in the foot“ bezeichnet wird) – besonders wenn er seine *terms of trade* nicht beeinflussen kann. Solche Gegenmaßnahmen können die Wichtigkeit signalisieren, die der Sender der Wiederherstellung der Rechtmäßigkeit zuschreibt. Je kostspieliger die Sanktion für den Sender, desto unmissverständlicher wird dem Adressaten klargemacht, dass der Sender nicht blufft.¹⁰³ Kostspieligere Sanktionen sind erfolgreicher als billigere.

In diesem Kontext sei auch erwähnt, dass wirtschaftliche Sanktionen auch als Symbol der Bereitwilligkeit zu einem militärischen Einsatz dienen können, wie empirisch untersucht worden ist.¹⁰⁴ Doch im alltäglichen Diskurs der WTO-Mitglieder ist meines Wissens keine Drohung der Gewaltanwendung im Hintergrund der Handelsstreitigkeiten beobachtet worden. In der WTO werden also Gegenmaßnahmen allem Anschein nach nicht als Mittel zur Signalisierung militärischer Einsatzbereitschaft eingesetzt.

⁹⁹ Luhmann, S. 60.

¹⁰⁰ Drezner, S. 11-12, 15-16.

¹⁰¹ Khabayan, S. 278-279.

¹⁰² Jackson (1967), S. 158.

¹⁰³ Drezner, S. 15-17.

¹⁰⁴ Drezner, S. 121.

2.2.5 Innenpolitische Erwägungen

Die Sanktionen im Rahmen der WTO können den Regierungen des beschwerdeführenden und der beklagten Partei innenpolitisch nützlich sein.

Regierungen können aus einer Fülle von Gründen einen Prozess vor der WTO anstrengen, unter anderem auch wegen des internen politischen Druckes (von Seiten einer empörten öffentlichen Meinung oder der Lobbyisten). Um die Reputation des gewissenhaften Verfechters des nationalen Interesses zu festigen und somit die öffentliche Meinung oder Interessensgruppen zu besänftigen, könnte unter Umständen die Regierung auf eine mangelnde Umsetzung der DSB-Entscheidung von Seiten des Beschwerdegegners mit Sanktionen reagieren. Somit würde die Regierung ihre Empörung über die Rechtsmissachtung zeigen und demonstrieren, dass sie keine rechtmäßigen Mittel scheut bei dem Versuch nationale Interessen durchzusetzen. Dies dürfte nicht selten Bürger und Interessensgruppen besänftigen, was besonders in Demokratien wichtig zu sein scheint.¹⁰⁵

Es ist nicht auszuschließen, dass eine Regierung gewisse Reformen anstrebt, diese jedoch aufgrund innenpolitischen Drucks nicht umsetzen kann. Aus dem selben Grund kann auch die von staatlicher Seite gewollte fristgerechte Umsetzung von DSB-Entscheidungen scheitern. Staaten könnten gegen sie eingeführte WTO-Sanktionen ausnutzen, um politische Kräfte (zum Beispiel durch Sanktionen betroffene Industriebranchen) für die Unterstützung ihres Vorhabens zu bündeln und somit gestärkt gegen bestimmte Interessengruppen auftreten zu können.¹⁰⁶

2.2.6 Reputation

Sanktionen können Auswirkungen auf die Reputation sowohl des Beschwerdegegners als auch des Beschwerdeführers haben.

Dass „verlorene“ Fälle für beklagte WTO-Mitglieder oft ein Reputationsverlust bedeuten, ist intuitiv nachvollziehbar und scheint auch empirisch relativ

¹⁰⁵ Drezner, S. 11-14; Charnovitz (2001), S. 808, 813.

¹⁰⁶ Charnovitz (2001), S. 813-814.

abgesichert zu sein.¹⁰⁷ Die bloße Genehmigung von Zugeständnissen gem. Art. 22.6 DSU scheint die Reputation des Beschwerdegegners stark genug zu schaden, um ihn oft zu einem Vergleich zu bewegen.¹⁰⁸ Falls die beschwerdeführende Partei zusätzlich Sanktionen einführt, dürfte dieser Effekt verstärkt werden – besonders wenn die gerügte rechtswidrige Maßnahme trotz Sanktionen nicht zurückgenommen wird.

Eine kontinuierliche mangelnde Umsetzung eines Urteils kann einen Reputationsverlust auch für den Beschwerdeführer bedeuten, denn er kann als zu schwach dastehen, um seine Rechte durchzusetzen. Er könnte deswegen Sanktionen einführen, um zu demonstrieren, dass mit ihm nicht gespielt werden kann. Mit jedem Fall, in dem ein Mitglied mit Sanktionen droht, diese trotz rechtswidrigen Verhaltens des Beschwerdegegners aber dennoch nicht einführt, nimmt das Drohpotential seiner Sanktionen für zukünftige Fälle ab. Aus diesen Gründen bestehen Anreize für die Beschwerdeführer, gegen renitente Rechtsmissachter mit Sanktionen zu verfahren.

2.2.7 Abschreckung

Inducing compliance wird im Kontext der WTO-Streitbeilegung normalerweise *ex post* verstanden, nämlich als die Bereitstellung von Anreizen, damit der Beschwerdegegner die begangene Rechtsverletzung beseitigt. Wohl aus diesem Grund versteht Josling den Anreiz als eine Strafe.¹⁰⁹

Doch Sanktionen können gleichzeitig für alle Akteure ein Anreiz sein, damit sie zukünftig Rechtswidrigkeiten vermeiden. D.h., Aussetzungen können ihre Wirkungen *ex ante* entfalten und hätten somit den Zweck einer Abschreckung. Analog könnte man von negativer General- und Individualprävention sprechen. Da die Mitglieder wissen, dass wenn es hart auf hart kommt, Sanktionen gegen sie verhängt werden können, ist anzunehmen, dass sie tendenziell die wissentliche Einführung von WTO-rechtswidrigen Maßnahmen vermeiden werden und außerdem schon in den Anfangsstadien eines Streitbeilegungsverfahrens zur Rücknahme von schon eingeführten WTO-rechtswidrigen Maß-

¹⁰⁷ Tussie & Delich; Pauwelyn (2010), S. 59-60.

¹⁰⁸ Carmody, S. 320.

¹⁰⁹ Josling, S. 340-341.

nahmen eher bereit sein werden. Diese Annahme ist nicht aus der Luft gegriffen, denn solche Abschreckungseffekte von Sanktionen sind beobachtet worden z.B. in *Australia – Salmon* bevor Sanktionen beantragt wurden und bevor genehmigte Aussetzungen eingeführt wurden in *US – FSC*¹¹⁰ und in *Brazil - Aircraft*.¹¹¹ Dieser Effekt ist natürlich nicht nur der WTO eigen, sondern wird auch von anderen Maßnahmen entfaltet, wie etwa der Außenhandelsgesetzgebung der USA *Section 301*.¹¹² Mit anderen Worten: Sanktionen müssen nicht unbedingt beantragt und beantragte Sanktionen müssen nicht unbedingt eingeführt werden, damit sie *to induce compliance* erreichen.¹¹³

2.2.8 Stabilisierung

Jackson erklärt, dass das grundlegende Ziel der Streitbeilegung aus einem Spektrum besteht. Die zwei Extreme des Spektrums sind einerseits die Lösung der konkreten Streitigkeiten und andererseits die effiziente und gerechte Funktionsfähigkeit des Gesamtsystems, und jedes Streitbeilegungssystem müsse eine angemessene Balance dieser beiden extremen Zwecken finden.¹¹⁴ Vor diesem Hintergrund kann die stabilisierende Funktion der Sanktionen untersucht werden.

Sanktionen können auf zwei Arten stabilisierend wirken. Erstens wenn ein Mitglied Aussetzungen von Handelszugeständnissen einführt, besteht die Gefahr, dass das von den Sanktionen betroffene Mitglied seinerseits auch Sanktionen einführt, wodurch sich letztendlich beide hochschaukeln könnten.¹¹⁵ Freilich bietet die WTO keine Gewähr gegen eine solche Eskalation, denn viel deutet z.B. darauf hin, „dass gerade die FSC-Klage eine Reaktion der EU auf ihre eigenen Niederlagen bei Bananen und Hormonfleisch war“.¹¹⁶ Die WTO-Streitbeilegung trägt jedoch dazu bei, mindestens zwei wichtige das Eskalationsrisiko vermehrende Faktoren zu beseitigen: Denn die Zulässigkeit der

¹¹⁰ Charnovitz (2001), S. 809; Charnovitz (2002a), S. 603.

¹¹¹ Islam, S. 477-478.

¹¹² Jackson (1997a), S. 131; Ford, S. 563-565. Dieses Gesetz ist zum Gegenstand des Streitfalles *US – Section 301 Trade Act* geworden.

¹¹³ Laut Parker (2000), S. 27-28, wurde das Thema vom Abschreckungseffekt der Sanktionen bisher kaum empirisch erforscht.

¹¹⁴ Jackson (1997a), S. 112, 136-137, 340.

¹¹⁵ Zimmermann (2004), S. 70, nennt es „positive feedback“.

¹¹⁶ Zimmermann (2002), S. 6.

Sanktionen, deren Umfang und *cross retaliation* werden nicht durch den Beschwerdeführer im Alleingang, sondern durch Streitbeilegungsorgane bestimmt (Art. 1.1, 2.1 Satz 1 und 2, 23 DSU¹¹⁷). Streitigkeiten werden also relativ ordentlich verwaltet und somit sinkt das Risiko eines ausartenden Handelskrieges.

Zweitens, auch aus einer systemischen Perspektive stabilisieren Sanktionen die WTO. Wenn es keine Sanktionsmöglichkeit gäbe, stünden den Parteien nach Verurteilung des Beschwerdegegners keine systeminternen (d.h., vom WTO-Recht vorgesehenen) Maßnahmen mehr zur Verfügung. Der Beschwerdeführer müsste deshalb zu systemexternen, vom WTO-Recht nicht vorgesehenen Maßnahmen zurückgreifen, um weitere Schritte gegen einen trotzenschen Beschwerdegegner einzuleiten (im Extremfall Gewaltanwendung), wodurch die WTO geschwächt werden würde. Weil aber die WTO eine *ultima ratio* in Form von Aussetzungen von Zugeständnissen anbietet, verringert sich der Anreiz, andere, systemexterne Maßnahmen anzuwenden. Außerdem verbietet *de lege lata* Art. 23 DSU, auf systemexterne Maßnahmen zurückzugreifen, weshalb es z.B. zum Streitfall *US – Section 301 Trade Act* kam. Anders ausgedrückt: Die WTO braucht Sanktionen, damit die Mitglieder ihre Streitigkeiten vollkommen im Rahmen des WTO-Systems ausschöpfen können. Einerseits braucht der Beschwerdeführer nämlich nicht auf systemexterne Maßnahmen zurückzugreifen, weil die WTO-Sanktionen stark genug sind. Andererseits setzt das System dem Sanktionspotential gewisse prozedurale und inhaltliche Schranken auf, die den Beschwerdegegner schützen. Er bleibt auch trotz Sanktionen ein volles Mitglied der WTO, was wiederum die Anreize seines Austretens aus der WTO stark verringert. Manche Autoren gehen sogar so weit, dass sie dem Beschwerdegegner das Recht einräumen, Sanktionen in Kauf zu nehmen und sich dadurch freizukaufen (*efficient breach, to buy out*).¹¹⁸ Die Sanktionen des WTO-Systems erleichtern es also auch dem Beschwerdegegner erheblich, sich trotz Aussetzungen weiterhin aktiv an der WTO zu beteiligen. Somit werden Stabilität und Fortbestand der internationalen Zusammenarbeit gewährleistet.

Nebenbei bemerkt, können nicht nur die Sanktionen, sondern auch die

¹¹⁷ Siehe auch *Mexico – Taxes on Soft Drinks (AB)*, Abs. 75-77.

¹¹⁸ Pro: Bello, S. 416-418; Contra: Jackson (1997b), S. 60-64.

Schiedsverfahren gemäß Art. 22.6 DSU als ein Mittel zur Stabilisierung des WTO-Systems gesehen werden. Die Aussetzungsschiedsverfahren können nämlich als ein Mittel verstanden werden, um den Sanktionen eine politisch vertretbare Grenze zu setzen in einem Kontext, in dem die ökonomische quantitative Messung des vom Beschwerdeführer erlittenen Schadens (und demzufolge auch die quantitative Festlegung der Sanktionsobergrenze) nicht präzise durchzuführen ist. Dies schien die Argumentation zu sein, die die USA in *EC-Bananas (US)* (Art. 22.6 - EC) (Abs. 6.1) folgten. Aus einer ähnlichen Perspektive kann Art. 22.4 DSU als ein Mittel verstanden werden, um Sanktionen zu zügeln (siehe 2.1).

3 Der Schaden

Eine zentrale Frage der Aussetzungsschiedsverfahren ist der genehmigte Umfang an Sanktionen. Er soll dem Umfang des vom Beschwerdeführer erlittenen Schadens entsprechen (Art. 22.4 DSU), oder ihm gegenüber verhältnismäßig (Art. 7.10 und 9.4 SCM-Übereinkommen) oder ihm gegenüber angemessen sein (Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen). Deshalb ist die Frage nach dem Umfang des Schadens für die WTO-Streitbeilegung gem. Art. 22.6 DSU grundlegend. Mit dieser Frage befasst sich dieses Kapitel: Als erstes wird das vom GATT geschützte Rechtsgut untersucht, in den zwei anschließenden Abschnitten wird der Schaden definiert und danach werden zusätzliche Themen angesprochen, die in den Schiedsverfahren für die Ermittlung des Schadensumfangs relevant gewesen sind.

Im 5. Kapitel wird die Entscheidungspraxis zur Schadensberechnung kommentiert.

3.1 Das geschützte Rechtsgut: die Wettbewerbsvoraussetzungen

Die wohl zentrale Pflicht, die das WTO-Recht den Mitgliedern auferlegt, ist das Diskriminierungsverbot¹¹⁹, welches sich besonders in den Grundsätzen des Meistbegünstigungsprinzips (Art. I GATT) und des Inländerprinzips (Art. III GATT) ausdrückt. Da das Diskriminierungsverbot zur Zeit des GATT im Rahmen des Warenhandels entwickelt wurde und auf die Gebiete des Dienstleistungshandels (GATS) und des geistigen Eigentums (TRIPS) nur bedingt übertragbar ist¹²⁰, wird sich dieser Teil der Arbeit ausschließlich auf den Warenhandel beschränken.

Schon zu Zeiten des GATT ist die Entscheidungspraxis der Frage nachgegangen, welches das geschützte Rechtsgut des Diskriminierungsverbotes sei. Diese Frage ist auch für diese Arbeit relevant, da der Begriff des Schadens

¹¹⁹ von Bogdandy, S. 613, 662.

¹²⁰ Jackson (1997a), S. 157-158. Bhagwati, S. 182-185, spricht sich vehement gegen den Schutz des geistigen Eigentums im Rahmen der WTO aus.

anhand des verletzten Rechtsgutes gebildet wird. Was den Warenhandel betrifft, so sind die Handelsströme zwischen den Mitgliedern nicht (wie man vielleicht intuitiv annehmen könnte) das vom Diskriminierungsverbot geschützte Rechtsgut. Die Entscheidungspraxis des GATT und der WTO hat systematisch ein anderes Rechtsgut ausgearbeitet: die Wettbewerbsvoraussetzungen (*competitive opportunities*).

Schon im Jahre 1949 befasste sich ein Streitschlichtungsorgan des kurz zuvor gegründeten GATT mit den Fragen der Bedeutung des Schadens und des geschützten Rechtsgutes. In *Brazilian Internal Taxes* wurde über eine brasilianische, gegen das Inländerprinzip (Art. III GATT 1947) verstoßende Maßnahme diskutiert, die sich auf Güter bezog, die nicht von Brasilien importiert wurden.¹²¹ Der Vertreter Brasiliens meinte, dass eine diskriminierende, gegen das GATT 1947 verstoßende Maßnahme keine protektionistische Wirkungen entfaltet (d.h., keinen Schaden anrichtet), wenn keine tatsächlichen Importe von dieser Maßnahme betroffen werden und dass deshalb in solch einem Fall kein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot des Art. III GATT 1947 vorliegen würde. Der Streitbeilegungsbericht wies diese Auslegung zurück und kam zu dem Schluss, dass nicht der gegenwärtige Mangel an Importen ausschlaggebend sei, sondern das Potential der ausländischen Exporte in einem hypothetischen rechtskonformen Szenario.¹²² Anders gesagt: Die zum Zeitpunkt des Rechtsstreites in die beklagte Vertragspartei exportierten Mengen seien irrelevant. Es ist also von *competitive opportunities* noch nicht explizit die Rede, aber es wird die Rolle des Exportpotentials einer nicht-exportierenden Vertragspartei anerkannt. Eine logische, im Bericht jedoch nicht ausgearbeitete Folgerung dieser Auslegung ist, dass die beklagte Vertragspartei eine Möglichkeit zur Abweisung der Beschwerde hat. Beweist sie nämlich, dass selbst unter einem theoretischen rechtskonformen Szenario (*counterfactual*) die beschwer-

¹²¹ *Brazilian Internal Taxes*, Abs. 16.

¹²² In *Brazilian Internal Taxes*, Abs. 16, wird der Begriff des hypothetischen rechtskonformen Szenarios nicht explizit benutzt, aber er ist in der Argumentation präsent: „[...] [the contracting parties’] potentialities as exporters, *given national treatment*, should be taken into account.“ (Kursiv hinzugefügt). Dies steht der Definition des *counterfactual* sehr nahe, wie sie 50 Jahre später in *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 7.1, ausgearbeitet wurde: „[...] we compare the value of relevant EC imports from the United States under the present banana import regime (the actual situation) with their value under a WTO-consistent regime (a "counterfactual" situation)“.

deführende Vertragspartei das betroffene Gut nicht in die beklagte Vertragspartei exportieren würde (dass also das Exportpotential der ausländischen Exporte in einem hypothetischen rechtskonformen Szenario gleich null wäre), so wird kein Exportpotential (*competitive opportunities*) gefährdet. Folglich würde die rechtswidrige Maßnahme dem Beschwerdeführer keinen Schaden verursachen und die Beschwerde könnte abgewiesen werden.¹²³

Im Fall *US - Superfund* aus dem Jahr 1987 wurde die Vereinbarkeit einer amerikanischen Steuer auf Erdöl und Erdölderivate mit dem in Art. III GATT 1947 verankerten Inländerprinzip überprüft. Das Panel untersuchte die Frage, ob die Auswirkung der Steuer auf die Importmengen (d.h., die Nachfrage) eine Variable sei, die berücksichtigt werden sollte. Die Antwort auf diese Frage, so das Panel, hinge vom Zweck der Norm ab. Wenn der Sinn des Inländerprinzips der Schutz der Exportmengen des Beschwerdeführers sei, so wäre tatsächlich die Wirkung der rechtswidrigen Maßnahme ausschlaggebend.¹²⁴ Das Panel war aber der Auffassung, dass die Absicht des Prinzips eine andere sei, nämlich die Erhaltung der Wettbewerbsbedingungen zwischen importierten und nationalen Gütern.¹²⁵ Das Inländerprinzip beziehe sich also nicht auf Handelseffekte. Ein Steuersatz, so das Panel, könne unterschiedlich hoch sein und dementsprechend unterschiedliche Auswirkungen auf das Handelsvolumen haben, doch solange die Steuer nicht zwischen nationaler und ausländischer Ware diskriminiere, das heißt, solange sie die verhältnismäßige Wettbewerbsfähigkeit zwischen Importe und im Land hergestellten Gütern nicht beeinträchtige, bestünde keine Rechtsverletzung und die exportierende Vertragspartei würde keinen Schaden erleiden. Das Panel setzte also den Akzent auf nicht diskriminierende Wettbewerbsvoraussetzungen, also auf gleiche *competitive opportunities* für alle Teilnehmer.

Im Jahre 1989 befasste sich das Panel des Falles *US - Section 337* auch mit diesem Thema. Die für diese Arbeit relevanten Überlegungen beruhen auf

¹²³ Dieser Gedankengang, dass nicht der Beschwerdeführer den Schaden, sondern der Beschwerdegegner das Nichtvorhandensein des Schadens beweisen muss, weist Parallelen zu den Begriffen der Schadensvermutung und der Umkehrung der Beweislast des Schadens auf, wie sie erst etwa ein Jahrzehnt später von der Entscheidungspraxis des GATT entwickelt wurden (siehe 3.4).

¹²⁴ *US – Superfund*, Abs. 5.1.9.

¹²⁵ Siehe auch *US – Superfund*, Abs. 5.2.2.

der Feststellung, dass die vom Inländerprinzip erforderte nicht weniger günstige Behandlung der importierten Ware im Vergleich zur gleichartigen Ware inländischen Ursprungs (Art. III.4 GATT 1947) im Grunde *effective equality of opportunities* schützt.¹²⁶ Die USA als Beschwerdegegner vertraten die Ansicht, dass die Einhaltung dieses Grundsatzes konkret überprüft werden solle. Einzelne, gegen das Inländerprinzip verstoßende Elemente der gerügten Norm sollten also nicht beachtet werden, solange im Einzelfall die importierte Ware nicht weniger günstig behandelt werde als die nationale.¹²⁷ Die EG als Beschwerdeführer war dagegen der Auffassung, dass das Inländerprinzip auf einer abstrakteren Ebene eingehalten werden solle. Eine Norm müsse so gestaltet werden, dass es in keinem Fall zu einer weniger günstigen Behandlung kommen könne.¹²⁸ Das Panel entschied sich für die Position der EG. Eines der angeführten Argumente (in Anlehnung an die Entscheidung des Falles *US - Superfund*) war, dass das Inländerprinzip die verhältnismäßige Wettbewerbsfähigkeit der importierten Ware im Vergleich mit der nationalen schütze. Um dieses Ziel zu erreichen, müsse eine weniger günstige Behandlung verhindert (und nicht nur korrigiert) werden können. Art. III des GATT bezöge sich nicht auf tatsächlich eingetretene Folgen für spezifische Warenimporte, sondern auf die potentiellen Auswirkungen von rechtswidrigen Maßnahmen.¹²⁹ Soweit zum GATT. Wie sind bis jetzt die WTO-Streitbeilegungsorgane mit dem Begriff *competitive opportunities* umgegangen? Um mit dem Bananenfall anzufangen, sei kurz auf die Frage des Interesses am Streitfall und der Beschwerdebefugnis hingewiesen, mit der sich das Panel und das Berufungsgremium beschäftigt haben.¹³⁰ Die EG war während des Panelverfahrens der Meinung, dass aufgrund des mangelnden Bananenexportes die USA kein Interesse an diesem Streitfall hätten.¹³¹

¹²⁶ *US - Section 337*, Abs. 5.11.

¹²⁷ *US - Section 337*, Abs. 5.12.

¹²⁸ *US - Section 337*, Abs. 5.12.

¹²⁹ *US - Section 337*, Abs. 5.13.

¹³⁰ Das Thema des Interesses am Streitfall war auch zu Zeiten des GATT behandelt worden, z.B. in *Brazilian Internal Taxes*, Abs. 16, *Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery*, Abs. 12, *US - Superfund*, Abs. 5.1.9, und *United States - Section 337*, Abs. 5.11.

¹³¹ *EC - Bananas (Panel)*, Abs. 2.21. Die EC hat im Panelverfahren auf den Unterschied zwischen Beschwerdebefugnis (*standing*) und Interesse am Streitfall (*legal interest to sue*) hingewiesen (*EC - Bananas (Panel)*, Abs. 2.35). Weder das Panel noch das Berufungsgremium

Das Panel hat diese Argumentation mit der Begründung zurückgewiesen, dass weder das DSU noch die Rechtssprechung des GATT ein Interesse am Verfahren voraussetzen würden.¹³² Ein Interesse sei bei Verletzungsbeschwerden nicht notwendig, da nicht ein Schaden (i.S. tatsächlich verringerter Handelsströme), sondern die Wettbewerbsvoraussetzungen ausschlaggebend sei.¹³³ Im Panelbericht wird die Auffassung vertreten, dass nicht nur das Diskriminierungsverbot, sondern das gesamte GATT- und WTO-Recht die Wettbewerbsvoraussetzungen schützen: „GATT rules have been consistently interpreted to protect "competitive opportunities" as opposed to actual trade flows. [...] WTO rules are not concerned with actual trade, but rather with competitive opportunities“.¹³⁴ Zur Untermauerung der Position werden die oben erwähnten Berichte des GATT zitiert, die sich mit Rechtsbrüchen gegen das Diskriminierungsverbot befasst haben. Anders gesagt: Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die USA nicht doch Bananen exportieren könnte.¹³⁵ Außerdem könne die rechtswidrige Maßnahme der EG sowohl den Bananenweltmarkt als auch den internen Bananenmarkt der USA beeinträchtigen.¹³⁶

Das Berufungsgremium scheint seinerseits zu der selben Folgerung gekommen zu sein wie das Panel, jedoch mit einer etwas anderen Begründung. Erstens setzt das WTO-Recht kein Interesse am Verfahren voraus.¹³⁷ Zweitens hat das Berufungsgremium die Frage aus der Perspektive der Beschwerdebefugnis anhand von Art. XXIII.1 GATT und Art. 3.7 Satz 1 DSU untersucht¹³⁸, wonach der Beschwerdeführer prüfen muss, ob die Einleitung eines Streitbeile-

haben diese Unterscheidung in ihren Urteilen ausgearbeitet. Das Panel hat sich ausschließlich mit dem Interesse befasst (*EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.47-7.52). Das Berufungsgremium hat beide Begriffe benutzt, jedoch praktisch keinen Unterschied zwischen ihnen gemacht. Dies wird erstens deutlich, indem es den Text des Panelurteils über das Interesse (*EC – Bananas (Panel)*, Abs. 2.21-2.42, 7.47-7.52) mit einer Argumentation über die Beschwerdebefugnis kommentiert (*EC – Bananas (AB)*, Abs. 132-138) und zweitens in der Verzahnung beider Begriffe (siehe etwa *EC- Bananas (AB)*, Abs. 132-133). Zum Thema der Unterscheidung beider Begriffe, siehe Martha (S. 1039-1040). Zum Thema des Interesses haben sich z.B. der Ständige Internationale Gerichtshof im Jahre 1923 im Fall Wimbledon (Abschnitt III) und der IGH im Jahre 1963 im Fall Northern Cameroons (S. 33-34) geäußert.

¹³² *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.49-7.50.

¹³³ *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.50.

¹³⁴ *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.50.

¹³⁵ *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.50.

¹³⁶ *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.50.

¹³⁷ *EC- Bananas (AB)*, Abs. 132.

¹³⁸ *EC- Bananas (AB)*, Abs. 134-135.

gungsverfahrens erfolgreich (*fruitful*) sein wird.¹³⁹ Dass die USA in der Lage seien, Bananen zu exportieren und dass ihr interner Markt unter den Effekten der rechtswidrigen Maßnahme der EG leiden könnte, war aus der Sicht des Berufungsgremiums ein ausreichender Grund, um auf die Erfüllung der Kriterien dieses Tests zu schließen.¹⁴⁰

Später, in der Entscheidung nach Art. 22.6 DSU des selben Rechtsstreites, wurde betont, dass die Wettbewerbsvoraussetzungen das geschützte Rechtsgut des Diskriminierungsverbotes des GATT seien.¹⁴¹ Hierbei wurde nicht eingehend argumentiert, sondern (im Einklang mit Art. 3.1 DSU) die Entscheidungspraxis des GATT aufgenommen.¹⁴²

Als Exkurs kann ein Teil der Argumentation des Panels kritisiert werden. Einerseits hat das Panel die Wettbewerbsvoraussetzungen als das geschützte Rechtsgut anerkannt.¹⁴³ Andererseits wurde im selben Absatz der Begriff des Interesses an der Beschwerde nicht mit diesem Rechtsgut, sondern mit dem Handelsstrom in Verbindung gesetzt: „We fail to see that there is, or should be, a legal interest test under the DSU. [...] [If] a complainant claims that a measure is inconsistent with the requirements of GATT rules, there is not a requirement

¹³⁹ Aufgrund dieser Auslegung des Berufungsgremiums verstehen Layton & Miranda (S. 81-83), das Berufungsgremium habe für die Streitbeilegungsorgane die Möglichkeit einer Überprüfung der Beschwerdebefugnis eingeführt. Zur Prüfung der Erfolgsaussichten nach Art. 3.7 Satz 1 DSU, siehe Letzel (S. 239-249).

¹⁴⁰ *EC- Bananas (AB)*, Abs. 135-136.

¹⁴¹ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.11.

¹⁴² Im Urteil werden zur Untermauerung der Position, dass *competitive opportunities* statt Handelsströme das geschützte Rechtsgut des Diskriminierungsverbotes seien, GATT-Berichte zitiert (*EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.11). Davon sind drei Zitate aber nicht ganz korrekt. Erstens, *Brazilian Internal Taxes* (Abs. 16): die Behauptung, im zitierten Text sei von *competitive opportunities* die Rede, ist zwar ein Fehler, aber trotzdem ist das Urteil wegen seines Inhaltes als eine Begründung der Position der Schiedsrichter in *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)* angebracht, denn in beiden Urteilen wird das Thema des Exportpotentials eines nicht-exportierenden Staates behandelt. Zweitens wird Abs. 5.11 des Urteils *United States – Section 337* angeführt, das aber nicht das Thema der *competitive opportunities* behandelt, sondern den Grundsatz ausarbeitet, dass die Einhaltung des Diskriminierungsverbotes von Art. III.4 GATT nicht anhand des Inhaltes der jeweiligen Norm ermittelt werden kann, sondern anhand der Effekte deren Normenanwendung. Es wäre vermutlich sinnvoller gewesen, wenn die Schiedsrichter des Bananenfalles Abs. 5.13 des GATT-Urteils zitiert hätten, wo auf die Rolle der Wettbewerbsfähigkeit hingewiesen wird. Drittens ist in *Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery*, Abs. 12, eigentlich von einem Thema die Rede, das nur indirekt im Bezug zu *competitive opportunities* steht, nämlich dass Art. III.4 GATT sich nicht nur auf Normen über Kaufs- und Verkaufsbedingungen der importierten Ware, sondern auch auf Normen über Wettbewerbsbedingungen innerhalb des nationalen Marktes (in diesem Fall günstige Kredite für Konsumenten nationaler Ware) bezieht.

¹⁴³ *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.50.

to show actual trade effects“. Eine elegantere Lösung wäre vermutlich, wenn die Streitbeilegungsorgane ein Interesse an der Beschwerde überprüfen würden, dieses Interesse jedoch aus der Vernichtung, Verletzung oder Bedrohung von *competitive opportunities* bestünde. Die soeben erwähnte, vom Berufungsgremium aus der Perspektive der Beschwerdebefugnis ausgearbeitete Variante scheint in diese Richtung zu zielen.

Auch weitere WTO-Berichte haben die These aufgenommen, dass das geschützte Rechtsgut nicht Handelsströme sondern Wettbewerbsvoraussetzungen sind. Zum Beispiel hat das Panel in *Turkey – Textiles* im Rahmen der Diskussion über die Schadensvermutung von Art. 3.8 DSU folgendes erklärt: „Rather, at minimum, the question is whether exports have been what they would otherwise have been, were there no WTO incompatible quantitative restrictions against imports“. ¹⁴⁴ In *Korea – Dairy Products* hat das Panel betont, dass wirtschaftliche Interessen keine Voraussetzung für die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens seien. ¹⁴⁵

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Die zitierten Berichte der GATT-Entscheidungspraxis zeigen, dass obwohl der Begriff *competitive opportunities* nicht benutzt wurde, aus heutiger Sicht rekonstruiert werden kann, dass er als geschütztes Rechtsgut des in verschiedenen Normen des GATT 1947 präsenten Diskriminierungsverbotes anerkannt wurde. Diesen Gedanken hat die Entscheidungspraxis der WTO für das GATT 1994 übernommen. Das führt zum Schluss, dass im WTO-Recht der Verursacher für die widerrechtliche Verletzung des Diskriminierungsverbotes haftet, wenn er dadurch *competitive opportunities* (das geschützte Rechtsgut) des Opfers verletzt. Dabei können diese Wettbewerbsvoraussetzungen in Anlehnung an das Bericht *US – Superfund* folgendermaßen definiert werden: bei Verstößen gegen das Inländerprinzip als die verhältnismäßige Wettbewerbsfähigkeit der Importe verglichen mit der nationalen Ware, bei Verstößen gegen das Meistbegünstigungsprinzip als die verhältnismäßige Wettbewerbsfähigkeit der Importe aus verschiedenen Ländern.

¹⁴⁴ *Turkey – Textiles (Panel)*, Abs. 9.204.

¹⁴⁵ *Korea – Dairy Products (Panel)*, Abs. 7.13.

3.2 Der Schadensbegriff: Die Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen

Das DSU (wie auch Art. XXIII das GATT) definiert und benutzt nicht den Begriff des Schadens, sondern spricht von Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen, z.B. in Art. 3, 22 und 23 DSU. Es wird aber auch nicht definiert, was darunter verstanden werden soll. Lediglich Art. 3.8 DSU umschreibt „Zunichtemachung oder Schmälerung“ mit den Worten „nachteilige Auswirkung“, was seinerseits eine Verwandtschaft mit dem juristischen Begriff des Schadens aufweist. Der Kontext des WTO-Rechts kann bei der Erarbeitung dieses Begriffes weiter hilfreich sein.

Das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation vom 15. April 1994 nennt in den ersten beiden Absätzen seiner Einführung u.a. als Ziele der WTO: Erhöhung des Lebensstandards, Sicherung der Vollbeschäftigung und Beteiligung der Entwicklungsländer am Wachstum des internationalen Handels. Der dritte Absatz nennt das Mittel zur Verwirklichung dieser Ziele: Der Abschluss von Übereinkünften, die auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen auf einen wesentlichen Abbau der Handelschranken sowie auf die Beseitigung der Diskriminierung in den internationalen Handelsbeziehungen abzielen. Die WTO kann also als eine internationale Organisation verstanden werden, die auf Übereinkünfte zurückgreift (welche auf Gegenseitigkeit und gemeinsamen Nutzen basieren), um ihre unmittelbaren Ziele (Handelsschranken abzubauen und Diskriminierung zu beseitigen) und mittelbaren Ziele (aufgezählt in den ersten beiden Absätzen der Einführung) zu erreichen. Diese Übereinkünfte (*arrangements*) bestehen aus sämtlichen Übereinkommen und Abkommen (*agreements*) (WTO-Übereinkommen, GATT 1994, Anti-Dumping-Übereinkommen, GATS, usw.) und auch Zugeständnissen (*concessions*) zwischen den Vertragsparteien.

Hält ein WTO-Mitglied eine Übereinkunft nicht ein, so vernichtet er hierdurch die Vorteile, die diese Übereinkunft den anderen Mitgliedern beschert hatte. Die Gegenseitigkeit und der gemeinsame Nutzen werden gebrochen. Das ist die Bedeutung des Begriffes der Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen. Somit scheint es angemessen zu sein, den Schaden nach dem

WTO-Übereinkommen rein formal zu definieren als das Vernichten der den anderen Mitgliedern zustehenden Vorteilen, welches ein Mitglied durch das Nichteinhalten einer im Rahmen des WTO-Rechts eingegangenen Übereinkunft verursacht. Dabei sollte erstens im Auge behalten werden, dass dieses Vernichten sowohl tatsächlich eintreten kann als auch laut Art 3.8 DSU vermutet werden kann. Zweitens besteht unter Art. XXIII GATT 1947 die Möglichkeit, dass der Schaden verursacht wird durch die Nichterfüllung einer GATT-Verpflichtung, durch eine getroffene, jedoch nicht unbedingt gegen das GATT verstoßende Maßnahme oder durch irgendeine andere Sachlage.¹⁴⁶

Weil die Gegenseitigkeit nicht eingehalten wurde, muss sie wieder hergestellt werden. Dies wird durch Sanktionen erreicht, die entweder zur Wiederherstellung des Zustandes vor dem Bruch führen sollen (*to induce compliance*) oder in der neuen Lage nach dem Bruch eine neue Gegenseitigkeit schaffen sollen (*rebalancing of concessions*).

In den Panel- und Berufungsverfahren werden die Rollen des Opfers und des Nichtbeteiligten (man könnte auch sagen: des direkten Opfers und des systemischen Opfers) nicht klar unterschieden, denn der Beschwerdeführer muss nicht unbedingt einen tatsächlichen Schaden erlitten haben, um ein Panelverfahren einzuleiten (siehe 3.1). Dagegen wird in den Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU genau zwischen Opfer und Nichtbeteiligter differenziert, denn nur das Opfer darf die Einfuhr von Sanktionen beantragen (siehe 4.9).

Was den Zeitpunkt betrifft, erkennt die Entscheidungspraxis den Schaden *ex nunc* an (ab der Umsetzungsfrist gem. Art. 21.3 DSU) (siehe 1.5). Nur ausnahmsweise wurde der Schaden *ex tunc* berücksichtigt, nämlich in *Australia – Automotive Leather II* (Art. 21.5).¹⁴⁷ Ob in *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6) und *US – FSC* (Art. 22.6) auch der Schaden rückwirkend angerechnet wurde, ist umstritten.¹⁴⁸ Fest steht aber, dass der Ausschluss des vergangenen Schadens einen perversen Anreiz anbietet, denn die baldige Rücknahme der rechtswidrigen Maßnahme wird bestraft und Beschwerdegegner, die auf Zeit spielen, werden belohnt. Dies führt ferner zu dem, was als eine

¹⁴⁶ Siehe auch Fukunaga, S. 389-395.

¹⁴⁷ *Australia – Automotive Leather II* (Art. 21.5), Abs. 6.27-6.42.

¹⁴⁸ Pro: Schropp, Fußnote 13; Contra: Goh & Ziegler, S. 548-549.

drei- bis fünfjährige *de facto* Ausnahmeregelung zu Gunsten des Beschwerdegegners bezeichnet worden ist¹⁴⁹ und einer der wichtigsten Gründe zur Reform des WTO-Streitbeilegungsprozesses ist. Die Mitglieder haben dieses Problem auch thematisiert.¹⁵⁰ In *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton* wurde sogar ein einmaliger Schaden nicht in Betracht gezogen, der nach Ablauf der in Art. 21.3 DSU festgelegten Umsetzungsfrist stattgefunden hatte (siehe 5.3.2.4), was das Problem noch weiter verschärfte.

Die Entscheidung über den einmaligen Schaden in *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6) legt auch einen anderen wichtigen Aspekt dar, nämlich dass sich der Schaden bis in die Gegenwart erstrecken muss und der Schaden sonst nicht berücksichtigt wird. (Bown & Pauwelyn sprechen über die Voraussetzung eines fortdauernden Verstoßes, doch diese Ausdrucksweise ist nicht präzise, weil sie die Nichtverletzungs- und Situationsbeschwerden ausschließt).¹⁵¹

Zuletzt sei noch kurz auf die eben erwähnte Gegenseitigkeit (*reciprocity*) eingegangen. Aus einer wirtschaftlichen Perspektive ist die Forderung nach Gegenseitigkeit beim Abbau der Handelshemmnisse überflüssig, da auch eine einseitige Liberalisierung vorteilhaft ist. Für die Mitglieder spielt dieses Kriterium dennoch eine wichtige politische Rolle bei den Verhandlungen über den Abbau ihrer Handelshemmnisse:¹⁵² „As is the case with the whole concept of mutually advantageous trade relationships, this way of thinking is deeply rooted in a mercantilistic view of world trade; while economists have bid farewell to this approach, it is still *de rigueur* for policy-makers and undoubtedly remains firmly engrained in WTO law“.¹⁵³ Des weiteren ist nicht zu vergessen, dass Art. XXXVI.8 GATT und Absatz 5 der Ermächtigungsklausel¹⁵⁴ das Prinzip der Gegenseitigkeit zwischen Industrienationen und Entwicklungsländern aufgehen haben. Deshalb ist erstaunlich, dass die Aussetzungsschiedsrichter auch in Streitfällen zwischen Industrienationen und Entwicklungsländern von einer

¹⁴⁹ WTO (2003a), Abs. 23-24.

¹⁵⁰ O'Connor, S. 264; Mercurio, S. 843-844; Zimmermann (2004), S. 153.

¹⁵¹ Bown & Pauwelyn, S. 1.

¹⁵² Jackson (1997a), S. 147.

¹⁵³ Hahn S. 322.

¹⁵⁴ *Enabling clause*, beschlossen am 28. November 1979 im Rahmen der Tokio-Runde des GATT (L/4903, BISD 26S/203).

Gegenseitigkeit ausgegangen sind, statt sie zu hinterfragen oder zumindest zu thematisieren.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden: Der Schaden im Rahmen des WTO-Rechts und besonders des GATT 1994 kann begriffen werden als das (tatsächlich eingetretene oder nach Art 3.8 DSU vermutete) Vernichten der den Mitgliedern zustehenden Vorteile, welches laut Art. XXIII GATT 1947 verursacht wurde erstens durch das Nichteinhalten einer im Rahmen des WTO-Rechts eingegangenen Übereinkunft, zweitens durch eine getroffene, jedoch nicht unbedingt gegen das GATT verstoßende Maßnahme oder drittens durch irgendeine andere Sachlage.

3.3 Direkter und indirekter Schaden

Im Zivilrecht wird der mittelbare Schaden ersetzt, wenn er vom Schutzzweck der Anspruchsgrundlage gedeckt wird.¹⁵⁵ Im Völkerrecht wird grundsätzlich nur der direkte Schaden ersetzt (*Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission, Art. 31 Anm. 10, Art. 34 Anm. 5).

Der Begriff der Un- bzw. Mittelbarkeit des Schadens basiert auf der Beziehung des Schadens zur Rechtgutverletzung: Der unmittelbare Schaden liegt in der Rechtgutverletzung selbst. Den mittelbaren Schaden bilden die Folgeschäden, die aus der Rechtgutverletzung entstehen. Um den unmittelbaren und den mittelbaren Schaden i.S.d. WTO-Rechts zu definieren, muss deshalb das von der Norm geschützte Rechtsgut eingegrenzt werden.

Das vom im GATT 1947 verankerten Diskriminierungsverbot geschützte Rechtsgut sind (laut der GATT- und WTO-Entscheidungspraxis) die Wettbewerbsvoraussetzungen oder *competitive opportunities* (siehe 3.2). Anhand dieses geschützten Rechtsgutes kann nun der Unterschied zwischen dem mittelbaren und dem unmittelbaren Schaden ausgearbeitet werden. Der Schaden, der aus der Verletzung des Rechtsgutes *competitive opportunities* besteht, ist demnach direkt. Folgeschäden der Verletzung von *competitive opportunities* sind indirekt.

¹⁵⁵ Schellhammer, Rn 1268.

Im WTO-Recht gilt, dass der Schädiger grundsätzlich sowohl für den direkten als auch für den indirekten Schaden haftet, denn Art. XXIII.1 GATT 1947 und Art. 3.3 DSU¹⁵⁶ schützen ausdrücklich unmittelbare und mittelbare Vorteile. Daraus folgt, dass die Aussetzung i.S.d. Art. 22.4 DSU der Summe aus unmittelbar und mittelbar zunichte gemachten Vorteilen entsprechen soll.

Wie lautet hierzu die Rechtsprechung in Verfahren nach Art. 22.6 DSU? Die Aussetzungsschiedsrichter haben beide Schadensarten eher kasuistisch behandelt. Was den direkten Schaden betrifft, haben sie bis jetzt drei Typen eingegrenzt.

Der direkte Schaden kann sich erstens als verlorengegangene Exportchancen ausdrücken.¹⁵⁷ Dabei maßen die Streitbeilegungsorgane den Schadensumfang (und parallel dazu auch den Sanktionsumfang) anhand der verringerten Handelsströme (genauer: Exportströme). Howse & Staiger argumentieren, dass der Begriff der verringerten Handelsströme mehrdeutig ist und haben die Bemessung des Schadens- und Sanktionsumfangs anhand der Wohlfahrts-effekte im Kontext von *US – 1916 Act (Art. 22.6)* untersucht.¹⁵⁸ Spamann weist auch darauf hin, dass aus dem Blickwinkel der *terms of trade* das Kriterium der Handelsströme in Fällen über Zölle oder mengenmäßige Einfuhreinschränkungen durchaus sinnvoll sein kann.¹⁵⁹ Das Problem ist aber, dass die Argumentation der *terms of trade* einen begrenzten Anwendungsbereich hat (siehe 1.3).

Der direkte Schaden kann zweitens auch aus rechtswidrigen Auszahlungen bestehen, wie der ausgezahlte Umfang an verbotenen oder anfechtbaren Subventionen¹⁶⁰ oder Zahlungen im Rahmen rechtswidriger Anti-Dumping-Maßnahmen¹⁶¹, wobei im Fall von Subventionen der direkte Schaden auch aus dem Effekt der verbotenen Subventionen auf die Handelsströme bestehen

¹⁵⁶ Die historische Quelle von Art. 3.3 DSU liegt im ersten Absatz der Einführung von der *Decision of 5 April 1966 on Procedures under Article XXIII* (BISD 14S/18) des GATT.

¹⁵⁷ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6 - EC)*, Abs. 7.1; *EC – Hormones (US) (Art. 22.6)*, Abs. 38; *EC – Hormones (Canada) (Art. 22.6)*, Abs. 37; *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.184-3.189.

¹⁵⁸ Howse & Staiger S. 300-303.

¹⁵⁹ Spamann, S. 41-42, 47-48, siehe auch S. 36-39.

¹⁶⁰ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.66; *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 6.23, 6.31; *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.85; *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s222; *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 6.1; *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 6.1.

¹⁶¹ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 7.7.

kann.¹⁶² In manchen Fällen sind den Mitgliedern rechtswidrige Auszahlungen bis zu einer gewissen Schwelle zuzumuten (siehe etwa die *de minimis* Dumpingspanne in Art. 3.3, 5.8 und 9.4 des Antidumpingübereinkommens und die in Art. 6.3 (c) des SCM-Übereinkommens erforderte Erheblichkeit des Schadens); für die Berechnung der Aussetzungen ist jedoch zu beachten, dass sie dem gesamten und nicht nur dem unzumutbaren Umfang entsprechen sollen.¹⁶³

Drittens kann der direkte Schaden aus einem Verstoß gegen das TRIPS-Übereinkommen bestehen, wie z.B. fehlende Geldüberweisungen wegen mangelnder Umsetzung der im geistigen Eigentum wurzelnden Pflichten.¹⁶⁴

Dies sind die drei Arten von direktem Schaden, die in der Entscheidungspraxis bis jetzt anerkannt wurden.

Die Thematik des indirekten Schadens hat sich oft als komplexer als die des direkten Schadens erwiesen und ist besonders in vier Fällen erörtert worden, und zwar im Bananenfall, in *US – Copyright Act*, in *US – 1916 Act* und in *US – Gambling*. Besonders im ersten und im dritten Fall haben sich die Schiedsrichter relativ intensiv mit der Materie auseinandergesetzt.

In *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6) wurde die Frage nach der Wertung des indirekten Schadens folgendermaßen behandelt: Die EG vertraten die Ansicht, die gerügte Maßnahme würde den USA praktisch keinen Schaden bezüglich des Warenhandels zufügen, denn die USA würden tatsächlich keine Bananen in die EG exportieren und besäßen auch über kein Potential dazu.¹⁶⁵ Die Antwort der USA lief zweigleisig: Der erlittene Schaden in punkto Warenhandel bestünde aus verringerte Exporte von in den USA hergestellten und in der lateinamerikanischen Bananenproduktion eingesetzten Materialien und aus der Einbuße von *competitive opportunities*. (Die Frage nach dem Schaden im Rahmen des Dienstleistungshandels wurde separat erörtert).¹⁶⁶ Die Schiedsrichter entschieden die Frage mit einem Rückgriff auf die Herkunftsregeln und

¹⁶² *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 6.33, 6.34; *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.2, 4.278; *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.2, 4.193.

¹⁶³ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.93-4.107.

¹⁶⁴ *US – Copyright Act* (Art. 25.3), Abs. 4.10.

¹⁶⁵ *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.8.

¹⁶⁶ *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.20-6.26.

auf die Kategorie des indirekten Schadens.¹⁶⁷

Die erste Schiene, auf der die Antwort der USA verlief, bezog sich auf die in der Bananenproduktion eingesetzten Materialien (z.B. Dünger, Pestizide, Maschinen, Verpackung, usw.), die aus den USA exportiert wurden nach Ländern, die ihrerseits Bananen in die EG exportieren. Da der Bananenexport aus bestimmten lateinamerikanischen Ländern unter der rechtswidrigen Maßnahme der EG litt, importierten diese Länder auch weniger Materialien aus den USA. Die USA argumentierten, dieser verringerte Export an Materialien an die Bananenhersteller sei als Schaden der USA zu betrachten.¹⁶⁸

Die Schiedsrichter verneinten dies¹⁶⁹ um die Vereinbarkeit der Entscheidung mit dem WTO-Übereinkommen über Herkunftslandregeln zu gewährleisten.¹⁷⁰ Das Bananen exportierende Mitglied könne den Wert sämtlicher Rohstoffe im Endwert der Bananen als Schaden geltend machen.¹⁷¹ Würden die Schiedsrichter anders entscheiden, so würden manche Schäden zweifach gezählt, nämlich einerseits als der Wert der Rohstoffe und andererseits als ein Teil des Wertes des Endproduktes.¹⁷² Eine solche doppelte Zählung des Schadens würde gegen den im Art. 22.4 und 22.7 DSU verankerten Grundsatz der Gleichwertigkeit zwischen Schaden und Sanktion und gegen das völkerrechtliche Prinzip der Proportionalität der Gegenmaßnahmen verstoßen.¹⁷³ Die Schiedsrichter räumten ein, dieser Entschluss könne willkürlich erscheinen, denn durch die Globalisierung bestünden Endprodukte sehr oft aus in aller Welt hergestellten Halbfabrikaten.¹⁷⁴ Es sei dahingestellt, ob dieser Entschluss willkürlich ist, er ist aber wirtschaftlich nachvollziehbar, denn aus dem selben Grund der Vermeidung einer doppelten Zählung, werden ja etwa auch bei der Berechnung des Bruttoinlandproduktes Rohstoffe und Halbfabrikate nicht gezählt, sondern nur Endprodukte (und Enddienstleistungen). Außerdem verein-

¹⁶⁷ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.8. Eigentlich haben die Schiedsrichter von den direkten oder indirekten Vorteilen gesprochen. Der Kontext ist jedoch die Diskussion der zunichte gemachten oder geschmälerten direkten oder indirekten Vorteile.

¹⁶⁸ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.6.

¹⁶⁹ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.12.

¹⁷⁰ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.13.

¹⁷¹ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.14.

¹⁷² *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.15.

¹⁷³ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.16. Siehe auch Mitchell (2006a), S. 999-1000.

¹⁷⁴ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.18.

facht dieser Ansatz erheblich die Schadensberechnung, denn offensichtlich wäre es wesentlich aufwendiger, die Endprodukte in ihre Einzelkomponenten aufzuteilen, um die geschmäleren Vorteile im Sinne des Art. 22.4 DSU zu ermitteln. Wie dem auch sei, nur der Wert der Endprodukte wurde in die Berechnung des Schadens einbezogen. Die Schiedsrichter begründeten ihren zugegebenermaßen plausiblen Schritt wegen seiner praktischen Vorteile versäumten, jedoch leider, direkte und indirekte Schäden abzugrenzen. Sie trafen eine konkrete Aussage in dem Sinne, dass Exporte der USA an dritte Mitglieder nicht mal als indirekter Schaden zu bezeichnen seien¹⁷⁵, gaben aber dafür weder Gründe noch Kriterien an. Es bleibt also ungeklärt, was die Schiedsrichter unter dem Begriff des indirekten Schadens eigentlich verstanden.

Als zweite Schiene beriefen sich die USA auf die in 3.1 geschilderte Diskussion des Panels und des Berufungsgremiums über das Interesse am Streitfall und der Beschwerdebefugnis.¹⁷⁶ Anders gesagt: Die USA beriefen sich auf die Feststellungen des Panels und des Berufungsgremiums erstens der Einbuße von *competitive opportunities* (d.h., des potentiellen Exports) und zweitens der Effekte auf dem Weltmarkt und den nationalen Bananenmarkt. Auch darin, so die USA, bestünde der erlittene Schaden in punkto Warenhandel.

Daraufhin wiesen die Schiedsrichter auf den Begriff des (sowohl direkten als auch indirekten) Schadens hin.¹⁷⁷ Die nächsten Schritte der Argumentation sind zunehmend unklar. Zuerst wiederholten die Schiedsrichter, dass den USA im Panelverfahren die Beschwerdebefugnis anerkannt worden war.¹⁷⁸ Dann erklärten sie, die Schadensvermutung des Art. 3.8 DSU befreie nicht von der Beweislast des Schadens in Verfahren nach Art. 22.6 DSU (siehe 3.4).¹⁷⁹ Als nächstes stellten sie fest, dass in der Entscheidungspraxis des GATT der Schutzzweck des Diskriminierungsverbots als der Schutz von *competitive opportunities* und die Gewährleistung der Chancengleichheit zwischen Nationalprodukten und Importen definiert wurde.¹⁸⁰ Welche Schlussfolgerungen haben

¹⁷⁵ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.12.

¹⁷⁶ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.8.

¹⁷⁷ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.8.

¹⁷⁸ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.9.

¹⁷⁹ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.10.

¹⁸⁰ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.11.

die Schiedsrichter aus dieser Argumentation gezogen? Erstaunlicherweise eigentlich keine. Welche Rolle spielen *competitive opportunities*? Was geschieht mit den Auswirkungen der europäischen rechtswidrigen Maßnahme auf den internen Markt der USA und auf den Weltmarkt? Es bleiben nur offene Fragen.

Es ist fraglich, ob die von den Schiedsrichtern durchgeführte Verbindung der Wettbewerbsvoraussetzungen und der indirekten Schäden¹⁸¹ sinnvoll ist. Der Unterschied zwischen direkten und indirekten Schäden beruht auf der Unmittelbarkeit oder Mittelbarkeit des Kausalitätszusammenhanges zwischen Rechtsgutverletzung und Schaden. Die Untergrabung des potentiellen Exportes (d.h., *competitive opportunities*) ist dagegen eher eine Frage, ob und inwiefern der Schaden tatsächlich eingetreten ist (siehe 5.2.2.1), was auf die Frage des (mangelnden) Beweises hinausläuft. Die Anrechnung der *competitive opportunities* würde eine Auffassung des Schadens bedeuten, die nicht nur eine Verringerung des Ist-Wertes der Exporte, sondern auch eine Verringerung des Soll-Wertes der Exporte einbeziehen würde. Also: exportieren die USA nicht, weil die rechtswidrige Maßnahme der EG den Exportimpuls der USA schon im Keim erstickt? Wären die USA in einem rechtskonformen Szenario tatsächlich in der Lage, Bananen in die EG zu exportieren und würden sie es dann auch tatsächlich tun? Ein Schadensbegriff, der selbst diese potentiellen Exporte umfasste, würde zu der Frage führen, wieso diese im Prinzip möglichen Exporte letztendlich doch nicht getätigt worden sind. Diese Schäden zu beweisen, dürfte normalerweise äußerst schwer sein. Es bleibt unklar, wieso die Schiedsrichter die Frage der untergrabenen Wettbewerbsvoraussetzungen mit den indirekten Schäden statt mit der Beweislast verbunden haben. Man könnte die Vermutung aufstellen, dass sie vielleicht die Frage des Beweises vermeiden wollten, um nicht den Eindruck zu erwecken, dass sie den USA eine unmöglich zu bewältigenden Beweislast auferlegen wollten.

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Schiedsrichter in *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)* den Schaden ausschließlich anhand des Wertes der Endprodukte ermittelten. Des weiteren äußerten sie sich nicht zufried-

¹⁸¹ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.8.

denstellend bezüglich der Einbuße an Wettbewerbsvoraussetzungen und bezüglich der Auswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme auf die Bananenmärkte der Welt und der USA. Somit ließen sie die Möglichkeit verstreichen, die im WTO-Recht verankerte Haftung für direkte und indirekte Schäden (Art. XXIII.1 GATT 1947, Art. 3.3 DSU, Art. 22.4 DSU) zu präzisieren. Doch es geht nicht nur darum, sondern auch um die grundlegende Frage, wie weit in diesem Aspekt die Durchsetzung des WTO-Rechts reichen soll.

Auch in *US – Copyright Act (Art. 22.6)* wurde das Thema des indirekten oder potentiellen Schadens angesprochen. Darunter wurde in diesem Fall der Schaden verstanden, der entsteht, wenn aufgrund einer WTO-rechtswidrigen Norm wirtschaftliche Akteure auf Substitutionsgüter ausweichen – in diesem Fall Gaststätten und ähnliche Betriebe in den USA, die auf Musik aus Tonträgern verzichteten und durch Musik aus dem Rundfunk ersetzen, weil durch Letztere die Zahlung urheberrechtbezogener Gebühren umgangen werden kann.¹⁸² Es ist fraglich, ob die Bezeichnung dieses Schadens als „indirekt oder potentiell“ zutreffend ist. Erstens scheint der Kausalitätszusammenhang zwischen der Rechtswidrigkeit und diesem Schaden eher direkt statt indirekt zu sein. Auch unklar ist zweitens, wieso der Schaden als potentiell einzustufen sei, was jedoch vermutlich auf die im Panelverfahren von den Parteien benutzte Terminologie zurückzuführen ist.¹⁸³ Wie dem auch sei, die Aussetzungsschiedsrichter haben sich letztendlich nicht weiter mit dem indirekten Schaden befasst, denn die EG als beschwerdeführende Partei hat wegen mangelnder Beweise auf die Einbeziehung dieses Schadens verzichtet.¹⁸⁴

Der nächste Fall, in dem das Thema des indirekten Schadens behandelt wurde, ist *US – 1916 Act (Art. 22.6)*. Die EG als beschwerdeführende Partei wies darauf hin, dass die Zunichtemachung oder Schmälerung aus direkten und indirekten Schäden bestünde. Dabei hat die EG den Begriff des direkten Schadens mit verringerten Handelsströmen und mit reduzierten Exporten, den Begriff des indirekten Schadens mit finanziellen Verlusten und der Abschreckungswirkung (*chilling effect*) der rechtswidrigen Maßnahme in Verbindung ge-

¹⁸² *US – Copyright Act (Panel)*, Abs. 6.127, 6.240, 6.241.

¹⁸³ Z.B. *US – Copyright Act (Panel)*, Abs. 6.100, 6.101.

¹⁸⁴ *US – Copyright Act (Art. 22.6)*, Abs. 4.25-4.32.

bracht.¹⁸⁵

Als erstes fällt auf, dass die Entscheidung im Rahmen der indirekten Schäden die finanziellen Verluste nicht behandelt. Lediglich eine Art von Ausgaben wurde diskutiert, nämlich die Prozesskosten, wobei fraglich sein könnte, ob diese in die Rubrik der finanziellen Ausgaben passen. Ob nun die Aussetzungsschiedsrichter sie als finanzielle Verluste eingeordnet haben oder nicht, ist aber im Rahmen dieser Arbeit nicht relevant. Unklar ist auch, ob die Parteien und die Schiedsrichter diese Kosten als direkten oder indirekten Schaden klassifiziert haben. Wie dem auch sei, sie wurden unter *US – 1916 Act (Art. 22.6)* thematisiert.¹⁸⁶ Die Schiedsrichter waren letztendlich der Auffassung, dass wegen mangelnder Rechtgrundlage, mangelnder Entscheidungspraxis und mangelnder Beweise dieser Anspruch zurückgewiesen werden musste.

Nun zur Abschreckungswirkung und ihrem Einschüchterungseffekt, die von der EG als besonders schädlich eingestuft wurden. Die Argumentation der EG, dass durch die gerügte Maßnahme das Risiko für europäische Unternehmen gestiegen sei und sich deshalb einige vom US-Markt zurückgezogen hätten¹⁸⁷, ist intuitiv plausibel. Die Schiedsrichter weigerten sich aber aus zwei Gründen, die Abschreckungswirkung als Schaden anzuerkennen:

Zuerst einmal sei eine solche Wirkung „too speculative, and too remote“.¹⁸⁸ Diese Formulierung ist zwar nicht eindeutig, ist aber wahrscheinlich ein Verweis auf einen zu schwachen Kausalitätszusammenhang. Die Begründung der Schiedsrichter ist aber m.E. wenig sinnvoll. Analog könnte man den Schiedsrichtern mit Beispielen aus dem deutschen Recht widersprechen: §123 BGB geht davon aus, dass ein direkter Kausalitätszusammenhang zwischen widerrechtlicher Drohung und anfechtbaren Willenserklärung, §240 StGB zwischen Nötigung und Einschränkung der Freiheit des Opfers besteht. So sind auch für die wirtschaftlichen Akteure die Vorsehbarkeit und die Sicherheit äußerst wichtig, was auch in Art. 3.2 Satz 1 DSU anerkannt wird. Obwohl in die-

¹⁸⁵ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.47, 5.52.

¹⁸⁶ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.73-5.78.

¹⁸⁷ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.64-5.67.

¹⁸⁸ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.69.

sem konkreten Streitfall eine Abschreckungswirkung als unwahrscheinlich eingeschätzt worden ist¹⁸⁹, kann allgemein für viele Firmen der Einschüchterungseffekt sicherlich die direkte Ursache des Entschlusses sein, nicht in einen Markt zu exportieren. Die Abschreckungswirkung sollte m.E. nicht prinzipiell abgewiesen werden, da sie unter Umständen einen recht großen Einfluss auf die Wettbewerbsvoraussetzungen haben könnte. So wurde es auch in *US – Section 301 Trade Act (Panel)* erkannt.¹⁹⁰

Zweitens argumentierten die Aussetzungsschiedsrichter (und die Streitparteien pflichteten ihnen bei), das die Quantifizierung der Abschreckungswirkung in diesem Fall nicht möglich sei.¹⁹¹ Da die Schiedsrichter an die Grenzen der Beweisbarkeit stießen, haben sie die Abschreckungswirkung nicht in die Berechnung des Schadens einbezogen.¹⁹² In diesem Fall war die mangelnde Quantifizierung im Endeffekt in der Praxis nicht sehr folgenreich, weil die EG als Gegenmaßnahme eine Regelung einführen wollte, die analog zu den rechtswidrigen Maßnahmen des Beschwerdegegners (die USA) sein würde, und somit zu erwarten war, dass die gerügte Maßnahme und die Gegenmaßnahme ähnliche Abschreckungswirkungen entfalten würden¹⁹³, womit dem Art. 22.4 DSU gedient gewesen wäre.

In einem anderen Fall, *US – Gambling (Art. 22.6)*, wurde erörtert, ob die rechtswidrige Maßnahme (die Verringerung des Dienstleistungsexports von Fernwetten für Pferderennen) folgende indirekte Schäden für den Beschwerdeführer verursachen könnte: Verluste in anderen Bereichen der Volkswirtschaft, niedrigeres Einkommen und geringere Staatseinnahmen.¹⁹⁴ Die Schiedsrichter sind dieser Frage offensichtlich ausgewichen und haben einfach festgestellt, dass der Beschwerdeführer behauptet hatte, diese Dienstleistungen hätten kaum Auswirkungen auf das Bruttoinlandsprodukt. Deshalb würde der Beschwerdeführer durch die Einbeziehung der indirekten Schäden seiner eigenen Aussagen widersprechen. Weiter wurde das Thema leider nicht behandelt.

¹⁸⁹ Howse & Staiger, S. 312.

¹⁹⁰ *US – Section 301 Trade Act*, Abs. 7.81-7.92.

¹⁹¹ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.69-5.72.

¹⁹² *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.79.

¹⁹³ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 2.7, Fußnote 74; Fukunaga, S. 423-425.

¹⁹⁴ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.119-3.123.

Als Zwischenergebnis dieses Abschnitts über den direkten und den indirekten Schaden kann erstens hervorgehoben werden, dass die Parteien und die Schiedsrichter recht oft an die Grenzen der Beweisbarkeit stoßen.

Außerdem kann festgestellt werden, dass die Schiedsrichter diese Problematik eher unsystematisch bearbeitet haben und deshalb viele grundlegende Fragen offen bleiben, wie etwa die Abgrenzung zwischen direktem und indirektem Schaden.

Drittens kann auf ein Spannungsverhältnis hingewiesen werden, wenn es um die Abschreckungswirkung geht. Einerseits sollen laut Art. XXIII.1 GATT 1947, Art. 3.3 DSU und Art. 22.4 DSU die Aussetzungen den direkten und den indirekten Schäden entsprechen. Andererseits stehen die Schiedsrichter oft vor Beweisproblemen oder sie vermeiden mehr oder minder explizit die Einbeziehung dieser Schäden, damit das Sanktionssystem der WTO nicht durch zu hohe Aussetzungen aus dem Ruder läuft. In dieser Hinsicht ist hervorzuheben, dass die Schiedsrichter in *US – Copyright Act (Art. 22.6)* und in *US – 1916 Act (Art. 22.6)* sagten, sie wollten Spekulationen vermeiden und eine konservative Berechnung (i.S. eines niedrigen Wertes) des Schadens bevorzugen.¹⁹⁵ Die Frage ist natürlich, auf Grund welcher Rechtsgrundlage sie diesen Interpretationsgrundsatz entwickelt haben. Meines Erachtens bietet keine Norm des WTO-Rechts eine passende Rechtsgrundlage. Im Gegenteil, sie widerspricht den oben genannten Normen des GATT 1947 und des DSU, die eine Entsprechung vom Umfang des gesamten Schadens und der Aussetzungen fordern. Die beschwerdeführende Partei hat demnach ein Recht darauf, dass auch der mittelbare Schaden mitberechnet wird. Die Aussetzungsschiedsrichter haben allem Anschein nach bei der Entwicklung der Entscheidungspraxis über die indirekten Schäden eher systemische Aspekte berücksichtigt, wie etwa die Folgen für die politischen Legitimität der WTO-Streitbeilegung und den Begriff der indirekten Schäden eng ausgelegt, auch wenn es meines Erachtens dem WTO-Recht widerspricht.

¹⁹⁵ *US – Copyright Act (Art. 22.6)*, Abs. 4.25-4.32; *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.54.

3.4 Schadensvermutung (Art. 3.8 DSU)

Schon zur Zeit des GATT galt der Begriff der Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen (*nullification or impairment of benefits*) als Voraussetzung der Beschwerde (Art. XXIII.1, 1. Halbsatz, GATT 1947).¹⁹⁶ Dieser Begriff ist bis heute noch im WTO-Recht gültig, wenngleich er heutzutage während der Streitverfahren selten im Mittelpunkt der Argumentationen steht. Der Grund, wieso er eher im Hintergrund bleibt, liegt in der historischen Entwicklung der Entscheidungspraxis schon zu Zeiten des GATT.¹⁹⁷ Anfang der sechziger Jahre setzte sich allmählich die Interpretation durch, dass schon alleine ein Verstoß gegen das Recht des GATT 1947 die Vorteile der anderen Vertragspartei(en) zunichte mache oder beeinträchtige. Die beklagte Partei hatte diese Vermutung zu widerlegen.¹⁹⁸ Während der Tokio Runde, Ende der siebziger Jahre, wurde diese Entwicklung schriftlich festgelegt¹⁹⁹, und kristallisierte sich später während der Uruguay Runde in Art. 3.8 DSU. Für die Umkehrung der Beweislast haben in der Praxis der WTO die Panel und das Berufungsgremium hohe Hürden gesetzt, so dass der Versuch der Widerlegung der Vermutung oft als mehr oder weniger aussichtslos betrachtet werden kann; in der Praxis könnte fast von einer unwiderlegbaren Vermutung die Rede sein.²⁰⁰

Der Begriff der Zunichtemachung oder Schmälerung hat aber für die Bestimmung des Umfangs des Schadens (und demzufolge des erlaubten Umfangs an Aussetzungen) eine wichtige Rolle behalten.²⁰¹ Es wird wie gesagt vermutet, dass ein Verstoß gegen das WTO-Recht eine nachteilige Auswirkung auf andere WTO-Mitglieder hat (*presumption of nullification or impairment*, Art.

¹⁹⁶ Zur GATT-Entscheidungspraxis über dieses Thema, siehe das Urteil des Falles *US – Superfund*, Kap. 5.1, sowie Jackson (1998), S. 334-338.

¹⁹⁷ Ausführlich zur historischen Entwicklung des Begriffes der Zunichtemachung oder Schmälerung, siehe: Jackson, Davey und Sykes, S. 271-289.

¹⁹⁸ Siehe z.B. *Japan – Leather III*, Abs. 44, 46 und 47.

¹⁹⁹ *Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, beschlossen am 28. November 1979 (L/4907, BISD 26S/210), Abs. 5.

²⁰⁰ Um einige WTO-Urteile zu nennen, die sich mit der Auslegung von Art. 3.8 DSU befassen haben: *EC – Bananas (AB)*, Abs. 251-253; *Turkey – Textiles (Panel)*, Abs. 9.204; *Guatemala – Cement II (Panel)*, Abs. 8.25; *Argentina – Ceramic Tiles (Panel)*, Abs. 6.105. Trotz der Schadensvermutung haben die Streitparteien mancher Panel- bzw. Berufungsverfahren Beweise zum Schaden geführt. Des weiteren setzen einige WTO-Rechtsnormen die Feststellung der Auswirkungen der gerügten Maßnahme im Panel- bzw. im Berufungsverfahren voraus, wie z.B. Art. 6.3 des SCM-Übereinkommens. Siehe Keck, Malshevich & Gray, S. 5-6.

²⁰¹ Ferner ist die Zunichtemachung oder Schmälerung von Vorteilen auch in den seltenen Fällen der Nichtverletzungs- und Situationsbeschwerden wichtig.

3.8 DSU). Was bedeutet jedoch diese Vermutung für die Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU? Die Antwort auf diese Frage wurde allmählich von den Schiedsrichtern ausgearbeitet.

Im April 1999 befassten sich die Schiedsrichter des ersten Verfahrens nach Art. 22.6 DSU mit der Frage, wie der tatsächlich erlittene Schaden zu beweisen sei. Die Schiedsrichter beschlossen, dass die tatsächliche Höhe des vermuteten Schadens nicht von der Vermutung des Art. 3.8 DSU erfasst werde: „The *presumption* of nullification or impairment [...] as set forth by Article 3.8 of the DSU cannot in and of itself be taken simultaneously as *evidence* proving a particular level of nullification or impairment allegedly suffered by a Member requesting authorization to suspend concessions under Art. 22 of the DSU [...]”.²⁰² Die Vermutung dient also nicht als eine Umkehrung der Beweislast, so dass der vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Sanktionsumfang vorerst vom Richter angenommen und vom Beschwerdegegner widerlegt werden müsste. Diese Auslegung führt zur Frage, ob die Vermutung von Art. 3.8 DSU überhaupt noch eine Rolle im Verfahren gem. Art. 22.6 spielt. Diese Frage wurde wenig später beantwortet.

Die Schiedsrichter des Hormonfalles haben es im Juli des selben Jahres so ausgedrückt: „Once a panel has found a WTO inconsistency, it can *presume* – pursuant to Article 3.8 of the DSU – that the inconsistency has caused nullification or impairment. [...] A panel does not normally need to further assess the nullification and impairment caused; it can presume its existence. We, in contrast, have to go one step further. We can take it for granted here that the hormone ban is WTO inconsistent. What we have to do is to estimate the nullification and impairment caused by it (and presumed to exist pursuant to Article 3.8 if the DSU)”.²⁰³ So entsteht eine Verbindung zwischen dem Bericht eines Panels oder des Berufungsgremiums, welches den Verstoß feststellt, und der Aussetzungsentscheidung, welche nicht wieder den Verstoß zu prüfen braucht, sondern sich mit dem erlittenen Schaden befasst. Die Schiedsrichter des Falles *Canada – Aircraft II* drückten es so aus: „A panel is requested to establish the

²⁰² *EC – bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.10. Auch das Panel und das Berufungsgremium hatten in diesem Fall die Schadensvermutung untersucht: *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.398, *EC – Bananas (AB)*, Abs. 249-254.

²⁰³ *EC – Hormones* (Art. 22.6), s48.

existence of a violation leading to a presumption of nullification or impairment. An Arbitrator is essentially requested to determine whether the proposed level of countermeasures is appropriate“.²⁰⁴ Dabei dient die Vermutung von Art. 3.8 als Brücke zwischen Panelverfahren und Schiedsverfahren: Das Panel stellt die WTO-Rechtswidrigkeit fest, aus der der Schaden vermutet wird. Diese Schadensvermutung rechtfertigt die Beschwerdebefugnis der beschwerdeführenden Partei für das Aussetzungsschiedsverfahren, dient aber nicht als Beweismittel für den Schadensumfang.

Fast fünf Jahre später, Anfang 2004, haben die USA als beklagte Partei des Falles *US – 1916 Act (Art. 22.6)* folgendermaßen argumentiert: Da die WTO-rechtswidrige Maßnahme nicht angewendet worden sei, habe der Beschwerdeführer (die EC) auch keinen Schaden erleiden können. Die Schiedsrichter antworteten: „We agree with the arbitrators in *EC – Bananas (US) (Article 22.6)* that the *presumption* of nullification or impairment, as provided in Article 3.8 of the DSU, by no means provides evidence of the *level* of nullification or impairment sustained by the Member requesting authorization to suspend obligations. However, the fact that this presumption does not automatically translate to a given level does not mean that the level is "zero." The original Panel determined that the 1916 Act "nullifies and impairs benefits accruing to the European Communities." In light of this conclusion, the level must be something greater than "zero", and it is a contradiction in terms to suggest otherwise“.²⁰⁵ Die Vermutung des Art. 3.8 DSU spielt also im Schiedsverfahren eine Rolle, obwohl sie nicht als Beweismittel dient: Das Panel und evtl. das Berufungsgremium haben einen Verstoß festgestellt und deshalb muss es einen Schaden geben. Die früheren Schiedsrichter hatten die Vermutung von Art. 3.8 DSU nicht in Verfahren laut Art. 22.6 DSU zugelassen. Die Richter dieses Falles haben abweichend davon der Vermutung einen Platz eingeräumt: Sie lautet, dass ein Verstoß immer einen Schaden anrichtet. Sie haben Art. 3.8 DSU also nicht als nur eine Rechtfertigung der Beschwerdebefugnis für Aussetzungsschiedsverfahren ausgelegt, auch nicht als eine Beweislastumkehr des Schadensumfangs, sondern als unwiderlegliche Vermutung der Existenz eines

²⁰⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.54.

²⁰⁵ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.50.

Schadens („the level *must be* something greater than "zero"“, Kursiv hinzugefügt). Damit aber haben sie sich selber eine Falle gestellt. Sie hätten nämlich Art. 3.8 DSU als Rechtfertigung der Beschwerdebefugnis gelten lassen, oder, wenn überhaupt, ihn als widerlegliche Vermutung der Existenz eines Schadens deuten können. Sie hätten auch zwischen normativem und faktischem Vorhandensein des Schadens unterscheiden können. Und so stolperten die Schiedsrichter über ihre eigene Aussage als sie letztendlich der Argumentation der USA zustimmten und sich selber widersprachen: Sie entschieden, dass bis dato die EC trotz des Verstoßes keinen Schaden erlitten hatte (dabei räumten sie aber der EC das Recht ein, bei zukünftigen Verstößen Sanktionen einführen zu dürfen). Anders formuliert: Laut den Schiedsrichtern verursacht jede WTO-rechtswidrige Handlung einen Schaden. Sobald aber die Zunichtemachung quantitativ bemessen werden musste, mussten sie feststellen, dass kein Schaden eingetreten war und somit konnten sie auch keine Sanktionen auferlegen. Diese wenig elegante Lösung hätte möglicherweise mindestens auf zwei Weisen vermieden werden können.

Eine erste (zugegebenermaßen auch wenig elegante) Lösung hätte sein können, die von der EC vorgeführten indirekten Schäden der Abschreckungswirkung (*chilling effect* oder *deterrent effect*)²⁰⁶ oder die Prozesskosten²⁰⁷ in die Berechnung miteinzubeziehen: Somit hätten die Schiedsrichter Schaden festgestellt und den Widerspruch mit ihrer Auslegung von Art. 3.8 DSU vermieden. Diese Lösung wäre aber auch riskant gewesen, weil sie Tür und Tor für die indirekten Schäden in den WTO-Schiedsverfahren geöffnet hätte. Vielleicht haben sich die Schiedsrichter einfach nicht getraut, diese Büchse Pandoras zu öffnen. Außerdem hätte diese Auslegung bedeutet, dass die Erwägung der Fakten (in diesem Fall der Schaden) um einer Auslegung willen zurechtgebogen worden wäre, was freilich Gerechtigkeitsbedenken zu Tage hätte treten lassen.

Außerdem hätten die Schiedsrichter das Ziel *to inducing compliance* folgendermaßen betonen können: Egal ob mit oder ohne erlittenen Schaden, der Beschwerdeführer müsse das Recht auf Sanktionen haben, um die Durchset-

²⁰⁶ US – 1916 Act (Art. 22.6), Abs. 5.64-5.72.

²⁰⁷ US – 1916 Act (Art. 22.6), Abs. 5.73-5.78.

zung des Rechts zu erzwingen. Das Risiko dieses Ansatzes wäre gewesen, dass eine recht gründliche Auseinandersetzung mit den Zielen der WTO-Streitbeilegung und besonders der WTO-Sanktionen kaum zu umgehen gewesen wäre. Die Schiedsrichter dieses Falles hätten Farbe bekennen müssen bei einem Thema, um dessen Behandlung sich die Schiedsrichter zuvor und danach zum großen Teil gedrückt haben.

Als Fazit der Entscheidung *US – 1916 Act (Art. 22.6)* kann also festgehalten werden: weil im Panel- und evtl. Berufungsverfahren ein Verstoß festgestellt worden ist, muss laut Art. 3.8 DSU aus normativer Sicht auch ein Schaden eingetreten sein. Dieser Schaden kann allerdings faktisch in manchen Fällen nicht vorhanden sein. Es kann also ein Spannungsverhältnis bzw. Widerspruch zwischen dem Normativen und dem Tatsächlichen bestehen, indem die Vermutung des Art. 3.8 nichts über die Fakten aussagt und deshalb faktisch letztendlich keine Rolle spielt.

Ein halbes Jahr später, im August 2004, haben die Schiedsrichter des Falles *Byrd Amendment* diese Kriterien folgendermaßen zusammengefasst: “Nullification or impairment and violation are clearly separate concepts. [...] A violation generates, pursuant to Article 3.8 of the DSU, a *presumption* of nullification or impairment. Article 3.8 does not treat violation as a *form* of nullification or impairment. Article 3.8 merely exempts the party having demonstrated the violation from also having to demonstrate nullification or impairment. It does not modify the fundamental requirement that what is ultimately to be demonstrated is nullification or impairment. Article 3.8 [...] provides the opportunity for the alleged violating party to rebut the presumption of nullification or impairment”.²⁰⁸ Erstens wird klargestellt, dass Verstoß und Schaden unterschiedliche, aber dank der Vermutung des Art. 3.8 DSU miteinander verzahnte Begriffe sind. Zweitens wird, abweichend von der Entscheidung *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Art. 3.8 DSU als widerlegliche Vermutung der Existenz eines Schadens ausgelegt. Somit spielt die Vermutung des Art. 3.8 folgende Rolle: Während der Panel- und Berufungsverfahren wird davon ausgegangen, dass der Verstoß einen Schaden verursacht. Weil während dieser Verfahren der Frage nicht

²⁰⁸ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s90, s92#, s93.

nachgegangen werden darf, ob ein Schaden tatsächlich eingetreten ist (weil ein Verstoß festgestellt worden ist), spielt Art. 3.8 die Rolle einer unwiderleglichen Vermutung der Existenz eines Schadens – und somit darf die beklagte Partei die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers für das Verfahren laut Art. 22.6 DSU nicht anzweifeln. Im Gegensatz dazu wird während der Schiedsverfahren laut Art. 22.6 DSU der Schaden quantitativ bemessen und deshalb spielt Art. 3.8 die Rolle einer widerleglichen Vermutung: Solange nicht das Gegenteil bewiesen wird, wird davon ausgegangen, dass ein Schaden eingetreten ist. Die Behauptung der beschwerdeführenden Partei bezüglich der Höhe des Schadens wird von der Vermutung nicht gedeckt, sondern nur, dass überhaupt ein Schaden existiert. Diese Auslegung ist später auch in *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* übernommen worden²⁰⁹ und scheint somit die jetzige herrschende Meinung zu sein.

