

Mendel Verlag

Schriftenreihe
des Europäischen Forums
für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V.
an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Band 39

Diskriminierende Gleichbehandlung von Entwicklungsländern in der WTO?

Enabling Clause und die Allgemeinen Präferenzsysteme
auf dem Prüfstand

von
Torsten Eberhard

Mendel Verlag

D 6

Dissertation der Rechtswissenschaftlichen Fakultät
der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster

Erster Berichterstatter: Prof. Dr. Hans-Michael Wolfgang
Zweiter Berichterstatter: Prof. Dr. Christian Walter
Dekan: Prof. Dr. Heinz-Dietrich Steinmeyer

Datum der mündlichen Prüfung: 6. Mai 2008

Mendel Verlag GmbH & Co. KG

Gerichtsstraße 42, 58452 Witten

Telefon +49-2302-202930

Fax +49-2302-2029311

E-Mail info@mendel-verlag.de

Internet mendel-verlag.de

ISBN 978-3-930670-66-6

Alle Angaben ohne Gewähr. Alle Rechte vorbehalten. Vervielfältigungen jeglicher Art sind nur nach Genehmigung durch den Verlag erlaubt.

Herausgeber: Europäisches Forum für Außenwirtschaft, Verbrauchsteuern und Zoll e.V.,
Universitätsstr. 14-16, 48143 Münster, E-Mail: efa@uni-muenster.de

Einbandentwurf: KJM GmbH Werbeagentur, Hafenweg 22, 48155 Münster, Internet:
www.KJM.de

© 2008 by Mendel Verlag GmbH & Co. KG, 58452 Witten

Für meine Familie

Vorwort

Diese Arbeit wurde im Wintersemester 2007/2008 von der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster als Dissertation angenommen. Literatur, Rechtsprechung des *Appellate Body* sowie Rechtsakte der EU konnten bis einschließlich August 2008 berücksichtigt werden.

Mein besonderer Dank gilt meinem Doktorvater, Herrn Professor Dr. Hans-Michael Wolfgang, für die Anregung und wertvolle Unterstützung der Arbeit sowie Herrn Professor Dr. Christian Walter, der in kürzester Zeit das Zweitgutachten erstellte.

Ganz herzlich bedanken möchte ich mich bei meiner Frau Anna. Durch ihre ständige Gesprächsbereitschaft, durch ihre konstruktive Kritik sowie durch ihre Fähigkeit zu motivieren hat sie maßgeblich zum Gelingen der Arbeit beigetragen.

Für ihre Unterstützung danke ich schließlich meiner ganzen Familie, in erster Linie meinen Eltern und meinem Bruder. Sie haben mich stets darin unterstützt, meinen Weg zu gehen. Euch ist diese Arbeit gewidmet.

Bonn, im Oktober 2008

Torsten Eberhard

Inhaltsübersicht

	Seite
Vorwort	VII
Inhaltsverzeichnis	XI
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einleitung und Problemstellung.....	1
Untersuchungsgegenstand und -methode	3
1. Kapitel: Grundlagen der APS	5
§ 1: <i>S&D-Treatment</i>	7
§ 2: Das „Allgemeine Präferenzsystem“	65
2. Kapitel: APS als Gegenstand des WTO- Streitschlichtungsverfahrens	99
§ 3: Das erstinstanzliche <i>Panel</i> -Verfahren.....	100
§ 4: Der Bericht des <i>AB</i>	132
3. Kapitel: Die Zukunft der APS	141
§ 5: Die <i>Enabling Clause</i> als Rechtsgrundlage der APS	142
§ 6: Der Prüfungsmaßstab des <i>AB</i> für das „entwicklungspolitische“ APS	211
§ 7: Schlussbetrachtung.....	224
Zusammenfassung der Ergebnisse.....	231
Annex A	235
Annex B	239
Annex C	243
Annex D	245
Annex E	247

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Vorwort	VII
Inhaltsübersicht.....	IX
Literaturverzeichnis	XVII
Abkürzungsverzeichnis	XXXI
Einleitung und Problemstellung.....	1
Untersuchungsgegenstand und -methode	3
1. Kapitel: Grundlagen der APS	5
§ 1: S&D-Treatment.....	7
A. Historische Entwicklung	7
I. Theoretische Ansätze.....	8
1. Argumente für <i>S&D</i>	8
a) Die „Erziehungszoll-Lehre“	12
b) Die „Prebisch-Singer-Hypothese“	13
c) Binnenmarktorientierte Entwicklungsstrategien	15
d) Exportorientierte Entwicklungsstrategien	16
e) Merkantilismus und „strategische Handelspolitik“	17
2. Grundsätzliche Kritik an <i>S&D</i>	19
a) Ausbleibender wirtschaftlicher Erfolg	20
b) Kontraproduktive Signalwirkung	20
II. Genese der einschlägigen Vorschriften	21
1. Von den ersten Entwürfen bis zum Abschluss des GATT '47	22
2. Der Einfluss des Nord-Süd-Konfliktes	25
3. Die Gründung und der Einfluss der UNCTAD.....	28
4. Der Beitrag der „Neuen Weltwirtschaftsordnung“	32
a) Die Evolution des Prinzips der „Souveränen Gleichheit“ der Staaten gemäß Art. 2 Abs. 1 UN-Charta	35
b) Die völkerrechtliche „Pflicht zur Kooperation“	36
5. Über Tokio nach Uruguay: Ein doppelter Paradigmenwechsel....	38
a) Die Passivität der Entwicklungsländer.....	39
b) Der entscheidende Politikwechsel.....	40
c) Der Beginn der Konditionalität	45
6. Aktuelle Entwicklung von <i>S&D</i>	47
7. Der Begriff „ <i>S&D-Treatment</i> “	51

III. Zusammenfassende und analytische Darstellung der historischen Entwicklung	52
1. Entstehung des <i>S&D</i> -Regimes	52
2. Gegenwärtige Herausforderungen des <i>S&D</i> -Regimes	57
3. Aktueller Status des <i>S&D</i> -Regimes	59
B. Völkerrechtliche Grundlagen	63
§ 2: Das „Allgemeine Präferenzsystem“	65
A. Bedeutung der APS für Entwicklungsländer	66
I. Grundsätzliche Kritik und strukturelle Effektivitätshindernisse	67
II. Ökonomische Theorie und zukünftiges Potential	69
III. Zölle als wichtige Einnahmequelle	75
IV. Zusammenfassung	76
B. Historische Entwicklung der Zollpräferenzsysteme	76
I. Präferenzmodelle außerhalb des GATT	76
1. Havanna-Charta von 1948	76
2. Resolutionen der UN-Generalversammlung	78
3. Die Ausarbeitung des „APS der UNCTAD“ durch UNCTAD II	79
II. „Alte“ Präferenzsysteme innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung	80
C. „Neue“ Präferenzsysteme	81
I. „Waiver“	82
1. Der erste Waiver für Australien gemäß Art. XXV:5 GATT '47	82
2. Die APS-Entscheidung von 1971	83
3. Die normative Struktur der APS-Entscheidung von 1971	85
4. Regelungsinhalte	86
II. <i>Enabling Clause</i>	87
1. Vorarbeiten	87
2. Systematik der Norm	88
a) Tatbestand und Rechtsfolge	89
b) Die Graduierungs-Klausel	90
c) Die besondere Problematik des Merkmals „Entwicklungsland“	92
d) Rechtliche Einordnung	95
III. Exkurs: Spezielle Präferenzen der EU und der USA	96

2. Kapitel: APS als Gegenstand des WTO-Streitschlichtungsverfahrens	99
§ 3: Das erstinstanzliche <i>Panel</i>-Verfahren.....	100
A. Hintergrund des Falles.....	100
I. Die APS-Verordnung der EG aus 2001	100
1. Sonderpräferenzen für alle Entwicklungsländer.....	102
2. Sonderpräferenzen für einige Entwicklungsländer.....	103
II. Indiens Motive für die Beschwerde	105
B. <i>Panel</i> -Bericht.....	107
I. Das Verhältnis der <i>Enabling Clause</i> zu Art. I:1 GATT	107
1. Die „Natur“ der <i>Enabling Clause</i>	108
a) EG.....	108
b) Indien und <i>Panel</i>	109
2. Die Anwendbarkeit des Art. I:1 GATT auf das APS	110
a) Indien.....	110
b) EG.....	112
c) <i>Panel</i>	113
3. Verstoß gegen Art. I:1 GATT	114
a) EG.....	114
b) Indien und <i>Panel</i>	115
II. Vereinbarkeit der <i>drug arrangements</i> mit der <i>Enabling Clause</i>	116
1. § 3 lit. c <i>Enabling Clause</i>	117
a) EG.....	117
b) Indien.....	118
c) <i>Panel</i>	119
2. Das Merkmal „ <i>non-discriminatory</i> “	122
a) EG.....	122
b) Indien.....	123
c) <i>Panel</i>	126
3. Telos der <i>Enabling Clause</i>	127
a) EG.....	127
b) Indien.....	127
c) <i>Panel</i>	128
III. Die Stellungnahmen der Drittparteien.....	128
1. Auf Seiten Indiens	128
2. Auf Seiten der EG.....	130
IV. Ergebnis des <i>Panel</i> -Verfahrens	131

§ 4: Der Bericht des AB	132
A. Das Verhältnis der <i>Enabling Clause</i> zu Art. I:1 GATT	132
I. Die „Natur“ der <i>Enabling Clause</i>	132
II. Die Anwendbarkeit des Art. I:1 GATT auf ein APS	133
B. Vereinbarkeit der <i>drug arrangements</i> mit der <i>Enabling Clause</i>	134
I. Gegenstand der Berufung.....	134
II. Das Merkmal „ <i>non-discriminatory</i> “	135
1. Das Merkmal „ <i>generalized</i> “	135
2. § 3 lit. c <i>Enabling Clause</i> als Kontext	136
3. § 2 lit. d <i>Enabling Clause</i>	137
4. Telos der <i>Enabling Clause</i>	137
III. Zwischenergebnis.....	138
C. Ergebnis des AB-Verfahrens.....	140
3. Kapitel: Die Zukunft der APS	141
§ 5: Die <i>Enabling Clause</i> als Rechtsgrundlage der APS	142
A. Ausgangsfragen	142
I. Enthält die <i>Enabling Clause</i> verbindliches Recht?.....	142
1. Die im Schrifttum vertretene These der weitgehenden Unverbindlichkeit der <i>Enabling Clause</i>	143
2. Stellungnahme.....	146
a) Auslegungsmethode	147
b) Kritik an der These von der weitgehenden Unverbindlichkeit.....	149
c) Eigene Lösung: Reichweite der materiell-rechtlichen Justiziabilität.....	150
d) Formell-rechtliche Justiziabilität.....	155
3. Zwischenergebnis	155
II. Charakter der <i>Enabling Clause</i> – Ausnahme oder Regime <i>sui generis?</i>	156
1. Die zweifelhafte Begründung und richtige Lösung des AB.....	156
2. Politische Auswirkungen	160
III. Ist Art. I:1 GATT auf ein APS ganz oder teilweise anwendbar?.....	162
1. Die indische Konstruktion	163
2. Unbeschränkte Ausnahmewirkung der <i>Enabling Clause</i>	164
IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zu A.....	165
B. Die einzelnen Merkmale der <i>Enabling Clause</i>	166
I. Die weniger streitigen Voraussetzungen für ein APS.....	166
1. Das Merkmal „ <i>generalized</i> “	167
a) Die Auslegung durch <i>Panel</i> , <i>AB</i> und Schrifttum.....	167
b) Die besondere Rolle des Merkmals „ <i>generalized</i> “	168

c) Ergebnis der Auslegung des Merkmals „ <i>generalized</i> “	170
2. Das Merkmal „ <i>non-reciprocal</i> “	171
a) Das Prinzip der Gegenseitigkeit	173
b) Das Prinzip der Nicht-Gegenseitigkeit	173
c) Ergebnis der Auslegung des Merkmals „ <i>non-reciprocal</i> “	174
II. Die streitigen Voraussetzungen für ein APS	175
1. Das Merkmal „ <i>non-discriminatory</i> “	175
a) Nichtdiskriminierung in der GATT/WTO-Rechtsordnung ...	176
aa) „MFN-Konzept“	176
bb) „ <i>chapeau</i> -Konzept“	178
cc) Grundsätzliche Folgen für die Auslegung	178
b) Systematische Auslegung	182
aa) Die APS-Entscheidung von 1971	182
bb) Die „Agreed Conclusions“	183
(1) Kompensation entgangener Sonderpräferenzen	183
(2) Konzessionen an die Industrieländer	185
cc) Ergebnis der systematischen Auslegung	186
c) Teleologische Auslegung	187
aa) Auslegung im Lichte der Präambel des ÜWTO	187
bb) Auslegung im Lichte der Ziele des „APS der UNCTAD“	189
cc) Durchbrechung des MFN-Prinzips	189
dd) Telos des § 2 lit. a <i>Enabling Clause</i>	190
(1) Telos des <i>chapeau</i> des Art. XX GATT	191
(2) Ökonomischer telos: Nutzung und Verstärkung des MFN-Effekts	191
(3) Politischer telos: „Bloc Solidarity“	193
ee) Ergebnis der teleologischen Auslegung	193
d) Staatenpraxis	194
aa) Die Praxis der speziellen Waiver nach Art. XXV:5 GATT	194
bb) Die Praxis der Graduierung nach § 7 <i>Enabling Clause</i> ...	196
e) Ergebnis der Auslegung des Merkmals „ <i>non-</i> <i>discriminatory</i> “	198
2. Die für ein APS einschlägigen Voraussetzungen des § 3 <i>Enabling Clause</i>	198
a) Eigenständiger Regelungsgehalt und Justiziabilität	198
b) Die Auslegung des § 3 lit. c <i>Enabling Clause</i> durch den AB ..	200
III. Zusammenfassung der Ergebnisse zu B.	201
C. Diskriminierung und Konditionalität	203

D. Bewertung der Berichte des <i>Panels</i> und des <i>AB</i>	207
I. <i>Panel</i>	207
II. <i>Appellate Body</i>	210
§ 6: Der Prüfungsmaßstab des <i>AB</i> für das	
„entwicklungspolitische“ APS	211
A. Allgemeines zum neuen „APS-Plus“ der EG.....	212
B. Die einzelnen Kriterien für eine Differenzierung.....	214
I. Die Auswahl des Bedürfnisses und die Identifikation der	
Entwicklungsländer.....	215
1. Unterschiedliche Systematik.....	215
2. Bewertung.....	219
a) Das Erfordernis der Objektivität	219
b) Das Erfordernis der Zugänglichkeit	220
c) Das Erfordernis der Transparenz.....	221
II. „Positive“ Reaktion auf das Entwicklungsbedürfnis	221
§ 7: Schlussbetrachtung.....	224
A. Offene Fragen.....	224
B. Mangelnde Rechtssicherheit.....	225
I. Politische Auswirkungen.....	226
II. Ökonomische Auswirkungen	227
C. Fazit.....	228
Zusammenfassung der Ergebnisse.....	231
Annex A	235
Annex B	239
Annex C	243
Annex D.....	245
Annex E	247

Literaturverzeichnis

- Abass, Abou*, „The Cotonou Trade Régime and WTO Law“, in: *European Law Journal*, Vol. 10 (2004), No. 4, S. 439-462
- Auprich, Andreas*, *Das Recht auf Entwicklung als kollektives Menschenrecht*, Frankfurt a.M. 2000
- Bagwell, Kyle; Mavroidis, Petros C.; Staiger, Robert W.*, „It’s a Question of Market Access“, in: *American Journal of International Law*, Vol. 96 (2002), S. 56-76
- Bartels, Lorand*, „The WTO Enabling Clause and Positive Conditionality in the European Community’s GSP Program“, in: *Journal of International Economic Law*, Vol. 6 (2003), No. 2, S. 507-532
- Behnam, M. Reza*, „Development and Structure of the Generalized System of Preferences“, in: *Journal of World Trade Law*, Vol. 9 (1975), No. 4, S. 442-458
- Bender, Dieter u.a. (Begr.)*, *Vahlens Kompendium der Wirtschaftstheorie und Wirtschaftspolitik*, Band 1, 8. Auflage, München 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1)
- Benedek, Wolfgang*, *Die Rechtsordnung des GATT aus völkerrechtlicher Sicht*, Berlin 1990
- Berrisch, Georg M.*, „Cancún – was nun?“, in: *Recht der Internationalen Wirtschaft* 2004, S. 69-75
- Bhala, Raj; Gantz, David A.*, „WTO Case Review 2004“, in: *Arizona Journal of International and Comparative Law*, Vol. 22 (2005), No. 2, S. 142-178
- Bhala, Raj; Kennedy, Kevin*, *World Trade Law, The GATT-WTO System, Regional Arrangements, and U.S. Law*, Charlottesville 1998
- Bhattacharyya, B.*, „India-European Union Dispute on Generalised System of Preference Conditionalities“, in: *Commonwealth Trade Hot Topics*, Issue No. 23
- Bleckmann, Albert*, „Das Souveränitätsprinzip im Völkerrecht“, in: *Archiv des Völkerrechts*, Bd. 23 (1985), S. 450-477
- Blumenwitz, Dieter*, „Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge unter besonderer Berücksichtigung von Doppelbesteuerungsabkommen“, in: *Festschrift für Reinhold Kreile zu seinem 65. Geburtstag*, herausgegeben von Jürgen Becker, S. 73-87
- Borchert, Manfred*, *Außenwirtschaftslehre – Theorie und Politik*, 7. Auflage, Wiesbaden 2001

- Borgsmidt, Kirsten*, Rechtsverbindlichkeit der UNO/UNCTAD-Resolutionen im Bereich der allgemeinen Präferenzen für Entwicklungsländer, Münster 1998 (zugl.: Hamburg, Univ. Diss. 1998)
- Bourdet, Yves; Gullstrand, Joakim; Olofsdotter, Karin (Hrsg.)*, The European Union and Developing Countries: Trade, Aid and Growth in an Integrating World, Cheltenham, UK, 2007 (zit.: *Bearbeiter*, in: Bourdet/Gullstrand/Olofsdotter)
- Braune, Bernhard*, Rechtsfragen der nachhaltigen Entwicklung im Völkerrecht, Frankfurt a.M. 2005 (zugl.: Berlin, Univ. Diss. 2005)
- Brewer, Thomas L.; Young, Stephen*, „WTO Disputes and Developing Countries“, in: *Journal of World Trade*, Vol. 33 (1999), No. 5, S. 169-182
- Callies, Christian; Ruffert, Matthias (Hrsg.)*, Kommentar des Vertrages über die Europäische Union und des Vertrages zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft – EUV/EGV –, 2. Auflage, Neuwied 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Callies/Ruffert)
- Cassese, Antonio*, *International Law*, 2. Auflage, New York 2005
- Charnovitz, Steve (und andere)*, „Internet Roundtable – The Appellate Body’s GSP Decision“, in: *World Trade Review*, Vol. 3 (2004) No. 2, S. 239-265 (zit.: *Charnovitz (u.a.)*, WTR 3 (2004) 2, 239 (*Bearbeiter*))
- Chaudhary, Omar*, „The Propriety of Preferences – An Evaluation of EC and US GSP Schemes in the Wake of EC-Preferences“, in: SSRN Working Paper Series, vom 15. Februar 2005, abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=667626> (letzter Besuch: 18. November 2006)
- Choi, Won-Mog*, ‘Like Products’ in International Trade Law, Oxford 2003
- Conforti, Benedetto*, *The Law and Practice of the United Nations*, 3. Auflage, Leiden 2005
- Cot, Jean-Pierre; Pellet, Alain (Hrsg.)*, *La Charte des Nations Unies*, 2. Auflage, Paris 1991
- Cottier, Thomas (Hrsg.)*, GATT-Uruguay Round, Neun Beiträge, Neuf contributions, Nine Papers, Bern 1995 (zit.: *Bearbeiter*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round)
- Cottier, Thomas; Mavroidis, Petros C. (Hrsg.)*, Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law, World Trade Forum, Volume 2, Ann Arbor 1999 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Cottier/Mavroidis)
- Cottier, Thomas; Oesch, Matthias*, *International Trade Regulation, Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland – Cases, Materials and Comments*, London 2005
- Cottier, Thomas; Pauwelyn, Joost; Bürgi Bonanomi, Elisabeth (Hrsg.)*, *Human Rights and International Trade*, Oxford 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi)

- Dean, Judith M.*, „Is Trade Preference Erosion Bad for Development?“, in: USITC Working Paper Nr. 2006-11-A
- Decker, Claudia; Mildner, Stormy*, „Die neue Macht der Entwicklungsländer, Globale Ambitionen – regionale Verantwortung“, in: Internationale Politik, März 2005 (Nr. 3), S. 17-25
- Dieckheuer, Gustav*, Internationale Wirtschaftsbeziehungen, 5. Auflage, München 2001
- Doehring, Karl*, Völkerrecht, 2. Auflage, Heidelberg 2004
- Dorsey, John F.*, „Preferential Treatment: A New Standard for International Economic Relations“, in: Harvard International Law Journal, Vol. 18 (1977), No. 1, S. 109-135
- Encyclopedia of Public International Law*, International Law Dictionary, Volume I, Amsterdam 1992 (Zit.: *Bearbeiter*, in: EPIL (I), Begriff)
- Encyclopedia of Public International Law*, International Law Dictionary, Volume III, Amsterdam 1997 (Zit.: *Bearbeiter*, in: EPIL (III), Begriff)
- Encyclopedia of Public International Law*, International Law Dictionary, Volume IV, Amsterdam 2000 (Zit.: *Bearbeiter*, in: EPIL (IV), Begriff)
- Engels, Benno (Hrsg.)*, Die Weiterentwicklung der WTO. Was kommt nach Doha?, Deutsches Übersee-Institut, Hamburg 2002 (zit.: *Bearbeiter*, in: Engels)
- Eßlinger, Hans Ulrich*, „Hans W. Singer (*1910) – Keynesianische Entwicklungsökonomie und die Terms of Trade“, in: Entwicklung und Zusammenarbeit, Nr. 6, Juni 2000, S. 178-180
- Evans, Malcom D. (Hrsg.)*, International Law, 2. Auflage, New York 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Evans, Int. Law)
- Ewing, A.F.*, „The Assault on Development Economics – Consequences for Intergovernmental Co-operation“, in: Journal of World Trade Law, Vol. 18 (1984), No. 3, S. 189-205
- Flory, Thiébaud*, „Droit Economique et Coopération Internationale – Chronique de Droit International Economique (I. Commerce)“, in: Annuaire Français de Droit International 1979, S. 580-602
- Footer, Mary E.*, „Developing Country Practice in the Matter of WTO Dispute Settlement“, in: Journal of World Trade, Vol. 35 (2001), No. 1, S. 55-98
- Franck, Thomas M.*, „Legitimacy in the International System“, in: The American Journal of International Law, Vol. 82 (1988), No. 4, S. 705-759
- Frank, Isaiah*, „The ‘Graduation’ Issue for LDC’s“, in: Journal of World Trade Law, Vol. 13 (1979), S. 289-302
- From the Board*, „Regulatory Special and Differential Treatment in the WTO“, in: Legal Issues of Economic Integration, Vol. 30 (2003), No. 3, S. 185-191

- FS Karl Carstens, herausgegeben von Börner, Bodo; Jahrreiß, Hermann; Stern, Klaus*, Festschrift für Karl Carstens zum 70. Geburtstag am 14. Dezember 1984, Band I, Europarecht. Völkerrecht, Köln 1984 (zit.: *Oppermann, FS Karl Carstens, Band I*)
- FS Seidl-Hohenveldern*, „Liber Amicorum Professor Ignaz Seidl-Hohenveldern in honour of his 80th birthday“ (herausgegeben von Gerhard Hafner, Gerhard Loibl, Alfred Rest, Lilly Sucharipa-Behrmann, Karl Zemanek), Den Haag 1998 (zit.: *Bearbeiter*, in: *FS Seidl-Hohenveldern*)
- Fukasaku, Kiichiro*, „Special and Differential Treatment for Developing Countries: Does it Help Those Who Help Themselves“, in: *UNU/WIDER Working Paper No. 197*, September 2000
- Gatsios, Konstantine*, „Preferential Tariffs and the ‘Most-Favoured-Nation’ Principle: A Note“, in: *Journal of International Economics*, Vol. 28 (1990), S. 365-373
- Gehring, Markus W.; Cordonier Segger, Marie-Claire (Hrsg.)*, Sustainable Development in World Trade Law, Den Haag 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Gehring/Cordonier Segger*)
- George, Carol C.*, „New Preferential Arrangements for Developing Countries: The EU GSP in 2006“, in: *Commonwealth Trade Hot Topics*, Issue No. 40
- Grabitz, Eberhard; Hilf, Meinhard (Hrsg.)*, Das Recht der Europäischen Union, Band II, EUV/EGV, München, Loseblatt (Stand: Dezember 2005) (zit.: *Bearbeiter*, in: *Grabitz/Hilf*)
- Graf Vitzthum, Wolfgang (Hrsg.)*, Völkerrecht, 3. Auflage, Berlin 2004 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Graf Vitzthum, Völkerrecht*)
- Gros Espiell, Hector*, „GATT: Accommodating Generalized Preferences“, in: *Journal of World Trade Law*, Vol. 8 (1974), No. 4, S. 341-363
- Grossman, Gene M.; Sykes, Alan O.*, „A Preference for Development: The Law and Economics of GSP“, in: *International Law Workshop (University of California, Berkeley)*, Paper 6 (2004)
- Guohua, Yang; Mercurio, Bryan; Yongjie, Li*, WTO Dispute Settlement Understanding: A Detailed Interpretation, Den Haag 2005
- Harrison, James*, „GSP Conditionality and Non-Discrimination“, in: *International Trade Law & Regulation 2003*, S. 159-166
- Hausmann, Marc Torsten*, Das Cotonou-Handelsregime und das Recht der WTO, Frankfurt a.M. 2006 (zugl.: Mainz, Univ. Diss. 2006)
- Hemmer, Hans-Rimbert*, Wirtschaftsprobleme der Entwicklungsländer, 3. Auflage, München 2002
- Herdegen, Matthias*, Internationales Wirtschaftsrecht, 5. Auflage, München 2005
- ders.*, Völkerrecht, 5. Auflage, München 2006

- Herrmann, Christoph*, „EG unterliegt im Streit um das Allgemeine Präferenzsystem vor der WTO“, in: Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, S. 35
- Herz, Bernhard; Wagner, Marco*, „Do the World Trade Organization and the Generalized System of Preferences foster bilateral trade?“, in: Wirtschaftswissenschaftliche Diskussionspapiere der Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität Bayreuth, Nr. 01-07
- Hilf, Meinhard; Oeter, Stefan (Hrsg.)*, WTO-Recht – Rechtsordnung des Welthandels, Baden-Baden 2005
- Hoekman, Bernard*, „More Favorable Treatment of Developing Countries – Toward a New Grand Bargain“, in: Development Outreach Vol. 5 (July 2003), No. 2, S. 19–21
- Hoekman, Bernard; Michalopoulos, Constantine; Winters, L. Alan*, „More Favourable and Differential Treatment of Developing Countries – Towards a New Approach in the World Trade Organization“, in: World Bank Policy Research Working Paper No. 3107, August 2003
- Hoekman, Bernard; Özden, Çağlar*, „Trade Preferences and Differential Treatment of Developing Countries: A Selective Survey“, in: World Bank Policy Research Working Paper No. 3566, April 2005
- Hoekmann, Bernard; Mattoo, Aaditya; English, Philip (Hrsg.)*, Development, Trade, and the WTO – A Handbook“, Weltbank-Veröffentlichung Nr. 29799, Washington 2002 (Zit.: *Bearbeiter*, in: Hoekmann/Mattoo/English)
- Horn, Henrik; Mavroidis, Petros C.*, „Economic and Legal Aspects of the Most-Favoured-Nation Clause“, in: European Journal of Political Economy, Vol. 17 (2001), S. 233-279
- Hoskins, Linus A.*, The New International Economic Order: A Bibliographic Handbook, Washington, D.C. 1982
- Howse, Robert*, „India’s WTO Challenge to Drug Enforcement Conditions in the European Community Generalized System of Preferences: A Little Known Case with Major Repercussion for ‘Political’ Conditionality in US Trade Policy“, in: Chicago Journal of International Law, Vol. 4 (2003) No. 2, S. 385-405
- ders.*, „Back to Court after Shrimp/Turtle? Almost but not quite yet: India’s short lived Challenge to Labour and Environmental Exceptions in the European Union’s Generalized System of Preferences“, in: American University International Law Review, Vol. 18 (2003), S. 1333-1381
- ders.*, „The Death of GSP? The panel ruling in the India-EC dispute over preferences for drug enforcement“, in: Bridges 2004, Nr. 1, S. 7-9
- ders.*, „Appellate Body Ruling Saves the GSP, at Least for Now“, in: Bridges 2004, Nr. 4, S. 5-6

- Huber, Jürgen*, „The Past, Present and Future ACP-EC Trade Regime and the WTO“, in: *European Journal of International Law*, Vol. 11 (2000), No. 2, S. 427-438
- Hudec, Robert E.*, „GATT and the Developing Countries“, in: *Columbia Business Law Review*, Vol. 1992, No. 1, S. 67–77
- ders.*, *Enforcing International Trade Law – The Evolution of the Modern GATT Legal System*, Salem 1993
- Hummer, Waldemar; Weiss, Friedl*, *Vom GATT '47 zur WTO '94, Dokumente zur alten und zur neuen Welthandelsordnung*, Wien 1997
- Hunter, Jordana*, „Broken Promises: Trade, Agriculture and Development in the WTO“, in: *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 4 (2003), S. 299–322
- IISD*, „Special and Differential Treatment“, in: *IISD Trade and Development Brief*, No. 2 of a series, Spring 2003
- Inama, Stefano*, „Trade Preferences and the World Trade Organization Negotiations on Market Access“, in: *Journal of World Trade*, Vol. 37 (2003), No. 5, S. 959–976
- Ipsen, Knut*, *Völkerrecht*, 5. Auflage, München 2004
- Jackson, John H.*, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 1st Edition, London 1989 (zit.: *Jackson, The World Trading System*)
- ders.*, *The World Trading System – Law and Policy of International Economic Relations*, 2nd Edition, London 1997 (zit.: *Jackson, The World Trading System*, 2nd ed.)
- ders.*, *World Trade and the Law of GATT, A Legal Analysis of the General Agreement on Tariffs and Trade*, New York 1969 (zit.: *Jackson, Law of GATT*)
- Jackson, John H.; Davey, William J.; Sykes Jr., Alan O.*, *Legal Problems of International Economic Relations, Cases, Materials and Text on the national and international Regulation of Transnational Economic Relations*, 4. Auflage, St. Paul 2002
- Jessen, Henning*, „Zollpräferenzen für Entwicklungsländer: WTO-rechtliche Anforderungen an Selektivität und Konditionalität – Die GSP-Entscheidung des WTO Panels und Appellate Body“, in: *Beiträge zum Transnationalen Wirtschaftsrecht*, Heft 27, Mai 2004 (herausgegeben von Tietje, Christian; Kraft, Gerhard; Sethe, Rolf) (zit.: *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27)
- ders.*, „GSP Plus‘ – Zur WTO-Konformität des zukünftigen Zollpräferenzsystems der EG“, in: *Policy Papers on Transnational Economic Law*, No. 9/2004, Transnational Economic Law Research Center (TELC) (zit.: *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004)

- Jones, Kent*, „Voluntary Export Restraint: Political Economy, History and the Role of GATT“, in: *Journal of World Trade*, Vol. 23 (1989), No. 3, S. 125-140
- Kaltenborn, Markus*, *Entwicklungsvölkerrecht und Neugestaltung der internationalen Ordnung*, Berlin 1998 (zugl.: Münster (Westf.), Univ. Diss. 1997)
- Keck, Alexander; Low, Patrick*, „Special and Differential Treatment in the WTO: Why, When and How?“, in: *WTO – Economic Research and Statistic Division, Staff Working Paper ERSD-2004-03*, Mai 2004
- Kessie, Edwini Kwame*, „Developing Countries and the World Trade Organization – What Has Changed?“, in: *World Competition*, Vol. 22 (1999), Issue 2, S. 83–110
- Kewenig, Wilhelm*, *Grundsatz der Nichtdiskriminierung im Völkerrecht der internationalen Handelsbeziehungen*, Band 1: *Der Begriff der Diskriminierung*, Frankfurt a.M. 1972
- Kilian, Wolfgang*, *Europäisches Wirtschaftsrecht*, 2. Auflage, München 2003
- Kossack, Andreas; Heil, Berthold*, „Zollpräferenzen für Entwicklungsländer (APS)“, in: *Außenwirtschaftliche Praxis* 2001, S. 462-464
- Kreinin, Mordechai E.; Finger, J.M.*, „A Critical Survey of the New International Economic Order“, in: *Journal of World Trade Law*, Vol. 10 (1976), No. 6, S. 493-512
- Krishnamurti, R.*, „The Agreement on Preferences – A Generalized System in Favour of Developing Countries“, in: *Journal of World Trade Law*, Vol. 5 (1971), No. 1, S. 45-60
- Kufuor, Kofi Oteeng*, „From the GATT to the WTO – The Developing Countries and the Reform of the Procedures for the Settlement of International Trade Disputes“, in: *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 5, S. 117-145
- Kuruvila, Pretty Elizabeth*, „Developing Countries and the GATT/WTO Dispute Settlement Mechanism“, in: *Journal of World Trade*, Vol. 31 (1997), No. 6, S. 171-208
- Lachmann, Werner*, *Entwicklungspolitik*, Band 1: *Grundlagen*, 2. Auflage, München 2004
- Larenz, Kart; Canaris, Claus-Wilhelm*, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3. Auflage, Berlin 1995
- Lester, Simon*, „The Asian Newly Industrialized Countries to graduate from Europe’s GSP Tariffs“, in: *Harvard International Law Journal*, Vol. 36 (1995), S. 220-230
- Lichtenbaum, Peter*, „Special Treatment‘ vs. ‚Equal Participation‘: Striking a balance in the Doha Negotiations“, in: *American University International Law Review*, Vol. 17 (2002), S. 1003-1043

- List, Friedrich*, Das nationale System der politischen Ökonomie, Erster Band, Stuttgart und Tübingen, 1844, abgedruckt in: Sommer, Artur (Hrsg.), Veröffentlichung der List-Gesellschaft e.V., Tübingen 1959
- Long, Olivier*, Law and its Limitations in the GATT Multilateral Trade System, London 1987
- Low, Patrick*, „Developing Countries in the Multilateral Trading System: The Insights of Robert E. Hudec“, in: Journal of World Trade, Vol. 37 (2003), No. 4, S. 801–811
- Lowenfeld, Andreas F.*, International Economic Law, Oxford 2002
- Macrory, Patrick F.J.; Appleton, Arthur E.; Plummer, Michael G. (Hrsg.)*, The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Volume I, New York 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Macrory/Appleton/Plummer, Vol. I)
- dies.*, The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis, Volume II, New York 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Macrory/Appleton/Plummer, Vol. II)
- Maennig, Wolfgang; Wilfling, Bernd*, Außenwirtschaft – Theorie und Politik, München 1998
- Makarczyk, Jerzy*, Principles of a New International Economic Order – A Study of International Law in the Making, Dordrecht 1988
- Maki, Peter C.*, „Interpreting GATT using the Vienna Convention on the Law of Treaties: A Method to Increase the Legitimacy of the Dispute Settlement System“, in: Minnesota Journal of Global Trade, Vol. 9 (2000), No. 1, S. 343–360
- Mason, Amy M.*, „The Degeneralization of the Generalized System of Preferences (GSP): Questioning the Legitimacy of the U.S. GSP“, in: Duke Law Journal, Vol. 54 (2004), S. 513–547
- Mathis, James H.*, „Benign Discrimination and the General System of Preferences (GSP)“, in: Legal Issues of Economic Integration, Vol. 31 (2004), No. 4, S. 289–304
- Matsushita, Mitsuo; Schoenbaum, Thomas J.; Mavroidis, Petros C.*, The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy, Oxford 2003
- Matzner, Georg*, International Labour Standards and the Social Dimension of Open Trading Regimes, München, 2006
- Mavroidis, Petros C.*, „Cosi Fan Tutti [sic] – Tales of Trade and Development, Development and Trade“, in: German Yearbook of International Law, Vol. 47 (2004), S. 39–62
- Mazzacano, Peter J.*, „The Problem of Inclusion, Developing Countries, and Global Trade“, in: The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy, Vol. 5 (2004), No. 2, S. 147–167

- McGovern, Edmond*, International Trade Regulation, Exeter, Loseblatt (Stand: Mai 2006)
- Meltzer, Ronald I.*, „The U.S. Renewal of the GSP – Implications for North-South Trade“, in: Journal of World Trade Law, Vol. 20 (1986), No. 4, S. 507-525
- Michalopoulos, Constantine*, „The Role of Special and Differential Treatment for Developing Countries in GATT and the World Trade Organization“, in: World Bank Policy Research Working Paper No. 2388, Juli 2000
- Mölich, Karl-Heinz*, „Über einige völkerrechtliche Fragen der Forderung nach einer Neuen Weltwirtschaftsordnung“, in: Demokratie und Recht 1980, S. 282–294
- Mulat, Teshome*, „Trade Liberalization and Government Tax Revenue Loss in Africa“, in: Journal of World Trade, Vol. 31 (1997), No. 1, S. 161-174
- Neumann, Jan; Türk, Elisabeth*, „Necessity Revisited: Proportionality in World Trade Organisation Law after Korea – Beef, EC – Asbestos and EC – Sardines“, in: Journal of World Trade, Vol. 37 (2003), No. 1, S. 199-233
- Newfarmer, Richard (Hrsg.)*, Trade, Doha, and Development, Washington, D.C., 2006 (zit.: *Bearbeiter*, in: Newfarmer)
- Nohlen, Dieter*, „Raúl Prebisch (1901 – 1986) – Das Zentrum-Peripherie-Modell der internationalen Wirtschaftsbeziehungen“, in: Entwicklung und Zusammenarbeit, Nr. 11, November 1999, S. 316–319
- Note*, „Developing Countries and Multilateral Trade Agreements: Law and the Promise of Development“, in: Harvard Law Review, Vol. 108 (1995), S. 1715-1732
- Nottage, Hunter*, „Trade and Competition in the WTO: Pondering the Applicability of Special and Differential Treatment“, in: Journal of International Economic Law 2003, S. 23–47
- Nuscheler, Franz (Hrsg.)*, Dritte Welt-Forschung, Entwicklungstheorie und Entwicklungspolitik, Opladen 1985 (zit.: *Bearbeiter*, in: Nuscheler)
- Odendahl, Guido*, „Die Grundlagen des Entwicklungsvölkerrechts“, in: Juristische Arbeitsblätter 1998, S. 163-167
- Olivares, Gustavo*, „The Case for Giving Effectiveness to GATT/WTO Rules on Developing Countries and LDCs“, in: Journal of World Trade, Vol. 35 (2001), No. 3, S. 545-551
- Oppermann, Thomas*, Europarecht, 3. Auflage, München 2005
- Özden, Çağlar; Reinhardt, Eric*, „The Perversity of Preferences: GSP and Developing Country Trade Policies, 1976 – 2000“, in: World Bank, Policy Research Working Paper, No. 2955, November 2002
- Page, Sheila; Kleen, Peter*, Special and Differential Treatment of Developing Countries in the World Trade Organization, London, 2005

- Palmer, David; Mavroidis, Petros C.*, Dispute Settlement in the World Trade Organization, Practice and Procedure, 2. Auflage, Cambridge 2004
- dies.*, „The WTO Legal System: Sources of Law“, in: American Journal of International Law, Vol. 92 (1998), No. 3, S. 398-413
- Pangestu, Mari*, „Special and Differential Treatment in the Millennium: Special for Whom and How Different?“, in: The World Economy, Vol. 23, No. 9 (2000), S. 1285–1302
- Pauwelyn, Joost*, „The Role of Public International Law in the WTO“, in: American Journal of International Law, Vol. 95 (2001), No. 3, 535-578
- Peter, Marcus*, „The Cancún Experience – Jolting the Pillars of the WTO at its 5th Ministerial Conference“, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2003, S. 619-642
- Petersmann, Ernst-Ulrich (Hrsg.)*, Reforming The World Trading System, Legitimacy, Efficiency, and Democratic Governance, Oxford 2005 (zit.: *Bearbeiter*, in: Petersmann)
- Petersmann, Ernst-Ulrich; Hilf, Meinhard (Hrsg.)*, The New GATT Round of Multilateral Trade Negotiations, Legal and Economic Problems, 2. Auflage, Deventer 1991 (zit.: *Bearbeiter*, in: Petersmann/Hilf)
- Pomfret, Richard*, „The Effects of Trade Preferences for Developing Countries“, in: Southern Economic Journal, Vol. 53 (1986), S. 18-26
- Prieß, Hans-Joachim; Berrisch, Georg M. (Hrsg.)*, WTO-Handbuch, München 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: Prieß/Berrisch)
- Qureshi, Asif H.*, International Economic Law, London 1999 (zit.: *Qureshi, IEL*)
- Rajamani, Lavanya*, Differential Treatment in International Environmental Law, Oxford 2006
- Rieck, Hasso*, „Zu der Reform des Allgemeinen Präferenzsystems der EG“, in: Zeitschrift für Europarechtliche Studien 2006, S. 177-219
- Rolfe, Robert J.; Woodward, Douglas P.*, „African Apparel Exports, AGOA, and the Trade Preference Illusion“, in: Global Economy Journal, Vol. 5 (2005), Issue 3, Artikel 6, S. 1-26
- Rose, Andrew K.*, „Do We Really Know That the WTO Increases Trade?“, in: The American Economic Review, Vol. 94, No. 1 (März 2004), S. 98-114
- Ruge, Martin K.*, Der Beitrag von UNCTAD zur Herausbildung des Entwicklungsvölkerrechts, Frankfurt a.M. 1976
- Rüthers, Bernd*, Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 2. Auflage, München 2005
- Sawyer, W. Charles; Sprinkle, Richard L.*, „Caribbean Basin Economic Recovery Act – Export Expansion Effects“, in: Journal of World Trade Law, Vol. 18 (1984), No. 5, S. 429-436

- Schaffer, Richard; Earle, Beverley; Agusti, Filiberto*, International Business Law and its Environment, 3. Aufl., St. Paul 1996
- Scharpenack, Holger*, Das „Recht auf Entwicklung“, Frankfurt a.M. 1996 (zugl.: Frankfurt a.M., Univ. Diss. 1996)
- Schmahl, Stefanie*, „Enabling Clause’ versus Meistbegünstigungsprinzip – Die EG-Zollpräferenzen auf dem Prüfstand des Dispute Settlement Body der WTO“, in: Archiv des Völkerrechts, Bd. 42 (2004), S. 389-410
- Schollendorf, Kai*, Die Auslegung völkerrechtlicher Verträge in der Spruchpraxis des Appellate Body der Welthandelsorganisation (WTO), Berlin 2005 (zugl.: Mainz, Univ. Diss. 2003)
- Schorlemer, Sabine von (Hrsg.)*, Praxishandbuch UNO, Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen, Berlin 2003 (zit.: Bearbeiter, in: Schorlemer, Praxishandbuch UNO)
- Schrijver, Nico; Weiss, Friedl (Hrsg.)*, International Law and Sustainable Development – Principles and Practice, Leiden 2004
- Schultz, Siegfried; Schumacher, Dieter*, „The Re-Liberalization of World Trade – Some ideas for reducing trade barriers against industrial products from developing countries“, in: Journal of World Trade Law, Vol. 18 (1984), No. 3, S. 206-223
- Schütz, Raimund*, Solidarität im Wirtschaftsvölkerrecht, Berlin 1994 (zugl.: Köln, Univ. Diss. 1993)
- Senti, Richard*, „Präferenzzölle und Entwicklungspolitik“, in: Aussenwirtschaft, Bd. 23 (1968), S. 416–429
- ders.*, WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung, Zürich 2000 (zit.: Senti, WTO)
- Shaffer, Gregory; Apea, Yvonne*, „Institutional Choice in the Generalized System of Preferences Case: Who Decides the Conditions for Trade Preferences? The Law and Politics of Rights“, in: Journal of World Trade, Vol. 39 (2005), No. 6, S. 977-1008
- Simma, Bruno (Hrsg.)*, The Charter of the United Nations – A Commentary, Volume I, 2. Auflage, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: Simma, UN-Charta, Vol. I)
- ders.*, The Charter of the United Nations – A Commentary, Volume II, 2. Auflage, München 2002 (zit.: Bearbeiter, in: Simma, UN-Charta, Vol. II)
- Snyder, Francis*, International Trade and Customs Law of the European Union, London 1998
- Stein, Torsten; von Buttlar, Christian*, Völkerrecht, 11. Auflage, Köln 2005
- Stemberg, Harald*, Die Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten – Tendenzen und Wandel der völkerrechtlichen Ordnung wirtschaftlicher Beziehungen zwischen den Staaten, Berlin 1983

- Streinz, Rudolf*, Europarecht, 7. Auflage, Heidelberg 2005 (zit.: *Streinz, Europarecht*)
- ders. (Hrsg.)*, EUV/EGV, München 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Streinz*)
- Switzer, Stephanie*, „Environmental Protection and the Generalised System of Preferences: A Legal and Appropriate Linkage?“, in: *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 57 (2008), Issue 1, S. 113-148
- Thiel, Reinhold E. (Hrsg.)*, Neue Ansätze zur Entwicklungstheorie, Bonn 1999 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Thiel, Entwicklungstheorie*)
- Többe Gonçalves, Bianca*, Entwicklungstheorie, Von der Modernisierung zum Antimodernismus, Münster 2005 (zugl.: Münster (Westf.), Univ. Diss. 2003)
- Tomuschat, Christian*, „Das Recht auf Entwicklung“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 25 (1982), S. 85-108
- Trebilcock, Michael J.; Howse, Robert*, The Regulation of International Trade, 3. Auflage, London 2005
- Tröndle, Herbert; Fischer, Thomas*, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, München 2006
- United Nations (Hrsg.)*, Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Volume I, Final Act and Report, New York 1964 (zit.: UNCTAD I, Vol. I)
- Van den Bossche, Peter*, The Law and Policy of the World Trade Organization – Text, Cases and Materials, New York 2005
- Verdirame, Guglielmo*, „The Definition of Developing Countries under GATT and other International Law“, in: *German Yearbook of International Law*, Vol. 39 (1996), S.165-197
- Von der Groeben, Hans; Schwarze, Jürgen (Hrsg.)*, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, Band 3, Art. 98-188 EGV, 6. Auflage, Baden-Baden 2003 (zit.: *Bearbeiter*, in: *Van der Groeben/Schwarze*)
- Weiß, Wolfgang; Herrmann, Christoph*, Welthandelsrecht, München 2003
- Westreicher, Eduard*, Der Grundsatz der Gegenseitigkeit in den Handelsbeziehungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern unter besonderer Berücksichtigung des GATT, der Vereinten Nationen und der EWG-AKP-Beziehungen – Tatsächliche Gleichheit im Völkerrecht durch Internationale Institutionen?, Berlin 1984
- Whalley, John*, „Non-discriminatory Discrimination: Special and Differential Treatment under the GATT for Developing Countries“, in: *The Economic Journal*, Vol. 100, Dezember 1990, S. 1318–1328.
- ders.*, „Special and Differential Treatment in the Millenium Round“, in: CSGR Working Paper der University of Warwick, Coventry (UK), No. 30/99, May 1999

- World Trade Organisation (Hrsg.)*, Analytical Index, Guide to WTO Law and Practice, 1st Edition, Volume 2, Genf 2003 (zit.: *WTO*, WTO-Analytical Index, Vol. 2)
- World Trade Organisation (Hrsg.)*, Analytical Index, Guide to WTO Law and Practice, 1st Edition, Volume 1, Genf 2003 (zit.: *WTO*, WTO-Analytical Index, Vol. 1)
- World Trade Organisation (Hrsg.)*, Analytical Index, Guide to GATT Law and Practice, Volume 1, Art. I – XXI, Genf 1995 (zit.: *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1)
- World Trade Organisation (Hrsg.)*, Analytical Index, Guide to GATT Law and Practice, Volume 2, Art. XXII – XXXVIII, Genf 1995 (zit.: *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 2)
- Yusuf, Abdulqawi A.*, „‘Differential and More Favourable Treatment’: The GATT Enabling Clause“, in: *Journal of World Trade Law*, Vol. 14 (1980), No. 5, S. 488–507

Abkürzungsverzeichnis

a.E.	Am Ende
AB	Appellate Body
ABl.	Amtsblatt der Europäischen Union
AER	The American Economic Review
AFDI	Annuaire Français de Droit International
AJICL	Arizona Journal of International and Comparative Law
AJIL	The American Journal of International Law
APS	Allgemeines Präferenzsystem
ArchVöR	Archiv des Völkerrechts
Art.	Artikel
ASEAN	Association of Southeast Asian Nations
AUILR	American University International Law Review
AW-Prax	Außenwirtschaftliche Praxis (Zeitschrift für Außenwirtschaft in Recht und Praxis)
BGBI.	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BISD	Basic Instruments and Selected Documents
Bsp.	Beispiel
CBLR	Columbia Business Law Review
CSGR	Centre for the Study of Globalisation and Regionalisation
CTHT	Commonwealth Trade Hot Topics
d.h.	das heißt
DGV	Deutsche Gesellschaft für Völkerrecht
Diss.	Dissertation
DLJ	Duke Law Journal
DO	Development Outreach
DSB	Dispute Settlement Body
DSU	Dispute Settlement Understanding
DuR	Demokratie und Recht
EC	European Community
ECJILTP	The Estey Centre Journal of International Law and Trade Policy
ECOSOC	Economic and Social Council of the United Nations
EG	Europäische Gemeinschaft
EGV	Vertrag zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft
EJ	The Economic Journal
EJIL	European Journal of International Law
EJPE	European Journal of Political Economy
ELJ	European Law Journal
EPIL	Encyclopedia of Public International Law

etc.	Et cetera
EU	Europäische Union
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EuZ	Entwicklung und Zusammenarbeit
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EWGV	Vertrag zur Gründung einer Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft
FAZ	Frankfurter Allgemeine Zeitung
FS	Festschrift
GA	General Assembly
GATS	General Agreement on Trade in Services
GATT '47	General Agreement on Tariffs and Trade von 1947
ggf.	gegebenenfalls
GSP	Generalised System of Preferences
GYIL	German Yearbook of International Law
h.M.	herrschende Meinung
HDI	Human Development Index
HILJ	Harvard International Law Journal
HLR	Harvard Law Review
IAO	Internationale Arbeitsorganisation
ICLQ	International and Comparative Law Quarterly
i.e.	id est
i.e.	id est (lat. für „das heißt“)
i.S.d.	Im Sinne des
i.S.v.	im Sinne von
IGH	Internationaler Gerichtshof
IISD	International Institute for Sustainable Development
ILW	International Law Workshop (University of California, Berkeley)
Insb.	Insbesondere
IP	Internationale Politik
ISI	Importsubstitutions-Industrialisierung, bzw. Import-substitution industrialisation
ITLR	International Trade Law & Regulation
JA	Juristische Arbeitsblätter
Jhd.	Jahrhundert
JIE	Journal of International Economics
JIEL	Journal of International Economic Law
JSEBL	The Journal of Small and Emerging Business Law
JWT	Journal of World Trade (<i>seit 1988</i>)
JWTL	Journal of World Trade Law (<i>bis 1987</i>)
KOM	Kommission der Europäischen Gemeinschaft
LDC	Least-Developed Countries

LIEI	Legal Issues of Economic Integration
m.E.	meines Erachtens
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
MFN	Most-Favoured-Nation
MJIL	Melbourne Journal of International Law
MTN	Multilateral Trade Negotiations
OECD	Organisation for Economic Co-operation and Development
para.	Paragraph
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
SCM	Agreement on Subsidies and Countervailing Measures
Slg.	Sammlung der Rechtsprechung des EuGH
TELC	Transnational Economic Law Research Center (Rechtswissenschaftliche Fakultät der Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg)
u.a.	unter anderem/und andere
UNCTAD	United Nations Conference on Trade and Development
UNDP	United Nations Development Program
Univ.	Universität
UNO	United Nations Organisation
UNU	United Nations University
ÜWTO	Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation
v.a.	vor allem
Vgl.	Vergleiche
VJIL	Virginia Journal of International Law
VN	Vereinte Nationen
WComp.	World Competition
WE	The World Economy
WIDER	World Institute for Development Economics Research
WTO	World Trade Organisation
WTR	World Trade Review
WVK	Wiener Vertragsrechtskonvention
ZEuS	Zeitschrift für Europarechtliche Studien

Einleitung und Problemstellung

„While the distinction between developed and developing countries is initially based on economic criteria, it also has great political importance and now legal consequences as well.“¹

Das *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), und seit 1995 die Welthandelsorganisation WTO, befassen sich in vielfältiger Weise mit den wirtschafts- und handelsbezogenen Bedürfnissen der Entwicklungsländer. Aus völkerrechtlicher Sicht ist dabei die rechtliche Sonderbehandlung der Entwicklungsländer von besonderem Interesse. Gemäß der Idee „Entwicklungshilfe durch Handel“ erlaubt diese Sonderbehandlung eine Diskriminierung *zu Gunsten* der Entwicklungsländer.

Das Verhalten eines anderen Mitgliedstaates kann jedoch, ob gewollt oder nicht, die Sonderstellung eines Entwicklungslandes beeinträchtigen. Von entscheidender Bedeutung sind daher die Möglichkeit einer rechtlichen Überprüfung mitgliedersstaatlicher Maßnahmen sowie die anschließende Durchsetzung der gewährten Sonderrechte für den Fall, dass eine Beeinträchtigung festgestellt worden ist. Die GATT/WTO-Rechtsordnung verfügt über ein entsprechendes Streitschlichtungsverfahren, welches seit den 1960er Jahren von den Entwicklungsländern zur Sicherung der ihnen eingeräumten Sonderrechte genutzt wird.²

Als jüngeres Beispiel dient der Fall *EC – Preferences* aus den Jahren 2002-2004. Gegenstand dieses Verfahrens und der vorliegenden Untersuchung ist die aus dem Jahre 1979 stammende normative Grundlage (die sog. *Enabling Clause*) des in den 1960er Jahren entwickelten „Allgemeinen Präferenzsystems“ (APS), eines auf eine tarifäre Besserbehandlung ausgerichteten Instrumentes der bereits erwähnten Strategie „Entwicklungshilfe durch Handel“. Das Entwicklungsland Indien sah sich durch eine Maßnahme der EG im Rahmen des europäischen APS in seinen Sonderrechten verletzt.

Dem Verfahren *EC – Preferences* lag die Frage zu Grunde, ob die *Enabling Clause* es den entwickelten Ländern erlaubt, innerhalb eines APS zwischen den begünstigten Entwicklungsländern zu differenzieren, mit der Konsequenz, dass einzelne Entwicklungsländer unter bestimmten Voraussetzungen weitergehende Präferenzen erhalten dürfen.³ Obwohl die *Enabling Clause* ein Diskriminierungsverbot ausspricht, kam es zum Streit, da zum einen

1 A.A. Fatouros, in: EPIL (I), *Developing States*, S. 1017.

2 *Notes*, HLR 108 (1995), 1715, 1726.

3 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 31.

über die rechtliche Geltung und zum anderen über die konkrete Wirkungsweise dieses Diskriminierungsverbotes von den Parteien unterschiedliche Ansichten vertreten wurden.

Das Verfahren *EC – Preferences* ist für die Weiterentwicklung der GATT/WTO-Rechtsordnung aus zwei Gründen von Bedeutung: Zum einen wurde dem *Dispute Settlement Body* durch die Beschwerde Indiens zum ersten Mal in der Geschichte der *Enabling Clause* die Möglichkeit geboten, diese Norm umfassend rechtlich zu analysieren. Zum anderen stehen sich die rechtlichen Lösungsansätze des erstinstanzlichen *Panel*s auf der einen sowie des *Appellate Body* auf der anderen Seite in der entscheidenden Frage diametral gegenüber, was die überaus spannende Frage nach der materiell-rechtlich „richtigen“ Lösung aufwirft.

Untersuchungsgegenstand und -methode

Gegenstand der Untersuchung sind diejenigen Regelungen der *Enabling Clause*, welche die normativen Grundlagen der APS-Programme der Industrieländer darstellen. Die Auseinandersetzung mit der *Enabling Clause* soll neben einer Antwort auf die dem Verfahren *EC – Preferences* zu Grunde liegenden Fragen auch eine Darstellung und Weiterentwicklung der Dogmatik der *Enabling Clause* liefern. Diesem umfassenden Ansatz ist es geschuldet, dass bei der Darstellung auf unterschiedliche analytische Methoden zurückgegriffen wird.

So findet i.S. einer *realistischen Methode*⁴ in den ersten beiden Abschnitten (§§ 1 und 2) zunächst eine detaillierte Einordnung der *Enabling Clause* in ihren historischen, politischen und systematischen Kontext statt. Daran schließt sich auf der Grundlage einer *normativ-dogmatischen Methode*⁵ die materiell-rechtliche Auseinandersetzung mit der *Enabling Clause* an, wobei besonderes Augenmerk auf die Lösungsansätze der Streitschlichtungsorgane und deren Bedeutung für die Zukunft des APS gelegt wird (§§ 3 bis 6).

4 Vgl. dazu *Benedek*, S. 13: „Auf Grund der ‚besonderen Realitätsnähe‘ des Völkerrechts ist für manche Fragen eine kontextuelle Analyse, unter Berücksichtigung politischer und wirtschaftlicher Realfaktoren, unverzichtbar.“

5 Vgl. *Benedek*, S. 14.

1. Kapitel: Grundlagen der APS

Die Allgemeinen Präferenzsysteme der Industrieländer basieren rechtlich auf einer Entscheidung der GATT-Vertragsstaaten aus dem Jahre 1979, der sog. *Enabling Clause*⁶. Bevor näher auf diese spezielle GATT/WTO-Norm eingegangen wird, bedarf es zuvor einer historischen, politischen und systematischen Einordnung. Die *Enabling Clause* ist Teil eines Normenkomplexes, welcher im WTO-Recht als „*Special and Differential Treatment*“ (*S&D*) bezeichnet wird. Man kann grundsätzlich drei Arten von *S&D*-Vorschriften unterscheiden⁷:

- Erstens *Ausnahmenvorschriften*, die es Entwicklungsländern gestatten, von allgemeinen GATT/WTO-Pflichten abzuweichen. Damit soll den Entwicklungsländern ein größerer politischer Ermessensspielraum eingeräumt werden, um auf individuelle Entwicklungsbedürfnisse durch *innerstaatliche* Maßnahmen reagieren zu können.⁸
- Zweitens *programmatische Vorschriften*, in denen die Mitgliedstaaten aufgefordert werden, positive Anstrengungen zur Förderung der Wirtschaft der Entwicklungsländer zu unternehmen.⁹ Einige dieser programmatischen Vorschriften werden ergänzt durch operative Vorschriften wie beispielsweise die *Enabling Clause*, um die praktische Umsetzung bereits konkretisierter „positiver Anstrengungen“ wie dem APS zu ermöglichen.

6 Entscheidung der VERTRAGSPARTEIEN vom 28. November 1979 (L/4903) zum „*Differential and more Favourable Treatment, Reciprocity and Fuller Participation of Developing Countries*“. Im Folgenden wird nur die Bezeichnung *Enabling Clause* verwendet. Sie ist abgedruckt im Annex B.

7 Vgl. *Fukasaku*, UNU/WIDER Working Paper No. 197/2000, S. 3; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 15. Das WTO Sekretariat hat die *S&D*-Vorschriften in einem Bericht aus dem Jahre 2000 in sechs Kategorien eingeteilt, vgl. WT/COMTD/W/77, vom 25.10.2000, S. 3. Dabei wurden solche Vorschriften, die den Entwicklungsländern bei der Implementierung von WTO-Vorschriften eine längere Übergangszeit sowie technische Hilfe gewähren, als je eigene Kategorien gezählt. Diese Vorschriften sind nur für die Praxis von Relevanz und haben daher für die Dogmatik des WTO-Rechts und insbesondere des *S&D*-Regimes, welche Gegenstand dieser Arbeit sein soll, keine wesentliche Bedeutung. Sie sollen daher hier nicht weiter interessieren.

8 *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 504 f.

9 Vgl. beispielsweise Abs. 2 der Präambel des WTO-Übereinkommens (im Folgenden: ÜWTO), in dem es heißt: „[...] *Recognizing* further that there is need for positive efforts designed to ensure that developing countries, and especially the least developed among them, secure a share in the growth in international trade commensurate with the needs of their economic development, [...]“.

-
- Drittens *Sondervorschriften*, welche die Bedürfnisse der Gruppe der am wenigsten entwickelten Länder (sog. LDC's¹⁰) berühren. Die WTO-Rechtsordnung bezieht sich dabei gemäß Art. XI:2 ÜWTO auf die offizielle LDC-Liste der Vereinten Nationen¹¹, in der zur Zeit 50 Länder enthalten sind; 32 von ihnen sind momentan Mitglieder der WTO, acht befinden sich im Beitrittsverfahren und drei Staaten haben einen Beobachterstatus inne.¹²

Besagte Vorschriften haben gemeinsam, dass die darin enthaltenen Rechte (im Falle der ersten Kategorie), bzw. Privilegien (im Falle der zweiten Kategorie) ausschließlich von Entwicklungsländern (bzw. LDC's im Falle der dritten Kategorie) in Anspruch genommen werden können, während die Industrieländer die Rolle des Duldenden, bzw. des Begünstigenden einzunehmen haben.¹³ Letzteres bringt § 1 *Enabling Clause* als Beispiel einer (operativen) Norm der zweiten Kategorie folgendermaßen zum Ausdruck:

-
- 10 Im internationalen Schrifttum wird diese Abkürzung nicht einheitlich angewandt. Teilweise wird mit „LDC“ die Bezeichnung „less-developed countries“ abgekürzt, womit dann alle Entwicklungsländer gemeint werden. Die Gruppe der am wenigsten entwickelten Länder heißt dann „LDDC“ („least-developed developing countries“). Vgl. z.B. *Bhala/Kennedy*, S. 399 f. oder *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1525. Hier wird im Folgenden die bei den Vereinten Nationen übliche Abkürzung für die am wenigsten entwickelten Länder „LDC“ verwendet („Least-developed countries“).
- 11 Alle drei Jahre wird diese Liste durch den „Ausschuss für Entwicklungspolitik“ (*Committee for Development Policy*, CDP) überprüft, eine Unterorganisation des Wirtschafts- und Sozialausschusses der UNO (ECOSOC). Geprüft wird, ob Länder in diese Liste aufgenommen oder von dieser Liste gestrichen werden müssen. Auf Grundlage des CDP-Berichtes formuliert ECOSOC eine Empfehlung und richtet diese an die UN-Generalversammlung (GA). Die GA trifft dann die endgültige Entscheidung über eine ggf. erforderliche Neufassung der LDC-Liste. Die Überprüfung durch das CDP erfolgt anhand verschiedener Kriterien, auf die hier nicht weiter eingegangen werden soll. Vgl. insoweit <http://www.un.org/special-rep/ohrlls/lcd/lcd%20criteria.htm> (*letzter Besuch: 25.10.2006*).
- 12 Vgl. http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/org7_e.htm (*letzter Besuch: 25.10.2006*). Da diese Normengruppe im Streitschlichtungsverfahren *EC – Preferences* keine Rolle spielte, soll sie in dieser Arbeit nicht weiter berücksichtigt werden.
- 13 *Oyejide*, in: *Hoekman/Mattoo/English*, S. 504; *IISD Trade and Development Brief*, No. 2, 2003, S. 1; *Whalley*, *CSGR Working Paper No. 30/99*, S. 3; *ders.*, *EJ* 100 (1990), 1318, 1319; *Kessie*, *WComp* 22(1999) 2, 83, 86 f. Zu ungenau daher *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 2, wonach sich die Bezeichnung *S&D* nur auf Normen der ersten Gruppe bezögen, also auf Vorschriften, die es Entwicklungsländern gestatten, von einzelnen Verpflichtungen abzuweichen.

„Notwithstanding the provisions of Article I of the [GATT], contracting parties may accord differential and more favourable treatment to developing countries, without according such treatment to other contracting parties.“

Im folgenden Ersten Abschnitt (§ 1) soll zunächst die historische Entwicklung der *S&D*-Vorschriften sowie deren völkerrechtliche Grundlagen dargestellt werden. Im Zweiten Abschnitt (§ 2) folgt dann eine ausführliche Darstellung der *Enabling Clause* als besondere *S&D*-Norm.

§ 1: *S&D-Treatment*

A. Historische Entwicklung

Nach dem Zusammenbruch des Kolonialsystems und den beiden Weltkriegen am Anfang des 20. Jahrhunderts entstanden weltweit an die Hundert neue, aber meistenteils wirtschaftlich unterentwickelte Staaten.¹⁴ Obwohl die Kolonialzeit von Unterdrückung und Ausbeutung und der Prozess der Dekolonialisierung nicht selten von gewalttätigen und kriegerischen Auseinandersetzungen zwischen den herrschenden und den beherrschten Völkern geprägt war, wurden die wirtschaftlichen Beziehungen zwischen den vormaligen Kolonialherren und den neu entstandenen Staaten nie abgebrochen. Vielmehr ging der Prozess der Globalisierung des internationalen Handels auch an diesen Ländern nicht vorbei. Den jungen Staaten mit ihren noch zu entwickelnden Volkswirtschaften stellte sich nach Erlangung der politischen Unabhängigkeit also die nächste Herausforderung: Die effektive Beteiligung an und Integration in die Internationale Wirtschaftsordnung.