Zuletzt sei noch kurz darauf hingewiesen, dass in Aussetzungsschiedsverfahren eine weitere widerlegbare Vermutung anerkannt wird, nämlich dass der vom Beschwerdeführer vorgeschlagene Umfang an Aussetzungen dem Umfang der Zunichtemachung entspricht (siehe 3.5).

3.5 Die Beweislast in Verfahren nach Art. 22.6 DSU

Das DSU regelt nicht die Verteilung der Beweislast. Wie hat die WTO-Entscheidungspraxis die allgemeinen Regeln der Beweislast aufgebaut? Das Berufungsgremium hat das Kapitel IV des Berichts *US - Wool Shirts and Blouses (AB)* dieser Frage gewidmet und in späteren Fällen haben die Streitbeilegungsorgane der WTO die dort enthaltene Auffassung befolgt. Allgemein kann gesagt werden, dass in WTO-Streitverfahren die Beweislast im Prinzip bei der Partei liegt, die eine Verletzung des WTO-Rechts behauptet, d.h., auf Seite des Beschwerdeführers. Reichen die Beweise dieser Partei aus, um eine Rechtsverletzung zu vermuten, kehrt sich die Beweislast um: Nun ist die beklagte Partei an der Reihe, diese Vermutung durch Beweise zu widerlegen.²¹⁰

Diese Beweislastregel wird auch in Verfahren nach Art. 22.6 DSU ange-

²⁰⁹ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.61-4.72.

²¹⁰ Für eine kritische Auseinandersetzung mit den Beweislastregeln im Kontext der WTO, siehe Grando, S. 615-638.

wandt. Falls alle entsprechenden Bedingungen des DSU erfüllt sind, darf der Beschwerdeführer beim DSB die Aussetzung von Zugeständnissen beantragen. Daraufhin ist es die beklagte Partei, die das Verfahren nach Art. 22.6 DSU einleiten muss, falls sie mit dem Sanktionsvorschlag des Beschwerdeführers nicht einverstanden ist. Außerdem könne angenommen werden, dass souveräne Staaten ihre Pflichten erfüllen (*EC – Hormones (Art. 22.6)*, s9) und dass dementsprechend der Beschwerdeführer eine passende Aussetzung beantragt hat. Aus diesen zwei formalen Gründen haben die Schiedsrichter die Beweislast dem Beschwerdegegner auferlegt. So soll in Verfahren nach Art. 22.6 DSU die beklagte Partei beweisen, ob der Beschwerdeführer die Bedingungen von Art. 22 DSU nicht eingehalten hat, z.B. dass der Umfang der Aussetzungen dem Umfang des Schadens nicht entspricht. In anderen Worten, es besteht eine widerlegbare Vermutung, dass (wie in Art. 22.4 DSU vorgeschrieben) der Sanktionsumfang dem Schadensumfang entspricht.²¹¹ Daraufhin soll die beschwerdeführende Partei Beweise vortragen, um diese Vermutung zu entkräften. Kann keine Partei die Oberhand gewinnen, entscheiden die Schiedsrichter gegen den Beschwerdegegner.²¹² Ferner muss die Partei, die eine bestimmte Tatsache behauptet, sie auch beweisen.²¹³ Gleichzeitig unterliegen alle Streitparteien der Pflicht, mit den Streitbeilegungsorganen zusammenzuarbeiten und Beweise vorzulegen.²¹⁴ Diese Kriterien sind übrigens auch im bis jetzt einzigen Aussetzungsschiedsverfahren nach Art. 25 DSU angewendet worden.²¹⁵

Obwohl der Beschwerdeführer formal das Aussetzungsschiedsverfahren nicht einleitet, ist er trotzdem derjenige, der die Aussetzung vor dem DSB beantragt hat und in dessen Interesse die Sanktionen evtl. auferlegt werden. Deshalb wäre es eigentlich sinnvoller, wenn die Beweislast bei dem Beschwerdeführer liegen würde.²¹⁶ Dies würde auch einen zusätzlichen Vorteil haben: So wie die Streitbeilegungsorgane in Verfahren nach Art. 22.6 DSU bis jetzt die Regeln der Beweislastverteilung ausgelegt hat, muss ggf. die beklagte Partei

²¹¹ *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s9, *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 2.22, 2.23.

²¹² *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s9.

²¹³ *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s10.

²¹⁴ *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s11; siehe auch Waincymer, S. 686-688.

²¹⁵ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 4.4.

²¹⁶ Spamann, S. 48-50.

die negative Behauptung beweisen, es sei kein Schaden eingetreten.²¹⁷ Dies verstößt aber gegen den auch von den WTO-Streitbeilegungsorganen anerkannten Grundsatz, dass positive Fakten bewiesen werden müssen.²¹⁸

Andererseits ist nicht zu übersehen, dass eine solche Änderung der Beweislast auch als politisches Signal gedeutet werden könnte im Sinne einer Schwächung der Position des Beschwerdeführers. Dies würde wahrscheinlich zu einer brisanten politischen Diskussion unter den WTO-Mitgliedern führen. Dessen scheinen sich die Aussetzungsschiedsrichter bewusst zu sein, die kleine Schritte in Richtung einer gleichmäßigeren Verteilung der Beweislast unternehmen haben. In der Tat, sie haben einerseits die „klassischen“ Regeln der Beweislast wiederholt und gleichzeitig (was m.E. etwas widersprüchlich ist) betont, dass die beschwerdeführende Partei die von ihr behaupteten Tatsachen beweisen müsse. Am deutlichsten wurde es in *US – FSC (Art. 22.6)* formuliert, denn es wird die allgemeine Beweislastregel der WTO-Streitbeilegung zitiert²¹⁹, um anschließend hinzuzufügen: „[...] it is generally for each party asserting a fact, whether complainant or respondent, to provide proof thereof“.²²⁰ Spamann meint, dass *Byrd Amendment (Art. 22.6)* (Abs. 2.25-2.27 und 6.5) auf eine gleichmäßige Verteilung der Beweislast zwischen den Streitparteien schließen lässt.²²¹

In den Aussetzungsschiedsverfahren geht es darum, einen bestimmten Schadensumfang festzustellen. Wenn die Schiedsrichter mit dem Vorschlag von keiner Partei einverstanden sind, unterbreiten sie ihre eigene Schätzung, die auf der Methodik einer Streitpartei basieren kann, aber nicht muss.²²² Wahrscheinlich hätten sich die Schiedsrichter viele Schwierigkeiten und Kritik an ihrer Tätigkeit ersparen können, wenn sie sich unter Anwendung der Regeln der Beweislast für die Methodik einer Streitpartei entschieden hätten und, in

²¹⁷ Spamann, S. 50.

²¹⁸ *US – Wool Shirts and Blouses (AB)*, Kapitel IV, S. 14: „Also, it is a generally-accepted canon of evidence in civil law, common law and, in fact, most jurisdictions, that the burden of proof rests upon the party, whether complaining or defending, who asserts the affirmative of a particular claim or defence“.

²¹⁹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 2.10

²²⁰ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 2.11. Siehe auch z.B. *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 2.9, *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.19-4.23, und *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.9-4.14.

²²¹ Spamann, S. 48, Fußnote 61.

²²² *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s12 und s48.

Anwendung dieser Methodik, nach den Regeln der Beweislast den Schadensumfang ermittelt hätten, statt eine eigene zu entwerfen. In diese Richtung scheinen auch die Aussetzungsschiedsrichter in *US – Upland Cotton* gegangen zu sein, da sie die Methodik des Beschwerdeführers (Brasiliens) prinzipiell übernahmen, sie jedoch um manche Vorschläge des Beschwerdegegners (die USA) ergänzten (siehe 5.4.2). Es sollte jedoch nicht übersehen werden, dass eine strengere Anwendung der Beweislastregeln auch dazu führt, dass die Verteilung der Beweislast an Relevanz gewinnt.²²³

Als Verbesserungsvorschlag sei in diesem Kontext *Final Offer Arbitration* erwähnt. Besonders wenn über Quantitäten diskutiert wurde (z.B. der Schadensumfang), haben die Schiedsrichter oft die Vorschläge beider Parteien genommen und sich für einen durchschnittsnahen Umfang entschieden.²²⁴ Dieser Ansatz ist auch bezüglich Variablen wie der Überwälzungsquote zu beobachten (siehe 3.7).²²⁵ Diese Vorgehensweise gibt einen negativen Anreiz, denn rationale Parteien werden unverhältnismäßige Anfangspositionen vertreten in der Hoffnung, somit den Durchschnitt zu ihren Gunsten zu verschieben.²²⁶ Im Gegensatz dazu übernimmt in einer *Final Offer Arbitration* das Streitbeilegungsorgan den Vorschlag einer Streitpartei (bezüglich bestimmter oder aller Streitpunkte). Somit werden rationale Streitparteien vernünftige, glaubhafte und ausgewogene Anfangspositionen vertreten, um ihre Erfolgchancen zu steigern.²²⁷ Schon alleine die Tatsache, dass *Final Offer Arbitration* zur Verfügung steht, ändert das Verhalten der Parteien.²²⁸ Ein erster zusätzlicher Vorteil wäre etwa, dass die Schiedsrichter keine eigenen Berechnungen erstellen müssten, was nicht nur ihre Aufgabe (besonders in sehr technischen Streitfällen) beschleunigen²²⁹ und erleichtern könnte, sondern auch wahrscheinlich das Augenmerk der Kritiker wenigstens teilweise von den Schiedsrichtern zu den Streitparteien lenken würde. Des weiteren scheint auch plausibel, dass ausgewogenere Anfangspositionen den Konflikt entspannen und vielleicht sogar das

²²³ Spamann, S. 78.

²²⁴ Spamann, S. 75-76; Bown & Pauwelyn, S. 13-14.

²²⁵ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s215, s217.

²²⁶ Kritikos, S. 304.

²²⁷ Long & Feuille, S. 187-198; Starke & Notz (1978), S. 198-200; Starke & Notz (1981), S. 842.

²²⁸ Kritikos, S. 312.

²²⁹ Malacrida, S. 444.

Eskalationsrisiko mindern könnten. Wenn eine Partei außerdem risikoscheu ist, steigt bei *Final Offer Arbitration* die Wahrscheinlichkeit, dass der Streit in beiderseitigem Einverständnis vor dem Schiedsverfahren gelöst wird.²³⁰ Diese beiden Vorteile könnten legitimationsfördernd für das WTO-Streitbeilegungssystem wirken. Andererseits scheint empirischen Untersuchungen zufolge die Möglichkeit von *Final Offer Arbitration* dazu zu führen, dass die Parteien öfter den Konflikt durch Schiedsverfahren statt durch Verhandlungen beilegen.²³¹ Es sind jedoch im Rahmen der WTO-Streitbeilegung gewisse Aspekte der Institutionalisierung der *Final Offer Arbitration* zu beachten. Der Beschwerdeführer reicht nämlich beim DSB die Bitte zur Genehmigung der Aussetzung ein (Art. 22.2 Satz 2 DSU), wobei aus Art. 22.6 Satz 2 DSU deutlich wird, dass der Beschwerdeführer in seinem Antrag schon den Umfang der vorgeschlagenen Gegenmaßnahmen angeben muss. Erst nachdem der Antrag eingereicht worden ist, kann auf Ersuchen des Beschwerdegegners die Angelegenheit einem Schiedsverfahren unterbreitet werden (Art. 22.6 Satz 2 DSU). Deshalb dürfen m.E. die Aussetzungsschiedsrichter nicht im konkreten Streitfall erklären, dass sie das Verfahren als ein *Final Offer Arbitration* zu gestalten gedenken, denn der Beschwerdeführer hätte diesen Umstand nicht in seinem Antrag berücksichtigen können (nicht zuletzt weil alleine schon die Aussicht auf *Final Offer Arbitration* das Verhalten der Streitparteien ändert, je nachdem, ob sie prinzipiell extreme oder gemäßigte Verhandlungspositionen vertreten²³²). Aus diesem Grund ist es notwendig, dass bevor der Beschwerdeführer seinen Antrag beim DSB einreicht, Klarheit herrscht über eine mögliche *Final Offer Arbitration*. Diese Klarheit könnte z.B. durch eine Reform des DSU erreicht werden. Eine andere Lösung wären Vorabsprachen zwischen den Streitparteien, so wie in der Praxis oft das sog. *sequencing-Problem*²³³ gelöst worden ist. Als Letztes sei noch darauf hingewiesen, dass sich diese Überlegungen vor Allem auf die quantitativen Komponenten bezogen, *Final Offer Arbitration* aber auch für die Entscheidung qualitativer Aspekte der Aussetzungen angewendet werden könnte.

²³⁰ Hanany, Kilgour & Gerchak, S. 1786-1787.

²³¹ Long & Feuille, S. 195-198.

²³² Kritikos, S. 303-304.

²³³ Zum sog. Problem des *sequencing*, siehe Fußnote 502.

Übrigens haben die Aussetzungsschiedsrichter betreffs *cross retaliation* teilweise einen anderen Weg eingeschlagen. Einerseits ist die Beweislast relativ gleichmäßig verteilt worden, allgemein weil laut Art. 22.3 (e) der Beschwerdeführer den Antrag auf *cross retaliation* begründen muss und dies besonders in Bezug auf Informationen, die nur für ihn zugänglich sind.²³⁴ Andererseits haben die Schiedsrichter in *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* gewisse Angaben des Beschwerdeführers für bare Münze genommen und dementsprechend eine kaum zu bewältigende Beweislast auf den Beschwerdegegner gelegt.²³⁵ Diese beiden Interpretationsstränge bezüglich *cross retaliation* sind m.E. widersprüchlich (siehe 4.6.2.1).

3.6 Stimmigkeit zwischen verwandten Fällen

Eines der Kriterien, auf das die Aussetzungsschiedsrichter zurückgegriffen haben, um den Schadensumfang und folglich auch den erlaubten Aussetzungsumfang zu ermitteln, sind die in inhaltlich verwandten Fällen vorgenommenen Schätzungen. So haben sich etwa die Schiedsrichter des Falles *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* gezielt auf *US – Bananas (US) (Art. 22.6)* bezogen.²³⁶ Diese Entscheidungspraxis trägt dem grundlegenden Gerechtigkeitsgrundsatz Rechnung, dass ähnliche Fälle auch ähnlich behandelt werden sollten. Somit ist die Abstimmung der Aussetzungsentscheidungen des Bananenfalles (und natürlich auch in *US – Byrd Amendment* und in *US – Upland Cotton*) gerechtfertigt und sinnvoll, da es sich um den selben Rechtsbruch und -streit handelt.

Andererseits darf nicht übersehen werden, dass Art. 3.10, zweiter Satz, DSU die Verknüpfung von Beschwerden und Gegenbeschwerden über verschiedene Angelegenheiten untersagt.²³⁷ In *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* wurde betont, dass die Verhältnismäßigkeit zu den zuvor in *Brazil – Aircraft*

²³⁴ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 60; *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 2.27.

²³⁵ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 75.

²³⁶ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 166.

²³⁷ Der Text von Art. 3.10 DSU stammt aus dem *Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance* vom GATT, beschlossen am 28. November 1979 (L/4907, BISD 26S/210), Absatz 9. Die Verknüpfung von Beschwerden und Gegenbeschwerden sollte nicht mit Fällen verwechselt werden, in denen sich mehrere parallele Beschwerden auf die selbe Angelegenheit beziehen, wie z.B. in den Fällen *EC – Hormones (WT/DS48 und WT/DS26)* oder *US - CDSOA (WT/DS217 und WT/DS234)*.

(Art. 22.6) erzielten Ergebnissen von Bedeutung sei (siehe 5.3.2.3).²³⁸ Deshalb ist die Verknüpfung von *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6) mit *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) kritisch zu beurteilen – und zwar nicht nur von Seiten der Streitparteien, sondern auch der Aussetzungsschiedsrichter, denn obwohl sich Art. 3.10 DSU an die Mitglieder richtet, ist m.E. diese Norm sinngemäß auch auf die Streitbeilegungsorgane anwendbar. Somit hätten die Aussetzungsschiedsrichter von *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6) diese Entscheidung sauber von *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) getrennt halten sollen, um nicht den selben Fehler wie die Streitparteien zu begehen und um zu verhindern, dass sich die Streitparteien gegenseitig hochschaukeln.

Gewiss ist eine Verknüpfung nicht immer von den WTO-Streitbeilegungsorganen zu verhindern: Einige Autoren vermuten, dass der Fall *US – FSC* eine Vergeltung der EG gegen die USA wegen der Niederlagen im Bananen- und im Hormonfall gewesen sei²³⁹, und die USA sollen ihrerseits wegen *US – FSC* mit einer Gegenbeschwerde gegen europäische Steuersysteme gedroht haben.²⁴⁰ Auch ist eine empirische Untersuchung zum Ergebnis gekommen, dass eine Beschwerde die Wahrscheinlichkeit einer Gegenbeschwerde deutlich erhöht.²⁴¹ Das Problem in *Canada – Aircraft II* ist aber, dass die Schiedsrichter die Verknüpfung zu *Brazil – Aircraft* in die Entscheidung eingebaut haben (siehe 5.3.2.3).

Verwandt mit der Frage der Stimmigkeit zwischen verwandten Fällen ist, dass nicht selten bei der Argumentation auf ältere Berichte, Entscheidungen oder Schiedssprüche zurückgegriffen wird.²⁴² Dies stellt natürlich kein Problem dar. Es sei an dieser Stelle betont, dass im WTO-Recht kein *stare decisis* im Sinne des *case law* anerkannt wird, analog zu Art. 59 des Statuts des Internationalen Gerichtshofs.

²³⁸ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.16, 3.26, 3.39-3.41, 4.4.

²³⁹ Vranes (2002), S. 209-210, 227-228; Zimmermann (2004), S. 6; Davey (2005), S. 27.

²⁴⁰ Zangl, S. 142.

²⁴¹ Busch und Reinhardt, S. 464.

²⁴² Maßgebend dafür sind z.B. *Japan – Alcoholic Beverages II* (Panel), Abs. 6.10; *Japan – Alcoholic Beverages II* (AB), Abschnitt E, Abs. 97; *US – Shrimp* (Article 21.5 – Malaysia) (AB), Abs. 107-109; des weiteren siehe auch Jackson (2006), S. 173-177.

3.7 Die Überwälzungsquote (pass through)

Erhält ein Unternehmen eine Subvention oder eine ähnliche staatliche Transferleistung, kann es das Geld i.d.R. beliebig verwenden: Es kann das Geld in neue Maschinen investieren, ein Darlehen tilgen, den Preis seiner Waren senken, usw. In WTO-Streitbeilegungsverfahren nach Art. 22.6 DSU ist wichtig, wie das Geld eingesetzt wird, denn die wirtschaftlichen Effekte der Subventionen oder Transferleistungen und folglich die Zunichtemachung von Vorteilen hängen u.A. von der Überwälzungs- oder Übertragungsquote ab, d.h. welcher Anteil der Subventionen oder Transferleistungen auch tatsächlich vom Unternehmer zur Preissenkung benutzt wird.²⁴³ Eine hundertprozentige Überwälzung bedeutet, dass die gesamte Subvention zum Zweck der Preissenkung eingesetzt wird. Die Überwälzungsquote ist im Grunde eine Elastizitätsangabe, die unter normalen Umständen $0 \leq |\epsilon| \leq 1$ beträgt. (Ein Elastizitätswert $|\epsilon| > 1$ wäre auch möglich, wenngleich unwahrscheinlich, denn das Unternehmen würde seine Preise über das an Subventionen erhaltene Geld hinaus senken; auch ein Elastizitätswert $|\epsilon| < 0$ ist unwahrscheinlich).

Im Fall *US – FSC (Art. 22.6)* wurde die Überwälzungsquote oder *pass through* anhand von historischen Daten bei 100% geschätzt²⁴⁴, während sie im Fall *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)* auf 62,5% gesetzt wurde.²⁴⁵ Auf den ersten Blick könnte man meinen, die unterschiedliche Überwälzungsquote könne darauf zurückzuführen sein, dass es sich beim ersten Fall um eine verbotene Subvention, während es sich beim zweiten Fall um staatliche Geldtransfers an Unternehmen gehandelt hat. Die Überzeugungskraft dieses Erklärungsversuches zersplittert aber an der Willkür der zweiten Entscheidung: Weil die Parteien sich nicht einigen konnten und jeweils 25% und 100% als vermutlichen Wert des *pass through* angegeben hatten, haben die Schiedsrichter kurzerhand den arithmetischen Durchschnitt beider Werte benutzt. Dies ist nicht nur der Willkür wegen zu kritisieren, sondern auch, weil es hierdurch einen gefährlichen Anreiz gibt: Die Benutzung des Durchschnittes ist ein Anreiz für zukünftige Streitparteien, von Anfang an extreme Positionen zu vertreten, denn je extremer

²⁴³ WTO (2005), S. 185-189.

²⁴⁴ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 6.52.

²⁴⁵ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s215, s217.

die Anfangsposition, desto günstiger der Durchschnitt am Ende (siehe 3.5). Auch in diesem Kontext könnte *Final Offer Arbitration* vorteilhaft sein (siehe 3.5).²⁴⁶

Es ist zu beachten, dass im Fall *US – Byrd Amendment* nicht Subventionen beanstandet worden waren, sondern eine rechtswidrige Auszahlung, die subventionsähnliche Effekte entfaltete. Aus diesem Grund wurde auch die Überwälzungsquote untersucht (siehe 5.2.2.6). Fraglich ist, ob Überwälzungsquoten auch außerhalb des Bereichs der Subventionen und der subventionsähnlichen Maßnahmen Anwendung finden könnten. Dies ist zu bejahen, beispielsweise im Bereich der Effekte der indirekten Steuern auf den internationalen Handel.²⁴⁷ Ein anderes Beispiel ist Dumping. Es wäre denkbar, dass von Dumping betroffene Unternehmen staatliche Transferleistungen beanspruchen könnten, um den wegen des Dumpings erlittenen Schaden auszugleichen, obwohl dies gegen Art. VI:2 GATT 1947 verstoßen würde. Es könnte bestimmt werden, welcher Anteil dieser Leistungen zur Preissenkung bestimmt würde. Dies ist tatsächlich auch eines der im Fall *US – 1916 Act (EC) (Panel)* diskutierten Probleme (siehe auch 5.2.1).²⁴⁸ In diesem Fall haben die Aussetzungsschiedsrichter jedoch nicht auf eine Überwälzungsquote zurückgegriffen, um den Schadensumfang zu ermitteln, sondern nahmen den gesamten Auszahlungsbetrag als Schaden²⁴⁹, vermutlich auch deshalb, weil solche Zahlungen an einheimischen Produzenten nicht stattgefunden hatten.²⁵⁰ Die Schiedsrichter haben jedoch die Möglichkeit von Übertragungsquoten nicht grundsätzlich ausgeschlossen.

In *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* wurden zwei Effekte untersucht und zwar Elastizität und *coupling factor*. Diese Variablen bezogen sich auf den an die Baumwollanbauer der USA ausgezahlten Subventionsbetrag und auf die Einkommensverluste und den Produktionsrückgang der brasilianischen Baumwollanbauer. Dieser Aspekt ist im Grunde eine Überwälzungsquo-

²⁴⁶ Für zusätzliche Kritikpunkte bezüglich der in *US – Byrd Amendment* benutzten Überwälzungsquote, siehe Spamann, S. 66-69.

²⁴⁷ Jackson (1997a), S. 218-221.

²⁴⁸ *US – 1916 Act (EC) (Panel)*, Abs. 2.1, 6.204.

²⁴⁹ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.79.

²⁵⁰ *US – 1916 Act (EC) (Panel)*, Abs. 2.15.

te der Subvention auf die Verkaufspreise und die Anbaufläche bezüglich der Baumwollanbauer der USA, denn wenn die US-Anbieter ihre Preise verringern oder ihre Anbaufläche vergrößern, sinken die Weltpreise und somit die Einkommen und die Produktion im Ausland. Die Streitparteien waren sich über die Werte der Elastizität und des *coupling factor* uneinig. Daraufhin haben die Schiedsrichter die Beweislastregeln angewendet und die von Brasilien vorgeschlagenen Werte übernommen.²⁵¹

Im Parallellfall, *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton*, wurde auch die Überwälzungsquote thematisiert. Die Schiedsrichter übernahmen Brasiliens Vorschlag eines *pass-through* im Wert von 100%, erstens weil die USA als Beschwerdegegner die Unangemessenheit dieser Annahme nicht beweisen konnten, und zweitens der Einfachheit halber, weil für eine exaktere Bestimmung der Überwälzungsquote die Anwendung umstrittener Parameter (wie Angebots- und Nachfrageelastizitäten) notwendig gewesen wäre.²⁵² Die Schiedsrichter haben wenigstens nicht auf eine derart unnachvollziehbare Lösung wie den arithmetischen Durchschnitt (Stichwort *Byrd Amendment*) zurückgegriffen, doch die Begründung ist nicht wirklich zufriedenstellend. Die Worte der *United States Court of International Trade* könnten aufschlussreich sein, obwohl sie in einem anderen Kontext (der indirekten Steuern) gesprochen wurden: „a conclusion that full pass-through occurred in all cases is not supported by substantial evidence“.²⁵³ In der Tat, es stellt sich die Frage, inwieweit die Annahme einer nicht bewiesenen hundertprozentigen Überwälzungsquote sinnvoll ist.

Als Fazit kann bemerkt werden, dass es bezüglich des Betrags der Überwälzungsquoten noch keine einheitliche Entscheidungspraxis für Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU zu geben scheint. Des Weiteren ist nicht auszuschließen, dass zukünftig der Anwendungsbereich der Übertragungsquoten auch auf weitere Bereiche erweitert wird.

²⁵¹ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.124, 4.128, 4.129, 4.134, 4.163, 4.164-4.178.

²⁵² *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.6, 4.193-4.198.

²⁵³ Zitiert in Jackson (1997a), S. 221.

4 Die Sanktionen

Die Durchsetzung des WTO-Rechts hängt von zwei Variablen ab: von der Legitimation einer Verurteilung durch ein WTO-Streitbeilegungsorgan und von der Überzeugungskraft der Gegenmaßnahmen.²⁵⁴ Dieses Kapitel wird sich mit der Überzeugungskraft der Aussetzungen befassen; auf die Legitimation kann nicht weiter eingegangen werden, denn dieses Thema würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen.²⁵⁵

4.1 Begriff der Sanktionen

Die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten im Rahmen der WTO ist eine Repressalie, d.h., eine Art von Gegenmaßnahmen. Repressalien bestehen aus Maßnahmen, die völkerrechtswidrig wären, wenn sie nicht als Gegenmaßnahmen zu einer völkerrechtswidrigen Handlung eines anderen Staates eingesetzt würden. Sie müssen im Verhältnis zum Rechtsbruch stehen, brauchen aber nicht im selben Gebiet wie die Rechtsverletzung zu erfolgen. Das Ziel der Repressalie ist, den völkerrechtswidrig handelnden Staat dazu zu bewegen, sein Verhalten wieder dem Völkerrecht anzupassen und sie muss deshalb eingestellt werden, sobald der betroffene Staat wieder völkerrechtskonform agiert. Repressalien dürfen weder Menschenrechte noch das völkerrechtliche Gewaltverbot verletzen und müssen vor deren Anwendung angekündigt werden, damit der andere Staat seine rechtswidrige Handlung freiwillig einstellen kann. Repressalien sind somit Mechanismen des Völkerrechts, um das Recht dezentral und ohne Waffengewalt durchzusetzen.

Im WTO-Recht bestehen Sanktionen aus vorübergehenden Aussetzungen von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten, die dem Beschwerdeführer zur Verfügung stehen, wenn die beklagte Partei die Empfehlungen und Entscheidungen des DSB nicht innerhalb eines angemessenen Zeitraums umgesetzt hat (Art. 21.1 und 22.1 DSU). Die Aussetzung ist vorübergehend und wird nur so lange angewendet, bis die rechtswidrige Maßnahme eingestellt worden ist, bis

²⁵⁴ Mavroidis (2002), S. 168.

²⁵⁵ In Bezug auf die Legitimation der WTO-Streitbeilegung, siehe z.B. Reusch.

der Beschwerdegegner den Schaden behebt oder bis die Streitparteien eine zufriedenstellende Lösung gefunden haben (Art. 22.8, Satz 1, DSU).

Die Parallelen zu den einschlägigen Normen des Völkerrechts sind offensichtlich. Art. 49 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission besagt in seinen ersten beiden Absätzen:

1. An injured State may only take countermeasures against a State which is responsible for an internationally wrongful act in order to induce that State to comply with its obligations under Part Two.
2. Countermeasures are limited to the non-performance for the time being of international obligations of the State taking the measures towards the responsible State.

Absatz 4 der Kommentare zu Kapitel II der *Draft Articles* erklärt: „Countermeasures involve conduct taken in derogation from a subsisting treaty obligation but justified as a necessary and proportionate response to an internationally wrongful act of the State against which they are taken. They are essentially temporary measures, taken to achieve a specified end, whose justification terminates once the end is achieved.“

Die bis dato häufigste Gegenmaßnahme in der WTO ist die Aussetzung von Zugeständnissen. Dies bedeutet, dass gewisse Handelsschranken (normalerweise Zollgebühren), die im Rahmen der GATT- und WTO-Verhandlungen abgebaut worden waren, vorübergehend wieder aufgebaut werden. Auch Pflichten können ausgesetzt werden, wie etwa in *US – 1916 Act* (Art. 22.6). In diesem Fall hat die beschwerdeführende Partei die Erlaubnis zur Einführung von einer Spiegelmaßnahme zur gerügten WTO-rechtswidrigen Maßnahme erhalten. Ein anderes Beispiel sind *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6) und *US – Gambling* (Art. 22.6), in denen die Beschwerdeführer Pflichten des TRIPS-Übereinkommens aussetzen durften.

Besonders durch die Aussetzung von Zugeständnissen soll ein Teil der Handelsströme zwischen den Streitparteien zum Erliegen kommen, was als schädlich für den Beschwerdegegner verstanden wird und somit einen sanktio-

nierenden Charakter haben soll.²⁵⁶ Dabei ist zu beachten, dass im Normalfall auch die beschwerdeführende Partei wegen den Gegenmaßnahmen einen Schaden erleidet (es sei denn, sie führt Optimalzölle ein).²⁵⁷

4.2 Verbot der Strafsanktionen

Im Völkerrecht spielt der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine wichtige Rolle.²⁵⁸ Aus ihm folgt, dass die Gegenmaßnahme dem Schaden entsprechen soll. So hat z.B. der Internationale Gerichtshof geäußert: „In the view of the Court, an important consideration is that the effects of a countermeasure must be commensurate with the injury suffered. [...] proportionality [...] is required by international law“.²⁵⁹

Seinerseits trägt Art. 51 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 die Überschrift „Proportionality“ und besagt: „Countermeasures must be commensurate with the injury suffered, taking into account the gravity of the internationally wrongful act and the rights in question.“ Absatz 7 der Kommentare zu Art. 51 fügt hinzu: „[...] a clearly disproportionate measure may well be judged not to have been necessary to induce the responsible State to comply with its obligations but to have had a punitive aim [...]“. Absatz 6 der Kommentare zu Kapitel II erklärt, „countermeasures [...] are taken [...] not by way of punishment“ (siehe auch Absatz 1 und Absatz 6 der Kommentare zu Art. 49, sowie die Absatz 14 der Anmerkungen zu Art. 31, und Absatz 5 der Anmerkungen zu Art. 34).

Das Internationale Wirtschaftsrecht kennt auch das Prinzip der Verhältnismäßigkeit der Sanktionen: „la sanction, en droit international économique, semble bien se caractériser a la fois par sa spécialité et par sa proportionnalité. [...] Par sa proportionnalité, en ce que la sanction aurait pour objet non pas de punir un manquement en tant que manquement, mais bien de permettre la réintégration, dans le cours des relations internationales économiques, de celui qui s'est provisoirement écarté de la règle de droit international économique. La

²⁵⁶ Siehe etwa *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.53.

²⁵⁷ Für eine knappe Übersicht der Argumente gegen die Aussetzung von Zugeständnissen als Sanktion, siehe Schropp, S. 491-494.

²⁵⁸ Siehe z.B. Cannizzaro, S. 889-916.

²⁵⁹ *Gabcíkovo-Nagymaros*, Absatz 85.

proportionnalité, à cet égard, induit la gradualité; et gradualité comme proportionnalité témoignant de ce qui demeure le souci principal du droit en la matière: la stabilité et la continuité dans la coopération internationale“.²⁶⁰

Im GATT aber sah es anders aus. Art. XXIII.2 des GATT 1947 hat keine Gleichwertigkeit von Schaden und Sanktion gefordert. Letztere mussten lediglich angemessen zu den Umständen sein. Strafsanktionen (im Sinne, wie sie im heute im WTO-Recht verstanden werden) waren demnach nicht verboten (siehe 2.1).²⁶¹

Im WTO-Recht dagegen ist der Grundsatz verankert, dass eine gewisse Korrespondenz zwischen dem Schadens- und dem Aussetzungsumfang bestehen soll. Art. 22.4 und 22.7 Satz 1 DSU sprechen von *equivalence*. Seinerseits erfordern Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen *appropriateness*. Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen verlangen nach *commensurateness*. Das Berufungsgremium hat den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit (*proportionality*) der Gegenmaßnahmen als eine Norm des internationalen Gewohnheitsrechts anerkannt.²⁶² Anders gesagt: Wie auch laut der Rechtsprechung des IGH, soll ebenfalls im WTO-Recht eine gewisse Korrespondenz zwischen den Beträgen der Gegenmaßnahme und des Schadens bestehen.²⁶³ Aussetzungen, die diese Korrespondenz zum Schaden überschreiten, werden von der WTO-Entscheidungspraxis als Strafsanktionen (*punitive sanctions*) bezeichnet und dürfen nicht eingeführt werden.²⁶⁴ Das Verbot der Strafsanktionen bedeutet in der Praxis, dass die Schiedsrichter überproportionale Aussetzungsanträge reduzieren sollen. Um es mit einem Beispiel zu veranschaulichen: In Streitfällen über Waren- oder Dienstleistungshandel wird oft der Umfang des Schadens mit den geminderten Handelsströmen gleichgesetzt. In diesen Fällen dürfen Sanktionen die Exporte des Beschwerdegegners zum Beschwerdeführer nicht stärker verringern, als was die WTO-rechtswidrige Maßnahme die Exporte des Beschwerdeführers zum Beschwerdegegner gedrosselt hat. Andererseits sollte

²⁶⁰ Carreau & Juillard, Rn. 36.

²⁶¹ Jackson, Davey & Sykes, S. 310; siehe aber auch Jayagovind, S. 15.

²⁶² *US – Line Pipe (AB)*, Abs. 259.

²⁶³ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 6.3; *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.55; *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.8; *US – Cotton Yarn (AB)*, Abs. 120; *US – Line Pipe (AB)*, Fußnote 252.

²⁶⁴ Siehe z.B. *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.62, und *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.24; *US – Cotton Yarn (AB)*, Abs. 120.

jedoch der recht große Ermessensfreiraum der Aussetzungsschiedsrichter nicht ausgeblendet werden, denn sie könnten relativ leicht Strafsanktionen kaschieren, indem sie den Umfang des festgestellten Schadens hochschraubten. Festzuhalten ist: Die einschlägigen Normen des WTO-Rechts über den Umfang der Aussetzungen (Art. 22.4 DSU, Art. 4.10 i.V.m. 4.11, 7.9 i.V.m. 7.10 SCM-Übereinkommen) fordern eine gewisse quantitative, in jeder dieser Normen anders definierte Korrespondenz zwischen Schaden und Sanktion, um den erlaubten Maximalumfang der Sanktionen festzulegen.

Eine erste Art, Strafsanktionen zu definieren, wurde eben beschrieben, nämlich als Sanktionen, die die Korrespondenz zum Schaden überschreiten. Laut der Entscheidung *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) (in Anlehnung an die *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* der Völkerrechtskommission) könnten sie allerdings auch anders begriffen werden: „A countermeasure becomes punitive when it is not only intended to ensure that the State in breach of its obligations bring its conduct into conformity with its international obligations, but contains an additional dimension meant to sanction the action of that State“.²⁶⁵ Das Merkmal der Strafsanktionen wäre demzufolge „an additional dimension meant to sanction“, woraus zwei Definitionen abgeleitet werden können. (a) Strafsanktionen könnten aus der Sicht des Beschwerdegegners begriffen werden. Wenn er schon bei einem bestimmten Wert an Aussetzungen die rechtswidrige Maßnahme zurücknehmen würde, wären Sanktionen über diesem Wert hinaus Strafsanktionen. (b) Strafsanktionen könnten aus dem Blickwinkel des Beschwerdeführers verstanden werden, nämlich als solche, die er mit der Absicht einführt, dass sie sanktionieren.²⁶⁶ Beide Auslegungen sind jedoch eher problematisch. (a) geht davon aus, dass *ex ante* der Punkt feststellbar oder voraussehbar wäre, ab dem der Beschwerdegegner die Sanktionen nicht mehr aushalten kann. (b) beruht auf der Annahme, die sanktionierende Absicht des Beschwerdeführers sei *ex ante* offenkundig. Beide Auslegungen basieren also auf einer keinesfalls im Rahmen eines Streitbeilegungsverfahrens selbstverständlichen Kenntnis der Präferenzen und Absichten der Streitparteien. Stattdessen ist die erste Definition der Strafsanktionen

²⁶⁵ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.55.

²⁶⁶ In dieser Hinsicht, siehe Cannizzaro, S. 892-894.

(nämlich die Definition des WTO-Rechts) in der Praxis leichter umzusetzen, weil sie auf dem Verhältnis zwischen Schaden der Rechtsverletzung und Sanktion beruht. Diese Auslegung wird auch von der herrschenden Meinung der Entscheidungspraxis vertreten.²⁶⁷

Wie ist das Verbot der Strafsanktionen teleologisch zu erklären? Strafsanktionen stünden im Sinne des Zieles *to induce compliance*²⁶⁸, denn je höher der Sanktionsumfang, desto stärker der Anreiz zur Wiederherstellung des rechtmäßigen Zustands. Deshalb liefert dieses Ziel keine überzeugende Begründung des Verbots. Anders ausgedrückt: Falls das Ziel die Befolgung des WTO-Rechts ist, wird keine uneingeschränkte Befolgung (*perfect compliance*) angestrebt.²⁶⁹ Aus der Sicht des Zieles *rebalancing of concessions* kann die quantitative Korrespondenz erklärt werden, denn sie gewährleistet, dass die beschwerdeführende Partei durch die Einführung von Strafsanktionen die Zugeständnisse nicht aus dem Gleichgewicht bringt. In der Tat haben die Streitbeilegungsorgane Art. 22.4 i.V.m. 22.7 Satz 1 DSU und Art. 7.9 i.V.m. 7.10 SCM-Übereinkommen (sowie in geringerem Maße auch Art. 4.10 i.V.m. 4.11 SCM-Übereinkommen) so ausgelegt, dass *rebalancing of concessions* im Hintergrund steht und somit Sanktionen zum Ausgleich des erlittenen Schadens beitragen sollen. Die Schiedsrichter haben verstanden, eines der zentralen Ziele der Aussetzungen sei zweifelsohne *to induce compliance*, aber dies dürfe nicht Strafsanktionen rechtfertigen (siehe 2.1).²⁷⁰ Doch dürfen beide Begriffe nicht gleichgesetzt werden: Dass der Umfang der Aussetzung als Ziel *to induce compliance* hat, macht aus ihr keine Strafsanktion, sondern nur, wenn der Umfang die im WTO-Recht festgelegten Grenzen überschreitet.

Jackson weist auf eine historische Begründung des Verbots der Strafsanktionen hin: Es könnte eine Folge davon sein, dass im 19. Jahrhundert großer Wert auf die Gegenseitigkeit gelegt wurde, was mit merkantilistischen Ansichten zusammenhing. Dieser Hintergrund hat die Welthandelspolitik des 20. Jahr-

²⁶⁷ Siehe z.B. (*EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.3, *US – 1916 Act* (Art. 22.6), Abs. 5.2-5.8 und *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6), s144.

²⁶⁸ Siehe etwa *US – 1916 Act* (Art. 22.6), Abs. 5.2-5.8 und *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6), s144.

²⁶⁹ Vázquez & Jackson, S. 565; siehe auch Charnovitz (2002b), S. 411.

²⁷⁰ *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.3; *US – 1916 Act* (Art. 22.6), Abs. 5.5-5.8.

hunderts geprägt, aus der dann schließlich die WTO hervorging.²⁷¹ Spamann seinerseits argumentiert, dass das Verbot der Strafsanktionen auch einen Sinn ergibt, wenn man davon ausgeht, dass politische Akteure die Regierungen für die Importeinschränkungen belohnen.²⁷² Howse & Staiger meinen, dass das Verbot der Strafsanktionen den Ersatz von *expectation damages* erlaubt und ein *efficient breach* begünstigt.²⁷³

Das Verbot der Strafsanktionen hat manchmal auch eine Rolle als mehr oder minder implizite Interpretationshilfe erfüllt. So haben die Schiedsrichter auf die Einberechnung des indirekten Schadens unter Anderem deshalb verzichtet, um Mutmaßungen zu vermeiden.²⁷⁴ Dieser zurückhaltende Ansatz bezüglich der Schadensberechnung ergibt erst im Rahmen des Verbots der Strafsanktionen einen Sinn.

Schließlich kann es eine zweite Art der Strafsanktionen geben, nämlich wenn die Gegenmaßnahmen aufrecht erhalten bleiben, obwohl der Beschwerdegegner die Rechtswidrigkeit behoben hat. So besagt Absatz 7 der Kommentare zu Art. 49 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission: „Countermeasures are taken as a form of inducement, not punishment: if they are effective in inducing the responsible State to comply with its obligations of cessation and reparation, they should be discontinued and performance of the obligation resumed“. Denselben Ansatz verfolgt Art. 22.8 Satz 1 DSU: Die Aussetzung ist vorübergehend und wird nur so lange angewendet, bis die rechtswidrige Maßnahme eingestellt worden ist, bis der Beschwerdegegner den Schaden behebt oder bis die Streitparteien eine zufriedenstellende Lösung gefunden haben.

Art. 22.4 DSU, Art. 4.10, 4.11, 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens sind von den Streitbeilegungsorganen so ausgelegt worden, dass sie verordnen, dass überdimensionale Aussetzungen (Strafsanktionen) verringert werden sollten. Fraglich ist, ob die Schiedsrichter auch den Umfang der Aussetzungen von Amts wegen erhöhen dürfen, wenn der Beschwerdeführer Sanktionen

²⁷¹ Jackson (2002), S. 30.

²⁷² Spamann, S. 42-43.

²⁷³ Howse & Staiger, S. 299-316.

²⁷⁴ Z.B. US – Copyright Act, Abs. 4.25-4.32, und in US – 1916 Act, Abs. 5.53, 5.54, 5.76.

beantragt hat, deren Wert geringer als der des Schadens ist. Anders gesagt: Sind diese Normen nur als eine Obergrenze oder auch als eine Untergrenze zu verstehen? Der Text der Norm scheint an und für sich dafür zu sprechen, dass die Sanktionen exakt der Zunichtemachung entsprechen müssen. Diese Normen lassen also nicht darauf schließen, dass eine Untergrenze ausgeschlossen sein könnte. Doch eine systematische Auslegung dürfte zu einem anderen Ergebnis führen. Sämtliche Streitbeilegungsorgane der WTO (die Panel, das Berufungsgremium und die Schiedsrichter nach Art. 21.3 (c), 21.5, 22.6 und 25 DSU) agieren i.d.R. nicht von Amts wegen, was den Grundsätzen des Völkerrechts entspricht. Deswegen braucht es auch des Einspruchs des Beschwerdeführers, damit der Schiedsrichter den Umfang der Sanktionen überprüft (Art. 22.6, Satz 2, DSU), was bedeutet, dass Strafsanktionen nicht *ex officio* reduziert werden dürfen. Aus diesem Grund scheint es ausgeschlossen zu sein, dass der Schiedsrichter Aussetzungen, die niedriger als der Schaden sind, von Amts wegen erhöhen darf. Aus der Sicht des Beschwerdeführers würde dies bedeuten, dass wenn er Aussetzungen beantragt und deren Umfang niedriger als der des Schadens ist, es als stillschweigender Verzicht auf den Restumfang ausgelegt werden sollte. So hat z.B. der Beschwerdeführer in *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* Gegenmaßnahmen im Wert von etwa einer Milliarde US-Dollar beantragt, obwohl er den Schaden auf über drei Milliarden US-Dollar veranschlagte. Die Aussetzungsschiedsrichter nahmen selbstredend den niedrigeren Wert als Ausgangspunkt ihrer Berechnungen.²⁷⁵

Lawrence meint, dass das Verbot der Strafsanktionen nicht immer eingehalten werde, sondern dass es im Kontext der WTO Anzeichen einer Konzeption der Sanktionen als Strafsanktionen gäbe.²⁷⁶ An dieser Stelle sollen zwei seiner Begründung kurz kommentiert werden. Eines seiner Argumente ist die Schwierigkeiten bei der Einschätzung des Schadens, den die WTO-rechtswidrige Maßnahme verursacht hat. Damit scheint er zu meinen, dass wegen dieser Schwierigkeiten die Reziprozität nicht eingehalten werden kann und in der Praxis Sanktionen zu Strafsanktionen ausarten. Diese Folgerung ist

²⁷⁵ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 1.18, 4.1, 4.3.

²⁷⁶ Lawrence, S. 49-60.

aber nicht notwendig, denn die Ungenauigkeit der Bewertung des Schadens kann auch zu niedrige Aussetzungen bewirken.

Ein weiteres Argument leitet Lawrence von der Tatsache ab, dass sich die beschwerdeführende Partei (innerhalb der Grenzen von Art. 22.3 DSU) aussuchen kann, auf welche politisch und wirtschaftlich sensible Bereiche sie die Aussetzungen anwendet (siehe 2.1). So ist es naheliegend, dass sich der Beschwerdeführer normalerweise Sanktionen aussucht, die dem Beschwerdegegner so viel wie möglich schaden, um ihn zur Umsetzung des WTO-Rechts zu bewegen (*to induce compliance*). Es werden Sanktionen gegen die Industriebranchen eingeführt, die großen politischen Druck auf die Regierung ausüben können oder gegen Bereiche, die für die Regierung selbst sensibel sind, damit die WTO-rechtswidrige Maßnahme so bald wie möglich zurückgezogen wird. So hat etwa die EU 2002 Sanktionen gegen Produkte der USA erhoben, die in US-Bundesstaaten hergestellt wurden, in denen im Jahr 2000 in der Wahl zu seiner ersten Amtsperiode Präsident Bush Jr. nur knappe Mehrheiten erreichen konnte.²⁷⁷ Kanada hat seinerseits im Fall *US – Byrd Amendment* seine Aussetzungen so konzipiert, dass sie Güter aus US-Bundesstaaten betrafen, deren politische Vertreter das gerügte Gesetz unterstützt hatten.²⁷⁸ Auch wirtschaftlich gibt es Freiraum: Die wirtschaftliche Wirkung der Sanktionen wird vom WTO-Recht nicht als Variable aufgefasst. Das WTO-Recht geht davon aus, dass Handelsströme mit gleichem Geldwert ausgewogen sind. In Wirklichkeit ist aber nicht der Dollarbetrag ausschlaggebend, sondern die Opportunitätskosten und die eingebüßte Wohlfahrt der ausgefallenen Exporte.²⁷⁹ Der Effekt der Sanktionen wird am stärksten sein, wenn den betroffenen Exporteuren keine Ersatzabsatzmärkte zur Verfügung stehen. Die Ermächtigung der beschwerdeführenden Partei zur Bestimmung der Sanktionen, um innerhalb des in Dollar gemessenen Grenzwertes den politisch und wirtschaftlich tatsächlichen Schaden zu erhöhen, führt dazu, dass unter dem Mantel der Gleichwer-

²⁷⁷ Wall Street Journal: „EU Aims at White House in Retaliation to Steel Tariffs: Product List Targets States Valuable to Republicans in Bid for House Control“, 22. März 2002, S. A2; zitiert in Lawrence, S. 53-54. Siehe auch Barton et al., S. 74.

²⁷⁸ Khabayan, S. 278

²⁷⁹ Howse & Staiger (S. 299-312) z.B. analysieren die Wohlfahrtseffekte der WTO-Sanktionen. Die Schiedsrichter in *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Fußnote 212, haben sich ausdrücklich entschieden, die Wohlfahrtseffekte nicht in Betracht zu ziehen.

tigkeit zwischen Schaden und Sanktion (gemessen an den Handelsströmen) Strafsanktionen unentdeckt bleiben können. An diesem Punkt ist Lawrence' Argumentation überzeugend. Doch ob es tatsächlich in diesem Sinne zu Strafsanktionen kommt, dürfte in der Praxis schwer zu beantworten sein.

4.3 Graphische Darstellung der Entscheidungspraxis über Strafsanktionen und des Reziprozitätgrundsatzes

Die Entscheidungspraxis über Strafsanktionen, über das Ziel vom Umfang der Sanktionen und über den Grundsatz der Reziprozität kann mit Hilfe eines graphischen Modells dargestellt werden.²⁸⁰ Dabei wird der Nutzen analysiert, den die Staaten durch die Liberalisierung des Welthandels erhalten (dementsprechend auch der Schaden, der die Handelshemmnisse den Staaten verursachen).

Im Folgenden werden zwei Modelle vorgestellt, ein einfaches und ein komplexeres. Beide Modelle teilen vier Annahmen. Erstens umfassen sie zwei Akteure, nämlich einen Staat, der eine rechtswidrige Maßnahme einführt und einen Staat, der als Antwort darauf eine Sanktion einführt. Diese Annahme spiegelt die Tatsache wider, dass die Aussetzung von Zugeständnissen im WTO-Recht immer bilateral erfolgt, sogar in Streitfällen mit mehreren Beschwerdeführern.

Zweitens werden Nutzen und Schaden wirtschaftlich verstanden und beide Variablen quantitativ erfasst. Diese Annahme entspricht den Auslegungen der Schiedsrichter.

Drittens ist ein Hauptbestandteil der Modelle eine Gerade. Sie drückt die Annahme aus, dass der Grenznutzen konstant bleibt.

Viertens wird der Nutzen der Staaten durch eine Gerade mit positiver Steigung dargestellt. Dies drückt die Annahme aus, dass je weiter beide Staaten den Handel untereinander gegenseitig liberalisieren, um so mehr ihr Nutzen steigen wird. Deshalb bewegen sich beide Staaten in der Graphik in Richtung

²⁸⁰ Für eine frühere Version dieses Kapitels, siehe Tijmes, S. 3–15.

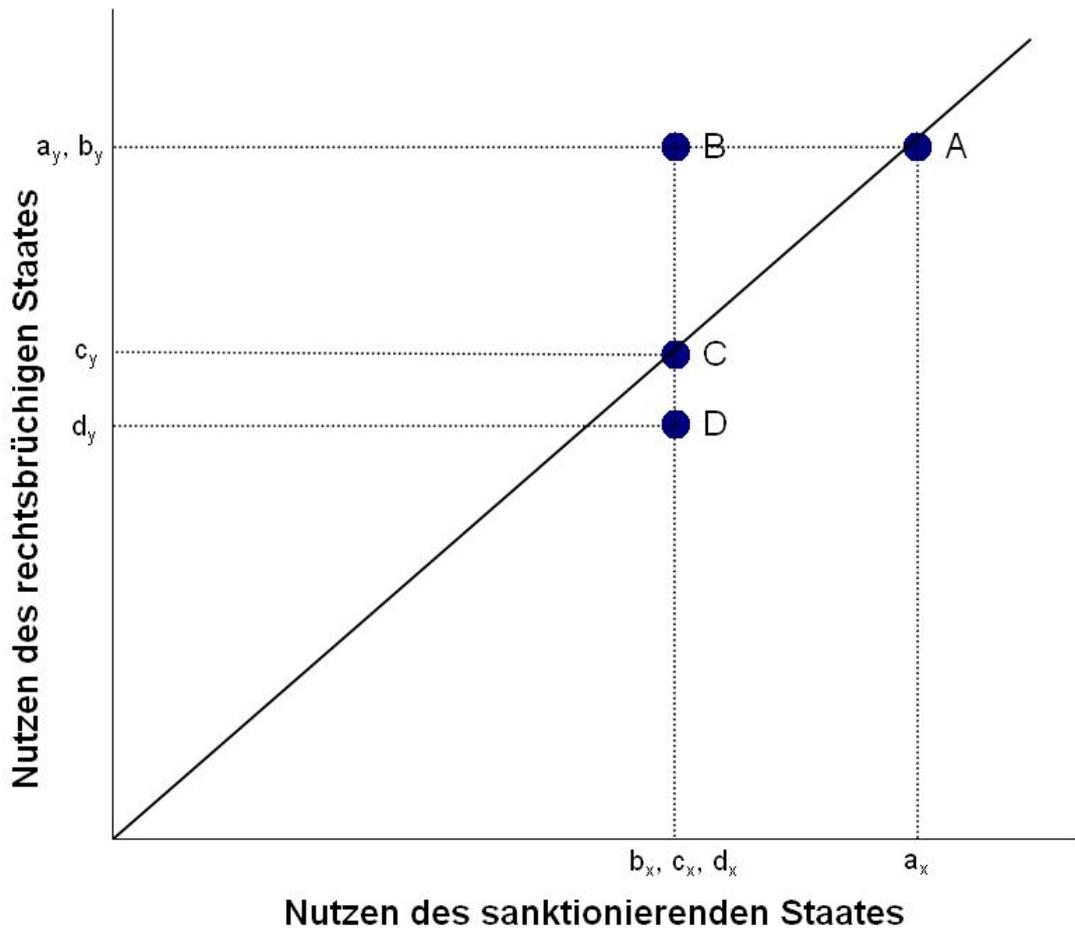
Nordosten entlang der Geraden, wenn sie gegenseitig Handelsbarrieren abbauen. Wenn ein Staat im Gegensatz dazu seine Verpflichtungen nicht erfüllt und dementsprechend der Grad an Handelsliberalisierung untereinander sinkt, reduziert sich für den anderen Staat der Nutzen. Diese Annahme bedeutet im Grunde nichts Anderes, als dass die Staaten rational agieren, wenn sie den Handel untereinander liberalisieren. (In diesen Modellen wird nicht berücksichtigt, ob auch eine einseitige Liberalisierung den Nutzen mehren kann).

Wenn in der folgenden Darstellung die Rede von Strafsanktionen und vom Ziel des Sanktionsumfangs ist, wird vom Maßstab des Art. 22.4 DSU ausgegangen. Die Auslegung der Rechtsprechung von Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen wird nicht gesondert aufgeführt, weil sie zu analogen Ergebnissen wie Art. 22.4 DSU führt. Die Interpretation laut Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen wird an dieser Stelle nicht berücksichtigt, weil noch keine eindeutige herrschende Meinung erkennbar ist.

4.3.1 Einfaches Modell

Dieses erste Modell beruht auf zwei zusätzlichen Annahmen. Erstens, wenn Staaten Vorteile zunichte machen oder schmälern, bleibt ihr eigener Nutzen konstant. Zweitens, die Steigung der Gerade beträgt 45° , was nichts anderes heißt, als dass die Liberalisierung des Handels beiden Staaten gleich viel nutzt. In anderen Worten, die zweite Annahme stellt das Prinzip der Reziprozität dar.

Als Mitglieder der WTO haben sich beide Staaten Zugeständnisse gewährt und sind gegenseitige Pflichten eingegangen (in anderen Worten, sie haben den Handel untereinander liberalisiert). Dadurch haben sie den Nutzen erreicht, der in der Graphik 1 mit dem Punkt A symbolisiert wird. Das ist der Anfangspunkt dieser Analyse.



Graphik 1

Wenn der rechtsbrüchige Staat Zugeständnisse nicht einhält oder Pflichten nicht erfüllt, bleibt der Nutzen für den rechtsbrüchigen Staat *ceteris paribus* konstant ($a_y = b_y$) und sinkt der Nutzen des betroffenen Staates in Höhe von $a_x - b_x$. Anders gesagt, sie bewegen sich von A zum Punkt B. Diese Situation ist der Ausgangspunkt für das Schiedsverfahren gemäß Art. 22.6 DSU. Die Schiedsrichter können den rechtsbrüchigen Staat nicht zwingen, die Ausgangslage A wieder herzustellen. Stattdessen können sie den betroffenen Staat erlauben, Gegenmaßnahmen einzuführen, d.h. seinerseits Zugeständnisse oder sonstige Pflichten auszusetzen bezüglich des rechtsbrüchigen Staates, z.B. indem er die Zollgebühren für Importe aus dem rechtsbrüchig gewordenen Staat erhöht.

Je nachdem, welches Ziel die Schiedsrichter der quantitativen Bestimmung der Sanktionen zuschreiben, werden sie versuchen, die Streitparteien zum Punkt C oder zum Punkt D zu rücken. Dabei ist Folgendes zu beachten:

Aufgrund der Annahme, dass der Nutzen konstant bleibt für den Staat, der Vorteile zunichte macht oder schmälert, wird der sanktionierende Staat in beiden Fällen in einer mit b_x isonützlichen Lage bleiben.

Unter dem Gesichtspunkt von *to rebalance concessions* müssten die Aussetzungen die Zugeständnisse zwischen den Parteien wieder ins quantitative Gleichgewicht bringen. Gemäß Art. 22.4 und 22.7, 1. Satz, DSU soll der Umfang der Aussetzung dem Umfang des Schadens entsprechen: d.h., $b_y - c_y = a_x - b_x$. Da der Winkel der Gerade 45° beträgt, ist das Ergebnis ein Punkt auf der Gerade: der Punkt C. Bei diesem Punkt besteht ein Nutzengleichgewicht zwischen beiden Parteien, obwohl selbstverständlich dieses Gleichgewicht suboptimal in Vergleich zu A ist.²⁸¹

Wenn aber das Ziel der quantitativen Bestimmung der Sanktionen *to induce compliance* ist, sollten die Schiedsrichter einen Punkt anpeilen, bei dem der rechtsbrüchige Staat stärkere Einbußen seines Nutzen erdulden muss als der von der Rechtsverletzung betroffene Staat ($b_y - d_y > a_x - b_x$). Dieser Punkt wird sich unterhalb der Gerade befinden, wie etwa der Punkt D. In diesem Punkt ist der Nutzen des rechtsbrüchigen Staates niedriger als der Nutzen, den er mit dem betroffenen, sanktionierenden Staat ausgehandelt haben könnte. Es ist zu erwarten, dass diese Situation einen genug starken Anreiz für den rechtsbrüchigen Staat bedeutet, damit er seine Rechtsverletzung beseitigt, so dass beide Parteien zum Punkt A zurückkehren. Doch außerdem erleidet der rechtsbrüchige Staat wegen der Sanktion einen Schaden, der größer ist als der Schaden, den die Zunichtemachung oder Schmälerung dem betroffenen Staat zugefügt hat ($b_y - d_y > a_x - b_x$). Auch diese Tatsache dürfte die Anreize vergrößern.

Der Punkt D aber stellt dar, was die Aussetzungsschiedsrichter Strafsanktionen nennen. Solche Sanktionen sind laut der herrschenden Rechtssprechung nicht erlaubt, da ja das Gleichgewicht der Zugeständnisse und Pflichten wieder hergestellt werden soll (der Punkt C).

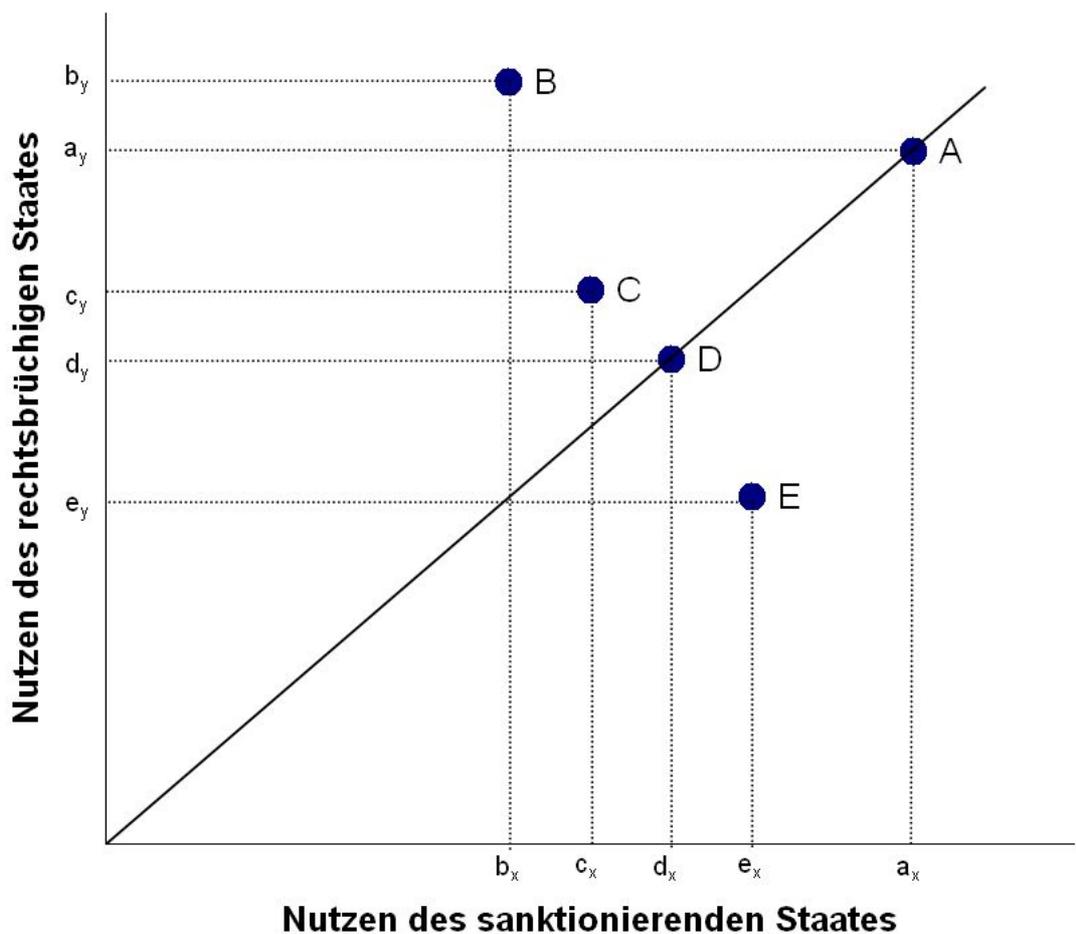
Mit diesem einfachen Modell kann man die Argumente der Aussetzungsschiedsrichter in Bezug auf den Umfang der Aussetzungen und dessen Ziel

²⁸¹ Siehe z.B. *EC – Bananas III (US) (Article 22.6)*, Abs. 4.1-4.15, 6.5.

graphisch darlegen und rekonstruieren. Somit kann man deutlicher erkennen, innerhalb welcher gedanklichen Muster sich die Schiedsrichter bewegen.

4.3.2 Modell mit gelockerten Bedingungen

Für dieses komplexere Modell werden einige Bedingungen gelockert, um ihn wirklichkeitsgetreuer zu gestalten. Erstens wird angenommen, dass der Nutzen der Staaten variieren kann, wenn sie Vorteile zunichte machen oder schmälern. Um die Erklärungen zu vereinfachen, wird in der folgenden Diskussion nur eine Steigerung des Nutzens analysiert. Zum Beispiel könnte ein Staat Optimalzölle einführen und seine *terms of trade* verbessern. Zweitens wird nicht mehr angenommen, dass die Steigung der Gerade 45° beträgt, sondern dass sie von Fall zu Fall unterschiedlich ist und zwischen 0° und 90° beträgt. D.h., ein Staat kann stärker als der andere von der Handelsliberalisierung profitieren, weshalb die Reziprozität nicht unbedingt gewährleistet ist.



Graphik 2

Auch dieses Mal fängt diese Analyse bei Punkt A an. Wenn der rechtsbrüchige Staat Vorteile zunichte macht oder schmälert, steigt sein Nutzen ($b_y - a_y$) und verringert sich der Nutzen des betroffenen Staates ($a_x - b_x$). Auf der Graphik 2 wird das Ergebnis mit dem Punkt B symbolisiert.

Wenn nun der betroffene Staat Zugeständnisse aussetzt, wird er seinerseits Vorteile der Gegenpartei zunichte machen oder schmälern und deshalb wird sein eigener Nutzen steigen, während der Nutzen des rechtsbrüchigen Staates sinken wird. In anderen Worten, sie bewegen sich in Richtung Südosten.

Wenn der Umfang der Sanktionen dem Umfang des erlittenen Schadens entsprechen soll (Art. 22.4 und 22.7 DSU), sollte der Umfang der Gegenmaßnahme $a_x - b_x$ entsprechen. Andernfalls handelte es sich um Strafsanktionen. Doch aufgrund von zwei Gründen ist nicht vorsehbar, ob das Ergebnis der Aussetzung ein Punkt über (z.B. der Punkt C, wobei $a_x - b_x = b_y - c_y$), auf (z.B. der Punkt D, wobei $a_x - b_x = b_y - d_y$) oder unter (z.B. der Punkt E, wobei $a_x - b_x = b_y - e_y$) der Gerade sein wird. Erstens, weil die Steigung der Gerade nicht definiert ist. Zweitens, weil wir nicht wissen, inwiefern sich der Nutzen beider Staaten ändert, wenn einer von ihnen seinen Verpflichtungen nicht nachkommt; in anderen Worten, wir kennen nicht das Maß der Elastizität zwischen dem Nutzen beider Staaten.

Wenn aber der Ziel des Umfangs der Sanktionen ist, den rechtsbrüchigen Staat zur Einhaltung des WTO-Rechts zu bewegen, eröffnen sich zwei Möglichkeiten:

Erstens könnten wir uns auf die Auswirkungen der Aussetzung auf den rechtsbrüchigen Staat konzentrieren und die Effekte auf den sanktionierenden Staat als irrelevant betrachten. Die Sanktion könnte dem rechtsbrüchigen Staat einen Schaden zufügen, dessen Umfang größer ist als der Umfang des durch den Rechtsbruch gezogenen Nutzens. D.h., dieser Staat sollte in eine schlechtere Position als die Anfangslage gebracht werden, was in der Graphik 2 unterhalb von a_y liegen würde (zum Beispiel der Punkt C, D oder E). Oder die Aussetzung könnte den rechtsbrüchigen Staat in einer schlechteren Lage belassen, als die die er durch Verhandlungen mit dem sanktionierenden Staat erreichen könnte. Anders gesagt, ein Punkt unterhalb der Gerade, wie z.B. der Punkt E.

In beiden Fällen bestünde für den rechtsbrüchigen Staat ein Anreiz, um seinen Verpflichtungen nachzukommen, damit der sanktionierende Staat die Gegenmaßnahmen zurücknimmt und beide Staaten einen höheren Nutzen erreichen.

Zweitens könnten die Sanktionen den rechtsbrüchigen Staat in eine schlechtere Position als die des sanktionierenden Staates versetzen. Das Ergebnis wird abhängen von der Neigung der Gerade und vom Nutzen, den jede Partei von der Nichteinhaltung ihrer Verpflichtungen zieht. Im Endeffekt kann die Gegenmaßnahme den Nutzen des rechtsbrüchigen Staates stärker mindern als der Rechtsbruch den Nutzen des sanktionierenden Staates (z.B. der Punkt C wenn $a_x - b_x < b_y - c_y$, D wenn $a_x - b_x < b_y - d_y$, oder E wenn $a_x - b_x < b_y - e_y$). Außerdem kann die Aussetzung dem sanktionierenden Staat mehr Nutzen bereiten als der Rechtsbruch dem rechtsbrüchigen Staat genutzt hatte (z.B. der Punkt C wenn $c_x - b_x > b_y - a_y$, D wenn $d_x - b_x > b_y - a_y$, oder E wenn $e_x - b_x > b_y - a_y$). Des weiteren könnten diese beiden Effekte gleichzeitig eintreten.

Nebenbei bemerkt, sollten die Auswirkungen auf den sanktionierenden Staat nicht aus dem Auge verloren werden. Je näher an a_x er sich dank der Aussetzung befindet, desto kleiner der Anreiz für ihn, um auf eine baldige Lösung des Streitfalles zu drängen. Es wäre u.U. sogar denkbar, dass der rechtsbrüchige Staat sehr große, während der sanktionierende Staat nur geringe Nutzeinbußen verkraften muss, und dass letzterer Verzögerungstaktiken anwendet.

Zusammenfassend zeigt das zweite Modell, dass der Sanktionsumfang zu den gleichen Ergebnissen führen kann, egal ob er dem vom sanktionierenden Staat erlittenen Schaden entsprechen soll oder ob er den rechtsbrüchigen Staat zur Rücknahme der Rechtswidrigkeit bewegen soll. (Einzige Ausnahme dazu ist die Variante, in der die Aussetzung den rechtsbrüchigen Staat in einer schlechteren Position belässt als die, die er durch Verhandlungen mit dem sanktionierenden Staat erreichen könnte, denn in diesem Fall wird sich der rechtsbrüchige Staat unbedingt unterhalb der Gerade befinden.) Dieses Modell veranschaulicht, dass die Auswirkung der Sanktionen auf den Nutzen der Streitparteien (und dementsprechend auf die Anreize) weitgehend unvorsehbar ist. Grund dafür ist, dass diese Auswirkungen stark von Variablen abhängen, deren Wert die Schiedsrichter weder kennen noch beeinflussen können (wie

auch eingeräumt wurde²⁸²), wie zum Beispiel das Maß in dem ein Rechtsbruch bzw. eine Zunichtemachung den Nutzen von jedem Staat bestimmt und den Nutzen, den die Parteien von der Handelsliberalisierung ziehen (durch die Neigung der Gerade symbolisiert). Was das Verhältnis zwischen den Zielen des Sanktionsumfangs und den Effekten der Gegenmaßnahmen anbelangt, sind nur Tendenzen voraussehbar: In der Tat, wird ein Schiedsrichter, der in seiner Auslegung das Ziel der Entsprechung zwischen Schaden und Sanktion bevorzugt, möglicherweise einen geringeren Aussetzungsumfang erlauben als ein Schiedsrichter, der dem Ziel der Anreize zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen des DSB den Vorrang zugesteht. D.h., es kann nicht ausgeschlossen werden, dass die Diskussion über die Ziele des Sanktionsumfangs und die Gewichtung dieser Ziele in vielen Fällen geringe praktische Auswirkungen auf den Effekt der Aussetzung haben könnte.

4.3.3 Zwischenergebnis

Das einfache Modell erklärt, wie die Aussetzungsschiedsrichter den Umfang der Aussetzungen verstanden haben. Mit Hilfe des zweiten Modells mit gelockerten Bedingungen wird jedoch deutlich, inwiefern die Wirklichkeitstreue des einfachen Modells begrenzt ist. Das bedeutet, dass solange sich die Schiedsrichter ausschließlich am Umfang des Schadens und der Sanktion orientieren, die Auswirkungen der Gegenmaßnahmen größtenteils unvorsehbar sind. Die Auslegung der Ziele des Sanktionsumfangs, die die jeweiligen Schiedsrichter übernehmen, wird nur tendenzielle Effekte entfalten. Doch daraus ist nicht abzuleiten, dass die Diskussionen über diese Ziele und über die Strafsanktionen unvernünftig gewesen seien. Erstens haben die Streitparteien oft selber diese Diskussionen angeregt, weshalb sich die Schiedsrichter schwer davon hätten entziehen können. Zweitens könnte der Nachdruck der Schiedsrichter auf die Entsprechung zwischen Schadens- und Sanktionsumfang ein Ausdruck des Entschlusses sein, sich an die Auflagen des DSU zu halten – was schließlich die Legitimität des WTO-Streitbeilegungssystems stärken dürfte.

²⁸² US – *Byrd Amendment* (Article 22.6), s254, s263.

4.4 Diachronisch variables Sanktionsziel: Karussell-Sanktionen

Unter dem Begriff der Karussell-Sanktionen wird verstanden, dass die beschwerdeführende Partei eine Liste erstellt mit den von Sanktionen potentiell betroffenen Gütern. Welche Güter tatsächlich zu einem bestimmten Zeitpunkt betroffen sind, variiert im Laufe der Zeit und wird nur relativ kurzfristig mitgeteilt. Dabei wird zu keiner Zeit der erlaubte Höchstumfang an Aussetzungen (synchron gemessen an den Handelsströmen) überschritten. Dadurch aber, dass die Industrien nicht vorsehen können, ob und wann sie tatsächlich von den Aussetzungen betroffen sein werden, entstehen wirtschaftliche Kosten für sie (die als *chilling effects* bezeichnet worden sind²⁸³). Außerdem passen sich die wirtschaftlichen Akteure mittel- bis langfristig an die Störung der Handelswege an, weshalb sich kurzfristig immer wieder ändernde Sanktionen am meisten schaden und effektiver sind.²⁸⁴ Anders gesagt: Karussell-Sanktionen erlauben es, die kurzfristigen Effekte der Sanktionen mittel- bis langfristig aufrecht zu erhalten. Im Endeffekt sind Karussell-Sanktionen ein Mittel, um den wirtschaftlichen Schaden der Sanktionen zu erhöhen (konkret, um *chilling effects* auszunützen), ohne den erlaubten, an den Handelsströmen synchron gemessenen Aussetzungsumfang zu überschreiten. Sie nutzen also ein Merkmal der benutzten Messmethodik aus.

Nur wenn die Aussetzungen an den Handelsströmen gemessen werden, wird im Fall von Karussell-Sanktionen dem Verbot von Strafsanktionen Rechnung getragen. Der Beschwerdeführer will aber mit den Karussell-Sanktionen, dass der Umfang der Wohlfahrtsminderung des Beschwerdegegners größer als der eigene ist. Anders ausgedrückt, gemessen an den Handelsströmen erfüllt der Umfang der Karussell-Sanktionen die Auflagen von Art. 22.4 DSU, Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen bzw. Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen, gemessen an den Wohlfahrtseffekten des Schadens und der Aussetzung sind es aber Strafsanktionen. Somit können Karussell-Sanktionen, je nach Messlatte, *to rebalance concessions* erreichen und gleichzeitig im Sinne von *to induce*

²⁸³ Siehe auch z.B. *United States – Section 306*, S. 1.

²⁸⁴ Kerr & Gaisford, S. 171-176.

compliance stehen.

Einige Autoren meinen, dass Höhe und Wirksamkeit der Sanktionen von den WTO-Streitbeilegungsorganen festgelegt werden.²⁸⁵ Das stimmt nicht ganz. Die Aussetzungsschiedsrichter legen die Höhe der Sanktionen fest und dem Beschwerdeführer bleibt (innerhalb der Grenzen des Art. 22 DSU) grundsätzlich überlassen, evtl. eine größtmögliche Wirksamkeit der Sanktionen zu erzielen, indem bestimmte, etwa wirtschaftlich oder politisch sensible Güter anvisiert werden (siehe 2.1). Die Frage ist, ob den Beschwerdeführern zusätzliche, nicht explizit im DSU erwähnte Grenzen auferlegt werden sollten, damit die Wirksamkeit der Aussetzungen nicht zu stark erhöht wird. Das ist im Grunde das größte Problem der Untersagung der Karussell-Sanktionen. Andererseits spricht gegen die Billigung der Karussell-Sanktionen, dass das DSB eine einzige Genehmigung zur Aussetzung von Zugeständnissen erteilt.

Karussell-Sanktionen wurden zum ersten Mal in einer Aussetzungsentcheidung im Rahmen des Hormonfalles thematisiert.²⁸⁶ (Karussell-Sanktionen waren schon kurz davor im Kontext des Bananenfalles diskutiert worden, jedoch nach Verkündung der entsprechenden Aussetzungsentcheidung, weshalb die Entscheidung des Hormonfalls die erste war²⁸⁷). Da die USA als Beschwerdeführer meinten, sie hätten gegenwärtig nicht vor, Karussell-Sanktionen einzuführen, haben sich die Schiedsrichter nicht weiter zu diesem Thema geäußert.²⁸⁸ Ein gewisses Unbehagen über die Karussell-Sanktionen wird bei den Schiedsrichtern dennoch deutlich, denn sie deuteten die relativ neutrale Aussage der USA eines gegenwärtigen Vorhabens als ein einseitiges Versprechen zu einem endgültigen Verzicht auf Karussell-Sanktionen.²⁸⁹ Wenn man bedenkt, dass der in der Entscheidung genehmigte Aussetzungsumfang angeblich zu gering war, um die EG überhaupt an den Verhandlungstisch zu bringen²⁹⁰, war der Effekt der bloßen Androhung der Karussell-Sanktionen erstaunlich. Die EG hat im Juni 2000 das Streitbeilegungsverfahren *United States – Section 306* eingeleitet und

²⁸⁵ Hilf (2005), S. 15.

²⁸⁶ Zum innenpolitischen Hintergrund des Ersuchens der USA nach Karussell-Sanktionen, siehe Wüger, S. 804-809, und Ford, S. 547-549.

²⁸⁷ Komuro, S. 51-52.

²⁸⁸ *EC – Hormones (US)* (Art. 22.6), Abs. 22.

²⁸⁹ *EC – Hormones (US)* (Art. 22.6), Abs. 22.

²⁹⁰ Ford, S. 559, 562-653.

gungsverfahren *United States – Section 306* eingeleitet und Konsultationen mit den USA gehalten. Außerdem hat der Vorschlag von Karussell-Sanktionen bis in die Ministerkonferenz von 1999 in Seattle Wellen geschlagen²⁹¹ und ist in den Verhandlungen zur Überprüfung des DSU thematisiert worden.²⁹² Wenn das Ziel für die USA war, den allgemeinen Effekt der Sanktionen zu steigern, dann haben sie ihn wohl erreicht, da die Karussell-Sanktionen für eine verstärkte öffentliche Diskussion des Falles sorgten.

4.5 Diachronisch variabler Sanktionsumfang

Der Beschwerdeführer in *US – Gambling (Art. 22.6)* vertrat die Ansicht, der Schadensumfang sei größer geworden seit dem Ende des angemessenen Zeitraums zur Umsetzung von Empfehlungen und Entscheidungen und würde auch in Zukunft weiterhin steigen. Die Schiedsrichter entschieden, die Entwicklung des Umfangs nach dem Umsetzungszeitraum dürfe nicht einberechnet werden, weil sonst die Gleichwertigkeit zwischen Schaden und Sanktion nicht gewährleistet werden könnte.²⁹³ Diese Auslegung zum Augenblick der Schadensmessung entspricht der gängigen Entscheidungspraxis. Der Fehler des Beschwerdeführers war, dass er keinen diachronisch variablen Sanktionsumfang beantragt hatte, denn falls der Schadensumfang im Laufe der Zeit ansteigen droht, ist ein solcher Antrag für den Beschwerdeführer taktisch sinnvoll.

Oft kann man nämlich davon ausgehen, dass sich der Schadensumfang nach Abschluss des Aussetzungsschiedsverfahrens verändert hat oder verändern wird. Dieser Umstand war bis 2003 nicht berücksichtigt worden, weil die beschwerdeführenden Parteien einen fixen Aussetzungsumfang beantragt und zugesagt bekommen hatten. In *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)* und in *US – Upland Cotton (Art. 22.6)* jedoch wurden Sanktionen mit diachronisch variablem Wert beantragt, d.h. Aussetzungen, deren Umfang sich im Laufe der Zeit automatisch an eventuellen Änderungen des Umfangs der Zunichtemachung anpasst. Dieser Vorschlag widerspricht nicht dem WTO-Recht, da das DSU keinen fixen Sanktionsumfang vorschreibt. Diachro-

²⁹¹ Komuro, Fußnote 135.

²⁹² Wüger, S. 804-812; Zimmermann (2004), S. 147-149; Mercurio, S. 831 und Fußnote 163.

²⁹³ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.140-3.144.

nisch variable Sanktionsbeträge erfüllen die Anforderung von Art. 22.4 DSU sogar besser als fixe Aussetzungsbeträge, weil die Entsprechung mit dem Umfang der Zunichtemachung jederzeit erhalten bleibt. Somit wird dem Ziel *to rebalance concessions* Rechnung getragen.