Die Genese derjenigen völkerrechtlichen Normen, die unter dem Begriff „*Special and Differential Treatment*“ zusammengefasst werden, beginnt mit den Verhandlungen zum GATT '47. Dieses Übereinkommen schuf das erste internationale Forum für multilaterale Verhandlungen¹⁵ auf dem Gebiet des Welthandels. In der Zeit vor dem GATT '47 war der Welthandel noch weitgehend von bilateralen Abkommen geprägt.¹⁶ Erst in einem multilateralen Kontext wurde es aber möglich, Entwicklungsländer als eine besondere

14 *Mölich*, DuR 1980, 282, 283; *Makarczyk*, S. 9 und 25; *Jessen*, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 82. Abgesehen von wenigen Ausnahmen (z.B. Afghanistan, Äthiopien, Liberia oder Thailand) waren alle Entwicklungsländer einmal Kolonien, vgl. *Lachmann*, S. 231.

15 Im Folgenden werden diese in unregelmäßigen Abständen stattfindenden GATT/WTO-Verhandlungen mit der in der GATT/WTO-Praxis üblichen Abkürzung *MTN* (Multilateral Trade Negotiations) bezeichnet.

16 *Benedek*, S. 1.

„Gruppe“ zu identifizieren, für die *Sondervorschriften* ausgehandelt werden konnten.¹⁷

Um die Genese der *S&D*-Vorschriften darzustellen, ist es unabdingbar, auf diejenigen ökonomischen sowie entwicklungspolitischen Theorien einzugehen, auf welche die Forderungen nach einer Sonderbehandlung der Entwicklungsländer gestützt wurden und z.T. noch heute werden. Besonders hervorzuheben sind dabei die Arbeiten des argentinischen Ökonomen und ersten Direktors der UNCTAD *Raúl Prebisch* (1901 – 1986). Seine Thesen prägten nicht nur die Politik des „Südens“ oder der „Dritten Welt“ in den 1960er und 1970er Jahren, sie zogen sich ferner wie ein roter Faden durch den Prozess der Normsetzung auf völkerrechtlicher Ebene in dieser Zeit.¹⁸

I. Theoretische Ansätze

Im Folgenden soll die historische Entwicklung des *S&D*-Regimes vor dem Hintergrund der entwicklungspolitischen und -ökonomischen Diskussion dargestellt werden. Dabei soll es nicht darum gehen, die dargestellten Thesen zu bewerten. Vielmehr soll die Darstellung dazu dienen, die Motive der Politiker sowie Diplomaten aus den Entwicklungsländern in den jeweiligen internationalen Organisationen (insbesondere in der Generalversammlung der Vereinten Nationen¹⁹, der UNCTAD sowie dem GATT, bzw. der WTO) nachzuvollziehen, um Erkenntnisse für eine Auslegung der *Enabling Clause* als einer der zentralsten *S&D*-Vorschriften innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung zu gewinnen.

1. Argumente für *S&D*

Die dem globalen Freihandel das Wort redenden Wirtschaftstheoretiker vereinfachten seinerzeit die komplexe Heterogenität der am internationalen Handel beteiligten Staaten auf äußerst drastische Weise.²⁰ Im „Zwei-Länder-und-zwei-Produkte-Modell“ wurde die Theorie des komparativen Kostenvorteils und somit der Nutzen des Freihandels (mathematisch) belegt. In diesem Modell unterschieden sich zwei miteinander Handel treibende Länder nur in der Größe der (arbeitenden) Bevölkerung und darin, wie effizient sie welche Güter produzieren konnten. Weitere Unterscheidungsmerkmale spielten zunächst keine Rolle. Entscheidend an dieser Theorie war die Annahme eines Automatismus:

17 *Hudec*, CBLR 1992, 67, 68.

18 *Nohlen*, EuZ 1999, 316, 319.

19 Im Folgenden wird die international üblichen Abkürzungen GA (*General Assembly*) sowie UN, bzw. UNO (*United Nations*, bzw. *United Nations Organisation*) verwendet.

20 *van den Bossche*, S. 20.

„Bei einem System des vollkommen freien Handels wendet *natürlich* jedes Land sein Kapital und seine Arbeit solchen Zweigen zu, die jedem am vorteilhaftesten sind. Dieses Verfolgen des individuellen Vorteils ist bewundernswert mit dem allgemeinen Wohle des Ganzen verbunden.“²¹

Übersetzt in eine *juristische* Welthandelsterminologie bedeutete die reine Freihandelslehre nach Ansicht führender Politiker vor allem aus den Industrieländern eine streng-formale Gleichbehandlung aller Rechtssubjekte, weil nur nach Ausschaltung sämtlicher wettbewerbsverzerrender Faktoren ein umfassender und bedingungsloser Freihandel die theoretisch hergeleiteten Wohlfahrtseffekte auslösen könne. Dieser Grundsatz wurde durch das noch heute geltende Meistbegünstigungsprinzip²² des Art. I:1 GATT '47 zum Ausdruck gebracht.²³ Danach sollen vor allem Zollzugeständnisse, die ein WTO-Mitgliedstaat einem anderen gewährt, automatisch und bedingungslos auf alle anderen Mitgliedstaaten erstreckt werden. Dadurch soll erreicht werden, dass das weltweite Zollniveau nachhaltig sinkt²⁴, um so eine effektive internationale Arbeitsteilung zu erreichen.²⁵

Dieser streng-formale Ansatz war jedoch von Anfang an Kritik ausgesetzt.²⁶ Die Kritiker beriefen sich mitunter auf die Philosophie Aristoteles', um das MFN-Prinzip als ungerecht zu entlarven.²⁷ Aristoteles spricht in seinem Werk „*Nikomachische Ethik*“, Buch V („Über Gerechtigkeit“), in den Kapiteln III und IV von einer „distributiven“ oder „korrigierenden“ Gerechtigkeit: Gerechtheit sei danach zweifellos ein Zustand von Gleichheit. Dieser werde indes nicht durch *Gleichbehandlung*, sondern durch *Gleichmachung*

21 Diese These hat 1817 *David Ricardo* (1778 – 1823) in seinem Werk „*Principles of Political Economy and Taxation*“ aufgestellt. (Zitiert nach *Tietje*, in: *Prieß/Berrisch*, Teil A.II., Rn. 9; Hervorhebung durch den Verf.). Neben *Ricardo* sind hinsichtlich der Entwicklung der Freihandelslehre noch die Ökonomen *Adam Smith* (1723 – 1790) sowie *John Stuart Mill* (1806 – 1873) zu erwähnen. Vgl. dazu auch *Hilf/Oeter*, § 2, Rn. 3 f.; *Prieß/Berrisch*, Teil A.II., Rn. 8 ff.; *Bhala/Kennedy*, S. 3 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 3 f.; *Weiß/Herrmann*, Rn. 20 f.; *van den Bossche*, S. 19 ff.

22 Im Folgenden wird z.T. die international übliche Abkürzung MFN (für *Most-Favoured-Nation Treatment*) verwendet.

23 *Hilf/Oeter*, § 9, Rn. 29; *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 79 und 82 f.; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 143 f.; *Weiß/Herrmann*, Rn. 378.

24 Während die durchschnittliche Zollbelastung im Jahre 1947 noch bei etwa 40 % lag, sank sie bis zum Abschluss der Uruguay-Runde auf etwa 4 %, vgl. dazu *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 107; *Senti*, WTO, Rn. 500 ff.; *Weiß/Herrmann*, Rn. 373 f.

25 *Hilf/Oeter*, § 2, Rn. 25; *Trebilcock/Howse*, S. 51 ff.; *Hudec*, in: *Petersmann/Hilf*, S. 170.

26 Vgl. dazu grundlegend *Lachmann*, S. 218 ff.

27 Vgl. *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 344 f.; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 492.

erreicht. Die Behandlung unterschiedlicher Subjekte sei daher zwangsläufig mit der konkreten Ausprägung der Ungleichheit der Subjekte verknüpft. Daher könne es keine *absolute*, sondern nur eine *verhältnismäßige* Gleichbehandlung geben.

Raúl Prebisch wendete diese philosophische Aussage konkret auf die Wirkungsweise des Art. I:1 GATT '47 an, indem er feststellte:

„[...] [H]owever valid the MFN principle may be in regulatory trade amongst equals, it is not a suitable concept for trade involving countries of vastly unequal economic strength.“²⁸

Nach Ansicht der Entwicklungsländer war es im Rahmen des GATT im Sinne einer gerechten Welthandelsordnung demnach unabdingbar, Sondervorschriften zu ihren Gunsten aufzunehmen. Gegründet wurde diese Forderung im Kern auf drei Argumente:

Zum einen müsse eine „strukturelle Begünstigung“ der Industrieländer ausgeglichen werden.²⁹ Auf Grund dieses bereits bestehenden Ungleichgewichtes würde eine streng-formale Gleichbehandlung aller am weltweiten Handel beteiligten Länder i.S.d. MFN-Prinzips einer faktischen Diskriminierung der Entwicklungsländer gleichkommen.³⁰ Diese Ungleichheit müsse in allen multilateralen Abkommen berücksichtigt werden.

28 „Towards a new trade policy for economic development“, Report by the Secretary-General of the UNCTAD, United Nations, New York, 1964, S. 66; vgl. dazu auch *Long*, S. 90; *Harrison*, ITLR 2003, 159; *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 113; *Ewing*, JWTL 18 (1984) 3, 189, 190; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 492.

29 Vgl. *Koopmann*, in: Engels, S. 14; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 3; *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 504. Ähnlich auch *Meléndez-Ortiz*, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 74; *Mölich*, DuR 1980, 282, 285; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1286; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 302; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 86; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 15; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718.

30 *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 77; *Weiß/Herrmann*, Rn. 970; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 1; ähnlich auch *Cot/Pellet*, La Charte de l'ONU, S. 9 f.; *Bhala/Kennedy*, S. 399; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 25; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 492; *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 342 (Fn. 2). Vgl. auch *Gatsios*, JIE 28 (1990), 365, 372, der zu dem Ergebnis kommt, dass das MFN-Prinzip zumindest in Bezug auf die weltweite Einkommensverteilung die entwickelten Länder im Vergleich zu den Entwicklungsländern strukturell begünstigt.

- Zweitens könne das u.a. in der Präambel des ÜWTO sowie des GATT '47³¹ verankerte Ziel einer Erhöhung des Lebensstandards in *allen* am Welthandel teilnehmenden Volkswirtschaften auf Grund der bestehenden Unterschiede nur durch *differenzierende Politiken* erreicht werden, was seinen Ausdruck im Regelwerk hinsichtlich der Rechte und Pflichten der Staaten finden müsse.³²
- Drittens war in den 1940er und 1950er Jahren die Ansicht sehr verbreitet³³, dass Zahlungsbilanzschwierigkeiten³⁴ untrennbar mit der für Entwicklungsländer typischen und im Vergleich zu den Industrieländern besonderen Situation niedriger Durchschnittseinkommen verbunden sei. Alle Entwicklungsländer seien demnach zwangsläufig mit denselben Handelsproblemen konfrontiert, auf die in einer Rechtsordnung wie dem GATT '47 besonders reagiert werden müsse.³⁵

Es wurde im Laufe der Jahre zunehmend bezweifelt, dass ein freier Welthandel tatsächlich sowohl armen wie reichen Ländern gleichermaßen zu Gute käme.³⁶ Auch aus heutiger Sicht kann man sich in der Tat nicht des Verdachtes erwehren, dass sich die Vorteile des Welthandelssystems in erster Linie in den wohlhabenden Industrienationen niedergeschlagen haben.³⁷ Wenn überhaupt haben es nur einige wenige Entwicklungs-, bzw. Schwellenländer verstanden, aus einem freien Welthandel Profit zu schlagen.³⁸

Die Ausgangssituation der Entwicklungsländer auf dem Weltmarkt stellte sich in der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts wie folgt dar: Die wirtschaftliche Infrastruktur der Entwicklungsländer zeichnete sich durch eine nur sehr geringe Industrialisierung aus, wodurch sie zu (teuren) Importen von Indu-

31 Abs. 1 der Präambel des ÜWTO und Abs. 2 der Präambel des GATT '47: „[...] *Recognizing* that their relations in the field of trade and economic endeavour should be conducted with a view to raising standards of living [...]“

32 *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 15.

33 Vgl. *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 5 bzw. 38.

34 Unter einer *Zahlungsbilanz* (*balance of payments*) wird die buchhalterische Zusammenfassung sämtlicher innerhalb eines Jahres erfolgten Geschäfte eines Landes mit dem gesamten Ausland verstanden, vgl. nur *Borchert*, S. 5; *Dieckheuer*, S. 2. Entwicklungshemmend wirkt sich dabei ein zu starkes Zahlungsbilanzdefizit aus, vgl. *Maennig/Wilfling*, S. 38.

35 *Whalley*, EJ 100 (Dec 1990), 1318; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 4.

36 *Borchert*, S. 341; *Mazzacano*, ECJILTP 5 (2004) 2, 147, 150 f.; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1719; *Franck*, AJIL 82 (1988) 4, 705, 750.

37 So auch *Hilf/Oeter*, § 2, Rn. 26 ff. Vgl. auch *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 301.

38 So die ostasiatischen sog. „Tiger-Staaten“, Brasilien, China oder auch Indien, vgl. *Mazzacano*, ECJILTP 5 (2004) 2, 147, 150.

strie- und Investitionsgütern gezwungen waren. Auf der anderen Seite hatten sie nur wenig und meist „nur“ Rohstoffe oder landwirtschaftliche Produkte zu exportieren.³⁹ Aus dieser Ausgangslage versuchten nun Entwicklungsökonomien wie auch -theoretiker Gesetzmäßigkeiten abzuleiten mit dem Ziel, effektive Gegenmittel zu entwickeln, mit denen Armut und Unterentwicklung nachhaltig bekämpft werden könnten.

a) Die „Erziehungszoll-Lehre“

Im Jahre 1841 veröffentlichte der deutsche Ökonom *Friedrich List* (1789-1846) sein Werk „Das nationale System der politischen Ökonomie“. Im Grundsatz schloss sich *List* darin der Freihandelstheorie des englischen Bankiers *David Ricardo* an, doch fügte er eine entscheidende Einschränkung hinzu: Der souveräne Staat solle seine Außenhandelspolitik jederzeit seiner jeweiligen Entwicklungsstufe anpassen können. Das Praktizieren der reinen Freihandelslehre komme nur für die bereits vollständig industrialisierten Staaten in Betracht, während es Staaten, deren Industrien noch „in den Kinderschuhen steckten“, erlaubt sein müsse, diese „jungen Industrien“ wenigstens solange vor übermächtiger Konkurrenz aus dem Ausland zu schützen, bis sie sich dem Wettbewerb stellen könnten⁴⁰; das Errichten von Schutzzöllen sollte also der „Erziehung“ der heimischen Industrie dienen.⁴¹

In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, als *List* diese Thesen entwickelte, war England bereits ein Industrieland. Deutschland hingegen war noch überwiegend landwirtschaftlich geprägt und begann gerade erst, in den Prozess der Industrialisierung einzusteigen.⁴² *List* versuchte also in seinem Werk, die damalige deutsche Zollpolitik ökonomisch zu rechtfertigen.⁴³ Die Parallelen zur Situation der Weltwirtschaft in der Mitte des 20. Jahrhunderts sind offensichtlich: In der Rolle Deutschlands befinden sich nun die überwiegend landwirtschaftlich geprägten Länder Afrikas, Südamerikas und Asiens. Entwicklungsökonomien aus diesen Ländern erkannten diese Parallele und schlossen sich der von *List* entwickelten „Erziehungszoll-Lehre“ an.⁴⁴ Es wurde in Hinblick auf eine nachhaltige Entwicklung besonderer

39 Vgl. *Maennig/Wilfling*, S. 306.

40 *List*, S. 274 ff. Vgl. auch *Trebilcock/Howse*, S. 8; *Maennig/Wilfling*, S. 186; *Bender*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 523 ff.; *Dieckheuer*, S. 149 und 163 ff.; *Senti*, WTO, Rn. 649 ff.; *Hankel*, in: *Thiel, Entwicklungstheorie*, S. 197.

41 Auch *Alexander Hamilton*, einer der Gründer der USA, vertrat die Lehre des „Erziehungszolls“, vgl. *Behnam*, JWTL 9 (1975) 4, 442.

42 *Hilf/Oeter*, § 4, Rn. 25.

43 *Hankel*, in: *Thiel, Entwicklungstheorie*, S. 197.

44 *Weiß/Herrmann*, Rn. 29; *Trebilcock/Howse*, S. 8; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 38 f.

Wert auf eine rasche Industrialisierung, bzw. genauer: auf eine Diversifizierung der nationalen Wirtschaft gelegt. Viele Entwicklungsländer versuchten in dieser Zeit verschiedene Industriezweige aufzubauen, indem sie diese insbesondere durch Schutzzölle vom weltweiten Wettbewerb abschotteten. Die Idee war, dass diese Industrien mit Hilfe der faktischen Monopolstellung auf dem heimischen Markt mit der Zeit gestärkt wurden, um in (unbestimmter) Zukunft am Weltmarkt bestehen zu können.⁴⁵

b) Die „Prebisch-Singer-Hypothese“

Entscheidenden Einfluss auf die Außenhandelspolitik der Entwicklungsländer hatte eine Theorie, die als „Prebisch-Singer-Hypothese“ in die Geschichte der Entwicklungsökonomie eingegangen ist. Namensgeber sind der bereits erwähnte *Raúl Prebisch* sowie der deutsche Ökonom *Hans W. Singer* (1910-2006). Sie versuchten, unabhängig voneinander, den wissenschaftlichen Nachweis zu erbringen, dass sich bei unbedingtem Freihandel auf Grund der oben skizzierten Ausgangssituation typischerweise die *terms of trade*⁴⁶ der Entwicklungsländer verschlechtern mussten.⁴⁷ Der Grund hierfür sei nach ihren Erkenntnissen in der Abhängigkeit der Entwicklungsländer von Produkten aus Industrieländern zu sehen.⁴⁸ Dabei sinke mit steigendem Wohlstand in den Industrieländern die Nachfrage nach typischen Entwicklungslandprodukten (i.e. Rohstoffe sowie Agrar- oder Textilprodukte) schneller, als die Nachfrage in den Entwicklungsländern nach Industrieprodukten. Diese unterschiedliche Nachfrageentwicklung verschlechtere die *terms of trade* der Entwicklungsländer, weil die notwendigen und unverzichtbaren Importe von Industriegütern immer teurer würden.⁴⁹ In seiner

45 Borchert, S. 355; Jessen, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 78.

46 Unter *terms of trade* wird der Quotient aus Preisindex der Exporte und Preisindex der Importe verstanden. Sie beschreiben also das internationale Austauschverhältnis: Wie groß ist das Importvolumen, welches im Austausch gegen eine Einheit der Exportproduktion erworben werden kann? Sinkende *terms of trade* bedeuten also, dass mehr Einheiten an Exportgütern verkauft werden müssen, um eine Einheit Importe kaufen zu können. Eine Einheit von Importen verteuert sich demnach, was einen entwicklungshemmenden Effekt im Inland zur Folge hat, vgl. Maennig/Wilfling, S. 71 (Fn. 24); Borchert, S. 205; Bender, in: Bender, Vahlens Kompendium, Bd. 1, S. 514 f.; Weiß/Herrmann, Rn. 28.

47 Borchert, S. 497; Bender, in: Bender, Vahlens Kompendium, Bd. 1, S. 516; Hemmer, S. 299 ff.; Lachmann, S. 87; Nohlen, EuZ 1999, 316; Eßlinger, EuZ 2000, 178, 179; Hoekman/Özden, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 1.

48 Vgl. dazu auch Note, HLR 108 (1995), 1715, 1718 f. m.w.N.

49 Zementiert wurde dieser Effekt dadurch, dass bereits in den 1980er Jahren die entwickelten Länder die Rohstoffe für gewöhnlich zollfrei importierten, während über 95 % der importierten Fertigwaren verzollt wurden, vgl. Schultz/Schumacher, JWTL 18

Eigenschaft als Generalsekretär der UNCTAD hatte *Raúl Prebisch* seine Thesen u.a. in die Abschlusserklärung der Ersten UNCTAD-Konferenz (UNCTAD I) einfließen lassen.⁵⁰

Wie jede wissenschaftliche Theorie, die ihre Schlussfolgerungen zum Teil auf variable Faktoren stützt, wurde auch die *Prebisch-Singer-Hypothese* angezweifelt.⁵¹ Nichtsdestotrotz stieß sie bei den Entwicklungsländern auf eine starke Resonanz, da sie doch ein Bild vom Zustand der internationalen Wirtschaftsbeziehungen zeichnete, wie es in vielen Entwicklungsländern schon länger empfunden wurde. Denn danach befänden sich Entwicklungsländer unverschuldet in dem fatalen Teufelskreis einer wirtschaftlichen Abhängigkeit von den Industrieländern. Die Unterentwicklung sei danach primär auf externe Ursachen (insbesondere den Kolonialismus) zurückzuführen.⁵² Um weltweite Gerechtigkeit herzustellen, müsse dieser Teufelskreis durchbrochen werden, was nur durch eine völlige Neuordnung der Weltwirtschaftsordnung zu erreichen sei. Gestärkt durch die erste wissenschaftliche Fundierung einer solchen Argumentation, traten denn auch die Verhandlungsführer der Entwicklungsländer in den verschiedenen Internationalen Organisationen entsprechend selbstbewusst auf.⁵³

Aus der *Prebisch-Singer-Hypothese* entwickelte sich in der entwicklungstheoretischen Wissenschaft die sog. „Dependencia-Schule“, die, aufbauend auf der klassischen marxistischen Imperialismus-Theorie, die Folgen des „neuen“ Imperialismus in Gestalt der Globalisierung der wirtschaftlichen Tätigkeit zu analysieren versuchte.⁵⁴ Diese Schule machte sich, wie der Name erkennen lässt, insbesondere die *Prebischs'sche* Feststellung der wirtschaftlichen Abhängigkeit der Entwicklungsländer von den Industrieländern zueigen und entwickelte daraus ihre politischen Forderungen. Diese waren im Kern darauf gerichtet, dass sich die Entwicklungsländer als Gruppe politisch, aber insbesondere auch wirtschaftlich von den „imperialistischen“

(1984) 3, 206, 207. Dadurch wurde eine Industrialisierung der Entwicklungsländer erschwert. Vgl. dazu auch *Lachmann*, S. 221 ff.

50 Vgl. insbesondere *UNCTAD I*, Vol. I, S. 6 (para. 19).

51 *Bender*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 516; *Hemmer*, S. 301 ff.; *Nohlen*, *EuZ* 1999, 316, 317; *Ewing*, *JWTL* 18 (1984) 3, 189, 190.

52 Vgl. aber auch *Lachmann*, S. 58, der zu Recht darauf hinweist, dass der Kolonialismuskritik vor allem für die südamerikanischen Entwicklungsländer, welche bereits vor mehr als 180 Jahren in die Selbständigkeit entlassen worden sind, nicht mehr aufrechtzuerhalten ist.

53 Vgl. *Nohlen*, *EuZ* 1999, 316, 318.

54 Vgl. dazu *Boeckh*, in: *Nuscheler*, S. 58 f.; *Többe Gonçalves*, S. 49 ff.; *Trebilcock/Howse*, S. 487; *Lachmann*, S. 234 ff.; *Hunter*, *MJIL* 4 (2003), 299, 304.

Industrielländern und deren global agierenden Konzernen abgrenzen sollten.⁵⁵ Diese Ideologie stellte in vielen Entwicklungsländern bis zum Ende des Kalten Krieges eine der entscheidenden Hindernisse für die Hinwendung zu wirtschaftlichen Liberalisierungsstrategien dar.⁵⁶

c) Binnenmarktorientierte Entwicklungsstrategien

Nachdem *Raúl Prebisch* in den Augen vieler Entwicklungsländer eine Erklärung für die Misere der Entwicklungsländer geliefert hatte, setzte er sein Wirken damit fort, dass er Lösungsansätze entwickelte, wie man dem oben beschriebenen ökonomischen Teufelskreis entkommen könnte. Da als Kern des Problems die Abhängigkeit der Entwicklungsländer von den Industriegütern der entwickelten Länder ausgemacht worden war, lag es nahe, eine Politik zu empfehlen, welche diese Abhängigkeit verringerte. Es mussten also eigene Industrien vor allem in jenen Sektoren aufgebaut werden, in denen eine Abhängigkeit von Importen aus den Industrieländern bestand.⁵⁷ Diese Politik firmierte unter der Bezeichnung „Importsubstitutionsindustrialisierung“ (ISI). Besonders lateinamerikanische und asiatische Entwicklungsländer zählten zu den Anhängern dieser Politik in den 1950er und 60er Jahren.⁵⁸

Inhalt dieser Politik war also eine Verknüpfung der Erziehungszoll-Lehre (*infant industry argument*) mit der *Prebisch-Singer-Hypothese*. Angestrebt wurde eine rasche Industrialisierung des Entwicklungslandes. Dabei sollten Schlüsselindustrien aufgebaut und während ihrer „Kindheit“ durch Schutzzölle vor internationalem Wettbewerb geschützt werden.⁵⁹ Diese Schutzzölle – in Gestalt von Importzöllen und/oder nicht-tarifären Importbeschränkungen – hatten ferner den Effekt, dass der Binnenmarkt zugunsten des Wachstums- und Lernprozesses der jungen Industrien abgeschottet wurde. Dies wurde als wachstumsfördernd angesehen, da sich viele importsubstituierende Güter mit erheblich einfacherer Technologie produzieren ließen als Exportgüter, die auf dem Weltmarkt einem scharfen Qualitätswettbewerb ausgesetzt waren.

Im Laufe der Zeit stellte sich indes heraus, dass gerade die Abschottung der eigenen Industrien vom globalen Wettbewerb eine Gefahr für die wirtschaftliche Entwicklung bedeutet. Es liegt auf der Hand, dass eine binnenmarkt-

55 *Lachmann*, S. 58 f.

56 *Trebilcock/Howse*, S. 472; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 96.

57 *Lachmann*, S. 88; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 86; *Ewing*, JWTL 18 (1984) 3, 189, 190.

58 *Bender/Gabisch*, in: *Bender*, *Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 449; *Lachmann*, S. 88.

59 *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 302.

orientierte Entwicklungsstrategie nur für solche Volkswirtschaften attraktiv sein kann, die über einen ausreichend großen und ergiebigen Binnenmarkt verfügen.⁶⁰ Gibt der Binnenmarkt indes nicht genug an Kaufkraft her, um die geschützten Industrien zu ausreichendem Wachstum zu verhelfen, so kann das Ziel, diese Unternehmen für den globalen Wettbewerb fit zu machen, nicht erreicht werden.⁶¹

d) Exportorientierte Entwicklungsstrategien

In vielen Entwicklungsländern, in denen binnenmarktorientierte Strategien verfolgt wurden, wollten sich auch nach vielen Jahren keine nachhaltigen Entwicklungserfolge einstellen.⁶² Die hohen Handelsbarrieren, die zum Schutze der *infant industries* eingeführt worden waren, hatten schwerwiegende Nebeneffekte. Der Protektionismus sicherte den Unternehmen den heimischen Absatzmarkt auch bei suboptimaler Unternehmensführung und Effizienz. Dementsprechend wurde überwiegend in den Unternehmen das eigentliche Ziel der ISI-Strategie verfehlt, sich für den Weltmarkt „fit“ zu machen⁶³; dies war auf Grund des Protektionismus betriebswirtschaftlich schlicht nicht notwendig.

In den späten 1970er Jahren begann daher in diesen Ländern ein Umdenkungsprozess.⁶⁴ Viele Entwicklungsökonomien zweifelten die bis dahin allgemein anerkannten Thesen an und vertraten, gestützt auf neuere empirische Untersuchungen, nunmehr exportorientierte Entwicklungsstrategien, welche neben einer Stärkung der Exportindustrien insbesondere die Liberalisierung der heimischen Märkte beinhaltete.⁶⁵

Nebenbei sei bemerkt, dass auch *Raúl Prebisch* früh den Nutzen einer Förderung der Exportindustrie erkannte. Auch *Hans W. Singer* betonte, dass

60 *Lachmann*, S. 262.

61 Vgl. *Elsenhans*, in: Schorlemer, Praxishandbuch UNO, S. 429; *Bender/Gabisch*, in: Bender, Vahlens Kompendium, Bd. 1, S. 450.

62 *Trebilcock/Howse*, S. 471; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 95; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 304.

63 Vertiefend *Trebilcock/Howse*, S. 486 ff.; *Elsenhans*, in: Schorlemer, Praxishandbuch UNO, S. 429; *Lachmann*, S. 173 f.; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 10 f. und 28 ff.

64 *Bender/Gabisch*, in: Bender, Vahlens Kompendium, Bd. 1, S. 450; *Lachmann*, S. 262; *Bhala/Kennedy*, S. 405; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 86; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 9; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 4; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 304.

65 Vgl. zum Ganzen *Trebilcock/Howse*, S. 486 ff. *Fukasaku*, UNU/WIDER Working Paper No. 197/2000, S. 8 spricht sogar davon, das ISI-Modell sei „nunmehr diskreditiert“.

sich aus der *Prebisch-Singer-Hypothese* zwar das Erfordernis einer Industrialisierung der Entwicklungsländer ergebe, dies jedoch nicht ausschließlich durch das ISI-Modell verwirklicht werden müsse, sondern ebenso mit einer exportorientierten Produktion kompatibel sei.⁶⁶ Es war indes der in den 1950er und 1960er Jahren herrschenden politischen „Großwetterlage“ geschuldet, dass insbesondere der Teil der *Prebisch-Singer-Hypothese*, der vermeintlich auf Konfrontation ausgerichtet war (Protektionismus im Rahmen des ISI-Modells) und zudem den Industrieländern die Schuld an der wirtschaftlichen Ungleichheit in der Welt gab, von den politischen Eliten der Entwicklungsländer aufgegriffen und in die wirtschaftspolitische Praxis übernommen wurde. Eine exportorientierte Strategie setzte demgegenüber voraus, dass Entwicklungsländer mit den Industrieländern verhandeln und Kompromisse schließen mussten. In einer politischen Atmosphäre, in der die eine Seite der anderen die Schuld an allen Problemen gab, waren derartige Verhandlungen nicht möglich. Dies änderte sich erst in den 1980er Jahren.

Zu diesem Zeitpunkt hoffte man, durch die Förderung exportorientierter Unternehmen und die Öffnung heimischer Märkte u.a. ausländische Direktinvestitionen anlocken zu können. Dadurch, so die Theorie, verringere sich der technologische Rückstand der Entwicklungsländer im Vergleich zu den Industrieländern, was wie eine Initialzündung für wirtschaftliches Wachstum wirken sollte (sog. Multiplikatoreffekt).⁶⁷ Dies setzte natürlich offene Märkte weltweit voraus, um Güter exportieren zu können. Auf nationalstaatlicher Ebene war somit in den Entwicklungsländern ein „*structural adjustment*“, d.h. eine „weltmarktorientierte Strukturanpassung“, vonnöten.⁶⁸ Auf Grund der von den Entwicklungsländern behaupteten „strukturellen Begünstigung“ der Industrieländer wurde indes bei den Verhandlungen über den Marktzugang die Forderung nach einer Sonderbehandlung der Entwicklungsländer, konkret also nach einer tarifären Begünstigung durch die Industrieländer, weiter aufrecht erhalten.

e) Merkantilismus und „strategische Handelspolitik“

*Robert E. Hudec*⁶⁹ leitet die Forderung der Entwicklungsländer nach einer Sonderbehandlung aus der Theorie des Merkantilismus ab, welche seiner Meinung nach dem GATT '47 zu Grunde lag.⁷⁰ Nach dieser Theorie sollte

66 Vgl. *Eßlinger*, EuZ 2000, 178, 179.

67 *Weiß/Herrmann*, Rn. 982; *Borchert*, S. 498.

68 *Tetzlaff*, in: Thiel, *Entwicklungstheorie*, S. 358.

69 CBLR 1992, 67, 69.

70 Nach *Hudec* sei dies damit zu begründen, dass der Merkantilismus zur Zeit, da das GATT '47 verhandelt wurde, den Vorstellungen insbesondere der Vertreter der Indu-

eine möglichst positive Außenhandelsbilanz erreicht werden, um die Geldmenge im Inland zu vergrößern. Während also die Ausfuhr (insbesondere von Fertigwaren) gefördert wurde, musste die Einfuhr (ebenfalls gerade von Fertigwaren⁷¹) entsprechend gehemmt werden.⁷² Die auf der Grundlage des GATT '47 verhandelte Liberalisierung des Handels durch Öffnung der heimischen Märkte bedeutete nach dieser Theorie einen Nachteil für die heimische Wirtschaft. Damit wurden jedoch die Vorteile „bezahlt“, die man durch die Öffnung fremder Märkte erhielt. Wenn es nun auf diesem „Weltbasar“ gerecht zugehen sollte, so bedurfte es daher Regeln, wonach ärmere Teilnehmer im Ergebnis weniger „bezahlt“ als reichere; es mussten also mit anderen Worten Regeln her, wonach Entwicklungsländer zu weniger Marktöffnung verpflichtet werden als Industrieländer.

Robert E. Hudec ist zuzustimmen, wenn er behauptet, dass die Idee des Merkantilismus Einfluss auf die Verhandlungen zum GATT '47 gehabt habe. Eine reine Freihandelslehre im Sinne *Ricardos* wurde von den Staaten in der Praxis nie uneingeschränkt akzeptiert.⁷³ Vielmehr wurden Importe stets im Sinne des Merkantilismus als mehr oder weniger nachteilig angesehen. Die Staaten (allen voran die industrialisierten Länder) entwickelten daher das Konzept einer „strategischen Handelspolitik“⁷⁴. Danach wird von den Teilnehmern zumindest prinzipiell das Ziel verfolgt (und von allen anderen Teilnehmern erwartet), einen reinen und globalen Freihandel zu etablieren. Korrigiert wird dieses Ziel jedoch – je nach nationaler Interessenlage – durch staatliche Eingriffe, d.h. vornehmlich durch Zölle oder mengenmäßige Einfuhrbeschränkungen im Rahmen der nationalen Außenwirtschaftspolitik und -gesetzgebung.⁷⁵ Eine strategische Handelspolitik wird also mit dem

strieländer entsprach. Es sei also eine politische Notwendigkeit gewesen, diese Theorie auch dem GATT '47 zu Grunde zu legen, vgl. CBLR 1992, 67, 69 (Fn. 5).

71 Vgl. *Trebilcock/Howse*, S. 2.

72 *Weiß/Herrmann*, Rn. 19; *Trebilcock/Howse*, S. 2; *Borchert*, S. 342; *Ipsen*, 10. Kapitel, Rn. 1; *Lachmann*, S. 65 ff.

73 *Lowenfeld*, S. 7 und 3 f. Vgl. auch *Dieckheuer*, S. 148, der diese Politik als „neomerkantilistisch“ bezeichnet.

74 *Hilf/Oeter*, § 2, Rn. 30; *Tietje*, in: *Prieß/Berrisch*, Teil A.II., Rn. 10; *Weiß/Herrmann*, Rn. 29. Vgl. auch die volkswirtschaftliche Darstellung bei *Maennig/Wilfling*, S. 205 ff.; *Bender*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 531 ff.; *Dieckheuer*, S. 184 ff.

75 *Weiß/Herrmann*, Rn. 27. *Low*, *JWT* 37 (2003) 4, 801, 803 spricht von einer „combination of reciprocity and mercantilism that defined the manner in which governments did business under GATT“. *Dolzer*, in: *Graf Vitzthum, Völkerrecht*, 6. Abschnitt, Rn. 27 betrachtet den Grundsatz der Reziprozität, ein weiterer wichtiger Grundsatz der freihändlerischen Ordnung der WTO, im Rahmen einer multilateralen Ordnung als

Ziel verfolgt, in einem bestimmten Industriezweig (heutzutage meist im Bereich der Hochtechnologie) mit Hilfe protektionistischer Maßnahmen Marktanteile auf die heimische Industrie umzuleiten. Diese Umleitung soll dann den Effekt einer Wohlstandsmehrung herbeiführen.⁷⁶

In der GATT/WTO-Rechtsordnung kommt die (neo-)merkantilistische Konzeption dadurch zum Ausdruck, dass (Import-) Zölle nicht etwa gänzlich abgeschafft werden sollen, sondern dass es primär um weltweiten *Zollabbau* geht, insbesondere mit Hilfe der MFN-Klausel in Art. I:1 GATT. Auch enthält sie zahlreiche Ermächtigungsgrundlagen für staatliche Eingriffe in den freien Welthandel⁷⁷ und erkennt dadurch im Ergebnis das Konzept der „*strategischen Handelspolitik*“ als legitim an. Dies bringen darüber hinaus die *S&D*-Vorschriften zum Ausdruck. Das u.a. in Art. XXXVI:8 GATT '47 niedergelegte Prinzip der Nicht-Reziprozität zu Gunsten der Entwicklungsländer bestätigt den merkantilistischen Ansatz, dass Entwicklungsländer auf dem „Weltbasar“ der Handelsliberalisierung eben „weniger“ zahlen, bzw. anbieten müssen.⁷⁸

2. Grundsätzliche Kritik an *S&D*

Alle soeben dargestellten Theorien stellen die grundsätzliche Zweckmäßigkeit einer Sonderbehandlung von Entwicklungsländern nicht in Frage; uneins war man sich lediglich über die Ausrichtung der nationalen Wirtschaftsförderung. Welche Theorie gerade als vorherrschend bezeichnet wurde, hing zu einem großen Teil mit der (welt-) politischen Lage zusammen. Bis zum Ende des Kalten Krieges und dem Zusammenbruch der Sowjetunion waren die Regierungen vieler Entwicklungsländer von kommunistischer, bzw. sozialistischer Ideologie geprägt, was sich wirtschaftspolitisch in einer umfassenden Regulierung nach innen und Protektionismus nach außen wieder spiegelte.⁷⁹ Während der Eiserner Vorhang zu fallen begann, öffneten sich mehr und mehr Entwicklungsländer dem Weltmarkt und bauten marktwirtschaftliche Strukturen auf.

Dieser ideologische Umschwung betraf indes nie die grundsätzliche Einstellung gegenüber einer rechtlichen Sonderbehandlung der Entwicklungslän-

„Fremdkörper“, da nach der Freihandelstheorie eine Liberalisierung des eigenen Marktes auch Vorteile für die eigene Volkswirtschaft bringe. Dementsprechend werde dieser Grundsatz in der Praxis ohnehin nicht stringent angewendet, sondern vielmehr als „politische Vorgabe“ verstanden.

76 *Bender*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 531 f.

77 *Jackson*, *The World Trading System*, S. 139 f.; *Hilf/Oeter*, § 2, Rn. 30.

78 *Low*, *JWT* 37 (2003) 4, 801, 805.

79 Vgl. *Wolff*, S. 31.

der. Innerhalb des *S&D*-Regimes wurden vielmehr die Akzente neu gesetzt. An dieser Stelle soll nun kurz auf solche Stimmen in der (wirtschafts-/politik-) wissenschaftlichen Literatur eingegangen werden, welche den Nutzen eines wie auch immer gearteten *S&D*-Regimes im Rahmen der Welthandelsordnung generell anzweifeln. Unterschieden werden kann zwischen solchen Kritikern, die ihre Ablehnung auf eine schlicht empirische *ex-post*-Betrachtung stützen, und solchen, welche ein *S&D*-Regime aus verschiedenen Gründen *ex-ante* als ein falsches Signal betrachten, das trotz seines ehrenwerten Zweckes kontraproduktive Maßnahmen anstoße.

a) Ausbleibender wirtschaftlicher Erfolg

Bei einem Vergleich der wirtschaftlichen Entwicklung von Entwicklungsländern, welche schon in den 1970er Jahren damit begonnen haben, die heimischen Märkte für den Welthandel zu öffnen (z.B. Singapur, Südkorea oder Taiwan) und solchen, welche konsequent ihre Wirtschaftspolitik am ISI-Modell orientierten (vor allem südamerikanische Länder, aber auch Indien und die Philippinen), ergibt sich eine „relative Überlegenheit“⁸⁰ des erstgenannten Modells. Dies allein würde noch nicht *per se* gegen *S&D* sprechen, da auch eine exportorientierte Entwicklungsstrategie durch eine Sonderbehandlung gefördert werden kann. Jedoch machen einige Ökonomen gerade das Nichtinanspruchnehmen von Sonderbehandlungsvorschriften durch besagte Länder für deren Erfolge verantwortlich, woraus schließlich auf die Überflüssigkeit dieser Vorschriften geschlossen wird.⁸¹

Ähnlich urteilen Kritiker, die dem *S&D*-Regime wegen des mangelnden Erfolges nach so vielen Jahren schlicht die Legitimation absprechen.⁸²

b) Kontraproduktive Signalwirkung

Im Rahmen einer *ex-ante*-Betrachtung identifizieren einige Autoren verschiedene kontraproduktive Signalwirkungen, die von *S&D*-Vorschriften ausgingen. So wird argumentiert, dass wirtschaftspolitische Maßnahmen wie die Einführung von Importzöllen zum Schutz der heimischen Wirtschaft zunächst einmal Kosten entstehen lassen. Damit diese Kosten den anvisierten wirtschaftlichen Nutzen dieser Maßnahmen nicht zunichte machten, bedürfe es einer sehr genauen ökonomischen Analyse der Situation von Fall zu Fall, insbesondere auch im Hinblick auf die Bestimmung des richtigen

80 *Bender/Gabisch*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 448. Siehe auch *Trebilcock/Howse*, S. 487; *Hilf/Oeter*, §2, Rn. 27.

81 Vgl. *Kessie*, *WComp.* 22 (1999) 2, 83, 92.

82 *Low*, *JWT* 37 (2003) 4, 801, 803.

Zeitpunktes für eine Beendigung entsprechender Maßnahmen.⁸³ Die generelle Erlaubnis solcher Maßnahmen durch *S&D* unterlaufe aber diese notwendige Einzelfallprüfung.

Auch passten die durch *S&D* erlaubten Maßnahmen nicht zu jeder sich entwickelnden Volkswirtschaft. Die Erlaubnistatbestände verführten jedoch dazu, für die Volkswirtschaft u.U. schädliche Entwicklungsstrategien zu verfolgen.⁸⁴

An anderer Stelle wird dieser Ansatzpunkt noch verschärft. Das *S&D*-Regime sei mittlerweile derart unübersichtlich und überfrachtet mit Ausnahmevorschriften, die zu immer mehr Diskriminierung führten, dass dieses ganze System in sich zusammenzubrechen drohe.⁸⁵ Auch sei auf Grund dessen der juristische Aufwand, die Regeln zu verarbeiten und in den Ländern umzusetzen, so kostspielig geworden, dass vermeintliche wirtschaftliche Wachstumseffekte nivelliert würden. Folglich diene auf Grund der juristischen Klarheit und Effizienz eine konsequente Anwendung der Nicht-Diskriminierungsvorschriften (wie z.B. Art. I:1) im GATT den Bedürfnissen der Entwicklungsländer mehr als eine Sonderbehandlung.

Hinzu komme, dass eine zeitlich grundsätzlich unbeschränkte Sonderbehandlung die Gefahr in sich berge, dass sich die begünstigten Länder bzw. deren begünstigte Unternehmen in ihrer vermeintlich privilegierten Lage einrichteten, und so wirtschaftlicher Fortschritt mit dem Ziel der Wettbewerbsfähigkeit verhindert werde.⁸⁶

Schließlich wird vertreten, dass *S&D* auch einen negativen Effekt auf das Verhandlungsverhalten der Industrieländer ausüben könnte. Beispielsweise könnten APS-Geberländer die Gewährung von Zollpräferenzen als Ersatz für eine fortschreitende Liberalisierung ihrer Märkte in den für die Entwicklungsländer so wichtigen Sektoren der Textil- und Landwirtschaft ansehen.⁸⁷ *S&D* lenke demnach nur vom Wesentlichen ab, wenn anstatt über den Abbau von Handelshemmnissen über die richtige Formulierung von Ausnahmevorschriften gefeilscht würde.

II. Genese der einschlägigen Vorschriften

Nachdem nun die auf politische und ökonomische Erkenntnisse gestützten Argumente für und gegen *S&D* in der internationalen Wirtschaftsordnung

83 *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 380.

84 *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 10.

85 *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 808 f.

86 *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1299.

87 *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 10.

dargestellt wurden, soll es im Folgenden um die Entstehungsgeschichte der einschlägigen WTO-Normen gehen. Dabei zeigt sich, dass die Verhandlungen und die Formulierung der Normtexte überwiegend außerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung stattgefunden haben. Die Hauptverantwortung für die Weiterentwicklung des Wirtschaftsvölkerrechts auf dem Gebiet der Entwicklungsförderung trugen die Generalversammlung sowie deren Unterorgan UNCTAD. Dies erklärt sich nicht zuletzt aus der Tatsache, dass Generalversammlung wie UNCTAD maßgeblich durch die „G 77“⁸⁸, den Zusammenschluss von derzeit 130 Entwicklungsländern, beeinflusst wurden und diese über die Stimmenmehrheit in den besagten UN-Gremien verfügte.

1. Von den ersten Entwürfen bis zum Abschluss des GATT '47

Für die Architekten der Nachkriegszeit, angeführt von US-Präsident Roosevelt und Großbritanniens Premierminister Churchill, galt der größte Teil des 19. Jahrhunderts mit mehr oder weniger freiem Welthandel⁸⁹ als eine relativ friedliche Zeit. Die letzten Jahre des 19. und die erste Hälfte des 20. Jahrhunderts zeichneten sich im Gegensatz dazu durch hohe Zollsätze, diskriminierende nationale Wirtschaftssysteme, Importbeschränkungen sowie Uni- und Bilateralismus und nicht zuletzt durch zwei zerstörerische Weltkriege aus.⁹⁰ Die beiden Politiker erkannten darin einen Zusammenhang und strebten daher nach einer (Wieder-) Herstellung des freien Welthandels.⁹¹ Dies

88 Die „Gruppe der 77“ wurde von 77 Entwicklungsländern am 15. Juni 1964 während der ersten UNCTAD gegründet. Vgl. www.g77.org (letzter Besuch: 29.08.2008).

89 Vgl. *Borchert*, S. 342. Die Ära des Zollabbaus begann in England im Jahre 1846 mit der Abschaffung des *Corn Law*, wodurch auf die Hungersnot in Irland reagiert wurde. England reduzierte danach (unilateral) mehr als hundert Zolltarife. Ferner verhandelte es mehrere Freihandelsabkommen mit verschiedenen Ländern. Frankreich schloss sich diesem Trend 1862 an, indem ein Handelsvertrag mit dem deutschen Zollverein unterzeichnet wurde. Dieses Abkommen enthielt bereits das MFN-Prinzip, eines der Eckpfeiler des späteren GATT '47. Vgl. dazu auch *Trebilcock/Howse*, S. 20 ff.; *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 2; *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 189.

90 *Lowenfeld*, S. 21 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 8 und S. 21 f.; *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 2; *Borchert*, S. 342; *Ipsen*, 10. Kapitel, Rn. 3; *Stemberg*, S. 137; *Oppermann*, FS Karl Carstens, Band I, 449, 454; *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 189. Hier spielte das Deutsche Reich, vertreten durch *Bismarck*, in Europa eine Vorreiterrolle: 1879 führte dieser, beeinflusst durch Ökonomen wie den bereits erwähnten *Friedrich List* und nach dem Vorbild der USA, Schutzzölle wieder ein. Diesem Beispiel folgten wenig später Frankreich und bis auf England viele andere europäische Staaten. Die USA verfolgten im Übrigen seit jeher eine Hochzollpolitik. Seinerzeit berühmte amerikanische Ökonomen wie *Alexander Hamilton* lieferten dieser Politik die theoretische Rechtfertigung.

91 Vgl. auch *Krenzler*, in: Prieß/Berrisch, Teil A.I., Rn. 2; *Weiß/Herrmann*, Rn. 31; *Schütz*, S. 43 ff.; *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 3; *Ipsen*, 10. Kapitel, Rn. 4;

sollte nach dem Vorbild der UNO durch eine möglichst universelle Organisation gewährleistet werden, die sowohl Forum für multilaterale Verhandlungen, als auch Hüterin des internationalen Rechts ist.⁹² Nachdem im Bereich der Finanzpolitik auf der Konferenz von Bretton Woods (New Hampshire, USA) der Internationale Währungsfond (IWF) und die Weltbank (IBRD⁹³) gegründet wurden, sollte eine Internationale Handelsorganisation (International Trade Organisation – ITO) als drittes Standbein einer neuen Weltwirtschaftsordnung geschaffen werden.⁹⁴

Die ersten Vorschläge der USA und Großbritanniens zur Schaffung der ITO aus dem Jahr 1945⁹⁵ enthielten bereits das MFN-Prinzip und das Verbot quantitativer Beschränkungen. Ferner sollten Ausnahmeregelungen zu diesen Prinzipien in Fällen von Zahlungsbilanzschwierigkeiten festgelegt werden. Die beiden Weltmächte strebten auf der Grundlage eines reinen Freihandelskonzeptes an, den Prozess eines multilateralen Zollabbaus in Gang zu setzen.⁹⁶ Auf Grund dessen mag sich erklären, warum zu diesem Zeitpunkt noch ein ausdrücklicher Bezug auf entwicklungspolitische Belange fehlte⁹⁷, denn die Regeln zur Herstellung eines offenen und freien Welthandels sollten vielmehr unterschiedslos auf alle Teilnehmer angewendet werden.⁹⁸ Denn, so die Vorstellung insbesondere der USA und Großbritanniens, nach der Identifizierung und Ausschöpfung des komparativen Vorteils

Trebilcock/Howse, S. 22 f.; *Bhala/Kennedy*, S. 407; *van den Bossche*, S. 308; *Stemberg*, S. 137; *Hudec*, S. 4; *Hausmann*, S. 95; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 301.

92 *Lowenfeld*, S. 22.

93 Die offizielle Bezeichnung lautet *International Bank for Reconstruction and Development*.

94 *Ruge*, S. 16 f.; *Krenzler*, in: *Prieß/Berrisch*, Teil A.I., Rn. 7.

95 Siehe „*Proposal for Expansion of World Trade and Employment for consideration by an International Conference on Trade and Employment, purporting to represent a consensus resulting from the United States – United Kingdom discussions over the preceding two years*“, US Dept. Of State Press Release of 6 Dec. 1945, 13 Dept. State Bull. 912 – 29 (1945); US Dept. Of State, *Commercial Policy Series 79*, Publ. 2411 (1945).

96 *Ruge*, S. 17.

97 *Lowenfeld*, S. 23; *Senti*, WTO, Rn. 574; *Benedek*, S. 29; *McGovern*, S. 9.11-1; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 2; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 25; *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 344.

98 *Bhala/Kennedy*, S. 407; *Dolzer*, in: *Graf Vitzthum*, Völkerrecht, 6. Abschnitt, Rn. 13; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1530; *McGovern*, S. 9.11-1; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1286; *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 802; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 2; *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 344; *Harrison*, ICLR 2003, 159; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718.

komme eine Liberalisierung des Welthandels im Ergebnis allen teilnehmenden Ländern gleichermaßen zu Gute.⁹⁹

Auf der Grundlage der soeben erwähnten Vorschläge zur Gründung der ITO beantragten die Vereinigten Staaten bei der UNO, eine „Internationale Konferenz für Handel und Beschäftigung“ durchzuführen, mit dem Ziel, die ITO zu gründen und Regeln für eine multilaterale Weltwirtschaftsordnung zu verhandeln. Der Wirtschafts- und Sozialrat der UN (ECOSOC) beschloss, diese Konferenz noch im Jahre 1946 durchzuführen. Auf der in London tagenden Vorbereitungskonferenz wurde jedoch zunächst die Grundsatzentscheidung gefällt, vor Beginn der eigentlichen Konferenz in Havanna ein vorläufiges multilaterales Zoll- und Handelsabkommen in Kraft zu setzen.¹⁰⁰ Der Text dieses Abkommens wurde ab Februar 1947 verhandelt und bis zum Herbst desselben Jahres fertig gestellt. Daran schlossen sich die eigentlichen (produktbezogenen und bilateralen) Zollverhandlungen an. Da nach dem zweiten Weltkrieg viele Staaten auf den „harten“ Dollar und den US-Markt angewiesen und somit eher bereit waren, Zugeständnisse hinsichtlich einer eigenen Marktöffnung zu machen¹⁰¹, wurden diese an sich beschwerlichen Verhandlungen bis zum 30. Oktober erfolgreich¹⁰² zu Ende geführt. Insgesamt 23 Länder unterzeichneten am 30. Oktober 1947 das „Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen“ (*Generell Agreement on Tariffs and Trade*), welches am 1. Januar 1948 in Kraft trat. Die Gruppe der Signatarstaaten setzte sich aus elf Industrieländern, elf Entwicklungsländern und einem Staatshandelsland zusammen.¹⁰³

99 *Senti*, WTO, Rn. 574; *Hilf/Oeter*, § 2, Rn. 3 f.; *Tietje*, in: Prieß/Berrisch, Teil A.II. Rn. 9 f.; *Borchert*, S. 343 und 492; *Maennig/Wilfling*, S. 144; *Dieckheuer*, S. 148 ff.; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 85; *Mazzacano*, ECJILTP 5 (2004) 2, 147, 149.

100 Zu den Gründen für dieses Vorgehen vgl. *Senti*, WTO, Rn. 52; *Krenzler*, in: Prieß/Berrisch, Teil A.I., Rn. 8. Die USA luden zu diesen speziellen Verhandlungen insgesamt 23 Staaten ein: Großbritannien, Sowjetunion, Frankreich, China, Kanada, Australien, Neuseeland, Südafrika, Indien, die Niederlande, Belgien, Luxemburg, Tschechoslowakei, Brasilien, Kuba, Burma, Ceylon, Chile, Libanon, Norwegen, Pakistan, Rhodesien und Syrien. Bis auf die Sowjetunion nahmen alle Staaten die Einladung an.

101 *Hudec*, S. 4.

102 Es wurden insgesamt 123 Verhandlungsergebnisse über 45.000–50.000 Produktpositionen erreicht, was fast die Hälfte des damaligen Welthandels entsprach, vgl. *Senti*, WTO, Rn. 62; *Lowenfeld*, S. 24.

103 *Senti*, WTO, Rn. 76 und 571; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1286; *Krenzler*, in: Prieß/Berrisch, Teil A.I., Rn. 9: Die CSSR unterzeichnete als einziges Staatshandelsland und Verbündeter der UDSSR das GATT '47.

Nur am Rande soll noch erwähnt werden, dass am 24. März 1948 auch die *Havanna-Charta* schließlich von 53 Staaten unterzeichnet wurde. Nachdem jedoch die USA aus vor allem innenpolitischen Gründen eine Ratifizierung der *Charta* immer wieder verschoben hatten, zögerten auch die übrigen Vertragsstaaten. Dadurch trat die *Havanna-Charta* letztlich nie in Kraft.¹⁰⁴ Mit der Gründung der Welthandelsorganisation WTO im Jahre 1995 ist diese *Charta* endgültig zu Völkerrechtsgeschichte geworden.

2. Der Einfluss des Nord-Süd-Konfliktes

Nachdem in den ersten Entwürfen der führenden Industrieländer sowohl für das GATT, als auch für das ITO-Abkommen die besonderen Interessen der Entwicklungsländer nicht die gewünschte Berücksichtigung fanden, traten erstmals auf der Londoner Konferenz im Jahre 1946 die grundsätzlichen und völlig gegensätzlichen Handelsinteressen der Industrie- und Entwicklungsländer zu Tage: Während es den Industrieländern verstärkt durch Abbau von Zöllen und sonstigen Handelsbeschränkungen um die Öffnung der Weltmärkte für industriell hergestellte Produkte, nicht aber für Textilien und landwirtschaftliche Produkte ging, legten es die Entwicklungsländer auf den freien Zugang zu den weltweiten Agrarmärkten und auf den Schutz ihrer „jungen Industrien“ an.¹⁰⁵

In London waren die Entwicklungsländer noch nicht in der Lage, ihre Vorstellungen durchzusetzen.¹⁰⁶ Erst auf der zweiten, bzw. dritten Vorbereitungskonferenz in Lake Success, New York, bzw. in Genf konnten sie einen gewissen Erfolg verzeichnen. Man verständigte sich darauf, Art. 13 aus dem Entwicklungskapitel III der *Havanna-Charter*¹⁰⁷ als Art. XVIII in das GATT '47 aufzunehmen.¹⁰⁸ Diese Vorschrift gestattete es den Vertragsparteien unter bestimmten Voraussetzungen, Zölle zum Schutz der „jungen Industrien“ (Abschnitte A und C) und Einfuhrbeschränkungen zum Schutz der Zahlungsbilanz (Abschnitt B) zu verhängen.¹⁰⁹

104 Lowenfeld, S. 25 f.; Benedek, S. 30; Note, HLR 108 (1995), 1715, 1717 f.

105 Jackson, Law of GATT, S. 628 ff.; Hilf/Oeter, § 31, Rn. 12; Senti, WTO, Rn. 575; Note, HLR 108 (1995), 1715, 1723.

106 Vgl. Jackson/Davey/Sykes, S. 1168.

107 Der Text der *Havanna-Charta* ist abgedruckt bei Hummer/Weiss, S. 8 ff.

108 Vgl. WTO, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 512. Vgl. ferner die ausführliche Darstellung der Verhandlungen auf diesen Vorbereitungskonferenzen bei Jackson, Law of GATT, S. 629.

109 Näher Trebilcock/Howse, S. 473 f.; Senti, WTO, Rn. 608 ff.; Nottage, JIEL 6 (2003) 1, 23, 25; Michalopoulos, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 4; Whalley, EJ

Rein sprachlich ist es jedoch nicht möglich, Art. XVIII GATT '47 in seiner ursprünglichen Fassung unter den Begriff *S&D* zu subsumieren, da *S&D* nach der oben dargestellten Definition ausschließlich Rechte oder Privilegien von Entwicklungsländern enthalten dürfen. Die in Art. XVIII GATT '47 geregelten Ausnahmetatbestände galten aber grundsätzlich für alle Vertragsparteien unterschiedslos.¹¹⁰

Dies änderte sich schließlich in den Jahren 1954/55. Das GATT wurde in Teilen überarbeitet. Entwicklungsländer wurden dabei zum ersten Mal als „Gruppe“ mit besonderen Bedürfnissen innerhalb der Rechtsordnung des GATT identifiziert.¹¹¹ Darauf aufbauend modifizierte man u.a. Art. XVIII dahin gehend, dass es sich nun um eine spezielle Vorschrift handelte, die den besonderen Bedürfnisse der Entwicklungsländer Rechnung tragen sollte.¹¹² Materiell ergaben sich keine Veränderungen, nur der Adressatenkreis wurde verkleinert, bzw. auf Entwicklungsländer fokussiert. Dies geschah durch die Formulierung¹¹³

„[...] the economies of which can only support low standards of living and are in the early stages of development. [...]“.

100 (1990), 1318, 1320; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 87 f.; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724.

110 *Pangestu*, The World Economy 23 (2000) 9, 1285, 1286; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 2. Natürlich litten typischerweise die Entwicklungsländer unter Zahlungsbilanzschwierigkeiten. Auch gehörte es zur Eigenart der Entwicklungsländer, dass sich die industrielle Infrastruktur im Aufbau befand (sog. „jungen Industrien“). Art. XVIII GATT '47 war damit faktisch eine *S&D*-Vorschrift. Doch sollte diese Vorschrift auch solche Länder begünstigen, die ihre wirtschaftliche Infrastruktur nach Zerstörung durch den Zweiten Weltkrieg wiederaufbauen mussten. Die *ratio legis* ging zu diesem Zeitpunkt also noch über *S&D* hinaus.

111 *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 302 f.; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 25. Vgl. auch *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 2 ff. sowie *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 496. Der Begriff „Entwicklungsland“ kam etwa gegen Ende der 1940er Jahre auf. Zuvor wurde vornehmlich von „armen“ oder „rückständigen“ Ländern gesprochen, vgl. dazu *A.A. Fatouros*, in: EPIL(I), *Developing States*, S. 1017 ff.

112 *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1530 f.; *McGovern*, S. 9.21-1; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 4. Vgl. auch *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 497.

113 Art. XVIII:1 bzw. 4a GATT. Vgl. auch *Jackson/Davey/Sykes*, S. 1170, die aus einer *Panel*-Entscheidung aus dem Jahre 1958 zitieren (BISD, 6. Ergänzung 1958, S. 14), wonach sich Ceylon (das heutige Sri Lanka) zulässigerweise auf Art. XVIII GATT berufen durfte, da es die in Abs. 1 bzw. 4a genannten Voraussetzungen erfüllte.

Im Rahmen dieser Überarbeitung wurde ferner Art. XXVIII*bis*:3, lit. b aufgenommen.¹¹⁴ Danach bestätigen die Vertragsparteien

„the needs of less-developed countries for a more flexible use of tariff protection to assist their economic development and the special needs of these countries to maintain tariffs for revenue purposes“

und erkennen an, dass sich Zollverhandlungen stets an diesen Parametern zu orientieren hätten. Indem diese Vorschrift ebenso wie Art. XVIII den besonderen Bedürfnissen von Entwicklungsländern Rechnung trägt und ausschließlich an Entwicklungsländer adressiert ist, stellen Art. XVIII sowie Art. XXVIII*bis*:3 nach der oben genannten Definition somit die ersten echten *S&D*-Vorschriften im GATT ('47) dar.

Bis zu diesem Zeitpunkt beschränkte sich der Erfolg der Entwicklungsländer im Wesentlichen darauf, dass die ursprünglich von den USA und Großbritannien verfolgte Idee, alle Vertragsparteien konsequent unterschiedslos zu behandeln, durch eine differenzierendere Wahrnehmung der Vertragsparteien sowie durch die Erkenntnis ersetzt worden war, dass auf unterschiedliche Entwicklungsbedürfnisse auf unterschiedliche Weise reagiert werden müsse.

Da die meisten Entwicklungsländer in den 1950er Jahren Anhänger der „*Prebisch-Singer-Thesen*“ waren und somit eine Politik der Importsubstitution verfolgten, zielten diese ersten *S&D*-Vorschriften primär darauf ab, das Errichten oder Beibehalten von Schutzzöllen zu legitimieren.¹¹⁵ Art. XVIII sorgte dabei für die materiell-rechtliche Absicherung, während Art. XXVIII*bis*:3 dieses Prinzip auf die *Zollverhandlungen*, also auf formelle Fragen, erweiterte.¹¹⁶

Im Jahre 1958 erhielt dieser Prozess weiter Unterstützung durch den sog. *Haberler-Bericht*. Das von den Vertragsparteien auf einer Ministerkonferenz 1957 eingesetzte Panel¹¹⁷ unter Vorsitz von *Professor Gottfried Haberler* (1901-1995) stellte fest, dass es die Entwicklungsländer im ersten Jahrzehnt des GATT nicht geschafft hatten, ihre Position im Welthandel entscheidend zu verbessern.¹¹⁸ Die Expansion des Welthandels beschränkte sich vielmehr

114 *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1320; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 25 f.

115 *Bender/Gabisch*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 449; *Trebilcock/Howse*, S. 474.

116 *Fukasaku*, UNU/WIDER Working Paper No. 197/2000, S. 3; *Oyejide*, in: *Hoekman/Mattoo/English*, S. 505.

117 Entscheidung vom 29.11.1957, BISD, 6. Ergänzung, S. 18.

118 Vgl. auch *Hudec*, CBLR 1992, 67, 70.

im Wesentlichen auf den „Norden“.¹¹⁹ Als Grund wurde (u.a.) die zu starke Abhängigkeit der Entwicklungsländer an Rohstoffexporten identifiziert. Die Erlöse aus diesen Exporten waren starken Schwankungen auf dem Weltmarkt ausgesetzt und sanken langfristig. Zudem bestanden in den meisten Industrieländern gerade für diese für die Entwicklungsländer so wichtigen Güter empfindliche Importbeschränkungen.¹²⁰ Gleichzeitig stiegen die Kosten für solche Importgüter, auf welche die Entwicklungsländer nicht verzichten konnten. Dies führte zu einer dauerhaften Verschlechterung der *terms of trade* und damit zu fehlender wirtschaftlicher Entwicklung.¹²¹

3. Die Gründung und der Einfluss der UNCTAD

Obwohl seit den 1950er Jahren das Konzept des *S&D* nach und nach in die Rechtsordnung des GATT Eingang gefunden hatte¹²², zeigte nicht zuletzt der eben erwähnte *Haberler-Bericht*, dass die gewünschten Effekte ausblieben. Es verbreitete sich zunehmend eine grundsätzliche Unzufriedenheit bei den Entwicklungsländer hinsichtlich ihrer Beteiligung an der Weltwirtschaft¹²³, und das obwohl sie seit den 1960er Jahren im GATT numerisch in der Mehrheit waren.¹²⁴ Das GATT wurde weder in seiner Eigenschaft als Diskussions- und Verhandlungsforum, noch in seiner Eigenschaft als Rechtsordnung als vorteilhaft angesehen, um Entwicklungsinteressen zu vertreten und Verbesserungen ihrer Situation zu erreichen. Vielmehr hielt sich konsequent der Vorwurf, dass das GATT als ein „Club der Reichen“ die bereits entwickelten Volkswirtschaften im Vergleich zu den Entwicklungsländern deutlich besser stellte.¹²⁵ Auf Grund dieses empfundenen „institutionellen Vakuums“¹²⁶

119 Ruge, S. 31. 1958 stellten die GATT-Vertragsstaaten „[...] in particular the failure of the trade of less developed countries to develop as rapidly as that of industrialised countries [...]“ fest (vgl. BISD, 6. Ergänzung 1958, S. 18, zitiert nach Jackson, *Law of GATT*, S. 642).

120 *Bhala/Kennedy*, S. 407; *Weiß/Herrmann*, Rn. 989; *Senti*, WTO, Rn. 81; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1531.

121 *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 10; *Weiß/Herrmann*, Rn. 977; *Senti*, WTO, Rn. 582.

122 *McGovern*, S. 9.11-1.

123 *Ruge*, S. 41 f.; *Bhala/Kennedy*, S. 401 f.; *Kessie*, *WComp* 22 (1999) 2, 83, 88.