Des weiteren bieten diachronisch variable Sanktionsbeträge einen weiteren Vorteil in Bezug auf den Anreiz für die Umsetzung der Entscheidung (*to induce compliance*). Im Normalfall wird ein fixer Aussetzungsumfang festgesetzt. Deshalb besteht erstens für den Beschwerdegegner ein Anreiz, nach der Verkündung der Entscheidung den Umfang der Zunichtemachung zu steigern, um die Differenz zwischen Aussetzung und Schaden zu vergrößern. Zweitens hat normalerweise der Beschwerdeführer das Recht, Zugeständnisse auszusetzen, bis die Zunichtemachung vollkommen beseitigt worden ist. Es besteht demnach kein großer Anreiz, um schrittweise den Schaden zu beheben. Demgegenüber bieten diachronisch variable Sanktionsbeträge passende Anreize an, um die Umsetzung der DSB-Entscheidung zu begünstigen. Erstens besteht kein Anreiz mehr, nach Abschluss des Schiedsverfahrens den Schaden zu erweitern, denn die Differenz zwischen Zunichtemachung und Sanktion bleibt normativ konstant (weil der Umfang der Sanktion parallel zum Umfang des Schadens steigt). Ob sie auch faktisch konstant bleibt, müsste von Fall zu Fall ökonomisch bestimmt werden. Fest steht aber, dass faktisch, dank diachronisch variablem Sanktionsumfang, die Differenz immerhin weniger stark zunimmt als bei einem fixen Umfang. Zweitens bieten diachronisch variable Aussetzungsumfänge dem Beschwerdegegner Anreize, um stufenweise die Zunichtemachung zu beseitigen – und jede Minderung des Schadens ist als Teilerfolg zu verbuchen und ein Schritt in Richtung zur vollen Umsetzung (Art. 22.1 DSU).

Es ist zu betonen, dass diachronisch variable Sanktionsbeträge dem Beschwerdegegner die Kontrolle über den Aussetzungsumfang geben. Das kann, wie schon erwähnt, den Anreiz erhöhen, um den Rechtsbruch zu beheben. Andererseits könnte der Beschwerdegegner (böswillig oder nicht) den Schadensumfang kurzfristig und wiederholt ändern, was einen hohen Verwaltungsaufwand für die beschwerdeführende Regierung und mangelnde Vorsehbarkeit für die wirtschaftlichen Akteure hervorrufen könnte und u.U. die Wirkung der Sanktionen verringern könnte.

Die Schiedsrichter haben diachronische variable Aussetzungsumfänge mit der von der GATT-Rechtssprechung entwickelten Unterscheidung zwischen Verstößen *as such* und *as applied* begründet. Sie meinten, im Falle von Verstößen *as such* müssten die Sanktionen den jeweiligen Anwendungen der gerügten Maßnahme angepasst werden.²⁹⁴ Diese Auslegung scheint fraglich und ist kritisiert worden.²⁹⁵ Später, im Jahr 2009, haben die Schiedsrichter einen diachronisch variablen Sanktionsumfang zugelassen, ohne zwischen Verstößen *as such* und *as applied* zu unterscheiden²⁹⁶, wobei hervorzuheben ist, dass sich die Streitparteien über die Einfuhr von diachronisch variablen Sanktionen einig waren. Es bleibt zu sehen, ob (sogar bei Uneinigkeit zwischen den Streitparteien) in Zukunft die Aussetzungsschiedsrichter diese Unterscheidung nicht mehr anwenden und somit Verstöße prinzipiell mit diachronisch variablen Aussetzungsbeträgen gekontert werden können.

Auch bestimmte Elemente der Berechnungsgrundlage des Schadens könnten diachronisch variabel gestaltet werden. So hätte z.B. etwa in *US – Upland Cotton (Art. 22.6)* im Laufe der Zeit von kurzfristigen Elastizitätswerten auf langfristige gewechselt werden können.²⁹⁷ Dieser Ansatz würde eine interessante Entwicklung darstellen und die diachronisch variable Berechnung des Schadensumfangs einen Schritt weiter führen.

4.6 Cross retaliation

Art. 22.3 DSU regelt, welche Zugeständnisse und Pflichten ausgesetzt werden dürfen. Hierfür werden je nach Sektor und Übereinkommen drei Varianten unterschieden.

Grundsätzlich sollen Zugeständnisse oder Pflichten aus dem selben Sektor ausgesetzt werden, in dem das Panel oder das Berufungsgremium einen Verstoß oder eine sonstige Zunichtemachung oder Schmälerung festgestellt hat (Art. 22.3 (a) DSU) – sog. *parallel retaliation*. Dabei ist einerseits zu beachten, dass nicht der Verstoß, die Zunichtemachung oder die Schmälerung aus-

²⁹⁴ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 6.14, 6.15, 6.18; *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s240-s256.

²⁹⁵ Jürgensen, S. 335.

²⁹⁶ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.5, 4.279, 5.201, 6.5.

²⁹⁷ Grossman & Sykes, S. 162.

schlaggebend sind, die ursprünglich vom Panel oder Berufungsgremium festgestellt wurden, sondern die Sektoren, in denen laut Art. 21.5 DSU mangelnde Umsetzung konstatiert worden ist.²⁹⁸ Andererseits ist zu beachten, dass das GATS und das TRIPS-Übereinkommen in Sektoren aufgeteilt werden, nicht aber das GATT (Art. 22.3 (f) (i) DSU), weshalb das Ermessen des Beschwerdeführers größer in Bezug auf den Warenhandel ist.²⁹⁹

Ist die erste Variante nicht möglich oder nicht wirksam, dürfen die Aussetzungen Zugeständnisse oder Pflichten aus anderen Sektoren desselben Übereinkommens treffen (Art. 22.3 (b) DSU). Ist die zweite Variante auch nicht möglich oder nicht wirksam und sind die Umstände ernst genug, dürfen Zugeständnisse oder Pflichten aus anderen Übereinkommen ausgesetzt werden (Art. 22.3 (c) DSU). Außerdem müssen für die zweite und die dritte Variante erstens der Handel des jeweiligen Handelsbereiches und seine Bedeutung, zweitens die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte der Zunichtemachung, drittens die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung berücksichtigt werden (Art. 22.3 (d) DSU) und viertens muss die beschwerdeführende Partei ihren Antrag begründen und ihn den entsprechenden Organen zuleiten (Art. 22.3 (e) DSU). Die in Art. 22.3 (b) und (c) DSU erlaubten Varianten werden als jeweils *cross-sector retaliation* und *cross-agreement retaliation* bezeichnet, wobei als Sammelbegriff für beide *cross retaliation* benutzt wird.

Wie schon erklärt (siehe 1.1), sind Aussetzungen die *ultima ratio*. Aus den eben zitierten Normen des DSU wird ersichtlich, dass außerdem *cross retaliation* innerhalb dieser *ultima ratio* einen Ausnahmefall bilden soll, was die Aussetzungsschiedsrichter auch von Anfang an und wiederholt erwähnt haben.³⁰⁰ Rein statistisch ist sie auch nur ausnahmsweise beantragt worden und zwar bis jetzt in drei Fällen: In *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, *US – Gambling (Art. 22.6)* und *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*.

Matsushita, Schoenbaum & Mavroidis scheinen der Meinung zu sein, die

²⁹⁸ Komuro, S. 38.

²⁹⁹ Anderson (S. 16) findet verblüffend, dass gerade das GATT nicht in Sektoren zergliedert wird, obwohl der Warenhandel weit bedeutender ist als der Dienstleistungshandel oder die handelsbezogenen Aspekte der Rechte des geistigen Eigentums. Vielleicht ist es aber gerade wegen dieser Relevanz, weshalb sich die Staaten einen „sehr weiten Ermessensfreiraum“ (Waincymer, S. 686) sichern wollten.

³⁰⁰ Etwa *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 3.7; *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 45.

Schiedsrichter hätten (auch wenn die betroffene Partei keinen entsprechenden Einspruch nach Art. 22.6 Satz 2 erhebt) laut Art. 22.7 DSU die Befugnis und die Pflicht, von Amts wegen die Beachtung der Grundsätze und Verfahren von Art. 22.3 und den Umfang der Aussetzungen nach Art. 22.4 DSU zu überprüfen.³⁰¹ Diese Auslegung scheint m.E. aus zwei Gründen wenig sinnvoll zu sein. Erstens kommt es ohne Einspruch der betroffenen Partei nicht zu einem Schiedsverfahren (Art. 22.6 Satz 2). Es scheint sinnvoller zu sein anzunehmen, dass ein Schiedsgericht, das sich nicht *ex officio* bilden kann, auch nicht von Amts wegen sein Mandat festlegen (und dementsprechend Streitfragen aufwerfen) kann. Zweitens ist es ein Grundsatz des Völkerrechts, dass Streitbeilegungsorgane sich ausschließlich mit den von den Parteien aufgeworfenen Fakten und Rechtsargumenten befassen, wie ja auch diese Autoren erwähnen.³⁰²

Die Vorteile von *cross retaliation* liegen auf der Hand. Erstens, *cross retaliation* bietet dem Beschwerdeführer den Vorteil, dass er bei gleichem Aussetzungsumfang dank vermehrter Freiheit in der Gestaltung der Sanktionen den Druck auf den Beschwerdegegner steigern kann (*to induce compliance*). Es ist oft für die Beschwerdeführer wirksamer, Sanktionen gegen Märkte des Beschwerdegegners zu richten, auf denen sie einen entscheidenden Einfluss haben, statt gegen seine Märkte, die sie öffnen wollen.³⁰³ Zweitens hat der Beschwerdeführer mehr Möglichkeiten, um den von ihm selber durch die Sanktionen erlittenen Schaden zu begrenzen. Deshalb ist Andersons Frage naheliegend, wieso *cross retaliation* keine Standardoption ist³⁰⁴, und Zimmermann meint, dass es besonders für Entwicklungsländer so sein sollte.³⁰⁵ Drittens betonen die Autoren oft, dass *cross retaliation* besonders für Entwicklungsländer in Streitfällen gegen Industrienationen nützlich sein kann.³⁰⁶ Andererseits sollen die USA schon während der 1980er Jahre Sanktionen nach dem Muster, das im WTO-Recht als *cross retaliation* bezeichnet wird, sehr wirkungsvoll be-

³⁰¹ „If there is no challenge, the complainant must still abide by the Article 22.4 DSU standard [...] It is [the arbitrators'] duty, in accordance with Article 22.7 of the DSU, to ensure that the relevant provisions of the DSU (effectively DSU Article 22.3 and 22.4) are observed“ (Matsushita, Schoenbaum & Mavroidis, S. 90-91).

³⁰² Matsushita, Schoenbaum & Mavroidis, S. 91.

³⁰³ Stoll & Steinmann, S. 422.

³⁰⁴ Anderson, S. 16.

³⁰⁵ Zimmermann, S. 150-151.

³⁰⁶ Marceau, S. 10; Letzel, S. 329.

sonders gegen Entwicklungsländer eingeführt haben.³⁰⁷ Viertens kann *cross retaliation* bezüglich des TRIPS-Übereinkommens ähnliche Effekte wie ein Ressourcentransfer entfalten.³⁰⁸ Zuletzt sei noch erwähnt, dass eine Diskussion über erweiterte Formen von *cross retaliation* ertragreich sein könnte, z.B. um die Aussetzung von Doppelbesteuerungsabkommen zu Lasten von Firmen aus der beklagten Partei oder von Kulturabkommen zu erlauben.

Übrigens wird *cross retaliation* auch in Art. 2019 des Nordamerikanischen Freihandelsabkommens (NAFTA) erlaubt.

Im Folgenden wird eingehender auf die Entscheidungspraxis zu *cross retaliation* eingegangen.

4.6.1 EC – Bananas (US) (Art. 22.6)

In *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)* wurde *parallel retaliation* beantragt und gestattet. Doch indem die Entscheidung in Abs. 3.8-3.10 definiert, was *parallel retaliation* ist, wird eine wichtige Frage zum Wesen von *cross retaliation* beantwortet.

Die EG als Beschwerdegegner meinten, dass der Umfang der Gegenmaßnahmen dem Umfang des Schadens in jedem der betroffenen Sektoren und Übereinkommen entsprechen müsste. In anderen Worten: der Beschwerdeführer dürfe den Umfang des in einem Sektor bzw. Übereinkommens erlittenen Schadens nicht durch Sanktionen in einem anderen Sektor bzw. Übereinkommen vergelten. Sonst würde, so die EG, *cross retaliation* stattfinden.

Die Schiedsrichter entschieden sich für eine andere Auslegung. Die USA als Beschwerdeführer dürften frei die Gegenmaßnahmen gestalten und deren Umfang verteilen, solange Sektoren und Übereinkommen betroffen seien, in denen ein Verstoß festgestellt worden sei. Diese Auslegung entspricht dem Wortlaut von Art. 22.3 (a) DSU, der in Bezug auf *parallel retaliation* einen Rückgriff sowohl auf den Verstoß als auch auf die Zunichtemachung oder Schmälerung erlaubt.³⁰⁹

³⁰⁷ Stoll & Steinmann, S. 422.

³⁰⁸ Grossmann & Sykes, S. 161.

³⁰⁹ Deshalb ist O'Connors (S. 255) und Jayagovinds diesbezügliche Kritik (S. 19) nicht berech-

Diese Auslegung kann weitreichende Folgen haben. Wenn der Schaden oder der Verstoß verschiedene Sektoren und Übereinkommen betrifft, kann der Gesamtumfang der Aussetzungen einen einzigen Sektor oder Übereinkommen treffen, ohne den Rahmen von *parallel retaliation* zu sprengen. Anders gesagt, solange in einem Sektor A ein Schaden festgestellt wird, kann ein Mitglied Zugeständnisse eines anderen Sektors B aussetzen, auch wenn der Verstoß in diesem Sektor B keinen Schaden anrichtet. Somit wird im Endeffekt, wie Trachtman sagt, *parallel retaliation* mit maximaler Flexibilität ausgestattet.³¹⁰

4.6.2 EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)

Im Bananenfall hat Ecuador im November 1999 beim DSB Aussetzungen von Zugeständnissen des GATT, GATS und TRIPS beantragt. Bezüglich des GATT hat Ecuador gemeint, dass die Aussetzung weder möglich noch wirksam sei und dass die Umstände ernst genug seien. Die EG hat Ecuadors Antrag widersprochen und ein Schiedsverfahren laut Art. 22.6 DSU eingeleitet mit der Begründung, die Höhe der verlangten Aussetzung stimme mit dem tatsächlichen Schaden nicht überein und Ecuador habe die Regeln des Art. 22.3 DSU nicht befolgt. Die Aussetzungsschiedsrichter waren befugt, den folgenden zwei Fragen nachzugehen.³¹¹

Erstens, ob der Umfang der beantragten Aussetzung (450 Millionen US\$) dem festgestellten Verstoß entsprach. Die Schiedsrichter meinten, dass dies nicht der Fall sei und haben Schaden im Wert von 201.6 Millionen US\$ festgestellt.³¹²

Die zweite Frage war, ob Ecuador die Grundsätze und Verfahren des Art. 22.3 DSU beachtet habe, nämlich ob die Umstände ernst genug seien und ob die Aussetzung von Zugeständnissen im selben Sektor nicht möglich und nicht wirksam seien. Um diese Frage zu beantworten, haben die Schiedsrichter besonderen Wert auf den Grundsatz der Sonderbehandlung zugunsten der Entwicklungsländer gelegt, der in verschiedenen Normen des WTO-Rechts verankert ist (z. B. Art. 4.10, 8.10, 3.12, 12.10, 21.2, 21.7, 21.8, 24 und 27.2

tigt.

³¹⁰ Trachtman (1999), S. 671.

³¹¹ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 11.

³¹² *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 173.

DSU; Art. XI:2 WTO-Übereinkommen; Art. XVIII und Teil IV GATT; Art. III, IV, V und XIX GATS; Art. 65, 66 und 67 TRIPS; Ermächtigungsklausel).³¹³

Die Schiedsrichter kamen zum Schluss, dass Ecuador die Grundsätze und Verfahren von Art. 22.3 (c) und (d) DSU berücksichtigt und angewendet habe.³¹⁴ In anderen Worten, der Beschwerdeführer hat die Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzung von Zugeständnissen desselben Sektors und desselben Übereinkommens sowie den Ernst der Umstände bewiesen. Ecuador hat dabei nicht nur den Handel in dem Sektor oder Übereinkommen und seine Bedeutung berücksichtigt, sondern auch die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte und die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung. Demzufolge wurde Ecuador erlaubt, erstens nach Art. 22.3 (a) DSU Zugeständnisse aus bestimmten Kategorien des GATT und des GATS auszusetzen, bei denen die Aussetzung möglich und wirksam war. Zweitens wurde dem Beschwerdeführer gestattet, nach Art. 22.3 (c) DSU Zugeständnisse aus bestimmten Kategorien des TRIPS auszusetzen, aber nur solange die Aussetzungen nach lit. (a) unzureichend seien.³¹⁵ In anderen Worten, *cross retaliation* wurde genehmigt.

Im Folgenden soll die Argumentation der Aussetzungsschiedsrichter dargestellt werden. Sie hat sich für die späteren Fälle als recht einflussreich erwiesen.

4.6.2.1 Erste Voraussetzung: Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen

Die Frage nach der Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen im selben Sektor (Art. 22.3 (b) DSU) bzw. in anderen Sektoren desselben Übereinkommens (Art. 22.3 (c) DSU) war besonders umstritten.³¹⁶

Möglichkeit (*practicability*) und Wirksamkeit (*effectiveness*) wurden anhand des „The New Shorter Oxford English Dictionary“ definiert. „[A]n examination of the "practicability" of an alternative suspension concerns the question whether such an alternative is available for application in practice as well as suited for

³¹³ Zum Grundsatz der Sonderbehandlung zugunsten der Entwicklungsländer im Rahmen der WTO-Streitbeilegung, siehe z.B. Mitchell (2006b), S. 461-469.

³¹⁴ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 137.

³¹⁵ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 138, 173.

³¹⁶ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 42.

being used in a particular case“.³¹⁷ „[T]he thrust of [the "effectiveness"] criterion empowers the party seeking suspension to ensure that the impact of that suspension is strong and has the desired result, namely to induce compliance by the Member which fails to bring WTO-inconsistent measures into compliance with DSB rulings within a reasonable period of time“.³¹⁸ Dass sich die Schiedsrichter bei der Erarbeitung der Definitionen mit den bloßen Angaben des Wörterbuches begnügten, ist meines Erachtens nicht ganz unproblematisch. Der Grund hierfür liegt in der fast krampfhaft wortwörtlichen Interpretationsmethode der Streitbeilegungsorgane, die seit dem Anfang der WTO-Streitbeilegung vorherrscht (siehe die Einführung zu Kapitel 2). Es ist leider weder das erste noch das letzte Mal gewesen, dass die Streitbeilegungsorgane der WTO dieser nicht zweifelsfreien Vorgehensweise anheim gefallen sind.

Als erstes mussten sich die Schiedsrichter mit der Frage befassen, wer das Eintreffen dieser Kriterien ermittelt. Ecuador hat die Meinung geäußert, dass der Beschwerdeführer das Vorrecht habe zu entscheiden, wann beide Kriterien einträfen.³¹⁹ Wie zu erwarten, war die EG mit dieser Auslegung nicht einverstanden.³²⁰ Anhand des Textes von Art. 22.3 DSU haben die Schiedsrichter entschieden, dass die beschwerdeführende Partei zwar einen gewissen Spielraum habe, aber die Schiedsrichter im Streitfall die Argumentation dieser Partei überprüfen könnten. Die Schiedsrichter können also überprüfen, ob die Partei die Umstände objektiv erwogen hat und ob die Schlussfolgerung der Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzung plausibel ist.³²¹ Dabei ist zu beachten, dass die Kriterien der Unmöglichkeit und der Unwirksamkeit nicht kopulativ, sondern disjunktiv zu verstehen sind.³²²

Der Meinung der Schiedsrichter nach bedeutet die Unmöglichkeit, dass die Aussetzung hinsichtlich desselben Sektors bzw. anderer Sektoren unter demselben Übereinkommen im spezifischen Fall untauglich ist.³²³

Laut der Entscheidung wäre die Aussetzung unwirksam, wenn sie nicht

³¹⁷ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 70.

³¹⁸ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 72.

³¹⁹ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 43, 47.

³²⁰ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 48.

³²¹ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 52.

³²² EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 74.

³²³ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 70.

genügend Druck auf den Beschwerdegegner ausüben würde, um die endgültige volle Umsetzung der DSB-Entscheidung in einem angemessenen Zeitraum herbeizuführen.³²⁴ Anschließend haben die Schiedsrichter die Frage aufgeworfen, ob überhaupt die Möglichkeit einer wirksamen Sanktion in zwei Fällen besteht. Erstens, im Fall von großen Unterschieden des Handelsvolumens und der wirtschaftlichen Macht zwischen den Streitparteien. Zweitens, wenn die beschwerdeführende Partei von den Importen aus der anderen Partei stark abhängig ist. In beiden Fällen könnte die Aussetzung mehr dem Beschwerdeführer als seinem Gegner schaden. Deswegen würde in solchen Fällen die Aussage des Beschwerdeführers ausreichen um zu bestimmen, in welchem Sektor oder Übereinkommen ihm die Aussetzung am wenigsten Schaden zufügt. Alleine diese Aussage würde das Kriterium der (Un-)Wirksamkeit erfüllen.³²⁵ Der Beschwerdegegner hätte dann die Last zu beweisen, dass die Aussetzung im selben Sektor bzw. Übereinkommen doch wirksam wäre.³²⁶ Es ist jedoch fraglich, ob diese Beweislast im Normalfall zu bewältigen ist. Diese Auslegung setzt einen äußerst niedrigen Standard zur Feststellung der Unwirksamkeit und verstößt meines Erachtens gegen den Sinn des Art. 22.3 (e) DSU, der besagt, dass die Beantragung von *cross retaliation* begründet werden muss. Dem Wortlaut der Entscheidung nach wäre die Aussage des Beschwerdeführers kaum durch die Schiedsrichter kontrollierbar. *Cross retaliation* sollte die Ausnahme sein, nicht der Regelfall (siehe oben), aber unter so lockeren Zulassungsvoraussetzungen ist es fraglich, ob diese Aussage noch zutrifft. Das erste Argument der Schiedsrichter für diese Auslegung ist, dass auf diese Weise Druck zur Befolgung der DSB-Entscheidung auf den Beschwerdegegner ausgeübt wird (*to induce compliance*).³²⁷ Zweitens wandten die Schiedsrichter (ohne sie explizit zu erwähnen) die Prozessregel an, nach der nicht die negativen, sondern die positiven Tatsachen bewiesen werden müssen. Deshalb läge die Beweislast bezüglich der Wirksamkeit (und der Möglichkeit) der Aussetzungen im selben Sektor bzw. Übereinkommen bei der EG.³²⁸ Meiner Meinung nach ist diese Auslegung der Beweislast schwer zu vereinbaren mit der Passa-

³²⁴ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 72.

³²⁵ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 73.

³²⁶ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 75.

³²⁷ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 76.

³²⁸ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 75-78.

ge, wo die Schiedsrichter die Beweislast etwas gleichmäßiger zwischen den Parteien verteilt hatten (in Bezug auf erstens die Information, die ausschließlich für Ecuador zugänglich war und zweitens die Begründungen und glaubhaften Erklärungen Ecuadors laut Art. 22.3 (e) DSU für den Antrag auf *cross retaliation*).³²⁹ Außerdem führt diese Verteilung der Beweislast zu dem seltsamen Ergebnis, dass die EG hätte beweisen müssen, dass die Gegenmaßnahmen sie verletzen würden und dementsprechend im Sinne von *to induce compliance* stünden.³³⁰ Später haben die Schiedsrichter in einem anderen Fall die Beweislast gleichmäßiger verteilt (siehe auch 3.5).³³¹

Anschließend haben die Schiedsrichter die Möglichkeit und Wirksamkeit der Aussetzungen für jeden Sektor untersucht.

Bezüglich des GATT sind die Schiedsrichter zur Folgerung gekommen, dass die Aussetzung im selben Sektor und im selben Übereinkommen weder möglich noch wirksam wäre, weil Ecuador Primär- und Investitionsgüter aus der EG importierte.³³² Diese Importe betrug nur einen winzigen Teil der Exporte der EG. Deshalb wäre es unwahrscheinlich, dass eine Aussetzung von Zugeständnissen von Ecuador gegen die EG irgendeine ausschlaggebende Auswirkung in der Nachfrage nach Exporten der EG gehabt hätte.³³³

Die Aussetzung von Zugeständnissen in Bezug auf Konsumgüter wurde als möglich und wirksam eingestuft, weil Ecuador unzureichende Argumente für das Gegenteil vorgetragen hat.³³⁴ Die Forderung nach einem Mindestmaß an Argumentation ist meines Erachtens richtig und entspricht Art. 22 (e) DSU, welches die Begründung des Antrags auf *cross retaliation* fordert.

Die Unwirksamkeit der Aussetzung von GATS-Zugeständnissen wurde im Bereich „kommerzielle Präsenz“ mit dem Argument begründet, dass Ecuador äußerst abhängig von ausländischen Investitionen sei.³³⁵ Diese Begründung ist meines Erachtens ein Ausdruck des Grundsatzes der Sonderstellung der Ent-

³²⁹ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 60.

³³⁰ Vranes (2003), Fußnote 27.

³³¹ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 2.27.

³³² *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 89.

³³³ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 95.

³³⁴ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 100.

³³⁵ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 109-114.

wicklungsländer, weshalb ihre Interessen und Bedürfnisse besonders beachtet werden sollten.

Die Aussetzung von Zugeständnissen im selben Sektor oder Übereinkommen muss unmöglich und unwirksam sein, um *cross retaliation* zu genehmigen. Das bedeute aber nicht (so die Schiedsrichter), dass die Aussetzung bezüglich des vom Beschwerdeführer gewählten Sektors oder Übereinkommens möglich und wirksam zu sein brauche.³³⁶ In anderen Worten, wenn die Voraussetzungen für *cross retaliation* laut Art. 22.3 erfüllt sind, darf die beschwerdeführende Partei frei entscheiden, welche Zugeständnisse sie aussetzen will. Die Schiedsrichter sind nicht befugt, diese Wahl in Frage zu stellen oder zu überprüfen.

4.6.2.2 Zweite Voraussetzung: Die Umstände sind ernst genug

Die Umstände müssen ernst genug sein, um Zugeständnisse aus einem anderen Übereinkommen auszusetzen (Art. 22.3 (c) DSU). Doch wann sind die Umstände ernst genug? Im DSU wird diese Frage nicht direkt beantwortet. Die Schiedsrichter haben sich auf Art. 22.3 (d) DSU gestützt, um diesen Begriff abzugrenzen.³³⁷

Ferner wurde Art. 21.8 DSU Rechnung getragen, der besagt, dass bei der Erörterung möglicher angemessener Maßnahmen gegen Entwicklungsstaaten auf die Folgen für deren Wirtschaft zu achten sei.³³⁸ Diese Norm ist ein Ausdruck vom WTO-Grundsatz der Sonderbehandlung zugunsten der Entwicklungsländer.

4.6.2.2.1 Der Handel und seine Bedeutung

In der Anwendung der in Art. 22.3 (a) bis (c) erwähnten Grundsätze muss die Bedeutung des Handels für die betreffende Partei berücksichtigt werden (Art. 22.3 (d) (i) DSU). Nun stellte sich die Frage, ob der Handel bezüglich des ganzen Sektors bzw. Übereinkommens bedeutend sein müsste, oder bezüglich

³³⁶ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 127.

³³⁷ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 81.

³³⁸ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 136.

der von der rechtswidrigen Maßnahme betroffenen Güter und Dienstleistungen. Die Schiedsrichter waren der Meinung, dass der durch die Verletzung des WTO-Rechts betroffene Handel für die beschwerdeführende Partei von Bedeutung sein soll: in diesem Fall, der Bananenhandel und die damit verbundenen Dienstleistungen.³³⁹ Diese Auslegung ist sinnvoll, weil auch die Rechtswidrigkeit bestimmte Güter und Dienstleistungen betraf. Sie ist jedoch in einer späteren Entscheidung verworfen worden, vor Allem um der Klassifizierung der Sektoren laut Art. 22.3 (f) DSU zu folgen.³⁴⁰

Ecuador hat die Bedeutung des Bananenhandels folgendermaßen begründet: die Wirtschaft Ecuadors sei in hohem Grad vom Bananenhandel abhängig, das Land sei weltweit der größte Bananenexporteur, die EG würden die meisten Bananen aus Ecuador importieren, die Bananenindustrie sei der größte Arbeitsgeber des Landes und die wichtigste Devisenquelle, elf Prozent der Einwohner würden von diesem Sektor abhängig sein, die Bananenexporte würden 25% des Güterexportes entsprechen und die Bananenproduktion würde 5% des BIP betragen, der Bananensektor sei für Ecuadors Wirtschaft wichtiger als der gesamte Agrarsektor für die meisten Industrienationen, und Ecuadors Wirtschaft sei in hohem Maße sensibel auf den Bananensektor.³⁴¹ Den Schiedsrichtern haben diese Argumente genügt, um auf die Bedeutung dieses Handels für Ecuador zu schließen.³⁴² Kritisch daran ist, dass sich streng genommen mehrere dieser Argumente auf die Bananenindustrie und nicht auf den Bananenhandel beziehen.

Die Schiedsrichter haben dem Kriterium der Bedeutung des Handels besonderes Gewicht beigemessen, weil der Beschwerdeführer ein Entwicklungsland war und weil der Bananenhandel wesentlich wichtiger für Ecuador als für die EG war.³⁴³

³³⁹ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 84, 128.

³⁴⁰ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.31-4.34, 4.37, 4.103.

³⁴¹ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 129.

³⁴² *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 130.

³⁴³ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 84.

4.6.2.2 Die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte der Zunichthemachung

Art. 22.3 (d) (ii), 1. Halbsatz, erwähnt auch die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte, die mit der Zurichthemachung oder der Schmälerung zusammenhängen. Weil dieses Kriterium auf die Zurichthemachung und die Schmälerung bezogen ist, haben die Schiedsrichter interpretiert, dass die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte des Beschwerdeführers (Ecuador) und nicht des Beschwerdegegners relevant seien.³⁴⁴

Ecuador hat die wirtschaftliche Ungleichheit mit der EG angeführt, um den Ernst der Umstände zu begründen: Unterschied in der Einwohnerzahl, Anteil am Weltwarenhandel, Anteil am Weltdienstleistungshandel, BIP und BIP pro Kopf.³⁴⁵ Es ist zu kritisieren, dass Ecuador nicht den Zusammenhang zwischen diesen wirtschaftlichen Aspekten und der Zurichthemachung oder der Schmälerung erklärt hat. Das Argument war lediglich, dass die Ungleichheit zwischen beiden Parteien den Ernst der Umstände beweise.

Laut den Schiedsrichtern wies die Ungleichheit zwischen beiden Parteien auf den Ernst der Umstände hin und bestätigte die Annahme, dass die Aussetzung von Zugeständnissen im GATT oder GATS unmöglich und unwirksam wäre. Sie haben bemerkt, dass das selbe Argument jedoch auch gegen die Aussetzung von TRIPS-Zugeständnissen sprach und haben somit eingeräumt, dass kleine Handelspartner praktisch wehrlos gegen große Parteien sein könnten.³⁴⁶ Auch Vranes meint, dass Aussetzungen von TRIPS-Zugeständnissen grundsätzlich wenig sinnvoll sein dürften, etwa, weil sie zwischenzeitlich sind und deshalb die Unternehmer die Aussetzung vom Schutz des geistigem Eigentums kaum in ihre Investitionsentscheidungen einplanen können, und besonders für kleine Volkswirtschaften wie Ecuador, weil die Aussetzungen nur im Binnenmarkt genutzt werden können.³⁴⁷ Außerdem ist problematisch, dass die WTO den Schutz des geistigen Eigentums aussetzt, den die Weltorganisation für geistiges Eigentum (WIPO) und das nationale Ecuadorianische Recht ge-

³⁴⁴ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 85.

³⁴⁵ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 125.

³⁴⁶ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 126.

³⁴⁷ Vranes (2002), S. 225-226 und Fußnote 57; Vranes (2003c), S. 127-128.

währen.³⁴⁸

Ecuador hat auch als einen weitergehenden wirtschaftlichen Aspekt erwähnt, dass sich das Land damals in der stärksten Wirtschaftskrise seiner Geschichte befunden hat. Die EG hat darauf hingewiesen, dass Ecuador keinen kausalen Zusammenhang zwischen seiner Wirtschaftskrise und der Rechtsverletzung der EG belegt hat.³⁴⁹ Die Schiedsrichter haben gemeint, dass Art. 22.3 (d) (ii), 1. Halbsatz, DSU keine Kausalität, sondern eine Beziehung verlange. Die WTO-widrige Bananenimportregelung der EG habe möglicherweise zur Verschlechterung der wirtschaftlichen Lage in Ecuador beigetragen, besonders weil der Bananenexport für dieses Land so ausschlaggebend sei. Es bestehe also eine Beziehung. Deshalb haben die Schiedsrichter das Argument Ecuadors berücksichtigt.³⁵⁰

Meiner Ansicht nach ist fraglich, ob diese Auslegung der weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte der Zunichtemachung vertretbar ist. Die Frage ist nicht, ob sich die Bananenimportpolitik der EG auf die Wirtschaft Ecuadors ausgewirkt hat. Letztendlich werden vermutlich alle WTO-Streitfälle geführt, weil eine Maßnahme eines Mitglieds die Wirtschaft des Beschwerdeführers beeinträchtigt – und das ist noch lange kein Grund, um *cross retaliation* zu genehmigen. Die Frage ist: Wie schwach darf und wie stark soll der Zusammenhang zwischen gerügter Maßnahme und den weitergehenden wirtschaftlichen Aspekten sein, um die Voraussetzung von Art. 22.3 (d) (ii), 1. Halbsatz, DSU zu erfüllen? Genügt eine Beziehung oder wird Kausalität erwartet? Meines Erachtens hätten die Schiedsrichter bei der Auslegung dieser Norm strenger sein sollen. Die Mitglieder der WTO haben das DSU so entworfen, dass *cross retaliation* nur in Ausnahmefällen zugelassen werden soll. Das haben die Richter in diesem Fall nicht genug berücksichtigt.

4.6.2.2.3 Die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung

Die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung von Zugeständnissen

³⁴⁸ Vranes (2003c), S. 114-115, 122-127.

³⁴⁹ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 132.

³⁵⁰ EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6), Abs. 133.

oder sonstigen Pflichten sind auch zu berücksichtigen (Art. 22.3 (d) (ii), 2. Halbsatz, DSU). Intuitiv könnte man davon ausgehen, dass damit die wirtschaftlichen Folgen der Sanktion für den Beschwerdegegner gemeint sind. Es ist ja schließlich zu erwarten, dass der Beschwerdegegner die Folgen der Aussetzung zu spüren bekommen wird – das ist letztendlich der Sinn der Durchsetzungsmechanismen des DSU. Die Schiedsrichter aber haben betont, dass auch die wirtschaftlichen Folgen der Sanktion für den Beschwerdeführer zu berücksichtigen seien.³⁵¹ (Die selben Schiedsrichter haben im Parallelfall *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6) bemerkt, dass die Aussetzung von Zugeständnissen dem wirtschaftlichen Interesse keiner der Parteien entspricht³⁵²). Ecuador seinerseits hat sogar gemeint, dass die Aussetzungen der EG womöglich überhaupt nicht schaden würden.³⁵³

Nun musste aber untersucht werden, ob die vorgeschlagenen Sanktionen Ecuador tatsächlich schaden würden. Die Schiedsrichter haben den Schaden vermutet, weil zwischen den Parteien dieses Falles ein wesentlicher Unterschied im Handelsvolumen, in der Wirtschaftsmacht, in der Größe ihrer Wirtschaften und im Entwicklungsniveau bestand.³⁵⁴ Sie gaben sich mit dieser eher oberflächlichen Begründung zufrieden und meinten, Ecuador hätte die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung berücksichtigt.³⁵⁵ Meines Erachtens reicht diese flüchtige Untersuchung normativ nicht aus, denn obwohl die wirtschaftliche Lage beider Parteien doch sehr unterschiedlich ist, ist es recht gewagt, ohne eine weitere Begründung daraus die wirtschaftlichen Folgen abzuleiten.

4.6.2.3 Zwischenergebnis

Die Schiedsrichter haben Unmöglichkeit und Unwirksamkeit als disjunktive Kriterien ausgelegt. Sie haben betont, dass sie überprüfen dürfen, ob diese Kriterien erfüllt werden. Doch sobald sie erfüllt werden, hat der Beschwerdeführer die freie Wahl, wie er die Sanktionen gestaltet.

³⁵¹ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 86.

³⁵² *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 2.13.

³⁵³ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 134.

³⁵⁴ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 86.

³⁵⁵ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 135.

Die Unmöglichkeit wurde definiert als die Untauglichkeit der Sanktion, und die Unwirksamkeit als einen Mangel an Anreizen, um den Beschwerdegegner zur Umsetzung der DSB-Entscheidung zu bewegen. Weil in diesem Fall der Beschwerdeführer wirtschaftlich viel schwächer als der Beschwerdegegner war und von Importen aus dem Beschwerdegegner abhängig war, haben sich die Schiedsrichter zur Feststellung der Wirksamkeit mit der Aussage des Beschwerdeführers begnügt, in welchem Sektor oder Übereinkommen ihm die Aussetzung am wenigsten schaden würde.

Der Ernst der Umstände wurde in der Entscheidung anhand von drei Kriterien untersucht. Erstens, die Bedeutung des Handels der von der rechtswidrigen Maßnahme betroffenen Güter und Dienstleistungen für die beschwerdeführende Partei, wobei diese Auslegung später in *US – Gambling (Art. 22.6)* verworfen werden würde. Zweitens, die weitergehende wirtschaftliche Situation des Beschwerdeführers. Drittens, die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung für alle Streitparteien.

Zwei rote Fäden ziehen sich durch die gesamten Überlegungen der Aussetzungsschiedsrichter bezüglich *cross retaliation*. Erstens haben sie dem Beschwerdeführer beträchtlich viel Ermessensfreiheit eingeräumt bei der Frage, ob die Bedingungen von Art. 22.3 (b) und (c) DSU erfüllt wurden. Im Grunde haben sich die Schiedsrichter mit einer Überprüfung lediglich der Plausibilität der Argumente des Beschwerdeführers begnügt.³⁵⁶ Zweitens war Ecuadors Status als Entwicklungsland an vielen Stellen ein ausschlaggebendes Argument.

4.6.3 US – Gambling (Art. 22.6)

In diesem Fall trat Antigua und Barbuda als Beschwerdeführer, die USA als -gegner auf. Der Rechtsverstoß wurde in Bezug auf das GATS festgestellt. Es handelte sich um Maßnahmen, die dem Zugang zum Markt der USA für Dienstleistungsanbieter aus Antigua Schranken setzten.

Neben den juristischen Argumenten haben für die Überlegungen zu *cross retaliation* auch die konkreten Streitparteien eine relativ ausschlaggebende

³⁵⁶ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 52, 55.

Rolle gespielt. Antigua hat nicht nur die offensichtlichen demographischen und geographischen Unterschiede zwischen beiden Staaten hervorgehoben, sondern auch Merkmale der eigenen Wirtschaft unterstrichen, wie das Bruttoinlandsprodukt, den Mangel an Bodenschätzen und die Abhängigkeit Antiguas von der Tourismusindustrie. Auch wurde die Abhängigkeit vom Welthandel und besonders von Güter- und Dienstleistungsimporten aus den USA betont: 48,9% der Importe Antiguas kamen aus den USA, während 0,02% der Exporte der USA Antigua als Ziel hatten. Aus diesen Gründen wären die Auswirkungen zusätzlicher Handelsschranken unverhältnismäßig größer für die Bürger Antiguas als für die der USA.³⁵⁷ Diese Argumente haben einen großen Teil der Überlegungen der Schiedsrichter zu *cross retaliation* begründet.

Zu betonen ist, dass die Schiedsrichter dieses Falles (wie zuvor im Bananenfall) dem Beschwerdeführer beim Auslegen der Kriterien von Art. 22.3 DSU einen großen Ermessensfreiraum eingeräumt haben. Sie haben ihre Aufgabe weitgehend als eine Überprüfung der Plausibilität seiner Angaben verstanden.³⁵⁸

Im Endeffekt wurde der Antrag auf *cross retaliation* gestattet, und zwar in Bezug auf den gesamten Schadensumfang. Folglich musste der Beschwerdeführer nicht zu erst einen Umfang an *parallel retaliation* ausschöpfen, im Unterschied zu *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6) und zur späteren Entscheidung *US – Upland Cotton* (Art. 22.6).

4.6.3.1 Erste Voraussetzung: Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen

Für die Unmöglichkeit und die Unwirksamkeit der Aussetzungen (Art. 22.3 (b) und (c) DSU) wurden die im Bananenfall ausgearbeiteten Definitionen übernommen.³⁵⁹ Wiederum wurde betont, es seien disjunktive Bedingungen.³⁶⁰

Die Schiedsrichter haben erstens in Erwägung gezogen, ob Aussetzungen

³⁵⁷ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.2, 4.86-4.87, 4.109-4.110.

³⁵⁸ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.16-4.18, 4.27.

³⁵⁹ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.29-4.30, 4.84; siehe *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 70, 72.

³⁶⁰ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.85; siehe *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 74.

im selben Sektor des Verstoßes laut Art. 22.3 (a) DSU möglich und wirksam seien. Denn nur falls dies nicht zutrifft, muss laut Art. 22.3 (b) DSU Aussetzungen von Zugeständnissen in anderen Sektoren des GATS, d.h., *cross-sector retaliation* gestattet werden

Hierfür wurde die Aussetzung von Zugeständnissen und von Pflichten getrennt überprüft. Der Beschwerdeführer meinte, die Aussetzung von Zugeständnissen im selben Sektor des Verstoßes sei unmöglich und unwirksam, weil er nur in einem Subsektor Zugeständnisse gemacht hatte, und in diesem einen Subsektor keine Importe aus den USA nachgewiesen werden könnten. Deshalb käme nur *cross retaliation* in Frage. Die Schiedsrichter fanden diese Argumentation plausibel und haben ihr stattgegeben.³⁶¹ Was die Pflichten betrifft, wurde die Aussetzung im selben Sektor des Verstoßes auch als unmöglich und unwirksam erklärt, erstens wegen der schon erwähnten mangelnden Importe aus den USA von Dienstleistungen des selben Subsektors. Zweitens, was Dienstleistungen anderer Subsektoren des selben Sektors betrifft, könnte das Ausweichen auf andere Anbieter die Konsumenten aus Antigua viel stärker als die Dienstleistungsanbieter der USA schaden, wegen des Ungleichgewichts zwischen beiden Parteien.³⁶² Dass mangelnde Importe für die Unmöglichkeit und die Unwirksamkeit zeugen, ist einleuchtend. Im Gegensatz dazu ist meines Erachtens nicht nachvollziehbar, wieso der Unterschied in den Effekten der Aussetzung auf die wirtschaftlichen Akteure beider Länder auf die Unmöglichkeit und die Unwirksamkeit schließen lässt. Diesbezüglich haben die Schiedsrichter Unmöglichkeit und Unwirksamkeit (Art. 22.3 (b) und (c) DSU) mit den weiteren wirtschaftlichen Folgen der Sanktionen (Art. 22.3 (d) (ii), 2. Halbsatz, DSU) nicht sauber getrennt.

In der Tat, mit einem pauschalen Verweis auf die selben eben erwähnten Argumente von Antigua (Handelsvolumen, Effekte der Aussetzung) haben die Schiedsrichter direkt anschließend die Bedingungen des Art. 22.3 (d) DSU für erfüllt erklärt, d.h., die Berücksichtigung erstens des Handels im betroffenen Sektor und seiner Bedeutung, sowie zweitens der weitergehenden wirtschaftli-

³⁶¹ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.4, 4.46-4.48, 4.52-4.56; siehe auch EC – *Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 71.

³⁶² US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.57-4.60.

chen Aspekte der Zunichtemachung und drittens der weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung.³⁶³ Diese Tatsache bestärkt die Annahme, dass die Schiedsrichter diese Norm und die Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen irrtümlich vermengt haben. Des Weiteren haben die Schiedsrichter aus einem nicht ersichtlichen Grund unterlassen, an dieser Stelle die Bedeutung des Handels im betroffenen Sektor laut Art. 22.3 (d) (i), 2. Halbsatz, DSU zu untersuchen.

Die Schiedsrichter kamen zum Schluss, Antigua habe die Unmöglichkeit und die Unwirksamkeit der Aussetzungen im selben Sektor (*parallel retaliation*) plausibel gemacht, und die USA hätten die Schiedsrichter nicht vom Gegenteil überzeugen können. Folglich wurde zweitens die Möglichkeit von Aussetzungen von Zugeständnissen in anderen Sektoren des GATS überprüft, d.h., *cross-sector retaliation*. Eine Verneinung würde bedeuten, dass der Antrag Antiguas auf Sanktionen im TRIPS-Übereinkommen (*cross-agreement retaliation*) erlaubt werden müsse.

Als erstes stellten die Aussetzungsschiedsrichter fest, dass der von Antigua erlittene Schadensumfang geringer als der Betrag der Dienstleistungsimporte aus den USA war. Somit waren Aussetzungen von Zugeständnissen und Pflichten im Rahmen des GATS prinzipiell möglich und wirksam.³⁶⁴ Die Schiedsrichter haben aber letztendlich gefolgert, Sanktionen im Bereich des GATS seien trotzdem unmöglich und unwirksam, denn die Wirtschaft Antiguas sei klein und abhängig von den Importen aus den USA, und weil Sanktionen im Dienstleistungssektor recht stark die Wirtschaft Antiguas, aber kaum die der USA treffen würden.³⁶⁵ Im Grunde haben hiermit die Schiedsrichter die wichtigsten Begründungen aus *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6) wiederholt. In anderen Worten, beide Entscheidungen vertreten die Auffassung, dass kleinere Volkswirtschaften, die von den Importen aus dem Beschwerdeführer abhängen, grundsätzlich nicht in der Lage seien, Sanktionen einzuführen, die dem Beschwerdeführer spürbar schaden. Wegen dieses Unvermögens, *to induce compliance* herbeizuführen, seien Sanktionen weder möglich noch wirksam.

³⁶³ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.61-4.64.

³⁶⁴ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.22-4.25, 4.78-4.83.

³⁶⁵ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.89-4.90, 4.97-4.98.

Des Weiteren erwähnten nebenbei die Schiedsrichter einen zusätzlichen wichtigen Punkt: Die von amerikanischen Dienstleistungsanbietern in Antigua getätigten Investitionen könnten durch Investitionsschutzmaßnahmen geschützt sein, weshalb die Aussetzung von Zugeständnissen oder Pflichten ihrerseits wiederum rechtswidrig sein könnte.³⁶⁶ Das potentielle Spannungsverhältnis zwischen Gegenmaßnahmen im Bereich des internationalen Dienstleistungshandels und dem Schutz der internationalen Investitionen ist meines Erachtens bis jetzt nicht stark genug betont worden. Die Mutmaßung ist womöglich nicht ganz von der Hand zu weisen, dass selbst die Architekten der WTO im Allgemeinen und des GATS im Besonderen den Wechselwirkungen zwischen beiden Bereichen nicht genug Beachtung geschenkt haben.

Infolge der eben ausgeführten Darlegungen erklärten die Schiedsrichter, sie seien von der Plausibilität der Schlussfolgerung überzeugt, dass die Sanktionen im Bereich des GATS unmöglich und unwirksam seien. Des Weiteren hätten die USA nicht das Gegenteil bewiesen. Gleichzeitig haben die Schiedsrichter betont, der Beschwerdegegner habe einerseits wenigstens teilweise die Argumente des Beschwerdeführers eingesehen. Andererseits haben sie angedeutet, dass die Darlegungen Antiguas ungenügend waren. Sie haben außerdem zugegeben, die statistischen Angaben Antiguas seien unzureichend gewesen, wobei diesbezüglich die Schiedsrichter Nachsicht zeigten wegen des verhältnismäßig niedrigen Entwicklungsniveaus Antiguas und weil die USA selber auch keine ausführlicheren Statistiken haben vorlegen können.³⁶⁷

Um die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte des Schadens und die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Gegenmaßnahmen (Art. 22.3 (d) (ii) DSU) zu überprüfen, haben sich die Schiedsrichter auf die im Rahmen der Unmöglichkeit und Unwirksamkeit schon erwähnten wirtschaftlichen Argumente bezogen.³⁶⁸ Hier, genauso wie auch oben im Kontext von *cross-sector retaliation* erwähnt, haben die Schiedsrichter beide Richtschnüren (wirtschaftliche Aspekte und Folgen, Unmöglichkeit und Unwirksamkeit) vermengt. Die Schiedsrichter haben sich mit den Argumenten des Beschwerdeführers zufrieden gegeben,

³⁶⁶ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.98.

³⁶⁷ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.99-4.100.

³⁶⁸ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.101-4.103.

denn er habe die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte des Schadens und die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Gegenmaßnahmen genügend berücksichtigt.³⁶⁹

Als Zwischenergebnis kann erwähnt werden, dass erstens Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen bestehen, wenn der Schadensumfang größer ist als der Wert der Importe im untersuchten Sektor bzw. Sub-Sektor. Dieses Kriterium ist einleuchtend und relativ leicht überprüfbar. Zweitens ist Folgendes kritisch zu beurteilen: Bei der Auslegung von Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Sanktionen haben die wirtschaftlichen Eigenschaften des Beschwerdeführers eine Rolle gespielt, die im Kontext von Art. 22.3 (c) und (d) DSU als nicht ganz angemessen erscheinen. In der Tat, die Schiedsrichter haben im Grunde die Überprüfung der Unmöglichkeit und Unwirksamkeit mit der Berücksichtigung der weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte (Art. 22.3 (d) (ii), 1. Halbsatz, DSU) weitgehend gleichgestellt. Überdies haben sie sich bei der Beachtung dieser wirtschaftlichen Aspekte weitgehend auf den Beschwerdeführer beschränkt (wie zuvor auch die Schiedsrichter in *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6)). Zuletzt sei zu bemerken, dass, was den Beweis der wirtschaftsbezogenen Behauptungen des Beschwerdeführers betrifft, sich die Schiedsrichter mit einer relativ niedrigen Messlatte begnügt haben. Die Frage ist, ob dieser Mangel an Strenge darauf zurückzuführen ist, dass die Schiedsrichter dem Unterschied im wirtschaftlichen Entwicklungsstand beider Parteien eine äußerst große Bedeutung beigemessen haben, oder auf die vagen Schlüsselbegriffe von Art. 22.3 (b), (c) und (d) DSU (z.B. „die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte“). Der Beschwerdegegner hat es auf den Punkt gebracht: Sind der Entwicklungslandstatus Antiguas und die Ungleichheit beider Volkswirtschaften ein ausreichender Grund, um *cross retaliation* zu rechtfertigen? Reichen allgemeine Angaben aus, um die Bedingungen für *cross retaliation* zu erfüllen?³⁷⁰ In der Tat, daraus scheint die Argumentation der Schiedsrichter dieses Falles (ähnlich wie davor im Bananenfall) größtenteils hinauszulaufen, doch sie blieben uns trotz Allem eine zufriedenstellende Antwort schuldig.

³⁶⁹ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.104-4.105.

³⁷⁰ *US – Gambling* (Art. 22.6), Abs. 4.7, 4.50, 4.91.

4.6.3.2 Zweite Voraussetzung: Die Umstände sind ernst genug

Um den Ernst der Umstände darzustellen, hat Antigua auf strukturelle Merkmale der eigenen Wirtschaft, den eigenen Status als Entwicklungsstaat, und die wirtschaftlichen Folgen der gerügten Maßnahme für Antiguas Industrie, Bevölkerung und Volkswirtschaft verwiesen. Außerdem hat der Beschwerdeführer die Tatsache erwähnt, dass die rechtswidrige Maßnahme der USA nur die Dienstleistungsexporteure aus Antigua und nicht die nationalen Dienstleistungsanbieter der USA betreffe (was nebenbei bemerkt nicht nur eine Frage des Inländerprinzips laut Art. XVII GATS war, denn ein mehr oder minder unerschwelliger Teil des Konflikts war die wettbewerbsrechtliche Komponente). Auch hat Antigua betont, die fortdauernd mangelnde Umsetzung der Entscheidung des DSB von Seiten der USA würde auf den Ernst der Umstände hinweisen.³⁷¹

Die Schiedsrichter haben ihrerseits darauf hingewiesen, dass das DSU keine Orientierungshilfe anbiete, um den Begriff der Umstände, die ernst genug seien, auszulegen. Deshalb seien die Variablen aus Art. 22.3 (d) DSU (der Handel und seine Bedeutung, die weitgehenden wirtschaftlichen Aspekte des Schadens, und die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Sanktion) hilfreich, um besagten Begriff zu interpretieren.³⁷² Letztendlich haben die Schiedsrichter den Ernst der Umstände damit begründet, dass sie (wieder einmal) die demographischen, geographischen und wirtschaftlichen Eigenschaften Antiguas auflisten.³⁷³ Eines der wenigen einleuchtenden Argumente ist, dass Antiguas Wirtschaft stark vom Dienstleistungssektor abhinge, und deswegen Aussetzungen in diesem Bereich besonders schädlich für den Beschwerdeführer seien.³⁷⁴ Wohl auch weil die USA im Großen und Ganzen Antiguas Behauptung über den Ernst der Umstände nicht anfochten³⁷⁵, haben sich die Schiedsrichter (genauso wie bei der Überprüfung der Unmöglichkeit und der Unwirksamkeit der Aussetzungen) auch hier mit allgemeinen Angaben begnügt, um den Ernst

³⁷¹ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.4, 4.6.

³⁷² US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.107, 4.115.

³⁷³ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.109-4.111.

³⁷⁴ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.114.

³⁷⁵ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 4.112.

der Umstände als überzeugend dargelegt zu betrachten. Genauso wie oben drängt sich die Frage auch diesmal auf, ob diese Entscheidung der Schiedsrichter sinnvoll ist.

Letztlich haben die Schiedsrichter dem Antrag nach *cross-retaliation* bezüglich des TRIPS-Übereinkommens stattgegeben.³⁷⁶ Dabei müsse Antigua, im Gegensatz zu *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*³⁷⁷, nicht zuerst einen gewissen Umfang an Sanktionen bezüglich des GATS ausschöpfen, um anschließend den Rest im TRIPS auszusetzen, sondern Antigua könne Pflichten des TRIPS in Höhe des vollen Schadensumfangs aussetzen.

4.6.3.3 Zwischenergebnis

Besonders interessant in Bezug auf *cross retaliation* ist an dieser Entscheidung, dass erstens unterschiedliche Fragen die selbe Antwort erhalten haben. Egal, ob Unmöglichkeit, Unwirksamkeit, Ernst der Umstände, Berücksichtigung des Handels, Bedeutung des Handels, weitergehende wirtschaftliche Aspekte der Zunichtemachung, oder weitere wirtschaftliche Folgen der Aussetzung: Die Auslegungen aller dieser Schlüsselbegriffe aus Art. 22.3 (b), (c) und (d) DSU wurden mit der selben Antwort abgewiesen, nämlich die vor Allem wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den Streitparteien und die Effekte der Aussetzungen auf die Streitparteien. Im Grunde haben die Schiedsrichter diese Begriffe nicht sauber getrennt, sondern im Gegenteil, sie haben sie vermengt. Dies ist meines Erachtens eine Schwachstelle der Entscheidung .

Doch nicht nur die begriffliche Vermengung an sich ist bedauerenswert, sondern auch, dass der Beschwerdeführer im Endeffekt oft nur ein Argument zu nennen brauchte, um alle Bedingungen des Art. 22.3 DSU zu erfüllen. Dies senkt die Latte erheblich und ist meines Erachtens nicht mit dem Ausnahmeharakter der Regelung über *cross retaliation* vereinbar. Obwohl die Schiedsrichter explizit diesen Argumentstrang Antiguas als unzureichend einstufen, haben sie trotzdem keine zusätzlichen Begründungen erfordert. In der Tat, es ist dem Beschwerdeführer zu leicht gemacht worden.

Folgende in dieser Entscheidung ausgearbeiteten Auslegungen bedeuten

³⁷⁶ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 4.117-4.119.

³⁷⁷ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 173.

eine Weiterentwicklung der Entscheidungspraxis in Bezug auf Art. 22.3 DSU und sind als eher positiv einzustufen. Erstens die eindeutige Formulierung, dass, wenn der Schaden den Wert der Importe im betroffenen Sektor bzw. Sub-Sektor übersteigt, die Aussetzung in Höhe des Überschusses unmöglich und unwirksam ist. Zweitens, die Aussetzung von Pflichten sei unmöglich und unwirksam, wenn das Ausweichen auf Drittanbieter den im Beschwerdeführer ansässigen Konsumenten viel stärker schade als den im Beschwerdegegner ansässigen Anbietern. Drittens könnten die von Dienstleistungsanbietern getätigten Investitionen durch Investitionsschutzmaßnahmen geschützt sein, weshalb die Aussetzung von Zugeständnissen oder Pflichten bezüglich des GATS rechtswidrig sein könnten. Viertens weise die fortdauernd mangelnde Umsetzung der Entscheidung des DSB von Seiten des Beschwerdegegners auf den Ernst der Umstände hin.

In dieser Entscheidung wurde die Auslegung aus *US – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6) übernommen, laut der Mitglieder mit einer kleinen Volkswirtschaft, die von den Importen aus dem Beschwerdeführer abhängen, grundsätzlich nicht in der Lage seien, Sanktionen einzuführen, die dem Beschwerdeführer spürbar schaden. Wird *cross retaliation* gerechtfertigt durch diese Machtlosigkeit, genügend starke Anreize im Sinne von *to induce compliance* anzubieten? Die Antwort auf diese Frage scheint meines Erachtens eher politischer als juristischer Natur zu sein. Leider haben die Aussetzungsschiedsrichter von *US – Gambling* die Interpretation aus dem Bananenfall nur übernommen, ohne sie weiter zu entwickeln und ohne die Frage weder auf der politischen noch auf der juristischen Ebene zu beantworten.

Es sei zuletzt zu betonen, dass ein roter Faden dieser Entscheidung das Entwicklungsniveau des Beschwerdeführers ist, so wie auch in *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6).

4.6.4 US – Upland Cotton (Art. 22.6)

Im Fall *US – Upland Cotton* befand das Streitbeilegungsgremium, der Beschwerdegegner (die USA) habe gegen das GATT verstoßen, indem er verbotene und anfechtbare Subventionen eingeführt habe. Im Aussetzungsschiedsverfahren hat der Beschwerdeführer (Brasilien) gem. Art. 22.3 DSU Aussetzung

gen bezüglich des GATS und des TRIPS-Übereinkommens beantragt. Es wurden zwei parallele Entscheidungen veröffentlicht, bezüglich jeweils der verbotenen und der anfechtbaren Subventionen. Beiden Entscheidungen größtenteils gemeinsam ist jedoch der fünfte Abschnitt über *cross retaliation* (siehe Tabelle im Anhang Nr. 3). Da diese Abschnitte der beiden Entscheidungen nicht nur größtenteils inhaltsgleich, sondern auch gleich nummeriert sind, werden sie in diesem Kapitel, falls nichts Gegenteiliges ausdrücklich vermerkt wird, als eine Einheit behandelt.

Als Erstes haben sich die Schiedsrichter mit der Ansicht des Beschwerdeführers befasst, die Erlaubnis zur Einführung von *cross retaliation* müsse in diesem Fall nicht nach Art. 22.3 DSU, sondern nach Art. 4.10 und 7.9 des SCM-Übereinkommens erfolgen.³⁷⁸ In der Tat haben die Streitbeilegungsorgane konsequent die Auffassung vertreten, dass diese letzten beiden Artikel als „besondere oder zusätzliche Regeln und Verfahren über Streitbeilegung“ i.S.d. Art. 1.2 DSU und des zweiten Anhangs zum DSU gelten und dementsprechend bei der Festlegung des Schadens- und Sanktionsumfangs angewendet werden sollen. Bloß war zuvor noch nie *cross retaliation* im Rahmen eines Aussetzungsschiedsverfahrens über Subventionen beantragt worden. Der Antrag Brasiliens läuft hinaus auf die Frage, ob diese besonderen oder zusätzlichen Regeln lediglich für die Bestimmung des Sanktionsumfangs dienlich sind, oder ob sie auch die Art der Sanktion regeln sollen. Im Grunde wollte Brasilien auf *cross retaliation* zurückgreifen, ohne die Erfüllung der Auflagen des Art. 22.3 DSU überprüfen lassen zu müssen.

Die Aussetzungsschiedsrichter erkannten keine Normenkollision zwischen beiden Normengruppen, sondern im Gegenteil ein Ergänzungspotential, weshalb nichts einer gleichzeitigen Anwendung im Wege stünde (das Berufungsgremium hatte zuvor in dieser Richtung die Rolle der besonderen oder zusätzlichen Regeln i.S.d. Art. 1.2 DSU ausgearbeitet³⁷⁹). Art. 4.10 und 7.9 des SCM-Übereinkommens würden, so die Entscheidung, den erlaubten Umfang an Gegenmaßnahmen bestimmen, während Art. 22.3 DSU seinerseits die Art der

³⁷⁸ US – Upland Cotton (Art. 22.6), Abs. 5.4-5.8.

³⁷⁹ Guatemala – Cement I (AB), Abs. 65.

Gegenmaßnahmen regeln würde.³⁸⁰ Diese Auslegung einer sauberen Trennung zwischen Umfang und Inhalt der Aussetzung ist auch für Fälle außerhalb des SCM-Übereinkommens gültig, denn dann wird der Umfang anhand des Grundsatzes von Art. 22.4 DSU bestimmt. Doch leider haben die Schiedsrichter später diese Trennung verwischt und sich selber widersprochen, als sie meinten, dass das Beantragen eines passenden Sanktionsumfangs eine Frage der Einhaltung der Grundsätze und Regeln des Art. 22.3 DSU sei.³⁸¹

Brasilien vertrat ferner die Ansicht, die Aussetzungsschiedsrichter dürften nicht überprüfen, ob die Argumente des Beschwerdeführers plausibel seien.³⁸² Diese Auslegung wird in der Entscheidung abgelehnt, denn zwar sei den Beschwerdeführern in den früheren Aussetzungsschiedsverfahren ein gewisser Ermessensspielraum anerkannt worden, die Schiedsrichter hätten aber die Pflicht, die Argumente des Beschwerdeführers zu überprüfen.³⁸³ Meines Erachtens haben die Schiedsrichter richtig gehandelt, als sie die nicht nachvollziehbare Auslegung Brasiliens entschieden zurückwiesen.

4.6.4.1 Erste Voraussetzung: Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen

Einerseits wurden die jeweiligen Begriffe der Unmöglichkeit und der Unwirksamkeit untersucht. Anschließend wurde deren Bedeutung für den konkreten Fall ermittelt.

Zu erst wurde die Unmöglichkeit untersucht. Hierfür wurde die in *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6) ausgearbeitete Interpretation übernommen, die besagt, dass die Aussetzung möglich ist, wenn sie verfügbar (*available, feasible*) ist. Die mangelnde Verfügbarkeit kann juristischer oder faktischer Natur sein. Erstere tritt ein, wenn z.B. der Beschwerdeführer im betroffenen GATT-Sektor keine Zollsätze bzw. im GATS-Sektor keine Liste gebunden hat. Die zweite findet statt, wenn der Wert der Gegenmaßnahme größer ist als der Wert

³⁸⁰ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.4-5.32.

³⁸¹ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.102-5.107.

³⁸² *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.38-5.39.

³⁸³ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.43-5.54.

des von der Sanktion betroffenen Handels.³⁸⁴

Zweitens definiert die Entscheidung die Unwirksamkeit. Die Aussetzungsschiedsrichter legten die Bedingungen zur Feststellung der (Un-)Wirksamkeit der Aussetzungen etwas anders aus als die früheren Schiedsrichter. Sie zitierten die Interpretation, die besagt, dass der Beschwerdeführer nur anzugeben brauche, in welchem Sektor oder Übereinkommen ihm die Sanktionen am wenigsten schaden würden, und mit dieser Aussage sei die Bedingung der (Un-)Wirksamkeit der Aussetzungen erfüllt.³⁸⁵ Die Schiedsrichter lehnten diese Auslegung ab.³⁸⁶ Der Beschwerdeführer müsse nicht die Wirksamkeit in einem anderen Sektor bzw. Übereinkommen beurteilen. Er müsse stattdessen die Unwirksamkeit der Aussetzungen im selben Sektor bzw. im selben Übereinkommen einschätzen; Das heißt, er dürfe Sanktionen unter einem anderen Sektor bzw. Übereinkommen nur dann einführen, wenn die Gegenmaßnahmen im ursprünglichen Sektor bzw. Übereinkommen unwirksam seien.

Prinzipiell haben die Schiedsrichter von *US – Upland Cotton (Art. 22.6)* in diesem Punkt Recht. Was sie aber nicht genügend beachtet haben, ist der Kontext von *EC – Bananas (Ecuador)* und von *US – Gambling*. In beiden Fällen hätten offensichtlich die Gegenmaßnahmen im Sektor bzw. Übereinkommen der ursprünglichen Rechtswidrigkeit dem Beschwerdeführer mehr als dem Beschwerdegegner geschadet – nicht zuletzt wegen des kolossalen wirtschaftlichen Unterschiedes zwischen den Streitparteien. Die Unwirksamkeit der Sanktionen im ursprünglichen Sektor bzw. Übereinkommen stand (für die Aussetzungsschiedsrichter der beiden Fälle) insofern außer Diskussion. Deshalb brauchte der jeweilige Beschwerdeführer sich nur noch einen anderen Sektor bzw. ein anderes Übereinkommen auszusuchen; Etwas anderes blieb ihm schließlich nicht mehr übrig. Der Sinn von *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 73, und *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 4.90, ist folgender: Die alleinige Angabe eines anderen Sektors bzw. Übereinkommens, in dem der Beschwerdeführer den wenigsten Schaden tragen würde, erfüllt nicht das Kriterium der Unwirksamkeit. Sondern: Die Angabe, dass es trotz der konkreten Umstände

³⁸⁴ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.71-5.73.

³⁸⁵ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 73, in *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 4.90, bestätigt.

³⁸⁶ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.77-5.81.

des Falles überhaupt einen Sektor bzw. ein Übereinkommen gibt, in dem die Sanktionen der beschwerdeführenden Partei weniger Schaden als im ursprünglichen Sektor bzw. ein Übereinkommen bereiten würden, ist ein Hinweis auf die (verhältnismäßig höhere) Möglichkeit dieser Sanktionen. Diese Auslegung der Aussetzungsschiedsrichter ist (wie schon erwähnt) meines Erachtens sowohl für den Bananenfall als auch später im Kontext von *US – Gambling* kritisierbar, weil zu locker, doch im Grunde nachvollziehbar; Sie ist aber für andere Umstände, d.h. wenn Gegenmaßnahmen im Sektor bzw. Übereinkommen der ursprünglichen Rechtswidrigkeit dem Beschwerdeführer nicht unbedingt mehr als dem Beschwerdegegner schaden, weder gedacht noch passend. Und in der Tat, in *US – Upland Cotton (Art. 22.6)* stand bei Weitem nicht fest, dass Aussetzungen von GATT-Zugeständnissen Brasilien unbedingt mehr als den USA schaden würden. Deshalb ist die Auslegung des Bananenfalles auf diesen Fall auch nicht übertragbar und hierin lag die Argumentationsschwäche der Schiedsrichter dieses Falles. Wenn sie diesen grundlegenden Unterschied beachtet hätten, wäre ihre Position stärker gewesen und die Auslegung des WTO-Rechts einen Schritt weiter gebracht worden.

Die Aussetzungsschiedsrichter in *US – Upland Cotton* haben in diesem Zusammenhang die Beziehung zwischen Unwirksamkeit und *to induce compliance* ausgearbeitet. Zuerst zitierten sie *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*: Die Tatsache, dass der Beschwerdeführer mehr Schaden von den Aussetzungen davonträgt als der Beschwerdegegner, ist ein Hinweis auf deren Unwirksamkeit.³⁸⁷ Der Grund dafür wurde folgendermaßen präzisiert. In der eben erwähnten Situation bestehe für den Beschwerdeführer kein Anreiz zur Anwendung der Sanktionen. Das DSU aber wolle, dass er in der Lage sei, tatsächlich auf die ihm erlaubten Gegenmaßnahmen zurückgreifen, denn nur so könne er den Beschwerdegegner zur Umsetzung des WTO-Rechts bewegen – in anderen Worten, *to induce compliance*. Deshalb seien Sanktionen in anderen Sektoren bzw. Übereinkommen erlaubt.³⁸⁸

Gleichzeitig betonten die Schiedsrichter aber auch, die Erwägung, in welchem Sektor bzw. Übereinkommen Aussetzungen die Umsetzung der DSB-

³⁸⁷ *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 73.

³⁸⁸ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.80-5.81.

Entscheidung wahrscheinlicher machen würden, sei nicht zu berücksichtigen.³⁸⁹ Diesbezüglich zitieren die Schiedsrichter ein irreführendes Argument der USA: „In the United States’ view, the likelihood of compliance is not a factor that the DSU provides in assessing the appropriate level or nature of the countermeasure. The United States considers that the DSU authorizes rebalancing of trade concessions in case a Member does not comply with its trade obligations. While the ultimate political goal of the DSU is to promote compliance, the legal standards for assessing countermeasures are the effects of nullification and impairment and these are two separate issues in the United States’ view“.³⁹⁰ Diese Argumentation der USA ist irreführend. Sanktionsumfang und -inhalt werden getrennt analysiert. Die Aussage der USA stimmt mit der gängigen Auslegung von Art. 22.4 DSU überein, denn den Schadens- und Sanktionsumfang legen die Schiedsrichter fest, wobei *to rebalance concessions* die Richtschnur ist und die Wahrscheinlichkeit der Umsetzung nicht berücksichtigt wird. Soweit haben die USA Recht. Aber Art. 22.3 DSU bezieht sich auf die Frage des Inhalts der Sanktion, nicht nur deren Umfang. Der Beschwerdeführer darf innerhalb des genehmigten Sektors bzw. Übereinkommens selber den Inhalt der Sanktion (d.h., welche bestimmten Zugeständnisse und Pflichten im konkreten Fall ausgesetzt werden) definieren und somit auch berücksichtigen, inwieweit die Aussetzung *to induce compliance* beeinflusst. Es gibt meines Erachtens keinen ersichtlichen Grund, wieso die Schiedsrichter die Wahrscheinlichkeit der Umsetzung von Seiten des Beschwerdegegners nicht berücksichtigen dürften, wenn der Beschwerdeführer *cross retaliation* beantragt. Auch der Wortlaut von Art. 22.3 (b) und (c) DSU grenzt die Wirksamkeit nicht auf den Beschwerdeführer ein. Im Endeffekt liefert die Entscheidung leider keine Argumente außer der irreführenden Worte der USA.

Anders formuliert, die Schiedsrichter haben in *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs.5.80-5.81, die Wirksamkeit der Aussetzung in Hinblick nur auf den Beschwerdeführer, nicht auf den Beschwerdegegner, berücksichtigt.

Nachdem getrennt die Begriffe der Unmöglichkeit und der Unwirksamkeit unter die Lupe genommen worden waren, wurde ihre Bedeutung im konkreten

³⁸⁹ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.81.

³⁹⁰ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.75, Fußnoten ausgelassen.

Fall untersucht. Diesbezüglich wurden sechs Aspekte behandelt.

Erstens wurde erwogen, ob Brasilien genug Waren aus den USA importierte, um den Wert der Aussetzung zu decken – d.h., ob die Gegenmaßnahmen faktisch verfügbar waren. Da einerseits die Schiedsrichter den Umfang des erlittenen Schadens und somit der erlaubten Gegenmaßnahmen von 2.159 auf 294,7 Millionen US-Dollar drastisch verringerten (insgesamt für verbotene und anfechtbare Subventionen), und da andererseits Brasilien schon an Konsumgütern jährlich deutlich über eine Milliarde US-Dollar aus den USA importierte, verlor diese Frage an Dringlichkeit.³⁹¹ Die Schiedsrichter betonten, dass nicht die relativen Werte maßgeblich seien (d.h., welcher Prozentsatz der Exporte des Beschwerdegegners an den -führer gehen, und welcher Prozentsatz der Importe des Beschwerdeführers vom -gegner stammen), sondern der Geldwert der Handelsströme und somit distanzieren sie sich in dieser Hinsicht von *US – Gambling (Art. 22.6)*.³⁹²

Die Streitparteien haben zweitens diskutiert, ob die bloße Tatsache, dass die Gegenmaßnahmen dem Beschwerdeführer schaden, ein ausreichender Grund sei, um auf die Unmöglichkeit und die Unwirksamkeit der Sanktionen zu schließen.³⁹³ Einerseits sollten die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung laut Art. 22.3 (d) (ii) DSU berücksichtigt werden und dies könne laut den Schiedsrichtern auch die Erwägung der Kosten für die beschwerdeführende Partei bedeuten. Andererseits schaden grundsätzlich Aussetzungen von Zugeständnissen und Pflichten des GATT dem Beschwerdeführer, da sie auf höhere Handelsschranken hinauslaufen. Die Aussetzungsschiedsrichter meinten deshalb, dass das bloße Eintreten von Kosten nicht ausreiche, um auf die Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen zu schließen; Es sei vielmehr das Ausmaß dieser Kosten für den Beschwerdeführer entscheidend.³⁹⁴ So war zum Beispiel in diesem Fall kein hoher Anstieg der Inflationsrate wegen der Aussetzung von Zugeständnissen vorsehbar und wurde dementsprechend

³⁹¹ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.113-5.115, 5.128-5.129.

³⁹² *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.136-5.142; *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 4.2, 4.81.

³⁹³ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.111-5.112, 5.123.

³⁹⁴ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.130-5.133, 5.188.

nicht als triftiger Grund eingeschätzt.³⁹⁵

Drittens wurde untersucht, ob zwischen Konsum- und Produktionsgütern unterschieden werden sollte. Obwohl die Schiedsrichter bei den Produktionsgütern einen Unterschied zwischen Investitionsgütern und Rohstoffen nicht ausschlossen, haben sie wegen mangelnder Einwände des Beschwerdegegners die Position des Beschwerdeführer angenommen i.S. einer pauschalen Unmöglichkeit und Unwirksamkeit der Aussetzungen betreffs aller Produktionsgüter.³⁹⁶ Im Hinblick auf die Konsumgüter wurde untersucht, wie hoch die Kosten der Aussetzung bezüglich verschiedener Produktklassen wären (wobei diese Klassifizierung recht grob war: Nahrungsmittel, Arzneimittel, Waffen, Bücher, Autos). Die Schiedsrichter haben die Unterscheidung zwischen Luxusgütern und notwendigen Konsumgütern kaum in ihre Überlegungen einbezogen, obwohl beide Streitparteien dieses Kriterium erwähnt hatten. Stattdessen haben sie zwei Kriterien Bedeutung beigemessen, nämlich den wirtschaftlichen Folgen eines Wechsels von Anbietern der USA zu Anbietern aus anderen Mitgliedern, und besonders, ob dem Beschwerdeführer Substitutionsgüter zur Wahl stünden. So wurden Bücher und Autos wegen mangelnder Substituierbarkeit ausgeschlossen. Die Schiedsrichter haben den Grad der Substituierbarkeit der restlichen Kategorien (zugegebenermaßen willkürlich³⁹⁷) als ausreichend eingestuft, wenn die Importe Brasiliens aus den USA der jeweiligen Güterklasse nicht 20% überstiegen. Das Ergebnis für den Wert der Konsumgüter, die diese Voraussetzung erfüllten, betrug 409,7 Millionen US-Dollar für das Jahr 2007, also deutlich mehr als der im Fall festgestellte Schaden (294,7 Millionen US-Dollar).

Außerdem fanden die Schiedsrichter folgendes arithmetische Indiz für die Annahme, dass die Aussetzung dem Beschwerdeführer keinen großen Schaden zufügen würde (und somit prinzipiell möglich und wirksam sei). Laut Brasilien würde die Aussetzung von Zugeständnissen in Bezug auf Waren im Wert von 182,8 Millionen Dollar keine schwerwiegenden noch unzumutbaren Kosten bedeuten. Deswegen müsste Brasilien nur noch Importe im Wert von 112,1

³⁹⁵ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.190-5.195.

³⁹⁶ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.116, 5.144-5.153.

³⁹⁷ Grossman & Sykes, S. 148.

Millionen Dollar (die Differenz zwischen 294,7 Millionen Dollar und 182,8 Millionen Dollar) aus den 409,7 Millionen US-Dollar aussuchen, und dieser Spielraum sei ein Hinweis auf die Möglichkeit und Wirksamkeit der Aussetzung. Es ist schließlich zu betonen, dass die Unterscheidung zwischen Güterarten nur durchgeführt worden ist, um zu untersuchen, ob die Aussetzung möglich und wirksam sein könnte, aber keinerlei Auswirkung auf die tatsächliche Wahl der Gegenmaßnahmen hat, denn Brasilien hat die Erlaubnis laut Art. 22.3 (f) (i) DSU erhalten, um Zugeständnisse und Pflichten des gesamten Gütersektors auszusetzen.³⁹⁸

Viertens wurde Brasiliens Status als Entwicklungsland aufgegriffen, hat aber als Argument eine recht begrenzte Rolle gespielt – anders als im Fall Ecuadors in *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* und Antiguas in *US – Gambling (Art. 22.6)*. In den letzten Jahren haben die brasilianischen Staatsvertreter gewisse internationale politische Ambitionen bekundet und einen Wunsch auf Anerkennung zum Vorschein gebracht, z.B. in Bezug auf einen ständigen Sitz im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen. Außerdem ist Brasilien auf der wirtschaftlichen Ebene zugegebenermaßen kein typisches Entwicklungsland, alleine wegen der schieren Größe des Landes und seiner Volkswirtschaft und wegen seines Industrialisierungsgrades. Seine Volkswirtschaft ist ferner relativ geschlossen, wenn man sie z.B. mit den anderen sog. BRIC-Staaten vergleicht.³⁹⁹ Überhaupt scheint die Kür zum BRIC-Staat in die neue (tatsächliche oder erwünschte) politische Rolle Brasiliens zu passen. Da laut dem Grundsatz der Selbsternennung diejenigen Staaten Entwicklungsländer sind, die sich selber als solche bezeichnen, ist es vielleicht sowieso nur noch eine Frage der Zeit, bis Brasilien diesen Status aufgibt. Es war daher vermutlich unter Anderem eine Frage des Prestige, warum Brasilien den Entwicklungslandstatus in diesem Schiedsverfahren nicht weiter in den Vordergrund gestellt hat. In der Tat, Brasilien hatte zuvor in *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* auf das Argument des Entwicklungslandes verzichtet und es ist deshalb etwas überraschend, dass Brasilien es in *US – Upland Cotton (Art. 22.6)* überhaupt erwähnte. In *EC*

³⁹⁸ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.117-5.122, 5.144, 5.154-5.189.

³⁹⁹ Das Verhältnis zwischen Handel und Bruttoinlandsprodukt beträgt 26,2 für Brasilien, 73,4 für China, 47,6 für Indien und 54,2 für die Russische Föderation (WTO 2009a, S. 26, 38, 81, 138). Zu den BRIC-Staaten, siehe etwa *The Economist*.

– *Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* und in *US – Gambling (Art. 22.6)* hat das Entwicklungsniveau des Beschwerdeführers eine entscheidende Rolle in der Diskussion über *cross-retaliation* gespielt und die Frage kann nicht ganz von der Hand gewiesen werden, ob diesbezüglich die Schiedsrichter den Entwicklungsländern einen Blankoscheck ausstellten. Im Gegensatz dazu haben die Aussetzungsschiedsrichter dieses Falles Brasiliens Anspruch auf den Entwicklungslandstatus in der Entscheidung zur Kenntnis genommen, sich dazu aber nicht geäußert (übrigens hatte zuvor auch das Panel Distanz zum Grundsatz der Sonderbehandlung der Entwicklungsländer genommen und die in Art. 24 DSU verankerte Sonderbehandlung zugunsten der am wenigsten entwickelten Länder auf prozessuale Aspekte beschränkt⁴⁰⁰). Dieses Argument hat allerdings auch für Brasilien eine auffällig zweitrangige Rolle gespielt.⁴⁰¹ Die USA haben ihrerseits den Entwicklungsstatus Brasiliens nicht völkerrechtlich angezweifelt, was sie wegen des Grundsatzes der Selbsternennung auch nicht ge-
durft hätten, haben aber stattdessen die Größe und Mannigfaltigkeit der brasilianischen Wirtschaft hervorgehoben.⁴⁰² Daraufhin hat Brasilien nicht mit seinem völkerrechtlichen Entwicklungslandstatus sondern mit wirtschaftlichen Angaben geantwortet, wie die unausgewogene Beschaffenheit der Handelsbeziehungen mit den USA und die erheblichen wirtschaftlichen Unterschiede zwischen beiden Ländern.⁴⁰³ Die Schiedsrichter haben ihrerseits entgegnet, es werde für Brasilien nicht schwer sein, Zugeständnisse im Wert von 294,7 Millionen Dollar in einer Art und Weise auszusetzen, die wirksam sei und *to induce compliance* gewährleiste. Solange der Höchstumfang für die Sanktionen nicht überschritten werde, könne der Beschwerdeführer nach seinem freien Ermessen die Gegenmaßnahmen gestalten.⁴⁰⁴ Man kann sich des Eindrucks nicht erwehren, dass die Schiedsrichter und selbst die Streitparteien an den Entwicklungslandstatus Brasiliens nicht so richtig glaubten. Im Grunde stoßen wir hier an das altbekannte Problem des sog. „graduation issue“, nämlich wann Entwicklungsländer

⁴⁰⁰ *US – Upland Cotton (Panel)*, Abs. 7.1331; Abs. 7.54, 7.1409-7.1414; siehe auch Mitchell (2006b), S. 468.

⁴⁰¹ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.124, 5.196.

⁴⁰² *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.2, 5.114, 5.137-5.138, 5.193.

⁴⁰³ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.124, 5.135-5.136.

⁴⁰⁴ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.199.

diesen Status aufgeben sollten.⁴⁰⁵

Fünftens argumentierte Brasilien, Aussetzungen von Zugeständnissen bezüglich des Warenhandels würden keinen genügend großen politischen Anreiz zur Umsetzung der DSB-Entscheidung für die USA bedeuten.⁴⁰⁶ Die Schiedsrichter aber meinten, solche Gegenmaßnahmen würden doch wirksam (*effective*) im Sinne von *to induce compliance* sein, weil Brasilien aus einem breiten Spektrum an Waren aussuchen könne.⁴⁰⁷

In diesem Kontext folgen die Schiedsrichter die Auslegung, dass die Wirksamkeit der Aussetzung gegeben sei, solange der Beschwerdeführer die erlaubten Rechtsmittel in Anspruch nehmen könne. Die Wirksamkeit habe also nichts mit der Reaktion des Beschwerdegegners auf die Sanktion zu tun, sondern mit der Möglichkeit des Beschwerdeführers, die Rechtsmittel in Anspruch zu nehmen. Die Auswirkungen der Sanktion auf den Beschwerdegegner waren kein relevanter Umstand für die Aussetzungsschiedsrichter.⁴⁰⁸ Diese Auslegung ist fraglich, denn sie entraubt die Wirksamkeit ihrer praktischen Bedeutung. In der Tat reicht es aus, dass der Beschwerdeführer über Sanktionsbefugnis verfügt und in der Lage ist, Gegenmaßnahmen (ob theoretisch oder praktisch, wird an dieser Stelle nicht präzisiert) einzuführen, um die Wirksamkeit zu gewährleisten. Da alle Streitparteien theoretisch und praktisch in der Lage sind, Zugeständnisse auszusetzen (auch wenn es im Konkretefall schädlich für sie und irrelevant für den Beschwerdegegner sein kann), sind Sanktionen in anderen Worten an und für sich wirksam (*effective*). (Nur wenn der Schaden für den Beschwerdeführer erheblich und größer als für den Beschwerdegegner ist, kann es ein Hinweis auf die Unwirksamkeit sein: siehe oben).⁴⁰⁹ Diese Interpretation klammert im Grunde die Frage aus, ob und wann Aussetzungen wirksam sind. Wirksamkeit droht zu einem inhaltslosen Begriff zu werden.

Sechstens wurde kurz die Frage angesprochen, ob Aussetzungen unter dem GATS und dem TRIPS genehmigt werden sollten, weil sie den Beschwerdeführer weniger als solche unter dem GATT schaden würden. In anderen

⁴⁰⁵ Frank, S. 290-294.

⁴⁰⁶ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.126-5.127, 5.196-5.197.

⁴⁰⁷ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.198.

⁴⁰⁸ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.198.

⁴⁰⁹ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.80-5.81, 5.130-5.133.

Worten, dürfen die Effekte der Sanktionen auf ihn die Genehmigung von *cross retaliation* begründen? Die Schiedsrichter boten keine grundlegende Antwort an, sondern wiesen darauf hin, dass im konkreten Fall der Beschwerdeführer aus einer weiten Bandbreite an Waren aussuchen könne. Aus diesem Grund sei er auch in der Lage, die Aussetzung so zu gestalten, dass der von ihm erlittene Schaden sich in Grenzen halte und die Sanktionen die Schwelle der Unmöglichkeit und Unwirksamkeit nicht überschreiten.⁴¹⁰

Im Endeffekt beschlossen die Aussetzungsschiedsrichter, dass die Unmöglichkeit und die Unwirksamkeit der Aussetzung von Zugeständnissen des GATT nicht bewiesen worden sei, solange der wegen der gerügten Maßnahme von Brasilien erlittene Schaden eine diachronisch flexible Schwelle nicht überschreite (bezogen auf die Daten des Jahres 2007 betrug sie einen jährlichen Betrag von 409,7 Millionen US-Dollar). Da in der Entscheidung diachronisch variable Sanktionen genehmigt worden sind, werde *cross retaliation* erlaubt sein, sobald diese Bedingung nicht erfüllt werde.⁴¹¹

Als Zwischenergebnis können folgende Weiterentwicklungen besonders hervorgehoben werden. Die Entscheidung präzisiert den Unterschied zwischen juristischer oder faktischer Unmöglichkeit. Der Begriff der (Un-)Wirksamkeit der Aussetzungen wurde strenger als in früheren Fällen ausgelegt und außerdem nur auf den Beschwerdeführer (nicht den Beschwerdegegner) bezogen. Aussetzungen, so die Entscheidung, könnten unmöglich oder unwirksam sein, wenn sie dem Beschwerdeführer einen erheblichen Schaden hinzufügen, der größer als der vom Beschwerdegegner erlittene Schaden ist. Die Möglichkeit und die Wirksamkeit der Gegenmaßnahmen wurde in Bezug auf verschiedene Güterklassen getrennt untersucht, wobei die Kosten eines Anbieterwechsels und das Vorhandensein von Substitutionsgütern im Mittelpunkt der Untersuchungen standen.

4.6.4.2 Zweite Voraussetzung: Die Umstände sind ernst genug

Die Argumente über den Ernst der Umstände fielen verhältnismäßig knapp

⁴¹⁰ US – *Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.127, 5.198.

⁴¹¹ US – *Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.200-5.201.

aus. Die Bestimmung, ob die Umstände ernst genug seien, wurde eher weit ausgelegt und umfasste sowohl die Auswirkungen von *parallel retaliation* auf den Beschwerdeführer als auch die weiteren Umstände der Einfuhr von Sanktionen (angesichts der mangelnden Umsetzung der DSB-Entscheidungen durch den Beschwerdegegner).⁴¹²

Die Schiedsrichter schlossen zwei interessante Argumente aus. Einerseits sei alleine das Bestehen der gerügten Maßnahme kein Hinweis auf den Ernst der Umstände, weil dies in allen Aussetzungsschiedsverfahren der Fall sei. Hierin bietet die Entscheidung eine andere Auslegung als *US – Gambling* (Art. 22.6) an. Andererseits sei es keine Rechtfertigung für den Beschwerdegegner, wenn der Beschwerdeführer es geschafft habe, trotz rechtswidriger Subventionen konkurrenzfähig zu bleiben, denn ausschlaggebend seien die von den rechtswidrigen Subventionen entfalteten wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen.⁴¹³ Außerdem führte der Beschwerdeführer die pauschale Behauptung ein, Aussetzungen in Bezug auf das GATS oder das TRIPS-Übereinkommen würden besonders verheerende Folgen haben. Das wurde zurückgewiesen, denn – so die Schiedsrichter – erstens seien sie an und für sich nicht unzuträglich für den Beschwerdegegner als Gegenmaßnahmen im GATT, zweitens sei der Umfang der selbe, egal welches Übereinkommen betroffen sei, und drittens dürfe der Beschwerdeführer innerhalb der Grenzen des Art. 22.3 DSU die Aussetzungen frei gestalten.⁴¹⁴

Das ausschlaggebende Argument für die Schiedsrichter war, dass die besonderen Merkmale und lange Fortdauer der rechtswidrigen Subventionen erhebliche Verzerrung des Weltmarktes zur Folge gehabt hätten. Deshalb kamen sie zum Schluss, dass sobald der diachronisch flexibel festzustellende Schaden eine gewisse Schwelle erreiche (409,7 Millionen US-Dollar anhand der Daten des Jahres 2007, siehe oben), die Umstände ernst genug sein würden.⁴¹⁵

Leider wollten die Schiedsrichter inkonsequenterweise explizit keine Stel-

⁴¹² *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.82-5.84, 5.215.

⁴¹³ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.219-5.220.

⁴¹⁴ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.210, 5.224.

⁴¹⁵ *US – Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 5.219, 5.221-5.222.

lung zum Thema der vermutlich mangelnden Bereitwilligkeit des Beschwerdegegners zur Umsetzung der DSB-Entscheidung nehmen, obwohl sie diesen Aspekt im Kontext des Ernstes der Umstände (wie soeben erwähnt) in Betracht gezogen hatten.⁴¹⁶ Stattdessen sind sie in Anspielung auf Art. 3.2 und 3.10 DSU davon ausgegangen, dass der Beschwerdegegner sofort und nach Treu und Glauben die Empfehlungen des DSB umsetzen würde.⁴¹⁷ Hinzu kommt noch, dass die Schiedsrichter leider drei Aspekte nicht klar unterschieden haben, und zwar: Das Alter der rechtswidrigen Maßnahme (vor wie langer Zeit wurde die Maßnahme eingeführt?), die anhaltende Aufrechterhaltung einer rechtswidrigen Maßnahme trotz DSB-Entscheidung (seit wie langer Zeit ist der Beschwerdegegner seiner Pflicht zur Aufhebung der rechtswidrigen Maßnahme nicht nachgekommen?), und die mutmaßliche zukünftige Unwilligkeit zur Umsetzung der DSB-Entscheidung (kann bewiesen oder vermutet werden, dass der Beschwerdegegner in Versäumnis harren wird?). Allgemein kann gesagt werden, dass die Entscheidungspraxis der WTO-Streitbeilegungsorgane leider noch keine zufriedenstellende Position zur Frage entwickelt hat, wie auf Parteien zu antworten ist, die sich zur Umsetzung der DSB-Entscheidungen verweigern. Den Sanktionsumfang um einen willkürlichen Prozentsatz zu erhöhen, wie in *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*⁴¹⁸ ist eine mögliche, wenngleich nicht unbedingt zufriedenstellende Lösung.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass der Ernst der Umstände weit interpretiert wurde, wobei dieser Begriff besonders den von der rechtswidrigen Maßnahme entfalteten wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen gleichgestellt wurde, dass die Rolle lang anhaltender rechtswidriger Maßnahmen und mangelnder Umsetzungsbereitschaft der DSB-Entscheidungen nicht klar ausgearbeitet wurde, und dass die Wettbewerbsfähigkeit des Beschwerdeführers und allgemeine Angaben über die Folgen der Gegenmaßnahmen nicht als Argument zugelassen wurden.

4.6.4.3 Voraussetzungen des Art. 22.3 (d) DSU

Der Handel und seine Bedeutung, die weitergehenden wirtschaftlichen

⁴¹⁶ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.215, 5.225.

⁴¹⁷ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.204, 5.209, 5.214, 5.216, 5.225.

⁴¹⁸ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.121.

Aspekte der Zunichtemachung und die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung (Art. 22.3 (d) DSU) wurden bis auf einen knappen Verweis nicht gesondert analysiert, sondern im Rahmen der Voraussetzungen des Art. 22.3 (b) und c DSU behandelt.⁴¹⁹

4.6.4.4 Zwischenergebnis

Die Aussetzungsschiedsrichter haben dem Antrag Brasiliens auf *cross retaliation* gegen die USA prinzipiell stattgegeben, wobei sie diachronisch flexible Gegenmaßnahmen erlaubt haben und eine Schwelle an jährlichem Schaden festlegten, ab der *cross retaliation* erlaubt wurde; Alles, was darunter liege, müsse auf jeden Fall in Form von *parallel retaliation* ausgesetzt werden.⁴²⁰ Dabei wurde *cross retaliation* ausschließlich anhand von Art. 22.3 DSU untersucht, ohne die besonderen und zusätzlichen Regeln und Verfahren über Streitbeilegung des SCM-Übereinkommens zu berücksichtigen.

Die Möglichkeit und die Wirksamkeit der Aussetzungen wurden relativ ausgiebig behandelt und in manchen Hinsichten enger ausgelegt als in *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* und *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*. Der Begriff der Unmöglichkeit wurde systematisiert als juristische oder faktische mangelnde Verfügbarkeit der Aussetzungen. Die Wirksamkeit wurde einerseits (wie in früheren Entscheidungen) als die Möglichkeit von *to induce compliance* verstanden, so z.B., wenn der Beschwerdeführer aus einem breiten Spektrum an Waren aussuchen könne. Andererseits (im Unterschied zu den früheren Entscheidungen) wurde besonderer Wert auf die Tatsache gelegt, dass der Beschwerdeführer die Unwirksamkeit der Aussetzungen im selben Sektor bzw. im selben Übereinkommen beurteilen müsse, was eine besonders passende Auslegung ist für Fälle, in denen sich das Ungleichgewicht zwischen den Streitparteien in gewissen Grenzen hält. Konkret liegt laut der Entscheidung Unmöglichkeit und Unwirksamkeit vor, wenn die Gegenmaßnahmen dem Beschwerdeführer einen entscheidenden Schaden anrichten. Hierfür haben die Schiedsrichter die Kosten der Aussetzung für den Beschwerdeführer bezüglich verschiedener Produktklassen untersucht und zwei Kriterien besonders berück-

⁴¹⁹ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.85-5.90, 5.226-5.229.

⁴²⁰ *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 5.230-5.236, analog zu *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 173 (d).

sichtigt, nämlich die wirtschaftlichen Folgen eines Anbieterwechsels und die Verfügbarkeit von Substitutionsgütern. Auffallend ist, dass in diesem Streitfall Brasiliens Status als Entwicklungsland für niemanden ein gewichtiges Argument zu sein schien.

Der Ernst der Umstände und die weiteren Voraussetzungen des Art. 22.3 (d) DSU wurden relativ knapp erläutert. Das bedeutet, dass sich die Schiedsrichter hauptsächlich mit den Bedingungen für *cross-sector retaliation* (Art. 22.3 (b) DSU) statt *cross-agreement retaliation* (Art. 22.3 (c) DSU) befassen, was ein wenig erstaunlich ist. Der Ernst der Umstände wurde größtenteils mit den von den rechtswidrigen Maßnahmen entfalteten wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen gleichgesetzt. Deshalb wurde aus der Wettbewerbsfähigkeit des Beschwerdeführers nicht auf einen mangelnden Ernst der Umstände geschlossen. Die Frage, ob lang anhaltende rechtswidrige Maßnahmen und mangelnde Umsetzungsbereitschaft der DSB-Entscheidungen den Ernst der Umstände bezeugen, wurde nicht eindeutig beantwortet.

4.6.5 Zwischenergebnis

Laut der Auslegung der Streitbeilegungsorgane darf im Falle von *parallel retaliation* die beschwerdeführende Partei nach freiem Ermessen die Aussetzung gestalten und dessen Umfang verteilen, solange Sektoren und Übereinkommen betroffen sind, in denen das DSB einen Verstoß oder eine sonstige Zunichtemachung oder Schmälerung festgestellt hat. Sobald der Beschwerdeführer diese Grenze überschreitet, ist von *cross retaliation* die Rede.

Art. 22.3 DSU legt die Maßstäbe für *cross retaliation* fest. Laut der Auslegung der Schiedsrichter gelten sie auch, wenn der Aussetzungsumfang gemäß dem SCM-Übereinkommen festgelegt wird. Diese Maßstäbe sind Unmöglichkeit und Unwirksamkeit, der Ernst der Umstände, der Handel und seine Bedeutung und die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte.

Unmöglichkeit und Unwirksamkeit (Art. 22.3 (b) und (c) DSU) sind disjunktive Kriterien. Die Schiedsrichter verstanden ihre Aufgabe darin, zu überprüfen, ob diese Kriterien zutreffen. Unmöglichkeit bedeutet, dass die Sanktion untauglich oder nicht verfügbar ist. Unwirksamkeit bedeutet, dass die Sanktion nicht in der Lage ist, einen ausreichenden Anreiz für den Beschwerdegegner zur Um-

setzung der DSB-Entscheidung anzubieten (*to induce compliance*). So z.B. sind Aussetzungen unmöglich und unwirksam, erstens wenn z.B. der Beschwerdeführer im betroffenen GATT-Sektor keine Zollsätze bzw. im GATS-Sektor keine Liste gebunden hat (juristische Unmöglichkeit). Zweitens, wenn der Schadensumfang größer ist als der Wert der Importe im Bereich, in dem der Rechtsbruch festgestellt wurde (faktische Unmöglichkeit). Drittens, wenn das Ausweichen auf andere Anbieter viel stärker den Konsumenten in der beschwerdeführenden als den Dienstleistungsanbietern in der beklagten Partei schadet. Dabei ist zu beachten, dass nicht der Schaden an sich, sondern das Ausmaß des Schadens für den Beschwerdeführer entscheidend ist. Viertens, wenn dem Beschwerdeführer keine Substitutionsgüter zur Wahl stehen. Fünftens ist die Aussetzungen von Zugeständnissen oder Pflichten spezifisch des GATS unmöglich und unwirksam, wenn die von Dienstleistungsanbietern getätigten Investitionen durch Investitionsschutzmaßnahmen geschützt sind. Sechstens sind Gegenmaßnahmen unmöglich und unwirksam, wenn die wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den Streitparteien gewaltig sind oder wenn der Beschwerdeführer von den Importen aus dem Beschwerdegegner abhängt. In solch einer Konstellation ist der Beschwerdeführer grundsätzlich nicht in der Lage, *to induce compliance* herbeizuführen, denn die Sanktionen würden dem Beschwerdegegner nicht spürbar schaden. Deshalb haben die Schiedsrichter in *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* und *US – Gambling (Art. 22.6)* eine niedrige Latte gelegt, und so reichte die Angabe des Beschwerdeführers aus, in welchem Sektor oder Übereinkommen ihm die Aussetzung am wenigsten Schaden zufügen würde. Die Aussetzungsschiedsrichter in *US – Upland Cotton* wurden mit anderen Rahmenbedingungen konfrontiert, denn in diesem Fall war es nicht eindeutig, ob die Gegenmaßnahmen im Sektor bzw. Übereinkommen der ursprünglichen Rechtswidrigkeit dem Beschwerdeführer mehr als dem Beschwerdegegner schaden würden. Deshalb musste der Beschwerdeführer die Unwirksamkeit der Aussetzungen im selben Sektor bzw. im selben Übereinkommen des Rechtsbruchs beweisen.

Die Umstände sind ernst genug (Art. 22.3 (c) DSU), wenn die rechtswidrige Maßnahme wettbewerbsverzerrende Auswirkungen entfaltet. Deshalb ist diesbezüglich belanglos, ob der Beschwerdeführer trotz rechtswidriger Maß-

nahmen konkurrenzfähig bleibt. Ein Indiz für den Ernst der Umstände wäre die Tatsache, dass der Beschwerdegegner die Entscheidung des DSB hartnäckig nicht umsetzt.

Der Handel und seine Bedeutung (Art. 22.3 (d) (i) DSU) müssen berücksichtigt werden. Laut *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* ist damit die beschwerdeführende Partei gemeint. Später aber, in *US – Gambling (Art. 22.6)*, wurde diese Auslegung verworfen und die Bedeutung des Handels sowohl für den Beschwerdeführer als auch für den -gegner in Betracht gezogen.

Die weitergehenden wirtschaftlichen Aspekte der Zunichtemachung oder Schmälerung (Art. 22.3 (d) (ii), 1. Halbsatz, DSU) haben die Schiedsrichter auf den Beschwerdeführer bezogen, und die weiteren wirtschaftlichen Folgen der Aussetzung (Art. 22.3 (d) (ii), 2. Halbsatz, DSU) auf alle Streitparteien.

Als Letztes sei darauf hingewiesen, dass der Status des Entwicklungslandes sowohl in *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* als auch in *US – Gambling (Art. 22.6)* ein maßgebliches Argument war und sich als ein roter Faden durch die gesamte Diskussion über *cross retaliation* zog. Anders in *US – Upland Cotton (Art. 22.6)*, denn hier hat nicht einmal Brasilien sein Entwicklungsniveau richtig in die Waagschale geworfen.

Als Zwischenergebnis kann gesagt werden, dass die Aussetzungsschiedsrichter allgemein den Beschwerdeführern einen großen Ermessensfreiraum eingeräumt haben, so dass die Schiedsrichter letztendlich lediglich eine Plausibilitätsprüfung der Angaben der Beschwerdeführer durchgeführt haben. Insgesamt wurden also die Voraussetzungen für *cross retaliation* recht nachlässig überprüft. Wenngleich in *US – Upland Cotton (Art. 22.6)* die Schiedsrichter etwas strenger als in *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* und *US – Gambling (Art. 22.6)* waren, ist es nur ein Unterschied des Ausmaßes – der Ansatz der Plausibilitätsprüfung bleibt der selbe. Dieser Unterschied kann meines Erachtens größtenteils dadurch erklärt werden, dass sich in den ersten beiden Fällen die Beschwerdeführer auf ihren Status als Entwicklungsland berufen haben.

4.7 Qualitatives Gleichgewicht zwischen Schaden und Sanktion

Im allgemeinen Völkerrecht wird der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der Gegenmaßnahmen nicht nur quantitativ, sondern auch qualitativ verstanden. So z.B. im Absatz 6 der Kommentare zu Art. 51 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission: „Considering the need to ensure that the adoption of countermeasures does not lead to inequitable results, proportionality must be assessed taking into account not only the purely "quantitative" element of the injury suffered, but also "qualitative" factors such as the importance of the interest protected by the rule infringed and the seriousness of the breach“.

Wie steht es im WTO-Recht mit einem qualitativen Vergleich, dass also eine gewisse Gleichartigkeit oder Ähnlichkeit der rechtswidrigen Maßnahme und der Sanktionsmaßnahme besteht? Ein Mindestmaß an qualitativer Übereinstimmung wird von Art. 22.3 DSU gefordert, indem die Aussetzungen prinzipiell bei demselben Abkommen und Sektor der WTO-Rechtswidrigkeit eingreifen sollten.

Wäre vielleicht ein höheres Maß an qualitativer Ähnlichkeit sinnvoll? Höhere qualitative Übereinstimmung könnte erstens im Sinne spiegelähnlicher Sanktionen verstanden werden, z.B. dass rechtswidrige Importverbote für Schuhe mit einem gleichen Importverbot für dieselbe Warenart beantwortet würden. Dies wäre jedoch wegen der unsymmetrischen Handelsströme zwischen den Mitgliedern in der Regel nicht sinnvoll für den Beschwerdeführer. Ferner ist zu bemerken, dass aus einer quantitativen Sicht eine Sanktionsmaßnahme, die identisch mit der gerügten Maßnahme wäre, auch nicht gewährleistet werden könnte, dass der Umfang des Schadens und der Sanktionen einander entsprechen.⁴²¹

Eine stärkere Forderung nach qualitativer Gleichwertigkeit könnte zweitens auf die nicht eingehaltene Norm des WTO-Rechts bezogen sein. So müsste z.B. eine Inlandsdiskriminierung (Verstoß gegen Art. III GATT) des

⁴²¹ Siehe etwa die Diskussion in *US – 1916 Act* (Art. 22.6), Abs. 5.30, 5.32.

Beschwerdegegners mit Sanktionen im Sinne einer Inlandsdiskriminierung des Beschwerdeführers zu Lasten des Beschwerdegegners beantwortet werden. Dies wäre aber auch nicht sinnvoll. Sie würde einerseits nicht deutlich mehr Rechtssicherheit und Voraussehbarkeit bedeuten, denn gegen was sich die Sanktions-Inlandsdiskriminierung richten würden, stünde immerhin noch offen. Andererseits hätte der Beschwerdeführer weniger Flexibilität, um Sanktionen zu wählen, die ihm selber so wenig wie möglich schaden.

Das DSU gibt als qualitative Grenze der Sanktionen Art. 22.3 an: Grundsätzlich sollen die Sanktionen im selben Sektor eingeführt werden, in dem die Streitbeilegungsorgane eine WTO-Rechtswidrigkeit festgestellt haben und ausnahmsweise dürfen sie einen anderen Sektor oder Übereinkommen betreffen (siehe 4.6). Dieses qualitative Mindestmaß zu erweitern scheint nicht empfehlenswert zu sein. So haben es bis jetzt auch die Aussetzungsschiedsrichter verstanden. So etwa haben sich die Schiedsrichter in *EC – Hormones* (Art. 22.6) grundsätzlich mit der quantitativen Korrelation zwischen Aussetzung und Zunichtemachung befasst und der beschwerdeführenden Partei die Wahl nach der qualitativen Gestaltung der Sanktionen frei gelassen (solange sich die Partei innerhalb der Grenzen des Art. 22.3 DSU bewegte).⁴²² Diese Haltung entspricht auch dem Sinne von Art. 22.7 Satz 1 DSU: „The arbitrator [...] shall not examine the nature of the concessions or other obligations to be suspended but shall determine whether the level of such suspension is equivalent to the level of nullification or impairment“.

Es wurde eben die Frage behandelt, inwieweit das WTO-Recht ein Mindestmaß an Gleichartigkeit zwischen rechtswidriger Maßnahme und Vergeltungsmaßnahme verlangt. Was geschieht aber, wenn die beschwerdeführende Partei selbst ein erhöhtes Maß an qualitativer Entsprechung vorschlägt? Dies ist im Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU des Falles *US – 1916 Act* geschehen. Aspekte eines Antidumping-Gesetzes der USA waren vom Panel und vom Berufungsgremium als WTO-rechtswidrig erklärt worden. Die EG hat die Erlaubnis zur Einführung von Aussetzungen von qualitativ gleichwertigen Verpflichtungen aus dem GATT 1994 und aus dem Antidumping-Übereinkommen

⁴²² *EC – Hormones* (Art. 22.6), s18-s20.

beantragt, worauf die USA Einspruch erhoben und ein Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU eingeleitet wurde. Als beschwerdeführende Partei schlug die EG vor, eine Vorschrift einzuführen, die in wesentlichen Teilen äquivalent zum gerügten Gesetz sein würde.⁴²³ Der Umfang der Sanktionen konnte also nicht vorausgesagt werden, denn er würde von der tatsächlichen zukünftigen Anwendung der Gegenvorschrift abhängen. Der Vorteil dieses Ansatzes liegt auf der Hand: Der Umfang des Schadens und der Aussetzung bräuchten nicht gemessen werden, was viel Arbeit, Spekulationen und Zwist ersparen würde. Die Schiedsrichter meinten, qualitativ gleichwertige Gegenmaßnahmen seien an sich erlaubt, aber die Entsprechung der Sanktionen mit der Zunichtemachung oder Schmälerung sei nicht qualitativ, sondern ausschließlich quantitativ zu bewerten. Ausschlaggebend sei also der Wert der von der EG vorgeschlagenen Aussetzung, welcher nicht höher als der Wert der Zunichtemachung oder Schmälerung sein dürfe.⁴²⁴ Die Schiedsrichter haben sich also streng an Art. 22.7 Satz 1 DSU gehalten und ausschließlich den Umfang der Sanktionen geprüft. Laut dieser Auffassung müssen die Schiedsrichter eine quantitative Gleichwertigkeit zwischen Zunichtemachung und Aussetzungen garantieren. Ein qualitatives Gleichgewicht, so die Entscheidung, sei irrelevant. Meiner Meinung nach führen Art. 22.4 und 22.7, Satz 1, DSU quantitative Grenzen für die Aussetzungen ein (siehe 4.2), doch diese Normen schließen eine qualitative Korrespondenz nicht aus. Im Fall von Art. 4.10, 4.11, 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen weicht der Wortlaut noch deutlicher von quantitativen Ausdrücken ab. Dennoch ist die Entscheidung der Schiedsrichter vertretbar i.S. einer ausschließlich quantitativen Auslegung vom Umfang der Aussetzung, denn seit Zeiten des GATT wird großer Wert auf die quantitative Korrespondenz gelegt, was z.B. in Art. XIX.3 (a) und XXVIII.2 GATT 1947 zum Ausdruck kommt. Diese Tradition zu ändern könnte meiner Meinung nach positiv sein, doch dabei ist Vorsicht geboten. So eine doch recht gründliche Entwicklung sollten die Mitglieder, nicht die Streitbeilegungsorgane einleiten.

⁴²³ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 2.9.

⁴²⁴ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.21, 5.32; Fukunaga, S. 423-425.

4.8 Anreizstärke der Sanktionen

Das DSU gibt dem beschwerdeführenden Mitglied die Wahl der von der Aussetzung betroffenen Zugeständnisse oder Pflichten. Diese Wahl ermöglicht dem Beschwerdeführer die Kontrolle über die Verteilung der Sanktionskosten. Was den Warenhandel betrifft, könnte man meinen, sollten die Sanktionen die Einfuhr von ersetzbaren *commodities* betreffen, denn solche Güter können von anderen Anbietern unter Weltmarktbedingungen gekauft werden. Die Bevölkerung des beschwerdeführenden Mitglieds erleidet einen relativ kleinen Wohlfahrtsverlust, weil weiterhin die Waren im Weltmarkt bezogen werden können, was einerseits die politische Unterstützung der Maßnahme und andererseits die Sanktionen effektiver macht, weil der Kostenunterschied zu Lasten des Beschwerdegegners vergrößert wird. Ist aber diese Argumentation überzeugend? Z.B. ist es aus dieser Sicht schwer nachzuvollziehen, wieso die USA im Fall *EC-Bananas (US)* Sanktionen auf Luxusgütern auferlegt haben, wie etwa französische Handtaschen, schottische Kaschmirpullover und italienischen Parmaschinken. Der Riss dieser Argumentation ist, dass Güter, die ersetzbare *commodities* sind, es i.d.R. sowohl für den Käufer als auch für den Verkäufer sind. Kann die beschwerdeführende Partei die Güter im Weltmarkt weiterhin beziehen, so kann der Beschwerdegegner die Güter auch im Weltmarkt weiterhin trotz Sanktionen an andere Käufer verkaufen, weil ja Sanktionen nicht auf MFN-Basis angewandt werden (Art. 22.2 Satz 2 DSU). Ohne eine multilaterale Durchsetzung sind ersetzbare *commodities* gegen Sanktionen mehr oder weniger immun. Unter diesem Licht können die Aussetzungen der USA im Fall *EC-Bananas (US)* verstanden werden: Die erwähnten Luxusgüter werden hauptsächlich in den OECD-Ländern konsumiert und indem sich die USA gegen sie abschottete, fehlte den Herstellern einer ihrer wenigen Absatzmärkte (und, weil es Luxusgüter sind, wurde dabei die Wohlfahrt der USA relativ wenig beeinträchtigt).

Welche sind also die Güter, die am ehesten durch Sanktionen betroffen werden sollten? Es sollten diejenigen Güter sein, die der Beschwerdeführer als Oligopsonist oder Monopsonist konsumiert und deren Mangel die Wohlfahrt seiner Volkswirtschaft so wenig wie möglich beeinträchtigt. Die Antwort auf die Frage hängt also von der jeweiligen Lage der beiden Parteien ab. Es kann

übrigens davon ausgegangen werden, dass kleine Nationen selten Oligopsonisten oder Monopsonisten sind. Dies trägt zur Verzerrung des WTO-Streitbeilegungssystems zu Lasten der kleinen Volkswirtschaften (d.h. der meisten Entwicklungsländer) bei.

Auch Drezner hat aus seinen empirischen Beobachtungen besonders zwei Konstanten destilliert, die die Erfolgsaussichten der Sanktionen in Hinsicht auf *to induce compliance* steigern. Erstens sollte so bald wie möglich mit den schädlichsten Sanktionen gedroht werden, damit sich der Empfänger gegen die langfristigen Opportunitätskosten nicht decken kann. Einerseits sind also eskalierende Sanktionen demnach nicht empfehlenswert. Andererseits sollte der Beschwerdeführer die Sanktionen gleich nach ihrer Ankündigung einführen.⁴²⁵ Angewandt auf die WTO-Streitbeilegung bedeutet es nicht, dass das Verfahren zur Auferlegung von Sanktionen beschleunigt werden sollte. Drezners Vorschlag ist auf die Zeitspanne zwischen der Mitteilung der Liste der auszusetzenden Zugeständnisse und der tatsächlichen Einführung der Aussetzungen übertragbar.

Zweitens sollten Art und Umfang der Sanktionen dem Verhältnis der Parteien angepasst werden. So sollten z.B. einem Verhandlungspartner, mit dem die Wahrscheinlichkeit zukünftiger Konflikte hoch ist, Sanktionen auferlegt werden, die keine Umverteilung politischer Aktivposten bedeutet, denn dann wird er eher nachgeben.⁴²⁶ Für das WTO-Sanktionsverfahren bedeutet dies: Wenn sich die beschwerdeführende Partei Gedanken zum Umfang und zum Inhalt der Aussetzungen macht, sollte sie unter Anderem die Beziehung zur Gegenpartei beachten.

4.9 Beschwerdebefugnis, Sanktionsbefugnis und Übertragung des Sanktionspotentials

Beschwerdebefugnis, Sanktionsbefugnis und Übertragung des Sanktionspotentials sind drei verzahnte Begriffe. Sie sind nicht ganz unstrittig, weshalb eine eingehende Untersuchung dieser Kategorien sinnvoll ist.

⁴²⁵ Drezner, S. 312-313.

⁴²⁶ Drezner, S. 313.

Erstens, wer hat Beschwerdebefugnis für die verschiedenen WTO-Streitbeilegungsverfahren? Diese Frage haben die WTO-Streitbeilegungsorgane mit dem Begriff *standing* (oder *locus standi*) erörtert.⁴²⁷ In Bezug auf das Panel- und Berufungsverfahren haben das Panel und das Berufungsgremium in *EC – Bananas* die Ansicht vertreten, dass alle WTO-Mitglieder über Beschwerdebefugnis verfügen, auch wenn sie keinen Schaden erlitten haben (siehe 3.1 und 3.2).⁴²⁸ Die Streitbeilegungsorgane haben meines Wissens die Frage nach der Beschwerdebefugnis für Verfahren nach Art. 21.3 DSU und nach Art. 21.5 DSU noch nicht thematisiert, doch weil in diesen Verfahren die Umsetzung der ursprünglichen Panel- und Berufungsberichte thematisiert wird, müsste m.E. die Beschwerdebefugnis den selben Parteien wie im Panel- und Berufungsverfahren anerkannt werden. Dafür spricht auch, dass gem. Art. 21.6, Satz 2, DSU jedes Mitglied die Frage der Umsetzung im DSB aufwerfen kann.

In Bezug auf das Verfahren gem. Art. 22.6 DSU ist die prozessrechtliche Lage anders, da der Beschwerdegegner dieses Verfahren (gem. Art. 22.6, Satz 2, DSU) einleitet als Reaktion auf die Bitte einer Genehmigung (gem. Art. 22.2, Satz 2, DSU) des Beschwerdeführers. Jeder Beschwerdegegner ist hierfür zum Einspruch befugt gem. Art. 22.6, Satz 2. So wie das System heute aufgebaut ist, könnte es auch nicht anders sein, denn sonst wären u.U. die Sanktionen automatisch. Nach der Beschwerdebefugnis des Beschwerdegegners zu fragen ist deshalb sinnlos. Sinnvoll ist nur die Frage, inwiefern der Beschwerdeführer gem. Art. 22.2, Satz 2, DSU befugt ist, die Aussetzung von Zugeständnissen zu beantragen. Diese Befugnis ist deshalb mit einer Beschwerdebefugnis gleichzusetzen. Anders gesagt: Die gem. Art. 22.2, Satz 2, DSU an das DSB gerichtete Bitte einer Genehmigung, um Zugeständnisse oder sonstige Pflichten auszusetzen, ist sinngemäß mit der Einleitung einer Beschwerde gleichzustellen. Deshalb wird in dieser Arbeit auch im Kontext von Verfahren gem. Art. 22.6 DSU von der Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers gesprochen. Wie lautet in dieser Hinsicht die Entscheidungspraxis? In

⁴²⁷ Siehe auch Pauwelyn (2003), S. 941-945; Gazzini, S. 735-737.

⁴²⁸ *EC – Bananas (Panel)*, Abs. 7.49-7.52; *EC – Bananas (AB)*, Abs. 132-138. Siehe auch *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.63-4.64.

US – 1916 Act (Art. 22.6) wurde die Beschwerdebefugnis des Beschwerdeführers auch nicht rückwirkend in Frage gestellt, nachdem festgestellt worden war, dass er keinen Schaden erlitten hatte (siehe 5.2.2.5), und folgt somit der Auslegung von *EC – Bananas (Panel)*. Laut diesem Ansatz können alle Beschwerdeführer eines Panel- oder Berufungsverfahrens ein Verfahren laut Art. 22.6 DSU einleiten, solange die Voraussetzungen von Art. 22.2 DSU erfüllt sind, auch wenn die rechtswidrige Maßnahme ihnen keinen Schaden i.S.d. Art. 22 DSU hinzufügt.

In anderen Worten: Laut der Entscheidungspraxis sind also Art. XXIII.2 GATT 1947 und Art. 22.2, Satz 2, DSU *acciones populares*. Diese Auslegung ist m.E. schwer zu vereinbaren mit der Erfordernis eines wesentlichen Interesses: Art. 4.11 DSU setzt ein wesentliches Handelsinteresse für die Teilnahme an den Konsultationen voraus und Art. 10.2 und 17.4 DSU erfordern von den Dritten ein wesentliches Interesse an der Angelegenheit. Leider haben die Schiedsrichter das Zusammenspiel ihrer Auslegung der Beschwerdebefugnis mit diesen Normen nicht thematisiert. Als Exkurs kann darauf aufmerksam gemacht werden, dass diese allgemeine Beschwerdebefugnis ein Ungleichgewicht herstellt, da im Grunde beliebig viele Mitglieder gemäß Art. 9 DSU als Mitkläger auftreten könnten, während das DSU keine Mitangeklagte erlaubt.⁴²⁹ Übrigens hängt die Beschwerdebefugnis nicht vom Beweis wirtschaftlicher Effekte ab, aber in manchen Fällen ist dieser Beweis notwendig, um die Rechtsverletzung nachzuweisen.⁴³⁰

Wenn feststeht, dass alle Mitglieder klagebefugt für die verschiedenen Verfahren sind, kommt die zweite Frage: Nämlich ob alle klagebefugten Parteien oder nur die tatsächlich von der rechtswidrigen Maßnahme betroffenen Parteien Gegenmaßnahmen einführen dürfen. In anderen Worten, ob sie über Sanktionsbefugnis verfügen. Die Aussetzungsschiedsrichter musste sich diese Frage lange nicht stellen, da alle Beschwerdeführer einen Schaden erlitten hatten und somit laut Art. 22.4 DSU sanktionsbefugt waren. Im Jahr 2004 jedoch haben die Schiedsrichter des Falles *US – 1916 Act (Art. 22.6)* diese Frage behandelt und sind zum Schluss gekommen, dass nur diejenigen, die Schaden

⁴²⁹ Vranes (2002), S. 222-223.

⁴³⁰ Siehe WTO (2005), S. 189-198.

erleiden, befugt zur Einfuhr von Sanktionen sind.⁴³¹ Klagebefugte Parteien können also u.U. nicht sanktionsbefugt sein. Anders ausgedrückt: Mitgliedern wird nicht erlaubt, wegen eines systemischen Interesses Zugeständnisse auszusetzen. Pauwelyn sieht hierin den Ausdruck eines ungelösten Spannungsverhältnisses in den Zielen der WTO als Institution, nämlich zwischen dem Schutz vertraglicher bilateraler Gleichgewichte und der Umsetzung multilateraler Regeln.⁴³² In dieser Hinsicht ist das Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge nuancierter, denn Art. 60.2 (c) erlaubt jeder Vertragspartei, einen mehrseitigen Vertrag zu suspendieren, wenn eine erhebliche Vertragsverletzung „die Lage jeder Vertragspartei hinsichtlich der weiteren Erfüllung ihrer Vertragsverpflichtungen grundlegend ändert“.⁴³³ Seinerseits setzen Art. 42 und 48 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission keine Verletzung des Beschwerdeführers voraus.

Die dritte Frage ist, ob sanktionsbefugte Mitglieder Gegenmaßnahmen im Gesamtwert des Schadens einführen dürfen (was Parallelen zur zivilrechtlichen Gesamtgläubigerschaft und zur gemeinschaftlichen Forderungsberechtigung bei unteilbaren Leistungen aufweisen würde), oder ob der Gesamtwert des Schadens unter den Zugeständnisse aussetzenden Beschwerdeführern aufgeteilt werden soll (analog zur Teilschuldnerschaft). Da der Gesamtwert des Schadens das Sanktionspotential definiert (anhand von Art. 22.4 DSU, 4.11 oder 7.10 des SCM Übereinkommens), kann diese Frage als das Problem der Übertragung des Sanktionspotentials bezeichnet werden.

Die Frage der Übertragung des Sanktionspotentials wird wegen der offenen Formulierung von Art. 22.4 DSU möglich: Der Umfang einer Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten muss dem Umfang der zunichte gemachten oder geschmäleren Vorteile entsprechen. Wovon ist hier die Rede: Von der Zunichtemachung oder Schmälerung, die der Beschwerdegegner verursacht hat, oder von der Zunichtemachung oder Schmälerung, die die Be-

⁴³¹ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.79, 6.1-6.13. Im Jahr davor hatte ein Panel die Verbindung zwischen dem Handelsinteresse des Beschwerdeführers und dem Aussetzungsbetrag thematisiert: *US – Steel Safeguards (Panel)*, Fußnote 5832.

⁴³² Pauwelyn (2000), S. 342-343.

⁴³³ Übersetzung der Bundesbehörden der Schweizerischen Eidgenossenschaft.

schwerdeführer erlitten haben? Falls der vom Beschwerdegegner angerichtete Schaden der Maßstab ist, wäre einleuchtend, dass der Beschwerdeführer Sanktionen im Wert des Gesamtschadens einführen darf, einschließlich des von anderen Mitgliedern erlittenen Schadens. Falls aber der Schaden, der den Beschwerdeführer getroffen hat, der Bezugspunkt ist, müsste eine Übertragung des Sanktionspotentials verneint werden.

Die Aussetzungsschiedsrichter des Bananenfalles haben sich im Kontext der Diskussion über den indirekten Schaden zur Übertragung des Sanktionspotentials geäußert. Sie kamen zum Schluss, dass eine Übertragung des Sanktionspotentials vermieden werden solle, um erstens den Grundsätzen der souveränen Gleichheit der Staaten und der Nichteinmischung in fremden Angelegenheiten Rechnung zu tragen, zweitens um eine mehrfache Zählung des Schadens und somit einen Verstoß gegen die in Art. 22.4 und 22.7 DSU verankerte Entsprechung zwischen Schaden und Aussetzung zu vermeiden, und drittens um den Herkunftslandregeln Rechnung zu tragen.⁴³⁴ „Consequently, there is no right and no need under the DSU for one WTO Member to claim compensation or request authorization to suspend concessions for the nullification or impairment suffered by another WTO Member with respect to goods bearing the latter’s origin or service suppliers owned or controlled by it“⁴³⁵ (siehe auch 3.3). Im Bananenfall wurde also einerseits den USA erlaubt, ein Verfahren einzuleiten, obwohl sie keinen Schaden erlitten hatten, andererseits durften aber die USA keine Sanktionen einführen für Schaden, den sie nicht selber erlitten hatten.

Etwa anderthalb Jahre später, in *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) wurde die Auslegung von *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6) über die Übertragung des Sanktionspotentials verworfen.⁴³⁶ Die Übertragung wurde erlaubt mit der Begründung, verbotene Subventionen rechtfertigen hohe Aussetzungen, um *to induce compliance* zu gewährleisten. Außerdem wiesen die Schiedsrichter darauf hin, dass im Fall zukünftiger, zusätzlicher Beschwerden gegen die gerügte Subvention der Gesamtumfang der Gegenmaßnahmen nachträglich zwischen allen

⁴³⁴ *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.14-6.17.

⁴³⁵ *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 6.14.

⁴³⁶ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.53-3.60.

Beschwerdeführern verteilt werden könne (siehe 5.3.2.1). Vermutlich lässt sich dieser Bruch mit der älteren Entscheidung mit den konkreten Umständen dieses Falles erklären. Im Grunde vertraten Brasilien und Kanada in *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) und später in *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6) jeweils ein führendes Unternehmen im Markt der Mittelstreckenflugzeuge. Andere Konkurrenz gab es kaum. Deshalb haben sich die Subventionen fast nur auf die Gegenparteien dieser Streitfälle ausgewirkt und dies ist möglicherweise der Grund für die Übertragung des Sanktionspotentials.

Wiederum zwei Jahre später, im Jahr 2002, wurde das Thema wieder angesprochen. Im Fall *US – FSC* wurden freilich nicht alle von der verbotenen Subvention begünstigten Güter in die EG exportiert. Auch nicht alle nicht-amerikanischen Hersteller, deren Produkte vom Welt- oder Binnenmarkt wegen der amerikanischen Subvention verdrängt wurden, waren in EU-Mitgliedsstaaten ansässig. Das bedeutete, dass mehrere Staaten i.S.d. WTO-Rechts Schaden erlitten hatten. Die EG erhielten jedoch die Erlaubnis zur Einführung von Sanktionen, die angemessen im Vergleich mit dem gesamten Subventionsbetrag waren. Somit erhielt der Beschwerdeführer die Erlaubnis, Gegenmaßnahmen „in Vertretung“ anderer betroffener WTO-Mitglieder einzuführen; Der EG wurde somit das Sanktionspotential anderer Mitglieder zugewiesen. Zur Begründung haben die Aussetzungsschiedsrichter zwischen *erga omnes* (eigentlich *erga omnes partes*) und *inter partes* geltenden Pflichten unterschieden.⁴³⁷ Alle Subjekte hätten laut der Entscheidung ein Interesse an der Einhaltung der *erga omnes partes* geltenden Pflichten; Alle Mitglieder könnten sie erzwingen. In anderen Worten, bei einer *erga omnes partes* geltenden Pflicht habe jedes Subjekt des relevanten Rechtssystems Anspruch auf Erfüllung und Sanktionsbefugnis. Laut den Schiedsrichtern gelte die Pflicht zur Zurücknahme der in diesem Fall beanstandeten verbotenen Subventionen *erga omnes partes* und könne nicht verteilt werden.⁴³⁸ Deshalb dürften klage- und sanktionsbefugte Mitglieder Gegenmaßnahmen im Gesamtwert der Subvention einführen. Somit stimmten die Schiedsrichter dieses Falles der Entscheidung

⁴³⁷ Kritisch dazu: Howse & Neven (2005a), S. 115-118; Pauwelyn (2003), S. 907-951; Gazzini, S. 723-742; Mitchell (2006a), S.1002-1003; Fukunaga, S. 385-388. Siehe auch Fußnote 621.

⁴³⁸ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 6.10; siehe auch Gazzini, S. 737-741.

Brazil – Aircraft (Art. 22.6) zu. Eine weitere Parallele zu *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) ist, dass laut den Schiedsrichtern den Anforderungen von Art. 22.4 DSU dadurch Rechnung getragen wird, dass im Falle mehrerer Sanktionen einführenden Beschwerdeführer der Gesamtumfang unter ihnen (wenn nötig auch nachträglich) verteilt werden müsse.⁴³⁹

Zwei Jahre später, im August 2004, wurde in *US – Byrd Amendment* die Übertragung des Sanktionspotentials wieder thematisiert. Die rechtswidrige Maßnahme, CDSOA genannt, betraf auch Mitglieder, die nicht Sanktionen gegen die USA beantragt hatten: Mitglieder, die am Prozess nicht teilgenommen haben, und beschwerdeführenden Parteien, die keine Sanktionen beantragt haben (Australien, Indonesien und Thailand). Die beschwerdeführenden Parteien (mit Ausnahme von Chile⁴⁴⁰) haben gemeint, dass die Zunichtemachung oder Schmälerung objektiv zu ermitteln sei und deshalb den gesamten Auszahlungen von Ausgleichszöllen entspräche.⁴⁴¹ Der Umfang der Sanktionen jeder beschwerdeführenden Partei sei folgendermaßen zu berechnen: durch die Summe von erstens dem von der jeweiligen Streitpartei erlittenen Schaden und zweitens einen proportionalen Anteil des Schadens der Staaten (sowohl Mitglieder als auch nicht Mitglieder der WTO), die keine Gegenmaßnahmen verlangt haben. Die Gegenmaßnahmen sollten also auch dem Schaden entsprechen, den die USA dritten Staaten zugefügt hatten. Anders gesagt, das Sanktionspotential anderer Staaten wäre auf die Beschwerdeführer übertragen worden und der Umfang der Aussetzungen wäre gestiegen.

Die Schiedsrichter haben diese Auslegung abgelehnt mit der Begründung, die Sanktionen sollen laut Art. 22.4 DSU auf dem Umfang der zunichte gemachten oder geschmälernten Vorteile basieren, und nicht auf dem Umfang der rechtswidrigen Handlung.⁴⁴² Es handelt sich dabei nicht um den gesamten Handelsschaden, den die WTO-widrige Maßnahme verursacht hat, sondern um den Handelsschaden, den die beschwerdeführende Partei erlittenen hat.⁴⁴³ Auch die Behauptung der Beschwerdeführer, das CDSOA hätte Effekte für ihre

⁴³⁹ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 6.26-6.30, 6.61-6.64.

⁴⁴⁰ Vgl. *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6), s5CHL und s5*.

⁴⁴¹ *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6), Abs. s225.

⁴⁴² *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6), Abs. s67, s83-s126.

⁴⁴³ *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6), Abs. s207, s208, s217-s218, s224-s228.

Exporte nicht nur in die USA, sondern in die ganze Welt⁴⁴⁴, wurde von den Schiedsrichtern nicht in Betracht gezogen.⁴⁴⁵ Sofern also nicht alle betroffenen WTO-Mitglieder Gegenmaßnahmen einführen, wird laut dieser Auslegung ein Teil des gesamten Schadens ohne eine entsprechende Sanktion verbleiben.

Genau fünf Jahre später, im August 2009, wurde die Übertragung des Sanktionspotentials wieder verneint. In *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* geschah dies im Rahmen einer allgemeinen Diskussion über die Kriterien zur Festlegung des Umfangs der Aussetzungen. Es wurden so gut wie keine spezifischen Gründe für die Ablehnung der Übertragung gegeben. Im Gegenteil, es wurden lediglich Nachteile dieser Ablehnung erwähnt i.S.d. verringerten Anreize zur Abschaffung der rechtswidrigen Maßnahme (*to induce compliance*).⁴⁴⁶

In der Parallelentscheidung *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* wurde dieses Thema eingehender analysiert.⁴⁴⁷ Der Beschwerdeführer hat den Anspruch auf eine Übertragung des Sanktionspotentials erhoben, mit der Begründung, so könne den globalen Folgen der gerügten Subvention (Verringerung der Weltpreise für Baumwolle) Rechnung getragen werden. Die Schiedsrichter haben besonders den Begriff der nachteiligen Auswirkungen, die anfechtbare Subventionen haben können (Art. 5 des SCM-Übereinkommens), untersucht, und kamen zu dem Schluss, dass im Rahmen des Aussetzungsschiedsverfahrens lediglich die Auswirkungen auf die beschwerdeführende Partei in Betracht gezogen werden sollten. Art. 7.9 des SCM-Übereinkommens sei so zu deuten, dass die Gegenmaßnahmen „dem Ausmaß und der Art der festgestellten nachteiligen Auswirkungen *für die Interessen des Beschwerdeführers* angemessen sein“ müssten, wobei die Wörter in Kursivschrift von den Schiedsrichtern hineininterpretiert worden sind.⁴⁴⁸ Trotzdem wird in der Entscheidung hervorgehoben, dass der Beschwerdegegner laut Art. 7.8 des SCM-Übereinkommens verpflichtet sei, die weltweiten nachteiligen

⁴⁴⁴ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, Abs. s199.

⁴⁴⁵ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, Abs. s200.

⁴⁴⁶ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.116-4.117, 4.152, 4.199-4.202, 4.244, 4.255, 4.277.

⁴⁴⁷ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.63-4.92.

⁴⁴⁸ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.90.

Auswirkungen der Subvention zu beseitigen oder die Subvention zurück zu nehmen.⁴⁴⁹ Somit wird eine Kluft anerkannt zwischen einerseits der Pflicht des Beschwerdegegners und andererseits den Anreizen, um diese Pflicht zu erfüllen. Da die Erhaltung der rechtswidrigen Maßnahme vermutlich Vorteile mit sich bringt, besteht für den Beschwerdegegner ein Anreiz, diese Maßnahme zu bewahren. Die Kluft kann dementsprechend als eine Differenz zwischen den Anreizen beschrieben werden: Nur wenn alle betroffenen WTO-Mitglieder Gegenmaßnahmen einführen, kann die Kluft zwischen den Anreizen einerseits des Beschwerdegegners und andererseits der Beschwerdeführer geschlossen werden. Da dies möglich, aber sehr unwahrscheinlich ist, ist anzunehmen, dass das Erhalten einer anfechtbaren Subvention trotz Sanktionen vorteilhaft für den Beschwerdegegner bleibt. In anderen Worten: Die Aussetzungsschiedsrichter dieses Falles haben dem Ziel *to induce compliance* keine ausschlaggebende Rolle bei der Festlegung des Sanktionsumfangs zugemessen.⁴⁵⁰

In Bezug auf die Übertragung des Sanktionspotentials sind abschließend noch einige Anmerkungen angebracht. Erstens kann man wohl davon ausgehen, dass WTO-Mitglieder oft keine Prozesse einleiten, weil der ihnen zugefügte Schaden gering ist. Wäre aber die Zuteilung des fremden Schadens gestattet, so würde es wesentlich weniger Bagatellfälle geben. Fälle, die für jedes einzelne Mitglied unbedeutend wären, würden plötzlich über beachtliche zusammenaddierte Schadenssummen betragen. Die Anzahl der Fälle, für die sich für jedes einzelne Mitglied ein Prozess lohnen würde, würde steigen. Dementsprechend würde vermutlich die Versuchung steigen, Fälle über Maßnahmen, die einem wenig schaden, als politisches Druckmittel zu benutzen. Es ist zu erwarten, dass diese Zunahme an Streitfällen die Anzahl an WTO-rechtswidrigen Maßnahmen reduzieren würde. Gleichzeitig stellt sich die Frage, ob die Kapazität der WTO-Streitbeilegungsorgane genügen würde. In Betracht der Folgen für das Welthandelssystem, die eine regelmäßige Übertragung des Sanktionspotentials haben könnte, scheint es vernünftig zu sein, die Entscheidung den politischen Organen der WTO zu überlassen.

Was die politischen Organe der WTO (und das DSB ist trotz seines Na-

⁴⁴⁹ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.90, 4.91.

⁴⁵⁰ Siehe auch *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.110.

mens diplomatisch-politischer Natur⁴⁵¹) vielleicht eher erwägen sollten, wären die positiven Effekte für Mitglieder mit einer kleinen Volkswirtschaft. Solche Mitglieder, und besonders Entwicklungsländer, können im jetzigen System oft nicht zweckmäßige Sanktionen einführen, weshalb eine Übertragung des Sanktionspotentials sinnvoll sein könnte. Das DSB könnte laut Art. 21.7 DSU solch eine Ausnahmepaxis für Entwicklungsländer erlauben, doch dies wäre unwahrscheinlich, weil gemäß Art. 2.4 DSU die Entscheidung Konsens (inklusive des Beschwerdegegners) erfordert.

Zweitens: Es gibt auch im allgemeinen Völkerrecht noch kaum zufriedenstellende Antworten auf die Frage der Übertragung des Sanktionspotentials, wie aus Art. 54 und dessen Kommentare der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission ersichtlich wird. So formuliert etwa Absatz 8 der Kommentare zu Kapitel II der *Draft Articles*: „Such cases are controversial and the practice is embryonic“.

Drittens: Die Frage nach der Übertragung des Sanktionspotentials ergibt nur einen Sinn, wenn der Beschwerdeführer einen Schaden erlitten hat. Wenn dies nicht der Fall ist, muss man weiter unterscheiden. Hat erstens mindestens ein anderes Mitglied einen Schaden erlitten, der Beschwerdeführer aber keinen, verschmilzt die Frage der Übertragung des Sanktionspotentials mit der Frage der Sanktionsbefugnis. Wenn der Beschwerdeführer nämlich keinen Schaden erlitten hat, bedeutet jegliche Sanktionsbefugnis gleichzeitig eine Übertragung des Sanktionspotentials. Hat aber zweitens überhaupt kein Mitglied einen Schaden erlitten und der Beschwerdeführer erhält Sanktionsbefugnis, kann es keine Übertragung des Sanktionspotentials geben (weil das Potential null beträgt).

Viertens: Dieses Thema sollte nicht mit den multilateralen Sanktionen verwechselt werden, d.h. Gegenmaßnahmen, die auch von WTO-Mitgliedern eingeführt werden, die sich am Streitverfahren nicht beteiligt haben („collective retaliation“).⁴⁵² Die Übertragung des Sanktionspotentials hingegen bezieht sich

⁴⁵¹ Letzel, S. 327.

⁴⁵² Siehe dazu z.B. Letzel, S. 338; Pauwelyn (2000), S. 342-345; Charnovitz (2001), S. 823; McGivern, S. 155-156; Pauwelyn (2003), S. 934-936; Zimmermann (2004), S. 149-150; Mavroidis (2004), S. 70-71; O'Connor, S. 265; Mercurio, S. 844; allgemein bezogen auf wirtschaft-

auf sanktionsbefugte Beschwerdeführer, die Gegenmaßnahmen einführen im Namen von nicht am Streitverfahren beteiligten Mitgliedern. Es sollte auch nicht mit der Abtretung des eigenen Sanktionspotentials an Dritte verwechselt werden.⁴⁵³

Als Zwischenergebnis für diesen Abschnitt kann erstens behalten werden, dass alle Mitglieder laut der Entscheidungspraxis klagebefugt bezüglich der einklagbaren Pflichten des WTO-Rechts sind. Zweitens, die Sanktionsbefugnis ist unter der Voraussetzung erteilt worden, dass das Gegenmaßnahmen einführende Mitglied einen Schaden wegen der beanstandeten Maßnahme erlitten hat. Drittens, die Übertragung des Sanktionspotentials scheint ein relativ strittiges Problem zu sein. Im Allgemeinen scheinen die Schiedsrichter die Übertragung zu verneinen. Nur in Fällen über verbotene Subventionen waren die Anträge zur Übertragung (falls beantragt) genehmigt worden, bis die Aussetzungsentscheidungen in *US – Upland Cotton* aus dem Jahr 2009 sie abgelehnt haben. Man kann die Mutmaßung aufstellen, dass vielleicht die Schiedsrichter dieses letzten Falles die Sanktionen gegen verbotene und anfechtbare Subventionen gleich behandeln wollten, und gleichzeitig keine Übertragung des Sanktionspotentials gegen anfechtbare Subventionen gestatten wollten.

liche Sanktionen, siehe Drezner, S. 15-17.

⁴⁵³ Siehe z.B. Bagwell, Mavroidis & Staiger, S. 1-58; O'Connor, S. 265; Mercurio, S. 844-845; Zimmermann (2004), S. 154; Stiglitz, S. 98-99.

5 Entscheidungspraxis

Das DSU legt nicht fest, wie im Rahmen der WTO-Streitbeilegung der Umfang des Schadens berechnet werden soll. Diese Aufgabe mussten die Schiedsrichter gemäß Art. 22.6 DSU übernehmen.

In diesem Kapitel werden die Fälle nach Rechtsgrundlage der Bemessung aufgeteilt. Art. 22.4 DSU enthält die Regel, dass der Umfang der Aussetzung dem Umfang der zunichte gemachten oder geschmäleren Vorteile entsprechen muss. Sonderregelungen sind für verbotene Subventionen in Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens und für anfechtbare Subventionen in Art. 7.10 des SCM-Übereinkommens enthalten.

Die Vorgehensweise ist, dass die Argumente der Schiedsrichter vorgestellt, systematisiert und anschließend analysiert werden.

Wenn man die gesamte Anzahl an Fällen betrachtet, die zumindest zu einem Panelbericht kamen, fällt auf, dass bis jetzt in doch recht wenigen Fällen Aussetzungen beantragt und eingeführt wurden (die USA in *EC – Bananas*, die USA und Kanada in *EC – Hormones*, die EG, Kanada, Japan und Mexiko in *US – Byrd Amendment* und die EG in *US – FSC*⁴⁵⁴). Doch daraus zu schließen, dass die Parteien oft die nachteiligen Entscheidungen der WTO-Streitbeilegungsorgane befolgen würden (wie Wilson meint⁴⁵⁵), ist ein Trugschluss *post hoc ergo propter hoc*. In der Tat, man kann nicht ausschließen, dass manche Beschwerdeführer aus diversen Gründen ihre Ansprüche nicht bis zum äußersten Ende geltend machen wollen. Deshalb ist alleine die Anzahl der Fälle, in denen Zugeständnisse ausgesetzt worden sind, wenig erleuchtend.

5.1 GATT-Entscheidungspraxis: U.S. Dairy Quotas⁴⁵⁶

Diese Arbeit befasst sich mit dem Recht und der Entscheidungspraxis der

⁴⁵⁴ Shaffer & Ganin, S. 77-78.

⁴⁵⁵ Wilson, S. 397.

⁴⁵⁶ Zu diesem Fall, siehe besonders Hudec (1990), S. 181-200. Siehe auch Shadikhodjaev, S. 60-62.

WTO. Doch an dieser Stelle ist ein kurzer Rückblick in den historischen Kontext angebracht, und zwar in die Entscheidungspraxis des GATT.

Während des Bestehens des GATT ist nur ein Mal gemäß Art. XXIII.2 GATT 1947 die Aussetzung der Erfüllung von Zugeständnissen oder sonstiger Verpflichtungen genehmigt worden.⁴⁵⁷ Dies geschah 1952, als die Niederlande die Erlaubnis erhielten, Sanktionen gegen die USA einzuführen wegen rechtswidriger mengenmäßiger Einfuhrbeschränkungen.

Bald nach dem Ende des zweiten Weltkriegs litten die USA unter einer starken nationalen Überproduktion von Milchprodukten. Auf Druck vom Kongress und gegen den Willen von Präsident Truman wurde 1951 ein Einfuhrverbot verhängt, das besonders Käse betraf. Das GATT-Verfahren war unüblich dahingehend, dass die USA von Anfang an die Rechtsverletzung anerkannten und die Exekutive sofort die nötige Gesetzesänderung einleitete. Das GATT-Verfahren sollte lediglich den Druck aufrechterhalten. Das Problem war im Grunde, dass das Einfuhrverbot die Führung der USA in Frage stellte, weshalb das GATT bedeutungslos zu werden drohte.⁴⁵⁸

Doch ein Jahr später war das Problem immer noch nicht gelöst worden und den Vertragsparteien gingen die rhetorischen Druckmittel aus. Die niederländische Gegenmaßnahme war, wie Hudec erklärt, lediglich eine Fortführung der rhetorischen und symbolischen, an den Kongress der USA gerichteten Druckmittel des GATT.⁴⁵⁹ Die Niederlande schlugen als Gegenmaßnahme eine Einfuhrbeschränkung von Weizenmehl aus den USA in Höhe von 15.000 Tonnen vor, deren Berechnung in den offiziellen Dokumenten nicht erklärt wurde und nicht rekonstruierbar ist. Diese Importmenge entsprach 1,3 bis 1,4 Mio. US\$. Hudec meint, dass der von den Niederlanden erlittene Schaden wesentlich niedriger gewesen sein muss und bezeichnet die Berechnung des Schadens als spekulativ und nicht rational messbar.⁴⁶⁰ Die USA plädierten für eine geringere Menge. Der Vorsitzende der Arbeitsgruppe hielt unter vier Augen

⁴⁵⁷ Jackson (1998), S. 333-334, erwähnt, dass außerdem in einem Fall Aussetzungen beantragt und in einem anderen Gegenmaßnahmen ohne Erlaubnis eingeführt wurden. Stoll & Steinmann (S. 422) behaupten, die USA hätten zu Zeiten des GATT systematisch Streitfälle durch die Androhung von GATT-rechtswidrigen Gegenmaßnahmen beigelegt.

⁴⁵⁸ Hudec (1990), S. 181-183.

⁴⁵⁹ Hudec (1990), S. 191-192, 200.

⁴⁶⁰ Hudec (1990), S. 192-193, 195.

eine Rücksprache mit den Vertretern beider Parteien und verkündete in Einverständnis mit ihnen, dass die angemessenste Zahl 12.000 Tonnen betrug (etwa 1,1 Mio. US\$). Aus dieser Zahl wurde eine Entscheidung der Arbeitsgruppe gemacht. Man kann also faktisch diese Entscheidung nur schwer als das Ergebnis eines strittigen Verfahrens einordnen, wenngleich der Bericht diesen Eindruck zu erwecken versucht.⁴⁶¹

Obwohl allem Anschein nach der Umfang der erlaubten Aussetzung nicht argumentativ ermittelt sondern *ex post* mit Argumenten gerechtfertigt wurde, sind für diese Arbeit diese Begründungen interessant, denn sie geben Aufschluss über die Frage, wie damals die Aussetzung von Zugeständnissen verstanden wurde. Die im Bericht wiedergegebene niederländische Argumentation bezog sich besonders auf drei Aspekte: die Verletzung der Normen des GATT, die eigene wirtschaftliche Lage, und den Schaden, den die angefochtenen Maßnahmen dem Land verursachten.⁴⁶²

Wenn man sich ausschließlich auf die offiziellen Dokumente konzentriert, fällt auf, dass das Augenmerk des Berichts gerichtet ist erstens auf die Angemessenheit des Inhalts und die Vernünftigkeit des Ausmaßes der Gegenmaßnahmen, in Anbetracht der erlittenen Beeinträchtigung: „The Working Party felt that the appropriateness of the measure envisaged by the Netherlands Government should be considered from two points of view: in the first place whether, in the circumstances, the measure proposed was appropriate in character, and secondly, whether the extent of the quantitative restriction proposed by the Netherlands Government was reasonable, having regard to the impairment suffered“.⁴⁶³ Die Begriffe der Angemessenheit (*appropriateness*) und der Vernünftigkeit (*reasonability*) scheinen eine wichtige argumentative Rolle gespielt zu haben.⁴⁶⁴ Dabei wurde die Angemessenheit mit der Gleichwertigkeit zwischen Aussetzung und Schaden verknüpft: „The Working Party was instructed by the CONTRACTING PARTIES to investigate the appropriateness of the measure which the Netherlands Government proposed to take, having re-

⁴⁶¹ Hudec (1990), S. 193.

⁴⁶² GATT (1951a); GATT (1951b); GATT (1951c).

⁴⁶³ *Netherlands Action*, Abs. 3; siehe auch GATT (1995), S. 700-701 und 703-706.

⁴⁶⁴ Siehe auch den Beitrag von Dr. Treu, Vorsitzender der Arbeitsgruppe, in GATT (1952a), S. 4.

gard to its equivalence to the impairment suffered by the Netherlands as a result of the United States restrictions".⁴⁶⁵ Die Angemessenheit wurde also so verstanden, wie heute Art. 22.4 DSU (Entsprechung zwischen Schaden und Aussetzung) verstanden wird.⁴⁶⁶

Die Schiedsrichter gemäß Art. 22.6 WTO haben sich bis jetzt nur zwei Mal auf diesen Bericht bezogen, nämlich in *EC – Bananas (US) (Article 22.6)* und in *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*⁴⁶⁷, wobei sich nur im zweiten der GATT-Bericht als gewinnbringend für die Argumentation der WTO-Schiedsrichter erwies.

Ob die Sanktion jemals angewendet wurde ist übrigens nicht klar. Jackson z.B. hat es bejaht⁴⁶⁸ und später verneint.⁴⁶⁹

5.2 Der Regelfall: Art. 22.4 DSU

5.2.1 Der Umfang der Sanktion muss dem Umfang des Schadens entsprechen

In diesem Abschnitt wird das Entsprechen (*equivalence*) quantitativ behandelt; zur qualitativen Komponente, siehe 4.7.

Das Gebot der Entsprechung zwischen Aussetzung und Zunichtemachung steht in Art. 22.4 DSU sowie in Art. 22.7 DSU. Als erstes ist festzuhalten, dass diese Normen kein Kriterium zur Schadensbemessung festlegen. Die Schiedsrichter der Verfahren nach Art. 22.6 DSU sahen sich daher genötigt, diese eher vage Vorschrift durch diverse Auslegungen zu präzisieren.

Die Schiedsrichter des Bananenfalls haben festgelegt, dass Schadens- und Sanktionsumfang mit derselben Methodik gemessen werden sollen: nämlich durch Vermessung der Verminderung der Brutto-Importe.⁴⁷⁰ Für die Be-

⁴⁶⁵ *Netherlands Action*, Abs. 2.

⁴⁶⁶ Dieser Meinung ist auch Fukunaga, Fußnote 166.

⁴⁶⁷ *EC – Bananas (US) (Article 22.6)*, Abs. 6.4-6.5; *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.75-4.79.

⁴⁶⁸ Jackson (1979), Fußnote 13.

⁴⁶⁹ Jackson (1998), S. 333.

⁴⁷⁰ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 7.1. Spamann (S. 45-47) bemerkt, dass die Schiedsrichter den Schaden als „the impact on the value of relevant [...] imports“ und den Betrag der Aussetzungen als „the gross value of [...] imports“ abgegrenzt haben (*EC – Bananas (US)*)

rechnung des Schadens wurden die gegenwärtigen Handelsströme unter einem WTO-rechtswidrigen Zustand mit den hypothetischen Handelsströmen unter einer hypothetischen WTO-rechtmäßigen Rechtsordnung verglichen: D.h., es wird ein *counterfactual* benutzt⁴⁷¹, das formallogisch ein irrealer Konditionalsatz ist. Die Schiedsrichter des Hormonfalles drückten es später so aus: “[...] we have to focus on trade flows. We must estimate trade foregone due to the ban’s (...) existence [...]”.⁴⁷² Der Schaden bestand in diesem zweiten Fall also aus dem Gesamtwert der potentiellen Fleischexporte (genauer: potentielle Exporte des durch die WTO-widrige Maßnahme betroffenen Fleisches), minus der tatsächlichen Fleischexporte, die laut der gerügten Maßnahme ausgeführt werden durften⁴⁷³, wobei als Wert der Ware der Preis f.o.b. galt.⁴⁷⁴

Es ist äußerst unwahrscheinlich, dass der Effekt einer Sanktionsmaßnahme auf die Handelsströme mit dem Effekt der rechtswidrigen Maßnahme auf die Handelsströme übereinstimmt, denn im Normalfall sind beide Regelungen unterschiedlich, zielen auf ungleiche Produkte und werden auf verschiedene Märkte angewandt.⁴⁷⁵ Jürgensen meint, dass *de lege lata* der Umfang der Gegenmaßnahmen mit Hilfe der Effekte auf die Handelsströme gemessen werden kann, aber nicht muss.⁴⁷⁶ Sollten aber tatsächlich die Sanktionen die Minderung der Handelsströme ausgleichen, bedeutet das noch lange nicht, dass beide Handelsstromverluste gleichwertige Effekte für Beschwerdeführer und -gegner mit sich bringen. Unterschiede in den Unternehmensstrukturen, dem Markt und der Rechtsordnung rufen z.B. unterschiedliche Gewinne hervor, so dass es also vermutlich exakter gewesen wäre, wenn die Schiedsrichter den Schaden der WTO-rechtswidrigen Maßnahme und die Auswirkung der Sanktion an den Prüfstein der entgangenen Gewinne der betroffenen Industrien verglichen hätten.⁴⁷⁷ Ein anderer möglicher Indikator zur Messung der Schäden und der Sanktion wären etwa die relative Rentabilität der Importe oder die Anzahl

(Art. 22.6), Abs. 7.1). Der Autor argumentiert, dass in Fällen, die eine handelsausschließende Maßnahme betreffen, diese Auffassung niedrigere Sanktions- als Schadensbeträge zur Folge hat.

⁴⁷¹ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 7.1.

⁴⁷² EC – Hormones (Art. 22.6), s48.

⁴⁷³ EC – Hormones (Art. 22.6), s49.

⁴⁷⁴ EC – Hormones (Art. 22.6), s50; siehe auch EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.18.

⁴⁷⁵ Jürgensen, S. 331.

⁴⁷⁶ Jürgensen, S. 336-338.

⁴⁷⁷ Siehe EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 7.1 und 7.6.

der betroffenen Arbeitsplätze, weil beide Elemente bei Verhandlungen über Handelsliberalisierung eine zentrale Rolle spielen.⁴⁷⁸ Ein anderes Kriterium könnte etwa die gesamtgesellschaftliche Wohlfahrt sein, was (wie auch die betroffenen Arbeitsplätze) den zusätzlichen Vorteil aufweisen würde, dass die Aufmerksamkeit auf die Konsumenten und Arbeiter gelenkt werden würde und somit Jacksons Warnung Rechnung tragen würde, das WTO-Recht und die WTO-Streitbeilegung würden zu stark die Rolle der Produzenten und des Marktzuganges betonen.⁴⁷⁹ So z.B. haben Howse & Staiger den Schadens- und den Sanktionsumfang des Falles *US – 1916 Act (Art. 22.6)* anhand der Wohlfahrtseffekte untersucht.⁴⁸⁰ Diese alternativen Kriterien würden aber meistens einen kaum zu bewältigenden Aufwand bedeuten, denn die benötigten Informationen müssten gesammelt und verarbeitet werden (zur Rolle der Information als Bedingung der Rechtsdurchsetzung, siehe 1.4). Die Berechnung anhand der Handelsströme mag also nicht präzise, aber für die Schiedsverfahren aus prozessökonomischen Gründen sinnvoller als exaktere Methoden sein.

Kritisch zu betrachten ist Folgendes. In *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)* wurden weder die WTO-Kompatibilität, noch die Wahl, noch der Aufbau des benutzten *counterfactual* begründet.⁴⁸¹ In *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* befassten sich die Schiedsrichter nicht mit der Wahl des *counterfactual*, sondern auf dasselbe des US-Falles zurückgegriffen, damit Übereinstimmung in beiden Fällen herrschte.⁴⁸² Das bedeutet, dass der Schadens- und der Aussetzungsumfang dieser Fälle nicht nachvollzogen werden können.

In *US – Copyright Act* ging es um urheberrechtliche Lizenzgebühren, die in den USA eingetrieben und in der EG verteilt werden sollten. Besonders weil die Schiedsrichter in Anlehnung an die Aussetzungsentscheidung des Hormon-

⁴⁷⁸ Trachtman (1999), S. 673-674.

⁴⁷⁹ Jacksons (2002), S. 30-31.

⁴⁸⁰ Howse & Staiger, S. 300-303.

⁴⁸¹ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 7.7. Siehe O'Connor, S. 253-255. In der Fußnote 49 auf S. 254 äußert O'Connor, dass das Panel auf Bitte des WTO-Sekretariats die Berechnung des Schadens geheim gehalten hätte. In späteren Fällen hat das Sekretariat diesbezüglich offensichtlich seine Stellung gewechselt. Der Autor (S. 254-255) meint auch, dass das in den Bananenfällen benutzte *counterfactual* WTO-rechtswidrig sei. Ferner weist O'Connor (S. 255-256) auf Fehler beim Aufbau des *counterfactual* im Hormonfall. Seine Folgerung (S. 263) ist, dass die Sanktionen, sowohl des Bananen- als auch des Hormonfalles, in keinem adäquaten Verhältnis zum Schaden stünden.

⁴⁸² *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*, Abs. 166.

falles argumentierten⁴⁸³, wäre es naheliegend, die Austeilung der Gebühren dem Begriff der Handelsströme gleichzusetzen. Dies lehnten die Schiedsrichter jedoch ab: Erstens, weil europäische Eigentümer eines Copyright nicht unbedingt in Europa ihren Wohnsitz haben und somit die Austeilungen an sie nicht von der Zahlungsbilanz erfasst würden. Zweitens, weil die Gebühren an in den USA ansässige Vertreter der europäischen Eigentümer ausgeteilt werden könnten.⁴⁸⁴ In diesem Fall also wurde festgelegt, dass der Schaden nicht unbedingt mit den ausgefallenen Handelsströmen gleichzusetzen sei. Stattdessen wurde zumindest ansatzweise anscheinend auf die entgangenen Gewinne gezielt (siehe 5.2.2.4). Doch die urheberrechtliche Komponente dieses Falles macht diese Auslegung nicht unbedingt auf andere Fälle übertragbar.

In 2004, mehr als zwei Jahre später, wurde auch im Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU des Falles *US – 1916 Act* der Schaden ohne Bezug auf die Handelsströme ermittelt. Die EG als beschwerdeführende Partei hatte eine Handelsstromverringerung argumentiert, als sie auf die Abschreckungswirkung (*deterrent effect* oder *chilling effect*) des WTO-rechtswidrigen Gesetzes gewiesen hat.⁴⁸⁵ Um den Schaden zu berechnen, bezogen sich aber die Schiedsrichter auf den Wert, den Exporteure aus der EG wegen Urteilen und gütlichen Einigungen im Rahmen des gerügten Anti-Dumping Gesetzes (zukünftig) zahlen werden müssten⁴⁸⁶ (Näheres zur Diskussion des Schadens in diesem Fall unter 5.2.2.5). Interessant ist, dass die Schiedsrichter den Schaden auf die Handelsströme hätten beziehen können, z.B. indem sie eine Überwälzungsquote der Auszahlungen festgelegt hätten (ähnlich wie in Streitfällen über Subventionen; siehe 3.7)⁴⁸⁷ oder indem sie die Abschreckungswirkung gemessen hätten, aber keines von Beidem getan haben. Der Entschluss, auf das Kriterium der Handelsströme zu verzichten, wurde nicht begründet, was darauf schließen lässt, dass entweder die Schiedsrichter keinen Klärungsbedarf erkannt haben

⁴⁸³ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.45.

⁴⁸⁴ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.53-3.58.

⁴⁸⁵ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.47, 5.64-5.72.

⁴⁸⁶ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.58-5.63, 5.79.