124 *Trebilcock/Howse*, S. 471; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718.

125 *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1528; *Senti*, WTO, Rn. 77; *Jackson/Davey/Sykes*, S. 1167; *Jackson*, *Law of GATT*, S. 627 ff.; *ders.*, *The World Trading System*, 2nd ed., S. 319 f.; *Hoekman/Michalopoulos/Winters*, *World Bank Working Paper*, No. 3107, S. 2.

126 *Ruge*, S. 34 f.

wurde daher im Jahre 1964 die „*United Nations Conference for Trade and Development*“ (UNCTAD) gegründet.¹²⁷

Bereits 1964/65 hatte dieser politische Schritt erste Auswirkungen auf das GATT. Auf Druck¹²⁸ dieser UN-Institution wurde Teil IV in das GATT aufgenommen, welcher mit „Handel und Entwicklung“ überschrieben ist.¹²⁹ In drei neuen Artikeln (XXXVI – XXXVIII) wurde u.a. das Prinzip der Nicht-Reziprozität¹³⁰ im Rahmen der MTN (Art. XXXVI:8 GATT), die besondere Bedeutung von Ausfuhrerlösen für die wirtschaftliche Entwicklung (Art. XXXVI:2 GATT) sowie die grundsätzliche Beibehaltung der Erlaubnis für Schutzzölle nach dem Importsubstitutions-Modell (Art. XXXVI:1, lit. f GATT¹³¹) festgeschrieben. Dieser Teil IV des GATT '47 spiegelt demnach

127 GA-Res. 1995 (XIX) vom 30.12.1964. Vgl. auch *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 376; *Bhala/Kennedy*, S. 401 f.; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1528 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 471; *Wolfrum*, in: *Simma, UN-Charta*, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 44; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 8 ff.; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 303; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 6; *Hudec*, CBLR 1992, 67, 72; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 979; *Lester*, HILJ 36 (1995), 220, 221; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1719.

128 Alle Mitglieder der Vereinten Nationen wurden automatische Mitglieder von UNCTAD. Über die Mehrheit der Stimmen verfügten somit die Entwicklungsländer. Diese schlossen sich zur bis heute existierenden „Gruppe der 77“ (G 77) zusammen. Auf Grund dieser Konstellation war es denjenigen G 77-Ländern, die gleichzeitig GATT-Mitgliedstaaten waren, möglich, Druck auf die übrigen Vertragsparteien des GATT auszuüben. Mehr dazu bei *Ruge*, S. 86 ff.; *Jackson*, Law of GATT, S. 644 ff.; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 8 ff.; *Trebilcock/Howse*, S. 483 f.; *Kessie*, WComp 22(1999) 2, 83, 88; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 396; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1720.

129 *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 376; *Bhala/Kennedy*, S. 414; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 303; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1320; *Senti*, WTO, Rn. 83 ff.; *Harrison*, ITLR 2003, 159 f.; *Kessie*, WComp 22(1999) 2, 83, 89; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1720. Teil IV trat am 27. Juni 1966 in Kraft, BISD, 13. Ergänzung, S. 2.

130 Gemäß der Anmerkung im Annex I zum GATT '47 meint „Nicht-Reziprozität“ in Art. XXXVI:8 GATT, dass von den Entwicklungsländern im Rahmen der multilateralen Zollverhandlungen des GATT, bzw. der WTO keine Zugeständnisse erwartet werden, die mit ihren individuellen Entwicklungs-, Finanz- sowie Handelsbedürfnissen unvereinbar sind. Vgl. dazu *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1537; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 382 f.; *Westreicher*, S. 81 ff.; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 4; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 6; *ders.*, EJ 100 (1990), 1318, 1320; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 26; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 502 ff.

131 Diese Vorschrift beinhaltet keine ausdrückliche Erlaubnis, Schutzzölle zu errichten oder aufrecht zu erhalten. Sie sieht vielmehr ein Verfahren vor, wonach weniger entwickelte Staaten durch die GATT-Vertragsstaaten ermächtigt werden können, „to use

die wesentlichen Teile der *Prebisch-Singer-Thesen* wieder, indem einerseits durch eine Stärkung der Ausfuhrerlöse die strukturell bedingte Verschlechterung der *terms of trade* bekämpft und andererseits durch die besondere Erlaubnis der Aufrechterhaltung von Importbeschränkungen die Transformation hin zu einer industriegestützten Wirtschaft gefördert werden soll.¹³²

Indem Art. XXXVI, Nr. 1, lit. b davon spricht, dass

„[...] export earnings of the less-developed contracting parties can play a vital part in their economic development and that the extend of this contribution depends on the prices paid by the less-developed contracting parties for essential imports, the volume of their exports, and the prices received for these exports; [...]“

und Art. XXXVI, Nr. 2 fortsetzt mit

„[T]here is need for a rapid and sustained expansion of the export earnings of the less-developed contracting parties“,

wurde die erste normative Grundlage für die späteren Präferenzsysteme gelegt. Zudem wurden durch diese Vorschriften erstmals die Industrieländer ausdrücklich aufgefordert, sich *aktiv* im Rahmen der internationalen Handelsordnung an nachhaltiger Wohlfahrtssteigerung in Entwicklungsländern durch die Öffnung ihrer Märkte zu beteiligen.¹³³

Diese besondere UN-Konferenz verschaffte der Gruppe der Entwicklungsländer, welche sich zu dieser Zeit in Form der G 77 noch stärker als „Kollektiv“ gerierten als in den 1980er und 1990er Jahren, eine nicht zu unterschätzende Lobby auf der Bühne des Welthandels.¹³⁴ Die Industrieländer hatten schließlich ein ureigenes Interesse daran, dass die Entwicklungsländer weiterhin im Rahmen des GATT an der Öffnung des internationalen Handels mitwirkten. Dieses Interesse bestand nicht zuletzt deshalb, weil in den 60er Jahren die Zahl der Entwicklungsländer unter den GATT-Vertragsstaaten stark angestiegen war¹³⁵ und sich somit der unter die Regeln des GATT fallende Exportmarkt stark vergrößert hatte. In dieser Situation drohte die „G 77“ offen damit, die GATT-Rechtsordnung zu verlassen, sofern nicht

special measures to promote their trade and development“. Solche besonderen Maßnahmen können z.B. auch Schutzzölle sein.

132 Vgl. *Bhala/Kennedy*, S. 414; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 92.

133 *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 89.

134 *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 88; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1289.

135 Waren von den 23 Gründerstaaten nur zehn als Entwicklungsländer einzustufen, so belief sich die Zahl Anfang der 1970er Jahre bereits auf 52, bei 77 GATT-Vertragsstaaten insgesamt. Mittlerweile beläuft sich der Anteil der Entwicklungsländer auf circa dreiviertel.

einige ihrer Forderungen umgesetzt würden.¹³⁶ Es blieb den Industrieländern demnach faktisch nichts anderes übrig, als schrittweise die Forderungen der UNCTAD in die Rechtsordnung des GATT aufzunehmen, wollten sie die Universalität der Welthandelsordnung nicht gefährden.¹³⁷

Dabei muss jedoch betont werden, dass es sich beim Teil IV des GATT '47 überwiegend um rechtlich nicht bindende Vorschriften handelt.¹³⁸ Vielmehr werden von den Industrieländern nur „*positive efforts*“¹³⁹ (so z.B. in Art. XXXVI:3 GATT) erwartet.¹⁴⁰ Als durchsetzbare Rechte können lediglich Art. XXXVII:2 GATT (Einleiten eines Konsultationsverfahrens) und Art. XXXVI:8 GATT (Befreiung vom Prinzip der Reziprozität) genannt werden. Auf bindende Normen deuten jedenfalls vom Wortlaut schließlich noch die lit. b und c des Art. XXXVII:1 GATT hin. Darin heißt es:

„1. The developed contracting parties [...] (b) *refrain* from introducing, or increasing the incidence of, customs duties or non-tariff import barriers on products currently or potentially of particular export interest to less-developed contracting parties; and (c) *refrain* from imposing new fiscal measures [...], which would hamper, or which hamper, significantly the growth of consumption of primary products, in raw or processed form, wholly or mainly produced in the territories of less-developed contracting parties [...].“¹⁴¹

Im Gegensatz zu den von den Industrieländern ansonsten erwarteten „*positive efforts*“ wird hier in insoweit sehr klarer Sprache ein Unterlassungsgebot

136 *Hudec*, CBLR 1992, 67, 71 f.

137 *Hudec*, CBLR 1992, 67, 72; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 88; *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 805; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1720.

138 *Benedek*, S. 125; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 376; *Trebilcock/Howse*, S. 475; *Jackson/Davey/Sykes*, S. 1171 („[...] they are primarily ‘hortatory’ in wording [...]“); *Long*, S. 99; *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, Teil B.I., Rn. 312; *Senti*, WTO, Rn. 588; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 89; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1720. Vgl. auch *EC – Export Sugar*, para. 2.28, worin festgestellt wird, dass Art. XXXVI GATT keine „präzisen und spezifischen Verpflichtungen“ aufstellt, woraus für den Fall folgte, dass die EG demnach auch keine Verpflichtungen aus Art. XXXVI GATT verletzen konnte.

139 In der für die Bundesrepublik Deutschland geltenden Übersetzung (vgl. dBGBI. 1951 II S. 173) heißt es in Art. XXXVI:3 GATT: „Es ist notwendig, *tatkräftige Anstrengungen* zu unternehmen [...].“ (Hervorhebung durch den Verfasser).

140 *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 303 f.; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 5; *Hudec*, CBLR 1992, 67, 72; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 4.

141 Hervorhebungen durch den Verf.

postuliert.¹⁴² Allerdings wies ein *Panel*-Bericht aus dem Jahre 1989 dieser Norm einen zu den Verpflichtungen aus den Teilen I-III GATT nur subsidiären Charakter zu. Da in diesem Falle eine Maßnahme der EG bereits gegen Verpflichtungen aus dem Teil II GATT verstieß, sah das *Panel* davon ab, die Maßnahme noch an Art. XXXVII GATT zu messen.¹⁴³ Offen blieb indes die Frage, wie sich ein Verstoß gegen Art. XXXVII GATT auswirkt, wenn die Maßnahme ansonsten durch das GATT gedeckt ist.

Nachdem also 1965 Teil IV in das GATT aufgenommen worden war, arbeitete die UNCTAD in den folgenden Jahren darauf aufbauend das „*Allgemeine Präferenzsystem*“ (APS) aus, um das in Art. XXXVI:2 GATT formulierte Ziel zu fördern, die Ausfuhrerlöse der Entwicklungsländer „rasch und anhaltend“ zu steigern. Auf diesen Prozess wird im Zweiten Abschnitt (§ 2) näher eingegangen.

4. Der Beitrag der „Neuen Weltwirtschaftsordnung“

Die Weiterentwicklung des S&D-Konzeptes war in den 1970er Jahren geprägt von der durch die Entwicklungsländer im Rahmen der UNCTAD angestoßenen Diskussion um eine „Neue Weltwirtschaftsordnung“^{144, 145}.

Nach dem sog. „Ölschock“ von 1973¹⁴⁶ wurden auf Betreiben der „G 77“ zwei Resolutionen in der GA verabschiedet, wobei die erste eine *Erklärung*

142 Ähnlich der Report of the 1971 Working Party on “United States Temporary Import Surcharges”, L/3573, angenommen am 16.9.1971, BISD, 18. Ergänzung, S. 212, 221-222, para. 37-38 (nachzulesen in *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 2, S. 1063).

143 *EEC – Imports of Dessert Apples*, para. 12.31-12.32 (nachzulesen in *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 2, S. 1062).

144 Im Folgenden wird die übliche Abkürzung „NIEO“ des englischen Begriffes „New International Economic Order“ verwendet.

145 *Bhala/Kennedy*, S. 401 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 483 f. Unter „Weltwirtschaftsordnung“ wurde dabei die Gesamtheit der Institutionen und Normen verstanden, welche die kommerziellen und finanziellen Transaktionen im internationalen Wirtschaftsverkehr regelten, vgl. das *Gutachten des Wissenschaftlichen Beirates beim Bundesministerium für Wirtschaft*, in: ArchVöR 20 (1982), 82, 83. Vgl. auch die zusammenfassende Darstellung der einschlägigen Literatur zur NIEO bei *Hoskins*, *The New International Economic Order*.

146 Nach dem Arabisch-Israelischen Krieg von 1973 verhängten die ölproduzierenden arabischen Länder einen Boykott über die Industrieländer. Die überaus besorgten Reaktionen des Westens veranlassten einerseits die arabischen Staaten, sich zur bis heute einflussreichen „Organisation of Petrol Exporting Countries“ (OPEC) zusammen zu schließen. Andererseits sahen alle Entwicklungsländer darin eine Chance, in einem globalen Ansatz auch die Zustimmung der ob ihrer erkannten Rohstoffabhängigkeit „geschockten“ Industrieländer für eine Neuordnung der Weltwirtschaft zu er-

und die zweite ein *Aktionsprogramm* zur Errichtung einer *NIEO* enthielten.¹⁴⁷ Diese Resolutionen läuteten u.a. einen Prozess permanenter multilateraler Verhandlungen auf unterschiedlichsten Ebenen ein.¹⁴⁸ Die Diskussion wurde mit dem Ziel geführt, die Belange der wirtschaftlich schwächeren Staaten in der Weltwirtschaftsordnung mehr als bisher zu berücksichtigen.¹⁴⁹ Dogmatisch lag dem ganzen Prozess der Versuch zu Grunde, völkerrechtliche Eckpfeiler wie das „Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten“ (Art. 2, Abs. 1 UN-Charta) sowie das der „(Staaten-) Kooperation“ (Art. 1, Abs. 3 sowie Art. 55, 56 UN-Charta) inhaltlich dahin gehend zu modifizieren, dass sie den besonderen Bedürfnissen der Entwicklungsländer entsprächen und die Industrieländer bei dieser Aufgabe nicht nur moralisch in die Pflicht nähmen. Das (offizielle) Ziel war, eine Weltwirtschaftsordnung zu schaffen, in der das Recht als „Waffe des Schwachen“ die entwickelten Länder zu einer tatsächlichen Änderung ihrer Außenwirtschaftspolitik zwingen würde.¹⁵⁰

Einen großen Teil beanspruchte bei diesem Unterfangen die Neuregelung der internationalen Handelsbeziehungen.¹⁵¹ So sollte die *NIEO* etwa gemäß Nr. 4, lit. n der *Erklärung* vom Prinzip eines

„[...] preferential and non-reciprocal treatment for developing countries, wherever feasible, in all fields of international economic co-operation whenever possible“

halten. Vgl. auch *Cassese*, S. 507; *A.A. Fatouros*, in: EPIL (I), *Developing States*, S. 1020 f.; *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1720 f.

147 *Oppermann*, FS Karl Carstens, Bd. I, 449. Dabei handelt es sich um die GA-Res. 3201 (S-VI) („*Declaration on the Establishment of a New International Economic Order*“; im Folgenden: *Erklärung*) und 3202 („*Programme of Action on the Establishment of a New International Economic Order*“; im Folgende: *Aktionsprogramm*) (S-VI), beide vom 1. Mai 1974.

148 Besser bekannt unter dem Stichwort „Nord-Süd-Dialog“ gab es Sondergeneralversammlungen, spezielle UNCTAD-Konferenzen, eine dreijährige Nord-Süd-Konferenz in Paris von 1975 – 1977 oder eine Staatschefkonferenz in Cancun im Jahre 1981, um nur einige dieser Verhandlungen zu nennen. Vgl. auch *Oppermann*, FS Karl Carstens, Bd. I, 449.

149 *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 7; *Bhala/Kennedy*, S. 423; *Jessen*, in: *Gehring/Cordonier Segger*, S. 82.

150 *Oppermann*, FS Karl Carstens, Band I, 449, 452 f. Es ist indes anzunehmen, dass auch auf Seiten der Entwicklungsländer niemand wirklich davon ausgegangen ist, dass dies gelänge und sich die Industriestaaten dieser *NIEO* tatsächlich rechtlich unterwerfen würden. Als einzelne Schritte auf dem Weg zum heute festen Bestand von *S&D*-Vorschriften erlangten Beiträge wie die *NIEO*-Resolutionen dennoch praktische Bedeutung im Sinne einer intellektuellen Grundlage für die gerechte Behandlung von Entwicklungsländern. So auch *Cassese*, S. 526.

151 Vgl. *Conforti*, S. 234.

geleitet sein. Darauf aufbauend sollten Anstrengungen unternommen werden, um u.a. den Zugang der Entwicklungsländer zu den Weltmärkten¹⁵² sowie zu wissenschaftlichem und technologischem Wissen zu verbessern¹⁵³, Preisstabilität für die vorrangig von Entwicklungsländern verkauften Rohstoffe zu erreichen¹⁵⁴, die Diversifikation des Exportsektors zu fördern sowie das Wirtschaftswachstum zu beschleunigen¹⁵⁵. All dies sollte schließlich unter völligem Ausschluss von politischer oder militärischer Konditionalität und unter der Aufsicht der Völkergemeinschaft geschehen^{156 157}.

In der Völkerrechtsliteratur wird dieser Prozess auch unter die Stichwörter „Entwicklungsvölkerrecht“ oder „Recht auf Entwicklung“ gefasst.¹⁵⁸

(Weltwirtschafts-)Politisch und vor allem ideologisch stellte diese Epoche wohl den Höhepunkt der Konfrontation zwischen „den“ marktwirtschaftlich organisierten Industrieländern und „den“ sozialistisch geprägten Entwicklungsländern dar.¹⁵⁹ Dementsprechend wurden die im Folgenden dargestellten UN-Resolutionen von den Industrieländern als eine vom Kommunismus inspirierte Attacke auf das vom Westen vertretene Modell einer freien Marktwirtschaft beschimpft, während die Entwicklungsländer davon sprachen, die Politik des reichen und „ausbeuterischen“ Westens im Namen der Gerechtigkeit durch die *NIEO* ablösen zu wollen.¹⁶⁰

152 Section I, Nr. 3, lit. a (ii, v, vii, x) des *Aktionsprogramms*.

153 Nr. 4, lit. p der *Erklärung* und Section IV des *Aktionsprogramms*.

154 Nr. 4, lit. j der *Erklärung* und Section I des *Aktionsprogramms*.

155 Nr. 4, lit. t der *Erklärung*.

156 Nr. 4, lit. k der *Erklärung*.

157 Vgl. zum Ganzen *Wolfrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 29; *Conforti*, S. 234.

158 *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 79; *Weiß/Herrmann*, Rn. 986; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 7 ff.; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 6. Abschnitt, Rn. 29 ff.; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 389 f. Vgl. vertiefend dazu *Auprich*, S. 75 ff.; *Kaltenborn*, S. 19 ff.; *Qureshi*, IEL, S. 335 ff.; *Odendahl*, JA 1998, 163, 164 ff.; *Tomuschat*, GYIL 25 (1982), 85 ff.

159 Vgl. *Kaltenborn*, S. 47 ff.

160 Vgl. *Waelde*, in FS Seidl-Hohneveltern, S. 772 f.; *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 112. Beispielsweise das *Recht auf Enteignung ausländischen Eigentums* (z.B. Nr. 4, lit. e der *Erklärung* und Art. 2, Abs. 2, lit. c der *Charta* war Gegenstand heftiger Kritik von Seiten vieler Industrieländer.

a) Die Evolution des Prinzips der „Souveränen Gleichheit“ der Staaten gemäß Art. 2 Abs. 1 UN-Charta

Section VI des Aktionsprogramms kündigte eine *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*¹⁶¹ an, welche auf der 29. Sitzung der GA beschlossen werden sollte. Dies geschah im Rahmen der besagten Sitzung am 12. Dezember 1974. In den Art. 10, 18, 19, 20 sowie 26 dieser *Charta* wurde das Prinzip der souveränen Gleichheit gemäß Art. 2, Abs. 1 der UN-Charta¹⁶² und insbesondere deren wirtschaftsvölkerrechtlicher Ausfluss in Art. I:1 GATT '47 für die *NIEO* in einen neuen Zusammenhang gestellt. Die in rechtlicher Hinsicht insbesondere in Bezug auf Abstimmungen bereits bestehende (formelle) Gleichheit der Staaten innerhalb von internationalen Organisationen sollte in wirtschaftlicher Hinsicht ein Korrelat erhalten.¹⁶³ Wegen der strukturellen Ungleichheit zwischen Industrie- und Entwicklungsländern bedürfe es danach im Namen der Gerechtigkeit¹⁶⁴ einer Sonderbehandlung der Entwicklungsländer, um die in Art. 2, Abs. 1 der UN-Charta niedergelegte „Gleichheit der Staaten“ in vollem Umfang herzustellen (sog. „präferentielle Gleichheit“¹⁶⁵).¹⁶⁶ Diese Artikel gossen demnach die oben erwähnten Theorien über den für Entwicklungsländer fehlenden Nutzen einer formalen Gleichbehandlung *aller* Staaten auf der Grundlage des Art. I:1 GATT '47 zu Gunsten des freien Welthandels in eine erste wirklich umfassende normative Form.

Das bisher in einem streng-formalen Sinne verstandene Prinzip der souveränen Gleichheit wurde in dieser Epoche durch die GA der UN (angetrieben durch die „G 77“) einer „dynamischen“ Auslegung zugänglich gemacht, bzw. durch „Pondierung“ den realen wirtschaftlichen Kräfteverhältnissen innerhalb der internationalen Gemeinschaft angepasst.¹⁶⁷ Der Begriff der

161 „Charter of Economic Rights and Duties of States“, GA-Res. 3281 (XXIX) vom 12. Dezember 1974 (im Folgenden: *Charta*).

162 Amtliche Fassung der Bundesrepublik Deutschland, BGBl. 1973 II, S. 431 ff.

163 Vgl. *Jessen*, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 82.

164 *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 492 (dort in Fn. 21) und *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 344 f. verweisen auf die aristotelische Definition von Gleichheit: „Ungleiches muss ungleich behandelt werden“.

165 In der internationalen Literatur werden die Begriffe „*compensatory inequality*“, bzw. „*Inégalité compensatrice*“ verwendet, um dieses völkerrechtliche Phänomen zu beschreiben.

166 *Stemberg*, S. 135; *Makarczyk*, S. 147 f.; *Cot/Pellet*, La Charte de l'ONU, S. 91 f.; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 6. Abschnitt, Rn. 20; *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 344.

167 *Cot/Pellet*, La Charte de l'ONU, S. 92. Ähnlich *Makarczyk*, S. 147; *Stemberg*, S. 135 f.

„souveränen Gleichheit“ beschrieb demnach nicht länger nur den „Ist-Zustand“ im Hinblick auf den formalen Status des Völkerrechtssubjektes „Staat“ innerhalb der Staatengemeinschaft. Vielmehr gewann der Begriff eine zielorientierte Konnotation, indem die „Gleichheit der Staaten“ einen noch zu erfüllenden „Soll-Zustand“ beschreiben sollte.¹⁶⁸ Als ein entscheidendes Instrument wurde dafür eine grundsätzliche Sonder- und Besserbehandlung der Entwicklungsländer bei allen wirtschaftlichen Transaktionen eingeführt, wie z.B. in Nr. 4, lit. n der *Erklärung* oder Art. 19 der *Charta*.

b) Die völkerrechtliche „Pflicht zur Kooperation“

Das durch die *NIEO*-Resolutionen weiterentwickelte und mit einem zielgerichteten Ansatz versehene Prinzip der „souveränen Gleichheit der Staaten“ gemäß Art. 2 Abs. 1 UN-Charta wird in operativer Hinsicht gestärkt durch das völkerrechtliche „Prinzip der (wirtschaftlichen) Kooperation“, wie es heute in Art. 1 Abs. 3 und insbesondere den Art. 55 und 56 UN-Charta niedergelegt ist. Danach fördern die Mitglieder der Vereinten Nationen *durch Zusammenarbeit* die Verbesserung des Lebensstandards, die Vollbeschäftigung und die Voraussetzungen für wirtschaftlichen und sozialen Fortschritt und Aufstieg, um jenen Zustand der Stabilität und Wohlfahrt herbei zu führen, der erforderlich ist, damit zwischen den Nationen friedliche und freundschaftliche Beziehungen herrschen.¹⁶⁹

Das in der UN-Charta verankerte Prinzip der (wirtschaftlichen) Kooperation zwischen den Staaten entstand in einer Zeit, in der die internationalen Beziehungen noch zu einem nicht unwesentlichen Teil vom Kolonialismus geprägt waren. Viele Völker lebten in politischer wie wirtschaftlicher Abhängigkeit. Dementsprechend war dieses Prinzip vor Schaffung der UN-Charta konzipiert worden, um das Verhältnis der Kolonialmacht zum abhängigen Kolonialvolk zu regeln.

Es ergibt sich somit u.a. aus Art. 73 lit. a und d UN-Charta die Pflicht für eine Kolonialmacht, in ihren Kolonien,

168 Ähnlich *Jessen*, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 81 f.

169 Die Charta der UN enthält somit im Hinblick auf ihre vornehmlichste Aufgabe der Friedenssicherung einen im Gegensatz zu all ihren Vorgängern (insbesondere der Satzung des Völkerbundes von 1919) einen differenzierteren Ansatz. Es wird anerkannt, dass nur das Verbot der Gewaltanwendung zur Friedenssicherung nicht ausreicht, sondern, dass vielmehr das Erreichen von wirtschaftlicher Stabilität in und zwischen den Staaten von entscheidender Bedeutung ist, vgl. *Wolfrum*, in: Simma, UN-Charta Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 2.

„[...] with due respect for the culture of the peoples concerns, their political, *economic*, social, and educational *advancement*, their just treatment, and their protection against abuses [...]“¹⁷⁰

zu gewährleisten, sowie

„[...] to promote *constructive measures of development*, to encourage research, and to co-operate with one another and, when and where appropriate, with specialised international bodies with a view to the practical achievement of the social, economic, and scientific purposes set forth in this Article [...]“¹⁷¹

Nach dem endgültigen Zusammenbruch des Kolonialsystems und der Entstehung vieler Staaten, die zwar politisch unabhängig, aber wirtschaftlich weiter auf die entwickelten Staaten angewiesen waren, nahm die Bedeutung der wirtschaftlichen Kooperation keineswegs ab.¹⁷² Vielmehr verlagerte sich dessen Hauptanwendungsbereich von Art. 73, dessen Zweck sich durch den (fast) vollständigen Abschluss des Dekolonisationsprozesses quasi erledigt hatte¹⁷³, zu den Art. 55 und 56 UN-Charta¹⁷⁴. In Art. 8 der *Charta* konkretisiert die GA dieses Prinzip, indem sie es um die Eigenschaften „*rational and equitable*“ bereichert.¹⁷⁵ In Art. 17 wird das Prinzip der wirtschaftlichen Kooperation gar zu einer „*common duty of all states*“ geadelt.¹⁷⁶

Über allen Maßnahmen der wirtschaftlichen Zusammenarbeit steht auch hier der in Nr. 4, lit. n der *Erklärung* enthaltene Grundsatz einer Sonder- und Besserbehandlung der Entwicklungsländer. Die Vereinten Nationen wurden zu Beginn primär auf institutioneller Ebene tätig, um im Bereich der technischen Zusammenarbeit den Entwicklungsländern Hilfestellungen bereitstellen zu können.¹⁷⁷ Doch richteten sich die Vorschriften der *NIEO* ausdrücklich

170 Jeder Auszug in dieser Arbeit aus der UN-Charta ist zitiert nach BGBl. 1973 II, S. 431 ff.

171 Hervorhebungen durch den Verfasser.

172 *Makarczyk*, S. 25 f.

173 *Fastenrath*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 73, Rn. 20.

174 In der Praxis der UN wurden diese Vorschriften dem allgemeiner formulierten Art. 1 Abs. 3 vorgezogen, vgl. *Wolfrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Rn. 1.

175 *Wolfrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 18.

176 Gerade gegen diesen Art. 17 richtete sich die Kritik der die *Charta* in Gänze ablehnenden Industriestaaten. Es sei ein natürliches Recht eines jeden souveränen Staates, selbst zu entscheiden, welche Maßnahmen und Programme es im Rahmen der Entwicklungshilfe durchführe, vgl. *Wolfrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 18.

177 Vgl. *Wolfrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 24 ff.; *Makarczyk*, S. 28. Erwähnenswert sind in diesem Zusammenhang folgende Einrichtungen: UNCTAD; UN Development Program (UNDP); UN Capital Development

an Staaten, und nicht an die durch die UN vertretene Staatengemeinschaft. Die Vereinnahmung des Prinzips der wirtschaftlichen Kooperation für eine Sonder- und Besserbehandlung der Entwicklungsländer hatte demnach den sehr praktischen Sinn, die Industrieländer zu den in den *NIEO*-Resolutionen beschriebenen wirtschaftlichen Maßnahmen zur Förderung des Handels der Entwicklungsländer zu bewegen.

Im GATT '47 findet sich das Prinzip der Kooperation an eher versteckter Stelle. In Art. XXXVI:1, lit. d wird die Notwendigkeit von „*joint actions*“ für die nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung der weniger entwickelten Vertragsstaaten anerkannt. In Art. XXXVI:6 GATT '47 wird ferner eine enge Zusammenarbeit mit „*international lending agencies*“, also insbesondere der Weltbank und dem IWF, festgeschrieben. Schließlich greift noch § 9 der *Enabling Clause* den Gedanken der Kooperation zwischen den Vertragsstaaten auf.

5. Über Tokio nach Uruguay: Ein doppelter Paradigmenwechsel

Die 1970er Jahre waren noch immer von der Stimmung geprägt, dass auf dem Gebiet der Entwicklungszusammenarbeit die Rechtsordnung des GATT in Konkurrenz zur Rechtsordnung der UN und dort insbesondere zur UNCTAD stünde. Das Entwicklungsvölkerrecht wurde außerhalb des GATT weiterentwickelt und konservierte seinen unverbindlichen und programmatischen Charakter. Noch während dieser Zeit, im Jahre 1973, begann die Siebte *MTN*-Runde, die sog. Tokio-Runde. Sie dauerte sechs Jahre und es zeigte sich, dass sich die Skepsis der Entwicklungsländer gegenüber der Rechtsordnung des GATT in diese Verhandlungsrunde übertrug.

Mit Abschluss der Tokio-Runde setzte jedoch ein bemerkenswerter Prozess ein. Anstrengungen, das Entwicklungsvölkerrecht weiter zu entwickeln, verlagerten sich auf die Rechtsordnung des GATT. Im Gegensatz zur UNCTAD und anderen UN-Foren steckt in den GATT-Verhandlungen das Potential, konkrete und rechtlich verbindliche Ergebnisse erzielen zu können, auch und gerade in Hinblick auf eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung in den GATT-Mitgliedsländern.¹⁷⁸ In den 1980er Jahren erkannten viele Entwicklungsländer unter den GATT-Mitgliedstaaten dies als Chance

Fund (UNCDF); UN Commission on International Trade Law (UNCITRAL); UN Industrial Development Organisation (UNIDO); UN Environment Program (UNEP).

178 Ähnlich *Özden/Reinhard*, World Bank Working Paper, No. 2955, S. 2: „[...] the efficiency-increasing properties of trade negotiations, especially in the presence of terms-of-trade externalities.“

und begnügten sich nicht länger mit den rein politischen und rechtlich unverbindlichen Resolutionen verschiedener UN-Institutionen.¹⁷⁹

Die Möglichkeit dazu bekamen sie bereits im Rahmen der Achten *MTN*-Runde (1986-1994), der sog. Uruguay-Runde. Dort wurden entwicklungs-spezifische Aspekte verstärkt in die Verhandlungen einbezogen, da die großen handelspolitischen Probleme und die viele Entwicklungsländer bedrohende enorme Verschuldung sich Anfang der 1980er Jahre empfindlich auch auf die Volkswirtschaften der entwickelten Nationen auszuwirken begannen.¹⁸⁰

a) Die Passivität der Entwicklungsländer

Im Rahmen der Tokio-Runde wurden 13 Abkommen (sog. „Kodizes“¹⁸¹) ausgehandelt, die hauptsächlich bezweckten, den Gebrauch nicht-tarifärer Handelshemmnisse einzudämmen. Das Verhandlungsziel der Entwicklungsländer beschränkte sich weitgehend darauf, dass in jeden dieser Kodizes jeweils eine *S&D*-Vorschrift hineingeschrieben würde, was letztlich auch geschah.¹⁸² Rein quantitativ befindet sich das normative *S&D*-Regime somit seit Abschluss der Tokio-Runde auf ihrem bisherigen Höhepunkt.¹⁸³ Paradoxerweise hatte dies jedoch nicht zur Folge, dass eine Mehrheit der an der Tokio-Runde beteiligten Entwicklungsländer diese Kodizes unterzeichneten.¹⁸⁴ Letztlich überwogen offensichtlich Skepsis und Scheu vor einer vermeintlichen Ausweitung ungewollter Verpflichtungen.

179 Vgl. stellvertretend für die damalige h.M. (1970er Jahre) die Bewertung der UNCTAD und des GATT bei *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 133: „These organizations [gemeint sind UN-Organisationen wie UNCTAD, Anm. des Verf.] have virtually no enforcement powers, but they do exert a tremendous influence on public opinion in both the developed and developing countries. [...] Benefits under the GATT are substantial and there has been some recognition therein of the special needs of the developing countries. However, preferential treatment is not a development concept particularly acceptable to the GATT framework.“

180 *Senti*, WTO, Rn. 593.