⁴⁸⁷ Eines der Aspekte, die das Panel und das Berufungsgremium als WTO-rechtswidrig erklärten, war die Auszahlung vom dreifachen Betrag des erlittenen Schadens und der Prozesskosten an den von Dumping betroffenen Amerikanischen Produzenten. Solche Auszahlungen könnten ähnliche Effekte wie Subventionen ausfallen. Siehe *US – 1916 Act (EC) (Panel)*, Abs. 2.1, 6.204, 6.228(e), *US – 1916 Act (Japan) (Panel)*, Abs. 2.1, 6.230, 6.289(d), und *US – 1916 Act (AB)*, Abs. 134-138 und 155(d).

oder dass sie keine Begründung hatten. Eine nicht zufriedenstellende Lösung wäre gewesen, eine Überwälzungsquote mehr oder weniger willkürlich festzusetzen, wie es später im Fall *Byrd Amendment* geschehen würde (siehe 3.7). Eine zufriedenstellendere, jedoch sicherlich wesentlich aufwendigere Variante wäre gewesen, eine nachvollziehbare Überwälzungsquote zu bestimmen. Jürgensen gibt zu verstehen, dass die Schiedsrichter auf das Kriterium der Handelsströme wegen dieser Schwierigkeit verzichteten.⁴⁸⁸

Im selben Jahr wie der Fall *US – 1916 Act* fand das Aussetzungsschiedsverfahren in *US – Byrd Amendment* statt. Es ging in diesem Fall um eine US-Norm, die WTO-rechtswidrige Auszahlungen an inländischen Produzenten ermöglichte. Die beschwerdeführende Partei schlug vor, den Schaden mit den rechtswidrigen Auszahlungen gleichzusetzen. Die Schiedsrichter lehnten diese Auffassung ab und hielten stattdessen an den Auswirkungen der Auszahlungen auf die Handelsströme fest (siehe 5.2.2.6).⁴⁸⁹ Weil der Betrag der Subventionen höher als dessen wirtschaftliche Effekte geschätzt wurde, bedeutete dieser Entschluss letztendlich eine Minderung der Sanktionen. Es ist bemerkenswert, dass zur Berechnung der Effekte der Subventionen ein Modell benutzt wurden, das Kriterien wie die Elastizität und die Marktdurchdringungsrate der Importe (wenn auch nur schemenhaft) einbezog.⁴⁹⁰ Verglichen mit früheren Entscheidungen wurden somit in diesem Fall die Auswirkungen der WTO-rechtswidrigen Maßnahmen weniger intuitiv ermittelt. Auch interessant ist, dass hervorgehoben wurde, die Verringerung der Handelsströme sei ein mögliches Kriterium zur Ermittlung des Schadens, aber nicht unbedingt das einzige.⁴⁹¹ Welche anderen Kriterien herangezogen werden könnten, ließen die Schiedsrichter offen. Es wäre aber denkbar, z.B. die Effekte auf die Volkswirtschaft oder auf den Arbeitsmarkt des Beschwerdeführers zu benutzen. Problematisch ist in dieser Hinsicht ein Aspekt dieser Entscheidung. Einerseits wurde geäußert, die Handelsströme seien nicht das einzige Kriterium. Andererseits wurde trotzdem dieses Kriterium benutzt, auf Anfrage nicht der Beschwerdeführer⁴⁹² sondern

⁴⁸⁸ Jürgensen, S. 331.

⁴⁸⁹ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s107, s123-126.

⁴⁹⁰ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s188.

⁴⁹¹ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s140, 141.

⁴⁹² *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s66, s70, s75, s82.

des Beschwerdegegners.⁴⁹³ Doch als Grund für die Anwendung der Handelsströme wurde lediglich auf die Tatsache hingewiesen, dass dieses Kriterium in früheren Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU auch benutzt worden war.⁴⁹⁴ Die mangelnde Auseinandersetzung mit der Begründung des gewählten Kriteriums dient nicht der Überzeugungskraft der Entscheidung der Schiedsrichter.

Schließlich wurde auch in *US – Gambling (Art. 22.6)* der Schaden anhand der Handelsströme erfasst, wobei besonders interessant ist, dass es sich um Dienstleistungen handelte.⁴⁹⁵

Als Zwischenergebnis kann behalten werden, dass die Schiedsrichter *de lege lata* nicht an die verringerten Handelströme gebunden sind, um den Schaden zu ermitteln. Dieses Kriterium hat sich jedoch in der Entscheidungspraxis für die meisten Fälle bewährt, weil WTO-Rechtswidrigkeiten i.d.R. handels einschränkende Wirkungen ausfallen. Die Schiedsrichter in Verfahren nach Art. 22.6 DSU haben sich aber nicht krampfhaft an diese Richtschnur geklammert, sondern haben sie in *US – Copyright Act* und *US – 1916 Act* fallen lassen, weil ihre Befolgung wenig sinnvoll erschien.

5.2.2 Schadens- und Sanktionsumfang

Wie ist der Umfang des Schadens und der Sanktionen in den verschiedenen Fällen festgelegt worden? Dieser Frage soll anschließend nachgegangen werden, wobei die Entscheidungen der jeweiligen Fälle einzeln analysiert werden.

5.2.2.1 **EC – Bananas (US) (Art. 22.6)**⁴⁹⁶

Der Bananenfall wird der „Handelsstreitfall des Jahrzehnts“ genannt.⁴⁹⁷

⁴⁹³ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s60.

⁴⁹⁴ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s125, s141.

⁴⁹⁵ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.25.

⁴⁹⁶ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Breuss, Griller & Vranes (Hrsg.) (dieser Sammelband enthält unter Anderen die in dieser Arbeit zitierten Beiträge von Vranes (2003a), Vranes (2003b), Vranes (2003c) und Breuss (2003)); Salas & Jackson, S. 145-166; Komuro, S. 1-87; Trachtman (1999), S. 660-675; Vranes (2002), S. 206-221; Stoll & Steinmann, S. 424-428; Ierley, S. 618-621, 628-636, 639-641; Dunne, S. 291-321; O'Connor, S. 247-249, 251-255; Breuss (2004), S. 289-297; Spamann, S. 50-56; Shadikhodjaev, S. 118-122.

⁴⁹⁷ Salas & Jackson, S. 145.

Dessen Wurzeln erstrecken sich bis in die Zeit des GATT⁴⁹⁸ und berühren erstaunlich viele Aspekte der WTO, vom GATT über das GATS bis hin zu prozessrechtlichen Fragen.⁴⁹⁹

Vor 1993 hat jedes EG-Mitgliedsstaat den Bananenimport für sich geregelt. Das GATT-Panel des Falles *Bananas I (European Economic Community - Member States' Import Regimes for Bananas)* hat die Rechtswidrigkeit dieser Regelungen festgestellt. Demzufolge hat die EG am 1. Juli 1993 die Richtlinie 404/93 eingeführt, welche die nationalen Bananenimportierungsregelungen ersetzte. In *Bananas II (European Economic Community - Import Regimes for Bananas)* wurde später auch die GATT-Rechtswidrigkeit dieser Richtlinie erklärt. Daraufhin wurde in 1995 der Fall *Bananas III* (in dieser Arbeit *EC – Bananas* genannt) im Rahmen der WTO ausgelöst, der zu den hier behandelten Verfahren nach Art. 22.6 DSU führte.

Im April 1999 wurde *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, die Aussetzungsentcheidung des Falles, veröffentlicht. Es war die erste Entscheidung eines WTO-Streitbeilegungsorgans, die sich mit dem Schadens- und Sanktionsumfang befasste.

Mehr als die Hälfte der Entscheidung, nämlich der gesamte Teil V⁵⁰⁰, beschäftigt sich mit Fragen, die eigentlich in einem Verfahren gemäß Art. 21.5 DSU hätten erörtert werden sollen.⁵⁰¹ Für die Schiedsrichter spricht, dass damals allgemein in der WTO (auch unter den Streitparteien) Unklarheit über die Abgrenzung beider Verfahren herrschte.⁵⁰² Trotzdem kritisierte später das Berufungsgremium diese Praxis in *US – Certain EC Products (AB)*⁵⁰³ scharf (siehe 5.4.2), wie auch einige Autoren.⁵⁰⁴

⁴⁹⁸ Vranes (2003a), S. 1-21.

⁴⁹⁹ Vranes (2003b), S. 39-111.

⁵⁰⁰ *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 5.1-5.98.

⁵⁰¹ Siehe auch *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 4.6-4.15.

⁵⁰² Valles & McGivern, S. 71-78. Im Rahmen dieser Arbeit kann weder auf die inhaltliche, noch auf die zeitliche Abgrenzung (das sog. Problem des *sequencing*) beider Verfahren eingegangen werden. Zu diesen Themen, siehe etwa die Urteile *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*, Abs. 4.11, und *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 2.1-2.3, und z.B. folgende Autoren: Stoll & Steinmann, S. 426-428; Komuro, S. 33-34; Valles & McGivern, S. 63-84; Jayagovind, S. 16-18; Marceau, S. 7-8; Waincymer, S. 688-691; Stoll & Schorkopf, S. 171-172; Anderson, S. 5-8; Mavroidis, 2004, S. 61-68; Mercurio, S. 826-834.

⁵⁰³ *US – Certain EC Products (AB)*, Abs. 83-92.

⁵⁰⁴ Z.B. Stoll & Steinmann, S. 426-428.

Die Begründung des Umfangs der Zunichtemachung fällt eher knapp aus. Trotzdem haben die Schiedsrichter ein paar richtungsweisende Weichen für die spätere Entscheidungspraxis gestellt.

Einerseits wurde der Frage nachgegangen, was das WTO-Recht eigentlich schützt. Die USA exportierten nämlich zur Zeit des Prozesses keine Bananen in die EG. Sollte das bedeuten, dass die USA keinen Schaden erleiden konnten? In Anlehnung an die GATT-Entscheidungspraxis äußerten die Schiedsrichter, dass der Mangel an effektivem Handel nicht bedeute, es sei kein Schaden eingetreten (siehe 3.3).⁵⁰⁵ Die Begründung sei erstens, das WTO-Recht schütze nicht den tatsächlichen Handel, sondern die Chancengleichheit der Produzenten und den Wettbewerb. Zweitens könne nicht ausgeschlossen werden, dass gerade die gerügte WTO-rechtswidrige Maßnahme den Export ausschließe.

Andererseits setzten die Schiedsrichter diese Auslegung nicht um, denn sie griffen nicht auf einen theoretischen, sondern auf den tatsächlich eingetretenen Schaden zurück, um die Zunichtemachung zu messen.⁵⁰⁶ Der Grund liegt auf der Hand: Es kann wohl kaum quantitativ exakt gemessen werden, wie hoch der Umfang einer nicht wahrgenommenen *competitive opportunity* ist. Es wäre deshalb vermutlich konsequenter mit dem Rest der Entscheidung gewesen, auf den potentiellen Handel als geschütztes Rechtsgut nicht einzugehen sondern sich stattdessen nur auf den tatsächlichen Schaden zu beziehen; Der Preis für diese Konsequenz wäre jedoch ein Bruch mit der GATT-Entscheidungspraxis gewesen.

Der Wert der Dienstleistungen wurde f.o.b. gemessen.⁵⁰⁷ Für die Bestimmung des Warenwertes haben die Schiedsrichter dieses Falles keine Messart festgelegt, spätere Entscheidungen würden sich jedoch auch auf f.o.b. festlegen.⁵⁰⁸

Eine der Folgen der Bananenimporteinschränkungen der EG war, dass lateinamerikanische Produzenten weniger zur Bananenproduktion nötigen Input

⁵⁰⁵ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.11.

⁵⁰⁶ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.12.

⁵⁰⁷ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.18 und 6.26.

⁵⁰⁸ EC – Hormones (Art. 22.6), s50.

aus den USA importierten (etwa Dünger und Dienstleistungen). Dieser Input wurden nicht als Schaden für die USA in Betracht gezogen mit der Begründung, dass er im Wert der Endprodukte (exportierte Bananen aus Lateinamerika) einberechnet sei und diese Länder im Falle eines eventuellen Schadens Beschwerde bei der WTO einreichen könnten. Den Wert des verringerten Inputs einerseits an sich und andererseits als Bestandteil der Endprodukte zu zählen würde bedeuten, den selben Schaden zwei Mal zu verbuchen.⁵⁰⁹

Als Schaden wurde die Verringerung der Handelsströme an Gütern und Dienstleistungen von den USA in die EG gezählt.⁵¹⁰ Dazu entschieden sich die Schiedsrichter ohne weitere Begründung für ein bestimmtes *counterfactual*. Sie argumentierten so spärlich, dass sie sich in der Entscheidung kaum mit dem Schadensumfang auseinandersetzten und der festgestellte Umfang der Zunichtmachung praktisch nicht nachvollziehbar ist.⁵¹¹ Dies wäre besonders problematisch falls Spamanns Aussage zutrifft, die USA hätten eigentlich keinen Schaden erlitten.⁵¹² Breuss bezeichnet die mangelnde Transparenz der Berechnung als fast skandalös.⁵¹³ Zur Entlastung der Schiedsrichter bemerkt jedoch O'Connor, das Sekretariat der WTO habe gebeten, dass die Berechnung geheim gehalten werde.⁵¹⁴

Da die Schiedsrichter einerseits allem Anschein nach großen Wert auf die Einfachheit der Berechnung mit dem gewählten *counterfactual* legten⁵¹⁵, und andererseits trotz widersprüchlicher Meinungen letztendlich doch nur den tatsächlichen Schaden berücksichtigten⁵¹⁶, stellt sich die Vermutung, ob sie sich vielleicht als Ziel gesetzt haben, die Berechnung des Schadens- und Sanktionsumfangs so einfach wie möglich zu gestalten.

Die USA setzten ab 1999 Zugeständnisse aus, indem sie Zollgebühren im Wert von 100% auf verschiedene Produkte auferlegten⁵¹⁷, bis die Streitparteien 2003 dem DSB eine gemeinsam vereinbarte Lösung i.S.v. Art. 2.3 DSU mitteil-

⁵⁰⁹ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.12-6.19.

⁵¹⁰ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.12.

⁵¹¹ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 7.7 und 7.8.

⁵¹² Spamann, S. 52-53.

⁵¹³ Breuss (2003), S. 172.

⁵¹⁴ O'Connor, S. 254, Fußnote 49.

⁵¹⁵ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 7.8.

⁵¹⁶ EC – Bananas (US) (Art. 22.6), Abs. 6.12.

⁵¹⁷ Shadikhodjaev, S. 122; Wilson, S. 402.

ten.⁵¹⁸

EC – Bananas (US) (Art. 22.6) hat also folgende Weichen für die zukünftige Entscheidungspraxis gelegt: Erstens bedeutet der Mangel an tatsächlichem Handel nicht, es sei kein Schaden eingetreten. Zweitens wird die Zunichtemachung aber anhand des tatsächlich eingetretenen Schadens gemessen, nämlich der Verringerung der Handelsströme an Gütern und Dienstleistungen, die direkt zwischen Beschwerdeführer und -gegner eintritt. Drittens aber fehlt eine begründete und nachvollziehbare Anwendung dieser Kriterien.

5.2.2.2 EC – Hormones (US, Canada) (Art. 22.6)⁵¹⁹

Im Juli des selben Jahres kam es zu den Entscheidungen nach Art. 22.6 DSU in den Hormonfällen (*EC – Hormones (Art. 22.6) (US)* und *EC – Hormones (Art. 22.6) (Canada)*). Die Aussetzungsschiedsrichter benutzten, wie schon unter 5.2.1 erwähnt, folgendes Kriterium: Nur der Gesamtpreis (Menge multipliziert mal Preis) f.o.b. der Exporte, die wegen der WTO-rechtswidrigen Maßnahme nicht zustande kamen, wurde als ein Schaden im Sinne des WTO-Rechts anerkannt.⁵²⁰ Die WTO-rechtswidrige Norm der EG betraf zwei Fleischarten: HBQ und EBO. Für die Berechnung der verlorenen Exporte an EBO versuchten die Schiedsrichter überdies, unbestrittene Wandlungen des Verbraucherverhaltens in die Berechnung einzubauen⁵²¹, was das Modell prinzipiell wirklichkeitstreuer macht. Nicht benutzt wurde das kanadische Modell, welches zusätzliche Faktoren wie den Grenzwert der Substitutionsrate einbezog.⁵²²

Die USA argumentierten, ohne das Importverbot hätten US-Fleischproduzenten in der EG Werbung für ihre Ware gemacht und der Konsum wäre dementsprechend gestiegen.⁵²³ Die Schiedsrichter entschieden, dass die Kausalitätsverknüpfung zwischen dem Verbot und diesem vermutli-

⁵¹⁸ WTO (2001).

⁵¹⁹ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Wüger, S. 777-825; Ford, S. 543-573; Vranes (2002), S. 206-221; Lawrence, S. 71-73; O'Connor, S. 249-253, 255-256; Breuss (2003), S. 161-167; Breuss (2004), S. 282-289; Spamann, S. 56-60; Shadikhodjaev, S. 122-126.

⁵²⁰ *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s47, s50, s54-s73, s74-s86.

⁵²¹ *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s75-s76.

⁵²² *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s31-s35.

⁵²³ *EC – Hormones (Art. 22.6)*, s84.

chen Exportverlust zu schwach wäre, um Haftung zu begründen.⁵²⁴ Somit wurden mögliche, nicht direkt kausal verbundene Erhöhungen der Nachfrage nicht in Erwägung gezogen. Einerseits bedeutet dies, dass nur der tatsächlich erlittene Schaden gezählt wurde, nicht der maximale theoretische Schaden. Andererseits werden hier die Grenzen der gegenwärtigen Beweislastverteilungsregeln für die Verfahren nach Art. 22.6 DSU deutlich (siehe 3.5): An sich hätten die EG den schier unmöglichen Beweis erbringen müssen, dass die Produzenten der USA keine Werbung gemacht hätten oder dass diese den Konsum nicht angespornt hätte. Wenn die Schiedsrichter die allgemein gültigen Beweislastregeln in diesem Verfahren benutzt hätten, hätten sie den Antrag der USA ablehnen können mit der Begründung, er sei nicht bewiesen worden, statt auf das u.U. weniger nachvollziehbare Argument der mangelnden Kausalität zurückgreifen zu müssen.

Das fiktive Szenario eines *counterfactual* basiert auf der Hypothese, wie der Markt des betroffenen Produktes wäre, wenn die beklagte Partei keine Rechtswidrigkeit begangen hätte. Die Rechtsverletzung des WTO-Rechts bestand in diesem Fall aus einer mangelnden Begründung des Importverbots aufgrund einer Risikobewertung nach Art. 5.1 des SPS-Abkommens (sowie in der Verletzung von Art. 3.3 des selben Abkommens). Die Schiedsrichter gingen von der Annahme aus, der rechtkonforme Zustand sei das Zurückziehen des Importverbotes. Spamann⁵²⁵ meint, dass dies nicht die einzige Möglichkeit sei. Die EG hätte nämlich das Verbot durch eine Risikoeinschätzung laut Art. 5.1 des SPS-Abkommens begründen und aufrechterhalten können – auch das wäre ein mögliches rechtkonformes Szenario. Falls das *counterfactual* so aufgebaut werden würde, bestünde freilich kein Schaden für die USA und Kanada. Spamanns Argument hat jedoch einen Haken. Überspitzt ausgedrückt könnte man als *counterfactual* auch z.B. die Gewährung einer Ausnahmegenehmigung nach Art. IX Abs. 3 und 4 des WTO-Übereinkommens benutzen. Anders gesagt: es wäre in jedem Streitfall möglich, das *counterfac-*

⁵²⁴ EC – Hormones (Art. 22.6), s85.

⁵²⁵ Spamann, S. 59-60; siehe auch Shadikhodjaev, S. 125. Für weitere Kritik an diesem Urteil, siehe Spamann, S. 58-60; Er meint unter Anderem, dass falls die EG die Importeinschränkungen für mit Hormonen behandeltes Fleisch abgebaut hätte, sie höchstwahrscheinlich auch den innergemeinschaftlichen Verbot der Erzeugung von hormonbehandeltem Fleisch aufgehoben hätte. Dies hätte die europäische Fleischproduktion erhöht und vielleicht sogar den Import zum Teil ersetzt.

sagt: es wäre in jedem Streitfall möglich, das *counterfactual* so aufzubauen, als ob der bestehende handelshemmende Zustand eigentlich rechtskonform wäre, sei es mittels eines *waiver* oder durch die Einhaltung sonstiger vom WTO-Recht auferlegter und bis dato verletzter Bedingungen. Dies würde aber das gesamte WTO-Streitbeilegungssystem seines Sinnes berauben. Es kommt nämlich zum Verfahren nach Art. 22.6 DSU, weil gerade wegen der Vermutung einer Rechtsverletzung eine Beschwerde eingereicht wurde und ein Panel (bzw. auch das Berufungsgremium) eine WTO-Rechtswidrigkeit festgestellt hat. Diese Rechtsverletzung aus dem *counterfactual* auszublenden untergräbt den Sinn des gesamten Verfahrens. Dazu kommt noch, dass eines der Ziele der WTO die Ausweitung des Handels ist (*chapeau* des WTO-Übereinkommens, Abs. 1). Aus diesen Gründen sollten *counterfactual* auf hypothetische Situationen aufgebaut werden, in denen die in Wirklichkeit bestehenden gerügten Handelshemmnisse abgebaut werden und dementsprechend der Handel liberalisiert wird; Alles Andere führt im Grunde zur Rechtfertigung des rechtswidrigen Zustandes. Sollte die beklagte Partei nachträglich eine Ausnahmegenehmigung tatsächlich erhalten oder sonstwie die Rechtsverletzung behoben haben, würde der Grund der Aussetzungen ausfallen und es könnte u.U. ein Verfahren nach Art. 21.5 DSU eingeleitet werden. Deshalb ist Spamanns Kritik haltlos.

In dieser Arbeit werden besonders die juristischen Argumentationen und ihre Überzeugungskraft untersucht. Doch wenn wir diese Ebene kurz verlassen und uns in die Ebene der ökonometrischen Berechnungen begeben, kann man Breuss beipflichten, wenn er einerseits kritisiert, dass die Schiedsrichter den Variablen im Grunde willkürliche Werte zugeordnet haben, und wenn er andererseits sagt, dass es nicht leicht ist, den durch Handelsbarrieren erlittenen Schaden zu berechnen.⁵²⁶

Beide Beschwerdeführer setzten Zugeständnisse aus.⁵²⁷ Die EG leiteten in 2004 ein Streitbeilegungsverfahren ein, um zu ermitteln, ob die Empfehlung vom DSB umgesetzt worden war und um demzufolge die Rechtmäßigkeit der Aussetzung zu überprüfen. Das Panel stellte 2008 eine mangelnde Umsetzung und deshalb die Rechtmäßigkeit der Aussetzung fest. Das Berufungsgremium

⁵²⁶ Breuss (2003), S. 163-165.

⁵²⁷ Wilson, S. 402.

wies die Feststellung vom Panel zurück, konnte aber die Auswertung des Importverbots nicht vervollständigen und somit blieb die Frage der Rechtmäßigkeit der Aussetzungen offen, weshalb es den Parteien empfahl, ein Verfahren gem. Art. 21.5 DSU einzuleiten.⁵²⁸ Im Mai 2011 nahmen die USA die Sanktionen zurück.⁵²⁹

Auf der argumentativen Ebene liegt der Wert dieser Entscheidung besonders in den folgenden Aspekten. Erstens wurde präzisiert, wie die Verringerung der Handelsströme berechnet werden sollte, wobei nachgewiesene Änderungen der Marktstruktur anerkannt wurden (andererseits wurde aber das vermutlich genauere Modell Kanadas ohne Begründung nicht in Betracht gezogen). Zweitens wurde als Zunichtemachung lediglich der tatsächlich erlittene Schaden angerechnet. Drittens wurde der Aufbau des *counterfactual* wesentlich besser als im Bananenfall erklärt.

Auffallend an diesem Fall ist schließlich auch, wie sich dieser Rechtsstreit in die Länge gezogen hat. Die Erklärung kann darin liegen, dass dieser Fall letztendlich auf unterschiedliche politische Kulturen zwischen Europa und den USA zurückzuführen sein könnte.⁵³⁰

5.2.2.3 EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)⁵³¹

Fast ein Jahr nach der ersten Entscheidung nach Art. 22.6 dieses Falles kam es zur zweiten: *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)*. Die Begründung des Sanktionsumfangs fiel auch dieses Mal knapp aus, weil sich die Aussetzungsentscheidung fast ausschließlich mit den Voraussetzungen zur Gewährung von *cross retaliation* befasst (siehe 4.6.2). Die relativ detailreiche Ausarbeitung dieser Voraussetzungen mag verständlich sein angesichts der Tatsache, dass *cross retaliation* als Ausnahmeregelung konzipiert ist und dementsprechend gut begründet werden soll. Es ist aber fraglich, ob dieser Umstand die fast unzumutbar dürftige Begründung des Schadens- und Sanktionsumfangs entschuldigt. Die Schiedsrichter legten besonderen Wert auf die Übereinstimmung mit

⁵²⁸ *US – Continued Suspension (AB)*, Abs. 736-737; *Canada – Continued Suspension (AB)*, Abs. 736-737.

⁵²⁹ von Reppert-Bismarck.

⁵³⁰ Bierling, S. 464.

⁵³¹ Literatur zu diesem Fall wird unter 5.2.2.1 zitiert.

EC – Bananas (US) (Art. 22.6) und benutzten deshalb das selbe *counterfactual*⁵³². Auch dieses Mal wurde davon ausgegangen, Preis und Importmenge der Bananen würden konstant bleiben, bloß müssten die Importlizenzen zwischen den Exporteuren anders verteilt werden.⁵³³ Die Schiedsrichter teilten lediglich bestimmte Prozentsätze der Bananenimportlizenzen und der damit verbundenen Dienstleistungen den Ecuadorianischen Unternehmen zu – und schon war im Wesentlichen das *counterfactual* aufgebaut. Der hypothetische Wert des Bananenexports aus Ecuador in die EG wurde auf den historischen Maximalbeitrag von 1992 gesetzt. Im Gegensatz dazu wurde der hypothetische Wert für die Dienstleistungen ohne jegliche Begründung festgelegt.

Ein wesentlicher Teil der gerügten Bananenimportregelung war die Gewährung von Vorteilen für Bananen aus ACP-Staaten. Das sog. *Lomé waiver* rechtfertigte diesen Zustand, der an sich ein Verstoß gegen das Meistbegünstigungsprinzip des Art. I GATT war. Die Ausnahmegenehmigung lief aber am 29. Februar 2000 aus, zwischen der Entscheidung in *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6) vom 9. April 1999 und der Entscheidung in *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6) vom 24. März 2000. Die Schiedsrichter jedoch bauten in ihrem *counterfactual* die Vergünstigungen für ACP-Länder ein und gingen davon aus, eine mittlerweile beantragte neue Ausnahmegenehmigung würde letztendlich genehmigt werden: „assuming the ACP tariff preference would be covered by a waiver“.⁵³⁴ Dies ist freilich dann auch geschehen: Das sog. *Cotonou waiver* wurde etwa 20 Monate später (im November 2001) erlassen.⁵³⁵ Dennoch ist fraglich, ob eine Entscheidung auf einer lediglich beantragten, (noch) nicht genehmigten Ausnahmegenehmigung aufbauen darf. Es wäre aus einer normativen Sicht vermutlich besser, die Entscheidung auf die rechtliche Lage zum Zeitpunkt von dessen Verkündung zu beziehen, und im Nachhinein im Falle eines zukünftigen *waiver* den Umfang der Sanktionen zu reduzieren (z.B. indem die Entscheidung mit einer konditionellen Anpassungsklausel des Schadensumfangs ausgestattet wird oder indem ein neues Verfahren nach Art. 22.6 DSU

⁵³² *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 166.

⁵³³ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 167 und 168; *EC – Bananas (US)* (Art. 22.6), Abs. 7.7 und 7.8.

⁵³⁴ *EC – Bananas (Ecuador)* (Art. 22.6), Abs. 167, Satz 1, und Fußnote 55.

⁵³⁵ WTO: „European Communities - Transitional Regime for the EC Autonomous Tariff Rate Quotas on Imports of Bananas“, G/C/W/269/Rev.1, 14. November 2001.

angestrengt wird).

In Spamanns Meinung geht es in der Angelegenheit um die Ausnahmege-
nehmigung im Grunde um die Frage des Zeitpunktes der Berechnung des
counterfactual, nämlich entweder am Ende des angemessenen Zeitraums zur
Umsetzung (Art. 21.3 DSU), als das *Lomé waiver* noch galt, oder am Ende des
Verfahrens nach Art. 22.6 DSU.⁵³⁶ Für die Schiedsrichter dieses Falles aber
scheint der Zeitpunkt am Ende des angemessenen Umsetzungszeitraums
nicht in Frage gestanden zu haben. Stattdessen gingen sie ausschließlich vom
Schaden im Moment der Entscheidungsverkündung aus, wobei sie freilich von
der unterstellten Verlängerung der Ausnahmege-
nehmigung ausgingen. Wie dem auch sei, Spamann weist auf zwei Vorteile dieser Fiktion für die Schieds-
richter hin: Erstens hat ihnen diese Annahme den Aufbau des *counterfactual*
wesentlich vereinfacht, weil sie sich den vermutlich immensen Aufwand einer
Berechnung des gesamten EG-Bananenmarkt ohne *Lomé waiver* sparen konn-
ten. Zweitens konnten sie Ecuadors Fall im wesentlichen wie den Fall der USA
behandeln.⁵³⁷ Trotzdem, und da kann man Spamann nur beistimmen, wurde
somit der Nachvollziehbarkeit der Entscheidung kein Gefallen getan.

Von der Entscheidung *EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)* können also
folgende Aspekte hervorgehoben werden: Erstens wurde Wert gelegt auf die
methodische Übereinstimmung der Ermittlung des Schadens mit der eng ver-
wandten *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)*. Es wurde die Benutzung des selben
counterfactual unterstrichen. Zweitens wurde die Entscheidung auf der Vermu-
tung aufgebaut, es würde in absehbarer Zukunft eine Ausnahmege-
nehmigung erteilt werden, was eher kritisch zu bewerten ist.

5.2.2.4 US – Copyright Act (Art. 25.3)⁵³⁸

Im Hormonfall wurden nicht direkt kausal verbundene Erhöhungen der
Nachfrage nicht in Erwägung gezogen. Es wurde nur der tatsächlich erlittene
Schaden gezählt, nicht der maximale theoretische Schaden. Diese Auslegung
wurde zwei Jahre später bestätigt im Schiedsverfahren des Falles *US – Copy-*

⁵³⁶ Spamann, S. 54-55.

⁵³⁷ Spamann, S. 54-55.

⁵³⁸ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Grossman & Mavroidis, S. 233-249; O'Connor, S. 257-260; O'Connor & Djordjevi, S. 127-129; Spamann, S. 71-72.

*right Act (Art. 25.3).*⁵³⁹ In diesem Fall ging es um urheberrechtliche Lizenzgebühren, die in den USA hätten eingetrieben und zwischen den Vertretern der europäischen Eigentümern des Copyright hätten verteilt werden sollen.

Betreffs der Schadensbemessung war fraglich, ob der Schaden die urheberrechtlichen Lizenzgebühren erfasste, die unrechtmäßige Nutzer in den USA nicht zahlten.⁵⁴⁰ Die Schiedsrichter lehnten dies ab, denn für die Gebühreneinsammler ist es wesentlich effizienter, eine gewisse Quote an unrechtmäßiger Nutzung zu dulden und dafür Kosten zu sparen, was wiederum für die europäische Copyright-Eigentümer höhere Erträge bedeutet.⁵⁴¹ Somit räumten die Richter ein, dass ein gewisses Maß an Rechtsverletzungen geduldet werden müsse.⁵⁴² Außerdem wurde zumindest ansatzweise eine Linie zwischen WTO-Mitgliedern und den betroffenen Industrien gezogen: Es sei nicht Angelegenheit der USA, sondern der europäischen Eigentümer der Lizenzgebühren, eine hundertprozentige Eintreibungsquote der Gebühren durchzusetzen. Die einzige Aufgabe der USA sei diesbezüglich, laut Art. 41 des TRIPS-Übereinkommens Durchsetzungsverfahren, zur Eintreibung der Urheberrechte zur Verfügung zu stellen. Darüber hinaus wäre alles sonstige Aufgabe der Inhaber der Urheberrechte.⁵⁴³

Im diesem Fall mussten die Schiedsrichter auch prüfen, ob der Betrag der nicht eingetriebenen oder der nicht verteilten Gebühren ausschlaggebend sei⁵⁴⁴, wobei eingetriebene Gebühren minus Kosten der Gebühreneinsammlung gleich ausgeteilte Gebühren sind.⁵⁴⁵ Sie entschieden, dass die nicht überwiesenen Geldsummen als erlittener Schaden zu verstehen seien: In anderen Worten, die Kosten wurden in Betracht gezogen. Die Schiedsrichter beschlossen also, dass die Kosten abgezogen werden können und der Schaden aus verlorenen Nettotransfers besteht. So wie der Schaden in Streitfällen über Warenhandel anhand der verringerten Handelsströme gemessen werde⁵⁴⁶, so

⁵³⁹ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.20-3.35.

⁵⁴⁰ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.22.

⁵⁴¹ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.30.

⁵⁴² *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.24.

⁵⁴³ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.25 und Fußnote 44.

⁵⁴⁴ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.36-3.58.

⁵⁴⁵ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.46.

⁵⁴⁶ *US – Copyright Act (Art. 25.3)*, Abs. 3.45.

müsse analog in diesem Fall die Zunichtemachung mit Hilfe der geminderten verteilten Gebühren zwischen den Streitparteien ermittelt werden. Trotzdem wurde im Schiedsspruch der Geldtransfer dem Begriff der Handelsströme nicht gleichgesetzt, weil nicht alle europäische Eigentümer des Copyrights in den USA ansässig seien.⁵⁴⁷ Grossman & Mavroidis finden nur lobende Worte für den Ansatz der Schiedsrichter, um die verlorenen Erlöse zu berechnen.⁵⁴⁸

Indem die Schiedsrichter die Kosten in ihre Rechnung einbauten, arbeiteten sie ein Kriterium aus, das in Fällen über Güterhandel anwendbar sein könnte. Die Kosten der Gebühreneinsammlung dieses Falles könnten den Produktionskosten in zukünftigen Fällen über Güter- und Dienstleistungshandel gleichgestellt werden. Somit würde man nahe an einen Schadensbegriff geraten, der auf eine Stufe zwischen Brutto- und Nettoeinkommen⁵⁴⁹ (statt verminderter Handelsströme) aufbauen würde – und eine evtl. Weiterentwicklung nicht auszuschließen scheint in Richtung des Gewinns als Maßstab. Insofern würden eher die wirtschaftlichen Folgen der Handelsbarrieren für die privaten Wirtschaftssubjekte anstatt für die WTO-Mitglieder in den Mittelpunkt geraten.

Indirekte Schäden, auf die das Panel hingewiesen hatte⁵⁵⁰, wurden auf Vorschlag der beschwerdeführenden Partei in die Schadensberechnung nicht mit eingezogen, denn sie war nicht in der Lage, diese Schäden zu beweisen.⁵⁵¹ Die Schiedsrichter wiesen ausdrücklich auf das Risiko unvernünftiger, auf Vermutungen aufgebauter Ergebnisse hin.⁵⁵² Fraglich bleibt dennoch, inwiefern eine Entscheidung nach Art. 22.6 DSU oder ein entsprechender Schiedsspruch jemals auf Vermutungen vollständig verzichten können wird.

Besonders bemerkenswert an diesem Schiedsspruch sind also zwei verwendete Kriterien: Erstens, dass aus Gewinnmaximierungs- und Effizienzgründen ein gewisses Maß an Rechtsverletzungen geduldet werden müsse. Zweitens, dass gewisse Kosten vom Schaden abgezogen werden dürfen, so dass

⁵⁴⁷ US – Copyright Act (Art. 25.3), Abs. 3.53-3.58; siehe 5.2.1.

⁵⁴⁸ Grossman & Mavroidis, S. 244-245.

⁵⁴⁹ Man kann nicht von einer analogen Stufe zum Nettoeinkommen sprechen, denn es wurden zusätzliche Kosten für die europäische Eigentümer des Copyright nicht einbezogen, wie etwa Steuern und Bearbeitungskosten, die in Europa anfallen.

⁵⁵⁰ Vermutlich wurde damit *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act (Report of the Panel)*, Abs. 6.127 und 6.240, gemeint.

⁵⁵¹ US – Copyright Act (Art. 25.3), Abs. 4.29.

⁵⁵² US – Copyright Act (Art. 25.3), Abs. 4.28, 4.31.

der Schaden im Endeffekt aus verlorenen Nettotransfers besteht. Der Begriff der Nettotransfers steht dem Begriff der Gewinne nahe, was vermutlich auf Fälle über Handelsschranken im Güter- und Dienstleistungshandel übertragen werden könnte.

Schlussendlich ersetzten die Parteien die Sanktionen durch eine Entschädigung gemäß Art. 22.1 DSU. Die USA brauchten nämlich wegen innenpolitischer Zwänge Zeit, um ihren Pflichten nachzukommen, und mit diesem Geldtransfer sollte der Beschwerdeführer für den Verzug entschädigt werden.⁵⁵³ O'Connor & Djordjevic sind allerdings der Auffassung, dass diese Lösung rechtswidrig ist, weil sie gegen den MFN-Grundsatz verstößt.⁵⁵⁴

5.2.2.5 US – 1916 Act (Art. 22.6)⁵⁵⁵

Der Fall *US – 1916 Act* bezog sich auf ein Anti-Dumping-Gesetz der USA, welches vom Berufungsgremium für WTO-rechtswidrig erklärt worden war. Anfang 2004 wollten im Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU die EG als beschwerdeführende Partei Pflichten aussetzen, um eine im Wesentlichen dem amerikanischen Gesetz ähnliche Norm einzuführen und dementsprechend z.B. zusätzliche Ausgleichszölle bei Dumping-Fällen bezüglich amerikanischer Importe aufzuerlegen.⁵⁵⁶ Dies bedeutete, dass *ex ante* weder der Umfang des Schadens noch der Aussetzungen festgelegt werden könnte.⁵⁵⁷ So wurde die Frage nach dem qualitativen Gleichgewicht aufgeworfen, was in dieser Arbeit ausführlicher unter 4.7 behandelt wird. Die Schiedsrichter vertraten die Ansicht, das qualitative Gleichgewicht reiche nicht aus. Stattdessen müsse erstens der Schaden quantitativ bemessen werden und zweitens gewährleistet werden, dass die Sanktionen diesen Umfang nicht überschreiten.⁵⁵⁸

Die Aussetzung von symmetrischen Pflichten, oder auch „normative Gegenmaßnahmen“ genannt, wird im Völkerrecht erlaubt.⁵⁵⁹ Dabei ist auch die

⁵⁵³ O'Connor, S. 259.

⁵⁵⁴ O'Connor & Djordjevic, S. 131-136.

⁵⁵⁵ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Howse & Staiger, S. 295-313; Jürgensen, S. 329-331, 334-338; Matsushita & Iino, S. 753-766; Spamann, S. 60-65; Shadikhodjaev, S. 132-135.

⁵⁵⁶ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 2.1, 2.7, 2.9.

⁵⁵⁷ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 3.7, 3.8.

⁵⁵⁸ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.23.

⁵⁵⁹ Cannizzaro, S. 900-903, 907-908.

quantitative Komponente relevant: „An assessment of quantitative character, in other words, is necessarily part of the synallagma and hence constitutes a necessary test for gauging the normative equivalence between breach and response”.⁵⁶⁰

Widmen wir uns nun den Bemessungskriterien des Schadens. Die EG als Beschwerdeführer vertrat die Ansicht, dass die Zunichtemachung oder Schmälerung nicht auf verlorene Exporte begrenzt sei, sondern auch finanzielle Verluste und weitgehende Auswirkungen umfasse, wie z.B. einerseits die Abschreckwirkung des gerügten Gesetzes (*deterrent effect* oder *chilling effect*) und andererseits die Prozesskosten.⁵⁶¹ Die Schiedsrichter ließen die Frage offen, ob die Abschreckungswirkung in die Berechnung des Schadens laut WTO-Recht *de lege lata* einbezogen werden durfte.⁵⁶² Stattdessen stellten sie fest, dass sie im vorliegenden Fall nicht quantitativ bestimmbar war und deshalb nicht als Schaden gezählt werden konnte⁵⁶³ – laut Matsushita & Iino waren die WTO-rechtswidrigen Aspekte des gerügten Gesetzes seit 1916 nur ein einziges Mal angewendet worden.⁵⁶⁴ Weil aber die EC als Sanktion die Einführung einer Spiegelmaßnahme zur rechtswidrigen Maßnahme einführen wollte (siehe 4.7), hätte die Abschreckungswirkung vermutlich nicht gemessen werden brauchen, denn ähnliche Maßnahmen dürften nicht allzu unterschiedliche Wirkungen entfalten.⁵⁶⁵ Es wurden auch die Prozesskosten nicht als Schaden gezählt wegen mangelnder Anspruchsgrundlage und wegen mangelnden Beweises der ausgezahlten Prozesskosten.⁵⁶⁶ Die Schiedsrichter begründeten ihre Auffassung folgendermaßen: „it is appropriate to follow the prudent approach [...] in determining the level of nullification or impairment“.⁵⁶⁷

Was die Schiedsrichter dieses Falles schließlich als Schaden anerkannten, ist der Wert, den europäische Unternehmen zu zahlen verpflichtet sind

⁵⁶⁰ Cannizzaro, S. 903, Fußnote ausgelassen.

⁵⁶¹ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.47, 5.64-5.78.

⁵⁶² *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.69.

⁵⁶³ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.64-5.72.

⁵⁶⁴ Matsushita & Iino, S. 755, 763.

⁵⁶⁵ Spamann, S. 62.

⁵⁶⁶ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.76-5.78.

⁵⁶⁷ *US – 1916 Act (Art. 22.6)*, Abs. 5.76. Howse & Staiger, S. 297-298, meinen, die Schiedsrichter dieses Falles hätten sich geirrt, als sie den Betrag des Schadens als die Höchstgrenze für die Sanktionen festgelegt haben, ohne normative Faktoren (wie den Ernst des Verstoßes) in Betracht zu ziehen.

wegen Urteilen und gütlichen Einigungen im Rahmen des beanstandeten Anti-Dumping Gesetzes.⁵⁶⁸ Da aber zum Zeitpunkt der Entscheidung keine solchen Urteile vorlagen und auch keine gütlichen Einigungen veröffentlicht worden waren, stellten die Schiedsrichter keinen tatsächlich eingetroffenen Schaden fest – womit sie letztendlich Aussetzungen zu dem Zeitpunkt ausschlossen.⁵⁶⁹ Da es sich aber um eine Rechtsverletzung *as such* handelte, ließen sie jedoch die Möglichkeit offen, zukünftige Zahlungen als Schaden zu betrachten und schlossen so die Möglichkeit zukünftiger Sanktionen nicht aus. Sowohl die Zunichtemachung oder Schmälerung als auch die Aussetzungen dieses Falles wurden also diachronisch flexibel definiert.⁵⁷⁰

Die unveröffentlichten gütlichen Beilegungen wurden nicht als Schaden mitgezählt weil sie (selbstverständlich) nicht bewiesen werden konnten.⁵⁷¹ Daran ist kritisierbar, dass somit die beklagte Partei den Umfang der Sanktionen steuern kann, indem sie die Veröffentlichung solcher Vergleiche verbietet.

Des Weiteren wurde in dieser Entscheidung ein wichtiger Beitrag zur Auslegung der Schadensvermutung des Art. 3.8 DSU geleistet (siehe 3.4).

Die USA hoben noch im selben Jahr nach der Entscheidung das gerügte Gesetz auf.⁵⁷² Der Zeitpunkt lässt vermuten, dass dies eine Folge des WTO-Verfahrens gewesen sein könnte.

Die Ausführungen über die Berechnung des Schadens und der Sanktion dieser Entscheidung können folgendermaßen zusammengefasst werden. Erstens nahmen die Schiedsrichter keine Stellung zur Frage, ob die Abschreckwirkung der rechtswidrigen Maßnahmen als Schaden zu behandeln sei. Zweitens wurden die Prozesskosten nicht als Schaden anerkannt. Drittens wurden sowohl der Schaden als auch die Aussetzungen diachronisch flexibel erfasst, weil die beanstandete Maßnahme *as such* als rechtswidrig befunden worden ist.

⁵⁶⁸ US – 1916 Act (Art. 22.6), Abs. 5.58-5.63, 5.79.

⁵⁶⁹ Zur Bedeutung dieses Befundes für die Schadensvermutung des Art. 3.8 DSU, siehe 3.4.

⁵⁷⁰ US – 1916 Act (Art. 22.6), Abs. 6.1-6.17.

⁵⁷¹ US – 1916 Act (Art. 22.6), Abs. 5.79, 6.8-6.11.

⁵⁷² WTO (2004b); Wilson, S. 399.

5.2.2.6 US – Byrd Amendment (Art. 22.6)⁵⁷³

Ende August 2004 wurde die Entscheidung *US – Byrd Amendment* (Art. 22.6) veröffentlicht. Doch wie war es dazu gekommen?

In 1999 wurde der *Continued Dumping and Subsidy Offset Act (CDSOA)* im Senat der USA diskutiert, letztendlich aber nicht angenommen. Das Ziel dieses Gesetzesentwurfes war gewesen, Dumping- und Subventionsversuche härter zu bestrafen, indem von ausländischen Produzenten an die Regierung der USA gezahlte Bußgelder den amerikanischen Produzenten ausgezahlt statt in die Staatskassen eingezahlt werden würden. Eine inhaltsgleiche, unter dem Namen *Byrd Amendment* bekannte Norm wurde jedoch im US-Haushaltsgesetz des Jahres 2001 eingeführt. Daraufhin leiteten neun WTO-Mitglieder ein Verfahren gegen die USA ein, welches mit der Signatur WT/DS217 bezeichnet wird. Später reichten noch zwei zusätzliche Mitglieder Beschwerde gegen die USA ein im parallel zu WT/DS217 laufenden, als WT/DS234 bezeichneten Verfahren.⁵⁷⁴ Beide Verfahren wurden vom selben Panel geführt. Sowohl das Panel als auch das Berufungsgremium waren u.A. der Meinung, die Auszahlung von Bußgeldern an die amerikanischen Konkurrenten sei rechtswidrig.⁵⁷⁵ Von den insgesamt elf Beschwerdeführern leiteten dann acht ein Verfahren gem. Art. 22.6 DSU ein. Es wurde für jeden der acht verbliebenen Beschwerdeführer eine separate Entscheidung veröffentlicht, jedoch weisen sämtliche Entscheidungen inhaltlich nicht allzu große Abweichungen auf und werden deshalb in dieser Arbeit als eine Einheit behandelt.⁵⁷⁶

Was den Umfang des Schadens und der Aussetzungen angeht, werden an dieser Stelle drei Kernpunkte der Entscheidung ausgearbeitet. Erstens,

⁵⁷³ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Bhagwati & Mavroidis (2004), S. 119-127; Jürgensen, S. 329-338; Spamann, S. 65-71; ICTSD, S. 7; Bhagwati & Mavroidis (2003), S. 8; Charnovitz (2003), S. 9; Trachtman (2003), S. 379-382; Shadikhodjaev, S. 135-139, Horn & Mavroidis, S. 52-86.

⁵⁷⁴ Diese Staaten waren Kanada und Mexiko. Interessant ist, dass sie auch im Rahmen des NAFTA gegen die USA hätten klagen können, sich aber letztendlich doch für eine Beschwerde im Rahmen der WTO entschieden haben. Zur Beziehung zwischen Kanada und den USA im Rahmen der WTO und des NAFTA, siehe Davey, S. 35-39.

⁵⁷⁵ Bhagwati & Mavroidis (2004, S. 120) sind der Meinung, die Entscheidung sei richtig, doch die Argumentation des Panels und des Berufungsgremiums sei falsch. Horn & Mavroidis, (S. 59-75, 77-84) sind auch dieser Meinung, beziehen sich aber nur auf das Urteil vom Berufungsgremium.

⁵⁷⁶ Die acht Urteile der Verfahren nach Art. 22.6 DSU werden nach der im Anhang dieser Arbeit erläuterten Methodik zitiert.

woraus der Schaden eigentlich bestand. Zweitens, die Anwendung eines ökonomischen Modells zur Berechnung des Schadens. Drittens, die Gestaltung der Sanktionen und deren Bemessung.

Als erstes soll die Frage nach dem Schaden erörtert werden. Sie wurde ähnlich wie in *US – FSC (Art. 22.6)* (siehe 5.3.2.2) aufgeworfen. Die Auszahlungen der Bußgelder an die amerikanische Industrie entfaltete subventionsartige Wirkungen.⁵⁷⁷ Bestand also der Schaden aus der „Subvention“, ähnlich wie Schiedsrichter in Fällen über verbotene Subventionen entschieden hatten? Oder bestand der Schaden aus den Effekten der „Subvention“ auf den Export des Beschwerdeführers, wie in den sonstigen Verfahren nach Art. 22.6 DSU?⁵⁷⁸ Anders gesagt: Wenn es sich um eine rechtswidrige Auszahlung handelt, kann der Umfang der Zunichtemachung mit dem Betrag der Auszahlung gleichgesetzt werden? Die Schiedsrichter formulierten die Frage folgendermaßen: Bedeutet ein Verstoß eine Zunichtemachung? Können beide Begriffe gleichgesetzt werden? Die Schiedsrichter wiesen es ab, denn das WTO-Recht unterscheide beide Begriffe.⁵⁷⁹ Die Schadensvermutung des Art. 3.8 DSU bedeute nicht, dass Verstoß und Zunichtemachung gleichgesetzt werden könnten (siehe 3.4). Somit müsse der Schaden weder aus den Auswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme bestehen, noch aus den rechtswidrigen Auszahlungen, sondern aus den Auswirkungen dieser Auszahlungen auf den Handel (siehe diesbezüglich 5.2.1).⁵⁸⁰ Daraus wird in der Entscheidung auch der Schluss gezogen, dass das in Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens verankerte Kriterium der Angemessenheit der Gegenmaßnahmen auf Verfahren nach Art. 22.6 DSU nicht übertragbar sei.⁵⁸¹

Ein zweiter zentraler Aspekt der Entscheidung ist die Berechnungsmethodik. In *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)* wurde zum ersten Mal in einem Verfahren nach Art. 22.6 DSU ein relativ ausführliches ökonomisches Modell

⁵⁷⁷ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s111, s150.

⁵⁷⁸ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s.83, s113.

⁵⁷⁹ Für eine Kritik an der Argumentation der Schiedsrichter, siehe Jürgenssen, S. 331-334. Spamann (S. 40, Fußnote 28) stellt seinerseits zwei Fragen. Erstens, ob tatsächlich der Verstoß aus der Auszahlung besteht. Zweitens, wieso der Betrag des Verstoßes und des Schadens nicht u.U. gleich sein können.

⁵⁸⁰ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s123-s125, s137.

⁵⁸¹ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s116CHL, s118.

benutzt, um den Schaden zu ermitteln. Um die Auswirkungen der rechtswidrigen Auszahlungen auf den Handel des jeweiligen Beschwerdeführers (d.h., den Schaden) zu bestimmen, bauten die Schiedsrichter ein ökonometrisches Modell auf, das aus vier Variablen zusammgebaut wurde: der Betrag der subventionsähnlichen Auszahlung, die Überwälzungsquote der Auszahlung (siehe 3.7), der Anteil der Importe am Binnenmarkt der USA, und schließlich die Substitutions-Elastizität zwischen amerikanischen Produkten und Importen aus den Beschwerdeführern.⁵⁸² Die Benutzung eines Modells wurde von den Streitparteien eher positiv aufgenommen.⁵⁸³ Deshalb ist bemerkenswert, dass die Schiedsrichter eher defensiv ihren Entschluss zur Anwendung des Modells begründeten. Sie sagten erstens, das Modell sei nicht exakt, aber in diesem Fall doch besser als ein *counterfactual*,⁵⁸⁴ es sei zweitens zwar zu aggregiert, aber es hätten die notwendigen Daten für ein spezifischeres Modell gefehlt⁵⁸⁵, drittens hätten den Schiedsrichtern Anhaltspunkte in der Fachliteratur gefehlt⁵⁸⁶ und viertens seien ihnen die Nachteile der Anwendung eines ökonometrischen Modells bekannt gewesen.⁵⁸⁷

Die Benutzung eines ökonometrischen Modells war ein kleiner Umbruch in der WTO-Streitbeilegung. Aus wirtschaftswissenschaftlicher und juristischer Sicht sollte die Anwendung ökonometrischer Modelle eher befürwortet werden, denn genauere Berechnungen der Auswirkungen rechtswidriger Maßnahmen sind wohl wünschenswert. Das in dem Fall benutzte Modell war verglichen mit früheren Streitfällen komplex, doch immerhin ökonometrisch relativ einfach. Diese Einfachheit ist nicht unbedingt ein Nachteil, denn Modelle mit partiellem Gleichgewicht dürften im Rahmen der WTO-Streitbeilegung oft ausreichen.⁵⁸⁸ Falls Modelle grundsätzlich benutzt werden, wird es wahrscheinlich die Streitbeilegung in der WTO verändern. Es wird vielleicht nicht nur auf juristischer Ebene diskutiert werden, ob eine Handlung oder Maßnahme als ein Verstoß gegen das WTO-Recht auszulegen oder anhand des WTO-Rechts zu rechtfertigen

⁵⁸² US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s188, Anhang B.

⁵⁸³ Von den Streitparteien war nur Chile nicht einverstanden: US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s148#.

⁵⁸⁴ US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s148#.

⁵⁸⁵ US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s185-s187.

⁵⁸⁶ US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s217.

⁵⁸⁷ US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s149.

⁵⁸⁸ WTO (2005), S. 206.

tigen ist. Zusätzlich zur juristischen, könnte auch die wirtschaftswissenschaftliche Argumentation ausschlaggebend sein, um das beste (oder den eigenen Interessen am besten passende) Modell für den Einzelfall zu bestimmen. Der Bedarf an gut ausgebildete Fachkräfte im Rahmen der WTO-Streitbeilegungsverfahren (und somit die Prozessführungskosten) würde vermutlich steigen, was das Ungleichgewicht verschärfen könnte zwischen Ländern, die sich das leisten können und Ländern, die es nicht können. Eine gründliche Auseinandersetzung des DSB mit diesem Thema wäre deshalb angebracht. Weiler meinte, dass die Streitschlichtung des GATT auf dem Ethos der Diplomaten basiert habe, während in der Streitbeilegung der WTO das Ethos der Juristen ausschlaggebend sei.⁵⁸⁹ Ob diese Entscheidung den Anfang eines Trends abzeichnet, wonach die Aussetzungsschiedsverfahren der WTO von einem Ethos der Wirtschaftswissenschaftler dominiert werden? Es scheint möglich, doch gleichzeitig sollte Folgendes bedacht werden. Quantitative Modelle sind nützlich, um qualitative Argumentationen zu untermauern, doch sie liefern selten eindeutige Antworten. Sie können keine Streitfälle lösen. Ihre Rolle ist eher, juristische Argumentationen zu untermauern und somit die Begründungen der Streitparteien und die Position der Schiedsrichter zu stärken.⁵⁹⁰

Drittens wurde über den Inhalt der Sanktion diskutiert. In bisherigen Verfahren nach Art. 22.6 DSU bestanden die Sanktionen i.d.R. aus zusätzlichen prohibitiven Zöllen, die Importe im Wert des Schadens ausschlossen. Art. 22.4 DSU war so ausgelegt und angewandt worden, dass der Wert der nicht mehr importierten Güter dem Wert des Schadens entsprach. In diesem Fall aber wollten die Beschwerdeführer die Voraussetzungen des Art. 22.4 DSU anders erfüllen, nämlich indem zusätzliche Zölle auf Importe aus den USA eingeführt werden würden, deren Prozentsatz so festgelegt werden sollte, dass die zusätzlichen Zolleinnahmen gleich groß wie der Schaden (die rechtswidrige Auszahlungen unter dem CDSOA) sein würden.⁵⁹¹ Somit würde nicht der Wert der Importe, sondern der Wert der eingetriebenen zusätzlichen Zollgebühren dem Schaden entsprechen. Dieser Vorschlag ist im Kontext der Beschwerde besser

⁵⁸⁹ Weiler, S. 191-207.

⁵⁹⁰ WTO (2005), S. 206.

⁵⁹¹ US – *Byrd Amendment* (Art. 22.6), s227-s229.

verständlich, weil die Beschwerdeführer die Position vertraten, dass der Schaden aus dem Betrag der rechtswidrigen Auszahlungen bestand (siehe oben). Die Beschwerde war in dieser Hinsicht konsequent: Wenn nämlich der Schaden aus den Auszahlungen bestand, entbehrt es nicht einer gewissen Logik, dass die Sanktion aus den zusätzlichen Zolleinnahmen bestehen sollte. Die Schiedsrichter beschlossen jedoch, dass der Schaden nicht aus dem Betrag der rechtswidrigen Auszahlungen selbst, sondern aus dem Wert der Auswirkungen dieser Auszahlungen auf den Handel bestand. Somit entzogen sie dem Vorschlag die logische Grundlage. Es wurde also fraglich, ob trotzdem die vorgeschlagenen Sanktionen eingeführt werden dürften. Die Schiedsrichter lehnten dies ab.⁵⁹² Ihrer Meinung nach müsste der Umfang der Sanktionen als der Wert der wegen der Aussetzung in die beschwerdeführende Partei nicht importierten Güter aus den USA erfasst werden. Der Umfang der Sanktionen müsse, so die Entscheidung, aus den verringerten Handelsströmen bestehen.

Es wäre vielleicht sinnvoll, die Frage allgemeiner zu stellen. Wäre es generell vertretbar, dass der Wert der Sanktionen aus den eingetriebenen zusätzlichen Zollgebühren bestünde? Dieser Vorschlag sollte aus folgendem Grund verneint werden. In den meisten Fällen werden als Sanktion prohibitive Zollgebühren erhoben, was *per definitionem* zu einem Kollaps des Importes des betroffenen Gutes führt. Wenn die importierte Menge eines bestimmten Gutes null ist, so ist notwendigerweise die Zolleintreibung für dieses Gut auch null: Die Zolleintreibung (x) besteht aus importierte Menge des Gutes (m) mal Preis einer Einheit des Gutes (p) mal Zollsatz (s), also ($x = m \cdot p \cdot s$); wenn ($s = 0$), dann ($x = 0$). Anders gesagt: Es könnten prohibitive Zölle auf sämtliche importierten Güter aus einem bestimmten Land auferlegt werden, von denen dann keine Einheit importiert werden würde, so dass schließlich der Wert der eingetriebenen Zollgebühren gleich null wäre und somit nicht den Wert der Schadens erreichen würde. Darauf kann man erwidern, es bräuchten jedoch nicht unbedingt prohibitive Zölle zu sein. Doch nicht prohibitive Zölle sind auch keine Lösung. Der Beschwerdeführer kann den Prozentsatz der Zollgebühren frei festlegen und hat somit einen gewissen Spielraum, um je nach Preiselastizität des importierten Gutes die Summe der eingetriebenen Zollgebühren zu

⁵⁹² US – Byrd Amendment (Art. 22.6), s230-s234#.

bestimmen. Umso niedriger die wegen jedes Produkt kassierten Zollgebühren, desto mehr Importgüter könnten von Sanktionen betroffen werden, ohne die Höchstgrenze des Art. 22.4 DSU zu überschreiten. Somit könnte, je nach Preiselastizität, auch ohne prohibitive Zollsätze ein größerer Anteil des Importes aus dem Beschwerdegegner zum Stillstand gebracht werden, als wenn der Wert der Sanktionen anhand der Handelsströme berechnet werden würde. Ob dieser Effekt wünschenswert ist, sei im Hinblick auf die Ziele der Aussetzungen dahingestellt. Dennoch sollte der Sanktionsumfang nicht mit den eingetriebenen Zollgebühren gleichgestellt werden, denn der Beschwerdeführer würde über einen ungemein weiten Ermessensspielraum verfügen. Dies hätte zur Folge, dass die Aussetzungsschiedsverfahren die Willkür des Beschwerdeführers in Bezug auf die Gegenmaßnahmen nicht mehr sinnvoll eingrenzen könnten. Aus diesem Grund sollte grundsätzlich vermieden werden, dass der Umfang der Sanktion mit dem Betrag der eingetriebenen Zollgebühren gleichgestellt wird.

Andere Aspekte dieser Entscheidung werden an anderen Stellen dieser Arbeit behandelt, wie etwa die Frage nach diachronisch flexibler Schadens- und Sanktionsbeträge (siehe 4.5) und die Frage, inwiefern ein Beschwerdeführer Sanktionen einführen dürfe, deren Umfang dem an andere WTO-Mitglieder hinzugefügten Schaden entsprechen (siehe 4.9).

Von den Beschwerdeführern haben die EG, Kanada, Japan und Mexiko Sanktionen eingeführt, wobei Kanada und Mexiko sie später zurückzogen, als ein US-Gericht entschied, dass das *Byrd Amendment* aufgrund gewisser Normen des NAFTA für sie nicht galt.⁵⁹³

Als Zusammenfassung für die an dieser Stelle behandelten Aspekte dieser Entscheidung kann folgendes gesagt werden. Erstens, woraus besteht der Schaden? In *US – FSC (Art. 22.6)* wurde den Beschwerdeführern die Wahl gegeben, ob die Sanktionen den rechtswidrigen Auszahlungen oder dem Schaden entsprechen sollten. Die Schiedsrichter in *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)* waren der Meinung, eine solche Wahl sei nur in Fällen über verbotene Subventionen rechtfertigt. In den sonstigen Fällen müssten die Aussetzun-

⁵⁹³ Wilson, S. 403.

gen der Zunichtemachung entsprechen. Zweitens wurde ein (verglichen mit früheren Streitfällen) relativ ausführliches ökonomisches Modell benutzt, um den Schaden zu berechnen. Drittens wurde die Bemessung der Sanktionen anhand der eingetriebenen Zölle verneint.

5.2.2.7 US – Gambling (Art. 22.6)⁵⁹⁴

In diesem Fall traten Antigua und Barbuda (im Folgenden als „Antigua“ bezeichnet) als beschwerdeführende und die USA als beklagte Partei auf. Das Panel und das Berufungsgremium hatten entschieden, dass die USA gewisse Zugeständnisse und Pflichten des GATS nicht eingehalten hatten, weil die USA Dienstleistungen aus Antigua im Bereich der Wetten übers Internet⁵⁹⁵ unterbunden hatten. Die Umsetzungsschiedsrichter gemäß Art. 21.5 DSU hatten festgestellt, dass die USA die Empfehlungen und Entscheidungen des DSB nicht umgesetzt hatten. Daraufhin beantragte Antigua gemäß Art. 22.6 DSU die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten.⁵⁹⁶ Im Dezember 2007 kam es zur Entscheidung *US – Gambling (Art. 22.6)*.

Die Schiedsrichter erklärten ihre Aufgabe in Bezug auf den Sanktionswert darin, zu gewährleisten, dass falls notwendig der Umfang der Aussetzungen verringert würde bis zum Schadensumfang, jedoch ohne das Schadensniveau zu unterschreiten.⁵⁹⁷ Somit würden beide Beträge entsprechend (*equivalent*) sein gem. Art. 22.4 und 22.7, Satz 1, DSU.

Die Parteien waren sich nicht über das *counterfactual* einig.⁵⁹⁸ Die Schiedsrichter waren der Ansicht, dass das benutzte *counterfactual* nicht unbedingt das wahrscheinlichste, sondern einfach vernünftig und plausibel sein müsse.⁵⁹⁹ Die rechtswidrige Handlung der USA war, dass Fernwetten für Pferderennen nur für US-Anbieter und nicht für ausländische Anbieter erlaubt waren. Andere Arten von Fernwetten waren überhaupt nicht erlaubt. Antiguas

⁵⁹⁴ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Thayer; Wunsch-Vincent, S. 321-323; Ortino (2006), S. 117-120; Ortino (2008), S. 115-119; Sapir & Trachtman, S. 183-209; Marwell, S. 802-814; Shakhodjaev, S. 126-132; Irwin & Weiler, S. 71-113.

⁵⁹⁵ Dieser war der erste Fall über Internet-Handel (Irwin & Weiler, S. 73).

⁵⁹⁶ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 1.1-1.5.

⁵⁹⁷ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.24.

⁵⁹⁸ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.16-3.19.

⁵⁹⁹ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.22-3.23, 3.26-3.30, 3.56.

counterfactual ging davon aus, dass alle Arten von Fernwetten erlaubt werden müssten. Das *counterfactual* der USA basierte auf der Gleichbehandlung von US-Anbietern und ausländischen Anbietern von Fernwetten für Pferderennen. Die Mehrheit der Schiedsrichter verwarf in Bezug auf diesen Aspekt Antiguas *counterfactual*⁶⁰⁰ und entschied sich für das der USA.⁶⁰¹ Neben der Unvernünftigkeit und Unplausibilität war eine der Begründungen, dass eine Öffnung des Fernwettenmarktes für Pferderennen für ausländische Anbieter relativ einfach zu modellieren sei, besonders verglichen mit der Erlaubnis jeglicher Art von Fernwetten.⁶⁰² Ökonometrische Modelle brauchen im Rahmen der WTO-Streitbeilegung normalerweise nicht sehr komplex zu sein.⁶⁰³ Trotzdem bleibt die Frage offen, inwiefern die in der WTO-Streitbeilegung benutzten ökonomischen Modelle einfach und für Laien nachvollziehbar oder komplexer und wirklichkeitstreuer sein sollten.

Im Sondervotum dagegen wird die Ansicht vertreten, die USA hätten ihre Beweislast nicht erfüllt und keine überzeugende Argumente für die Unvernunft von Antiguas *counterfactual* geliefert.⁶⁰⁴ Außerdem heißt es im Sondervotum, dass der Beschwerdeführer zwischen den *counterfactuals* frei wählen können muss, solange sie vernünftig sind und der Umfang der Aussetzung dem Umfang des Schadens entspricht. Somit hätte der Beschwerdeführer mehr Werkzeuge, um *to induce compliance* zu erreichen.⁶⁰⁵ Dieses Sondervotum ist ein Ausdruck der Interpretationslinie, die dem Beschwerdeführer so viel Freiraum wie möglich einräumt, solange er seine Pflichten aus dem DSU (und besonders die qualitativen und quantitativen Voraussetzungen von Art. 22.3 und 22.4 DSU) erfüllt. Es bleibt eine offene Frage, inwiefern die Vertreter der Mehrheitsmeinung diese Interpretationslinie teilten, denn sie kamen nicht dazu, sich darüber zu äußern, weil ihre Analyse schon in der Vorstufe (die Vernunft und Plausibilität von Antiguas *counterfactual*) endete.

Gleichzeitig ist Folgendes zu beachten. Das Sondervotum geht davon

⁶⁰⁰ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 3.32-3.49.

⁶⁰¹ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 3.50-3.61.

⁶⁰² US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 3.58, 3.138.

⁶⁰³ WTO (2005), S. 206.

⁶⁰⁴ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 3.62-3.69.

⁶⁰⁵ US – Gambling (Art. 22.6), Abs. 3.70-3.71.

aus, dass *counterfactuals* unpräzise sind und diese Ungenauigkeit den Schiedsrichtern ein Ermessensspielraum freigibt, dessen Grenze die Vernünftigkeit ist. In anderen Worten: Weil man nicht genau sagen kann, wie hoch der Schaden ist (und dementsprechend wo die Scheidelinie der Strafsanktionen liegt), sollten die Gegenmaßnahmen vernünftig und doch so hoch wie möglich sein, um *to induce compliance* zu gewährleisten. *To induce compliance* wäre also nicht nur ein Ziel der Sanktionen, sondern auch ein Notbehelf, um mit der Unzulänglichkeit gegenwärtiger ökonomischer Modelle umzugehen. Zukünftige, präzise Modelle würden diese Anwendung von *to induce compliance* nutzlos machen. Es ist fraglich, ob diese Auslegung von Art. 22.1 DSU sinnvoll ist. Überhaupt ist sie m.E. mit der bisherigen Entscheidungspraxis schwer zu vereinbaren.

Dieses war übrigens das erste Mal, in dem eine Entscheidung gemäß Art. 22.6 DSU ein Sondervotum beinhaltet. Sondervoten sind überhaupt selten in der WTO-Streitbeilegung (wie auch früher im GATT⁶⁰⁶). Für einige Autoren sind Sondervoten negativ, weil sie z.B. die Kollegialität zwischen den einzelnen Mitgliedern der Panels, des Berufungsgremiums und der Schiedsrichter untergräbt.⁶⁰⁷ Andere wiederum betonen ihre positiven Effekte, etwa in Bezug auf die Qualität der Berichte und Entscheidungen.⁶⁰⁸

Die Schiedsrichter übernahmen Aspekte aus den *counterfactuals* beider Parteien, doch entwickelten sie ein eigenes Modell.⁶⁰⁹ Wohl das größte Problem in diesem Verfahren war der Mangel an Beweisen, um den Schaden einzuschätzen. Die Verfügbarkeit und Verlässlichkeit der Daten ließ sehr zu wünschen übrig, doch es waren keine besseren Informationsquellen vorhanden.⁶¹⁰ Antigua berief sich auf Unkenntnis der statistischen Daten, während die USA meinten, Antigua würde teilweise absichtlich Informationen zurückhalten.⁶¹¹ Außerdem unterstellten die USA Antigua Manipulation mancher Datensätze.⁶¹²

⁶⁰⁶ *Understanding regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, beschlossen am 28. November 1979 (L/4907, BISD 26S/210), Abs. 6(i) des Anhangs.

⁶⁰⁷ Cavalier, S. 134.

⁶⁰⁸ Lewis, S. 916-919.

⁶⁰⁹ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.172-3.189.

⁶¹⁰ Siehe z.B. *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.82-3.92, 3.173.

⁶¹¹ *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 5.3.

⁶¹² *US – Gambling (Art. 22.6)*, Abs. 3.82, 3.125.

Doch auch die USA verfügten größtenteils über keine Daten, weil Fernwetten (ausgenommen bezüglich Pferderennen) in den USA verboten waren.⁶¹³ Die Aufgabe der Schiedsrichter wurde dadurch erschwert und sie mussten sich teilweise mit Plausibilitätsprüfungen begnügen. So z.B. war für sie relevant, dass das Bruttoinlandsprodukt des Landes weniger als die Hälfte⁶¹⁴ des von Antigua beantragten Aussetzungsumfangs in Höhe von etwa 3,4 Milliarden US-Dollar betrug.⁶¹⁵ Vermutlich war dieses eines der ausschlaggebenden Argumente, um Antiguas *counterfactual* zurückzuweisen.

Die Schiedsrichter untersuchten, ob die verringerten Exporte Antiguas nicht nur auf die rechtswidrige Maßnahme des Beschwerdegegners, sondern wenigstens teilweise auch auf externe Faktoren zurückzuführen sein könnten, wie etwa der Verlust von Marktanteilen wegen der verstärkten internationalen Konkurrenz. Die Schiedsrichter beobachteten, dass Staaten mit ähnlichen komparativen Kostenvorteilen nach Einfuhr der US-amerikanischen rechtswidrigen Maßnahme in den Markt eingedrungen waren und dass diese Tatsache die verringerten Exporte Antiguas teilweise erklären könnte. Deshalb reduzierten sie dementsprechend den Schadensumfang.⁶¹⁶ Gleichzeitig wurde berücksichtigt, dass der Fernwettenmarkt ohne die rechtswidrige Maßnahme vermutlich gewachsen wäre, weshalb der Umfang der Zunichtemachung nach oben angepasst wurde.⁶¹⁷ In anderen Worten, es wurden Änderungen der Marktstruktur wenigstens grob miteinbezogen, was meines Erachtens positiv ist und die Berechnungen wirklichkeitstreuer macht. Problematisch bleibt aber, dass der Wert dieser Anpassungen doch recht willkürlich ist.

Antigua erklärte, der Schadensumfang sei seit dem Ende des angemessenen Zeitraums zur Umsetzung von Empfehlungen und Entscheidungen gestiegen und würde künftig weiter steigen. Die Schiedsrichter jedoch berechneten die Entwicklung des Umfangs nach dem Umsetzungszeitraum nicht mit ein mit der Begründung, sonst würde die Sanktion dem Schaden nicht entspre-

⁶¹³ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 3.114, 3.124.

⁶¹⁴ Antiguas BIP betrug etwa 1,6 Milliarden US-Dollar im Jahr 2007. Quelle: CIA, „The World Factbook“, <<https://www.cia.gov/library/publications/the-world-factbook/geos/ac.html>>.

⁶¹⁵ Persönliche Mitteilung eines der Aussetzungsschiedsrichter. Siehe auch US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 3.108.

⁶¹⁶ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 3.124-3.139, 3.170-3.171, 3.181-3.182.

⁶¹⁷ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 3.178, 3.186-3.187.

chen.⁶¹⁸ An dieser Stelle soll betont werden, dass sich diese Interpretation nicht auf diachronisch variable Sanktionsbeträge bezieht (siehe 4.5), die vom Beschwerdeführer nicht beantragt worden waren und deshalb auch nicht zur Diskussion standen. Stattdessen betrifft sie den Augenblick der Schadensmessung und entspricht der gängigen Entscheidungspraxis.

Als Letztes erörtert die Entscheidung den Inhalt der Sanktionen. Die Schiedsrichter bedauerten, dass der Beschwerdegegner in dieser Hinsicht keine Angaben machen wollte, doch sie hielten sich mit Empfehlungen oder Anforderungen zurück, da sie nicht die Art der auszusetzenden Zugeständnisse oder sonstigen Pflichten prüfen dürfen (Art. 22.7, Satz 1, DSU).⁶¹⁹

Zusammenfassend wurde in dieser Entscheidung wurde recht gründlich das *counterfactual* diskutiert. Die Schiedsrichter entschieden sich für eine Variante wegen ihrer Vernünftigkeit, Plausibilität und Einfachheit. Ein Sondervotum unterstreicht, dass der Beschwerdeführer freie Wahl haben sollte, wenn es mehrere vernünftige und plausible *counterfactuals* gibt. Ein beachtliches Problem während des Verfahrens waren die unzulänglichen Beweise, was eine natürliche Grenze von Schiedsverfahren deutlich macht. Eine weitere Besonderheit der Entscheidung ist, dass Tendenzen in der Änderungen der Marktstruktur einkalkuliert wurden. Zuletzt wurde betont, dass der Beschwerdeführer freie Hand hat, um den Inhalt der Aussetzungen zu bestimmen.

5.2.3 Zwischenergebnis

Wie ist also der Umfang des Schadens und der Sanktion ermittelt worden in Fällen, die nicht über Subventionen handelten? Art.22.4 DSU wurde so ausgelegt, dass die Aussetzungen dem Schaden quantitativ entsprechen sollen, und dazu werden i.d.R. die Auswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme und der Sanktion auf die Handelsströme benutzt. Die Schiedsrichter scheinen im Allgemeinen darauf geachtet zu haben, dass keine überdimensionalen Sanktionsbeträge erlaubt wurden. Dies wäre im Licht des Zieles *to induce compliance* kritisch zu bewerten. Andererseits steht diese Entscheidungspraxis im Sinne der internen Legitimation der WTO, denn jedem Beschwerdeführer von heute

⁶¹⁸ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 3.140-3.144.

⁶¹⁹ US – *Gambling* (Art. 22.6), Abs. 2.10-2.12, Abs. 5.1 - 5.13.

ist klar, dass er morgen als Beschwerdegegner vor der Gefahr hoher Sanktionen stehen könnte.

Einerseits ist die Ungenauigkeit der Berechnungen eher negativ zu bewerten. Es könnte Spamanns Äußerung verallgemeinert werden: „the arbitrators' estimate could be correct only by coincidence, not by methodology“.⁶²⁰ Andererseits besteht die Frage, inwiefern genauere Ergebnisse erstens möglich sind, wo doch wirtschaftswissenschaftliche Berechnungen in großem Maße auf Annahmen und Modellen beruhen. Zweitens brauchen Modelle vielleicht auch nicht exakt zu sein, sondern vertretbar. Das Ziel sollte vermutlich eher sein, dass die ökonometrische Argumentation zeigt, ob ein Ergebnis vertretbar ist und somit die juristische Argumentation untermauert.

Was dennoch bleibt ist die Beobachtung, dass im Großen und Ganzen ein System aufgebaut wurde, das einerseits Sanktionen zulässt, und andererseits eine juristische (nicht unbedingt tatsächliche) Korrespondenz zwischen Wert des Rechtsbruchs und der Sanktion gewährleistet. Wichtig ist vielleicht nicht so sehr, wie hoch der Umfang der Aussetzungen im Einzelfall ist, sondern dass allen Beteiligten dieser Wert zumutbar, zweckmäßig, sinnvoll und (juristisch, politisch und wirtschaftlich) vertretbar scheint. Somit schließt das WTO-Recht nicht nur unilaterale Vergeltungsmaßnahmen aus. Außerdem bietet die Institution den Mitgliedern annehmbare Ergebnisse an, so dass zukünftige Konflikte im Rahmen des Systems ausgetragen werden, der Anreiz für unilaterale Antworten deutlich gemindert wird, und die Legitimität der Organisation untermauert wird.

5.3 Verbotene Subventionen

Wie ist der Umfang von Schaden und Sanktion in Verfahren über verbotene Subventionen festzulegen? In Streitigkeiten, die unter das SCM-Übereinkommen fallen, werden grundsätzlich die Regeln des DSU angewandt (Art. 30 SCM-Übereinkommen). Eine Ausnahme ist der Maßstab der Sanktionen: Im Falle von verbotenen Subventionen ist nicht von *equivalent level of the suspension of concessions or other obligations* die Rede (wie in Art. 22.4 DSU),

⁶²⁰ Spamann, S. 55.

sondern von *appropriate countermeasures* (angemessene Gegenmaßnahmen, Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen).

Es sei noch kurz darauf hingewiesen, dass in dieser Arbeit *appropriate* mit „angemessen“ und *disproportionate* mit „unverhältnismäßig“ übersetzt wird. Die Terminologie der Deutschen Ausgabe der Übereinkommen der WTO des Verlags C. H. Beck wird nicht übernommen, denn die erwähnte Ausgabe weist keine einheitliche Übersetzung auf. Einerseits wird *appropriate* mit „angemessen“ (Art. 4.10 SCM-Übereinkommen) und *inappropriate* (Art. 18.3) mit „unangemessen“ übersetzt. Andererseits wird auch *disproportionate* (Fußnoten 9 und 10) mit „unangemessen“ übersetzt. Im Gegensatz dazu steht in Art. 2.1(c) für *disproportionately* „unverhältnismäßig“ und in Art. 8.2(c)(iv) für *proportionate* „im Verhältnis stehend“.

5.3.1 Angemessene Gegenmaßnahmen

Worin liegt die Rechtfertigung des besonderen Maßstabes für Sanktionen, wenn es sich um verbotene Subventionen dreht? Die Schiedsrichter erklärten, dass die Vergabe verbotener Subventionen ein Verstoß gegen eine Pflicht sei, die gegenüber allen WTO-Mitgliedern (*erga omnes partes*)⁶²¹ bestehe. Deshalb habe die beklagte Partei ihre Pflicht über den gesamten Subventionsbetrag gegenüber jedem einzelnen Mitglied (auch dem Beschwerdeführer) verletzt.⁶²² Aus diesem Grunde weisen einige Autoren darauf hin, dass der Umfang der Verletzung nicht dem vom Beschwerdeführer erlittenen Schaden entsprechen kann (wie es Art. 22.4 DSU vorschreibt). Daher sei ein anderes Kriterium nötig. Dies sei die Rechtfertigung von Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens und der dort verankerten Richtschnur der Angemessenheit der Sanktionen.⁶²³

Die WTO-Aussetzungsschiedsrichter befassten sich mit der Bedeutung des Begriffes der angemessenen Gegenmaßnahmen. In *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6) vertrat Brasilien den Standpunkt (basierend auf der Entscheidung *US*

⁶²¹ Die Schiedsrichter in *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 6.10, sprachen von *erga omnes*, doch Howse & Neven (2005a, S. 115-118) argumentieren, es sei ein Fehler; siehe auch Shadikhodjaev (S. 103-104). Siehe Art. 48.1 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 und die Absätze 6–10 der entsprechenden Kommentare. Siehe auch Fußnote 437.

⁶²² *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.10.

⁶²³ Z.B. Yenkong (2006), S. 372-373; kritisch dazu z.B. Lawrence, S. 59.