181 Die GATT-Vertragsstaaten konnten wählen, welchen Kodizes sie beitraten und welchen nicht. Auf Grund dieses Verfahrens wurde der Begriff „*GATT à la carte*“ geprägt, vgl. *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 9, Rn. 6 f.

182 *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 90 f.; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 7; *ders.*, EJ 100 (1990), 1318, 1321.

183 *Hudec*, CBLR 1992, 67, 73: „The 1979 Tokyo Round Agreements represent the high-water mark of S&D treatment.“; *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 505: „It can be claimed that S&D treatment provisions reached their *peak* during the Tokyo Round.“

184 *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1289; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 8.

Davon abgesehen beriefen sie sich auf das Prinzip der Nicht-Reziprozität und nahmen an den Zollverhandlungen mehr in der Rolle eines Beobachters teil.¹⁸⁵ Das Ergebnis dieser passiven Haltung war allerdings, dass trotz der zahlreichen *S&D*-Vorschriften nur sehr wenige konkrete Maßnahmen zu Gunsten der Entwicklungsländer in Angriff genommen wurden. Wegen der Nicht-Reziprozität bestand kein großes Interesse auf Seiten der Industrieländer, Vergünstigungen anzubieten.¹⁸⁶ Anders formuliert: Ohne Gegenleistung gewährten Industrieländer nur dort Vergünstigungen, wo sie sich einen *eigenen* Vorteil versprachen.¹⁸⁷ Bereiche dieser Art waren nicht sehr zahlreich und die Wahrscheinlichkeit, dass es sich dabei auch noch um Bereiche handelte, die auch für die betroffenen Entwicklungsländer von Bedeutung gewesen wären, war entsprechend gering.

Ganz allgemein ist daher festzuhalten, dass ein erheblicher Unterschied darin besteht, ob ein rechtlich unverbindliches politisches Programm proklamiert wird¹⁸⁸ oder ob im Rahmen von WTO-Verhandlungsrunden rechtlich bindende und damit wirtschaftlich bedeutende Vereinbarungen über den Abbau von Zöllen und anderer Handelshemmnisse getroffen werden.

b) Der entscheidende Politikwechsel

Bereits parallel zum Tokio-Prozess begannen mehr und mehr Entwicklungsländer daran zu zweifeln, ob die binnenmarktorientierte Entwicklungsstrategie (und insbesondere das ISI-Modell) tatsächlich der richtige Weg hin zu nachhaltiger Entwicklung sei.¹⁸⁹ Viele Entwicklungsländer hatten schwer unter der Ende der 1970er, Anfang der 1980er Jahre einsetzenden interna-

185 Ähnlich *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 16; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1291; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 97; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 6; *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 485; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299.

186 *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 486. Ähnlich auch *Kreinin/Finger*, JWTL 10 (1976) 6, 493, 494 f.

187 *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 12.

188 So z.B. die GA-Konventionen und die *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten* im Rahmen der *Neuen Weltwirtschaftsordnung*. Diese Konventionen wurden von den Industriestaaten nicht verhindert, da sich keine verbindlichen Pflichten für sie ergaben und eine symbolische Unterstützung der in den Konventionen formulierten Ziele sie in ein gutes Licht rücken konnte.

189 *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 96; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 9; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 27; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1290; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 10.

tionalen Schuldenkrise zu leiden¹⁹⁰. Insbesondere seit einige südostasiatische Länder mit Konzepten der Marktöffnung und Liberalisierung – sowohl nach innen wie nach außen – Erfolgsgeschichten schrieben¹⁹¹, begann in den 1980er Jahren eine politische Kehrtwende einzusetzen.¹⁹² Anstatt sich auf den Schutz vermeintlich unproduktiver Industriezweige sowie des (meist viel zu kleinen¹⁹³) Binnenmarktes zu konzentrieren, wandten sich die meisten Entwicklungsländer exportorientierten Entwicklungsstrategien zu. Im Kern ging es dabei um eine nachhaltige Diversifizierung der Exportindustrie, um von der „unheilvollen“ Abhängigkeit von den Weltmarktpreisen für Rohstoffe los zu kommen.¹⁹⁴ Rein normativ war der Weg für diesen Politikwechsel bereits durch den Abschluss der Tokio-Runde geebnet worden.¹⁹⁵ Insbesondere durch die *Enabling Clause* war ein Regime geschaffen worden, das durch die Neuschaffung, bzw. den Ausbau von APS-Programmen darauf gerichtet war, die (export-) industrielle Infrastruktur der Entwicklungsländer auszubauen.

Doch ließen es viele Entwicklungsländer unter dem Eindruck der jüngsten Erfolge der sog. NIC's¹⁹⁶ nicht dabei bewenden, sich nur auf diese *S&D*-Normen zu berufen. Im Rahmen der Uruguay-Runde verstärkten die Entwicklungsländer ihre Beteiligung an den Verhandlungen. Unter weitgehender Aufgabe des Prinzips der Nicht-Reziprozität sowie der früheren Strategie, als „Block“¹⁹⁷ in die Verhandlungen zu gehen, versuchten die Entwick-

190 *Hudec*, S. 125; *Weiß/Herrmann*, Rn. 978; *Trebilcock/Howse*, S. 488 ff.; *Winham*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 13; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 96; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1721 f.

191 Gemeint sind vor allem die später als „Tiger-Staaten“ bezeichneten Länder Hongkong, Taiwan, Singapur und Südkorea, vgl. zum Ganzen nur *Lachmann*, S. 135 ff.

192 *Schaffer/Earle/Agusti*, S. 26; *Trebilcock/Howse*, S. 471 f.; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 27 ff.; *Hunter*, MJIL 4 (2003), 299, 305; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 39; *Ewing*, JWTL 18 (1984) 3, 189, 192. Natürlich soll nicht verschwiegen werden, dass viele Entwicklungsländer diese politische Kehrtwende nicht ganz freiwillig, sondern vielmehr auf Druck internationaler Geldgeber wie der Weltbank oder dem IWF vollzogen haben, vgl. dazu *Hudec*, S. 115 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 472; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 96.

193 Vgl. *Weiß/Herrmann*, Rn. 980; *Trebilcock/Howse*, S. 487; *Elsenhans*, in: *Schorlemer*, *Praxishandbuch UNO*, S. 429; *Hoekman/Özden*, *World Bank Working Paper*, No. 3566, S. 1.

194 *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1290.

195 *Keck/Low*, *WTO-Working Paper*, ERSD-2004-03, S. 4.

196 Newly Industrialised Countries, vgl. *Schaffer/Earle/Agusti*, S. 28.

197 Diese Strategie kulminierte in den 60er Jahren in der Gründung der „G 77“. Eine Ausnahme gilt für die LDC's, für die Bangladesch als Sprecherin auftrat, vgl. *Häberli*, in: *Cottier*, *GATT-Uruguay Round*, S. 137.

lungsländer nunmehr die Rechtsordnung des Welthandels aktiv und vor allem individuell mitzugestalten.¹⁹⁸ Im Sinne des *Hudec'schen* (neo-)merkantilistischen Verständnisses der GATT-Verhandlungen diente der Verzicht auf das Prinzip der Nicht-Reziprozität als eine Art „Angebot“, um einen privilegierten Marktzugang bei den Industrieländern zu „erkaufen“. ¹⁹⁹ Auch gingen mehr Entwicklungsländer rechtlich bindende Verpflichtungen ein und brachten zur Verwirklichung dieser Verpflichtungen notwendige innerstaatliche Reformen der nationalen Handelsregime auf den Weg, welche sich an den Erkenntnissen der exportorientierten Entwicklungsstrategien orientierten.²⁰⁰ Dies hatte vor allem den Zweck, das Vertrauen der internationalen Gemeinschaft und insbesondere von internationalen Investoren und Geldgebern zurück zu gewinnen.²⁰¹

Auch wenn sich die Verhandlungsstrategie der Entwicklungsländer in der Uruguay-Runde von der bloßen Forderung nach *S&D* entfernt hatte, hieß dies nicht, dass *S&D* keine Rolle mehr gespielt hätte.²⁰² Es existierten weiterhin in fast allen WTO-Übereinkommen Ausnahmenvorschriften sowie längere Übergangs- oder Sondervorschriften zu Gunsten der Entwicklungsländer.²⁰³ Bereichert wurde das GATT zudem durch Vorschriften, welche

198 *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1291; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 96 f.; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 9; *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 486; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 12; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1721 f.; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 504. In den „Substanz-Verhandlungen“ bildeten die Entwicklungsländer wie alle anderen Länder variable Allianzen unter sich und mit den Industrieländern, vgl. *Häberli*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 137.

199 Ähnlich auch *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1291; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 504.

200 So erhöhte sich ihr Anteil an gebundenen Zöllen von 22 % auf 72 %, vgl. *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 18; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 98 sowie *Bender/Gabisch*, in: Bender, Vahlens Kompendium, Bd. 1, S. 450.

201 *Schaffer/Earle/Agusti*, S. 26; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 390; *Häberli*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 136; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 98.

202 *Bhala/Kennedy*, S. 406 f.; *Häberli*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 141; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28 f.; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 101.

203 *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 378; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 15; *Fukasaku*, UNU/WIDER Working Paper No. 197/2000, S. 7. Vgl. auch den Bericht des WTO Sekretariats vom 25.10.2000, WT/COMTD/W/77, S. 3, worin von 145 *S&D*-Vorschriften die Rede ist.

den Entwicklungsländern bei Bedarf technische Hilfe gewährten, damit diese ihre Verpflichtungen auch in angemessener Zeit umsetzen konnten.²⁰⁴

Insgesamt wurde aber die Reichweite der *S&D*-Normen entscheidend eingeschränkt.²⁰⁵ Zum einen akzeptierten die Entwicklungsländer den gemäß Art. II:2 ÜWTO²⁰⁶ nunmehr geltenden sog. „*single undertaking approach*“. Danach konnte ein Staat, im Gegensatz zum „*GATT à la carte*“ der Tokio-Runde, der WTO nur beitreten, sofern nahezu sämtliche Übereinkommen unterzeichnet wurden.²⁰⁷ Dadurch war es Entwicklungsländern nicht mehr möglich, sich durch schlichtes Nichtunterzeichnen zusätzlichen Pflichten zu entziehen. Ferner entstanden durch die eine Unterschrift unter das ÜWTO zahlreiche neue Verpflichtungen.²⁰⁸

Zum anderen wurden entscheidende *S&D*-Normen neu gefasst, so dass nunmehr der Schwerpunkt nicht mehr auf Ausnahmenvorschriften, sondern auf solchen Vorschriften lag, welche längere Übergangsfristen und/oder technische Unterstützung in Bezug auf die tatsächliche innerstaatliche Umsetzung vorsahen.²⁰⁹ Dass die Uruguay-Runde zu diesen Ergebnissen kommen konnte, erklärt sich dadurch, dass seit Mitte der 1980er Jahre, bzw. seit Beginn der Uruguay-Runde (1986 – 1994) auch von Seiten der Entwicklungsländer²¹⁰ selbst (abhängig vom individuellen Entwicklungsstand) eine stärkere Integration in das multilaterale Handelssystem der WTO *ohne* Son-

204 *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 505. Diese Normen sollen allerdings im Folgenden nicht Gegenstand dieser Untersuchung sein, denn auf Grund ihres rein technischen Charakters lieferte eine Einbeziehung in die Untersuchung aus dogmatischer Sicht keinen zusätzlichen Erkenntnisgewinn.

205 *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1291.

206 Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, vom 15. April 1994, BGBl. 1994 II, S. 1625 ff.; ABl. 1994 L 336/3; in Kraft getreten am 1. Januar 1995.

207 *Jackson*, *The World Trading System*, 2nd ed., S. 322; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 6; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 98.

208 *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 16; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 22; *Fukasaku*, UNU/WIDER Working Paper No. 197/2000, S. 7; *Hoekman/Özden*, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 7.

209 *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 506 f. Zu erkennen ist das Bemühen der WTO-Mitgliedstaaten, den historischen Kreis zu schließen: Als Endziel sollen sämtliche Sondervorschriften wegfallen, so dass Industrie- wie Entwicklungsländer im Ergebnis dieselben Rechte und vor allem Pflichten haben. In diesem Sinne stellten sich die Autoren der ersten Entwürfe zum GATT, bzw. zur ITO diese Rechtsordnung vor.

210 Insbesondere *NIC*'s wie Brasilien oder Korea, welche während der Uruguay-Runde auf *S&D* verzichteten; vgl. dazu *Hudec*, CBLR 1992, 67, 73 (dort in Fn. 17).

derbehandlung als sinnvoll und daher als politisches Ziel identifiziert wurde.²¹¹

Gleichzeitig erkannten die Entwicklungsländer die für diese Zwecke besondere Bedeutung der *Rechtsordnung (rules-based system)* des GATT, bzw. der WTO, welche eine notwendige Voraussetzung für eine hinreichend effektive *Rechtsdurchsetzung* ist.²¹² Dafür war und ist wiederum eine entsprechende Beteiligung an der *Rechtserzeugung* notwendige Voraussetzung, um die Rechtsordnung überhaupt mit durchsetzbaren Rechten auszustatten. Eine stärkere und vor allem konstruktive Mitarbeit in den entsprechenden Gremien der WTO ist daher essentiell, um die gewünschten Vorteile einer Sonderbehandlung auch praktisch realisieren zu können.

Als Paradigmenwechsel ist daher die (schrittweise erfolgte) Abkehr der Entwicklungsländer von binnenmarktorientierten hin zu exportorientierten Entwicklungsstrategien festzustellen, die sich normativ in der *Enabling Clause* und verhandlungstechnisch in der teilweisen Aufgabe des Prinzips der Nicht-Reziprozität während der Uruguay-Runde widerspiegelte.²¹³ Insbesondere die in der Verhandlungspraxis zumindest teilweise vollzogene Abkehr vom Prinzip der Nicht-Reziprozität ist hier besonders zu betonen, da dieses Prinzip seit 1964, also seit Einführung des Teils IV des GATT auf

211 Von wissenschaftlicher Seite aus wurde insbesondere appelliert, das Prinzip der Nicht-Reziprozität aufzugeben, vgl. *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 807; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 93; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Hoekman/Michalopoulos/Winters*, World Bank Working Paper, No. 3107, S. 7; *Özden/Reinhard*, World Bank Working Paper, No. 2955, S. 2; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 28 m.w.N. Mit etwas zeitlicher Verzögerung wird dieser Politikwechsel u.a. in der Abschlusserklärung der ersten WTO-Ministerkonferenz in Singapur im Jahre 1996 wahrgenommen und anerkannt, vgl. WT/MIN(96)/DEC/W, § 13 (abgedruckt auch bei *Hummer/Weiss*, S. 1283 ff.). Nach *Häberli*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 136 betrachteten „die Entwicklungsländer“ die Ergebnisse der Uruguay-Runde als das für sie „bestmögliche Resultat“.

212 *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 378; *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 486; *Jackson/Davey/Sykes*, S. 1177; *From the Board*, LIEI 30 (2003) 3, 185, 186; *Hoekman/ Michalopoulos/Winters*, World Bank Working Paper, No. 3107, S. 1; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 109; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1722 f. Vgl. auch § 14 der Erklärung der „Gruppe der 15“ (G 15), ein Zusammenschluss von damals 17 Entwicklungsländern, die speziell den Bedürfnissen aller Entwicklungsländer innerhalb der WTO eine Stimme geben wollen: „We reaffirm the primacy of a transparent, fair and equitable rules-based multilateral trading system under the WTO [...]“ (WT/MIN(98)/8, vom 20.5.1998).

213 Ähnlich *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 390 f.; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 13; *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 486.

Druck der UNCTAD als ein Grundpfeiler des gesamten *S&D*-Regimes galt.²¹⁴

Diese neue Verhandlungsstrategie überforderte teilweise einzelne Entwicklungsländer, denen es an erforderlichen personellen Kapazitäten mangelte, um die zahlreichen Verhandlungen während der Uruguay-Runde zu koordinieren und mitzugestalten.²¹⁵ Daher dürfen die Ergebnisse der Uruguay-Runde keinesfalls als Maximum dessen, was durch Verhandlungen erreicht werden kann, verstanden werden. Als für die Entwicklungsländer wichtigste Ergebnisse sind hier die erstmalige Einbeziehung des Agrarsektors, das Übereinkommen über das Auslaufen der Textilrestriktionen sowie die mit Gründung der WTO erhebliche Stärkung des Streitschlichtungsverfahrens zu betonen.

c) Der Beginn der Konditionalität

Ein weiterer Paradigmenwechsel fand durch die nunmehr von den Industrieländern angewandte Konditionalität in den Beziehungen zu den Entwicklungsländern statt.²¹⁶ Die Konditionalität wurde einerseits durch die Verhandlungspraxis in die GATT/WTO-Rechtsordnung eingeführt. Die Industrieländer übten erstmals während der Tokio-Runde Druck auf die Entwicklungsländer aus, indem sie solchen Ländern Privilegien verweigerten, welche die entsprechenden Kodizes nicht unterzeichneten.²¹⁷ Sie knüpften eine potentielle Sonderbehandlung also an eine konkrete Bedingung.

Andererseits wurde der Konditionalität normativ Geltung verschafft, indem das Prinzip der „*graduation*“ gleichermaßen als Gegenleistung für die umfassende Normierung von *S&D* in die GATT/WTO-Rechtsordnung aufgenommen wurde.²¹⁸ Nach diesem Prinzip werden Rechte und Pflichten der Entwicklungsländer an den Grad ihrer Entwicklung gekoppelt.²¹⁹ Die Ein-

214 *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 26 f.

215 *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 485 f.; *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 504; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83; 104.

216 *Hudec*, CBLR 1992, 67, 74. Einen Überblick über die Entwicklung von Konditionalität in der Beziehung zwischen Industrie- und Entwicklungsländern bietet auch *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 114 ff.

217 *Trebilcock/Howse*, S. 475; *Hudec*, CBLR 1992, 67, 74.

218 *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1321; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 504; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 8; *Flory*, AFDI 1979, 580, 594.

219 *Jackson*, The World Trading System, 2nd ed., S. 322; *Senti*, WTO, Rn. 601; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 30; *Oyejide*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 505; *Hudec*, CBLR 1992, 67, 73 (dort Fn. 17); *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 805; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 91; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 8.

führung dieses Prinzips war nicht unstrittig. Viele Entwicklungsländer kritisierten, dass keine objektiven Kriterien existierten.²²⁰ In der Praxis wurde dieses Instrument denn auch bald dafür eingesetzt, ein bestimmtes Verhalten der begünstigten Länder zu erreichen, indem schlicht die Graduierung und somit der Verlust bestimmter Präferenzen „angedroht“ wurde.²²¹

Schließlich führten die Industrieländer drittens das System der „freiwilligen“ Exportbeschränkungen ein.²²² Industrieländer einigen sich dabei mit einzelnen Entwicklungsländern auf eine Kontingentierung ihrer Exporte, um die heimischen Märkte zu schützen, ohne gegen GATT-Pflichten zu verstoßen.²²³ Diejenigen Entwicklungsländer, die diese Selbstbeschränkungen eingehen, versprechen sich davon natürlich Gegenleistungen.²²⁴ Auf den Punkt gebracht gewähren die Industrieländer nach diesem System also bilateral bestimmte Entwicklungshilfen unter der Bedingung der Selbstbeschränkung auf Seiten der Entwicklungsländer.

Es lässt sich also das Interesse der Industrieländer feststellen, das Gewähren von Präferenzen stets an das Vorliegen von bestimmten Voraussetzungen zu knüpfen. Das Verhältnis von Industrieländern und Entwicklungsländern ist demnach geprägt von Konditionalität. Entwicklungspolitisch setzte sich dieser Trend dann in Form einer „Anreizpolitik“ fort, wonach den Entwicklungsländern Zollpräferenzen als eine Art „Belohnung“ für politische Re-

220 *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 504.

221 *Senti*, WTO, Rn. 605; *Howse*, JSEBL 3 (1999), 10; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1322. Vgl. auch den Bericht des Generalsekretärs der UNCTAD aus dem Jahre 1982 („Assessment of the Results of the Multilateral Trade Negotiations“, Doc. T/B/778/Rev. 1, at 29, § 179), worin vor einem Missbrauch der *graduation*-Klausel im Sinne einer unilateralen und willkürlichen Diskriminierung einzelner Entwicklungsländer gewarnt wird.

222 *Häberli*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 143; *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 9, Rn. 95; *Lachmann*, S. 60 f.; *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 805; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 27; *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 167. Vertiefend *Jones*, JWT 23 (1989) 3, 125 ff.

223 Zuletzt im August/September 2005 ist diese Praxis der breiteren Öffentlichkeit bekannt geworden durch das wochenlange Festhalten von Textilimporten aus China durch den Europäischen Zoll. Die EU argumentierte, dass die mit China vereinbarten Einfuhrkontingente bereits ausgeschöpft worden seien. Nach tagelangen Verhandlungen einigten sich China und die EU auf eine Anrechnung der „zuviel“ gelieferten Textilien auf das Kontingent des nächsten Jahres, vgl. DIE ZEIT, Nr. 37 vom 8.9.2005, S. 32.

224 Im Falle der EU-Kontingente für Textilien aus China wurde spekuliert, dass China als Gegenleistung möglicherweise eine europäische Unterstützung bei der Aufhebung des gegen China gerichteten Waffenembargos erwartete, vgl. DIE ZEIT, Nr. 37 vom 8. September 2005, S. 32.

formanstrengungen u.a. in den Bereichen Umweltschutz oder *good governance* gewärt werden.²²⁵

6. Aktuelle Entwicklung von S&D

Nach Abschluss der Uruguay-Runde mit Gründung der Welthandelsorganisation in den Jahren 1994/95 fanden bis dato sechs WTO-Ministerkonferenzen²²⁶ statt, in deren offiziellen Erklärungen in programmatischer, d.h. rechtlich unverbindlicher Weise stets auf die schwierige Lage der Entwicklungsländer und besonders auf die der am wenigsten entwickelten Länder hingewiesen und die Notwendigkeit von weiteren Anstrengungen zur besseren Integration der Entwicklungsländer in den Welthandel betont wird. Normative Neuerungen gab es nicht.

Im Jahre 2003 scheiterte die Ministerkonferenz in Cancún (Mexiko) an unüberwindbaren Gegensätzen zwischen den Vertretern der Industrie- und der Entwicklungsländer.²²⁷ Diese Gegensätze deuteten sich bereits 1999 auf der Dritten WTO-Ministerkonferenz in Seattle an.²²⁸ Die nach der Uruguay-Runde als überwunden geglaubte Blockbildung²²⁹ wurde in Cancún erneut so weit getrieben, dass nicht einmal mehr eine Ministererklärung verabschiedet wurde.²³⁰ Die Entwicklungsländer, die sich auf Grund des zweifelhaften Erfolges, die von den Industrieländern bestimmte Verhandlungsa-

225 Diese „Anreizpolitik“ hat die EG bereits in ihrem APS von 2001 umgesetzt, das Gegenstand des im 2. Kapitel dargestellten Streitschlichtungsverfahrens *EC – Preferences* war. Weil Indien als Beschwerdeführer den Rechtsstreit jedoch auf die *drug arrangements*, die nicht im Sinne einer „Anreizpolitik“ ausgestaltet waren, beschränkte, gingen die Berichte von *Panel* und *AB* nicht auf die WTO-Rechtmäßigkeit dieser „Anreizpolitik“ ein, vgl. dazu näher unten §3, A.I. und II. sowie §5, C.

226 1996 in Singapur; 1998 in Genf; 1999 in Seattle; 2001 in Doha; 2003 in Cancún; 2005 in Hongkong.

227 *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 9, Rn. 133.

228 Auf Vorschlag vom damaligen US-Präsident *Bill Clinton* sollten Arbeitsschutzrechte in das ÜWTO aufgenommen werden, was die Entwicklungsländer als Versuch, durch Mindestarbeitsschutznormen ihre Wettbewerbsvorteile zu nivellieren, ablehnten, vgl. *Berrisch*, RIW 2004, 69. Auf Grund dieses „Schocks von Seattle“ startete beispielsweise die EG im Sinne einer vertrauensbildenden Maßnahme die „*everything but arms*“-Initiative. Danach durften die LDC's sämtliche Waren außer Waffen und Munition zollfrei in die EG einführen. Nur für einige landwirtschaftliche Produkte gab es Ausnahmen, Vgl. *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 391.

229 Vgl. dazu *Waelde*, in: FS Seidl-Hohenveldern, S. 771 ff.; *Braune*, S. 28 f.; *Senti*, WTO, Rn. 1493.

230 Es existiert daher nur der Entwurf: JOB(03)/150/Rev. 2. Vgl. zur „Blockbildung“ und Scheitern der Konferenz in Cancún auch *Hilf/Oeter*, § 19, Rn. 61; *Senti*, WTO, Rn. 1485 ff.; *Berrisch*, RIW 2004, 69, 70; *Decker/Mildner*, IP 2005 (Nr. 3), 17.

da²³¹ konsequent boykottiert zu haben, noch als die vermeintlichen Sieger darstellten, müssen letztlich als die wahren Verlierer angesehen werden, bedeutete das Scheitern doch das Ausbleiben von weiteren Handelserleichterungen.²³²

Die Vierte WTO-Ministerkonferenz in Doha im Jahre 2001 und insbesondere die als „*Doha Development Agenda*“ bezeichnete Ministererklärung²³³ waren der Startschuss zu einer weiteren *MTN*-Runde. Symbolträchtig und unter dem Eindruck des kontraproduktiven Verlaufes der Konferenz in Seattle wurde diese Runde „Entwicklungsrunde“ getauft. Wegen der teilweise als sehr weitreichend empfundenen Einschnitte in das *S&D*-Regime durch die Ergebnisse der Uruguay-Runde wurde der WTO-Rechtsordnung ferner Unausgewogenheit in Bezug auf die Bedürfnisse der Entwicklungsländer im Verhältnis zu denjenigen der anderen Mitgliedstaaten vorgeworfen.²³⁴

Besondere Kritik übten im Vorfeld der *Doha*-Konferenz einige Entwicklungsländer²³⁵ an der rechtlichen Unverbindlichkeit der meisten *S&D*-Vorschriften. Aufgrund dessen, so die Kritik, gelänge es den meisten Entwicklungsländern bis heute nicht, ihre Volkswirtschaften in die globale Wirtschaftswelt effektiv zu integrieren.²³⁶ Die Eigenschaft des *S&D* als völkerrechtliches „*soft law*“ kritisierten indes nicht bloß die politischen Führer einiger Entwicklungsländer. Auch von wissenschaftlicher Seite wurde seit Gründung der WTO 1994/95 eine Neuausrichtung des gesamten *S&D*-Regimes gefordert, wobei die Vereinbarung rechtlich bindender Vor-

231 Insbesondere die EG sowie Japan und Korea beharrten lange Zeit darauf, in Cancún über die sog. *Singapore Issues* (Handel und Investitionen, Handel und Wettbewerb, Transparenz im öffentlichen Auftragswesen, Handelserleichterungen) zu verhandeln, was insbesondere von einer Gruppe von 22 Entwicklungsländern abgelehnt wurde, vgl. *Berrisch*, RIW 2004, 69, 70; *Decker/Mildner*, IP 2005 (Nr. 3), 17 ff.; *Peter*, ZEuS 2006, 619, 636 ff.

232 *Berrisch*, RIW 2004, 69, 74 m.w.N.

233 WT/MIN(01)/DEC/W/1. Im Folgenden: DDA.

234 *Trebilcock/Howse*, S. 472; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 6; *Mavroidis*, GYIL 47 (2004), 39, 40 f.

235 So vor allem Kuba, die Dominikanische Republik, Honduras, Indien, Indonesien, Kenia, Malaysia, Pakistan, Sri Lanka, Tansania, Uganda und Zimbabwe.

236 Vgl. WTO-Doc. WT/GC/W/442, § 9: „*The Uruguay Round Agreements shifted the thrust from enhanced market opportunities to grant of transition periods and technical assistance. The developing countries could hardly benefit from the almost 145 S&D provisions (in the Uruguay Round Agreements) which mostly do not go beyond a best endeavour promise and therefore are not legally enforceable. Lack of any mechanism to ensure effective implementation of S&D provisions in the WTO has been a major area of concern for developing countries.*“

schriften zu Gunsten der Entwicklungsländer zu den Kernanliegen zählten.²³⁷

Darauf reagierte die Ministerkonferenz und formulierte in ihrer Erklärung das Ziel, das *S&D*-Regime während der Doha-Runde zu stärken, um die Regeln präziser und effektiver anwendbar zu machen.²³⁸ Zu diesem Zweck wurde der Ausschuss für Handel und Entwicklung (*Committee on Trade and Development*, CTD)²³⁹ beauftragt, solche *S&D*-Normen zu identifizieren, die entweder bereits verbindlich sind, oder nach den Vorstellungen der Mitgliedstaaten verbindlich werden sollen.²⁴⁰ Schließlich sollte die Kommission dem WTO-Rat Vorschläge unterbreiten, wie das *S&D*-Regime effektiver gemacht werden kann.²⁴¹ Aufgrund unüberwindbarer Differenzen zwischen den WTO-Mitgliedern verpasste die Kommission allerdings die erste Frist zur Abgabe des Berichts im Juli 2002 und eine weitere im Februar 2003.²⁴²

Ferner hatten bei den Verhandlungen der Doha-Runde Maßnahmen technischer Hilfe sowie des sog. *capacity buildings* eine sehr große Bedeutung, weil durch derartige Maßnahmen Entwicklungsländer in die Lage versetzt werden, einerseits ihre eingegangenen Verpflichtungen innerstaatlich umzusetzen und andererseits effektiver am „Alltagsgeschäft“ der WTO zu partizipieren. Dazu gehört u.a. auch die interne Arbeitsweise der WTO selbst.²⁴³

237 Olivares, JWT 35 (2001) 3, 545, 549 ff.; Hoekman, World Bank Working Paper, No. 2851, S. 25; Michalopoulos, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 33 ff. Vgl. auch Trebilcock/Howse, S. 501 f.; Lichtenbaum, AUILR 17 (2002), 1003, 1014.

238 WT/MIN(01)/DEC/W/1, § 44. Vgl. auch *From the Board*, LIEI 30 (2003) 3, 185 ff.; Trebilcock/Howse, S. 502; Hoekmann, in: Petersmann, S. 224.

239 Dieser Ausschuss wurde 1965 erstmalig geschaffen (Beschluss abgedruckt in BISD, 13. Ergänzung 1965, S. 75) und durch Art. IV:7 ÜWTO nach Gründung der WTO als Internationale Organisation erneut bestätigt.

240 Das Mandat ergibt sich aus § 44 der DDA (WT/MIN(01)/DEC) i.V.m. der „Entscheidung des Allgemeinen Rates vom 1. August 2004“ (WT/L/579, dort Nr. 1 lit. d). Bestätigt wurde es zuletzt durch die Ministererklärung der Konferenz in Hong Kong vom 22. Dezember 2005 (WT/MIN(05)/DEC, § 35).

241 WT/MIN(01)/DEC/W/1, § 12. Siehe auch Berrisch, in: Prieß/Berrisch, Teil B.I.1., Rn. 326 f.; Trebilcock/Howse, S. 502.

242 Matsushita/Schonbaum/Mavroidis, S. 502; Hoekmann, in: Petersmann, S. 223 f. Der Entwurf des WTO-Sekretariats für die Erklärung der 6. Ministerkonferenz in Hongkong (WT/MIN(05)/W/3 vom 7.12.2005) vermeidet es gar, einen neuen Abgabetermin zu bestimmen.

243 Ähnlich *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 3; Pangestu, WE 23 (2000) 9, 1285, 1295; Keck/Low, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 6; Kessie, WComp. 22 (1999) 2, 83, 104 ff. Vgl. auch § 5 der Erklärung der 2. Ministerkonferenz 1998 in Genf: „We welcome the work already underway in the Committee [of Trade and Development] for re-

Über die weitere Entwicklung von *S&D* lässt sich nur spekulieren. Das (vorläufige²⁴⁴) Scheitern der Doha-Runde hat eine tiefgreifende Weiterentwicklung des *S&D*-Regimes durch die Mitgliedstaaten selbst, d.h. in ihrer Funktion als „WTO-Gesetzgeber“, verhindert. Die gegensätzlichen Positionen der Industrieländer auf der einen und der Entwicklungs- bzw. Schwellenländer auf der anderen Seite scheinen festgefahren wie nie zuvor. Andererseits sorgte schon in den 1940er Jahren während der Verhandlungen zur *Havanna-Charta* die Drohung einiger Entwicklungsländer, die Konferenz zu verlassen, zum Einlenken der Industrieländer. Schon damals konnten also die Volkswirtschaften der Industrieländer auf eine Integration der Entwicklungsländer in den Welthandel nicht verzichten. Seitdem haben die Zahl der Entwicklungsländer in der WTO und die Bedeutung ihrer Märkte für die Industrieländer stark zugenommen.²⁴⁵ Ferner sind sich alle Beteiligten durchaus bewusst, dass niemand ein Interesse an einem endgültigen Scheitern der Doha-Runde hätte.²⁴⁶ Insofern wäre es zum jetzigen Zeitpunkt noch

viewing the application of special provisions in the Multilateral Trade Agreements and related Ministerial Decisions in favour of developing country Members, and in particular the least-developed among them. We agree on the need for effective implementation of these special provisions.“ (WT/MIN(98)/DEC/1).