– FSC (Art. 22.6)), Sanktionen seien angemessen i.S.v. Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen, wenn sie nicht offenbar exzessiv (*manifestly excessive*) seien. Die Schiedsrichter meinten, das ausschlaggebende Kriterium sei eher, ob die Aussetzung im Verhältnis (*proportion, congruence*) zur WTO-rechtswidrigen Maßnahme stünde.⁶²⁴ Im FSC-Fall drückten sich die Schiedsrichter folgendermaßen aus: Die Voraussetzungen und der Umfang der Sanktionen seien im SCM-Übereinkommen nicht streng festgelegt worden, sondern müssen in einem sinnvollen Verhältnis zur WTO-rechtswidrigen Maßnahme und/oder ihren Auswirkungen stehen. Die Schiedsrichter drückten es folgendermaßen aus: „As far as the amount or level of countermeasures is concerned, the expression "appropriate" does not in and of itself predefine, much less does it do so in some mathematically exact manner, the precise and exhaustive conditions for the application of countermeasures“.⁶²⁵ „The relevant provisions are not designed to lay down a precise formula or otherwise quantified benchmark or amount of countermeasures which might be legitimately authorized in each and every instance“.⁶²⁶ „[...] while the notion of "appropriate countermeasures" is intended to ensure sufficient flexibility of response to a particular case, it is a flexibility that is distinctly bounded. Those bounds are set by the relationship of appropriateness. That appropriateness, in turn, entails an avoidance of disproportion between the proposed countermeasures and [...] either the actual violating measure itself, the effects thereof on the affected Member, or both“.⁶²⁷ „One is not expecting, or looking for, mathematical exactitude, but whether or not (to a reasonable eye) something is out of proportion“.⁶²⁸ Anders ausgedrückt: Es wird nicht eine Gleichwertigkeit (*equivalence*) zwischen den Beträgen des Schadens und der Sanktion gesucht. Es wird der losere Begriff der angemessenen Sanktionen benutzt, und je nach den Umständen kann auch recht unterschiedlich sein, was als angemessen zu betrachten ist.

Wenn Art. 4.11 SCM-Übereinkommen ins Spiel käme, verstanden die

⁶²⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.49.

⁶²⁵ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.10.

⁶²⁶ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.11.

⁶²⁷ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.19.

⁶²⁸ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 6.48.

Schiedsrichter, dass sie mehr Ermessen bei der Bewertung der Sanktionen hätten als unter Art. 22.4 DSU.⁶²⁹ Das bedeutet aber nicht, dass sie nach Gutdünken festgelegt werden dürften. Die oberste Grenze der Aussetzungen gegen verbotene Subventionen seien (wie überhaupt im WTO-Streitbeilegungssystem) die Strafsanktionen: Sie gelten als nicht angemessen und sind deshalb nicht erlaubt (zum Begriff der Strafsanktionen, siehe 4.2).⁶³⁰

Der Begriff der angemessenen Gegenmaßnahmen erlaube eine gewisse Flexibilität.⁶³¹ Die Begründung dieser Stellungnahme liege im Wesen der gerügten Maßnahme, denn verbotene Subventionen seien faktisch besonders schädlich und deshalb normativ eine erschwerte Tat, was z.B. auch in Art. 4.7 und 4.12 SCM-Übereinkommen zum Ausdruck käme. Diese Artikel besagen, dass verbotene Subventionen unverzüglich zurückgenommen werden müssen (es reicht nicht aus, ihre Effekte zu beseitigen) und dass kürzere Fristen für die Streitbeilegung gelten. Wegen dieses erschwerten Tatbestandes folgte die Rechtsprechung: „[...] a margin of appreciation is to be granted, due to the severity of that breach“.⁶³² Diese Flexibilität erlaube höhere Sanktionen im Falle von verbotenen Subventionen. Das bedeutet: Das Ziel *to induce compliance* werde bei verbotenen Subventionen verstärkt verfolgt.⁶³³ Die Schiedsrichter des Falles *Brazil – Aircraft* hatten es zwei Jahre zuvor so ausgedrückt: „We conclude that a countermeasure is "appropriate" *inter alia* if it *effectively* induces compliance“⁶³⁴ oder anders gesagt: Die Sanktion solle die Zurücknahme der verbotenen Subventionen herbeiführen.⁶³⁵ Deshalb sollten auch im Zweifelsfall die Sanktionen lieber zu hoch als zu niedrig sein.⁶³⁶ Die Schiedsrichter in *Canada – Aircraft II* schraubten vor dieser Auslegung zurück. Obwohl *to induce compliance* eines der Ziele der Aussetzungen sei⁶³⁷, müsse es dem Grundsatz der *appropriate countermeasures* untergeordnet bleiben: „While the logic underpinning countermeasures is that higher countermeasures are more likely to

⁶²⁹ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s118.

⁶³⁰ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.62.

⁶³¹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.12, 5.19.

⁶³² *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.62.

⁶³³ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 6.56.

⁶³⁴ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.44.

⁶³⁵ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.45, 3.54.

⁶³⁶ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 6.55.

⁶³⁷ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.47.

induce compliance than lower countermeasures, the requirement that countermeasures be "appropriate" precludes reliance on that logic alone".⁶³⁸ Die nächste Entscheidung über verbotene Subventionen befolgte diese Auslegung. Obwohl die Schiedsrichter *to induce compliance* als ein allgemeines Ziel der Gegenmaßnahmen anerkannten, müsste der Sanktionsumfang anderen Kriterien entsprechen.⁶³⁹ Trotzdem betont auch diese Entscheidung, die Angemessenheit der Gegenmaßnahmen laut Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen sei ein flexibleres Kriterium als deren Entsprechung gemäß Art. 22.4 DSU und deshalb brauche die Angemessenheit nicht exakt ermittelt zu werden.⁶⁴⁰

Im Endeffekt: Was als eine angemessene Gegenmaßnahme verstanden werden soll, steht weder im SCM-Übereinkommen noch in der Rechtsprechung fest. Lediglich einige Kriterien wurden herauskristallisiert, wie dass es sich um flexible Sanktionen handelt, die nicht unbedingt an den Umfang des Schadens gebunden sind und bei denen das Ziel *to induce compliance* etwas stärker als sonst betont wird. Oder, wie es Shadikhodjaev ausdrückt, sind diese Gegenmaßnahmen erstens durch eine größere, jedoch eingeschränkte Flexibilität, durch das Gebot der nicht-Unangemessenheit und durch eine Betonung von *to induce compliance* gekennzeichnet.⁶⁴¹

5.3.2 Schadens- und Sanktionsumfang

Wie wurden Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens in Verfahren nach Art. 22.6 DSU ausgelegt, die sich mit Sanktionen gegen verbotene Subventionen beschäftigten? Diese und andere Fragen erörterten die Aussetzungsschiedsrichter in den anschließend analysierten Fällen.

5.3.2.1 Brazil – Aircraft (Art. 22.6)⁶⁴²

Im Jahr 2000 wurde das Schiedsverfahren nach Art. 22.6 DSU des Falles *Brazil – Aircraft* geführt. Es war das erste Aussetzungsschiedsverfahren über verbotene Subventionen.

⁶³⁸ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.48.

⁶³⁹ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.34-4.43, 4.108-4.113, 4.116.

⁶⁴⁰ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.137.

⁶⁴¹ Shadikhodjaev, S. 99-102.

⁶⁴² Zu diesem Fall, siehe z.B.: Krmpotic, S. 653-682; Goldstein & McGuire, S. 542-547; Shadikhodjaev, S. 144-146.

Beide Parteien schlugen vor, dass die Angemessenheit der Sanktionen auf dem Betrag der Subvention (nicht des verringerten Handelsvolumens) basierend bestimmt werden sollte.⁶⁴³ Die Schiedsrichter waren damit einverstanden.

Doch woraus bestand eigentlich die Subvention i.S.d. Berechnung der angemessenen Sanktionen? In diesem Fall hatte die Subvention Zinsraten zur Folge, die günstiger waren, als sie unter Marktbedingungen erhalten worden wären. Die Angemessenheit hätte anhand des Subventionsbetrags oder des Differenzials zwischen Marktpreis der Zinsen und subventionierte Zinsen ermittelt werden können. Zuvor hatten in diesem Fall das Panel, das Panel im Verfahren nach Art. 21.5 DSU und das Berufungsgremium die Auslegung unterstützt, der Gesamtbetrag sei eine verbotene Subvention laut SCM-Übereinkommen. Die Schiedsrichter im Verfahren nach Art. 22.6 DSU folgten dieser Interpretation und benutzten somit die Subvention als Grundlage der Berechnung.⁶⁴⁴

Nachdem feststand, die Subvention sei der Ausgangspunkt der Berechnungen, musste die nächste Frage geklärt werden. Welchem Wert sollten die Aussetzungen entsprechen: Der Subventionssumme oder dem Schaden, den die Subvention der beschwerdeführenden Partei hinzufügte? Die Schiedsrichter entschlossen sich für den Subventionsbetrag: „[...] when dealing with a prohibited export subsidy, an amount of countermeasures which corresponds to the total amount of the subsidy is "appropriate"”.⁶⁴⁵ Der Grund war die vermutlich höhere Genauigkeit dieser Berechnungsweise gegenüber eines *counterfactual*, das zur Einschätzung des Schadens hätte benutzt werden müssen.⁶⁴⁶ Wahrscheinlich kam noch dazu, dass die Kalkulation einfacher war. Als ausschlaggebend jedoch wurde das Argument aufgeführt, *to induce compliance* sei der Grundgedanke für Aussetzungsschiedsverfahren in Fällen über verbotene Subventionen.⁶⁴⁷ Die Aussetzungen auf den Schaden zu begrenzen würde im

⁶⁴³ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.27.

⁶⁴⁴ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.32-3.40.

⁶⁴⁵ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.60.

⁶⁴⁶ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Fußnote 58.

⁶⁴⁷ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.41-3.60.

Gegensatz dazu stehen.⁶⁴⁸ Diese Verfahren seien somit nicht an die Obergrenze der erlittenen Zunichtemachung gebunden.⁶⁴⁹ Die Schiedsrichter sind eindeutig davon ausgegangen, dass der Betrag der Subvention höher war als der des Schadens. Charnovitz ist der Meinung, die Schiedsrichter von *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) hätten durch ihre Auslegung der Angemessenheit der Gegenmaßnahmen implizit das Kriterium *rebalancing of concessions* vollkommen aufgegeben und sich statt dessen nur nach *to induce compliance* gerichtet.⁶⁵⁰

Der Entschluss, den Subventionsbetrag zu benutzen, ist in zwei Hinsichten problematisch: wegen der Ungeeignetheit dieses Kriteriums für andere Fälle und wegen seiner Begründung anhand von *to induce compliance*.

Erstens gestanden die Schiedsrichter, ihr Kriterium sei für ein großes Teil der Aussetzungsschiedsverfahren nicht geeignet. Diese Streitigkeit war nämlich in der Hinsicht ein Ausnahmefall, dass es nur zwei wesentliche Hersteller regionaler Flugzeuge gab, und zwar Bombardier aus Kanada und Embraer aus Brasilien. Die gerügte Subvention betraf praktisch nur einen Konkurrenten (und einen WTO-Mitgliedstaat): „Since Brazil and Canada are the main competitors in the regional aircraft sector, any offer from one *ipso facto* targets the other“.⁶⁵¹ Würde man in Fällen mit mehreren betroffenen Staaten den Subventionsbetrag zur Feststellung der Angemessenheit benutzen, dürfte prinzipiell jede Streitpartei Sanktionen einführen, die der gesamten Subvention entsprechen würden. Das schien den Schiedsrichtern nicht vertretbar, weil unverhältnismäßig, und stattdessen müsste in so einem Fall die Angemessenheit der Aussetzungen mit einem entsprechenden Anteil der Subvention übereinstimmen, wobei der Anteil gleichwertig mit der Quote am Welthandel des betroffenen Produktes sein könnte.⁶⁵² Somit räumten die Schiedsrichter ein, dass ihr Kriterium nur für die besondere Konstellation dieses Falles vertretbar zu sein schien. Leider setzten sich die Schiedsrichter nicht gründlich mit der Frage auseinander, wieso dieser Unterschied diese spezifische Lösung rechtfertige. Ferner ist fraglich, inwiefern es angebracht sein könnte, den Subventionsbetrag nach der proportionalen

⁶⁴⁸ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.58, erster Satz, i.V.m. Abs. 3.44.

⁶⁴⁹ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.57.

⁶⁵⁰ Charnovitz (2001), S. 804-805.

⁶⁵¹ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.45, letzter Satz; siehe auch Krmpotic, S. 656-658.

⁶⁵² *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), 3.59.

Teilnahme am Handel eines Produktes zu verteilen, um die Angemessenheit der Aussetzungen zu ermitteln. Diese Gründe scheinen also dafür zu sprechen, von Anfang an ein ökonometrisches Modell zu benutzen und die Angemessenheit der Sanktionen mit dem Schaden gleichzusetzen. Eine andere, methodologisch einfachere aber schwer vertretbare Möglichkeit wäre freilich, dass in Fällen mit mehreren Beschwerdeführern jeder Sanktionen einführen dürfe, die dem gesamten Subventionsbetrag entsprächen.

Zweitens ist die Begründung anhand von *to induce compliance* fraglich. Sie geht von der Annahme aus, der Betrag der Subvention sei höher als der von ihr verursachte Schaden. Dies war die Position der beklagten Partei. Brasilien schlug hat nämlich vor, den Wert der Aussetzungen dem Schaden anzupassen.⁶⁵³ Man darf wohl davon ausgehen, dass Brasilien als rationaler Akteur einen niedrigen Umfang an Aussetzungen bevorzugen würde. Deshalb ist anzunehmen, dass in Brasiliens Sicht der Betrag der Subvention höher als der verursachte Schaden sei. Diese Angabe war aber umstritten. Denn Kanada, der Beschwerdeführer, gab an, der Wert der Subvention sei niedriger als der Schaden⁶⁵⁴, und (noch wichtiger) die Schiedsrichter stimmten zu.⁶⁵⁵ Welche Schätzung stimmt, sei dahingestellt. Aber die Schiedsrichter waren nicht konsequent, weil sie einerseits ihren Entschluss mit dem Grundsatz *to induce compliance* begründeten, andererseits dennoch in ihren Augen durch das Festhalten an dem Subventionsbetrag eine niedrigere Schwelle an Sanktionen erreicht werden würde, als wenn der Schaden als Maßstab benutzt worden wäre. Wenn die Schiedsrichter der Meinung waren, dass der Schadenswert größer als der Subventionsbetrag war, wieso versuchten sie dann ihren Entschluss mit der zentralen Rolle von *to induce compliance* und von hohen Sanktionen zu rechtfertigen? Die Schiedsrichter könnten zwei Gründe gehabt haben.

Erstens könnten sie gemeint haben, die Argumente der Genauigkeit und der Einfachheit der Kalkulation besäßen (im Gegensatz zu *to induce compliance*) ungenügende Überzeugungskraft. Anders gesagt: Vielleicht haben sie *to induce compliance* nicht als Grund, sondern als Rechtfertigung eines schon

⁶⁵³ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.41.

⁶⁵⁴ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.20, 3.21 und 3.41, erster Satz.

⁶⁵⁵ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.54, dritter Satz.

gefassten Entschlusses benutzt.

Zweitens kann nicht ausgeschlossen werden, dass der Umfang des Schadens niedriger als die Summe der Subvention sein könnte. Ökonometrische Modelle sind eine Annäherung und trotz aller Bemühungen kann der tatsächliche Schaden kaum exakt erfasst werden. Indem die Schiedsrichter die Subvention als Maßstab benutzten, ging sie sicher, dass ein Mindestwert nicht unterschritten wurde.⁶⁵⁶ So kann der Hinweis auf *to induce compliance* verstanden werden. Diesem Argument ist jedoch entgegenzusetzen, dass ein Modell wenigstens annähernd den Wert der Zunichtemachung festlegen könnte. Es wäre sinnvoller, in Anbetracht des Grundsatzes *to induce compliance*, zuerst ein Modell anzuwenden und, falls das berechnete Ergebnis des Schadens niedriger als die Subvention wäre, die Subvention als Mindestwert zu benutzen.

Der Fall lief darauf hinaus, dass in Hinblick auf Kanadas Erlaubnis zur Einfuhr von Sanktionen, Brasilien fast sofort neue Umsetzungsmaßnahmen der Empfehlungen und Entscheidungen des DSB ankündigte.⁶⁵⁷ In einem Verfahren gemäß Art. 21.5 DSU wurden diese Maßnahmen als rechtskonform befunden.⁶⁵⁸ Doch Kanada hat auch aus einem anderen Grund letztendlich keine Zugeständnisse ausgesetzt, nämlich weil später Brasilien die Erlaubnis zur Aussetzung im Fall *Canada – Aircraft II* erhielt (siehe 5.3.2.3).⁶⁵⁹

Zusammenfassend: Die Angemessenheit der Sanktionen wurde anhand des Gesamtbetrags der Subventionen festgelegt. Das heißt, der vom Beschwerdeführer erlittene Schaden ist nicht in Betracht gezogen worden. Problematisch an dieser Auslegung könnte die Anwendung auf Fälle mit mehreren Beschwerdeführern sein, sowie der Widerspruch mit dem Grundsatz *to induce compliance*, wenn der Schaden größer als die Subvention ist.

⁶⁵⁶ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.54, letzter Satz.

⁶⁵⁷ Islam, S. 477-478.

⁶⁵⁸ *Brazil Aircraft (Second Recourse to Art. 21.5)*, Abs. 6.1-6.3.

⁶⁵⁹ Khabayan, S. 280.

5.3.2.2 US – FSC (Art. 22.6)⁶⁶⁰

Ende August 2002, fast genau zwei Jahre nach *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* wurde die nächste Aussetzungsentscheidung über verbotene Subventionen veröffentlicht, nämlich *US – FSC (Art. 22.6)*.

Beide Streitparteien gingen davon aus, die Angemessenheit der Sanktionen solle anhand des Betrags der Subvention gemessen werden.⁶⁶¹ Doch darüber hinaus waren sie sich über die Einzelheiten nicht einig. Der Beschwerdeführer (die EG) meinte, Sanktionen seien angemessen, wenn sie dem gesamten Betrag der Subvention entsprächen, denn nur so könne das Ziel von Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens gewährleistet werden, nämlich *to induce compliance*.⁶⁶² Dem widersprachen die USA als Beschwerdegegner, denn ihrer Meinung nach sollten laut Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens die Sanktionen angemessen sein im Vergleich zur Auswirkung der rechtswidrigen Maßnahme auf den Handel des Beschwerdeführers, und dass dies laut Art. 22.4 DSU gemessen werden sollte. Deshalb sollte der Gesamtbetrag zwischen allen betroffenen WTO-Mitgliedern verteilt werden und die Aussetzung der EG sollte ihrem Anteil am Betrag der Subvention entsprechen, denn nur so könne der Grundsatz *rebalancing of concessions* eingehalten werden, was eines der Absichten der WTO-Streitbeilegung sei.⁶⁶³ Im Grunde haben hiermit die USA die Argumentation der Schiedsrichter in *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* aufgegriffen.⁶⁶⁴

Sollte also die Sanktion der Subvention entsprechen? Oder sollte der Umfang der Aussetzungen in Streitfällen über verbotene Subventionen auf die negativen Auswirkungen der Subvention auf den Export des Beschwerdeführers bezogen sein? Mit diesen Fragen beschäftigt sich etwa ein Drittel der Entscheidung. Im Hintergrund standen zwei Annahmen. Erstens, dass der Betrag der Subvention größer als der Wert ihrer Wirkung auf den Handel des Beschwerdeführers sei.⁶⁶⁵ Zweitens, dass verbotene Subventionen eine der

⁶⁶⁰ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Langbein, S. 546-555; Vranes (2002), S. 206-222; Zimmermann (2002), S. 5-7; Lawrence, S. 734-76; Islam, S. 471-481; Breuss (2003), S. 174-178; Breuss (2004), S. 297-302; Shadikhodjaev, S. 140-143.

⁶⁶¹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 3.1, 3.2.

⁶⁶² *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 3.2, 6.2.

⁶⁶³ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 3.2, 4.5, 5.29.

⁶⁶⁴ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.59.

⁶⁶⁵ Siehe z.B. *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.24.

schlimmsten Rechtsverletzungen des WTO-Rechts seien (siehe 5.3.1).⁶⁶⁶

Die Schiedsrichter argumentierten mit Hilfe von der grammatischen, der systematischen und der teleologischen Auslegungsmethode. Grammatisch wurden die Begriffe der Gegenmaßnahmen und der Angemessenheit interpretiert und auch der in den identischen Fußnoten 9 und 10 des SCM-Übereinkommens vorkommende Begriff der Unverhältnismäßigkeit.⁶⁶⁷

Erstens: Durch die grammatische Auslegungsmethode kamen die Schiedsrichter zum Schluss, Gegenmaßnahmen laut Art. 4 des SCM-Übereinkommens seien zeitlich begrenzte Maßnahmen, welche die siegende Partei einführen dürfe als Antwort auf eine fortdauernde Rechtsverletzung des Art. 3 desselben Übereinkommens, solange die Empfehlung des DSB nicht befolgt werde.⁶⁶⁸

Zweitens: Angemessenheit setze ihrerseits, so die Schiedsrichter, keine mathematische Genauigkeit voraus⁶⁶⁹, sondern sei ein flexibler Begriff.⁶⁷⁰ Trotzdem müsse ein objektives Verhältnis eingehalten werden: Die Sanktionen müssten eine passende Antwort auf den Rechtsverstoß des behandelten Falles sein.⁶⁷¹ Die Begriffe der Gegenmaßnahmen und der Angemessenheit, so die Entscheidung, würden vorerst keine der beiden Möglichkeiten ausschließen, weder die Subvention noch deren Wirkungen als Obergrenze der Sanktionen.⁶⁷²

Drittens: Laut den Fußnoten 9 und 10 gebe der Begriff der angemessenen Gegenmaßnahmen Flexibilität, um die Sanktionen von Fall zu Fall anpassen zu können. Diese Flexibilität sei jedoch begrenzt, denn es dürfe keine Unverhältnismäßigkeit entstehen zwischen einerseits Sanktionen und andererseits entweder der rechtswidrigen Maßnahme oder deren Effekten.⁶⁷³ Dabei sei die Aufgabe der Schiedsrichter nicht zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Gegenmaßnahmen verhältnismäßig, sondern ob sie unver-

⁶⁶⁶ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.23.

⁶⁶⁷ Zu den Begriffen der Angemessenheit und der Verhältnismäßigkeit, siehe oben 5.3.2.

⁶⁶⁸ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.4 und 5.5.

⁶⁶⁹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.10.

⁶⁷⁰ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.12.

⁶⁷¹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.12.

⁶⁷² *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.6 und 5.13.

⁶⁷³ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.19.

hältnismäßig seien, und bei mangelnder Überzeugung einer Unverhältnismäßigkeit seien die beantragten Sanktionen zuzulassen.⁶⁷⁴ Die Verhältnismäßigkeit setze keine mathematische Genauigkeit voraus (wie auch die Angemessenheit⁶⁷⁵), sondern ein vernünftiges Verhältnis, so dass die relativen Ausmaße des Einzelfalles berücksichtigt werden, damit kein offenkundiges Ungleichgewicht oder keine mangelnde Übereinstimmung entstehe.⁶⁷⁶ Bei der Überprüfung von Sanktionen nach Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens müsse, so die Entscheidung, der Umstand berücksichtigt werden, dass die Subventionen verboten seien und zurückgezogen werden sollten.⁶⁷⁷ Verbotene Subventionen müssten ungeachtet ihrer evtl. mangelnden Auswirkungen auf den Handel zurückgezogen werden, denn schon alleine deren Vorhandensein verletze das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zwischen den betroffenen Mitgliedern.⁶⁷⁸ Dass sie verboten seien, so die Schiedsrichter, könne nur als ein erschwerter Tatbestand verstanden werden, was seinerseits die Erwägung der Angemessenheit der Sanktionen beeinflussen müsste.⁶⁷⁹ Im Falle mehrerer vernünftiger Schätzungen des Schadensumfangs sollten sich die Schiedsrichter nicht unbegründet für einen niedrigen Betrag entschließen, denn das Ziel *to induce compliance* spiele eine zentrale Rolle bei Aussetzungen gegen verbotene Subventionen.⁶⁸⁰ Durch die grammatische Auslegung von Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens und dessen Fußnote kamen also die Schiedsrichter zum Schluss, die Angemessenheit des Sanktionsumfangs in Streitfällen über verbotene Subventionen sei nicht auf den Effekt der Subvention begrenzt.⁶⁸¹ Diese Auslegung der Fußnoten ist in späteren Fällen im Wesentlichen bestätigt worden.⁶⁸²

Die Auslegung der Fußnoten 9 und 10 der Schiedsrichter in *US – FSC* (Art. 22.6) kann bis zu einem gewissen Grad als eine Antwort auf die Entscheidung *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) verstanden werden. Die Schiedsrichter in *Bra-*

⁶⁷⁴ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 6.5.

⁶⁷⁵ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.10.

⁶⁷⁶ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.18.

⁶⁷⁷ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.22.

⁶⁷⁸ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.23 und 6.7.

⁶⁷⁹ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.23.

⁶⁸⁰ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 6.55 und 6.56.

⁶⁸¹ *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.24.

⁶⁸² *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.9-3.13, 3.49; *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.81-4.94, 4.11.

zil – Aircraft (Art. 22.6) hatten die Meinung geäußert, die Fußnoten 9 und 10 des SCM-Übereinkommens seien unverständlich⁶⁸³ – manche Autoren kamen zwar zum selben Schluss⁶⁸⁴, doch für eine Entscheidung eines Schiedsrichters ist es ein recht ungewöhnliches Geständnis. In *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* wurde darauf hingewiesen, die Unverständlichkeit der Fußnoten rühre aus dem Bindeglied zwischen ihren jeweiligen Hälften („in light of the fact“).⁶⁸⁵ Im Gegensatz dazu waren die Schiedsrichter des Falles *US – FSC (Art. 22.6)* in der Lage, den Sinn der Fußnote zu deuten und legten besonderen Wert auf die Erklärung des Bindegliedes.⁶⁸⁶ Trotz der angeblichen Unklarheit der Fußnote waren die Schiedsrichter in *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* (wie auch später in *US – FSC*) zum Schluss gekommen, es würde einem erschwerten Tatbestand entsprechen, dass die Subvention verboten sei. Die Formulierungen in beiden Entscheidungen sind fast gleich: „be considered more as an aggravating factor than as a mitigating factor“⁶⁸⁷ und „to be aggravating rather than a mitigating factor“.⁶⁸⁸ Was die Auslegung der Fußnoten angeht, kann also die Entscheidung *US – FSC (Art. 22.6)* unter Anderem als ein Versuch verstanden werden, die rauen Äußerungen von *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* zu glätten. Diese Auslegung wurde in späteren Entscheidungen befolgt⁶⁸⁹ und scheint somit zur herrschenden Meinung geworden zu sein. Howse & Neven meinen, diese Fußnoten würden sowohl eine untere als auch eine obere Schwelle für die Gegenmaßnahmen festlegen und beobachten, dass die Schiedsrichter lediglich die

⁶⁸³ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.50 und 3.51.

⁶⁸⁴ Lawrence (S. 55-56) meint, es gäbe drei mögliche Auslegungen der Fußnoten. Erstens, sie seien unverständlich und sollten nicht berücksichtigt werden, wie die Schiedsrichter in *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* meinten. Zweitens, die Fußnoten setzten praktisch den selben Maßstab wie Art. 22.4. Drittens, sie würden unangemessene Gegenmaßnahmen zulassen, und dies sei in Lawrence' Meinung die in *US – FSC (Art. 22.6)* befolgte Auslegung. Howse & Neven (2005a) meinen auch, die Formulierung der Fußnoten sei verwickelt (S. 106), erklären aber ihre Bedeutung folgendermaßen: Der Schaden sei nicht begrenzt auf die nachteiligen Auswirkungen der anfechtbaren Subventionen (S. 111-112). Auf S. 112-115 kritisieren Howse & Neven (2005a) scharf die Auslegung dieser Fußnoten in *US – FSC (Art. 22.6)*. Mitchell (2006a, S.1002) meint, laut der Fußnote müssten die Gegenmaßnahmen angemessen zur Schuld und zum Schaden sein. Angesichts der sprachlichen Unklarheit der Fußnoten und der maßgeblichen Beteiligung der Vertreter der USA an der Verfassung des Vertragswerks der WTO, fallen Luhmanns stichelnde Worte über die „abscheuliche Gesetzessprache“ der Amerikaner (S. 225, Fußnote 39) wieder ein.

⁶⁸⁵ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.51.

⁶⁸⁶ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.21.

⁶⁸⁷ *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.51.

⁶⁸⁸ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.23.

⁶⁸⁹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.6-3.14; *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.81-4.91.

untere Grenze hervorgehoben haben.⁶⁹⁰

Nach dem Abschluss der Darlegung der grammatischen Auslegung mit der Folgerung, die Sanktionen seien nicht bis zum Wert der Auswirkungen der Subvention begrenzt, widmet sich die Entscheidung der Frage, ob das Ergebnis auch aus dem Blickpunkt der systematischen und der teleologischen Interpretation vertretbar sei.

In der Entscheidung werden die drei im WTO-Recht existierenden Subventionsarten systematisch verglichen.⁶⁹¹ Das WTO-Recht lässt Aussetzungen gegen verbotene, anfechtbare und nichtanfechtbare Subventionen zu. In Fällen über anfechtbare und nichtanfechtbare Subventionen sollen die Gegenmaßnahmen den Auswirkungen entsprechen (Art. 7.9 und 9.4 des SCM-Übereinkommens), so dass die negativen Effekte auf die Handelsströme ausgeglichen werden.⁶⁹² Verbotene Subventionen sind nicht an eine solche Obergrenze gebunden (laut Art. 4.10 des einschlägigen Übereinkommens). Diese ungleiche Behandlung sei gerechtfertigt durch die unterschiedliche Beschaffenheit der Subventionsarten: Verbotene Subventionen seien ungeachtet derer (evtl. nicht existierender) Effekte verboten und müssten unbedingt zurückgezogen werden. Der Beschwerdeführer brauche nur zu beweisen, dass eine verbotene Subvention vorliege und es sei im Prozess irrelevant, ob sie den Handel beeinträchtige oder nicht.⁶⁹³ Deshalb müsse der Beschwerdegegner unbedingt die verbotene Subvention zurückziehen; Es reiche nicht aus, wenn er deren Effekte ausgleiche.⁶⁹⁴ Somit sei der Sinn der Aussetzungen nicht die Auswirkungen auf den Handel auszugleichen, sondern die Rechte und Pflichten zwischen den Parteien wieder ins Gleichgewicht zu bringen.⁶⁹⁵ Diese Erörterungen, so die Schiedsrichter, würden die durch die grammatische Interpretation erreichte Schlussfolgerung bekräftigen: Die Angemessenheit der Sanktionen könne, müsse aber nicht anhand der schädlichen Folgen der fortdauernden Rechtsverletzung auf den Handel gemessen werden.⁶⁹⁶ Diese Auslegung hat

⁶⁹⁰ Howse & Neven (2005a), S. 106.

⁶⁹¹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.32-5.43.

⁶⁹² *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.32, 5.42.

⁶⁹³ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.39.

⁶⁹⁴ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.40.

⁶⁹⁵ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.41.

⁶⁹⁶ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.41.

jedoch eine Schwachstelle. Wenn das SCM-Übereinkommen besagt, der Beschwerdegegner müsse verbotene Subventionen zurückziehen, anfechtbare Subventionen entweder zurückziehen oder deren nachteilige Auswirkungen beseitigen, und bei nichtanfechtbaren Subventionen die nachteiligen Auswirkungen beseitigen, beschreibt besagtes Übereinkommen die Pflichten des Beschwerdegegners – und keinen Katalog des dem Beschwerdeführer zur Verfügung stehenden Instrumentariums. In anderen Worten: Eine Sache sind die Pflichten des Beschwerdegegners, eine andere ist die Gestaltung der Gegenmaßnahmen des Beschwerdeführers. Die Pflichten des Beschwerdegegners mögen noch so unterschiedlich sein, doch dieser Umstand sagt nicht notwendigerweise etwas über die Ermittlung des Umfangs der Sanktionen aus. Aussetzungen, deren Wert den nachteiligen Effekten der Subvention gleichen, können prinzipiell für den Beschwerdegegner ein genau so guter Anreiz zur Einhaltung seiner Pflichten sein wie Aussetzungen, deren Wert dem Betrag der Subvention entspricht. Die Schiedsrichter scheinen diesbezüglich also zu einem Trugschluss gelangt zu sein.

Auch haben die Schiedsrichter den systematischen Zusammenhang von Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens mit Art. 22.4 des DSU untersucht. Art. 4.10 und 4.11 sind „besondere oder zusätzliche Regeln“ laut Anhang 2 des DSU und sind deshalb als *lex specialis* maßgebend (Art. 1.2, Satz 2, DSU). Darum, so die Entscheidung, sei Art. 22.4 DSU nicht analog anwendbar auf Streitfälle über verbotene Subventionen. Anders gesagt: Der genehmigte Umfang der Aussetzung müsse nicht dem Umfang der zunichte gemachten Vorteile entsprechen.⁶⁹⁷

Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens wurde auch teleologisch ausgelegt. Ausschlaggebend in der Meinung der Schiedsrichter war, dass laut Art. 4.7 dieses Übereinkommens das DSB ausschließlich die Zurücknahme der verbotenen Subvention empfehlen kann. Das Ziel von Art. 4.10 sei demzufolge *to induce compliance* im Sinne einer Zurücknahme der Subvention, denn nur so könne das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zwischen den Mitgliedern

⁶⁹⁷ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 5.44-5.50.

wieder hergestellt werden.⁶⁹⁸ Besonders an den Fußnoten 9 und 10 des Übereinkommens sei zu lesen, dass bei verbotenen Subventionen das Ziel *to induce compliance* besonders stark zum Ausdruck kommen müsse.⁶⁹⁹ Ferner argumentierten die Schiedsrichter auch, dass aus der völkerrechtlichen Perspektive die Endabsicht der Gegenmaßnahmen ebenfalls sei, den verantwortlichen Staat zur Erfüllung seiner Verpflichtungen zu veranlassen, wie es in Artikel 49 Absatz 1 der *Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts* von 2001 der Völkerrechtskommission zum Ausdruck kommt.⁷⁰⁰ Das Ergebnis der teleologischen Interpretation stimme, so die Schiedsrichter, mit den aus der grammatischen und der systematischen Auslegung gezogenen Folgerungen überein.⁷⁰¹

Aus diesen Ausführungen kann folgende Übersicht des in dieser Entscheidung entworfenen Zusammenhanges zwischen Art. 4.10 und den Zielen der WTO-Streitbeilegung aufgebaut werden. Der Beschwerdegegner hat durch das Einführen einer verbotenen Subvention das Gleichgewicht der Rechte und Pflichten zwischen den Mitgliedern zerstört. Der Beschwerdeführer muss deshalb Mittel haben, um die Zurücknahme der Subvention zu fördern. Diese Mittel dürfen mehr Schaden anrichten, als was der Beschwerdeführer erlitten hat, und somit wird das Gleichgewicht zwischenzeitlich zerstört (und zwar über das ursprüngliche, durch die verbotene Subvention verursachte Ungleichgewicht hinaus). Aber das Gleichgewicht wird nur zwischenzeitlich untergraben, weil der Beschwerdegegner dank der Aussetzung zur Erfüllung seiner Verpflichtungen veranlasst wird und dementsprechend die Subvention zurückzieht. Somit entfällt der Grund der Sanktion und der Beschwerdeführer nimmt auch sie zurück (Art. 22.8 Satz 1 DSU). Dadurch wird das Gleichgewicht wieder hergestellt.

Nachdem somit die juristischen Rahmenbedingungen für die Einführung von Sanktionen erörtert worden waren, gingen die Schiedsrichter zur Aufgabe über, den konkreten Vorschlag der EG zu überprüfen. Der vorgeschlagene Wert der Aussetzung von Zugeständnissen entsprach arithmetisch fast genau

⁶⁹⁸ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 5.52, 5.57 und 5.58.

⁶⁹⁹ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.56.

⁷⁰⁰ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 5.58-5.60.

⁷⁰¹ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 5.51.

dem Wert der Subvention.⁷⁰² Vermutlich weil die Schiedsrichter geäußert hatten, die Angemessenheit und Verhältnismäßigkeit der Sanktionen sei keine Frage der mathematischen Exaktheit⁷⁰³, unternahmen sie den Versuch, die Angemessenheit des Aussetzungsumfangs durch zwei zusätzliche Elemente zu untermauern.

Das erste Element bezieht sich auf den Wert der betroffenen Rechte und Pflichten. Der Ansatz ist einleuchtend: Wegen der Auszahlung der verbotenen Subvention brachten die USA die im WTO-Recht verankerten Rechte und Pflichten in Höhe der ausgezahlten Subvention aus dem Gleichgewicht.⁷⁰⁴ Doch daraus zogen die Schiedsrichter eine schwer nachvollziehbare Folgerung: Wegen der amerikanischen Subvention könne die EG Rechte im Wert der Subvention nicht genießen.⁷⁰⁵ Diese Konklusion ist schwer nachvollziehbar, weil nicht nur die EG, sondern mehrere Mitglieder der WTO von der Subvention betroffen waren. Deshalb müsste der Wert des Rechtsbruches unter allen Betroffenen verteilt werden. Demzufolge hätte vermutlich die Folgerung eher folgendermaßen heißen sollen: Wegen der Auszahlung der Subvention kann die EG Rechte im Wert *eines entsprechenden Bruchteils* der Subvention nicht genießen.⁷⁰⁶ Die Auslegung der Schiedsrichter führte jedoch dazu, dass die EG Sanktionen im Wert des Gesamtbetrags der Subvention einführen durfte⁷⁰⁷ – dieses Thema wird in dieser Arbeit unter dem Begriff der Übertragung des Sanktionspotentials behandelt (siehe 4.9).

Das zweite Element besagt, dass die Sanktion gerade den amerikanischen Unternehmen schadet, die durch die Subvention begünstigt worden waren, und dass somit die Sanktionen verhältnismäßig seien.⁷⁰⁸ Dieses Argument ist wahrlich auch nicht einleuchtend. Erstens dürfen die Schiedsrichter laut Art. 22.7 Satz 1 DSU nicht überprüfen, wie der Beschwerdeführer die Aus-

⁷⁰² US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.16 und 6.17.

⁷⁰³ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 5.10 und 5.18.

⁷⁰⁴ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.19, letzter Satz.

⁷⁰⁵ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.19, Sätze 4 und 5.

⁷⁰⁶ Im Gegensatz zur Subvention richtet sich die Aussetzung ausschließlich gegen einen Staat. Deshalb können nach Einfuhr der Sanktion die USA ihr prinzipiell zustehende, mit der EG ausgehandelten Zugeständnisse im Wert der *ganzen* Aussetzung nicht genießen (US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.19, Satz 5).

⁷⁰⁷ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.26-6.30.

⁷⁰⁸ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.21.

setzungen gestaltet. Somit hat er freie Wahl bezüglich der mit der Sanktionen anvisierten Wirtschaftszweige. Es brauchen *de lege lata* nicht die durch die rechtswidrige Maßnahme begünstigten Industrien, sondern es muss das für die Rechtsverletzung verantwortliche Mitglied von den Aussetzungen betroffen werden. Freilich könnten die Schiedsrichter auch gemeint haben, dass die amerikanische Industrie im weitesten Sinn sowohl von der Subvention als auch von der Sanktion betroffen wird. Diese Aussage wäre aber banal, weil praktisch das gesamte WTO-Recht davon ausgeht, dass die Industrie (im weitesten Sinn) der Mitglieder vom WTO-Recht profitiert und deshalb auch von den Aussetzungen der Zugeständnisse betroffen wird. Zweitens sahen die Schiedsrichter auch ein, dass die Gegenmaßnahmen der EG nicht genau die Vorteile für die Empfänger der Subvention aufheben würden, was in Widerspruch zum Argument steht, den begünstigten Unternehmen würde durch die Sanktion geschadet. Doch sie verwarfen diesen Widerspruch als unwichtig⁷⁰⁹, was meines Erachtens erstaunlich ist.

Es ist folglich nicht einleuchtend, wieso die aufgeführten zwei Elemente die Folgerung untermauern, die Sanktionen seien angemessen. Die Schiedsrichter hätten es vermutlich lieber bei der Feststellung der arithmetischen Verhältnismäßigkeit zwischen Wert der Subvention und Wert der Sanktion belassen sollen.

Zum Schluss führten die Schiedsrichter sicherheitshalber eine Probe durch, um festzustellen, zu welchem Ergebnis die Ermittlung des Schadens anhand der Wirkungen der Subvention führen würde. Erstens wurde der Schaden mit Hilfe des Subventionsbetrags und des Anteils der EG am Welthandel berechnet. Dieser Ansatz wurde verworfen, weil er nicht zur Berechnung des Effektes der Subvention diene. Stattdessen setzte er lediglich den Schaden mit dem Subventionsbetrag gleich, was ja gerade mit dieser Probe vermieden werden sollte.⁷¹⁰ Zweitens wurde eine vom Finanzministerium der USA ausgearbeitete Methodik zur Ermittlung der Auswirkungen der FSC-Programms auf den Handel herangezogen. Ihre Anwendung führte zu einem ähnlichen Betrag

⁷⁰⁹ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.22.

⁷¹⁰ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.37-6.42.

wie der letztendlich in dieser Entscheidung angenommene⁷¹¹, und die Schiedsrichter sahen deswegen keinen Grund zur Annahme, die von Anfang an von der EG vorgeschlagenen Sanktionen seien unangemessen oder unverhältnismäßig.⁷¹²

Als Zwischenergebnis kann erstens die Feststellung hervorgehoben werden, dass laut Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens die Angemessenheit der Gegenmaßnahmen nicht anhand der negativen Effekte der Subvention festgelegt werden müsse.⁷¹³ Die Schiedsrichter entschieden, dass die Handelsströme zur Festlegung des Schadens und der Sanktionen benutzt werden können (z.B. falls die negativen Auswirkungen der Subvention größer seien als der Betrag der Subvention), aber nicht benutzt werden müssen. Die beschwerdeführende Partei habe die freie Wahl.⁷¹⁴ Anders gesagt: Der Begriff der angemessenen Gegenmaßnahmen von Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens sei also nicht gleichzusetzen mit dem Begriff der Entsprechung zwischen Aussetzung und Zunichtemachung von Art. 22.4 DSU. Zweitens, dass anlässlich der Frage nach der Angemessenheit der Sanktionen auch die Ziele der Aussetzungen untersucht wurden und dabei die Schiedsrichter zum Schluss kamen, in Streitfällen über verbotene Subventionen müsse der Endzweck der Sanktionen *to induce compliance* verstärkt zum Ausdruck kommen. Im Zweifelsfall hätten sich die Schiedsrichter für höhere statt für niedrigere Sanktionen zu entschließen.⁷¹⁵

Anhand dieser Überlegungen erlaubten die Schiedsrichter Aussetzungen, deren Wert mit dem Betrag der Subvention ziemlich genau übereinstimmte, nämlich etwa 4 Milliarden US\$. Dieser Betrag wurde von vielen Beobachtern als deutlich zu hoch empfunden.⁷¹⁶ Die EG setzten Zugeständnisse im Bruchteil dieses Wertes aus, bis die USA die gerügte Maßnahme schließlich außer Kraft setzten.⁷¹⁷

⁷¹¹ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.44, Fußnote 91 und Abs. 7.1.

⁷¹² US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.57.

⁷¹³ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 5.61.

⁷¹⁴ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.33, 6.34, und Fußnote 84.

⁷¹⁵ US – FSC (Art. 22.6), Abs. 6.56.

⁷¹⁶ Z.B. Bronckers & van den Broek, S. 104; Breuss (2003), S. 178. Siehe auch WT/DSB/M/149, Abs. 17.

⁷¹⁷ Wilson, S. 403.

5.3.2.3 Canada – Aircraft II (Art. 22.6)⁷¹⁸

Ein paar Monate später, Anfang 2003, wurde die Entscheidung *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* veröffentlicht. Trotz vieler Ähnlichkeiten mit dem Fall *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* bezüglich Streitparteien, Produkte, Absatzmärkte und Normverstoß⁷¹⁹ wurden dieses Mal manche Fragen anders entschieden. Ein großer Teil dieser Entscheidung befasst sich mit der Berechnung des Schadens. Dabei wurde in drei Stufen vorgegangen: Erstens wurde Brasiliens Vorschlag zur Methodik der Berechnung des Umfangs angewandt, aber wegen des Ergebnisses abgelehnt, zweitens benutzten die Schiedsrichter ihre eigene Methodik, und drittens passten sie das daraus ergebende Resultat an die Umstände des Falles an.

Der Beschwerdeführer (Brasilien) argumentierte, dass der Schaden aus dem Wert der Flugzeuge bestand, die das brasilianische Unternehmen Embraer nicht verkaufen konnte, weil die kanadische Firma Bombardier dank der Subvention konkurrenzfähiger geworden war⁷²⁰. Dieser Gedanke weist Analogien zur Entscheidung des Hormonfalles und seiner Berechnung des Schadens anhand der geschmälernten Handelsströme auf. Kanada antwortete in Anlehnung an die Entscheidung *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* (siehe 5.3.2.1), dass angemessene Sanktionen auf dem Betrag der Subvention basieren sollten.⁷²¹ Die Schiedsrichter sprachen sich grundsätzlich nicht gegen Brasiliens Begründung aus, meinten aber, in diesem Fall liege keine Kausalität zwischen der Subvention und den verringerten Verkäufen des brasilianischen Unternehmens (Embraer) vor.⁷²² Da die Schiedsrichter diesbezüglich recht karg argumentierten, da sie keine juristischen Bedenken an Brasiliens Vorschlag äußerten und da innerhalb gewisser Grenzen der Beweis der (mangelnden) Kausalität eine Frage der persönlichen Überzeugung ist, bleibt die Vermutung, dass Brasiliens Berechnungsmethodik in Wirklichkeit aus anderen, nicht erläuterten Gründen

⁷¹⁸ Zu diesem Fall, siehe z.B.: Goldstein & McGuire, S. 542-547; Shadikhodjaev, S. 146-149; Howse & Neven (2005b), S. 88-98. Außerdem kann auf den Fall *Canada – Aircraft I* verwiesen werden, in dem auch Brasilien Beschwerde gegen Kanada wegen Subventionen für die Flugzeugindustrie einlegte.

⁷¹⁹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.40.

⁷²⁰ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.1.

⁷²¹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.2.

⁷²² *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.20-3.24.

abgelehnt wurde. Diese Vermutung wird dadurch bekräftigt, dass obwohl die brasilianische Methodik zurückgewiesen wurde, die Schiedsrichter dennoch prüften, zu welchem Ergebnis sie geführt hätte: Nämlich zu einem äußerst hohen Umfang an Schaden und Sanktionen⁷²³, was vielleicht den Richtern aus Billigkeitsgründen nicht vertretbar schien. Das Resultat der Aussetzungen wäre nämlich 3.360 Mio. US\$ gewesen⁷²⁴, also nicht viel weniger als die 4.043 Mio. US\$ in *US – FSC*.⁷²⁵ Wegen dieses Ergebnisses konnte Brasilien die oben erwähnte Wahl nicht ausüben, die die Schiedsrichter in *US – FSC (Art. 22.6)* grundsätzlich den beschwerdeführenden Parteien zugesprochen hatten, nämlich dass der Beschwerdeführer die Wahl habe, den Umfang der Aussetzungen festzusetzen, entweder anhand der ausgezahlten Subvention oder der negativen Auswirkung der Subvention auf seinen Handel (siehe 5.3.2.2). Interessant sind diesbezüglich drei Aspekte: Erstens, dass die Methodik möglicherweise nicht wegen ihrer WTO-Rechtswidrigkeit, sondern wegen ihres Ergebnisses zurückgewiesen wurde. Zweitens, dass sich die Schiedsrichter wie es scheint verpflichtet fühlten, ihren Entschluss auch vor dem Hintergrund des Grundsatzes *to induce compliance* zu rechtfertigen.⁷²⁶ Drittens sind die fünf im Folgenden vorgestellten Erwägungen interessant, die bei der Auswertung der Folgen der brasilianischen Methodik benutzt wurden.

Erstens wies Kanada darauf hin, dass die Anwendung der brasilianischen Methodik Aussetzungen bedeutet hätte, deren Betrag pro Flugzeug 2,5 mal höher gewesen wären als im Fall *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*. Die Meinung der Schiedsrichter, dass dies ein großer Unterschied sei, ist eine Frage der persönlichen Ansicht und dementsprechend nicht unbedingt überzeugend. Sie räumten diesem Kriterium letztendlich keine eindeutige Aussagekraft ein.⁷²⁷ Es ist problematisch, dass die Verbindung beider Fälle nicht entschiedener abgelehnt wurde. Art. 3.10, zweiter Satz DSU untersagt nämlich ausdrücklich die Verknüpfung von Beschwerden und Gegenbeschwerden über verschiedene Angelegenheiten. Die Verkoppelung wird durch die indirekte Anspielung im letzten

⁷²³ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.27-3.51.

⁷²⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, p.3.36.

⁷²⁵ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 8.1.

⁷²⁶ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.25.

⁷²⁷ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.39-3.41.

Satz der Entscheidung bekräftigt: „The Arbitrator is of the opinion that, given the particular circumstances of this case, a mutually satisfactory agreement between the parties addressing the issues dealt with in this case *in their broader context* would be the most appropriate solution“.⁷²⁸ Was kann denn der weitere Kontext des Falles sein, wenn nicht der Fall *Brazil – Aircraft*? Was kann eine beiderseitig zufriedenstellende Einigung bedeuten, als eine gegenseitige Aufhebung der Subventionen? Renouf vermutet sogar, dass die Schiedsrichter in diesem Streitfall letztendlich einen Wert an Aussetzungen erlaubten, der sehr ähnlich dem Wert in *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6) war, um die Parteien zurück an den Verhandlungstisch zu bringen.⁷²⁹ Diese Vermutung wirkt um so überzeugender, wenn man beachtet, dass in keinem der beiden Fälle die Parteien Sanktionen einführten (siehe 5.3.2.1) und dass sie sich tatsächlich weiterhin um eine einvernehmliche Lösung bemühten.⁷³⁰ Ob diese Verzahnung beider Fälle politisch vernünftig war, sei dahingestellt. Juristisch jedoch begingen in dieser Hinsicht, wie gesagt, m.E. die Schiedsrichter einen Fehler (siehe 3.6).

Zweitens wurde festgestellt, dass die Sanktionen etwa drei bis sechs mal so viel wie Brasiliens jährlichen Güterimporten aus Kanada entsprochen hätten, so dass der Güterimport ganz erstickt worden wäre. Für die Schiedsrichter war dieses Ungleichgewicht zwischen Handelsstrom und Sanktion ausschlaggebend, um eine Unangemessenheit der Sanktionen zu belegen.⁷³¹ Dieses Kriterium bedeutet aber, wie in der Entscheidung festgehalten wurde⁷³², dass Mitgliedern, die wenig aus der beklagten Partei importieren, auch wenig Sanktionen erlaubt werden. Dass die Schiedsrichter trotzdem diesem Kriterium so viel Gewicht gaben, ist problematisch. Im „klassischen“ Fall wäre der Gedankengang der Schiedsrichter nachvollziehbar: Wenn das von der WTO-rechtswidrigen Maßnahme betroffene Gut von einer Streitpartei in die andere exportiert wird, also z.B., wenn jährlich aus Brasilien Holz im Wert von \$1.000 nach Kanada exportiert werden würde, wäre es auch eindeutig, dass bei einem kanadischen Holzimportverbot Brasilien \$1.000 Schaden erleiden würde und

⁷²⁸ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 4.4, zweiter Satz; siehe auch Abs. 3.16, 3.26, 3.39-3.41.

⁷²⁹ Renouf, S. 121.

⁷³⁰ Wilson, S. 403.

⁷³¹ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.42.

⁷³² *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Fußnote 82.

Sanktionen im selben Wert einführen dürfte. In diesem Fall ist es aber anders: Ob aus Brasilien \$1.000 oder \$1.000.000 nach Kanada exportiert werden ist hier unwichtig, denn die betroffenen Güter (Flugzeuge) werden hauptsächlich nicht in Kanada konsumiert, sondern in anderen Staaten. Brasilien und Kanada stehen sich in diesem WTO-Verfahren nicht als Exporteur und Importeur des Produktes gegenüber, sondern als Konkurrenten, die um ihren Marktanteil kämpfen. Die Schiedsrichter verzahnten zwei Begriffe, die in diesem Fall eigentlich auseinander gehören sollten: geschmälerter Handelsstrom (von Flugzeugen) aus Brasilien in dritte Länder und Güterhandelsstrom zwischen Brasilien und Kanada. Die WTO-Rechtswidrigkeit findet im ersten Bereich statt und die Aussetzung der Zugeständnisse im zweiten. (Im „klassischen“ Fall dagegen finden WTO-Rechtswidrigkeit und Aussetzung im zweiten Bereich statt). Der Umfang der Sanktionen sollte deshalb in *Canada – Aircraft II* nur vom Betrag der rechtswidrig geschmälernten Handelsströme abhängen, nicht vom gesamten Güterhandelsstrom zwischen den Parteien. Ansonsten besteht die Gefahr, dass die Sanktionen angemessen sind verglichen nicht mit dem Schaden, sondern verglichen mit anderen Variablen (wie etwa den Handelsströmen zwischen den Parteien). Diese in der Entscheidung eingeführte Verzahnung ist deshalb sehr kritisch zu bewerten.

Drittens wurde der Ernst der Rechtsverletzung untersucht. In dieser Entscheidung wurden darunter bestimmte Eigenschaften der Subvention verstanden.⁷³³ Solche Eigenschaften waren, unter anderem, ob das Subventionsprogramm sich über längere Zeit erstrecke, ob es eine Antwort auf Subventionen des Beschwerdeführers sei und ob es auf einen bestimmten Markt oder Konkurrenten abziele.⁷³⁴ Die Schiedsrichter meinten, höhere Sanktionen seien in diesem Fall nicht gerechtfertigt, weil die Subvention des Falles *Brazil – Aircraft* ähnliche Merkmale wie die Subvention dieses Falles besaß.⁷³⁵ Wie eben erwähnt, ist diese Verzahnung mit einem anderen Fall wegen Art. 3.10, zweiter Satz, DSU kritisierbar. Auffallend ist außerdem folgender Aspekt der Entscheidung. In *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)* und in *US – FSC (Art. 22.6)* wurde der

⁷³³ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.45, Satz 3 und 4.

⁷³⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.44, letzter Satz.

⁷³⁵ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.43-3.46.

Ernst der Rechtsverletzung im Umstand erkannt, dass es sich um eine verbotene Subvention handelte (siehe 5.3.2.2).⁷³⁶ Falls diese zwei Entscheidungen als eine Rechtfertigung von Strafsanktionen ausgelegt werden, so wären die Strafsanktionen auf die Art der Subvention begründet. Im Gegensatz dazu könnte der Satz „[...] even if the characteristics of a particular subsidy might sometimes justify the application of a particularly high level of countermeasures [...]“⁷³⁷ vage genug sein, um den Weg für Strafsanktionen wegen (in der Entscheidung nicht genau ausgearbeiteter) Merkmale der Subvention zu ebnet. Anders gesagt: Dieser Satz könnte in zukünftigen Schiedsverfahren aufgegriffen werden, um auch Strafsanktionen gegen nicht verbotene Subventionen zu rechtfertigen.

Viertens meinte Brasilien, der vorgeschlagene Umfang an Sanktionen sollte akzeptiert werden, denn je höher der Umfang, desto wahrscheinlicher sei die Wiederherstellung eines rechtmäßigen Zustandes. Die Frage war also, ob unangemessene Sanktionen genehmigt werden sollten, wenn dadurch *to induce compliance* erreicht wird. Die Schiedsrichter lehnten dies ab und gaben implizit dem Grundsatz der Angemessenheit der Sanktionen eine höhere Normhierarchie als dem Ziel *to induce compliance*.⁷³⁸ Dabei hätten sie es belassen sollen. Doch sie fügten hinzu, dass Brasiliens Vorschlag auch abgelehnt werden müsse wegen der Ungewissheit, genau welcher Umfang an Sanktionen *to induce compliance* erreichen würde.⁷³⁹ Gewiss, es ist nicht eindeutig, welcher Mindestumfang hoch genug wäre – aber das ist er *ex ante* so gut wie nie. Außerdem scheint manchmal in hoch politisierten Angelegenheiten überhaupt kein Umfang hoch genug zu sein, wie wahrscheinlich im Hormonfall. Dieser Argumentation nach wäre ein unangemessener Umfang an Aussetzungen gerechtfertigt, wenn die beklagte Partei *ex ante* erklärt hätte, dass sie erst ab dem Umfang an Sanktionen das WTO-Recht befolgen würde, was ganz und gar unrealistisch ist. Diese letzte Äußerung der Schiedsrichter hat sich, wie gesagt,

⁷³⁶ *Brazil – Aircraft* (Art. 22.6), Abs. 3.51; *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.23.

⁷³⁷ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.46.

⁷³⁸ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.47-3.48.

⁷³⁹ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.48. Die Schiedsrichter meinten im selben Absatz, die Wirkung der Sanktionen hänge nicht nur vom Betrag, sondern auch von der Art der Aussetzungen und vom Sektor ab. Dass die Erhaltung einer WTO-rechtswidrigen Maßnahme nicht nur durch die Aussetzungen, sondern auch durch nicht wirtschaftlich bedingte Gründe beeinflusst werden kann (etwa politische Gründe), erwähnten sie in diesem Zusammenhang nicht.

erübrigt.

Fünftens argumentierte Brasilien, die Sanktionen seien angemessen, weil sie nicht offensichtlich exzessiv seien.⁷⁴⁰ Dies ist wahrscheinlich ein Hinweis auf *US – FSC (Art. 22.6)* (siehe 5.3.1).⁷⁴¹ Doch in der Entscheidung wurde eher die Auffassung vertreten, dass Aussetzungen nicht unverhältnismäßig sein sollten verglichen entweder mit der rechtswidrigen Maßnahme oder mit deren Effekte.⁷⁴² Ferner besagt die zitierte Entscheidung, es sei nicht die Aufgabe der Schiedsrichter zu prüfen, ob die vom Beschwerdeführer vorgeschlagenen Gegenmaßnahmen verhältnismäßig, sondern ob sie unverhältnismäßig seien, und bei mangelnder Überzeugung einer Unverhältnismäßigkeit sollten die beantragten Sanktionen zugelassen werden.⁷⁴³ Insofern wurde in dem hier behandelten Fall Brasiliens Vorschlag zum Umfang der Aussetzungen zurückgewiesen wegen Unverhältnismäßigkeit.⁷⁴⁴ Vermutlich standen für die Schiedsrichter beider Fälle unterschiedliche Auffassungen im Hintergrund. Die des Falles *US – FSC* wollten einen hohen Umfang an Sanktionen begründen (man könnte vielleicht sogar fast meinen: rechtfertigen), der letztendlich nicht nur den Beschwerdegegner, sondern auch viele Beobachter und vermutlich sogar den Beschwerdeführer und das DSB in entsetztes Staunen versetzte. Im Gegensatz dazu wollten vermutlich die Schiedsrichter in *Canada – Aircraft II* den Umfang der Aussetzungen im Zaum halten, um nicht als außer Kontrolle geratenes Streitbeilegungsorgan bezichtigt zu werden

Also wurde im Fall *Canada – Aircraft II* die brasilianische Methodik um den Schaden und die Aussetzungen zu messen abgelehnt, aber dennoch wurde sie angewandt und ihr Ergebnis ausgewertet. Dabei kamen die Schiedsrichter zum Schluss, dass diese Methodik zu einem nicht vertretbaren Ergebnis führe.⁷⁴⁵ Deshalb wurden in dieser Entscheidung der Schaden und die Sanktionen nicht anhand des Wertes der Flugzeuge bemessen, die das brasilianische Unternehmen wegen der kanadischen Subvention nicht verkaufen konnte, sondern

⁷⁴⁰ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.49.

⁷⁴¹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.18 und 6.5.

⁷⁴² *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 5.18.

⁷⁴³ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 6.5.

⁷⁴⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.49.

⁷⁴⁵ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.50.

anhand des Betrags der WTO-rechtswidrigen kanadischen Subvention.

Wie wurde dann der Wert der Subvention (d.h., der Schaden) in *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* ermittelt? Zuerst wurde der Preis eines Flugzeuges ermittelt. Danach wurde die Subvention pro verkaufte Einheit berechnet. Zuletzt wurde der Betrag der Subvention mit der Anzahl der verkauften Flugzeuge multipliziert.

Erstens, Kanada meinte bezüglich des Preises jeden Flugzeuges, dass Bombardier einen Preisnachlass gewährt hätte, wollte aber dessen Höhe nicht mitteilen. Die Schiedsrichter lehnten wegen Beweismangels Kanadas Argumentation ab und benutzten den Listenpreis.⁷⁴⁶

Zweitens musste der aktualisierte Nettobarwert der Subvention pro verkauftes Flugzeug berechnet werden. Dies geschah anhand der Subventionen, die nach dem angemessenen Zeitraum zur Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen (festgelegt in *Canada – Aircraft II (Panel)*⁷⁴⁷) ausgezahlt worden waren. Die Subvention bestand aus einem staatlichen Darlehen, das zu günstigeren Bedingungen als im Finanzmarkt vergeben wurde. Nach der Ansicht der Schiedsrichter bestand der Schaden aus dem Kostenunterschied für Bombardier (der kanadische Flugzeughersteller) zwischen dem staatlichen Darlehen und einer Finanzierung unter erwartbaren Marktbedingungen, wie Kanada vorgeschlagen hatte⁷⁴⁸ – und nicht aus dem Gesamtbetrag des Darlehens, wie Brasilien argumentierte.⁷⁴⁹ Dieser Ansatz entspricht dem sog. *private investor principle*.⁷⁵⁰ Die Begründung war, dass Subventionen sich aus einer finanziellen Leistung des Staates und einem daraus resultierenden Vorteil zusammensetzen, wie Art. 1.1 des SCM-Übereinkommens besagt, und dass der Vorteil in dieser Angelegenheit aus den vergünstigten Kreditaufgaben bestand.⁷⁵¹

Drittens musste die Subvention mit der Anzahl verkaufter Flugzeuge multipliziert werden. Dazu zählten tatsächlich verkaufte Einheiten und auch be-

⁷⁴⁶ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.74-3.76.

⁷⁴⁷ *Canada – Aircraft II (Panel)*, Abs. 8.4.

⁷⁴⁸ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.52, 3.64, 3.77-3.80.

⁷⁴⁹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.53.

⁷⁵⁰ Howse & Neven (2005b), S. 88-89.

⁷⁵¹ Art. 14(b) des SCM-Übereinkommens und *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.55-3.64.

dingte, nicht bestätigte Aufträge, denn beide Gruppen erhielten die Vergünstigungen des Subventionsprogramms.⁷⁵²

Nachdem somit der Betrag der Subvention festgelegt worden war, beriefen sich die Schiedsrichter auf die Flexibilität, die aus dem Begriff *appropriate countermeasures* folgt (siehe oben 5.3.1): „The fact that we found it more appropriate to base our determination of the level of the countermeasures at issue on the amount of the subsidy does not mean that we have to limit the level of countermeasures to that amount“.⁷⁵³ Somit konnten die Aussetzungen auf die besonderen Umstände des Falles angepasst werden.⁷⁵⁴ Sowohl Kanada als auch Brasilien beriefen sich diesbezüglich auf verschiedene Argumente.

Kanada meinte, die WTO-rechtswidrige Maßnahme sei eine Antwort auf Brasiliens Subventionen des Falles *Brazil – Aircraft* gewesen (siehe auch Abs. 3.44). Die Rechte und Konzessionen seien nicht aus dem Gleichgewicht gekommen, sondern im Gegenteil: Durch die kanadische Subvention sei das Gleichgewicht wieder hergestellt worden (*rebalancing of concessions*). Deswegen sollten nach kanadischer Sicht die Sanktionen reduziert werden.⁷⁵⁵ Kanadas Argumentation scheint sich implizit auf Art. 60 Abs. 2 (b) des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge gestützt zu haben, der besagt, dass wenn eine Vertragspartei den Vertrag verletzt, die anderen Parteien den Vertrag suspendieren oder beenden können: Die erhebliche Verletzung des WTO-Vertrages durch die brasilianische Subvention würde Kanada (die durch die Vertragsverletzung besonders betroffene Partei) berechtigen, die Verletzung als Grund für die Einführung einer Gegen-Subvention (teilweise Suspendierung des Vertrages im Verhältnis mit Brasilien) geltend zu machen. Anders ausgedrückt: Die Schiedsrichter standen vor der Frage, inwieweit die Selbstverteidigung, die im Völkerrecht i.d.R. akzeptabel ist, im WTO-System zugelassen sei. Die Schiedsrichter wiesen Kanadas Forderung entschieden ab: Erstens handele es sich um eine verbotene Subvention laut Art. 3 und 4 des SCM-Übereinkommens, deren Einführung unter keinen Umständen gerechtfertigt sei, und zweitens stellt Art. 23 DSU klar, dass alle das WTO-Recht betreffende

⁷⁵² *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.67-3.73.

⁷⁵³ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.91; siehe auch Abs. 3.63, letzter Satz.

⁷⁵⁴ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.92.

⁷⁵⁵ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.93.

Streitigkeiten im Rahmen des DSU beigelegt werden müssen. Für Selbsthilfe ist im WTO-Recht kein Platz.⁷⁵⁶ Außerdem, was die Schiedsrichter nicht erwähnten, verbietet (wie schon erwähnt) Art. 3.10, zweiter Satz, DSU die Verknüpfung von Beschwerden und Gegenbeschwerden.

Die kanadische Regierung brachte auch zum Ausdruck, die gegen sie gerichtete Aussetzung sollte verringert werden, weil Kanada in gutem Glauben davon ausgegangen war, dass die Subvention von der Ausnahmeregelung im Anhang I (k) des SCM-Übereinkommens gedeckt sei. Die Schiedsrichter wiesen dies zurück, weil erstens schon im Jahr 2000 in *Canada – Aircraft I (Art. 21.5) (Panel)* Kanadas Argument beanstandet worden war. Zweitens sei grundsätzlich nicht in Erwägung zu ziehen, ob eine Partei in gutem Glauben gehandelt habe. Die Sanktionen des DSU seien abgestimmt, um eine angemessene Antwort auf Rechtsverletzungen gutgläubiger Parteien zu sein.⁷⁵⁷ Im Hintergrund der Argumentation steht die Annahme, dass das WTO-Recht vom guten Glauben der Streitparteien ausgeht (wie etwa Art. 3.10, erster Satz, und 4.3 DSU und auch die Einführung und Art. 26 des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge).⁷⁵⁸ Die Schiedsrichter schlossen eine Milderung der Sanktionen wegen Gutgläubigkeit aus, aber nicht härtere Sanktionen wegen bösgläubigem Verhalten, was an andere Stellen der Entscheidung⁷⁵⁹ (siehe oben) anzuknüpfen scheint. Dort wurden als Merkmale des Ernstes der Rechtsverletzung einige Eigenschaften der Subventionen aufgeführt, wie etwa ob sie auf einen bestimmten Markt oder Konkurrenten zielten⁷⁶⁰, und solche Kriterien dürften laut dieser Entscheidung in Schiedsverfahren in Erwägung gezogen werden.⁷⁶¹ Dass eine Subvention nicht allgemein formuliert ist, sondern gegen bestimmte Akteure zielt, würde eher von einem böswilligen Handeln bezeugen. Und die Entscheidung räumt ein, dass unter Umständen die Eigenschaften der Subvention höhere Aussetzungen rechtfertigen könnten.⁷⁶² Aus einigen Äußerungen scheint es möglich, verschärfte Sanktionen im Falle vor-

⁷⁵⁶ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.95-3.98.

⁷⁵⁷ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.99.

⁷⁵⁸ Zur Rolle von Treu und Glauben in der WTO-Entscheidungspraxis siehe Zeitler, S. 723-743.

⁷⁵⁹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.43-3.46.

⁷⁶⁰ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.44, letzter Satz.

⁷⁶¹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.45.

⁷⁶² *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.46.

sätzlichen WTO-rechtswidrigen Verhaltens ableiten zu können.⁷⁶³ Doch wären solche Sanktionen denn nicht Strafsanktionen, und zwar Strafsanktion sowohl im ersten Sinn einer Überschreitung der Korrespondenz zum Schaden, als auch im zweiten Sinn von „an additional dimension meant to sanction the action of that State“ (siehe 4.2)?

Vorsätzliches WTO-rechtswidriges Verhalten von Seiten Kanadas wurde im Prozess bewiesen, denn Kanada äußerte explizit den Entschluss, trotz Sanktionen weiterhin die Subvention für die schon bestellten Flugzeuge aufrechtzuerhalten.⁷⁶⁴ Die Schiedsrichter beriefen sich auf die aus dem Begriff der angemessenen Gegenmaßnahmen (*appropriate countermeasures*) abgeleitete Flexibilität, um dieser Tatsache Rechnung zu tragen.⁷⁶⁵ Dass *to induce compliance* ein Ziel des WTO-Streitbeilegungssystems ist, stand für die Schiedsrichter nicht in Frage.⁷⁶⁶ Dass dies wiederum unangemessene Aussetzungen nicht rechtfertigen könne, stand auch nicht in Frage.⁷⁶⁷ Trotzdem beschlossen sie, wegen der Hartnäckigkeit Kanadas (und nicht etwa wegen des bösen Glaubens) 20% höhere Sanktionen aufzulegen.⁷⁶⁸ Somit entsteht erstens ein Widerspruch: Angemessene Sanktionen können nicht überschritten werden mit der Begründung des Zieles *to induce compliance*, aber das Kriterium *to induce compliance* rechtfertigt eine Erhöhung der Sanktionen über die Grenze der Angemessenheit hinaus. Es entsteht zweitens eine schwer systematisierbare Verflechtung: Angemessene Sanktionen können nicht überschritten werden mit der Begründung des Zieles *to induce compliance*, aber *to induce compliance* ist eines der Kriterien, um die Angemessenheit der Sanktionen festzulegen – wie dies zu verstehen sei, ist schwer zu sagen. Drittens ist wahrhaftig nicht nachvollziehbar, wieso genau zwanzig Prozent (und nicht fünf oder tausend) ein passende Erhöhung der Sanktion seien. Die Schiedsrichter beriefen sich auf die Schwierigkeit, die wirtschaftlichen Folgen von gewissen Taten genau zu bemessen.⁷⁶⁹ Diese Schwierigkeit kann man meines Erachtens noch einsehen.

⁷⁶³ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.99 und 3.46.

⁷⁶⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.106.

⁷⁶⁵ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.102-3.107.

⁷⁶⁶ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.105.

⁷⁶⁷ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.48 -siehe oben-, 3.102.

⁷⁶⁸ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.107, 3.119, 3.121.

⁷⁶⁹ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.120-3.122.

Sie meinten aber auch, sie erachteten den Prozentsatz als ausreichend, um Kanada zum Zurückziehen der Subvention zu bewegen.⁷⁷⁰ Diese Aussage kann man meiner Meinung nach nur noch als ein Zeichen der Willkür deuten, zu der das WTO-Streitbeilegungssystem manchmal imstande sein kann. Da kann man sich mit Lawrence fragen: „Is this arbitration or arbitrariness?“⁷⁷¹ Auch im DSB haben sich Kanada, die EG und die USA sehr kritisch zu diesem Teil der Entscheidung geäußert.⁷⁷² Shadikhodjaev meint, dass weil in diesem Fall der Beschwerdeführer letztendlich keine Zugeständnisse ausgesetzt hat, die erhöhten Sanktionen ein theoretisches Problem geblieben sind.⁷⁷³ Doch das ist kein wirklich stichhaltiges Argument, denn die Auswirkung dieser Auslegung auf zukünftige Entscheidungen steht noch offen.

Diese zwanzigprozentige Auflage wirft eine zusätzliche Frage auf. Falls das Schiedsverfahren länger gebraucht hätte, hätten die bestellten Flugzeuge noch vor Verkündung der Entscheidung geliefert werden können und es hätte dem Ansatz der Schiedsrichter zufolge keine Hartnäckigkeit Kanadas gegeben. In anderen Worten: Das Problem liegt in der Tatsache, dass die Hartnäckigkeit nicht ab Ablauf der Umsetzungsfrist festgestellt wurde. Somit wird Art. 21.3 DSU untergraben. Außerdem wird auch ein Anreiz geschaffen, um die Schiedsverfahren gem. Art. 22.6 in die Länge zu ziehen, denn je später die Entscheidung verkündet wird, um so mehr rechtswidrige Handlungen werden nicht als Hartnäckigkeit ausgelegt. Somit wird die Willkür dieser zwanzigprozentigen Auflage noch deutlicher. Falls die Gegenmaßnahmen doch erhöht werden sollten, dann wenigstens ab Ablauf der gem. Art. 21.3 DSU festgelegten Umsetzungsfrist.

Brasilien schlug vor, den Umfang der Sanktionen zu erhöhen, damit kein Anreiz für zukünftige WTO-rechtswidrige Subventionen Kanadas bestünde.⁷⁷⁴ Anders ausgedrückt: Die Befolgung des WTO-Rechts hängt dieser Ansicht nach von den erwarteten Kosten der Nicht-Befolgung (d.h., Sanktionen) ab. Das Ziel *to induce compliance* würde nicht nur den Fall *sub lite*, sondern auch

⁷⁷⁰ Canada – Aircraft II (Art. 22.6), Abs. 3.121.

⁷⁷¹ Lawrence, S. 58; kritisch dazu auch Mitchell (2006a), S.1003-1004.

⁷⁷² WTO (2003b), Abs. 47-49; WTO (2003c), Abs. 13.

⁷⁷³ Shadikhodjaev, S. 107-108.

⁷⁷⁴ Canada – Aircraft II (Art. 22.6), Abs. 3.108.

zukünftige WTO-Rechtswidrigkeiten umfassen. Sanktionen hätten eine Abschreckungsfunktion. Die Schiedsrichter schlossen nicht grundsätzlich die Argumentation aus⁷⁷⁵, wiesen sie aber für diesen Fall ab mit der Begründung, das Panel habe sich ausschließlich mit einer bestimmten Anwendung der Subvention befasst und das Verfahren nach Art. 22.6 DSU müsse sich auf diese eine Rechtsverletzung beschränken.⁷⁷⁶ Außerdem sei die Subvention WTO-rechtswidrig *as applied* (im Gegensatz zu *as such*)⁷⁷⁷ und die gesetzliche Grundlage der Subvention sei *discretionary legislation* (im Gegensatz zu *mandatory legislation*).⁷⁷⁸ Brasiliens Vorschlag ist auch aus einem anderen Grund kritisch zu bewerten: Gegenwärtige Sanktionen auf eventuelle spätere Rechtsverletzungen anzupassen wäre nicht nur eine Frage der Anreize, sondern auch der präventiven Vergeltung – um es strafrechtlich auszudrücken, der negativen Individualprävention (siehe 2.2.7). Es ist fraglich, ob sich die präventive Vergeltung mit einem elementaren Verständnis der Gerechtigkeit in Einklang bringen ließe, wie es (um bei der strafrechtlichen Analogie zu bleiben) der Aphorismus *nulla poena sine crimine* zum Ausdruck bringt.

Der Beschwerdeführer forderte zuletzt, die Obergrenze der Aussetzungen solle erhöht werden, weil der Markt der regionalen Flugzeuge so wettbewerbsintensiv sei, dass ein minimaler Unterschied der Zinssätze den Käufer zum Vertragsabschluss veranlassen könne. Somit könne ein geringer Betrag wie der der Subvention überproportional große ökonomische Vorteile erbringen. An der Subvention gemessene Aussetzungen würden keinen wahrhaftigen Anreiz zur Befolgung des WTO-Rechts bedeuten.⁷⁷⁹ Die Schiedsrichter waren mit der Argumentation einverstanden⁷⁸⁰ und sahen z.B. ein, dass der Markt der regionalen Flugzeuge sehr wettbewerbsintensiv sei und schon eine minimal subventionierte Ware den Unterschied machen könne, um den Käufer zum Vertragsabschluss zu bewegen.⁷⁸¹ Trotzdem wiesen sie Brasiliens Vorschlag ab, denn

⁷⁷⁵ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.113.

⁷⁷⁶ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.111.

⁷⁷⁷ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.110.

⁷⁷⁸ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.112. Zur Unterscheidung zwischen *discretionary legislation* und *mandatory legislation*, siehe z.B. Komuro, S. 47-50, Bhuiyan, S. 581-598, Naiki, S. 23-72, Fukunaga, S. 391-395.

⁷⁷⁹ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.62-3.63, 3.114.

⁷⁸⁰ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.115-3.116.

⁷⁸¹ *Canada – Aircraft II* (Art. 22.6), Abs. 3.62-3.63, 3.115.

die Sanktionen seien schon wegen Kanadas hartnäckiger Aufrechterhaltung der Subvention erhöht worden (siehe oben), um *to induce compliance* zu erreichen.⁷⁸² Somit erübrige sich, sie wieder zu erhöhen.⁷⁸³ Nebenbei wird in der Entscheidung erwähnt, dass der Zinsunterschied groß sei, so dass die anhand der Subvention gemessenen Sanktionen dementsprechend beachtlich seien und nicht – wie von Brasilien argumentiert – minimal.⁷⁸⁴ Die Schiedsrichter wollten also angeblich von vorneherein höchstens einen Grund zur Erhöhung der Aussetzungen annehmen. Aus der Sicht der tatsächlichen Bemessung der Sanktion ist dies nicht verständlich, da zuletzt die Aussetzungen pauschal um 20% erhöht wurden.⁷⁸⁵ Genauso gut hätten die Schiedsrichter auch dieses Argument Brasiliens akzeptieren und trotzdem den selben Aufschlag von 20% versetzen können. Was sie vermutlich verhindern wollten, war die Einführung eines Zusammenspiels aus addierbaren und sich gegeneinander aufhebenden Milderungs- und Verschärfungsgründen, um die Endsumme auszurechnen. Des Weiteren wurden die Sanktionen schon unübersichtlich genug um 20% erhöht, so dass man m.E. begrüßen sollte, dass die Festlegung des Aussetzungsumfangs nicht noch undurchsichtiger gestaltet wurde.

Folgendes kann als Fazit zur Sanktionsberechnung im Fall *Canada – Aircraft II* kann behalten werden. In *US – FSC (Art.22.6)* war entschieden worden, der Beschwerdeführer habe die Wahl zur Festlegung des Aussetzungsumfanges entweder anhand der Subvention oder anhand der Subventionseffekte. In *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* dagegen durfte der Beschwerdeführer diese Wahl nicht treffen, vermutlich wegen des außerordentlich großen resultierenden Sanktionsumfangs der zweiten Berechnungsart. Ausschlaggebend war auch für die Schiedsrichter das Verhältnis zwischen dem Umfang der Aussetzungen und dem Wert der Handelsströme zwischen den Streitparteien. Angesichts des politischen Aufruhrs nach der Verkündung des Sanktionsumfangs in *US – FSC* wollten vermutlich die Schiedsrichter in *Canada – Aircraft II* eine ähnlich starke, gegen sie gerichtete Kritik vermeiden.

Die Schiedsrichter arbeiteten eine Methodik aus, um den Umfang der

⁷⁸² *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.107.

⁷⁸³ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.116, 3.118.

⁷⁸⁴ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.117.

⁷⁸⁵ *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, Abs. 3.121.

Aussetzungen zu ermitteln. Diese Methodik beruhte auf der Multiplizierung des Subventionsbetrags pro Einheit mit der Anzahl der Einheiten. Das Ergebnis wurde anschließend den Umständen angepasst, wobei in der Entscheidung weder die angebliche Selbstverteidigung des Beschwerdeführers noch der gute Glaube des Beschwerdegegners als Argumente akzeptiert wurden. Die Schiedsrichter beriefen sich andererseits auf bewiesene, vorsätzliche Hartnäckigkeit des Beschwerdegegners bezüglich des Erhaltens der rechtswidrigen Maßnahme, um eine Erhöhung der Sanktionen zu gewähren.

Somit wurden die Aussetzungen zuerst wegen ihrer arithmetischen Unverhältnismäßigkeit verkürzt, danach aber wegen der Hartnäckigkeit Kanadas in der Aufrechterhaltung der gerügten Maßnahme erhöht.