244 Offiziellen Verlautbarungen von Seiten der WTO zufolge ist die Doha-Runde nur „unterbrochen“, aber nicht „gescheitert“ (vgl. entsprechende Pressemitteilungen der WTO, abrufbar unter http://www.wto.org/english/news_e/news06_e/mod06_summary_24july_e.htm, *letzter Besuch: 29.08.2008*). Kommentatoren bezeichnen diesen Zustand als „Denkpause“, vgl. *Petra Pinzler*, in: DIE ZEIT, Nr. 32 vom 3. August 2006, S. 24 oder *Joachim von Braun*, in: DIE ZEIT, Nr. 33 vom 10. August 2006, S. 24. Andererseits ist es momentan noch völlig offen, wann und mit welchen Inhalten die Verhandlungsrunde fortgesetzt wird, so dass m.E. von einem zumindest „vorläufigen Scheitern“ durchaus gesprochen werden kann. Ein jüngster Versuch, die Doha-Runde noch im Jahre 2008 erfolgreich zu beenden ist das sog. „July 2008 package“ (abrufbar unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dda_e/meet08_e.htm, *letzter Besuch: 29.08.2008*).

245 Vgl. nur *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, *Völkerrecht*, 6. Abschnitt, Rn. 7.

246 Vgl. beispielhaft die Abschlusserklärung der Staats- und Regierungschefs zur 14. Apec-Konferenz vom 19.11.2006: „We reaffirm that support for the Doha Development Agenda (DDA) remains a top priority of APEC. The consequences of the failure of the Doha Round would be too grave for our economies and for the global multilateral trading system. We should, therefore, spare no efforts to break the current deadlocks and achieve an ambitious and overall balanced outcome of the Round with the development dimension being at its core.“ (abrufbar unter www.apec.org). Vgl. dazu auch die Äußerungen der US-amerikanischen Handelsbeauftragten *Susan Schwab* in Hanoi im Rahmen der Apec-Konferenz am 15.11.2006: „Das Wiederbeleben der Doha-Runde ist ganz klar der wichtigste Punkt auf der Agenda der Handels-

zu früh und unangebracht, ein allzu pessimistisches Zukunftsszenario zu entwerfen.²⁴⁷

Vor diesem Hintergrund kommt dem DSB als dem Streitschlichtungsorgan der WTO eine bedeutende Rolle bei der Weiterentwicklung der GATT/WTO-Rechtsordnung zu. Auf Grund des negativen Konsensprinzips²⁴⁸ werden die *Panel*- und *AB*-Berichte durch den DSB in der Regel angenommen. Hier besteht also weiterhin die Möglichkeit, auch das *S&D*-Regime weiter zu entwickeln, wenn auch in kleinerer Münze als in *MTN*-Runden. Ein Beispiel dafür bietet nicht zuletzt der Fall *EC – Preferences*, der dieser Arbeit zu Grunde liegt.

7. Der Begriff „*S&D-Treatment*“

Der Begriff „*Special and Differential Treatment*“ wurde abgeleitet aus der Erklärung der Tokio-Runde von 1973, in der

„the importance of the application of *differential* measures in developing countries in ways which will provide *special* and more favourable *treatment* for them in areas of negotiation where this is feasible“²⁴⁹

anerkannt wurde. Die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer wurde so in den allgemeinen Sprachgebrauch der WTO eingeführt.²⁵⁰ Der Begriffsteil „differenzierte Behandlung“ (*differential treatment*) beschreibt dabei den Grundsatz, dass Entwicklungsländer im Rahmen der GATT/WTO-Rechtsordnung als eine besondere Gruppe von Ländern Adressaten besonderer Rechte und Pflichten sein *können*. Dieser Begriffsteil steht also im rechtlichen Sinne für die Ermächtigung, bzw. Rechtfertigung oder Legitimation von Sonderrecht.

Im Begriffsteil „Spezial-, bzw. Sonderbehandlung“ (*special treatment*) steckt mehr eine aktivere Konnotation. Er steht daher für die Aufforderung an alle Vertragsparteien, aktiv zu werden und den Entwicklungsländern eine Sonderbehandlung zukommen zu lassen.

gespräche für alle Mitglieder der Welthandelsorganisation (WTO), die an Apec teilnehmen“ (zitiert nach *FAZ* vom 16.11.2006, S. 12).

247 Vgl. zur zukünftigen Entwicklung von *S&D* auch *Hoekmann*, in: Petersmann, S. 223 ff.

248 Gemäß den Art. 16.4 und 17.14 DSU werden der *Panel*- sowie der *AB*-Bericht auf einer DSB-Sitzung angenommen, „unless [...] the DSB decides by consensus not to adopt the [...] report“. Da in der Regel jedenfalls die obsiegende Partei für die Annahme des Berichtes stimmen wird, ist das Zustandekommen eines Konsenses gegen die Annahme eher unwahrscheinlich, vgl. nur *Trebilcock/Howse*, S. 137.

249 Zitiert nach *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1319.

250 *Bhala/Kennedy*, S. 422; *Long*, S. 89; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1319.

III. Zusammenfassende und analytische Darstellung der historischen Entwicklung

1. Entstehung des S&D-Regimes

Die Entstehungsgeschichte von S&D lässt sich nach dem vorher Gesagten in vier Phasen einteilen.²⁵¹ Die erste Phase begann mit der Entstehung des GATT in den Jahren 1946-1948 und endete zu Beginn der Tokio-Runde. Die zweite Phase war die Tokio-Runde selbst, also die Jahre 1973 – 1979. Die Zeit nach der Tokio-Runde bis zum Abschluss der Uruguay-Runde im Jahre 1995 stellt die dritte Phase dar. Als die bis dato letzte und vierte Phase können die Jahre 1995 bis 2006, also dem (vorläufigen) Scheitern der Doha-Runde bezeichnet werden.

Diese vier verschiedenen Phasen zeichnen sich dadurch aus, dass die Belange der Entwicklungsländer jeweils auf unterschiedliche Art und Weise in der Rechtsordnung des GATT, bzw. der WTO wahrgenommen und in die Rechtsordnung aufgenommen wurden. Dies hatte entscheidend damit zu tun, wie die Entwicklungsländer selbst ihre Rolle innerhalb dieser Rechtsordnung definierten und gegenüber den Industrieländern vertraten.

Das GATT/WTO-System wurde, getragen von den damals in den Entwicklungsländern vorherrschenden Entwicklungstheorien, bis Ende der 1960er und in abgeschwächter Form noch bis Ende der 1970er Jahre (also während der ersten Phase) eher als Gegenspieler zu den Interessen der Entwicklungsländer empfunden. Eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung wurde nicht mit einer weltweiten Liberalisierung der Märkte auf der Grundlage des MFN-Prinzips in Verbindung gebracht.²⁵² Die Weiterentwicklung des Entwicklungsvölkerrechts vollzog sich daher vorwiegend im Rahmen der neu gegründeten UNCTAD. Politisch war dies zwar einigermaßen wirkungsvoll, doch behielten die in Resolutionen und Aktionsprogrammen formulierten Ziele ihre rechtliche Unverbindlichkeit bei.²⁵³

Die zweite Phase war geprägt von der Passivität der Entwicklungsländer während der Tokio-Runde. Zwar deutete sich ein Paradigmenwechsel auf Grund eines gesteigerten Selbstbewusstseins der Entwicklungsländer in der Außenhandelspolitik an (mit der *Enabling Clause* als normativem Höhepunkt), weswegen sich diese Phase auch von der ersten unterscheidet. Dennoch fehlte es insbesondere an für die Entwicklungsländer positiven Ver-

251 Vgl. auch *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 3 ff.

252 *Meléndez-Ortiz*, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 74; *Mavroidis*, GYIL 47 (2004), 39, 42; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718 f.

253 *Trebilcock/Howse*, S. 471.

handlungsergebnissen²⁵⁴ sowie an anderen effektiven multilateralen Maßnahmen im Rahmen des GATT, um von einer verstärkten Integration der Entwicklungsländer in die Welthandelsordnung in dieser Phase gegenüber der ersten Phase sprechen zu können.

Normativ-evolutionär von weitaus größerer Bedeutung waren zu dieser Zeit die innerhalb der UNO und dort innerhalb der GA und UNCTAD stattfindenden Entwicklungen. Auf Betreiben der „G 77“, welche zu der Zeit wohl am aktivsten die Entwicklungslandlobby vertrat, sollte in den wirtschaftlichen Beziehungen aller Länder untereinander eine grundlegend neue Ordnung etabliert werden, welche ausweislich des Kapitels 1 (lit. m) der *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten* dem Ziel verpflichtet ist,

„international social justice“

herzustellen. Zu diesem Zweck wurde die präferentielle und nicht-reziproke Behandlung der Entwicklungsländer zu einem grundlegenden Prinzip erhoben, was damals freilich auf Widerspruch der Industrieländer traf, seitdem jedoch zum festen rhetorischen Bestand aller einschlägigen UN-Verlautbarungen gehört.²⁵⁵

Neben der Normierung weiterer „klassischer“ *S&D*-Vorschriften, zeichnen sich die einschlägigen Resolutionen dadurch aus, dass das Prinzip der „souveränen Gleichheit der Staaten“ sowie der „(Staaten-) Kooperation“ eine Bedeutungskonkretisierung, bzw. -erweiterung erfährt. Meinte „souveräne Gleichheit“ bisher, verkürzt auf den in der Praxis wichtigsten Bereich der Abstimmungen in einer internationalen Organisation, einerseits „*one state, one vote*“²⁵⁶ sowie andererseits, dass für bindende Beschlüsse ein „Konsens“²⁵⁷ erforderlich sei, so wurde durch die *NIEO* der *aristotelische* Begriff

254 Die Zollmauern blieben nach Abschluss der Tokio-Runde vor allem für solche Produkte auf einem hohen Niveau, bei denen die Entwicklungsländer ein Interesse an einem freieren Welthandel gehabt hätten, vgl. *Schultz/Schumacher*, JWTL 18 (1984) 3, 206, 208 ff.

255 *Wolftrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 32; *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 116; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1719. Vgl. zur ablehnenden Haltung der Industrieländer insbesondere gegen Art. 19 der *Charta*, welcher dieses Prinzip enthält, *Stemberg*, S. 129 f.

256 *Ipsen*, § 26, Rn. 7. Ausnahmen existieren z.B. beim IWF und in der EU. Vgl. dazu näher *Fassbender/Bleckmann*, in: Simma, UN-Charta, Vol. I, Art. 2(1), Rn. 15 ff.; *Hailbronner*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 3. Abschnitt, Rn. 92; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1530.

257 *Rajamani*, S. 2.

der „materiellen“, bzw. „endgültigen Gleichheit“ eingeführt.²⁵⁸ Diese weltweit herzustellen durch eine Sonderbehandlung sowie wirtschaftliche Kooperation sollte als eine Aufforderung an die Staatengemeinschaft verstanden werden. Zudem stellte dies für viele Entwicklungsländer im Grunde „nur“ die Fortsetzung des Dekolonisierungsprozesses dar, indem die *NIEO* für die erlittene und entwicklungsbehemmend wirkende Diskriminierung und Ausbeutung während der Kolonialzeit entschädige.²⁵⁹

In der Praxis erlangte dieser Ansatz jedoch auf Grund der Ablehnung durch die großen Wirtschaftsmächte nie die angestrebte Bedeutung²⁶⁰, was nicht zuletzt auch der Tatsache geschuldet war, dass allen normativen Bemühungen der GA der juristische Makel der Unverbindlichkeit anhaftete.²⁶¹ Seit den späten 1980er Jahren setzten sich schließlich die Industrieländer mit dem Bestreben durch, die Frage der wirtschaftlichen Entwicklung mit Umweltschutz- sowie Menschenrechtsbelangen zu verknüpfen. Daraus entwickelte sich die völkerrechtliche Disziplin der „*Nachhaltigen Entwicklung*“²⁶². Die Industrieländer gingen dadurch im moralischen Meinungswettkampf um die gerechte Gestaltung der Weltwirtschaftsordnung wieder in Führung, da sie in der Weltöffentlichkeit nicht länger nur als der „ausbeuterische Westen“, sondern nun als „globale Umweltschützer“ und „Bewahrer der Menschenrechte“ erscheinen konnten.

Für die Diskussion über die richtige und gerechte Behandlung der Entwicklungsländer im Rahmen wirtschaftlicher Beziehungen liefert der in dieser Zeit seine Konturen erhaltene Ansatz der *NIEO* indes bis heute eine wichtige

258 *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 121.

259 Vgl. Nr. 4, lit. f der *Erklärung* und *Wolftrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 29; *Lichtenbaum*, AUJLR 17 (2002), 1003, 1009.

260 *Jessen*, in: Gehring/Cordonier Segger, S. 79 f.; *Conforti*, S. 234. Vgl. zum ganzen Komplex einer „Neuen Weltwirtschaftsordnung“ und insbesondere zu deren rechtlichem Status die umfangreiche, aber lesenswerte Arbeit von *Makarczyk*, *Principles of a New International Economic Order* (1988).

261 *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1728.

262 Vgl. *Wolftrum*, in: Simma, UN-Charta, Vol. II, Art. 55 (a) and (b), Rn. 30; *Lachmann*, S. 271 ff. In diesem Zusammenhang erwähnenswert sind die GA-Res. 41/128 vom 4.12.1986 („*Declaration on the right to development*“), S-18/3 vom 1.5.1990 („*Declaration of international economic co-operation and the re-launching of economic growth and development*“), 47/190 vom 22.12.1992 („*Rio Declaration on Environment and Development*“), 57/253 vom 20.12.2002 („*Johannesburg Declaration on sustainable development*“). Vgl. dazu aus der Literatur etwa *Gehring/Cordonier Segger*, *Sustainable Development in World Trade Law* (2005) oder *Schrijver/Weiss*, *International Law and Sustainable Development – Principles and Practice* (2004).

gedankliche Grundlage.²⁶³ Hervorzuheben ist dabei zunächst die Gründung der „G 77“ als Ausdruck einer Ideologie, die *Robert E. Hudec* sehr treffend mit dem Begriff „bloc solidarity“ umschrieben hat.²⁶⁴ Gestützt auf Aussage der *Prebisch-Singer-Thesen*, dass den Entwicklungsländern strukturelle Defizite gemeinsam sind, wurden stets Lösungsvorschläge propagiert, welche „den“ Entwicklungsländern insgesamt zu Gute kommen sollten.

Ferner trug die Entwicklung der *NIEO* nicht zuletzt dazu bei, dass eine Sonder- und Besserbehandlung von Entwicklungsländern im Grundsatz nicht mehr aus der WTO-Rechtsordnung hinweg zu denken ist. Ferner lieferten die Texte der einschlägigen *NIEO*-Resolutionen eine Reihe von Formulierungsvorlagen für die entsprechenden GATT/WTO-Abkommen.

Während der ersten und zweiten Phase trat eine Reihe von Entwicklungsländern dem GATT bei, was bis Ende der 1970er Jahre dazu führte, dass diese numerisch die größte Gruppe ausmachten. Bei aller Skepsis gegenüber den Grundideen und Mechanismen lockte diese Länder insbesondere die in einer multilateralen *Rechtsordnung* enthaltene Chance, auch als schwache Volkswirtschaften Einfluss auf die Gestaltung des Welthandelssystems nehmen zu können und die übergroße Macht der Industrieländer zu begrenzen.²⁶⁵

In der dritten Phase, also seit Beginn der 1980er Jahre, übernahm eine neue Mode²⁶⁶ in der Entwicklungsökonomie und in der Folge auch in der Entwicklungspolitik die Vorherrschaft in der Diskussion über die richtige Entwicklungsstrategie. Die Diversifizierung der Wirtschaft durch die Stärkung der Exportindustrien sollte den Entwicklungsländern eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung sichern.

Eine Stärkung dieser Exportindustrien durch eine Liberalisierung der globalen Märkte machte das GATT und seit 1994/95 die WTO für viele Entwick-

263 *Cassese*, S. 526; *A.A. Fatouros*, in: *EPIL (I), Developing States*, S. 1021 f. Vgl. auch *Conforti*, S. 242: „They [*the GA Declarations*, Anm. des Verf.] have [...] the force that is conferred on them by the great ideals that they pursue, by the tenacity with which these ideals are pursued, and by the correspondence that such ideals find in the collective conscience.“

264 *Hudec*, in: *Petersmann/Hilf*, S. 206 f.

265 *Meléndez-Ortiz*, in: *Gehring/Cordonier Segger*, S. 74. Vgl. dazu die treffende und u.a. auf die WTO gemünzte Formulierung von *Josef Joffe*, in *DIE ZEIT*, Nr. 48 vom 24.11.2005, S. 10: „Wiewohl Idealen verpflichtet, sind Multilateralismus und Institutionalismus die Realpolitik der Schwächeren.“

266 So die nicht unbedingt abwegige Umschreibung von *Grefe*, in: *DIE ZEIT*, Nr. 37 vom 8.9.2005, S. 11.

lungsländer zunehmend interessanter. Die Skepsis der Entwicklungsländer gegenüber einem multilateral geregelten Handelssystem wich allmählich einer positiveren Wahrnehmung.²⁶⁷

Diese Mode übertrug sich schließlich auch auf das materielle GATT/WTO-Recht. Diejenigen Normen, die eine Politik der Importsubstitution ermöglichten, wurden zwar nicht aufgegeben, d.h. aus der Rechtsordnung entfernt. Jedoch verlagerte sich das politische Engagement auf die z.T. neu geschaffenen, eine Politik des erleichterten Marktzugangs ermöglichenden Normen wie z.B. auf die *Enabling Clause*.²⁶⁸

Dieser Politikwechsel hatte u.a. zur Folge, dass die bis zum Abschluss der Tokio-Runde von den Entwicklungsländern praktizierte Blockbildungsstrategie für die Uruguay-Runde aufgegeben wurde.²⁶⁹ Denn solange durch ökonomische Theorien (insbesondere durch die *Prebisch-Singer-Thesen*) eine weltweite Liberalisierung als zwangsläufige und somit strukturelle Benachteiligung *aller* Entwicklungsländer wahrgenommen wurde²⁷⁰, war es politisch einfach, gemeinsame Interessen der Entwicklungsländer zu formulieren und Forderungen nach Maßnahmen zu stellen, die gegen diese strukturelle Benachteiligung *aller* Entwicklungsländer gerichtet waren.²⁷¹

Auf der Basis exportorientierter Entwicklungsstrategien war diese Identifizierung gemeinsamer Interessen wesentlich schwieriger geworden, da nun der Erfolg maßgeblich von *individuellen* Anstrengungen und Konzepten abhing.²⁷² Jedes Entwicklungsland sah sich mit unterschiedlichen Problemen konfrontiert und musste im Wesentlichen *allein* entscheiden, welchen Sektor der Exportindustrie es ausbauen und mit welchen Ländern es im Rahmen der WTO verhandeln wollte. Seit Abschluss der Uruguay-Runde im Jahre 1994 nahm daher die Bedeutung der UNCTAD einerseits für die Evolution des Entwicklungsvölkerrechts und andererseits für die Gestaltung der Welt handelsordnung kontinuierlich ab.²⁷³ Gleichzeitig erhöhte sich für die Ent-

267 *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 103.

268 *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 13; *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 89 ff.

269 *Häberli*, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 137; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1289; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318.

270 Vgl. *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 5.

271 *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318.

272 *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 488 und 491; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1290; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318.

273 *Bhala/Kennedy*, S. 402 f.; *Kennedy*, in: Macrory/Appleton/Plummer, Vol. I, S. 1529; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 11.

wicklungsländer im Rahmen der GATT/WTO-Rechtsordnung die Zahl der rechtlich verbindlichen Verpflichtungen.²⁷⁴

Auf die verstärkte Teilnahme der Entwicklungsländer an der Gestaltung der Rechtsordnung des Welthandels reagierten die Industrieländer in dieser Phase u.a. mit der Einführung von Konditionalität bei der Gewährung von Handelspräferenzen oder sonstiger *S&D*-Maßnahmen. Handelsvorteile mussten sich die Entwicklungsländer danach durch das Erfüllen verschiedensten Bedingungen zunächst „verdienen“. Damit verfolgten die Industrieländer das Ziel, Anreize für die Realisierung verschiedener Nicht-Handelspolitiken wie Arbeitnehmerschutzrechte oder „Gute Regierungsführung“ in den potentiell begünstigten Ländern zu schaffen. Diese Handlungsweisen beherrschen auch heute das Verhältnis zwischen entwickelten und Entwicklungsländern.

Die Zeit nach Abschluss der Uruguay-Runde bis in die Gegenwart, Phase vier, lässt sich in Bezug auf das *S&D*-Regime am ehesten als ambivalent beschreiben. Während auf der einen Seite die Probleme und Bedürfnisse der Menschen in den Entwicklungsländern wie nie zuvor in den Mittelpunkt der Weltpolitik gerückt werden²⁷⁵, scheitern andererseits WTO-Ministerkonferenzen, auf denen über konkrete und/oder rechtlich bindende Maßnahmen zu Gunsten einer nachhaltigen wirtschaftlichen Entwicklung verhandelt werden soll. Zugespißt formuliert, ist ein Rückfall in alte und überwunden geglaubte Verhaltensmuster der Beteiligten festzustellen, indem rhetorische Waffen aus der Zeit ideologischer „Grabenkämpfe“ zwischen Industrie- und Entwicklungsländern beiderseits wieder ausgegraben und wider jede volkswirtschaftliche Vernunft angewendet werden.

2. Gegenwärtige Herausforderungen des *S&D*-Regimes

Wie die oben dargestellten neueren ökonomischen Analysen zeigen, ist man sich heute im Kern darin einig, dass eine einseitige Entwicklungsstrategie, gleich in welche Richtung, nicht erstrebenswert ist.²⁷⁶ Eine effektive Entwicklungsstrategie richtet sich zudem nicht nach der Formel „*one size fits all*“. Vielmehr ist eine individuelle Analyse erforderlich. U.U. können sogar

274 *Winham*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 12 spricht von einer Wechselwirkung: „[...] a changing world economy both made developing countries important to the international trade system, and in turn reform of the system important to developing countries.“

275 Vgl. diesbezüglich als vorläufigen Höhepunkt § 5 der Millenniums-Erklärung der UN (A/Res/55/2 vom 8.9.2000).

276 *Bender/Gabisch*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 450 f.; *Lachmann*, S. 263 ff.

protektionistische Maßnahmen im Einzelfall ökonomisch sinnvoll sein.²⁷⁷ Insofern sprechen gute Gründe dafür, das breite Spektrum der rechtlichen Möglichkeiten für eine spezielle und differenzierte Behandlung, wie sie seit dem Ende des Zweiten Weltkrieges verhandelt und in das Wirtschaftsvölkerrecht integriert worden sind, in der WTO-Rechtsordnung zu belassen.²⁷⁸

Zweifellos stellt die komplexe Heterogenität der Gruppe der Entwicklungsländer eine enorme Schwierigkeit für die Übertragung eines solch individualistischen Ansatzes, der die Probleme und Interesse jedes einzelnen Entwicklungslandes zu berücksichtigen versucht, in eine Rechtsordnung mit derzeit²⁷⁹ 153 Mitgliedstaaten dar. In diesem multilateralen System aber, in dem die Rechtssubjekte primär den eigenen, häufig genug nur einen kurzfristigen und so gut wie nie den Gemeinschaftsnutzen im Auge haben, bedarf es nicht nur aus juristischer Sicht einer objektiven Instanz, welche den hinter den Normen stehenden Gemeinwohlzweck bewahren und insbesondere auch durchsetzen kann.²⁸⁰

Grundvoraussetzung dafür ist, dass die durchzusetzenden Normen hinreichend bestimmt, bzw. bestimmbar sind. Wo es an hinreichender Bestimmbarkeit fehlt, muss der Normgeber, im Falle der WTO also die Mitgliedstaaten, tätig werden. Eben dies scheint indes, indiziert durch die Art und Weise des Scheiterns der WTO-Ministerkonferenz in Cancún 2003 sowie der Doha-Runde zuletzt Mitte des Jahres 2008, zur Zeit politisch ausgeschlossen. Eine bislang noch realistische Alternative um mit dem in § 44 der DDA²⁸¹ niedergelegten und in § 35 der Hong Kong-Ministererklärung²⁸² bekräftigten Anliegen ernst zu machen, liegt indes in einer Weiterentwicklung des WTO-

277 *Hankel*, in: Thiel, *Entwicklungstheorie*, S. 198 f.; *Hoekman/Özden*, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 1; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 40. Ähnlich *Mavroidis*, *GYIL* 47 (2004), 39, 40. Vgl. auch *Bender/Gabisch*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, S. 450 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 472 mit Verweis auf die einschlägigen Arbeiten von *Joseph Stiglitz* und *Dani Rodrik*. Parallel dazu wurde in der entwicklungstheoretischen Debatte von einer „Krise“, bzw. einem „Scheitern“ der „Großen Entwicklungstheorien“ gesprochen, da keine dieser Theorien letztlich funktioniert habe, vgl. dazu *Töbke Gonçalves*, S. 143 ff.; *Thiel*, in: *Thiel, Entwicklungstheorie*, S. 9 ff.

278 Ähnlich *Hoekmann*, in: *Petersmann*, S. 225.

279 Stand: 23.07.2008.

280 In diesem Sinne auch *Hankel*, in: *Thiel, Entwicklungstheorie*, S. 203 f: „Was stört, ist [...] schlicht [das] ordnungspolitische Defizit [des Weltmarktes]: seine Unverfasstheit. [...] Ein geregelter und verrechtlichter Globalismus ist die Grundlage für Erhalt und Fortführung des Sozialstaats auf nationaler Ebene.“

281 WT/MIN(01)/DEC.

282 WT/MIN(05)/DEC.

Rechts durch den DSB mit seinen faktisch rechtsprechende Tätigkeit ausübenden Organen *Panel* und *Appellate Body*.

3. Aktueller Status des *S&D*-Regimes

Da die Doha-Verhandlungsrunde durch ihr Scheitern in materieller Hinsicht keine rechtlichen Neuerungen gebracht hat, stellt das „Paket“ der Uruguay-Runde somit (weiterhin) den geltenden Zustand der WTO-Rechtsordnung dar. Das *S&D*-Regime wird im Wesentlichen²⁸³ durch folgende Vorschriften geprägt:

- *Präambel des ÜWTO*, worin eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung der Entwicklungsländer (und besonders der LDC's) als eines der Ziele der WTO identifiziert wird. Ferner erkennen die Vertragsparteien die Notwendigkeit weiterer Anstrengungen im Sinne einer verbesserten Integration der Entwicklungsländer in den Welthandel an.
- *Art. XVIII GATT '47*²⁸⁴ (und für den Handel mit Dienstleistungen *Art. XII GATS*²⁸⁵), wodurch Importbeschränkungen erlaubt werden zum Zwecke einer *infant-industry*-Politik, bzw. aus Zahlungsbilanzgründen.
- *Art. XXXVI:8 GATT '47*, welcher die Entwicklungsländer im Rahmen von Verhandlungen vom Grundsatz der Gegenseitigkeit befreit.
- *Enabling Clause*, welche die rechtliche Grundlage für das „Allgemeine Präferenzsystem“ bildet. Sie ist ein Beschluss aller Vertragsstaaten und somit gemäß Nr. 1, lit. b(iv) integraler Bestandteil des GATT '94.
- *Art. IV GATS*. Diese Vorschrift zielt darauf ab, den weltweiten Handel mit Dienstleistungen speziell von Entwicklungsländern zu erleichtern. Zu diesem Zweck sollen die WTO-Mitgliedstaaten besondere Verpflichtungen aushandeln, um die Wettbewerbsfähigkeit von Dienstleistungen aus Entwicklungsländern zu fördern und den Zugang zu den weltweiten Märkten zu erleichtern.

283 Vgl. auch die Auflistung bei *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 386 ff.

284 Diese Vorschrift wird konkretisiert durch die Entscheidung der Vertragsparteien vom 28.11.1979 über Schutzmaßnahmen für Entwicklungszwecke (L/4897, BISD, 26. Ergänzung 1980, S. 209 f.), durch die Erklärung über Handelsmaßnahmen aus Zahlungsbilanzgründen vom 28.11.1979 (BISD, 26. Ergänzung 1980, S. 205 ff.) sowie durch die Vereinbarung über die Zahlungsbilanzbestimmungen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens vom 15.4.1994, welche Bestandteil des GATT '94 ist. Für Zollverhandlungen ist in diesem Zusammenhang Art. XXVIII*bis* GATT '47 zu erwähnen.

285 Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen vom 15.4.1994.

- *Art. 12.10 und 24 DSU*²⁸⁶. Diese Vorschriften erstrecken die Sonderbehandlung von Entwicklungsländern auf das Streitschlichtungsverfahren der WTO. Entwicklungsländern wird darin insbesondere mehr Zeit für die Umsetzung eines Urteils eingeräumt.²⁸⁷

Die Weiterentwicklung des „Entwicklungsvölkerrechts“ außerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung, genauer im Rahmen der UNO (GA und UNCTAD), hatte primär den Effekt, dass das Thema „Entwicklungshilfe durch Handel“ auf der Tagesordnung blieb und heute aus dem Bewusstsein der Völkergemeinschaft nicht mehr wegzudenken ist.²⁸⁸ Bindende Normen wurden dort indes nie geschaffen. Dabei spielt die in der völkerrechtlichen Literatur erschöpfend behandelte Frage, ob nicht ggf. die *NIEO*-Resolutionen bindendes Recht etwa in Form von Völkergewohnheitsrecht erzeugt haben könnten²⁸⁹, für die WTO-Praxis nur eine untergeordnete Rolle. Dies liegt formal am gemäß Art. 7.2 DSU begrenzten Mandat der WTO-Streitschlichtungsorgane, welches die Schlichtung einer Handelsstreitigkeit zweier WTO-Mitgliedstaaten anhand anderen Völkerrechts außer den im ÜWTO genannten Abkommen nicht gestattet. Aber selbst bei Nichtvorliegen dieses formalen Grundes spricht materiell schlicht die fehlende *opinio iuris* der WTO-Mitgliedstaaten gegen entsprechendes Völkergewohnheitsrecht.

Diskussionsbeiträge, die durch die Annahme von bindendem (Gewohnheits-) Recht einen Beitrag zu Gunsten der Entwicklungsländer liefern wollen, erreichen letztlich das Gegenteil, bergen sie doch die Gefahr eines Bedeutungsverlustes einschlägiger GA-Resolutionen sowie staatlicher Kooperationsanstrengungen im wirtschaftlichen Bereich in sich. Denn viele Resolutionen fanden gerade erst *wegen* ihrer rechtlichen Eigenschaft als *soft law* die Zustimmung in der GA und erhielten dadurch wenigstens politische und/oder moralische Autorität.²⁹⁰

286 Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten vom 15.4.1994 (Dispute Settlement Understanding) ist als Annex 2 Bestandteil des GATT '94.

287 Vgl. insgesamt zur Praxis der Entwicklungsländer im Bereich der WTO-Streitschlichtung *Footer*, JWT 35 (2001) 1, 55 ff.; *Brewer/Young*, JWT 33 (1999) 5, 169 ff.; *Kufuor*, JWT 31 (1997) 5, 117 ff.; *Kuruvila*, JWT 31 (1997) 6, 171 ff.

288 Vgl. auch *Hoekmann*, in: Petersmann, S. 224: „Traditionally, developing countries have sought ‚differential and more favourable treatment‘ in the [GATT/]WTO with a view to increasing the development relevance of the trading system.“

289 Vgl. die Nachweise bei *Makarczyk*, S. 11 ff. (insb. Fn. 5 auf S. 12).

290 Vgl. *Makarczyk*, S. 11 ff.; *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 111 f. Die Botschafter der Industrieländer verwiesen mit Blick auf die Abstimmungsergebnisse über die einschlägigen *NIEO*-Resolutionen darauf, dass nur durch *Mehrheitsentscheidungen*, d.h.

Inwiefern die WTO-Rechtsordnung über bindendes Recht im Bereich *S&D* verfügt, versäumte bisher die eigens zur Beantwortung dieser Frage beauftragte CTD zu klären. Auch mangelt es bisher an entsprechenden Entscheidungen durch das Streitschlichtungsorgan der WTO und an wissenschaftlichen Auseinandersetzungen zu diesem Thema, um von einer juristischen „*S&D*-Dogmatik“ sprechen zu können.