5.3.2.4 US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)⁷⁸⁶

Diese Entscheidung bezieht sich auf verbotene Subventionen und parallel dazu verlief ein zweites Aussetzungsschiedsverfahren über anfechtbare Subventionen (siehe 5.4.2). In diesem Fall, dessen Aussetzungsentscheidung Ende August 2009 veröffentlicht wurde, hat Brasilien Gegenmaßnahmen gegen die USA beantragt, und zwar erstens einmalige Aussetzungen wegen einer in 2005 ausgezahlten Subvention, und zweitens diachronisch flexible Aussetzungen wegen eines fortlaufenden Subventionsprogramms der USA.⁷⁸⁷

Erstens, die einmaligen Gegenmaßnahmen. Art. 4.10 SCM-Übereinkommen erklärt i.V.m. Art. 22.1 und 22.2 DSU, dass der Beschwerdeführer angemessene Gegenmaßnahmen einführen darf, wenn der Beschwerdegegner die Umsetzungsfrist nicht eingehalten hat. Die Umsetzungsfrist war am 1. Juli 2005 verstrichen, doch die USA zogen eine gewisse gerügte Subvention erst am 31. Juli 2006 zurück. Sie haben somit die laut Art. 21.3 (c) DSU festgesetzte Umsetzungsfrist um knapp 13 Monate überzogen. In der Zwischenzeit waren die zwei Verfahren zur Aussetzung von Zugeständnissen (jeweils bezüglich verbotener und anfechtbarer Subventionen) im Juli bzw. im Oktober 2005 eingeleitet und kurz danach ausgesetzt worden, wegen der prob-

⁷⁸⁶ Zu diesem Fall, siehe Grossman & Sykes, S. 133,164.

⁷⁸⁷ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 2.6.

lematischen Reihenfolge zwischen dem Verfahren nach Art. 21.5 DSU und dem nach 22.6 DSU (sog. *sequencing*-Problem).⁷⁸⁸ Zwischen August 2006 und Juni 2008 fanden vor dem Panel und vor dem Berufungsgremium die Verfahren zur Überprüfung der Umsetzung laut Art. 21.5 DSU statt. Die Subvention war also vor Einsetzung des Panels zur Überprüfung der Umsetzung laut Art. 21.5 DSU zurückgenommen worden. Dieses Panel verweigerte eine Stellungnahme zu den verspätet zurückgenommenen Subventionen und Brasilien legte diesbezüglich keine Berufung ein.⁷⁸⁹ Im August 2008 wurde das ausgesetzte Aussetzungsschiedsverfahren wieder fortgesetzt.⁷⁹⁰

Brasilien beantragte einmalige Gegenmaßnahmen wegen den zwischen dem 1. Juli 2005 und dem 31. Juli 2006 ausgezahlten Subventionen.⁷⁹¹ Somit wurden WTO-Sanktionen gegen eine mittlerweile behobene Rechtsverletzung beantragt.⁷⁹²

Diese Diskussion spricht drei Fragen an. Erstens, ob es rückwirkende Sanktionen gewesen wären.⁷⁹³ In diesem Fall ist dies laut der herrschenden Entscheidungspraxis zu verneinen, die mehrheitlich die Auffassung vertritt, das DSU erlaube Sanktionen ab dem Ablauf der Umsetzungsfrist gem. Art. 21.3 DSU. Aussetzungen wären *ex tunc*, wenn sie sich auf die Zeit davor beziehen würden. Deshalb waren die in diesem Fall von Brasilien beantragten Aussetzungen *ex nunc*.

Die zweite Frage ist, welches Organ die Umsetzungsfrist festsetzen darf. Wird der in einem Schiedsverfahren (laut Art. 21.3 (c) DSU) festgelegte Zeitraum nicht eingehalten und will der Beschwerdeführer Gegenmaßnahmen einführen, muss ein Aussetzungsschiedsverfahren (laut Art. 22.6 DSU) ange-

⁷⁸⁸ Zum sog. Problem des *sequencing*, siehe Fußnote 502.

⁷⁸⁹ *US – Upland Cotton (Art. 21.5) (Panel)*, Abs. 9.56-9.71; *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 3.6, 3.20-3.21, 3.31-3.32, 3.39-3.42.

⁷⁹⁰ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 1.1-1.22.

⁷⁹¹ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 3.5, 3.12, 3.16-3.23, 3.35-3.36, 3.48-3.49, 3.60.

⁷⁹² Der Zeitpunkt, um die mangelnde Umsetzung der DSB-Empfehlungen festzustellen, ist mit unterschiedlichen Ergebnissen z.B. in folgenden Fällen thematisiert worden: *Australia – Salmon (Article 21.5) (Panel)*, Abs. 7.30-7.35, 8.1(i), *US – Shrimp (Article 21.5) (Panel)*, Abs. 5.12-5.13, *EC – Bed Linen (Art. 21.5) (Panel)*, Abs. 6.27-6.29.

⁷⁹³ Allgemein zu rückwirkenden Gegenmaßnahmen im Kontext der WTO, siehe z.B. Horlick, S. 168-169, 171, Vázquez & Jackson, S. 558-562, Wüger, S. 819-820, Mercurio, S. 843-844. Zur Diskussion im engeren Bezug zur WTO-Entscheidungspraxis, siehe z.B. Krmpotic, S. 668-682, Yen Kong (2005), Goh & Ziegler.

strengt werden, was naturgemäß Zeit in Anspruch nimmt. Die Aussetzungsschiedsrichter haben einheitlich die Umsetzungsfrist als den Zeitpunkt für die Berechnung der Gegenmaßnahmen festgelegt. Wenn die Empfehlung nach Ablauf der Frist und vor der Verkündung der Aussetzungsentscheidung umgesetzt wird, aber die Aussetzungsschiedsrichter keine Sanktionen genehmigen (mit der Begründung, dass die Empfehlung letztendlich doch umgesetzt worden sei), wird faktisch die Umsetzungsfrist verlängert. Da die Aussetzungsschiedsrichter den Zeitraum verlängern, führen sie eine Aufgabe aus, die die Schiedsrichter laut Art. 21.3 (c) DSU erfüllen sollen. Besonders problematisch in diesem Fall ist, dass die Aussetzungsschiedsrichter die Umsetzungsfrist verlängert haben, ohne die Rechtsgrundlage dieser Kompetenz (bzw. Kompetenzerweiterung) zu klären. Sie hätten erstens etwa argumentieren können, das DSU erteile den Aussetzungsschiedsrichtern implizit diese Kompetenz. Zweitens könnte man durch eine dynamische Auslegung von Sinn und Zweck des DSU zum Schluss kommen, dass sich das Tätigkeitsfeld der Aussetzungsschiedsrichter gewandelt habe und über das ursprünglich in den Gründungsverträgen festgelegte hinausgehe. Dieser Begründungsmangel ist m.E. ein wichtiges Versäumnis, nicht zuletzt weil das DSU die Kompetenzen eindeutig erteilt, weil deshalb fraglich ist, ob dieser Aspekt der Entscheidung rechtsgemäß ist, und zuletzt weil gegen die Aussetzungsentscheidungen keine Berufung eingelegt werden kann.

Die dritte Frage bezieht sich auf die systemischen Anreize. Wie die Aussetzungsschiedsrichter richtig erkannten, ist *to induce compliance* im Kontext schon zurückgenommener Maßnahmen sinnlos für den konkreten Streitfall.⁷⁹⁴ Was sie jedoch nicht genügend beachteten, sind die systemischen Auswirkungen. Was passiert, wenn die Überschreitung der Umsetzungsfrist grundsätzlich ohne Konsequenzen verbleibt, so lange die rechtswidrigen Maßnahmen vor Einsetzung des Panels laut Art. 21.5 DSU zurückgenommen werden? Es bedeutet eine faktische Verlängerung der Umsetzungsfrist. Anders ausgedrückt, die systemischen Anreize zur Einhaltung dieser Frist werden verringert. Dies widerspricht dem Geist des DSU, denn „die umgehende Beachtung der Empfehlungen und Entscheidungen des DSB ist für die wirksame Beilegung von Streitigkeiten zum Wohl aller Mitglieder wesentlich“ (Art. 21.1 DSU). Aus die-

⁷⁹⁴ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 3.43-3.50.

sen Gründen ist kritisch zu beurteilen, dass in der Entscheidung diese systemische Komponente nicht berücksichtigt wurde.

Auffällig ist, dass die Schiedsrichter nur *to induce compliance* als Ziel der Aussetzungen erwähnt haben. Freilich wäre es im Kontext des konkreten Streitfalles wenig einleuchtend, Aussetzungen gegen schon zurückgenommene Maßnahmen mit dem Ziel *to rebalance concessions* zu rechtfertigen. Auch ein rückwirkendes Ausgleichen der Zugeständnisse würde die Argumentation nur noch abwegiger machen. Doch wenn man vom Ziel *to rebalance concessions* absieht, hat die Perspektive eines Ausgleichs für einen vergangenen Schaden Erklärungspotential. Nämlich: Brasiliens Ersuchen nach Aussetzungen für schon zurückgenommene Maßnahmen wird im Grunde erst verständlich, wenn man es als eine Forderung nach Schadensersatz systematisiert. Doch die WTO-Streitbeilegung als Mittel, um Schadensersatzforderungen durchzusetzen, ist in der Entscheidungspraxis so gut wie nicht rezipiert worden (siehe 2.2.1). Wie dem auch sei, es ist auffällig, dass die Schiedsrichter *to induce compliance* als einziges Ziel der Aussetzungen in Betracht zogen, besonders wenn man bedenkt, dass frühere Aussetzungsschiedsrichter in der Regel Wert darauf gelegt haben, dieses Ziel stets in Zusammenhang mit *to rebalance concessions* auszulegen.

Um die Erläuterungen zu den einmaligen Gegenmaßnahmen abzuschließen, sei noch mal erwähnt, dass letztendlich die Schiedsrichter den Anspruch auf einmalige Aussetzungen zurückgewiesen haben. Grossman & Sykes sehen hierin kein juristisches Problem.⁷⁹⁵ Doch meines Erachtens ist diese Entscheidung der Schiedsrichter kritisch zu beurteilen, weil die Aussetzungsschiedsrichter somit die in einem Verfahren nach Art. 21.5 DSU festgesetzte Umsetzungsfrist faktisch verlängerten und weil sie die systemischen Auswirkungen dieser Auslegung nicht gebührend würdigten.

Zweitens, neben den einmaligen Gegenmaßnahmen hat Brasilien auch Aussetzungen wegen eines noch laufenden Subventionsprogramms der USA beantragt. Es wurden diachronisch variable Gegenmaßnahmen vorgeschlagen

⁷⁹⁵ Grossman & Sykes, S. 136.

und Kanada formulierte keine Einwände.⁷⁹⁶

Was die Angemessenheit der Gegenmaßnahmen betrifft, so meinte der Beschwerdeführer, die wirtschaftlichen Auswirkungen der verbotenen Subvention müssten berücksichtigt werden, während der Beschwerdegegner die Ansicht vertrat, alleine der Betrag der Subvention sei relevant.⁷⁹⁷ Die Schiedsrichter hoben hervor, die konkreten Umstände des Falles müssten berücksichtigt werden, d.h., die wirtschaftlichen und handelsverzerrenden Effekte der rechtswidrigen Maßnahme. Diese Auswirkungen gäben das Ausmaß an, in dem die verbotene Subvention die Rechte und Pflichten zwischen den Streitparteien aus dem Gleichgewicht gebracht habe.⁷⁹⁸ Zusammenfassend: Die Entscheidung bekräftigt die Auslegung von *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, der Beschwerdeführer brauche keine negativen Auswirkungen auf den Handel zu beweisen, um ein Aussetzungsschiedsverfahren bezüglich verbotener Subventionen einzuleiten.⁷⁹⁹ Doch während dieses Verfahrens müsse der Umfang der zunichtegemachten oder geschmäleren Vorteile festgestellt werden, um den Wert der Gegenmaßnahmen zu bestimmen.⁸⁰⁰

Die Entscheidung führt die Diskussion zu den Zielen der Aussetzungen weiter.⁸⁰¹ Der Umfang der Aussetzung solle in Einklang stehen mit den Auswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme auf den Beschwerdeführer. *To induce compliance* sei ein allgemeines Ziel der Gegenmaßnahmen, aber kein Kriterium, um deren Umfang festzulegen. Somit scheint diese Entscheidung diesbezüglich die Stoßrichtung aus *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* zu folgen und sich von *US – FSC (Art. 22.6)* zu distanzieren.

Auch in diesem Fall hoben die Schiedsrichter hervor, dass ihnen die Angemessenheit als Maßstab für die Gegenmaßnahmen einen gewissen Spielraum erlaube. Gleichzeitig müsse die Angemessenheit am Prüfstein der Auswirkungen der rechtswidrigen Maßnahme auf den Beschwerdeführer gemessen

⁷⁹⁶ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.5, 6.1.

⁷⁹⁷ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.6-4.18.

⁷⁹⁸ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.52-4.60, 4.71.

⁷⁹⁹ *US – Byrd Amendment (Art. 22.6)*, s90, s92# und s93.

⁸⁰⁰ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.61-4.72; siehe 3.4.

⁸⁰¹ *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.34-4.43, 4.108-4.113, 4.116.

werden.⁸⁰² Die Entscheidung beinhaltet widersprüchliche Aussagen, als einerseits erklärt wird, die Gegenmaßnahmen müssten mindestens die Höhe der nachteiligen Auswirkungen der verbotenen Subvention auf den Beschwerdeführer widerspiegeln, und andererseits, dass die Aussetzungen nicht unverhältnismäßig zu diesen Auswirkungen sein sollten.⁸⁰³ Der Widerspruch besteht darin, dass die erste Aussage Sanktionen fordert, die nicht geringer sein müssten als die negativen Effekte, und die zweite Aussage Gegenmaßnahmen erlaubt, die sowohl höher als auch niedriger als die Auswirkungen sind. Letztendlich lag das Problem angeblich an einer ungenauen Formulierung, denn die Schiedsrichter haben an einer anderen Stelle erklärt, die erste Aussage gäbe das Minimum, die zweite das Maximum an. In anderen Worten, der Umfang der Gegenmaßnahmen müsse mindestens gleich hoch wie das Niveau des beeinträchtigten Handelsvolumens des Beschwerdeführers sein, doch dürfe dabei die in Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens festgelegte Grenze der Angemessenheit nicht überschreiten.⁸⁰⁴ Diese Auslegung hat sich auf die konkreten Berechnungen ausgewirkt.

In der Tat, was den konkreten Umfang des Schadens und der Aussetzung betrifft, betraten die Aussetzungsschiedsrichter dieses Falles Neuland und nahmen die handelsverzerrenden Effekte der verbotenen Subventionen als Ausgangspunkt für ihre Berechnung.⁸⁰⁵ Dieser Entschluss ist im Rahmen dieses Streitfalls nicht wirklich überraschend, da beide Streitparteien bei ihren Überlegungen (wenngleich nicht unbedingt explizit) auch von den Auswirkungen auf den Handel ausgegangen waren. Doch die Schiedsrichter verwarfen haben die konkreten Vorschläge der Streitparteien und benutzten ein eigenes Modell, das gewisse Elemente des brasilianischen Modells übernahm. Um es zusammengefasst zu beschreiben, richteten sie dabei ihr Augenmerk einerseits auf die dank der Subvention erzielte Minderung der Zinssatzes, andererseits auf den Warenbetrag, die die Produzenten der USA dank der Subvention zusätzlich verkaufen konnten.⁸⁰⁶ Dabei verneinten die Schiedsrichter die Übertra-

⁸⁰² US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.95-4.107, 4.178.

⁸⁰³ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.102.

⁸⁰⁴ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.119.

⁸⁰⁵ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.132-4.138, und Fußnote 182.

⁸⁰⁶ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.164-4.171, 4.181, 4.192,

gung des Sanktionspotentials (siehe 4.9).

Als Abschluss noch ein paar Worte. Brasiliens Modell beruhte auf den dank der Subvention erzielten Vorteilen für die Unternehmen der USA. Die Schiedsrichter verwarfen letztendlich Brasiliens Auslegung.⁸⁰⁷ Interessant ist, dass sie die Skaleneffekte, die amerikanische Unternehmen dank der Subvention erzielt haben könnten, näher untersuchten. Sie entschieden, diese dürften nicht in die Berechnung einbezogen werden, weil die zusätzlichen Umsätze keine finanzielle staatliche Leistung seien.⁸⁰⁸ Es scheint fraglich, ob diese Begründung sinnvoll ist. Letztendlich haben verbotene Subventionen normalerweise als Ziel, dass die begünstigten Unternehmen neue Märkte erschließen. In anderen Worten, dass die Käufer sich für die Produkte dieser Unternehmen entscheiden, d.h., dass sie den Kaufpreis entrichten und Geld an das Unternehmen übergeben. Die Frage scheint deshalb berechtigt zu sein, wo da der wesentliche Unterschied zu den Skaleneffekten liegt. Spätestens seit der sog. Neuen Handelstheorie dürfte die Wichtigkeit der Skaleneffekte für die Erschließung neuer Märkte klar sein.

Zusammenfassend, in diesem Fall wurden Gegenmaßnahmen wegen rechtswidrigen, aber bereits zurückgenommenen Subventionen verneint. Problematisch dabei ist, dass die Aussetzungsschiedsrichter faktisch die Umsetzungsfrist verlängerten und Kompetenzen übernahmen, die ihnen laut dem DSU nicht zustehen. Außerdem wurden die systemischen Aspekte der Entscheidung nicht genügend gewürdigt.

Gegen bestehende Subventionen wurden diachronisch variable Aussetzungen erlaubt. Der Wert des Schadens wurde anhand der wirtschaftlichen und handelsverzerrenden Effekte der Subvention ermittelt. Der Umfang der Sanktionen müsse (so die Entscheidung) einerseits mindestens so hoch wie der Schaden, dürfe andererseits nicht unangemessen i.S.v. Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen sein. In anderen Worten, um diesen Umfang festzulegen, spielte *to induce compliance* keine Rolle.

4.198, 4.203-4.279.

⁸⁰⁷ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.139-4.142, 4.153, 4.168.

⁸⁰⁸ US – *Prohibited Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6), Abs. 4.149-4.150.

5.3.3 Entschädigung wegen verbotenen Subventionen

Die Entscheidungspraxis über Sanktionen im Fall von verbotenen Subventionen könnte unvorgesehene Auswirkungen auf das Verständnis der in Art. 22.1 und 22.2 DSU verankerten Entschädigung entfalten. Hier sollen zwei Auswirkungen behandelt werden.

Erstens könnte die Nützlichkeit der Entschädigung stark reduziert werden. Die Entschädigung soll laut Art. 22.1, letzter Satz, DSU mit den Vereinbarungen des DSU kompatibel sein. Geht man davon aus, dass das auch Art. 22.4 DSU einschließt, dann müsste die Entschädigung dem Schaden entsprechen. Jedoch laut den zitierten Entscheidungen können Sanktionen unter Art. 4.10 des SCM-Übereinkommens größer als der Schaden sein. Es könnte deshalb ein Anreiz für den Beschwerdeführer entstehen, in Fällen über verbotene Subventionen Sanktionen statt Entschädigung zu bevorzugen. Dies könnte die Nützlichkeit der Entschädigung stark untergraben, was umso schlimmer ist, weil die Entschädigung als Mittel zur Streitbeilegung wegen ihrer handelsliberalisierenden Wirkung wesentlich besser als die handelshemmende Aussetzungen von Zugeständnissen ist.

Zweitens könnte eine unterschiedliche Gestaltung der Entschädigung in Frage kommen, je nach der Art der Rechtsverletzung. Im Falle der Entschädigung scheint das Ziel *rebalancing of concessions* besonders stark zum Ausdruck zu kommen. Im Gegensatz dazu wird laut der Entscheidungspraxis bei verbotenen Subventionen das Ziel *to induce compliance* besonders betont. Wie soll dieser Unterschied der Ziele gelöst werden, wenn eine Entschädigung im Falle einer verbotenen Subvention erreicht werden soll? Sollte etwa die Entschädigung für eine verbotene Subvention so gestaltet werden sollten, dass sie auch als Ziel *to induce compliance* hat?

Die beiden Elemente scheinen dafür zu sprechen, dass Entschädigungen nach Art. 22.1 und 22.2 DSU in Fällen über verbotene Subventionen nicht unbedingt nach 22.4 DSU gestaltet werden müssten. Doch ob es dazu kommt, ist fraglich. Da Entschädigungen selten vorkommen, wird man vielleicht lange warten müssen, bis in der Streitbeilegungspraxis eine Antwort auf diese Frage ausgearbeitet wird.

5.3.4 Zwischenergebnis

Laut Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens sollen die Gegenmaßnahmen angemessen sein. In den Entscheidungen wurden diese Normen folgendermaßen interpretiert: Im Wesentlichen bezieht sich die Angemessenheit auf den Umfang von Schaden und Sanktion, wobei die Schiedsrichter verstanden haben, dieser Begriff gewähre ihnen eine gewisse Flexibilität in Vergleich zu Art. 22.4 DSU.

In Fällen über verbotene Subventionen erfassten die Schiedsrichter die Angemessenheit der Aussetzung anhand des Betrags der jeweiligen Subvention oder in manchen Fällen auch der Effekte der Subvention.

Was die Sanktionen gegen verbotene Subventionen angeht, so scheint dem Ziel *to induce compliance* der Vorrang vor *rebalancing of concessions* eingeräumt worden zu sein. Dieser Ansatz rechtfertigt im Zweifelsfall höhere statt niedrigere Sanktionen.⁸⁰⁹ Vermutlich ist dies einer der Gründe, wieso mit Ausnahme von *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* die genehmigten Sanktionsbeträge der Fälle über verbotene Subventionen größer waren als bei den restlichen Schiedsverfahren; vgl. Beträge gemäß Art. 22.4 DSU (*EC – Bananas (US)* 191 Mio. US\$, *EC – Hormones* 117 Mio. US\$, *EC – Bananas (Ecuador)* 202 Mio. US\$, *US – Copyright Act* 1 Mio. €) und Beträge gemäß Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens (*Brazil – Aircraft* 344 Mio. C\$, *US – FSC* 4.043 Mio. US\$).

Das Ergebnis dieser Auffassung wurde in *US – FSC (Art. 22.6)* klar. Der außerordentlich hohe Sanktionsumfang schien ein Indiz dafür zu sein, dass das System aus dem Ruder laufen könnte. Deshalb wurde in *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)* in manchen Aspekten zurückgeschraubt. Dennoch blieb in diesem (wie teilweise auch in den zwei früheren Entscheidungen über verbotene Subventionen) eine gewisse Willkür spürbar, etwa in *Canada – Aircraft II (Art. 22.6)*, als der Sanktionsumfang wegen Hartnäckigkeit des Beschwerdegegners nach freiem Ermessen erhöht wurde.

Sollte vielleicht aber nicht von Willkür gesprochen werden, sondern direkt

⁸⁰⁹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 6.56.

von der Einführung von Strafsanktionen, gerechtfertigt anhand des Zieles *to induce compliance*? Die Schiedsrichter insistierten, Strafsanktionen seien im WTO-Recht verboten. Doch die Frage, ob gegen verbotene Subventionen Strafsanktionen dennoch erlaubt worden sind, scheint gerechtfertigt zu sein. Anscheinend war es einer der Fälle wo alle beteuern, es sei eine Katze, obwohl sie an den Löffeln aus dem Hut gezogen wird.

Verglichen mit den früheren Entscheidungen über verbotene Subventionen gaben sich die Aussetzungsschiedsrichter von *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* eher zurückhaltend, was den Umfang der Gegenmaßnahmen betrifft. Der Umfang an Sanktionen müsse mindestens gleich dem Schaden und höchstens angemessen sein. Leider ist die Anzahl von Entscheidungen noch nicht ausreichend, um eine eindeutige Tendenz zu erkennen i.S. einer eindämmenden Auslegung der Kriterien zur Festlegung des Aussetzungsumfangs, doch vorerst scheint Einiges dafür zu sprechen. Überhaupt scheinen seit *US – FSC* die Aussetzungsschiedsrichter allgemein geringere Gegenmaßnahmen erlaubt zu haben, sowohl gemäß Art. 22.4 DSU (*US – 1916 Act* variabel, *US – Byrd Amendment* variabel, *US – Gambling* 21 Mio. US\$), als auch gemäß Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens (*Canada – Aircraft II* 248 Mio. US\$, *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton* variabel, 147,4 Mio. US\$ für das Jahr 2006). In der bis jetzt einzigen Entscheidung gemäß Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens (siehe nächster Abschnitt) wurde ein Betrag erlaubt, der auch nicht sehr aus der Reihe tanzt (*US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* 147,3 Mio. US\$).

5.4 Anfechtbare Subventionen

5.4.1 Verhältnismäßige Gegenmaßnahmen

In dieser Arbeit wird „verhältnismäßig“ für *commensurate* verwendet. D.h., die Nomenklatur der Deutschen Ausgabe der Übereinkommen der WTO des Verlags C. H. Beck für Art. 7.9, 7.10 und 9.4 SCM-Übereinkommen wird nicht befolgt, denn sie benutzt stattdessen „angemessen“, was irreführend ist, da (wie schon erwähnt) in der Übersetzung des SCM-Übereinkommens einerseits mit diesem Wort *appropriate* (Art. 4.10) übersetzt wird und andererseits sowohl

für *inappropriate* (Art. 18.3) als auch *disproportionate* (Fußnoten 9 und 10) „unangemessen“ verwendet wird.

Bis dato wurden in nur einem Fall über anfechtbare Subventionen Aussetzungen erlaubt, und zwar in *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6). Andere Entscheidungen, besonders *US – FSC* (Art. 22.6), äußerten sich jedoch auch zu dieser Art von Sanktionen.

Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens beinhalten besondere oder zusätzliche Regeln und Verfahren über Streitbeilegung gemäß Art. 1.2 DSU in Verbindung mit Anhang 2 des DSU. Diese beiden Abschnitte des Art. 7 regeln (unter Anderem) die Bemessung des Sanktionsumfangs im Falle von anfechtbaren Subventionen und besagen, dass die Gegenmaßnahmen verhältnismäßig zum Ausmaß und zur Art der festgestellten nachteiligen Auswirkungen sein sollen. Eine systematische Interpretation des Übereinkommens ist hilfreich, um den Schlüsselbegriff der Verhältnismäßigkeit besser zu verstehen.

Als erster Schritt ist es naheliegend, die Verhältnismäßigkeit (Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommens) als ein strengeres Kriterium als die Angemessenheit (Art. 4.10 und 4.11) auszulegen, weil verbotene Subventionen einen schwerwiegenderen Rechtsbruch bedeuten als anfechtbare Subventionen.⁸¹⁰ In anderen Worten, die Aussetzungsschiedsrichter müssen strengere Auflagen erfüllen und haben dementsprechend weniger Freiraum, wenn sie den Umfang von Gegenmaßnahmen gegen anfechtbare Subventionen festlegen, als wenn es um verbotene Subventionen geht.

In einem zweiten Schritt können wir den Begriff der Verhältnismäßigkeit weiter präzisieren. Anfechtbare Subventionen sind erlaubt, doch haben andere WTO-Mitglieder ein Recht auf Schutz gegen die möglichen nachteiligen Auswirkungen dieser Subventionen. Die Anfechtbarkeit rührt also aus diesen nachteiligen Auswirkungen, die in Art. 5 und 7.2 des SCM-Übereinkommens definiert werden als „die Schädigung des inländischen Wirtschaftszweigs oder die Zunichtemachung bzw. Schmälerung oder die ernsthafte Schädigung der Interessen“ des betroffenen Mitglieds. Folgerichtig besagt Art. 7.8 des SCM-Übereinkommens: Wenn ein Streitbeilegungsorgan der WTO feststellt, dass

⁸¹⁰ Siehe etwa *US – FSC* (Art. 22.6), Abs. 5.32, 5.38-5.39; Shadikhodjaev, S. 110-112.

die anfechtbare Subvention zu nachteiligen Auswirkungen geführt hat, hat die beklagte Partei die Wahl, entweder die nachteiligen Auswirkungen zu beseitigen oder die Subvention zurückzunehmen.⁸¹¹

Die Schiedsrichter leiteten hieraus ab, die Beseitigung der Auswirkungen bedeute die Wiederherstellung des Gleichgewichts der Handelsströme (“a rebalancing on the level of reciprocal actual trade effects”)⁸¹², was sinngemäß sehr nahe der Entscheidungspraxis zu Art. 22.4 DSU⁸¹³ und dem Begriff von *to rebalance concessions* kommt.

5.4.2 Schadens- und Sanktionsumfang

Dieser Abschnitt befasst sich mit der Frage, wie Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens im bis jetzt einzigen Verfahren nach Art. 22.6 DSU ausgelegt wurden.

5.4.2.1 **US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)**⁸¹⁴

In diesem Abschnitt wird die Entscheidung *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* behandelt. Parallel dazu wurde *US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* verkündet, welches im Abschnitt 5.3.2.4 behandelt wurde.

Als Erstes befasst sich die Entscheidung mit einer Frage, die eigentlich in einem Umsetzungsverfahren nach Art. 21.5 DSU erörtert werden müsste. Die USA als Beschwerdegegner behaupteten, sie hätten die anfechtbare Subvention zurückgezogen, nachdem die mit der Überprüfung der Umsetzung betrauten Streitbeilegungsorgane ihre Tätigkeit abgeschlossen hatten. Die Aussetzungsschiedsrichter befanden jedoch, dass die zurückgezogene Subvention durch eine neue ersetzt worden war, die inhaltlich gleich war. Deshalb hätten die USA die Empfehlungen und Entscheidungen des DSB nicht umgesetzt und es dürften Gegenmaßnahmen eingeführt werden.⁸¹⁵ Im Jahr 1999 in *EC – Ba-*

⁸¹¹ Siehe auch *Brazil – Aircraft (Art. 22.6)*, Abs. 3.45-3.49, und *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.38.

⁸¹² *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.29-5.31, 5.42.

⁸¹³ Lawrence, S. 55, Fußnote 7.

⁸¹⁴ Literatur zu diesem Fall wird unter 5.3.2.4 zitiert.

⁸¹⁵ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 3.1, 3.11, 3.25, 3.29, 3.32.

nanas (US) (Art. 22.6) hatten schon Aussetzungsschiedsrichter Aufgaben gemäß Art. 21.5 DSU übernommen (siehe 5.2.2.1). Daraufhin hatte das Berufungsgremium im Jahr 2000 erklärt, dass Schiedsrichter gemäß Art. 22.6 DSU die Rechtmäßigkeit der Umsetzungsmaßnahmen des Beschwerdegegners nicht überprüfen dürfen, da diese Aufgabe nur im Rahmen eines Verfahrens nach Art. 21.5 DSU wahrgenommen werden müsse.⁸¹⁶ Fazit: Die Entscheidung der Aussetzungsschiedsrichter in *EC – Bananas (US) (Art. 22.6)* kann noch nachvollzogen werden, weil sie Neuland betraten, doch die Schiedsrichter in *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)* widersprachen der Auslegung des Berufungsgremiums und überschritten ihre Kompetenz eindeutig.

Zweitens wurde der Begriff der „Gegenmaßnahmen [...], die verhältnismäßig zum Ausmaß und zu der Art der festgestellten nachteiligen Auswirkungen sind“ (Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens), interpretiert. Wie üblich für die WTO-Entscheidungspraxis fängt die Analyse der einschlägigen Rechtsnormen mit einer Auslegung des Wortlauts an, die sich teilweise recht stark an Wörterbuchdefinitionen bedient (siehe die Einführung zu Kapitel 2). Die Schiedsrichter meinten, der Begriff der Gegenmaßnahmen gebe keinen Aufschluss über ihren Umfang, sondern nur auf ihre Beschaffenheit: Sie seien zwischenzeitliche Maßnahmen, die an sich rechtswidrig wären, und die gegen eine Verletzung einer Verpflichtung des SCM-Übereinkommens eingesetzt werden. Die Verhältnismäßigkeit könne sowohl quantitativ als auch qualitativ sein. Sie bedeute Übereinstimmung zwischen den Gegenmaßnahmen und Ausmaß und Art der festgestellten nachteiligen Auswirkungen, was sowohl eine bloße Adäquatheit als auch eine zahlenmäßige Gleichheit ausschliesse. Die festgestellten nachteiligen Auswirkungen seien diejenigen, die vom Panel und vom Berufungsgremium identifiziert worden sind.⁸¹⁷

Die systematische Interpretation fällt recht dürftig aus, denn sie beinhaltet so gut wie keine Begründung, sondern kommt direkt zum selben schon erwähnten Schluss wie *US – FSC (Art. 22.6)*, nämlich dass die Verhältnismäßigkeit (Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen) weniger Flexibilität erlaube als die Angemessenheit (Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen), weil anfechtbare

⁸¹⁶ *US – Certain EC Products (AB)*, Abs. 83-92.

⁸¹⁷ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.24-4.53.

Subventionen an sich nicht verboten seien⁸¹⁸; Weniger Flexibilität bedeutet in diesem Kontext, dass der Sanktionsumfang enger an den Umfang des Schadens gebunden ist. Erstaunlicherweise wird die in 5.4.1 erwähnte Argumentation aus *US – FSC (Art. 22.6)*⁸¹⁹ nicht zitiert.

Teleologisch betrachtet meinten die Schiedsrichter, das Ziel jeglicher Gegenmaßnahmen im Rahmen der WTO sei *to induce compliance*. Anschließend dissoziierten sie dieses Ziel vom Umfang der Gegenmaßnahmen („However, we do not consider that this purpose in and of itself provides specific indications as to the *level* of countermeasures that may be permissible under this provision“; „The objective of inducing compliance must be seen to arise from the ability of a Member to obtain an authorization, and not from an exaggeration of its permitted amount“⁸²⁰). An dieser Stelle wird deutlich, dass die WTO-Streitbeilegungsorgane das Zusammenspiel der Ziele der Gegenmaßnahmen so verstehen, wie unter 2.1 systematisiert wurde.

Das dritte große Thema der Entscheidung ist der Umfang der Gegenmaßnahmen. Brasilien behauptete, die Subvention der USA würde zwei für dieses Verfahren relevante Effekte haben. Erstens würden die Weltpreise für Baumwolle gedrückt, weshalb Baumwollanbauer außerhalb der USA weniger Einkommen für ihre Ernten erzielen würden. Zweitens würden Baumwollanbauer aus den USA andere Anbieter aus dem Weltmarkt verdrängen.⁸²¹ Dabei bezog sich der Beschwerdeführer auf das SCM-Übereinkommen, dessen Art. 5 nachteilige Auswirkungen, die anfechtbare Subventionen entfalten können, unter Anderem in lit. (c) als „eine ernsthafte Schädigung der Interessen eines anderen Mitglieds“ definiert. In Art. 6.3 (c) wiederum werden unter Anderem erheblicher Preisdruck und Absatzverlust als Beispiele für eine ernsthafte Schädigung angegeben.

Es wurde thematisiert, woraus die Grundlage für die Berechnung der nachteiligen Auswirkungen (d.h., des Schadens) bestehen sollte. Wie eben erwähnt, muss der Preisdruck erheblich sein, um als nachteilige Auswirkung zu

⁸¹⁸ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.54-4.56.

⁸¹⁹ *US – FSC (Art. 22.6)*, Abs. 5.28-5.43.

⁸²⁰ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.60, 4.62.

⁸²¹ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.1-4.2, 4.64, 4.124.

zählen. Sollte der nicht erhebliche Teil des Preisdrucks vom Schaden abgezogen werden, d.h. nicht als nachteilige Auswirkung gezählt werden? Die Aussetzungsschiedsrichter verneinten es. Die Erheblichkeit sei der Maßstab, den der Preisdruck erreichen müsste, damit die einschlägigen Streitbeilegungsorgane (Panel, Berufungsgremium, mit der Überprüfung der Umsetzung betraute Streitbeilegungsorgane) eine ernsthafte Schädigung und somit eine nachteilige Auswirkung feststellen können. Nur bei Erheblichkeit sei eine Rechtsverletzung vorhanden, doch diese Rechtsverletzung beziehe sich auf den gesamten Preisdruck. Ein entscheidendes Argument lieferten Art. 11.9 des SCM-Übereinkommens und Art. 5.8 des Antidumping-Übereinkommens, denn Ausgleichsmaßnahmen und Antidumping-Maßnahmen dürfen nur eingeführt werden, wenn eine Erheblichkeitsschwelle überschritten wurde, doch dann beziehen sich die Maßnahmen auf den Gesamtbetrag.⁸²² Durch diese Auslegung wird die Kongruenz innerhalb des WTO-Rechts betont.

Ein wichtiger Teil der Entscheidung besteht aus dem ökonometrischen Modell, das Brasilien vorschlug, um den Schaden zu berechnen. Mehrere Variablen wurden diskutiert. So z.B. befasst sich die Entscheidung mit der Wahl der Zeitspanne, in der die nachteiligen Auswirkungen gemessen werden. Die Frage wurde letztendlich anhand der Beweislastregeln entschieden⁸²³, was eindeutig positiver ist, als dass die Schiedsrichter ihre eigene Berechnung aufstellen (siehe 3.5). Auch z.B. die Elastizitätswerte wurden untersucht (siehe 3.7). Die von Brasilien vorgeschlagenen Werte wurden übernommen, weil sie laut den Schiedsrichtern passend waren. Anders gesagt: Auch hier konnten die USA ihre Beweislast nicht bewältigen, d.h. die Schiedsrichter von der Untauglichkeit dieser Werte nicht überzeugen.⁸²⁴ Letztlich was den Betrag angeht, wurde (wie auch im Parallellfall über verbotene Subventionen) die Übertragung des Sanktionspotentials verneint (siehe 4.9). Im Gegensatz zum Parallellfall wurden aber die Sanktionen nicht diachronisch variabel definiert.⁸²⁵

⁸²² *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.93-4.107.

⁸²³ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.108-4.119.

⁸²⁴ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.120-4.195, und besonders 4.163 und 4.178.

⁸²⁵ *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)*, Abs. 4.193-4.195.

5.4.3 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann erstens hervorgehoben werden, dass Sanktionen gegen anfechtbare Subventionen verhältnismäßig sein müssen, und dies sei laut der Entscheidungspraxis ein strengeres Kriterium als die Angemessenheit im Falle der verbotenen Subventionen. So wie er ausgelegt wurde, kommt der Begriff der verhältnismäßigen Gegenmaßnahmen sehr nahe an Gegenmaßnahmen, die dem Umfang der zunichte gemachten oder geschmäleren Vorteile entsprechen (Art. 22.4 DSU) und *to rebalance concessions* herbeiführen.

Zweitens, die Schiedsrichter in *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6) meinten, dass die Voraussetzung eines erheblichen Schadens i.S.v. Art. 5 (c) und 6.3 (c) des SCM-Übereinkommens lediglich eine prozessuale Bedingung für die Einleitung eines Prozesses sei, aber keine Auswirkungen auf die Schadensberechnung habe.

Drittens, ein roter Faden in *US – Actionable Subsidies on Upland Cotton* (Art. 22.6) ist, dass die Schiedsrichter es allgemein unterließen, eigene Kriterien aufzustellen oder die Werte der Variablen selber zu ermitteln. Stattdessen begnügten sie sich damit, die von den Streitparteien vorgeschlagenen Werte zu überprüfen und sich anhand der Beweislastregeln für den Entwurf einer Partei zu entscheiden. Diese Vorgehensweise ist zu begrüßen, erstens damit die Schiedsrichter nicht den Eindruck erwecken, die Parteien aus dem Rampenlicht verdrängen zu wollen, und zweitens werden so die Anreize für die Parteien verstärkt, keine irrsinnigen Werte vorzuschlagen, denn sonst steigt die Wahrscheinlichkeit, dass der Vorschlag der Gegenpartei angenommen wird (siehe 3.5).

6 Ergebnis

Wie H.L.A. Hart schrieb: „such fluid notions such as that of ‚reasonable-ness‘ [...] provide at least some foundation for the view that [...] courts are exercising virtually uncontrolled discretion“.⁸²⁶ Dieses Motiv zieht sich durch diese Arbeit und schwelt im Hintergrund, und zwar erstens die Feststellung des recht großen Ermessensspielraums der Aussetzungsschiedsrichter, und zweitens die daraus folgende Frage, wo die Grenzen dieses Spielraums verlaufen und evtl. verlaufen sollten. Die Schiedsrichter legten im Großen und Ganzen Wert darauf, sich im Rahmen des Nachvollziehbaren, Vertretbaren und Zumutbaren zu bewegen – doch manchmal entschieden sie Fragen auf einer schlicht nicht mehr nachvollziehbaren Weise. Was ihr Vorgehen betrifft, konnten die Schiedsrichter wegen der häufig relativ vagen Normen des DSU oft nicht anders, als Rechtslücken zu füllen. Somit übernahmen sie unterm Strich eine recht aktive Rolle.

Diese Arbeit hat sich mit der Entscheidungspraxis über den Umfang der Sanktionen im WTO-Recht befasst. Im ersten Teil wurden einführende Themen behandelt, die für diese Untersuchung relevant sind. Die WTO-Streitbeilegung kann besonders als ein Mittel begründet und gerechtfertigt werden, um Rechtssicherheit zu erzeugen. Hierin kommt der WTO-Rechtsdurchsetzung juristisch eine zentrale Rolle zu. Ihre wirtschaftliche Begründung und Rechtfertigung liegt teilweise in der Vermeidung von Handelskriegen, sowie um Marktversagen zu kontrollieren. Um die Rechtsdurchsetzung des WTO-Rechts zu verstehen, ist ein Einblick in den Hintergrund der WTO-Sanktionen, in ihre Zuordnung im Rahmen des internationalen Wirtschaftsrechts und in die Geschichte des GATT nötig. Außerdem bildet Information als Bedingung der WTO-Rechtsdurchsetzung eine eigene Problematik, die die Aussetzungsschiedsrichter auch thematisiert haben. Der erste Teil endet mit einer Übersicht vom Verfahren zur Einfuhr von Sanktionen.

Im zweiten Teil werden die wichtigsten Ziele der WTO-Sanktionen vorge-

⁸²⁶ Hart, S. 45.

stellt, und zwar *to induce compliance* und *to rebalance concessions*. Das erste Ziel deutet auf größtmögliche Anreize, damit der Beschwerdegegner die Rechtsverletzung beseitigt. Sinn des zweiten Zwecks ist, das Gleichgewicht der Vorteile zwischen den Parteien, das durch die Rechtsverletzung verletzt wurde, wieder herzustellen. Diese Ziele werden nicht explizit im DSU erwähnt, sondern die Streitbeilegungsorgane haben sie von bestimmten Normen des DSU abgeleitet. Die Entscheidungspraxis erkannte oft ein Spannungsverhältnis zwischen beiden Zwecken, scheint es aber nicht wirklich zufriedenstellend gelöst zu haben. In dieser Arbeit wurden drei Ebenen vorgestellt, anhand deren die herrschende Interpretation systematisiert und ein Beitrag zum Verständnis und zur Lösung dieses Spannungsverhältnisses geleistet wird. Erstens wird erkannt, dass die Streitbeilegungsorgane die Tatsache, dass das WTO-Recht Gegenmaßnahmen zulässt, als einen Ausdruck von *to induce compliance* verstehen. Die zweite Ebene betrifft den Umfang der Sanktion, wobei die Entscheidungspraxis unterschiedliche Ansätze je nach Rechtsgrundlage verfolgt. Wenn der Sanktionsumfang anhand von Art. 22.4 DSU festgelegt wird, soll der Umfang der Aussetzungen dem Umfang der Zunichtemachung entsprechen. Ähnlich verfahren die Streitbeilegungsorgane bei Anwendung von Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen über anfechtbare Subventionen. Die Schiedsrichter betonen also die Zügelung des Sanktionsumfangs, was eher dem Gedanken von *to rebalance concessions* entspricht. Wenn aber Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen über verbotene Subventionen greifen, scheinen die Streitbeilegungsorgane noch nicht eindeutig dieses Ziel übernommen zu haben und somit bleibt noch relativ unklar, welches Ziel die Aussetzungen verfolgen. Die dritte Ebene bezieht sich nicht auf den Sanktionsumfang, sondern auf die qualitativen Aspekte der Aussetzungen. Hier räumten die Schiedsrichter den Beschwerdeführern eine große Freiheit für die Gestaltung der Gegenmaßnahmen ein. Dies läuft im Sinne von *to induce compliance* darauf hinaus, dass der Beschwerdeführer den Inhalt der Sanktion so gestalten kann, dass ein maximaler Druck auf den Beschwerdegegner ausgeübt wird. Zusammenfassend: *to induce compliance* ist der Grundsatz der Aussetzungen. Ausnahme ist das quantitative Element der Sanktionen, das sich an *rebalancing of concessions* anpassen muss – wobei aber bei verbotenen Subventionen die Entscheidungspraxis noch nicht eindeutig zu sein scheint. Im zweiten Teil dieser Arbeit wurden auch

andere Ziele der WTO-Sanktionen erörtert, die jedoch in der WTO-Streitbeilegung eine relativ untergeordnete Rolle spielen.

Der dritte Teil behandelt das Thema des Schadens, weil die Streitbeilegungsorgane den Umfang der Aussetzung mit Bezug auf den Umfang des Schadens definieren (wobei freilich je nach Rechtsgrundlage diese Korrespondenz anders gestaltet wird). Laut der Entscheidungspraxis des GATT und der WTO schützt das Diskriminierungsverbot nicht die Handelsströme, sondern besonders das Rechtsgut der Wettbewerbsvoraussetzungen. Der Schaden im Kontext der WTO-Sanktionen kann als das Vernichten der den Vertragspartnern zustehenden Vorteile definiert werden. In der WTO-Streitbeilegung ergab sich bis jetzt die Gelegenheit, drei Arten von direktem Schaden zu unterscheiden: verlorene Exportschancen, rechtswidrige Auszahlungen und Verstöße gegen das TRIPS-Übereinkommen. Bezüglich des indirekten Schadens zählten die Schiedsrichter ihn unterm Strich tendenziell nicht mit. Grund hierfür waren oft Beweisschwierigkeiten. Andererseits wurde die Abschreckungswirkung als indirekter Schaden eher explizit abgewiesen, was vielleicht politisch gerechtfertigt werden kann, doch m.E. dem WTO-Recht widerspricht. Im Endeffekt systematisierten die Schiedsrichter bis jetzt das Thema des indirekten Schadens nicht zufriedenstellend.

Eng verwandt mit dem Thema des Schadens und seines Beweises ist die Schadensvermutung von Art. 3.8 DSU. Diese Vermutung verzahnt den Verstoß mit dem Schaden und mittlerweile scheint sich eine herrschende Meinung herauskristallisiert zu haben, laut der diese Vermutung in Verfahren vor den Panels oder dem Berufungsgremium unwiderlegbar ist und eintritt, sobald ein Verstoß festgestellt wird. Somit dient diese Vermutung auch als unanzweifelbare Begründung der Beschwerdebefugnis für Aussetzungsschiedsverfahren. Jedoch wird während der Verfahren gemäß Art. 22.6 DSU widerlegbar vermutet, dass ein Schaden eingetreten ist. Außerdem wird der Umfang dieses Schadens nicht von der Vermutung erfasst und muss deshalb mit anderen Mitteln bewiesen werden. In Aussetzungsschiedsverfahren gelten die allgemeinen, vom Berufungsgremium ausgearbeiteten Beweislastregeln, führen aber aus prozessualen Gründen teilweise zu einer faktischen Umkehrung der Beweislast. Prinzipiell fällt nämlich die Beweislast auf die Partei, die eine Rechtswidrigkeit be-

teuert, d.h. in der Regel auf den Beschwerdeführer. Gemäß Art. 22.6 DSU leitet aber die beklagte Partei das Aussetzungsschiedsverfahren ein, weshalb er – und nicht der Beschwerdeführer – die Beweislast in Bezug auf den Schadens- und Sanktionsumfang tragen muss. Dieser Umstand kann zu wenig sinnvollen Ergebnissen führen, wie etwa, dass die beklagte Partei beweisen müsste, dass kein Schaden eingetreten ist. Deshalb verteilten die Schiedsrichter in mehreren Fällen die Beweislast etwas gleichmäßiger, indem sie z.B. von jeder Partei grundsätzlich den Beweis der von ihr behaupteten Tatsachen erwarteten. Sie nahmen grundsätzlich die Vorschläge der Parteien als Ausgangspunkt und stellten darauf aufbauend meistens eine eigene Berechnung auf, die oft nahe am Durchschnitt zwischen den Positionen beider Parteien lag; Besser wäre vermutlich, die Methode der *Final Offer Arbitration* zu übernehmen. Was die Argumentation betrifft, griffen die Aussetzungsschiedsrichter in mehreren Fällen nicht nur auf die Entscheidungspraxis zurück, sondern beachteten auch die Beziehung zu verwandten Fällen. Um den Schadensumfang bei Subventionen oder staatlichen Transferleistungen zu messen, spielt die Überwälzungsquote (*pass through*) eine wichtige Rolle; Sie gibt an, inwiefern das begünstigte Unternehmen die erhaltenen Gelder z.B. für WTO-rechtswidrige Preissenkungen einsetzt.

Der vierte Teil befasst sich mit den Sanktionen der WTO. Sie weisen weitgehende Parallelen zu den Sanktionen des allgemeinen Völkerrechts auf. Ein wichtiger Grundsatz des Völkerrechts, der auch im WTO-Recht gilt, ist die Verhältnismäßigkeit der Gegenmaßnahmen. WTO-Sanktionen, deren Umfang größer als der Schadensumfang ist, werden als Strafsanktionen bezeichnet. Eine der wichtigsten Aufgaben der Aussetzungsschiedsrichter besteht in der Kontrolle dieser quantitativen Korrespondenz zwischen Schaden und Sanktion. Doch damit wird lediglich gemeint, dass die Obergrenze der Strafsanktionen nicht überschritten werden darf; Die Schiedsrichter sind nicht befugt, einen zu niedrigen Aussetzungsumfang von Amts wegen zu erhöhen. Die Anwendung von zwei relativ einfachen Modellen legt gewisse Unzulänglichkeiten der Analyse der Schiedsrichter über die Strafsanktionen zu Tage. Trotzdem bleiben die quantitativen Grenzen der Aussetzungen ein äußerst wichtiges Thema für die WTO-Streitbeilegung. So etwa haben manche Mitglieder das Mittel der Karus-

sell-Sanktionen entdeckt, um den Druck der Aussetzungen zu steigern, ohne diese Grenze zu übertreten. Um die Durchschlagkraft der Gegenmaßnahmen auch im Falle eines dynamischen Schadensumfangs zu gewährleisten, genehmigten die Streitbeilegungsorgane Sanktionen mit diachronisch variablem Umfang. Recht ausgiebig untersuchten sie die Voraussetzungen für *cross retaliation*, wobei Art. 22.3 DSU eher offene Begriffe für die Bedingungen von *cross retaliation* verwendet. Diese wurden von den Schiedsrichtern ziemlich gründlich untersucht und teilweise auch präzisiert. Dabei wurde dem Entwicklungslandstatus des Beschwerdeführers tendenziell eine rechte große Bedeutung zugemessen und solchen Staaten ist ein relativ weiter Ermessensfreiraum gewährt worden. Die Regeln über *cross retaliation* schreiben eine gewisse qualitative Korrespondenz zwischen rechtswidriger Maßnahme und Gegenmaßnahme vor. Die Aussetzungsschiedsrichter haben betont, sie dürften die qualitative Komponente nur im Rahmen der Regelung über *cross retaliation* überprüfen; Sie seien nicht kompetent, um weitere qualitative Aspekte der Sanktionen zu untersuchen. Deshalb kontrollieren die Schiedsrichter manche Variablen grundsätzlich nicht. Z.B. was die Anreizstärke betrifft, die die Aussetzung ausstrahlt, sind faktische Komponenten besonders ausschlaggebend, wie etwa die Güterart, die Marktstruktur, die Zeitspanne zwischen Ankündigung und Einfuhr der Sanktion, und die Art der Beziehung zwischen den Streitparteien. Die Gestaltung dieser Variablen bleibt also prinzipiell dem Beschwerdeführer überlassen – und eine strengere qualitative Äquivalenz scheint m.E. auch nicht wünschenswert zu sein.

Die Frage der prozessualen Befugnisse wurde auch thematisiert. So z.B. sind laut der Entscheidungspraxis alle WTO-Mitglieder befugt, Beschwerde einzulegen. In Bezug auf die Verfahren gemäß Art. 22.6 DSU schließt diese Auslegung auch Mitglieder ein, denen die Rechtswidrigkeit keinen Schaden zugefügt hat. Die Befugnis aber, Zugeständnisse auszusetzen, haben nur die Beschwerdeführer, die einen Schaden tatsächlich erlitten haben. Auch wurde die Frage untersucht, ob sanktionsbefugte Mitglieder Gegenmaßnahmen einführen dürfen im Gesamtwert des Schadens, den der Beschwerdegegner verursacht hat, oder im Wert des Schadens, den die beschwerdeführende Partei erlitten hat. Die erste Variante würde bedeuten, dass nicht beschwerdeführen-

de Mitglieder den Beschwerdeführern ihr Sanktionspotential übertragen würden. Diese Übertragung ist in der Entscheidungspraxis der WTO (wie übrigens auch im Völkerrecht) strittig.

Im fünften Teil wird eingehend die Entscheidungspraxis des GATT und der WTO zum Schadens- und Sanktionsumfang analysiert. Zu Zeiten des GATT wurden Aussetzungen nur ein Mal erlaubt, und zwar im Anfangsstadium des GATT in 1952. Deshalb ist es nicht leicht, den entsprechenden Bericht mit heute in der WTO-Diskussion gängigen Kategorien zu analysieren. Außerdem ist die Argumentation des Berichtes recht karg. Trotzdem scheint plausibel, dass ein ähnliches Kriterium wie das, was wir heute die Entsprechung zwischen Schaden und Aussetzung (Art. 22.4 DSU) nennen, ein ausschlaggebendes Kriterium gewesen ist.

Die Entscheidungspraxis der WTO wird in dieser Arbeit getrennt nach Rechtsgrundlage analysiert; Es sind drei Rechtsgrundlagen, die unterschiedliche Messlatten der Korrespondenz zwischen Schaden und Aussetzung definieren. Art. 22.4 und 22.7 Satz 1 DSU erfordern Entsprechung (*equivalence*). Seinerseits verlangen Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen nach Angemessenheit (*appropriateness*) und Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen nach Verhältnismäßigkeit (*commensurateness*).

Die erste Grundlage ist Art. 22.4 DSU und ist im Regelfall anwendbar. Die Schiedsrichter haben meistens den Schadens- und den Sanktionsumfang anhand der verringerten Handelsströme gemessen, wobei zu betonen ist, dass das DSU diesbezüglich keine Angaben macht. In diesen Fällen verlangen die Streitbeilegungsorgane, dass der Schaden tatsächlich eingetreten sein muss, wobei diese Zunichtemachung aus dem Preis f.o.b. der Exporte, die wegen der WTO-rechtswidrigen Maßnahme nicht getätigt wurden, besteht. Andere Schadensarten, wie etwa die Abschreckungswirkung der rechtswidrigen Maßnahme und die Prozesskosten, wurden nicht mitgezählt. In einem Fall über urheberrechtliche Transfers zwischen Privaten bestand der Schaden aus Nettotransfers, weshalb offen bleibt, ob zukünftig in Fällen über Warenhandel ein analoger Ansatz angewendet werden wird und der Schaden aus dem den Privaten entgangenen Gewinn bestehen könnte. Um den Schadensumfang zu ermitteln, ist ein Trend in Richtung ausführlicherer ökonomischer Berechnungen des Scha-

dens zu beobachten. Wenn die Rechtswidrigkeit aus Auszahlungen besteht, die keine Subventionen sind, darf die Sanktion nicht der Auszahlung, sondern sie muss dem Schaden entsprechen.

Die zweite Rechtsgrundlage der Schadensbemessung bezieht sich auf verbotene Subventionen und ist in Art. 4.10 und 4.11 des SCM-Übereinkommens enthalten. Gemäß diesen Normen sollen Aussetzungen angemessen sein. Laut der Entscheidungspraxis gewährt diese Messlatte den Schiedsrichtern einen größeren Spielraum, doch die Obergrenze bleiben auch in diesem Fall die Strafsanktionen. Woraus diese Angemessenheit besteht, ist weder im WTO-Recht noch von den Streitbeilegungsorganen eindeutig definiert worden. Was sie in ihren Entscheidungen ausarbeiteten, ist die Frage, woran diese Angemessenheit zu messen sei. Unstrittig scheint, dass die Angemessenheit der Aussetzungen vom Subventionsbetrag abhängen kann. Ob aber die Sanktionen auch angemessen zu den negativen Effekten der Subvention sein können, steht offen, da die Entscheidungspraxis schwankt. In Fällen über verbotene Subventionen ist das Ziel *to induce compliance* relativ stark zum Ausdruck gekommen. So z.B. wurde in einem Fall der Wert der Gegenmaßnahmen pauschal erhöht, weil der Beschwerdegegner erklärt hatte, er sei nicht bereit, die rechtswidrige Maßnahme zurückzunehmen. Zuletzt sei noch erwähnt, dass Aussetzungen gegen bereits zurückgenommene Subventionen verneint wurden, weshalb im konkreten Fall damit die Umsetzungsfrist faktisch verlängert wurde, obwohl Aussetzungsschiedsrichter die Kompetenz dazu nicht besitzen.

Die dritte Rechtsgrundlage zur Berechnung des Schadensumfangs ist in Fällen über anfechtbare Subventionen anwendbar gemäß Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommens. Sie besagt, dass Gegenmaßnahmen verhältnismäßig sein sollen. Nur in einem Fall über anfechtbare Subventionen ist es bis jetzt zu einer Entscheidung gemäß Art. 22.6 DSU gekommen. In diesem Fall wurde die Messlatte von Art. 7.9 und 7.10 des SCM-Übereinkommen ähnlich wie Art. 22.4 DSU ausgelegt.

Als Abschluss sei an dieser Stelle ein roter Faden dieser Arbeit hervorzuheben. Letztendlich können sowohl erstens das Verfahren gemäß Art. 22.6 DSU, zweitens die Maßstäbe zur Korrespondenz zwischen Schaden und Sank-

tion (Art. 22.4 DSU, Art. 4.10 und 4.11 SCM-Übereinkommen und Art. 7.9 und 7.10 SCM-Übereinkommen), als auch drittens die daraus folgende Entscheidungspraxis über die Sanktionsbeträge als ein Mittel zur Stabilisierung des WTO-Systems gesehen werden. Das Ziel dabei ist nicht eine krampfhaft fixierte Gleichwertigkeit zwischen Schaden und Sanktionen, denn alleine schon wegen des schier unüberwindlichen Informationsproblems würden die WTO-Streitbeilegungsorgane vor einer in der Praxis kaum zu bewältigenden Aufgabe stehen (siehe 1.4). Das Ziel ist, den Sanktionen eine juristisch, politisch und wirtschaftlich vertretbare Grenze zu setzen. Diese Grenzziehung ist besonders aus zwei Gründen wichtig. Erstens kann die ökonomische quantitative Messung des vom Beschwerdeführer erlittenen Schadens und des Sanktionsumfanges heutzutage oft nicht präzise durchgeführt werden. Zweitens, und vielleicht noch wichtiger, sollen Sanktionen erlaubt werden, die besonders für die Streitparteien, aber auch für die gesamten WTO-Mitglieder zufriedenstellend sind. Somit wird die unilaterale Sanktionsmacht der souveränen WTO-Mitgliedstaaten gezügelt, während gleichzeitig beiden Streitparteien zumutbare und vertretbare systeminterne Sanktionen angeboten werden, so dass die Mitglieder ihre Konflikte im Rahmen der WTO austragen und letztendlich die Legitimität der WTO gestärkt wird. Das Sanktionssystem der WTO sucht diese Vertretbarkeit zu erreichen, indem der Gestaltung und dem Umfang der Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Pflichten Grenzen gesetzt werden. Dieser Umfang soll eine Korrespondenz zum Wert des Schadens aufweisen. Doch diese Korrespondenz ist juristischer Natur, was nicht unbedingt mit einer tatsächlichen Korrespondenz übereinstimmt.

In anderen Worten: Einige Autoren haben sich gefragt, inwiefern (nicht zuletzt wegen der mangelhaften ökonomischen Modelle) die Höhe der Sanktionen in der WTO-Streitbeilegung willkürlich festgesetzt wird.⁸²⁷ Falls diese Frage faktisch verstanden wird, ist sie fehl am Platz. Falls sie die juristische, politische und wirtschaftliche Nachvollziehbarkeit und Vertretbarkeit der Entscheidungen meint, spricht sie in der Tat einen äußerst wichtigen Themenbereich an.

⁸²⁷ Z.B. Spamann, S.34, Lawrence, S. 58.

7 Quellenverzeichnis

7.1 Literatur

1. Anderson, Kym (2002): „Peculiarities of retaliation in WTO dispute settlement“, CEPR, London.
2. Araki, Ichiro (2004): „Comment on Fritz Breuss ‚WTO Dispute Settlement: An Economic Analysis of Four EU-US Mini Trade Wars‘“, Journal of Industry, Competition and Trade, 4(4), S. 345-364.
3. Bagwell, Kyle; Petros C. Mavroidis; Robert Staiger (2003): „The case for auctioning countermeasures in the WTO“, National Bureau of Economic Research, Cambridge MA.
4. Bagwell, Kyle; Robert W. Staiger (2000): „GATT-Think“, National Bureau of Economic Research, Cambridge MA.
5. Barton, John H; Judith L. Goldstein; Timothy E. Josling; Richard H. Steinberg (2006): „The evolution of the trade regime“, Princeton University Press, Princeton.
6. Bello, Judith Hippler (1996): „The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More“, American Journal of International Law, 90, S. 416-418.
7. Bhagwati, Jagdish (2007): „In Defense of Globalization“, Oxford University Press, Oxford, 2. Auflage.
8. Bhagwati, Jagdish; Petros Mavroidis (2003): „Why the Byrd Amendment Must Be Buried“, Bridges (International Centre for Trade and Sustainable Development), 7(1), S. 8.
9. Bhagwati, Jagdish; Petros C. Mavroidis (2004): „Killing the *Byrd Amendment* with the right stone“, World Trade Review, 3(1), S. 119-127.
10. Bhuiyan, Sharif (2002): „Mandatory and Discretionary Legislation: The Continued Relevance of the Distinction under the WTO“, Journal of International Economic Law, 5(3), S. 571-604.
11. Bierling, Stephan (2006): „Die Europäische Union und die USA“, in: „Die Europäische Union“, Werner Weidenfeld (Hrsg.), Bundeszentrale für politische Bildung, Bonn, S. 443-467.

12. Bown, Chad P.; Joost Pauwelyn (2010): „Trade retaliation in WTO dispute settlement: a multi-disciplinary analysis“, in: „The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement“, Chad P. Bown und Joost Pauwelyn (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 1-20.
13. Brand, Ronald A. (1993): „Competing Philosophies of GATT Dispute Resolution in the Oilseeds Case and the Draft Understanding on Dispute Settlement“, *Journal of World Trade*, 27(6), S. 117-144.
14. Breuss, Fritz (2003): „WTO Dispute Settlement in Practice – An Economic Assessment“, in: „External economic relations and foreign policy in the European Union“, Stefan Griller und Birgit Weidel (Hrsg.), Springer-Verlag, Wien, S. 131-184.
15. Breuss, Fritz (2004): „WTO Dispute Settlement: An Economic Analysis of Four EU-US Mini Trade Wars – A Survey“, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 4(4), S. 275-315.
16. Breuss, Fritz; Stefan Griller; Erich Vranes (Hrsg.) (2003): „The Banana Dispute: An Economic and Legal Analysis“, Springer Verlag, Wien.
17. Bronckers, Marco; van den Broek, Naboth (2005): „Financial Compensation in the WTO: Improving the Remedies of WTO Dispute Settlement“, *Journal of International Economic Law*, 8(1), S. 101-126.
18. Busch, Marc L.; Eric Reinhardt (2002): „Testing international trade law: Empirical studies of GATT/WTO dispute settlement“, in: „The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec“, Daniel L.M. Kennedy und James D. Southwick (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 457-481.
19. Cannizzaro, Enzo (2001): „The Role of Proportionality in the Law of International Countermeasures“, *European Journal of International Law*, 12(5), S. 889-916.
20. Carmody, Chi (2002): „Remedies and conformity under the WTO Agreement“, *Journal of International Economic Law*, 5(2), S. 307-329.
21. Carreau, Dominique; Patrick Juillard (2005): „Droit international économique“, 2. Auflage, Dalloz, Paris.
22. Cavalier, Georges A. (1999): „A Call for Interim Relief at the WTO Level: Dispute Settlement and International Trade Diplomacy“, *World Competi-*

- tion, 22(3), 103-139.
23. Charnovitz, Steve (2001): „Rethinking WTO trade sanctions“, *American Journal of International Law*, 95, S. 792-832.
 24. Charnovitz, Steve (2002a): „Should the teeth be pulled? An analysis of WTO sanctions“, in: „The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec“, Daniel L.M. Kennedy und James D. Southwick (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 602-635.
 25. Charnovitz, Steve (2002b): „The WTO's Problematic "Last Resort" Against Noncompliance“, *Aussenwirtschaft*, 57(4), S. 409-439.
 26. Charnovitz, Steve (2003): „The Byrd Amendment Ruling Needs Careful Review“, *Bridges (International Centre for Trade and Sustainable Development)*, 7(1), S. 9.
 27. Cziempel, Ernst-Otto (2003): „Die Realismusfalle des »realistischen« Paradigmas“, in: „Friedenspolitik“, Hans Küng und Dieter Senghaas (Hrsg.), Piper Verlag, München, S. 122-144.
 28. Davey, William J. (2000): „Supporting the WTO Dispute Settlement System“, *Journal of World Trade*, 34(1), S. 167-170.
 29. Davey, William (2005): „The WTO Dispute Settlement System: The First Ten Years“, *Journal of International Economic Law*, 8(1), S. 17-50.
 30. Drezner, Daniel W. (1999): „The Sanctions Paradox: Economic Statecraft and International Relations“, Cambridge University Press, Cambridge.
 31. Dunne, Matthew S., III (2002): „Redefining Power Orientation: A Reassessment of Jackson's Paradigm in Light of Asymmetries of Power, Negotiation, and Compliance in the GATT/WTO Dispute Settlement System“, *Law and Policy in International Business*, 34(1), S. 277-342.
 32. Ethier, Wilfred J. (2004): „Intellectual Property Rights and Dispute Settlement in the World Trade Organization“, *Journal of International Economic Law*, 7(2), S. 449-457.
 33. Ford, Rosemary A. (2002): „The Beef Hormone Dispute and Carousel Sanctions: A Roundabout Way of Forcing Compliance with WTO Decisions“, *Brooklyn Journal of International Law*, 27(2), S. 543-573.
 34. Frank, Isaiah (1979): „The ‚Graduation‘ Issue of LDCs“, *Journal of World*

- Trade, 13(4), S. 289-302.
35. Fukunaga, Yuka (2006): „Securing Compliance through the WTO Dispute Settlement System: Implementation of DSB Recommendations“, *Journal of International Economic Law*, 9(2), S. 383-426.
 36. GATT (1951a): GATT/CP.6/26, 19. September 1951.
 37. GATT (1951b): Press Release GATT/39, 24. September 1951.
 38. GATT (1951c): Press Release GATT/41, 24 September 1951.
 39. GATT (1952a): „Summary Record of the Sixteenth Meeting“, GATT/SR.7/16, 11. November 1952.
 40. GATT (1952b): „Summary Record of the Seventeenth Meeting“, GATT/SR.7/17, 12. November 1952.
 41. GATT (1955): „Ninth Session – Report of Review Working Party IV on Organizational and Functional Questions“, GATT/L/327/Rev.1, 22. Februar 1955.
 42. GATT (1988a): „Minutes of Meeting held in the Centre William Rappard on 4 May 1988“, GATT/C/M/220, 8. Juni 1988.
 43. GATT (1988b): „Minutes of Meeting held in the Centre William Rappard on 22 September 1988“, GATT/C/M/224, 17. Oktober 1988.
 44. GATT (1995): „GATT Analytical Index“, GATT, Genf.
 45. Gazzini, Tarcisio (2006): „The legal nature of WTO obligations and the consequences of their violation“, *European Journal of International Law*, 17, S. 723-742.
 46. Goh, Gavin; Andreas R. Ziegler (2003): „Retrospective remedies in the WTO after Automotive Leather“, *Journal of International Economic Law*, 6(3), S. 545-564.
 47. Goldstein, Andrea E.; Steven M. McGuire (2004): „The Political Economy of Strategic Trade Policy and the Brazil–Canada Export Subsidies Saga“, *The World Economy*, 27(4), S. 541–566.
 48. Grando, Michelle T. (2006): „Allocating the Burden of Proof in WTO Disputes: A Critical Analysis“, *Journal of International Economic Law*, 9(3), S. 615-656.
 49. Grossman, Gene M.; Petros C. Mavroidis (2003): „United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU: would've or should've? Impaired benefits due to copyright

- infringement“, *World Trade Review*, 2(2), 233-249.
50. Grossman, Gene M.; Alan O. Sykes (2011): „'Optimal' Retaliation in the WTO: a commentary on the *Upland Cotton* Arbitration“, *World Trade Review*, 10(1), S. 133-164.
 51. Hahn, Michael J. (2005): „Balancing or bending? Unilateral reactions to safeguard measures“, *Journal of World Trade*, 39(2), S. 301-326.
 52. Hart, H.L.A. (1994): „The Concept of Law“, Oxford University Press, Oxford, 2. Auflage.
 53. Hanany, Eran; Marc D. Kilgour; Yigal Gerchak (2007): „Final-Offer Arbitration and Risk Aversion in Bargaining“, *Management Science*, 53(11), S. 1785-1792.
 54. Hauser, Heinz; Alexander Roitinger (2004): „Two perspectives on international trade agreements“, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 64(3), S. 641-658.
 55. Hilf, Meinhard (2005): „Streitbeilegung in der Welthandelsorganisation (WTO)“ in: „Streitbeilegung in den internationalen Wirtschaftsbeziehungen“, Thilo Marauhn (Hrsg.), Mohr Siebeck, Tübingen, S. 1-17.
 56. Horlick, Gary N. (1995): „Dispute Resolution Mechanism: Will the United States Play by the Rules?“, *Journal of World Trade*, 29(2), S. 163-171.
 57. Horn, Henrik; Petros C. Mavroidis (2006): „United States – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000 (WT/DS217/AB/R: DSR 2003:I,235)“, in: „The WTO Case Law of 2003“, Henrik Horn und Petros C. Mavroidis (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 52-86.
 58. Howse, Robert; Damien J. Neven (2005a): „United States – Tax treatment for 'Foreign Sales Corporations' Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement (WT/DS108/ARB): A Comment“, *World Trade Review*, 4(1), S. 101-124. Auch erschienen 2005 in: „The WTO Case Law of 2002“, Hendrik Horn und Petros C. Mavroidis (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 36-63.
 59. Howse, Robert; Damien J. Neven (2005b): „Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft (WT/DS222/R) A Comment“, in: „The WTO Case Law of 2002“, Hendrik Horn und Petros C. Mavroidis

- (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 88-98.
60. Howse, Robert; Robert W. Staiger (2005): „United States – Anti-Dumping Act of 1916 (Original Complaint by the European Communities) – Recourse to arbitration by the United States under 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004: A Legal and Economic Analysis“, *World Trade Review*, 4(2), S. 295-316. Auch erschienen 2006 in: „The WTO Case Law of 2003“, Hendrik Horn und Petros C. Mavroidis (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 254-279.
 61. Hudec, Robert E. (1970): „The GATT Legal System: A Diplomat's Perspective“, *Journal of World Trade Law*, 4(5), S. 615-665.
 62. Hudec, Robert E. (1990): „The GATT Legal System and World Trade Diplomacy“, Butterworth Legal Publishers, Salem, zweite Auflage.
 63. ICTSD (2003): „Appellate Body Condemns Byrd Amendment's 'Double Dip' Payments to Industry“, *Bridges (International Centre for Trade and Sustainable Development)*, 7(1), S. 7.
 64. Ierley, Douglas (2002): „Defining the Factors that Influence Developing Country Compliance with and Participation in the WTO Dispute Settlement System: Another Look at the Dispute over Bananas“, *Law and Policy in International Business*, 33(4), S. 615-651.
 65. Irwin, Douglas A.; Joseph Weiler (2008): „Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services (DS 285)“, *World Trade Review*, 7(1), S. 71-113. Auch erschienen 2008 in: „The WTO Case Law of 2004-2005“, Hendrik Horn und Petros C. Mavroidis (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 71-112.
 66. Islam, M. Rafiqul (2004): „Recent EU Trade Sanctions on the US to Induce Compliance with the WTO Ruling in the Foreign Sales Corporation Case: Its Policy Contradiction Revisited“, *Journal of World Trade*, 38(3), S. 471-489.
 67. Jackson, John H. (1967): „The Puzzle of GATT: Legal Aspects of a Surprising Institution“, *Journal of World Trade*, 1(2), S. 131-161.
 68. Jackson, John H. (1979): „Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT“, *Journal of World Trade Law*, 13(1), S. 1-21.
 69. Jackson, John H. (1997a): „The World Trading System“, MIT Press,

- Cambridge (Massachusetts), zweite Auflage.
70. Jackson, John H. (1997b): „The WTO Dispute Settlement Understanding – Misunderstanding on the Nature of Legal Obligation“, *American Journal of International Law*, 91, S. 60-64.
 71. Jackson, John H. (1998): „Dispute Settlement ant the WTO: Emerging Problems“, *Journal of International Economic Law*, 1(3), S. 329-351.
 72. Jackson, John H. (2002): „Sovereignty, subsidiarity, and separation of powers: The high-wire balancing act of globalization“, in: „The Political Economy of International Trade Law: Essays in Honor of Robert E. Hudec“, Daniel L.M. Kennedy und James D. Southwick (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 13-31.
 73. Jackson, John H. (2006): „Sovereignty, the WTO and changing fundamentals of international law“, Cambridge University Press, Cambridge.
 74. Jackson, John H.; William J. Davey; Alan O. Sykes Jr. (2002): „International Economic Relations“, American Casebook Series, St. Paul (Minnesota), vierte Auflage.
 75. Jayagovind, A. (2001): „Implementing the WTO Rulings: Problems and Prospects“, *Focus WTO*, March-April 2001, S. 14-20.
 76. Josling, Tim (2004): „WTO Dispute Settlement and the EU-US Mini Trade Wars: A Commentary on Fritz Breuss“, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 4(4), S. 337-344.
 77. Jürgensen, Thomas (2005): „Crime and Punishment: Retaliation under the World Trade Organization Dispute Settlement System“, *Journal of World Trade*, 39(2), S. 327-340.
 78. Keck, Alexander; Bruce Malashevich; Ian Gray (2006): „A ‚Probabilistic‘ Approach to the Use of Econometric Models in Sunset Reviews“, Staff Working Paper ERSD-2006-01, World Trade Organization.
 79. Kelsen, Hans (1932): „Unrecht und Unrechtfolge im Völkerrecht“, *Zeitschrift für öffentliches Recht*, 12, S. 481-608.
 80. Kerr, William A.; James D. Gaisford (1994): „A Note on Increasing the Effectiveness of Sanctions“, *Journal of World Trade*, 28(6), S. 169-176.
 81. Khabayan, Vasken (2010): „Canada’s experience and practice in suspending WTO obligations“, in: „The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement“, Chad P. Bown und Joost Pauwelyn

- (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 277-280.
82. Kohler, Wilhelm (2004): „The WTO Dispute Settlement Mechanism: Battlefield or Cooperation? A commentary on Fritz Breuss“, *Journal of Industry, Competition and Trade*, 4(4), S. 317-336.
 83. Komuro, Norio (2000): „The EC Banana Regime and Judicial Control“, *Journal of World Trade*, 34(5), S. 1-87.
 84. Kritikos, Alexander S. (2006): „The impact of compulsory arbitration on bargaining behaviour: an experimental study“, *American Journal of International Law*, 7, S. 293-315.
 85. Kufuor, Kofi Oteng (1997): „From the GATT to the WTO: The Developing Countries and the Reform of the Procedures for the Settlement of International Trade Disputes“, *Journal of World Trade*, 31(5), 114-145.
 86. Kuijper, P.J. (2003): „A Legal Drafting Group for the Doha Round: A Modest Proposal“, *Journal of World Trade*, 37(6), S. 1031-1036.
 87. Krmptotic, Ivan (2002): „Brazil – Aircraft: Qualitative and temporal aspects of "withdrawal" under SCM Article 4.7“, *Law and Policy in International Business*, 33(4), S. 653-682.
 88. Langbein, Stanley I. (2000): „United States - Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations." WTO Doc. WT/DS108/AB/R“, *American Journal of International Law*, 94(3), S. 546-555.
 89. Lawrence, Robert Z. (2003): „Crimes and Punishments? Retaliation under the WTO“, *Institute for International Economics*, Washington DC.
 90. Layton, Duane W.; Jorge O. Miranda (2003): „Advocacy Before World Trade Organization Dispute Settlement Panels in Trade Remedy Cases“, *Journal of World Trade*, 37(1), S. 69-103.
 91. Lennard, Michael (2002): „Navigating by the Stars: Interpreting the WTO Agreements“, *Journal of International Economic Law*, 5(1), S. 17-89.
 92. Letzel, Hans-Joachim (1999): „Streitbeilegung im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO)“, *Dissertation*, Westfälische Wilhelms-Universität, Münster, Aschendorff Rechtsverlag.
 93. Lewis, Meredith Kolsky (2006): „The Lack of Dissent in WTO Dispute Settlement“, *Journal of International Economic Law*, 9(4), S. 895-931.
 94. Long, Gary; Peter Feuille (1974): „Final-offer arbitration: "sudden death" in Eugene“, *Industrial and Labour Relations Review*, 27, S. 186-203.

95. Luhmann, Niklas (1980): „Rechtssoziologie“, Westdeutscher Verlag, Opladen, 3. Auflage (1987).
96. Malacrida, Reto (2010): „Some reflections on the use of economic analysis in WTO dispute settlement proceedings“, in: „The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement“, Chad P. Bown und Joost Pauwelyn (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 434-445.
97. Marceau, Gabrielle (2001): „Implementation of Panel and Appellate Body Recommendations“, Focus WTO, March-April 2001, S. 2-13.
98. Martha, Rutsel Silvestre J. (2001): „The Duty to Exercise Judgement on the Fruitfulness of Actions in World Trade Law“, Journal of World Trade, 35(5), S. 1035-1059.
99. Marwell, Jeremy C. (2006): „Trade and Morality: The WTO Public Morals Exception After *Gambling*“, New York University Law Review, 81, S. 802-842.
100. Matsushita, Mitsuo; Aya Iino (2006): „The Blocking Legislation as a Countermeasure to the US Anti-Dumping Act of 1916: A Comparative Analysis of the EC and Japanese Damage Recovery Legislation“, Journal of World Trade, 40(4), S. 753-776.
101. Matsushita, Mitsuo; Thomas J. Schoenbaum; Petros C. Mavroidis (2003): „The World Trade Organization: Law, Practice and Policy“, Oxford University Press, Oxford.
102. Mavroidis, Petros C. (2000): „Remedies in the WTO Legal System: Between a Rock and a Hard Place“, European Journal of International Law, 11(4), S. 763-813.
103. Mavroidis, Petros C. (2002): „The Meeting in Doha: Keep on Keeping on“, Journal of World Trade, 36(2), S.167-169.
104. Mavroidis, Petros C. (2004): „Proposals for reform of Article 22 of the DSU: Reconsidering the "Sequencing" issue and Suspension of Concession“, in: „The WTO Dispute Settlement System 1995-2003“, Federico Ortino und Ernst-Ulrich Petersmann (Hrsg.), Kluwer Law International, Den Haag, S. 61-73.
105. McGivern, Brendan P. (2002): „Seeking Compliance with WTO Rulings: Theory, Practice and Alternatives“, The International Lawyer, 36 (1),

- S. 141-157.
106. Mercurio, Bryan (2004): „Improving Dispute Settlement in the World Trade Organization: The Dispute Settlement Understanding Review – Making it Work?“, *Journal of World Trade*, 38(5), S. 795-854.
 107. Mitchell, Andrew D. (2006a): „Proportionality and Remedies in WTO Disputes“, *European Journal of International Law*, 17(5), S. 985-1008.
 108. Mitchell, Andrew D. (2006b): „A legal principle of special and differential treatment for WTO disputes“, *World Trade Review*, 5(3), S. 445-469.
 109. Nettesheim, Martin (2003): „Legitimizing the WTO: the dispute settlement process as formalized arbitration“, *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico*, 8(3), S. 711-729.
 110. O'Connor, Bernard (2004): „Remedies in the World Trade Organization Dispute Settlement System - The *Bananas* and *Hormones* Cases“, *Journal of World Trade*, 38(2), S. 245-266.
 111. O'Connor, Bernard; Margareta Djordjevic (2005): „Practical Aspects of Monetary Compensation: The *US – Copyright* Case“, *Journal of International Economic Law*, 8(1), S. 127-142.
 112. Ortino, Federico (2006): „Treaty Interpretation and the WTO Appellate Body Report in *US – Gambling: A Critique*“, *Journal of International Economic Law*, 9(1), S. 117-148.
 113. Ortino, Federico (2008): „United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services“, in: „The WTO Case Law of 2004-2005“, Hendrik Horn und Petros C.Mavroidis (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 115-119.
 114. Parker, Richard W. (2000): „The Cost Effectiveness of Economic Sanctions“, *Law & Policy in International Business*, 32(1), S. 21-35.
 115. Parker, Robert P. (1989): „Dispute Settlement in the GATT and the Canada-U.S. Free Trade Agreement“, *Journal of World Trade*, 23(3), S. 83-93.
 116. Pauwelyn, Joost (2000): „Enforcement and Countermeasures in the WTO: Rules Are Rules – Toward a More Collective Approach“, *The American Journal of International Law*, Vol. 94, S. 335-347.
 117. Pauwelyn, Joost (2003): „A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?“, *European Jour-*

- nal of International Law, 14, S. 907-951.
118. Pauwelyn, Joost (2010): „The calculation and design of trade retaliation in context: what is the goal of suspending WTO obligations?“, in: „The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement“, Chad P. Bown und Joost Pauwelyn (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 34-65.
 119. Pescatore, Pierre (1993): „The GATT Dispute Settlement Mechanism: Its Present Situation and its Prospects“, Journal of World Trade, 27(1), S. 5-20.
 120. Petersmann, Ernst-Ulrich (1988): „Strengthening GATT Procedures for Settling Trade Disputes“, The World Economy, 11(1), S. 55-90.
 121. Radbruch, Gustav (1932): „Rechtsphilosophie“, 2. (überarbeitete) Auflage; Nachdruck (Studienausgabe) des C.F. Müller Verlages, Ralf Dreier und Stanley L. Paulson (Hrsg.), Heidelberg, 2003.
 122. Radbruch, Gustav (1946): „Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht“; zuerst veröffentlicht in: SJZ 1 (1946), S. 105-108, Nachdruck in: Radbruch, „Rechtsphilosophie“, C.F. Müller Verlag, Ralf Dreier und Stanley L. Paulson (Hrsg.), Heidelberg, 2003, S. 211-219.
 123. Renouf, Yves (2005): „A brief introduction to countermeasures in the WTO dispute settlement system“, in: „Key Issues in WTO Dispute Settlement: The first ten years“, Rufus Yerxa und Bruce Wilson (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 110-122.
 124. Reusch, Ralf (2007): „Die Legitimation des WTO-Streitbeilegungsverfahrens“, Duncker & Humblot, Berlin.
 125. Sacerdoti, Giorgio (2010): „The nature of WTO arbitration on retaliation“, in: „The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement“, Chad P. Bown und Joost Pauwelyn (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 23-33.
 126. Salas, Mauricio; Jackson, John H. (2000): „Procedural overview of the WTO EC – banana dispute“, Journal of International Economic Law, 3(1), S. 145-166.
 127. Sapir, Andre; Joel P. Trachtman (2008): „Subsidization, price suppression, and expertise: causation and precision in Upland Cotton“, in: „The WTO Case Law of 2004-2005“, Hendrik Horn und Petros C. Mavroidis

- (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 183-209.
128. Schellhammer, Kurt (2003): „Schuldrecht nach Anspruchsgrundlagen“, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 5. Auflage.
 129. Schropp, Simon A.B. (2005): „The Case for Tariff Compensation in WTO Dispute Settlement“, *Aussenwirtschaft*, 60(4), S. 485-528.
 130. Shadikhodjaev, Sherzod (2009): „Retaliation in the WTO Dispute Settlement System“, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn.
 131. Shaffer, Gregory; Daniel Ganin (2010): „Extrapolating purpose from practice: rebalancing or inducing compliance“, in: „The law, economics and politics of retaliation in WTO dispute settlement“, Chad P. Bown und Joost Pauwelyn (Hrsg.), Cambridge University Press, Cambridge, S. 73-85.
 132. Spamann, Holger (2006): „The Myth of ‘Rebalancing’ Retaliation in WTO Dispute Settlement Practice“, *Journal of International Economic Law*, 9(1), S.31-79.
 133. Notz, William W.; Frederick A. Starke (1978): „Final-Offer versus Conventional Arbitration as Means of Conflict Management“, *Administrative Science Quarterly*, 23(2), S. 189-203.
 134. Notz, William W.; Frederick A. Starke (1981): „Pre- and Post-Intervention Effects of Conventional Versus Final Offer Arbitration“, *Academy of Management Journal*, 24(4), S. 832-850.
 135. Stiglitz, Joseph E. (2006): „Making globalization work“, Penguin Books, London.
 136. Stoll, Peter-Tobias; Arthur Steinmann (1999): „WTO Dispute Settlement: the implementation stage“, *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 3, S. 407-437.
 137. Stoll, Peter-Tobias; Frank Schorkopf (2002): „WTO - Welthandelsordnung und Welthandelsrecht“, Carl Heymanns Verlag KG, Köln.
 138. Sutherland, Peter, et al. (2004): „The future of the WTO: Addressing institutional challenges in the new millennium“ (The Sutherland Report), World Trade Organization, Genf.
 139. Thayer, James D. (2004): „The Trade of Cross-Border Gambling and Betting: The WTO Dispute between Antigua and the United States“, *Duke Law & Technology Review*, 13, ohne Seitenangabe.

140. The Economist (2010): „The BRICs: The trillion-dollar club“, 15. April 2010, <<http://www.economist.com/node/15912964>>, zuletzt aufgerufen am 18. August 2011.
141. Tijmes, Jaime (2010): „Los objetivos del monto de las sanciones en la OMC: dos modelos explicativos“, InDret, 4.10, <<http://www.indret.com/es/index.php?a=14&fc=20&sn=8>>, zuletzt aufgerufen am 18. August 2011.
142. Trachtman, Joel P. (1999): „Bananas, Direct Effect and Compliance“, European Journal of International Law, 10, S. 655-678.
143. Trachtman, Joel P. (2003): „US – Continued Dumping and Subsidy Offset Act of 2000“, European Journal of International Law, 14(2), 379-382.
144. Tussie, Diana; Valentina Delich (2005): „Dispute Settlement between Developing Countries: Argentina and Chilean Price Bands“, in: „Managing the Challenges of WTO Participation: 45 Case Studies“, Case Study 1, <http://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/casestudies_e/case1_e.htm>, zuletzt aufgerufen am 31. August 2009.
145. International Law Commission (1966): „Reports of the Commission to The General Assembly“, Document A/6309/Rev.I, in: „Yearbook of the International Law Commission“, Band II, United Nations (Hrsg.), United Nations, New York, S. 169-361.
146. Valles, Cherise M; Brendan P. McGivern (2000): „The Right to Retaliate under the WTO Agreement: The "Sequencing" Problem“, Journal of World Trade, 34(2), S. 63-84.
147. van Bael, Ivo (1988): „The GATT Dispute Settlement Procedure“, Journal of World Trade, 22(4), S. 67-77.
148. van den Broek, Naboth (2003): „Power Paradoxes in Enforcement and Implementation of WTO Dispute Settlement Reports“, Journal of World Trade, 37(1), S. 127-162.
149. Vázquez, Carlos M.; John H. Jackson (2002): „Some reflections on compliance with WTO dispute settlement decisions“, Law and Policy in International Business, 33(4), S. 555-567.
150. Vitzthum, Wolfgang Graf (2001): „Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts“, in: „Völkerrecht“, Wolfgang Graf Vitzthum (Hrsg.), de

- Gruyter, Berlin, 2. Auflage, S. 1-85.
151. von Bogdandy, Armin (2001): „Law and Politics in the WTO – Strategies to Cope with a Deficient Relationship“, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Band 5, S. 609-674.
 152. von Reppert-Bismarck, Juliane (2011): „U.S. lifts sanctions in EU beef hormone row“, Reuters, 27 May 2011.
 153. Vranes, Erich (2002): „Policy lessons from transatlantic trade disputes“, in: „External economic relations and foreign policy in the European Union“, Stefan Griller und Birgit Weidel (Hrsg.), Springer-Verlag, Wien, S. 205-235.
 154. Vranes, Erich (2003a): „From Bananas I to the 2001 Bananas Settlement: A Factual and Procedural Analysis of the WTO Proceedings“, in: „The Banana Dispute: An Economic and Legal Analysis“, Fritz Breuss, Stefan Griller, Erich Vranes (Hrsg.), Springer-Verlag, Wien, S. 1-37.
 155. Vranes, Erich (2003b): „The Banana Dispute – Fundamental Issues under WTO Law“, in: „The Banana Dispute: An Economic and Legal Analysis“, Fritz Breuss, Stefan Griller und Erich Vranes (Hrsg.), Springer-Verlag, Wien, S. 39-111.
 156. Vranes, Erich (2003c): „Cross Retaliation under GATS and TRIPS – An Optimal Enforcement Device for Developing Countries?“, in: „The Banana Dispute: An Economic and Legal Analysis“, Fritz Breuss, Stefan Griller und Erich Vranes (Hrsg.), Springer-Verlag, Wien, S. 113-130.
 157. Waincymer, Jeff (2002): „WTO Litigation“, Cameron May, London.
 158. Weiler, J.H.H. (2001): „The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats: Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement“, Journal of World Trade, 35(2), S. 191-207.
 159. Wilson, Bruce (2007): „Compliance by WTO members with adverse WTO dispute settlement rulings: the record to date“, Journal of International Economic Law, 10(2), S. 397-403.
 160. WTO (2001): „European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas: Notification of Mutually Agreed Solution“, WT/DS27/58, 2. Juli 2001.
 161. WTO (2003a): „Dispute Settlement Body: Minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 13 – 15 November 2002“, TN/DS/M/6, 31.

- März 2003.
162. WTO (2003b): „Dispute Settlement Body: Minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 18 March 2003“, WT/DSB/M/145, 7. Mai 2003.
 163. WTO (2003c): „Dispute Settlement Body: Minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 7 May 2003“, WT/DSB/M/149, 8. Juli 2003.
 164. WTO (2004a): „A Handbook on the WTO Dispute Settlement System“, Cambridge University Press, Cambridge.
 165. WTO (2004b): „United States - Anti-Dumping Act of 1916: Status Report by the United States (Add. 32)“, WT/DS136/14/Add.32 und WT/DS162/17/Add.32, 11. November 2004.
 166. WTO (2005): „Quantitative Economics in WTO Dispute Settlement“, in: „World Trade Report 2005“, WTO (Hrsg.), WTO Publications, Genf, S. 171-211.
 167. WTO (2009a): „Trade Profiles 2009“, World Trade Organization, Genf.
 168. WTO (2009b): „Dispute Settlement Body: Minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 19 February 2009“, WT/DSB/M/265, 29. April 2009.
 169. WTO (2009c): „Appellate Body: Annual Report for 2008“, WT/AB/11, 9. Februar 2009.
 170. WTO (2010): „Appellate Body: Annual Report for 2010“, WT/AB/13, 17. Februar 2010
 171. WTO (2011): „Dispute Settlement Body: Minutes of meeting held in the Centre William Rappard on 1 June 2011“, WT/DSB/M/297, 11. Juli 2011.
 172. Wunsch-Vincent, Sacha (2006): „The Internet, cross-border trade in services, and the GATS: lessons from *US–Gambling*“, World Trade Review, 5(3), S. 319-355.
 173. Wüger, Daniel (2002): „The Never Ending Story: The Implementation Phase in the Dispute between the EC and the United States on Hormone-treated Beef“, Law and Policy in International Business, 33(4), S. 777-825.
 174. Yenkong, Ngangjoh H. (2005): „The Role of Arbitrators in Determining Reasonable Period of Time and Retrospective Remedies in WTO Dispute Resolution: Beyond the *Australia – Automotive Leather* Panel“, The

- Journal of World Investment & Trade, 6(4), S. 611-634.
175. Yenkong, Ngangjoh H. (2006): „World Trade Organization Dispute Settlement Retaliatory Regime at the Tenth Anniversary of the Organization: Reshaping the "Last Resort" Against Non-Compliance“, Journal of World Trade, 40(2), S. 365-384.
 176. Zangl, Bernhard (2006): „Das Entstehen internationaler Rechtsstaatlichkeit?“, in: Stephan Leibfried und Michael Zürn (Hrsg.), „Transformationen des Staates?“, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, S. 123-150.
 177. Zeitler, Helger Elisabeth (2005): „'Good Faith' in the WTO Jurisprudence: Necessary Balancing Element or an Open Door to Judicial Activism?“, Journal of International Economic Law, 8(3), S. 721-758.
 178. Zimmermann, Thomas A. (2002): „Wird der Bogen überspannt? Die Sanktionen im FSC-Fall“, WTO-News Nr. 7, Schweizerisches Institut für Aussenwirtschaft und Angewandte Wirtschaftsforschung, Universität St. Gallen, S. 5-7.
 179. Zimmermann, Thomas Alexander (2004): „What Direction Should the DSU Take? Negotiations and Proposals to Review and Reform the WTO Dispute Settlement Understanding“, Dissertation, Universität St. Gallen, Difo-Druck GmbH, Bamberg.

7.2 Zitierte Fälle

Die einzelnen Fälle werden alphabetisch aufgelistet.

7.2.1 Berichte, Entscheidungen und Schiedssprüche der WTO

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
Argentina – Ceramic Tiles (Panel)	Report of the Panel, Argentina – Definitive Anti-Dumping Measures on Carton-Board Imports from Germany and Definitive Anti-Dumping Measures on Imports of Ceramic Tiles from Italy, WT/DS189/R, 28 September 2001.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
Australia – Automotive Leather II (Art. 21.5)	Report of the Panel, Australia – Subsidies Provided to Producers and Exporters of Automotive Leather, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, WT/DS126/RW, 21 January 2000.
Australia – Salmon (Art. 21.3)	Award of the Arbitrator, Australia – Measures Affecting Importation of Salmon, Arbitration under Article 21.3(c) of the DSU, WT/DS18/9, 23 February 1999.
Australia – Salmon (Art. 21.5) (Panel)	Panel Report, Australia – Measures Affecting Importation of Salmon, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada, WT/DS18/RW, 18 February 2000.
Brazil – Aircraft (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Recourse to Arbitration by Brazil under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, WT/DS46/ARB, 28 August 2000.
Brazil Aircraft (Second Recourse to Art. 21.5)	Report of the Panel, Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, Second Recourse by Canada to Article 21.5 of the DSU, WT/DS46/RW/2, 26 July 2001.
Canada – Aircraft I (AB)	Report of the Appellate Body, Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS70/AB/R, 2 August 1999.
Canada – Aircraft I (Art. 21.5) (Panel)	Panel Report, Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU, WT/DS70/RW, 9 May 2000.
Canada – Aircraft II (Panel)	Report of the Panel, Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft, WT/DS222/R, 28 January 2002.
Canada – Aircraft II (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrator, Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft, Recourse to Arbitration by Canada under Article 22.6 of the DSU and Article 411 of the SCM Agreement, WT/DS222/ARB, 17 February 2003.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
Canada – Continued Suspension (AB)	Report of the Appellate Body, Canada – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS321/AB/R, 16 October 2008.
Canada – Wheat Exports and Grain Imports (AB)	Report of the Appellate Body, Canada – Measures Relating to Exports of Wheat and Treatment of Imported Grain, WT/DS276/AB/R, 30 August 2004.
China – Auto Parts (AB)	Report of the Appellate Body, China – Measures Affecting Imports of Automobile Parts, WT/DS339/AB/R, WT/DS340/AB/R, WT/DS342/AB/R, 15 December 2008.
EC – Approval and Marketing of Biotech Products (Panel)	Reports of the Panel, European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products, WT/DS291/R, WT/DS292/R, WT/DS293/R, 29 September 2006.
EC – Asbestos (AB)	Report of the Appellate Body, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos, WT/DS135/AB/R, 12 March 2001.
EC – Bananas (Panel)	Report of the Panel, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Complaint by Ecuador, WT/DS27/R/ECU, Complaint by Guatemala and Honduras, WT/DS27/R/GTM, Complaint by Mexico, WT/DS27/R/MEX, Complaint by the United States, WT/DS27/R/USA, 22 May 1997.
EC – Bananas (AB)	Report of the Appellate Body, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, WT/DS27/AB/R, 9 September 1997.
EC – Bananas (Ecuador) (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB/ECU, 24 March 2000.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
EC – Bananas (US) (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS27/ARB, 9 April 1999.
EC – Bed Linen (Art. 21.5) (Panel)	Panel Report, European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India, Recourse to Article 21.5 of the DSU by India, WT/DS141/RW, 29 November 2002.
EC – Hormones (AB)	Report of the Appellate Body, EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), WT/DS26/AB/R & WT/DS48/AB/R, 16 January 1998.
EC – Hormones (Art. 21.3)	Award of the Arbitrator, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Arbitration under Article 21.3(c) of the DSU, WT/DS26/15, WT/DS48/13, 29 May 1998
EC – Hormones (Canada) (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Original Complaint by Canada, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS48/ARB, 12 July 1999.
EC – Hormones (US) (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Original Complaint by the United States, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU, WT/DS26/ARB, 12 July 1999.
EC – Large Civil Aircraft (AB)	Report of the Appellate Body, European Communities – Measures Affecting Trade in Large Civil Aircraft, WT/DS316/AB/R, 18 May 2011.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
EC – Tariff Preferences (AB)	Report of the Appellate Body, European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, WT/DS246/AB/R, 7 April 2004.
Guatemala – Cement I (AB)	Report of the Appellate Body, Guatemala – Anti-Dumping Investigation Regarding Portland Cement from Mexico, WT/DS60/AB/R, 2 November 1998.
Guatemala – Cement II (Panel)	Report of the Panel, Guatemala – Definitive Anti-Dumping Measure on Grey Portland Cement from Mexico, WT/DS156/R, 24 October 2000.
Japan – Alcoholic Beverages II (Panel)	Report of the Panel, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 11 July 1996.
Japan – Alcoholic Beverages II (AB)	Report of the Appellate Body, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, 4 October 1996.
Korea – Alcoholic Beverages (Art. 21.3)	Award of the Arbitrator, Korea – Taxes on Alcoholic Beverages – Arbitration under Article 21.3(c) of the DSU, WT/DS75/16, WT/DS84/14, 4 June 1999.
Korea – Dairy Products (Panel)	Report of the Panel, Korea – Definitive Safeguard Measure On Imports Of Certain Dairy Products, WT/DS98/R, 21 June 1999.
Korea – Various Measures on Beef (Panel)	Report of the Panel, Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, WT/DS161/R, WT/DS169/R, 31 July 2000.
Mexico – Taxes on Soft Drinks (AB)	Report of the Appellate Body, Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and Other Beverages, WT/DS308/AB/R, 6 March 2006.
Thailand – Cigarettes (Philippines) (Panel)	Report of the Panel, Thailand – Customs and Fiscal Measures on Cigarettes from the Philippines, WT/DS371/R, 15 November 2010.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
Turkey – Textiles (Panel)	Report of the Panel, Turkey – Restrictions On Imports Of Textile And Clothing Products, WT/DS34/R, 31 May 1999.
US – 1916 Act (EC) (Panel)	Report of the Panel, United States – Anti-Dumping Act Of 1916, Complaint by the European Communities, WT/DS136/R, 31 March 2000.
US – 1916 Act (Japan) (Panel)	Report of the Panel, United States – Anti-Dumping Act Of 1916, Complaint by Japan, WT/DS162/R, 29 May 2000.
US – 1916 Act (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Anti-Dumping Act Of 1916, WT/DS136/AB/R, WT/DS162/AB/R, 28 August 2000.
US – 1916 Act (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, United States – Anti-Dumping Act of 1916, Original Complaint by the European Communities, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, WT/DS136/ARB, 24 February 2004.
US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the <i>SCM Agreement</i> , WT/DS267/ARB/2, 31 August 2009.
US – Byrd Amendment (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, United States – Continued Dumping And Subsidy Offset Act Of 2000, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, Original Complaint by Brazil, WT/DS217/ARB/BRA, Original Complaint by Chile, WT/DS217/ARB/CHL, Original Complaint by the European Communities, WT/DS217/ARB/EEC, Original Complaint by India, WT/DS217/ARB/IND, Original Complaint by Japan, WT/DS217/ARB/JPN,

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
	Original Complaint by Korea, WT/DS217/ARB/KOR, Original Complaint by Canada, WT/DS234/ARB/CAN, Original Complaint by Mexico, WT/DS234/ARB/MEX, 31 August 2004.
US – Certain EC Products (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Import Measures on Certain Products from the European Communities, WT/DS165/AB/R, 11 December 2000.
US – CDSOA (Art. 22.6)	siehe unter US – Byrd Amendment (Art. 22.6)
US – Continued Suspension (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute, WT/DS320/AB/R, 16 October 2008.
US – Continued Zeroing (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Continued Existence and Application of Zeroing Methodology, WT/DS350/AB/R, 4 February 2009.
US – Copyright Act (Art. 25.3)	Award of the Arbitrators, United States – Section 110(5) of the US Copyright Act, Recourse to Arbitration under Article 25 of the DSU, WT/DS160/ARB25/1, 9 November 2001.
US – Cotton Yarn (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Transitional Safeguard Measure on Combed Cotton Yarn from Pakistan, WT/DS192/AB/R, 8 October 2001.
US – FSC (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrator, United States – Tax Treatment for "Foreign Sales Corporations", Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, WT/DS108/ARB, 30 August 2002.
US – Gambling (Panel)	Report of the Panel, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/R, 10 November 2004.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
US – Gambling (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, WT/DS285/AB/R, 7 April 2005.
US – Gambling (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrator, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, WT/DS285/ARB, 21 December 2007
US – Gasoline (AB)	Report of the Appellate Body, United States — Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/AB/R, 29 April 1996.
US – Lead and Bismuth II (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Imposition of Countervailing Duties on Certain Hot-Rolled Lead and Bismuth Carbon Steel Products Originating in the United Kingdom, WT/DS138/AB/R, 10 May 2000.
US – Line Pipe (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Circular Welded Carbon Quality Line Pipe from Korea, WT/DS202/AB/R, 15 February 2002.
US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)	Decision by the Arbitrators, United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the <i>SCM Agreement</i> , WT/DS267/ARB/1, 31 August 2009.
US – Section 110(5) Copyright Act (Art. 25.3)	siehe unter US – Copyright Act (Art. 25.3)
US – Section 211 Appropriations Act (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Section 211 Omnibus Appropriations Act of 1998, WT/DS176/AB/R, 2 January 2002.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
US – Section 301 Trade Act (Panel)	Report of the Panel, United States – Sections 301–310 of the Trade Act 1974, WT/DS152/R, 22 December 1999.
United States – Section 306	Request for Consultations by the European Communities, United States – Section 306 of the Trade Act 1974 and Amendments thereto, WT/DS200/1, G/L/386, 13 June 2000.
US – Shrimp (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R, 12 October 1998.
US – Shrimp (Article 21.5) (Panel)	Panel Report, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, WT/DS58/RW, 15 June 2001.
US – Shrimp (Article 21.5) (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia, WT/DS58/AB/RW, 22 October 2001.
US – Softwood Lumber IV (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada, WT/DS257/AB/R, 19 January 2004.
US – Softwood Lumber V (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada, WT/DS264/AB/R, 11 August 2004.
US – Steel Safeguards (Panel)	Final Reports of the Panel, United States — Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products, WT/DS248/R, WT/DS249/R, WT/DS251/R, WT/DS252/R, WT/DS253/R, WT/DS254/R, WT/DS258/R, WT/DS259/R, 11 July 2003.
US – Upland Cotton (Panel)	Report of the Panel, United States – Subsidies on Upland Cotton, WT/DS267/R, 8 September 2004.

Abkürzung	Name, Signatur und Datum
US – Upland Cotton (Art. 21.5) (Panel)	Report of the Panel, United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil, WT/DS267/RW, 18 December 2007.
US – Upland Cotton (Art. 21.5) (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Article 21.5 of the DSU by Brazil, WT/DS267/AB/RW, 2 June 2008.
US – Upland Cotton (Art. 22.6)	Sowohl „US – Actionable Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)“ als auch „US – Prohibited Subsidies on Upland Cotton (Art. 22.6)“.
US - Wool Shirts and Blouses (AB)	Report of the Appellate Body, United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, WT/DS33/AB/R, 25 April 1997.

7.2.2 Berichte des GATT

Brazilian Internal Taxes, GATT/CP.3/42, BISD II/181, 30 June 1949.

European Economic Community - Member States' Import Regimes for Bananas, DS32/R, 3 June 1993.

European Economic Community - Import Regimes for Bananas, DS38/R, 18 January 1994.

Italian Discrimination Against Imported Agricultural Machinery, L/833, BISD 7S/60, 23 October 1958.

Japan – Leather III oder *Japanese Measures On Imports Of Leather*, L/5623, BISD 31S/94, 15/16 May 1984.

Netherlands Action oder *Netherlands Action under Article XXIII:2 to Suspend Obligations to the United States*, Report adopted by the CONTRACTING PARTIES on 8 November 1952 (L/61).

US – Section 337 oder *US – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, L/6439, BISD 36S/345, 7 November 1989.

US – Superfund oder *United States – Taxes on Petroleum and Certain Imported Substances*, L/6175, BISD 34S/136, 17 June 1987.

7.2.3 Sonstige völkerrechtliche Rechtsprechung

Gabcíkovo-Nagymaros: International Court of Justice, Urteil vom 25. September 1997, *Case Concerning the Gabcíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia)*.

Northern Cameroons: International Court of Justice, Urteil vom 2. Dezember 1963, *Case Concerning the Northern Cameroons (Cameroon v. United Kingdom)*.

Wimbledon: Permanent Court of International Justice, Urteil vom 17. August 1923, *Case of the S.S. "Wimbledon"*.

8 Abkürzungs- und Instrumentenverzeichnis

Antidumpingübereinkommen: Übereinkommen zur Durchführung des Artikels VI des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994. *Agreement on Implementation of Article VI (Anti-dumping Agreement)*.

DSB: Streitbeilegungsgremium, *Dispute Settlement Body*.

DSU: Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten, auch Streitbeilegungsvereinbarung genannt. *Understanding On Rules And Procedures Governing The Settlement Of Disputes (Dispute Settlement Understanding)*.

Ermächtigungsklausel: *Enabling clause*, beschlossen am 28. November 1979 (L/4903, BISD 26S/203).

GATT: Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen, *General Agreement on Tariffs and Trade*.

GATT 1994: Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1994. *General Agreement on Tariffs and Trade 1994*.

GATT 1947: Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen 1947. *General Agreement on Tariffs and Trade 1947*.

IGH: Internationaler Gerichtshof.

ITO: *International Trade Organization*.

SCM-Übereinkommen: Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen. *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures (SCM-Agreement)*.

Übereinkommen über öffentliches Beschaffungswesen: *Agreement on Government Procurement*.

WTO: Welthandelsorganisation, *World Trade Organization*.

WTO-Übereinkommen: Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation. *Agreement Establishing the World Trade Organization (WTO-Agreement)*.

9 Anhänge

Da die zwei Entscheidungen nach Art. 22.6 DSU des Hormonfalles (WT/DS26/ARB und WT/DS48/ARB) unterschiedliche, jedoch eng verwandte Inhalte haben, wäre die Anwendung der üblichen Zitierweise umständlich und unübersichtlich. Das selbe gilt für die acht Entscheidungen nach Art. 22.6 DSU des Falles *Byrd Amendment* (WT/DS217/ARB/* und WT/DS234/ARB/*). Die hier vorgestellte standardisierte Zitierweise wurde entwickelt, um einfache und präzise Angaben der Entscheidungen zu ermöglichen.

Die linke Spalte der Tabellen enthält standardisierte Absatznummern. Die anderen Spalten entsprechen jeweils einer der verschiedenen Entscheidungen.

Haben die Absatznummern der verschiedenen Entscheidungen die selbe standardisierte Nummer und sind sie in der selben Reihe, bedeutet es, dass sie den selben Inhalt haben (Beispiel: s1). Haben sie die selbe standardisierte Nummer und sind sie in verschiedenen Reihen, ist ihr Inhalt verschieden aber eng verwandt.

Das offizielle Kürzel eines Staatsnamens nach der standardisierten Absatznummer bedeutet, dass nur der Absatz der Entscheidung der entsprechenden Partei zitiert wird. Ein # nach der standardisierten Absatznummer bedeutet, dass alle standardisierten Absatznummern trotz ihres unterschiedlichen Inhalts gemeinsam aufgeführt werden.

Minimale Unterschiede, weil zum Beispiel die jeweilige beschwerdeführende Partei genannt wird, wurden nicht aufgezeichnet. Unterschiedliche Fußnoten wurden auch nicht berücksichtigt.

Anhang 1: Standardisierte Zitierweise der Entscheidungen nach Art. 22.6 des Hormonenfalles

Entscheidungen:

European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Original Complaint by the United States, Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, WT/DS26/ARB, 12 Juli 1999.

European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), Original Complaint by Canada, Recourse to Arbitration by the European Communities Under Article 22.6 of the DSU, WT/DS48/ARB, 12 Juli 1999.

Standardisierte Absatznummern	US	Canada
	I. Introduction	
s1	1.	1 .
s2	2.	2 .
s3	3.	3 .
s4	4.	4 .
s5	5.	5 .
s6	6.	6 .
	II. Preliminary Issues	
	A. Third-Party Rights	
s7	7.	7 .
	B. Burden of Proof and the Role of Arbitrators under Article 22 of the DSU	
s8	8.	8 .
s9	9.	9 .
s10	10.	10 .
s11	11.	11 .
s12	12.	12 .
	C. Product Coverage of the [Requesting Party] Proposal to Suspend Concessions	
s13 US	13.	13 .
s13 CA		
	1. The EC request for a definite list of products	
s14	14.	14 .
s15	15.	15 .
s16	16.	16 .
s17	17.	17 .
s18	18.	18 .
s19	19.	19 .
s20	20.	20 .
s21	21.	21 .
	2. The EC objection to a "carousel" type of suspension of concessions	
s22	22.	
s23	23.	
	III. Calculation of the Level of Nullification and Impairment Caused by the EC Hormone Ban	
	A. Summary of the Parties' Basic Methodologies	
	1. [Requesting Party]	
s24	24.	22 .
s25	25.	23 .
s26	26.	
s27	27.	
s28	28.	
s29	29.	
s30	30.	

Standardisierte Absatznummern	US	Canada
s31		24 .
s32		25 .
s33		26 .
s34		27 .
s35		28 .
	2. European Communities	
s36 US	31.	
s36 CA		29 .
s37		30 .
s38	32.	31 .
s39	33.	32 .
s40	34.	33 .
	B. General Approach of the Arbitrators	
s41	35.	34 .
	C. Guidelines for the Calculation of Nullification and Impairment	
s42	36.	35 .
s43 US	37.	
s43 CA		36 .
s44	38.	37 .
s45	39.	38 .
s46	40.	39 .
s47	41.	40 .
s48	42.	41 .
s49	43.	42 .
s50	44.	43 .
	D. The Value of "Current Exports"	
s51	45.	
s52	46.	
s53	47.	
	D/E. Nullification and Impairment in Respect of High Quality Beef	
	1. Volume of the tariff quota	
s54	48.	44 .
s55	49.	
s56	50.	
s57	51.	
s58	52.	
s59	53.	
	2. Estimated utilisation of the 11,500 tonnes tariff quota	
s60	54.	45 .
s61	55.	46 .
	3. Estimated tariff quota share of [Requesting Party]	
s62	56.	47 .
s63	57.	48 .
s64	58.	49 .
	4. Estimated prices under the counterfactual	
s65	59.	
s66	60.	
s67		50 .
s68		51 .
s69 US	61.	
s69 CA		52 .
	5. Estimated value of "current exports" to be deducted	
s70	62.	53 .
s71 US	63.	
s71 CA		54 .
s72	64.	55 .
	6. Estimate of nullification and impairment in respect of HQB	
s73	65.	56 .

Standardisierte Absatznummern	US	Canada
	E/F. Nullification and Impairment in Respect of Edible Beef Offal	
	1. Estimated volume of [Requesting Party] EBO exports under the "counterfactual"	
s74	66.	57 .
s75	67.	58 .
s76	68.	59 .
s77 US	69.	60 .
s77 CA		
	2. Estimated price of [Requesting Party] EBO exports under the "counterfactual"	
s78 US	70.	61 .
s78 CA		
	3. Estimated value of "current exports" to be deducted	
s79	71.	62 .
s80	72.	63 .
s81 US	73.	64 .
s81 CA		
s82	74.	65 .
	4. Adjustment requested by the EC for [Requesting Party] EBO exports used not for human consumption but in pet food	
s83 US	75.	66 .
s83 CA		
	5. The US claim in respect of exports that would have resulted from foregone marketing campaigns	
s84	76.	
s85	77.	
	5/6. Estimate of nullification and impairment in respect of EBO	
s86	78.	67 .
	F/G. Total Nullification and Impairment	
s87	79.	68 .
	IV. Assessment of the Proposed Level of Suspension of Concessions	
s88	80.	69 .
s89 US	81.	70 .
s89 CA		
s90	82.	71 .
	V. Award of the Arbitrators	
s91	83.	72 .
s92	84.	73 .

Anhang 2: Standardisierte Zitierweise der Entscheidungen nach Art. 22.6 des Falles „Byrd Amendment“

Entscheidungen: United States – Continued Dumping And Subsidy Offset Act Of 2000, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU, WT/DS217/ARB/* & WT/DS234/ARB/*, 31 August 2004.

Die Signaturen der Urteile sind:

Brasilien: WT/DS217/ARB/BRA

Chile: WT/DS217/ARB/CHL

EEC: WT/DS217/ARB/EEC

Indien: WT/DS217/ARB/IND

Japan: WT/DS217/ARB/JPN

Korea: WT/DS217/ARB/KOR

Kanada: WT/DS234/ARB/CAN

Mexiko: WT/DS234/ARB/MEX

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
I. Introduction								
A. Initial proceedings								
s1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1	1.1
s2	1.2	1.2	1.2	1.2	1.2	1.2	1.2	1.2
s3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3	1.3
s4 BRA+IND	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4	1.4
s4CHL								
s4EEC								
s4JPN								
s4KOR+CAN								
s4MEX								
s5 BRA	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5	1.5
s5CHL								
s5EEC								
s5IND								
s5JPN								
s5KOR								
s5CAN								
s5MEX								
s6 BRA	1.6		1.6	1.6	1.6	1.6	1.6	1.6
s6EEC+IND								
s6JPN								
s6KOR								
s6CAN								
s6MEX								
s7							1.7	
B. Request for arbitration and selection of the Arbitrator								
s8	1.7	1.6	1.7	1.7	1.7	1.7	1.8	1.7
s9	1.8	1.7	1.8	1.8	1.8	1.8	1.9	1.8
s10	1.9	1.8	1.9	1.9	1.9	1.9	1.10	1.9
s11	1.10	1.9	1.10	1.10	1.10	1.10	1.11	1.10
s12	1.11	1.10	1.11	1.11	1.11	1.11	1.12	1.11

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
s13	1.12	1.11	1.12	1.12	1.12	1.12	1.13	1.12
s14	1.13	1.12	1.13	1.13	1.13	1.13	1.14	1.13
s15	1.14	1.13	1.14	1.14	1.14	1.14	1.15	1.14
s16	1.15	1.14	1.15	1.15	1.15	1.15	1.16	1.15
s17	1.16	1.15	1.16	1.16	1.16	1.16	1.17	1.16
C. Order followed by the Arbitrator in its analysis								
s18	1.17	1.16	1.17	1.17	1.17	1.17	1.18	1.17
s19	1.18	1.17	1.18	1.18	1.18	1.18	1.19	1.18
s20 *	1.19		1.19	1.19	1.19	1.19	1.20	1.19
s20CHL		1.18						
s21	1.20	1.19	1.20	1.20	1.20	1.20	1.21	1.20
II. Preliminary issues								
A. Request of the United States for a preliminary ruling								
1. Summary of the United States' request								
s22	2.1	2.1	2.1	2.1	2.1	2.1	2.1	2.1
2. Analysis of the Arbitrator								
s23	2.2	2.2	2.2	2.2	2.2	2.2	2.2	2.2
s24	2.3	2.3	2.3	2.3	2.3	2.3	2.3	2.3
s25	2.4	2.4	2.4	2.4	2.4	2.4	2.4	2.4
s26	2.5	2.5	2.5	2.5	2.5	2.5	2.5	2.5
s27 *	2.6		2.6	2.6	2.6	2.6	2.6	2.6
s27CHL		2.6						
s28	2.7	2.7	2.7	2.7	2.7	2.7	2.7	2.7
s29	2.8	2.8	2.8	2.8	2.8	2.8	2.8	2.8
s30 *	2.9	2.9	2.9	2.9	2.9	2.9		2.9
s30CAN							2.9	
s31	2.10	2.10	2.10	2.10	2.10	2.10	2.10	2.10
B. Sufficient specificity of [Requesting Party]'s request under Article 22.2 of the DSU								
1. Preliminary remarks								
s32	2.11	2.11	2.11	2.11	2.11	2.11	2.11	2.11
s33	2.12	2.12	2.12	2.12	2.12	2.12	2.12	2.12
s34							2.13	
2. Main arguments of the parties								
(a) United States								
s35	2.13	2.13	2.13	2.13	2.13	2.13	2.14	2.13
s36	2.14	2.14	2.14	2.14	2.14	2.14	2.15	2.14
s37	2.15	2.15	2.15	2.15	2.15	2.15	2.16	2.15
s38							2.17	
(b) [Requesting Party]								
s39 *	2.16		2.16	2.16	2.16	2.16		2.16
s39CHL		2.16						
s39CAN							2.18	
s40 *	2.17		2.17	2.17	2.17	2.17		2.17
s40CAN							2.19	
3. Does [Requesting Party]'s request fail to meet the minimum specificity standard applicable in an Article 22.6 arbitration?								
s41	2.18	2.17	2.18	2.18	2.18	2.18	2.20	2.18
s42	2.19	2.18	2.19	2.19	2.19	2.19	2.21	2.19
s43 BRA	2.20							
s43CHL		2.19						
s43EEC+IND			2.20	2.20				
s43JPN					2.20			
s43KOR						2.20		
s43CAN							2.22	
s43MEX								2.20
s44 *	2.21	2.20	2.21	2.21	2.21	2.21		2.21
s44CAN							2.23	
s45	2.22	2.21	2.22	2.22	2.22	2.22	2.24	2.22

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
	4. Canada's suspension of obligations under Article VI of GATT 1994, Articles 3, 5, 7, 8, 9, 10, 11 and 12 of the Anti-Dumping Agreement and Articles 11, 12, 15, 17, 18, 19, 20, 21 and 22 of the SCM Agreement							
s46							2.25	
s47							2.26	
s48							2.27	
s49							2.28	
s50							2.29	
s51							2.30	
s52							2.31	
s53							2.32	
s54							2.33	
	C. Burden of proof							
	1. Main arguments of the parties							
s55 *	2.23		2.23	2.23	2.23	2.23		2.23
s55CHL		2.22						
s55CAN							2.34	
s56 *	2.24		2.24	2.24	2.24	2.24	2.35	2.24
s56CHL		2.23						
	2. Position of the Arbitrator							
s57	2.25	2.24	2.25	2.25	2.25	2.25	2.36	2.25
s58	2.26	2.25	2.26	2.26	2.26	2.26	2.37	2.26
s59	2.27	2.26	2.27	2.27	2.27	2.27	2.38	2.27
	III. Determination of the level of nullification or impairment							
	A. Main arguments of the parties							
	1. United States							
s60	3.1	3.1	3.1	3.1	3.1	3.1	3.1	3.1
s61	3.2	3.2	3.2	3.2	3.2	3.2	3.2	3.2
s62	3.3	3.3	3.3	3.3	3.3	3.3	3.3	3.3
s63	3.4	3.4	3.4	3.4	3.4	3.4	3.4	3.4
s64	3.5	3.5	3.5	3.5	3.5	3.5	3.5	3.5
s65	3.6	3.6	3.6	3.6	3.6	3.6	3.6	3.6
	2. [Requesting Party]							
s66	3.7		3.7	3.7	3.7	3.7		3.7
s67	3.8		3.8	3.8	3.8	3.8		3.8
s68	3.9		3.9	3.9	3.9	3.9		3.9
s69	3.10		3.10	3.10	3.10	3.10		3.10
s70	3.11		3.11	3.11	3.11	3.11		3.11
s71	3.12		3.12	3.12	3.12	3.12		3.12
s72	3.13		3.13	3.13	3.13	3.13		3.13
s73		3.7						
s74		3.8						
s75		3.9						
s76		3.10						
s77		3.11						
s78							3.7	
s79							3.8	
s80							3.9	
s81							3.10	
s82							3.11	
	B. Analysis of the Arbitrator							
	1. Introduction							
s83	3.14	3.12	3.14	3.14	3.14	3.14	3.12	3.14
s84	3.15	3.13	3.15	3.15	3.15	3.15	3.13	3.15
s85	3.16		3.16	3.16	3.16	3.16	3.14	3.16
s86	3.17		3.17	3.17	3.17	3.17	3.15	3.17
s87		3.14						

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
2. Review of the approach proposed by [Requesting Party]								
(a) Article XXIII of GATT 1994 and the DSU								
s88	3.18	3.15	3.18	3.18	3.18	3.18	3.16	3.18
s89	3.19	3.16	3.19	3.19	3.19	3.19	3.17	3.19
s90	3.20	3.17	3.20	3.20	3.20	3.20	3.18	3.20
s91	3.21	3.18	3.21	3.21	3.21	3.21	3.19	3.21
s92 *	3.22	3.19	3.22	3.22	3.22	3.22		3.22
s92CAN							3.20	
s93	3.23	3.20	3.23	3.23	3.23	3.23	3.21	3.23
s94 *	3.24	3.21	3.24	3.24	3.24	3.24		3.24
s94CAN							3.22	
s95 *	3.25		3.25	3.25	3.25	3.25		3.25
s95CHL		3.22						
s95CAN							3.23	
s96	3.26	3.23	3.26	3.26	3.26	3.26	3.24	3.26
s97 *	3.27		3.27	3.27	3.27	3.27	3.25	3.27
s97CHL		3.24						
s98	3.28	3.25	3.28	3.28	3.28	3.28	3.26	3.28
s99	3.29	3.26	3.29	3.29	3.29	3.29	3.27	3.29
s100	3.30	3.27	3.30	3.30	3.30	3.30	3.28	3.30
s101 *	3.31		3.31	3.31	3.31	3.31	3.29	3.31
s101CHL		3.28						
s102	3.32	3.29	3.32	3.32	3.32	3.32	3.30	3.32
s103	3.33		3.33	3.33	3.33	3.33	3.31	3.33
s104	3.34		3.34	3.34	3.34	3.34	3.32	3.34
(b) Previous arbitrations								
(i) Introduction								
s105	3.35	3.30	3.35	3.35	3.35	3.35	3.33	3.35
(ii) Interpretation of the provisions relating to nullification or impairment by previous arbitrators								
s106	3.36	3.31	3.36	3.36	3.36	3.36	3.34	3.36
(iii) Consideration of benefits nullified or impaired in terms of economic or trade effect								
s107	3.37	3.32	3.37	3.37	3.37	3.37	3.35	3.37
s108	3.38	3.33	3.38	3.38	3.38	3.38	3.36	3.38
s109	3.39	3.34	3.39	3.39	3.39	3.39	3.37	3.39
s110	3.40	3.35	3.40	3.40	3.40	3.40	3.38	3.40
s111	3.41	3.36	3.41	3.41	3.41	3.41	3.39	3.41
s112	3.42	3.37	3.42	3.42	3.42	3.42	3.40	3.42
s113	3.43	3.38	3.43	3.43	3.43	3.43	3.41	3.43
s114 *	3.44		3.44	3.44	3.44	3.44	3.42	3.44
s114CHL		3.39						
s115	3.45	3.40	3.45	3.45	3.45	3.45	3.43	3.45
s116 *	3.46		3.46	3.46	3.46	3.46	3.44	3.46
s116CHL		3.41						
s117	3.47	3.42	3.47	3.47	3.47	3.47	3.45	3.47
s118	3.48	3.43	3.48	3.48	3.48	3.48	3.46	3.48
s119	3.49	3.44	3.49	3.49	3.49	3.49	3.47	3.49
s120 *	3.50		3.50	3.50	3.50	3.50	3.48	3.50
s120CHL		3.45						
s121	3.51	3.46	3.51	3.51	3.51	3.51	3.49	3.51
s122	3.52	3.47	3.52	3.52	3.52	3.52	3.50	3.52
(c) Conclusion								
s123	3.53	3.48	3.53	3.53	3.53	3.53	3.51	3.53
s124	3.54	3.49	3.54	3.54	3.54	3.54	3.52	3.54
s125	3.55	3.50	3.55	3.55	3.55	3.55	3.53	3.55
s126	3.56	3.51	3.56	3.56	3.56	3.56	3.54	3.56

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
	3. Reliance on specific instances of disbursements to assess nullification or impairment							
	(a) Main arguments of the parties							
s127	3.57	3.52	3.57	3.57	3.57	3.57	3.55	3.57
s128 *	3.58	3.53	3.58	3.58	3.58	3.58	3.56	3.58
s128CHL								
s128CAN								
	(b) Analysis of the Arbitrator							
s129	3.59	3.54	3.59	3.59	3.59	3.59	3.57	3.59
s130	3.60	3.55	3.60	3.60	3.60	3.60	3.58	3.60
s131	3.61	3.56	3.61	3.61	3.61	3.61	3.59	3.61
s132	3.62	3.57	3.62	3.62	3.62	3.62	3.60	3.62
s133	3.63	3.58	3.63	3.63	3.63	3.63	3.61	3.63
s134	3.64	3.59	3.64	3.64	3.64	3.64	3.62	3.64
s135	3.65	3.60	3.65	3.65	3.65	3.65	3.63	3.65
s136	3.66	3.61	3.66	3.66	3.66	3.66	3.64	3.66
s137	3.67	3.62	3.67	3.67	3.67	3.67	3.65	3.67
s138	3.68	3.63	3.68	3.68	3.68	3.68	3.66	3.68
	4. Approach to be followed by the Arbitrator in this case							
s139	3.69	3.64	3.69	3.69	3.69	3.69	3.67	3.69
s140	3.70	3.65	3.70	3.70	3.70	3.70	3.68	3.70
s141	3.71	3.66	3.71	3.71	3.71	3.71	3.69	3.71
s142	3.72	3.67	3.72	3.72	3.72	3.72	3.70	3.72
s143	3.73	3.68	3.73	3.73	3.73	3.73	3.71	3.73
s144	3.74	3.69	3.74	3.74	3.74	3.74	3.72	3.74
s145 *	3.75	3.70	3.75	3.75	3.75	3.75	3.73	3.75
s145CHL								
s146	3.76	3.71	3.76	3.76	3.76	3.76	3.74	3.76
s147	3.77	3.72	3.77	3.77	3.77	3.77	3.75	3.77
s148 *	3.78	3.73	3.78	3.78	3.78	3.78	3.76	3.78
s148CHL								
s149	3.79	3.74	3.79	3.79	3.79	3.79	3.77	3.79
	C. Calculation of the level of nullification or impairment through an economic model							
	1. Introduction							
s150	3.80	3.75	3.80	3.80	3.80	3.80	3.78	3.80
s151	3.81	3.76	3.81	3.81	3.81	3.81	3.79	3.81
	2. Review of the approaches of the parties regarding economic models							
	(a) United States							
s152	3.82	3.77	3.82	3.82	3.82	3.82	3.80	3.82
s153	3.83	3.78	3.83	3.83	3.83	3.83	3.81	3.83
s154	3.84	3.79	3.84	3.84	3.84	3.84	3.82	3.84
s155	3.85	3.80	3.85	3.85	3.85	3.85	3.83	3.85
s156	3.86	3.81	3.86	3.86	3.86	3.86	3.84	3.86
s157	3.87	3.82	3.87	3.87	3.87	3.87	3.85	3.87
s158	3.88	3.83	3.88	3.88	3.88	3.88	3.86	3.88
s159	3.89	3.84	3.89	3.89	3.89	3.89	3.87	3.89
s160	3.90	3.85	3.90	3.90	3.90	3.90	3.88	3.90
s161	3.91	3.86	3.91	3.91	3.91	3.91	3.89	3.91
s162	3.92	3.87	3.92	3.92	3.92	3.92	3.90	3.92
s163	3.93	3.88	3.93	3.93	3.93	3.93	3.91	3.93
s164	3.94	3.89	3.94	3.94	3.94	3.94	3.92	3.94
	(b) Requesting Parties							
s165		3.90						
s166	3.95	3.91	3.95	3.95	3.95	3.95	3.93	3.95
s167	3.96	3.92	3.96	3.96	3.96	3.96	3.94	3.96
s168	3.97	3.93	3.97	3.97	3.97	3.97	3.95	3.97
s169	3.98	3.94	3.98	3.98	3.98	3.98	3.96	3.98
s170	3.99	3.95	3.99	3.99	3.99	3.99	3.97	3.99

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
s171	3.100	3.96	3.100	3.100	3.100	3.100	3.98	3.100
s172	3.101	3.97	3.101	3.101	3.101	3.101	3.99	3.101
s173	3.102	3.98	3.102	3.102	3.102	3.102	3.100	3.102
s174	3.103	3.99	3.103	3.103	3.103	3.103	3.101	3.103
s175	3.104	3.100	3.104	3.104	3.104	3.104	3.102	3.104
3. Analysis of the Arbitrator								
(a) Comparison of the models								
s176	3.105	3.101	3.105	3.105	3.105	3.105	3.103	3.105
s177	3.106	3.102	3.106	3.106	3.106	3.106	3.104	3.106
s178	3.107	3.103	3.107	3.107	3.107	3.107	3.105	3.107
s179	3.108	3.104	3.108	3.108	3.108	3.108	3.106	3.108
s180	3.109	3.105	3.109	3.109	3.109	3.109	3.107	3.109
s181	3.110	3.106	3.110	3.110	3.110	3.110	3.108	3.110
s182	3.111	3.107	3.111	3.111	3.111	3.111	3.109	3.111
s183	3.112	3.108	3.112	3.112	3.112	3.112	3.110	3.112
s184	3.113	3.109	3.113	3.113	3.113	3.113	3.111	3.113
(b) Choosing an appropriate model								
s185	3.114	3.110	3.114	3.114	3.114	3.114	3.112	3.114
s186	3.115	3.111	3.115	3.115	3.115	3.115	3.113	3.115
s187	3.116	3.112	3.116	3.116	3.116	3.116	3.114	3.116
s188	3.117	3.113	3.117	3.117	3.117	3.117	3.115	3.117
s189	3.118	3.114	3.118	3.118	3.118	3.118	3.116	3.118
s190	3.119	3.115	3.119	3.119	3.119	3.119	3.117	3.119
s191	3.120	3.116	3.120	3.120	3.120	3.120	3.118	3.120
s192	3.121	3.117	3.121	3.121	3.121	3.121	3.119	3.121
s193	3.122	3.118	3.122	3.122	3.122	3.122	3.120	3.122
s194	3.123	3.119	3.123	3.123	3.123	3.123	3.121	3.123
s195	3.124	3.120	3.124	3.124	3.124	3.124	3.122	3.124
s196	3.125	3.121	3.125	3.125	3.125	3.125	3.123	3.125
s197	3.126	3.122	3.126	3.126	3.126	3.126	3.124	3.126
4. Data issues								
(a) Introduction								
s198	3.127	3.123	3.127	3.127	3.127	3.127	3.125	3.127
s199	3.128	3.124	3.128	3.128	3.128	3.128	3.126	3.128
s200	3.129	3.125	3.129	3.129	3.129	3.129	3.127	3.129
(b) Value of payments								
s201	3.130	3.126	3.130	3.130	3.130	3.130	3.128	3.130
s202	3.131	3.127	3.131	3.131	3.131	3.131	3.129	3.131
s203	3.132	3.128	3.132	3.132	3.132	3.132	3.130	3.132
s204	3.133	3.129	3.133	3.133	3.133	3.133	3.131	3.133
s205	3.134	3.130	3.134	3.134	3.134	3.134	3.132	3.134
s206	3.135	3.131	3.135	3.135	3.135	3.135	3.133	3.135
s207	3.136	3.132	3.136	3.136	3.136	3.136	3.134	3.136
(c) Elasticity of substitution								
s208	3.137	3.133	3.137	3.137	3.137	3.137	3.135	3.137
s209	3.138	3.134	3.138	3.138	3.138	3.138	3.136	3.138
(d) Pass-through								
s210	3.139	3.135	3.139	3.139	3.139	3.139	3.137	3.139
s211	3.140	3.136	3.140	3.140	3.140	3.140	3.138	3.140
s212	3.141	3.137	3.141	3.141	3.141	3.141	3.139	3.141
s213	3.142	3.138	3.142	3.142	3.142	3.142	3.140	3.142
s214	3.143	3.139	3.143	3.143	3.143	3.143	3.141	3.143
s215	3.144	3.140	3.144	3.144	3.144	3.144	3.142	3.144
5. Application of the model								
s216	3.145	3.141	3.145	3.145	3.145	3.145	3.143	3.145
s217	3.146	3.142	3.146	3.146	3.146	3.146	3.144	3.146
s218	3.147	3.143	3.147	3.147	3.147	3.147	3.145	3.147
s219	3.148	3.144	3.148	3.148	3.148	3.148	3.146	3.148

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
	D. Conclusion: level of nullification or impairment							
s220	3.149	3.145	3.149	3.149	3.149	3.149	3.147	3.149
s221	3.150	3.146	3.150	3.150	3.150	3.150	3.148	3.150
s222	3.151	3.147	3.151	3.151	3.151	3.151	3.149	3.151
	IV. equivalence of the level of suspension of concessions or other obligations with the level of nullification or impairment							
	A. Issues raised by the United States in relation to the level of suspension of concessions or other obligations proposed by [Requesting Party]							
s223 *	4.1		4.1	4.1	4.1	4.1	4.1	4.1
s223CHL		4.1						
s224	4.2	4.2	4.2	4.2	4.2	4.2	4.2	4.2
s225 *	4.3		4.3	4.3	4.3	4.3		4.3
s225CHL		4.3						
s225CAN							4.3	
s226	4.4	4.4	4.4	4.4	4.4	4.4	4.4	4.4
	B. the level of suspension of concessions or other obligations determined by the arbitrator to be equivalent to the level of nullification or impairment							
	1. Suspension of concessions or other obligations expressed as a duty on an undetermined quantity of trade rather than as a suspension of concessions on a determined value of trade							
	(a) Arguments of the parties							
	(i) United States							
s227	4.5	4.5	4.5	4.5	4.5	4.5	4.5	4.5
	(ii) [Requesting Party]							
s228 *	4.6		4.6	4.6	4.6	4.6		4.6
s228CHL		4.6						
s228CAN							4.6	
s229		4.7						
	(b) Analysis of the Arbitrator							
s230	4.7	4.8	4.7	4.7	4.7	4.7	4.7	4.7
s231 *			4.8	4.8	4.8	4.8	4.8	
s231 BRA	4.8							
s231 CHL		4.9						
s231MEX								4.8
s232 *		4.10	4.9	4.9		4.9	4.9	
s232BRA+JPN	4.9				4.9			
s232MEX								4.9
s233	4.10	4.11	4.10	4.10	4.10	4.10	4.10	4.10
s234 *	4.11	4.12	4.11	4.11	4.11	4.11		4.11
s234CAN							4.11	
	2. Suspension of concessions or other obligations by [Requesting Party] and other Requesting Parties so as to cover the total amount of disbursements made under the CDSOA							
	(a) Main arguments of the parties							
	(i) United States							
s235	4.12		4.12	4.12	4.12	4.12	4.12	4.12
	(ii) [Requesting Party]							
s236	4.13		4.13	4.13	4.13	4.13	4.13	4.13
	(b) Position of the Arbitrator							
s237	4.14		4.14	4.14	4.14	4.14	4.14	4.14
s238	4.15		4.15	4.15	4.15	4.15	4.15	4.15
s239	4.16		4.16	4.16	4.16	4.16	4.16	4.16
	3. Determination of a variable level of suspension of concessions or other obligations							
	(a) Main arguments of the parties							
	(i) United States							
s240	4.17	4.13	4.17	4.17	4.17	4.17	4.17	4.17
s241	4.18	4.14	4.18	4.18	4.18	4.18	4.18	4.18
	(ii) [Requesting Party]							
s242	4.19		4.19	4.19	4.19	4.19		4.19

Standardisierte Absatznummern	Brasilien	Chile	EEC	Indien	Japan	Korea	Kanada	Mexiko
s243		4.15						
s244		4.16						
s245		4.17						
s246		4.18						
s247		4.19						
s248							4.19	
(b) Analysis of the Arbitrator								
s249	4.20	4.20	4.20	4.20	4.20	4.20	4.20	4.20
s250	4.21	4.21	4.21	4.21	4.21	4.21	4.21	4.21
s251	4.22	4.22	4.22	4.22	4.22	4.22	4.22	4.22
s252	4.23	4.23	4.23	4.23	4.23	4.23	4.23	4.23
s253	4.24	4.24	4.24	4.24	4.24	4.24	4.24	4.24
s254	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25	4.25
s255	4.26	4.26	4.26	4.26	4.26	4.26	4.26	4.26
s256	4.27	4.27	4.27	4.27	4.27	4.27	4.27	4.27
V. Award of the arbitrator								
s257	5.1	5.1	5.1	5.1	5.1	5.1	5.1	5.1
s258 BRA	5.2							
s258HL		5.2						
s258EEC			5.2					
s258IND+KOR				5.2		5.2		
s258JAP					5.2			
s258CAN							5.2	
s258MEX								5.2
s259 BRA	5.3							
s259CHL		5.3						
s259EEC			5.3					
s259IND				5.3				
s259JPN					5.3			
s259KOR						5.3		
s259CAN							5.3	
s259MEX								5.3
s260 *	5.4	5.4	5.4	5.4	5.4	5.4		
s260CAN							5.4	
s260MEX								5.4
s261	5.5	5.5	5.5	5.5	5.5	5.5	5.5	5.5
VI. Concluding remarks								
s262	6.1	6.1	6.1	6.1	6.1	6.1	6.1	6.1
s263	6.2	6.2	6.2	6.2	6.2	6.2	6.2	6.2
s264	6.3	6.3	6.3	6.3	6.3	6.3	6.3	6.3
s265	6.4	6.4	6.4	6.4	6.4	6.4	6.4	6.4
s266	6.5	6.5	6.5	6.5	6.5	6.5	6.5	6.5
s267	6.6	6.6	6.6	6.6	6.6	6.6	6.6	6.6
s268	6.7	6.7	6.7	6.7	6.7	6.7	6.7	6.7

Anhang 3: Entscheidungen nach Art. 22.6 des Falles „United States – Subsidies on Upland Cotton“.

Im Fall US – Subsidies on Upland Cotton wurden zwei parallele Entscheidungen veröffentlicht, bezüglich jeweils verbotener und anfechtbarer Subventionen. Beide sind über weite Strecken weitgehend inhaltsgleich. Dies ist besonders im fünften Abschnitt über *cross retaliation* zu beobachten, der in beiden Entscheidungen sogar gleich nummeriert wird.

Auf dieser Tabelle werden folgende Entscheidungen verglichen:

- United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 4.11 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrator, WT/DS267/ARB/1
- United States – Subsidies on Upland Cotton, Recourse to Arbitration by the United States under Article 22.6 of the DSU and Article 7.10 of the SCM Agreement, Decision by the Arbitrator, WT/DS267/ARB/2, und das Corrigendum, WT/DS267/ARB/2/Corr.1.

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
I. Introduction	
A. Initial proceedings	
1.1	1.1
1.2	1.2
1.3	1.3
1.4	1.4
1.5	1.5
1.6	1.6
1.7	1.7
1.8	
	1.8
1.9	1.9
1.10	1.10
1.11	1.11
1.12	1.12
B. Request for arbitration and arbitration proceedings	
1.13	1.13
1.14	1.14
1.15	1.15
1.16	1.16
1.17	1.17
1.18	1.18
1.19	1.19
1.20	1.20
1.21	1.21
1.22	
	1.22
1.23	1.23
1.24	1.24
1.25	1.25
1.26	1.26
C. Organization of the proceedings and presentation of the Decision	
1.27	1.27
1.28	1.28
1.29	1.29
1.30	1.30

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
1.31	1.31
D. Treatment of confidential information	
1.32	
1.33	
II. Overall Approach of the Arbitrator	
2.1	
	2.1
2.2	2.2
2.3	
	2.3
2.4	2.4
2.5	
2.6	
	2.5
	III. Preliminary issue: do changes in the legal basis of the Marketing loan and countercyclical payments affect Brazil's entitlement to take countermeasures?
	3.1
	A. Arguments of the parties
	3.2
	3.3
	3.4
	3.5
	3.6
	3.7
	B. Assessment by the Arbitrator
	3.8
	3.9
	3.10
	3.11
	3.12
	3.13
	3.14
	3.15
	3.16
	3.17
	3.18
	3.19
	3.20
	3.21
	3.22
	3.23
	3.24
	3.25
	3.26
	3.27
	3.28
	3.29
	3.30
	3.31
	3.32
	3.33
III. Brazil's proposed Level of countermeasures in relation to Step 2	
3.1	
3.2	
3.3	
3.4	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
A. Is Brazil entitled to seek "one-time" countermeasures in relation to the failure by the United States to withdraw the Step 2 payments between 1 July 2005 and 31 July 2006?	
1. Main arguments of the parties	
3.5	
3.6	
3.7	
3.8	
3.9	
3.10	
3.11	
3.12	
3.13	
3.14	
3.15	
2. Assessment by the Arbitrator	
3.16	
3.17	
3.18	
3.19	
3.20	
3.21	
3.22	
3.23	
3.24	
(a) Legal basis for Brazil's request for countermeasures in relation to Step 2 payments	
3.25	
3.26	
3.27	
3.28	
3.29	
3.30	
3.31	
3.32	
3.33	
(b) Whether Brazil is entitled to seek countermeasures in relation to past non-compliance with rulings relating to Step 2 payments	
3.34	
3.35	
3.36	
3.37	
3.38	
3.39	
3.40	
3.41	
3.42	
3.43	
3.44	
3.45	
3.46	
3.47	
3.48	
3.49	
3.50	
(c) Whether the "new measures" under the 2008 Farm Bill should be considered	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
3.51	
3.52	
3.53	
3.54	
3.55	
3.56	
3.57	
3.58	
3.59	
3.60	
3.61	
3. Conclusion	
3.62	
B. Assessment of Brazil's requested amount of countermeasures in relation to Step 2 payments	
3.63	
3.64	
IV. Brazil's proposed level of countermeasures in relation to GSM 102	IV. Assessment of Brazil's proposed Level of countermeasures
A. Brazil's request	
4.1	
4.2	
4.3	
4.4	
4.5	
B. Main arguments of the parties	A. Main arguments of the parties
4.6	
4.7	
4.8	
4.9	
4.10	
4.11	
4.12	
4.13	
	4.1
	4.2
	4.3
	4.4
	4.5
C. Mandate of the Arbitrator and burden of proof	B. Mandate of the Arbitrator and burden of proof
4.14	
4.15	
4.16	
4.17	
4.18	
4.19	
4.20	
4.21	
4.22	
4.23	
4.24	
4.25	
	4.6
	4.7

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
	4.8
	4.9
	4.10
	4.11
	4.12
	4.13
	4.14
	4.15
	4.16
4.26	4.17
D. The notion of "Appropriate countermeasures" under Article 4.10 of the SCM Agreement	
4.27	
4.28	
4.29	
4.30	
4.31	
4.32	
4.33	
	C. Countermeasures "commensurate with the degree and nature of the adverse effects determined to exist" (Article 7.9 and 7.10 of the SCM Agreement)
	4.18
	4.19
	4.20
	4.21
	1. The terms of Article 7.9 of the SCM Agreement
	4.22
	4.23
1. The terms "appropriate countermeasures" and the terms of footnote 9	
(a) "countermeasures"	(a) "countermeasures"
4.34	4.24
4.35	4.25
4.36	
	4.26
4.37	4.27
4.38	
	4.28
4.39	
	4.29
4.40	
	4.30
4.41	4.31
4.42	
	4.32
4.43	
	4.33
(b) "appropriate"	
4.44	
4.45	
4.46	
4.47	
4.48	
4.49	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
4.50	
4.51	
4.52	
4.53	
4.54	
4.55	
4.56	
4.57	
4.58	
4.59	
4.60	
4.61	
4.62	
4.63	
4.64	
4.65	
4.66	
4.67	
4.68	
4.69	
4.70	
4.71	
4.72	
4.73	
4.74	
4.75	
4.76	
4.77	
4.78	
4.79	
4.80	
(c) Footnote 9	
4.81	
4.82	
4.83	
4.84	
4.85	
4.86	
4.87	
4.88	
4.89	
4.90	
4.91	
4.92	
4.93	
	(b) "commensurate with the degree and nature of the adverse effects determined to exist"
	4.34
	(i) "commensurate"
	4.35
	4.36
	4.37
	4.38
	4.39
	(ii) The "degree and nature" of the adverse effects
	4.40
	4.41
	4.42
	4.43

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
	4.44
	4.45
	4.46
	4.47
	4.48
	(iii) The "adverse effects determined to exist"
	4.49
	4.50
	4.51
	4.52
	4.53
2. The terms of Article 4.10 of the SCM Agreement in their context	
4.94	
4.95	
4.96	
4.97	
4.98	
4.99	
4.100	
4.101	
4.102	
4.103	
4.104	
4.105	
4.106	
4.107	
	2. Context
	4.54
	4.55
	4.56
3. Object and purpose	3. Object and purpose
	4.57
4.108	
4.109	
4.110	
4.111	4.58
4.112	
4.113	
	4.59
	4.60
	4.61
	4.62
4. Conclusion	
4.114	
4.115	
4.116	
4.117	
E. Assessment of Brazil's proposed countermeasures	
4.118	
4.119	
4.120	
1. Main arguments of the parties	
4.121	
4.122	
4.123	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
4.124	
4.125	
4.126	
4.127	
2. Analysis by the Arbitrator	
4.128	
4.129	
(a) Brazil's proposed "benefits" approach	
4.130	
4.131	
(i) The "amount of the subsidy" as a basis for the calculation of appropriate countermeasures	
4.132	
4.133	
4.134	
4.135	
4.136	
4.137	
4.138	
(ii) Brazil's "benefits" approach to the calculation of the "amount of the subsidy"	
4.139	
4.140	
4.141	
4.142	
4.143	
4.144	
4.145	
4.146	
4.147	
4.148	
4.149	
4.150	
4.151	
4.152	
4.153	
(b) The United States' proposed alternative "net cost to government" approach	
4.154	
4.155	
4.156	
4.157	
4.158	
4.159	
4.160	
4.161	
4.162	
4.163	
4.164	
4.165	
4.166	
4.167	
4.168	
4.169	
4.170	
4.171	
4.172	
(c) Approach of the Arbitrator	
4.173	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
4.174	
4.175	
4.176	
4.177	
4.178	
4.179	
4.180	
4.181	
(i) The trade effects of the GSM 102 programme	
4.182	
4.183	
Trade-distorting impact of GSM 102 on the volume of trade	
4.184	
4.185	
4.186	
4.187	
4.188	
4.189	
4.190	
4.191	
4.192	
The price effects of the GSM 102 programme	
4.193	
4.194	
4.195	
4.196	
4.197	
4.198	
Apportionment	
4.199	
4.200	
4.201	
4.202	
3. Calculations	
(a) Brazil's methodology	
4.203	
4.204	
4.205	
4.206	
(i) Interest rate subsidy	
4.207	
4.208	
4.209	
4.210	
4.211	
4.212	
4.213	
4.214	
4.215	
4.216	
4.217	
4.218	
4.219	
Arguments of the parties	
4.220	
4.221	
4.222	
4.223	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
4.224	
4.225	
4.226	
4.227	
4.228	
4.229	
4.230	
Analysis by the Arbitrator	
4.231	
4.232	
4.233	
4.234	
4.235	
4.236	
4.237	
4.238	
4.239	
4.240	
4.241	
4.242	
4.243	
4.244	
(ii) Full additionality	
4.245	
4.246	
4.247	
Arguments of the parties	
4.248	
4.249	
4.250	
4.251	
4.252	
Analysis by the Arbitrator	
4.253	
4.254	
4.255	
(iii) Marginal additionality	
4.256	
4.257	
Arguments of the parties	
4.258	
4.259	
4.260	
4.261	
4.262	
4.263	
4.264	
4.265	
4.266	
Analysis by the Arbitrator	
4.267	
4.268	
4.269	
4.270	
4.271	
4.272	
4.273	
4.274	
4.275	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
4.276	
4.277	
(iv) Conclusion	
4.278	
4.279	
	D. Assessment of Brazil's proposed countermeasures
	4.63
	1. Should the level of countermeasures be limited to the adverse effects suffered by Brazil?
	4.64
	4.65
	4.66
	(a) Arguments of the parties
	4.67
	4.68
	4.69
	4.70
	(b) Analysis by the Arbitrator
	4.71
	4.72
	4.73
	4.74
	4.75
	4.76
	4.77
	4.78
	4.79
	4.80
	4.81
	4.82
	4.83
	4.84
	4.85
	4.86
	4.87
	4.88
	4.89
	4.90
	4.91
	4.92
	2. Should the level of countermeasures be adjusted to account for a threshold of "significant" price suppression?
	4.93
	(a) Arguments of the parties
	4.94
	4.95
	4.96
	4.97
	(b) Analysis by the Arbitrator
	4.98
	4.99
	4.100
	4.101
	4.102
	4.103
	4.104
	4.105
	4.106

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
	4.107
	3. Choice of reference period
	4.108
	(a) Arguments of the parties
	4.109
	4.110
	4.111
	4.112
	4.113
	4.114
	(b) Analysis by the Arbitrator
	4.115
	4.116
	4.117
	4.118
	4.119
	4. Calculations
	(a) Introduction
	4.120
	4.121
	4.122
	4.123
	(b) Brazil's methodology and model
	4.124
	4.125
	(i) Arguments of the United States
	4.126
	4.127
	(ii) Analysis by the Arbitrator
	4.128
	4.129
	4.130
	4.131
	4.132
	4.133
	4.134
	(c) Elasticities used in the model
	(i) Long-run vs. short-run analysis
	4.135
	4.136
	Arguments of the United States
	4.137
	4.138
	4.139
	4.140
	Arguments of Brazil
	4.141
	4.142
	4.143
	Analysis by the Arbitrator
	4.144
	4.145
	4.146
	4.147
	(ii) Values of the elasticities
	US supply elasticity
	4.148
	4.149
	4.150

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
	ROW supply elasticity
	4.151
	4.152
	4.153
	Demand elasticities
	4.154
	4.155
	4.156
	4.157
	4.158
	4.159
	Analysis by the Arbitrator
	4.160
	4.161
	4.162
	4.163
	(d) Coupling factor
	4.164
	(i) Arguments of the United States
	4.165
	4.166
	4.167
	4.168
	4.169
	4.170
	(ii) Arguments of Brazil
	4.171
	4.172
	4.173
	4.174
	(iii) Analysis by the Arbitrator
	4.175
	4.176
	4.177
	4.178
	(e) Price expectations
	4.179
	4.180
	(i) Arguments of the United States
	4.181
	4.182
	(ii) Arguments of Brazil
	4.183
	4.184
	4.185
	(iii) Analysis by the Arbitrator
	4.186
	4.187
	4.188
	4.189
	4.190
	4.191
	4.192
	(f) Conclusions
	4.193
	4.194
	4.195
V. Brazil's request to apply countermeasures under the TRIPS Agreement and the GATS	
5.1	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
	5.1
5.2	
	5.2
5.3	5.3
A. Do the principles and procedures of Article 22.3 of the DSU apply to Brazil's request?	
1. Arguments of the parties	
5.4	5.4
5.5	5.5
5.6	5.6
5.7	5.7
5.8	5.8
5.9	5.9
5.10	5.10
5.11	5.11
2. Assessment by the Arbitrator	
5.12	5.12
5.13	
	5.13
5.14	
	5.14
5.15	5.15
5.16	
	5.16
5.17	5.17
5.18	
	5.18
5.19	
	5.19
5.20	5.20
5.21	
	5.21
5.22	
	5.22
5.23	
	5.23
5.24	
	5.24
5.25	
	5.25
5.26	5.26
5.27	
	5.27
5.28	
	5.28
5.29	
	5.29
5.30	5.30
5.31	5.31
5.32	5.32
B. Mandate of the Arbitrator and burden of proof	
5.33	5.33
1. Main arguments of the parties	
5.34	5.34
5.35	5.35
5.36	5.36
5.37	5.37
5.38	5.38
5.39	5.39
2. Approach of the Arbitrator	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
5.40	5.40
5.41	5.41
5.42	5.42
5.43	5.43
5.44	5.44
5.45	5.45
5.46	5.46
5.47	5.47
5.48	5.48
5.49	5.49
5.50	5.50
5.51	5.51
5.52	5.52
5.53	5.53
5.54	5.54
5.55	5.55
5.56	5.56
5.57	
	5.57
5.58	5.58
5.59	5.59
5.60	
	5.60
C. Brazil's determination that it is not practicable or effective to take countermeasures wholly in trade in goods and that the circumstances are serious enough	C. Brazil's determination that it is not practicable or effective to take countermeasures wholly in trade in goods
1. The principles and procedures of Article 22.3 of the DSU	
5.61	5.61
5.62	5.62
5.63	5.63
5.64	5.64
5.65	5.65
5.66	5.66
5.67	5.67
5.68	5.68
(a) First requirement under subparagraph (c): a determination that it is "not practicable or effective" to suspend concessions or other obligations with respect to other sectors under the same agreement	
5.69	5.69
5.70	5.70
(i) "practicable"	
5.71	5.71
5.72	5.72
5.73	5.73
(ii) "effective"	
5.74	5.74
5.75	5.75
5.76	5.76
5.77	5.77
5.78	5.78
5.79	5.79
5.80	5.80
5.81	5.81
(b) The second element under subparagraph (c): a determination that "the circumstances are serious enough"	
5.82	5.82
5.83	5.83
5.84	5.84
(c) The elements under subparagraph (d) of Article 22.3	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
5.85	5.85
5.86	5.86
5.87	5.87
5.88	5.88
5.89	5.89
5.90	5.90
5.91	5.91
2. Factual assumptions	
5.92	5.92
5.93	
	5.93
5.94	
	5.94
5.95	5.95
(a) Whether it is appropriate to consider the cumulated amount of countermeasures arising from both proceedings	
5.96	5.96
5.97	5.97
5.98	5.98
5.99	5.99
5.100	
	5.100
5.101	5.101
(b) Implications of the difference between the level of countermeasures requested by Brazil and the level determined to be permissible	
5.102	5.102
5.103	5.103
5.104	5.104
5.105	5.105
5.106	5.106
5.107	5.107
5.108	
	5.108
3. Whether it is practicable or effective for Brazil to suspend concessions in trade in goods	
5.109	
	5.109
5.110	5.110
(a) Main arguments of the parties	
5.111	5.111
5.112	5.112
5.113	5.113
5.114	5.114
5.115	5.115
5.116	5.116
5.117	5.117
5.118	5.118
5.119	5.119
5.120	5.120
5.121	5.121
5.122	5.122
5.123	5.123
5.124	5.124
5.125	5.125
5.126	5.126
5.127	5.127
(b) Analysis by the Arbitrator	
5.128	5.128
5.129	5.129
(i) Initial observations	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
5.130	5.130
5.131	5.131
5.132	5.132
5.133	5.133
5.134	5.134
(ii) Overall profile of US imports of goods to Brazil	
5.135	5.135
5.136	5.136
5.137	5.137
5.138	5.138
5.139	5.139
5.140	5.140
5.141	5.141
5.142	5.142
5.143	5.143
(iii) Detailed profile of US imports to Brazil and availability of suspension in relation to various categories of imports	
5.144	5.144
Capital goods, intermediate goods and other goods constituting inputs into Brazil's economy	
5.145	5.145
5.146	5.146
5.147	5.147
5.148	5.148
5.149	5.149
5.150	5.150
5.151	5.151
5.152	5.152
5.153	5.153
Consumer goods	
5.154	5.154
5.155	5.155
5.156	5.156
5.157	5.157
5.158	5.158
5.159	5.159
5.160	5.160
5.161	5.161
5.162	5.162
5.163	5.163
5.164	5.164
5.165	5.165
5.166	5.166
5.167	5.167
5.168	5.168
5.169	5.169
5.170	5.170
5.171	5.171
5.172	5.172
5.173	5.173
5.174	5.174
5.175	5.175
Conclusion	
5.176	5.176
5.177	5.177
5.178	5.178
5.179	5.179
5.180	5.180
5.181	5.181
5.182	5.182

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
5.183	5.183
5.184	5.184
5.185	5.185
(iv) General considerations	
5.186	5.186
General economic and welfare costs	
5.187	5.187
5.188	5.188
5.189	5.189
Inflationary pressure	
5.190	5.190
5.191	5.191
5.192	5.192
5.193	5.193
5.194	5.194
5.195	5.195
Development objectives, imbalance in trade relations and political influence	
5.196	5.196
5.197	5.197
5.198	5.198
5.199	5.199
(v) Overall conclusion	
5.200	5.200
5.201	
	5.201
5.202	5.202
4. Whether "the circumstances are serious enough"	
(a) Main arguments of the parties	
5.203	5.203
5.204	5.204
5.205	5.205
5.206	5.206
5.207	5.207
5.208	5.208
5.209	5.209
5.210	5.210
5.211	5.211
(b) Analysis by the Arbitrator	
5.212	5.212
5.213	5.213
5.214	5.214
5.215	5.215
5.216	5.216
5.217	5.217
5.218	5.218
5.219	5.219
5.210	5.210
5.221	5.221
5.222	5.222
5.223	5.223
5.224	5.224
5. Brazil's consideration of the elements under subparagraph (d) of Article 22.3	
5.225	5.225
5.226	5.226
5.227	5.227
5.228	5.228
5.229	5.229
6. Conclusion	
5.230	

WT/DS267/ARB/1	WT/DS267/ARB/2
	5.230
5.231	5.231
5.232	
	5.232
5.233	5.233
5.234	
	5.234
5.235	5.235
	5.236
5.236	
	5.237
VI. Conclusions and award	
6.1	
	6.1
6.2	6.2
6.3	6.3
6.4	6.4
6.5	
	6.5
Annex 1 Trade-distorting impact (price effect) Exports of GSM 102 products IRS by individual average obligor	
Annex 2 Trade-distorting impact (displacement effect of uncreditworthy obligors) Exports of GSM 102 products Full additionality by individual average obligor	
Annex 3 Trade-distorting impact (displacement effect of creditworthy obligors) Exports of GSM 102 products Marginal additionality by individual average obligor Cumulative Default probabilities (Moody's)	
Annex 4 Formula for calculating annual countermeasures	
	ANNEX 1 Root Mean Square Error Results and Data
	ANNEX 2 Worksheet 1; Overview Worksheet 2: Instructions for Simulation Worksheet 3: Input Parameter Matrix MY 1999-2005 Worksheet 4: Simulation sheet Worksheet 5: Instructions for Data Input Worksheet 6: Expected prices and expected subsidy revenue Worksheet 7: dlnG calculations Worksheet 8: US and rest-of-world shares in cotton production, consumption and exports Worksheet 9: Model Results MY 1999-2005 Worksheet 10: Apportioning to Brazil Worksheet 11: regression on future prices, results, and calculations based on those results