Die Industrieländer achten im Übrigen bis heute darauf, dass es sich bei Um-, bzw. Neuformulierungen von *S&D*-Vorschriften um rechtlich nicht bindende Vorschriften handelt.²⁹¹ Zuletzt bei Verhandlungen der Doha-Runde scheiterten zahlreiche Änderungsvorschläge von Seiten der Entwicklungsländer am Widerstand der Industrieländer, weil diese Vorschläge darauf gerichtet waren, rechtlich bindende Vorschriften zu Gunsten der Entwicklungsländer festzuschreiben, welche dann im Rahmen der WTO-Streitschlichtung durchsetzbar gewesen wären.²⁹² In gewisser Weise steht diese Haltung der Industrieländer im Widerspruch zum Trend der 1980er und 1990er Jahre.²⁹³ Denn durch den Abschluss der Uruguay-Runde und Gründung der WTO 1994/95 sollte in bewusster Abkehr vom „*GATT à la carte*“ der Tokio-Runde die möglichst umfassende Unterwerfung unter eine zwingende Rechtsordnung aller Mitgliedstaaten erreicht werden, was sich schließlich nicht zuletzt in Vorschriften wie der Graduierungs-Klausel der *Enabling Clause* ausdrückt.

Als gesicherte Erkenntnis aus der Genese der einschlägigen Normen kann aber festgehalten werden, dass eine Bindungswirkung (beispielsweise durch Annahme von Gewohnheitsrecht) i.S. einer *Pflicht* der Industrieländer, bestimmte Maßnahmen zu Gunsten der Entwicklungsländer vorzunehmen (wie die Gewährung eines präferentiellen Marktzugangs), nicht hergeleitet werden kann. Dafür fehlt es an einer entsprechenden *opinio iuris* der WTO-Mitgliedstaaten.

Andererseits stellen diejenigen Vorschriften, die Entwicklungsländer von bestimmten Verpflichtungen befreien, voll justiziable und bindende Normen

bei Vorliegen von Gegen- oder enthaltenen Stimmen, in der GA bindendes Völkerrecht nicht erzeugt werden könne.

291 *McGovern*, S. 9.11-1; *Olivares*, JWT 35 (2001) 3, 545, 547 mit Verweis auf die GATT-Streitschlichtungsfälle „*EC – Refunds on Export Sugar – Complaint by Brazil*“ und „*EEC – Restrictions on Imports of Apples – Complaint by Chile*“, in denen jeweils vom *Panel* festgestellt wurde, dass sich aus den Vorschriften des Teils IV GATT keine „*precise, specific obligations*“ ergäben.

292 *Hoekman*, DO 5 (2003) 2, 19, 20. Vgl. auch *Hudec*, S. 12 f.; *Hoekman/Özden*, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 31.

293 *Olivares*, JWT 35 (2001) 3, 545, 548.

dar. In einem Streitschlichtungsverfahren können sich Entwicklungsländer auf diese Normen erfolgreich berufen. Darunter fällt insbesondere Art. XXXVI:8 GATT '47, welcher für die Entwicklungsländer eine Befreiung vom Grundsatz der Reziprozität vorsieht.²⁹⁴

Aus der Perspektive der Rechtsverbindlichkeit betrachtet, ist der Normenkomplex *S&D* also zweigeteilt: *Positive* Verhaltenspflichten ergeben sich für die Industrieländer nicht. Andererseits bestehen aber *negative* Verpflichtungen in Form von Duldungspflichten.

Ferner kann festgehalten werden, dass die entscheidenden gedanklichen Grundlagen für *S&D* außerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung entwickelt wurden, so dass eine juristische Auslegung von *S&D*-Normen nicht umhin kann, die politischen und normativen Entwicklungen insbesondere im Rahmen der UNCTAD (Stichwort: *NIEO*) in gebührendem Maße zu berücksichtigen.²⁹⁵

Was immer berechtigter- oder unberechtigterweise an Kritik hervorgebracht worden ist, so steht doch fest, dass *S&D* als integraler Bestandteil zur Rechtsordnung des Welthandels zu zählen ist.²⁹⁶ Insbesondere als politische Forderung wird eine Sonderbehandlung allein schon aus geschichtlichen Gründen²⁹⁷ noch auf sehr lange Sicht von den Entwicklungsländern aufrecht erhalten werden.²⁹⁸

In der Praxis der WTO wird es daher in absehbarer Zeit nicht darum gehen, *S&D* an sich in Frage zu stellen. Vielmehr werden Entwicklungsländer Forderungen der Industrieländer nach weniger Sonderbehandlung dadurch

294 *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, Teil B.I., Rn. 312; *Weiß/Herrmann*, Rn. 993. Anders *Hausmann*, S. 166.

295 Ähnlich *Benedek*, S. 13.

296 Vgl. nur § 13 und § 44 der DDA im Jahre 2001 (WT/MIN(01)/DEC); § 35 der Hong Kong-Ministererklärung (WT/MIN(05)/DEC), Nr. 1 lit. d der „Entscheidung des Allgemeinen Rates vom 1. August 2004 (WT/L/579). Vgl. ferner *Berrisch*, in: Prieß/Berrisch, Teil B.I.1., Rn. 327; *Trebilcock/Howse*, S. 498; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1324; *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 517.

297 Insbesondere im Sinne einer Wiedergutmachung für erlittene Nachteile aus der Kolonialzeit, vgl. dazu *Lachmann*, Entwicklungspolitik, Bd. 1, S. 58.

298 Vgl. etwa § 6 der GA-Erklärung vom 20.5.2001 (A/CONF.191/L.20): „*We aim at improving preferential market access for LDCs by working towards the objective of duty-free and quota-free market access for all LDCs' products in the markets of developed countries*“. Ähnlich auch *Bhala/Kennedy*, S. 406; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1295; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 13 f. Vgl. auch in Bezug auf das APS *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 206 f.: „To give up on GSP would be, in a sense, to give up on [the] underlying strategy of bloc solidarity.“

nachkommen, dass auf die Inanspruchnahme von verschiedenen *S&D*-Rechten bei Verhandlungen und in der Handelspraxis schlicht verzichtet wird, ohne die *S&D*-Norm aber aus der Rechtsordnung zu streichen. Dies zeigte nicht zuletzt die von den Entwicklungsländern an den Tag gelegte Verhandlungspraxis während der Uruguay-Runde.

Im Sinne einer politischen Bewertung sind die Industrieländer, und insbesondere die ehemaligen Kolonialherren unter ihnen, zukünftig aufgefordert, ihre Grundeinstellung gegenüber *S&D* zu überdenken. Die Sonderbehandlung von Entwicklungsländern wie bisher als eine Art „Almosen“ anzusehen, welche aus Großzügigkeit gewährt werden, sollte vor dem Hintergrund der dargestellten historischen, politischen und volkswirtschaftlichen Erkenntnisse sowie der rechtlich-dogmatischen Evolution des Prinzips der „souveränen Gleichheit der Staaten“ aufgegeben werden. Das Scheitern der Doha-Runde gibt allerdings keinen Anlass zur Hoffnung, dass dies in der nächsten Zukunft geschehen würde. Zu befürchten ist vielmehr, dass sich die gegensätzlichen Positionen verhärten und so eine Weiterentwicklung in Richtung effektiver *Zusammenarbeit* im Bereich Handel und Entwicklung ausbleibt.

B. Völkerrechtliche Grundlagen

Die einzelnen APS sowie alle sonstigen aktiven oder passiven Maßnahmen der Industrieländer, die in den Bereich *S&D* fallen, stellen einen besonderen Aspekt des nationalen Außenhandelsrechts dar. So werden beispielsweise durch das APS die Voraussetzungen und Modalitäten für die Einfuhr von bestimmten Gütern aus bestimmten Ländern geregelt. Völkerrechtlich betrachtet sind sie somit Ausfluss des Souveränitäts- und Territorialitätsprinzips, wonach jeder Staat berechtigt ist, seine Handels- und Wirtschaftsbeziehungen frei zu regeln.²⁹⁹ Diese Freiheit umfasst auch die Frage, *ob* überhaupt Handelsbeziehungen zu anderen Staaten aufgenommen werden sollen. Eine völkerrechtliche Pflicht, mit anderen Staaten Handel zu treiben, besteht nicht.³⁰⁰ Dies ändert sich auch nicht durch die Mitgliedschaft in einer Internationalen Organisation wie der WTO. Durch den Beitritt geht zwar regelmäßig eine Übertragung von Hoheitsrechten einher. Die (äußere) Souveränität bleibt indes rein rechtlich betrachtet vollständig erhalten, da jeder Staat

299 *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 6. Abschnitt, Rn. 2; *Ipsen*, § 43, Rn. 5; *Bleckmann*, ArchVöR 23 (1985), 450, 464 f.

300 Vgl. die Ausführungen des IGH im Nicaragua-Fall, ICJ Report 1986, 14, 138: „A state is not bound to continue particular trade relations longer than it sees fit to do so, in the absence of a treaty commitment or other specific legal obligation [...]“.

sich einseitig von seinen eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen lösen kann.³⁰¹

Die heute als „Globalisierung“ bezeichnete wirtschaftliche Interdependenz der Staaten sorgte indes dafür, dass die Bedeutung des Souveränitätsprinzips zurückgedrängt wurde. Das Völkerrecht wandelte sich vom Koexistenz- zum Kooperationsvölkerrecht. Es kommt nicht mehr primär auf den Schutz der Souveränität an, sondern vielmehr auf die Durchsetzung von Allgemeininteressen.³⁰² Die gegenseitige Abhängigkeit der Staaten zwang sie dazu, ihre Beziehungen mehr und mehr mit sachlich-gerechten Regelungen zu versehen, um ihre eigene Bevölkerung zufrieden zu stellen.³⁰³ Ein besonderes Beispiel bietet hier die Verrechtlichung des weltweiten Handels mit Waren. Das *S&D*-Regime stellt in diesem Prozess einen weiteren Schritt dar, indem es das Element der „distributiven Gleichheit“ eingeführt hat:

„It reflects a trend towards the internationalization of welfare state principles, by introducing at the international level such legal concepts as the collective responsibility of the community for the social and economic well-being of its members.“³⁰⁴

Zunächst schuf das GATT '47, später die Abkommen der Uruguay-Runde mit Gründung der WTO einen besonderen Teil des Wirtschaftsvölkerrechts.³⁰⁵ Die GATT/WTO-Rechtsordnung übt durch ihren hohen Grad an Verrechtlichung und durch die institutionalisierte Streitschlichtung einen starken Disziplinierungseffekt auf die Mitgliedstaaten aus.³⁰⁶ Dies ist u.a. darauf zurück zu führen, dass Verstöße gegen die Rechtsordnung gegebenenfalls Sanktionen nach sich ziehen, welche die nationale, in einer globalisierten Welt notwendigerweise auf Exporte angewiesene Volkswirtschaft an ihrer empfindlichsten Stelle treffen können: WTO-rechtswidriges Verhalten kann sich kein Mitgliedstaat auf Dauer im buchstäblichen Sinne „leisten“.

Vor diesem Hintergrund muss die rechtliche Geltungskraft von *S&D*-Normen bewertet werden. Eine rechtliche Stärkung dieser Normen hat in-

301 *Ipsen*, § 5, Rn. 8.

302 *Bleckmann*, ArchVöR 23 (1985), 450, 465 f.

303 *Bleckmann*, ArchVöR 23 (1985), 450, 469; *Ipsen*, § 5, Rn. 8.

304 *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 492. Ähnlich *Bleckmann*, ArchVöR 23 (1985), 450, 469: „Das bedeutet aber, dass wie im nationalen Recht aus den klassischen Freiheiten Soziale Grundrechte entwickelte worden sind, im Völkerrechtsraum [...] aus dem Souveränitätsprinzip sich positive Teilhaberechte entwickeln.“

305 Die Rechtsordnung der WTO umfasst den Austausch von Waren, Dienstleistungen und geistigem Eigentum, während zum allgemeinen Wirtschaftsvölkerrecht beispielsweise noch Währungs- und Sozialpolitische Aspekte gehören, vgl. *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 6. Abschnitt, Rn. 7. Siehe auch *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 85 f.

306 *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, Völkerrecht, 6. Abschnitt, Rn. 3; *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 86.

nerhalb der WTO-Rechtsordnung wie wohl sonst nirgends im Völkerrecht die Chance, über die Praxis der Streitschlichtung Geltung zu erlangen und das Souveränitäts- und Territorialitätsprinzip faktisch einzuschränken. So erfüllt die WTO zwei wichtige Funktionen. Sie bietet zum einen ein (beinahe³⁰⁷) universelles Forum für die Ausarbeitung von wirtschaftsvölkerrechtlichen Normen (legislative Funktion) und gewährleistet zum anderen durch ein im völkerrechtlichen Vergleich bemerkenswert effektives Streitschlichtungsverfahren die Rechtsdurchsetzung (judikative Funktion).³⁰⁸

§ 2: Das „Allgemeine Präferenzsystem“

Allgemeine Präferenzsysteme sind unilaterale Maßnahmen der Industrieländer im Bereich des Zollrechts.³⁰⁹ Man spricht insoweit auch von *autonomen*, d.h. nicht-vertraglichen Maßnahmen.³¹⁰ Konstitutiv für ein APS-Programm ist, dass vom Industrieland für importierte Waren aus den Entwicklungsländern ein geringerer Einfuhrzolltarif verlangt wird als für importierte Waren aus anderen (d.h. Nichtentwicklungs-) Ländern³¹¹; jedes APS ist daher *per definitionem* mit der Meistbegünstigungsklausel des Art. I:1 GATT nicht zu vereinbaren. Da die APS-Programme der Industrieländer politisch gewollt sind, werden sie innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung seit 1979 durch die *Enabling Clause* ermöglicht. Die *Enabling Clause* löste die ursprünglich nur auf zehn Jahre angelegte APS-Entscheidung der GATT-Vertragsstaaten von 1971 als nunmehr dauerhafte Rechtsgrundlage ab.³¹²

Einleitend wird in diesem Abschnitt zunächst auf die grundsätzliche Bedeutung der APS-Programme der Industrieländer für die Entwicklungsländer eingegangen (A.). Anschließend werden die historischen Grundlagen des APS i.S.d. *Enabling Clause* dargestellt (B.). Dies umfasst vor allem die Ausarbeitung der grundsätzlichen Merkmale eines APS durch die UNCTAD im

307 Derzeit zählt die WTO 150 Mitglieder (Stand: 10.11.2006).

308 *Tussie/Lengyel*, in: Hoekman/Mattoo/English, S. 491; *Hoekman/Michalopoulos/Winters*, World Bank Working Paper, No. 3107, S. 1.

309 Die EG beispielsweise stützt ihre diesbezügliche Gesetzgebungskompetenz („insbesondere“) auf Art. 133 EGV, vgl. die Präambel der jüngsten APS-VO Nr. 980/2005 vom 27. Juni 2005.

310 Vgl. nur *Snyder*, S. 483.

311 *Hemmer*, S. 703; *Bhala/Kennedy*, S. 420; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 31.

312 *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 5; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 7 f.; *Low*, JWT 37 (2003) 4, 801, 804; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 27; *Oyijeda*, in: Weltbank-Handbuch, S. 505; *Hudec*, CBLR 1992, 67, 72 f.; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 7 f.; *Kessie*, WC 22 (1999) 2, 83, 91.

Jahre 1968 (im Folgenden: „APS der UNCTAD“). Abschließend werden dann die beiden Normen, auf deren Grundlage sich die Integration des „APS der UNCTAD“ in die GATT/WTO-Rechtsordnung vollzog, beschrieben (C.).

A. Bedeutung der APS für Entwicklungsländer

APS sind eine besondere Form von Entwicklungshilfe, also eine von den entwickelten Ländern eingesetzte Transfermaßnahme, die (unmittelbar oder mittelbar) in den Empfängerländern die Überwindung der Unterentwicklung fördern soll.³¹³ APS haben das Ziel, eine relative Erhöhung und Stabilisierung der Exporterlöse sowie eine nachhaltige industrielle Diversifikation der Entwicklungsländer zu erreichen.³¹⁴ Bisher verhinderte dies die Zollpolitik der Industrieländer in Bezug auf die meisten industriellen Halbfertig- und Fertigprodukte, da die Zolltarife in der Regel parallel mit dem technischen Herstellungsaufwand des Produktes ansteigen (sog. *effektiver Zollsatz*)³¹⁵, so dass sich Entwicklungsländer überwiegend auf den Export von Rohstoffen beschränkten.³¹⁶

Makroökonomisch sollen mit dem APS im Wesentlichen zwei Effekte erreicht werden, nämlich einerseits die „Erzeugung von Handel“, und andererseits die „Umleitung von Handel“.³¹⁷ Indem Zölle für Produzenten aus Entwicklungsländern reduziert werden, sollen deren Produkte auf dem Markt des APS-gewährenden Industrielandes Produkte von heimischen, aber ökonomisch ineffizienteren Herstellern ersetzen und so Handel zwischen dem Industrie- und dem Entwicklungsland erzeugen. Die Zolllenkung soll zweitens dazu führen, dass Produkte aus Drittländern durch Entwicklungslandprodukte ersetzt und so Handelsströme umgeleitet werden.³¹⁸

Derzeit sind der UNCTAD dreizehn APS-Programme bekannt gemacht, und zwar von Australien, Weißrussland, Bulgarien, Kanada, Estland, der Europäischen Union, den USA, Japan, Neuseeland, Norwegen, der Russischen Föderation, der Schweiz sowie der Türkei.³¹⁹

313 So die (volkswirtschaftliche) Definition des Begriffes „Entwicklungshilfe“ bei *Bender/Gabisch*, in: Bender, Vahlens Kompendium, Bd. 1, S. 460 ff.

314 Vgl. nur *Kessie*, WComp. 22 (1999) 2, 83, 92.

315 *Hemmer*, S. 682 f.

316 *Hemmer*, S. 705; *Behnam*, JWTL 9 (1975) 4, 442, 443.

317 Vgl. *Hemmer*, S. 703 ff.; *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 171.

318 *Kreinin/Finger*, JWTL 10 (1976) 6, 493, 495 f.

319 Vgl. www.unctad.org/Templates/Page.asp?intItemID=2309&lang=1 (*letzter Besuch: 20.8.2008*).

I. Grundsätzliche Kritik und strukturelle Effektivitätshindernisse

Vor allem in der volkswirtschaftlichen Literatur werden Zollpräferenzsysteme insofern kritisch betrachtet, als dass diese solche Industrien in den Entwicklungsländern „künstlich“ am Leben erhielten, welche weltweit einen komparativen *Kostennachteil* aufwiesen, weil die Entwicklungsländer ihre Handelspolitik eher nach den Präferenzen als nach den eigenen komparativen *Kostenvorteilen* ausrichteten. Zollpräferenzen stellten ferner ein Hindernis für eine Diversifizierung der Exportwirtschaft dar, da überwiegend nicht in solche Industrien investiert werde, für deren Produkte keine Zollpräferenzen zu erwarten seien.³²⁰

Weiter wird argumentiert, dass in den Sektoren, in denen die Entwicklungsländer grundsätzlich einen komparativen *Kostenvorteil* hätten, eine weltweite Liberalisierung für die wirtschaftliche Entwicklung im Gegensatz zu Zollpräferenzen vorzuziehen sei.³²¹ Schließlich wird dem APS der Effekt eines Bumerangs zugeschrieben, weil dieses dafür gesorgt habe, dass auf Meistbegünstigungsbasis der Handel mit solchen Produkten, bei denen Entwicklungsländer ein besonderes Exportinteresse hätten, weniger stark liberalisiert worden sei als der Handel mit Exportprodukten der Industrieländer.³²² Dies sei darauf zurückzuführen, dass in Verhandlungen grundsätzlich nur derjenige etwas gewinne, der etwas anzubieten habe.³²³

Neben dieser grundsätzlichen Kritik an Zollpräferenzsystemen fallen insbesondere strukturelle Effektivitätshindernisse ins Gewicht, welche eher tatsächlicher als theoretischer Natur sind.³²⁴ So ist zunächst festzustellen, dass sich die Einrichtung eines APS-Programms weitgehend³²⁵ auf freiwilliger Basis vollzieht. Dies hat in erster Linie Auswirkungen auf den Produktumfang: Dieser variiert von APS zu APS der verschiedenen Industrieländer. Zudem umfassen die APS-Programme auf Grund dessen zumeist nur solche industriellen Produkte, bei denen die Industrieländer über keine eigene nen-

320 Hemmer, S. 704; Rieck, ZEuS 2006, 177, 181.

321 Bender/Gabisch, in: Bender, Vahlens Kompendium, S. 464 f.; Senti, Aussenwirtschaft 23 (1968), 416, 428; Hoekman/Özden, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 3 f.; Pomfret, SEJ 53 (1986), 18.

322 Häberli, in: Cottier, GATT-Uruguay Round, S. 140; Mavroidis, GYIL 47 (2004), 39, 45; Hoekmann, in: Petersmann, S. 228.

323 Ähnlich Page/Kleen, S. 25.

324 Vgl. dazu Hudec, in: Petersmann/Hilf, S. 201 (Fn. 42); Hoekmann, in: Petersmann, S. 226.

325 Inwiefern die Industrieländer bei der Einrichtung eines APS an rechtliche Vorgaben durch die *Enabling Clause* oder sonstiges WTO-Recht gebunden sind, ist Gegenstand der folgenden Abschnitte (§§ 3 bis 6).

nenswerte Industrie verfügen, denen durch die Zollpräferenzen für die Entwicklungsländer Konkurrenz gemacht werden könnte.³²⁶ Im Falle hochindustrialisierter Staaten bzw. Staatengemeinschaften wie den USA oder der EG muss vor diesem Hintergrund nicht näher erläutert werden, dass nicht allzu viele Produkte übrig bleiben, die in ein APS aufgenommen werden.

Zu dem Problem, dass nur eine beschränkte Produktpalette in die APS-Programme aufgenommen werden, treten verschiedene Steuerungsinstrumente, mit denen die Präferenzgeberländer arbeiten. Ein solches Instrument sind strenge Ursprungsregeln³²⁷, die besonders kleineren Entwicklungsländern ein Profitieren von Zollpräferenzen erschweren, da diese Länder für die Herstellung von weiterverarbeiteten Produkten nur begrenzt auf eigene Ressourcen zurückgreifen können. Darüber hinaus haben begünstigte Länder nach den APS-Programmen der Industrieländer eine Reihe von Bedingungen zu erfüllen, wie beispielsweise die Einhaltung von Arbeitnehmerrechten oder Umweltstandards. Durch die Erfüllung all dieser das APS-Programm flankierenden Bedingungen entstehen den Entwicklungsländern Kosten, die den Wert der Zollpräferenzen schmälern.³²⁸ Dies kann dann u.U. dazu führen, dass sich das Entwicklungsland eher gegen die Inanspruchnahme von Präferenzen entscheidet. Diese und ähnliche Begleitumstände haben in der Vergangenheit mit dazu beigetragen, dass bislang nur einige wenige Entwicklungsländer einen signifikanten Vorteil aus den APS-Programmen ziehen konnten.³²⁹

Des Weiteren wirkt sich die Praxis der unilateralen und ausdrücklich politisch motivierten Graduierung negativ auf die Nachhaltigkeit der APS-Programme aus.³³⁰ Indem eine Graduierung als politisches Druckmittel

326 *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 f.; *Herz/Wagner*, S. 15.

327 Ursprungsregeln sind nationale Vorschriften, die anhand unterschiedlicher Kriterien über die genaue Herkunft eines importierten Produktes entscheiden. Nur wenn eine Ware nach den vom importierenden Land aufgestellten Kriterien aus einem begünstigten Land stammt kann dieses die Präferenz geltend machen. Vgl. dazu das Übereinkommen über Ursprungsregeln vom 15.4.1994, welches im Annex 1A des GATT '94 aufgeführt ist. Vgl. dazu und zum Folgenden auch *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 119 ff., *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 11 f.; *Inama*, JWT 37 (2003) 5, 959, 968 ff.; *Özden/Reinhard*, World Bank Working Paper, No. 2955, S. 5; *Kreinin/Finger*, JWTL 10 (1976) 6, 493, 496 f.

328 *Brenton/Ikezuki*, in: Newfarmer, S. 219 f.

329 Besonders vier Länder werden in verschiedenen Studien als Hauptprofiteure ausgemacht: Hongkong, Korea, Taiwan und Brasilien, vgl. *Bhala/Kennedy*, S. 403 f.; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 93; *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1324.

330 *Inama*, JWT 37 (2003) 5, 959, 960; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 41 f.; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 f.; *Page/Kleen*, S. 24.

gebraucht wird, treten wirtschaftliche Entwicklungsnotwendigkeiten, die hinter der entsprechenden Norm (§ 7 *Enabling Clause*) stehen, zwangsläufig zurück und verfehlen so oft ihr eigentliches Ziel. Um den Graduierungsmechanismus auch wirkungsvoll einsetzen zu können, werden die APS-Programme von Seiten der Industrieländer zudem regelmäßig evaluiert und erneuert. Dadurch wird den Entwicklungsländern eine längerfristige Planung mit Zollpräferenzen erschwert.³³¹

Schließlich werden auch auf politischer Ebene potentielle Hindernisse ausgemacht.³³² So bestehe die Gefahr, dass begünstigte Länder versuchten, ein Fortschreiten der weltweiten Liberalisierung zu bremsen, um die vermeintliche Effektivität der ihnen eingeräumten Präferenzen zu verteidigen.³³³ Auch könnten politische Konflikte zwischen den begünstigten Ländern um bestimmte Präferenzen entstehen, die sich lähmend auf eine positive Fortentwicklung des gesamten *S&D*-Regimes auswirken könnten.

II. Ökonomische Theorie und zukünftiges Potential

In der volkswirtschaftlichen Literatur sind hingegen auch solche Stimmen zu lesen, welche zumindest die Grundidee, die hinter der *Enabling Clause* und dem APS steht, nicht gänzlich ablehnen.³³⁴ Gefordert wird allerdings, dass ein begünstigender Marktzugang immer nur *ein* Aspekt unter vielen innerhalb einer breiter angelegten Entwicklungsstrategie bleibt.³³⁵ In diesem

331 *Page/Kleen*, S. 24; *Brenton/Ikezuki*, in: *Newfarmer*, S. 223 f.; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 f.

332 *Hoekman/Özden*, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 4; *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 134.

333 Vgl. *Page/Kleen*, S. 25.

334 *Hemmer*, S. 704 ff.; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 41; *Brenton/Ikezuki*, in: *Newfarmer*, S. 224. Vgl. aber auch die Studie von *Özden und Reinhard*, World Bank Working Paper, No. 2955 als vermeintliche, die Regel bestätigende Ausnahme. Darin kommen die beiden Volkswirte zu dem Ergebnis, dass APS-Programme einen messbaren negativen Einfluss auf die Außenhandelspolitik der Entwicklungsländer hätten. Es sinke die Bereitschaft in APS-begünstigten Ländern, die nationale Außenhandelspolitik zu liberalisieren, während umgekehrt die Bereitschaft zu eben solcher Liberalisierung in Entwicklungsländern, die aus einem APS-Programm „heraus graduiert“ wurden, steige (S. 20 ff.). Zu einem entgegengesetzten Ergebnis kommen etwa *Persson und Wilhelmsson*, in: *Bourdet/Gullstrand/Olofsdotter*, S. 42: „[...] we have been able to show that not only can trade preferences in general increase exports from developing countries, but the size of the gross trade creation is also in line with expectations.“

335 Vgl. *Bender/Gabisch*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, Bd. 1, S. 450 f.; *Oyejide*, in: *Weltbank-Handbuch*, S. 505; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 388 f.; *Hoekman/Michalopoulos/ Winters*, World Bank Working Paper, No. 3107, S. 3; *Hoek-*

Zusammenhang darf beispielsweise nicht übersehen werden, dass es einigen asiatischen Ländern gelungen ist, u.a. mit Hilfe von Zollpräferenzen ihre Wirtschaft nachhaltig zu entwickeln.³³⁶ Auch kommt eine neuere Studie zu dem recht bemerkenswerten Ergebnis, dass zwar die Mitgliedschaft im GATT, bzw. in der WTO für die einzelne Volkswirtschaft keinen messbaren Anstieg des Welthandels bewirke, dass aber andererseits die Einführung des Allgemeinen Präferenzsystems zu einer Verdoppelung des Handels zwischen den Geber- und Empfängerländern geführt habe.³³⁷

Bei der Frage nach dem Wert von Zollpräferenzen ist zudem folgendes zu berücksichtigen: Der Welthandel ist mittlerweile geprägt von einer Vielzahl bi- und plurilateraler Präferenzabkommen. Diese bestehen nicht nur zwischen Industrie- und Entwicklungsländern, sondern – in Form von Freihandelszonen oder Zollunionen – auch zwischen den Industrieländern selbst. Entwicklungsländer sind nicht selten in verschiedene Präferenzabkommen integriert.³³⁸ Diese beinahe unüberschaubare Situation macht es jeder wirtschaftswissenschaftlichen Untersuchung schwer, den exakten Wert von Zollpräferenzen zu bestimmen.³³⁹ Sowohl positive wie negative Ergebnisse müssen daher immer mit dem Vorbehalt gelesen werden, dass nie ganz auszuschließen ist, ob im konkreten Fall nicht vielleicht doch noch andere Faktoren eine Rolle gespielt haben könnten.

Im wissenschaftlichen Schrifttum werden allgemein vier Indikatoren für die Bestimmung des Wertes von Zollpräferenzen vorgeschlagen³⁴⁰:

- Die Differenz zwischen MFN- und präferentielltem Zollsatz für das jeweilige Produkt (*Preference margins*);

man/Özden, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 27; *Rolfe/Woodward*, GEJ 5 (2005) 3, Artikel 6, S. 22.

336 So zu Recht *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 94 in Bezug auf die sog. „Tiger-Staaten“ Hongkong, Südkorea, Taiwan und Singapur. Vgl. aber auch *Tetzlaff*, in: Thiel, Entwicklungstheorie, S. 355, der diesbezüglich von einer „großen Ausnahme“ spricht. *Brenton/Ikezuki*, in: Newfarmer, S. 225 führen das Beispiel Mauritius an, welches durch Zollpräferenzen stark profitiert hat und seine Wirtschaft diversifizieren konnte.

337 *Rose*, AER 94 (2004) 1, 98 ff.

338 Viele Entwicklungsländer werden beispielsweise in den verschiedenen allgemeinen APS-Programmen der Industrieländer berücksichtigt und daneben in speziellen Abkommen, z.B. die AKP-Länder im Falle der EG, vgl. hierzu unten §2, C.III.

339 So auch *Hoekmann/Martin/Primo Braga*, in: Newfarmer, S. 330.

340 Nach *Hoekmann/Martin/Primo Braga*, in: Newfarmer, S. 330.

- Das Verhältnis zwischen den vom APS-Programm begünstigten Produkten und der im begünstigten Entwicklungsland hergestellten zollpflichtigen Importprodukte (*Potential coverage*);
- Das Verhältnis zwischen Importen, die tatsächlich begünstigt werden und solchen, die nur prinzipiell vom APS erfasst werden (*Utilization*);
- Das Verhältnis zwischen dem Wert der Importe, die begünstigt werden zu allen zollpflichtigen Importen des exportierenden Entwicklungslandes (*Utility*³⁴¹).

Für ein grundsätzliches Existenzrecht des APS lässt sich ins Feld führen, dass in den Industrieländern nur etwa 1 bis 2 % der gesamten Importe gewerblicher und industrieller Güter auf zollbegünstigte Erzeugnisse entfallen, sich andererseits der Exportanteil ebenjener Güter in den Entwicklungsländern auf 15 bis 20 % beläuft.³⁴² Daraus ergibt sich, dass das Interesse der Entwicklungsländer an effektiven APS-Programmen dasjenige der Industrieländer an bedingten APS-Programmen rein wirtschaftlich betrachtet überwiegt.

Wirtschaftswissenschaftliche Studien aus jüngerer Zeit zeigen, dass die Gewährung von Zollpräferenzen grundsätzlich das angestrebte Ziel der Entwicklungsförderung erreicht.³⁴³ Ferner wird betont, dass die APS-Programme der Industrieländer grundsätzlich einen positiven Einfluss auf die Politik der Industrieländer in Bezug auf deren Außenhandel mit den Entwicklungsländern gehabt habe: Der Handel mit den Entwicklungsländern gestalte sich heute insgesamt liberaler und habe sich vom Volumen her deutlich vergrößert.³⁴⁴

Weiter ist zu berücksichtigen, dass in den klassischen Sektoren, in denen Entwicklungsländer typischerweise einen komparativen Kostenvorteil aufweisen (Landwirtschaft und Textilindustrie), die Industrieländer seit jeher ein Interesse daran hatten, ihre Märkte zu schützen.³⁴⁵ Dies zeigt sich nor-

341 Je kleiner diese Zahl ist, desto weniger großzügig ist das jeweilige APS-Programm.

342 Vgl. *Senti*, WTO, Rn. 606.

343 *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 26 ff. m.w.N.

344 *Jackson/Davey/Sykes*, S. 1189 f.: „The positive influence of the GSP on the evolution of imports from developing countries can be seen from the fact that imports benefiting from GSP treatment grew over the period at an average rate of nearly 27 per cent per year.“

345 *Bhala/Kennedy*, S. 401; *Senti*, WTO, Rn. 1468; *Braune*, S. 88; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 25; *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 5; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Schultz/Schumacher*, JWTL 18 (1984) 3, 206, 207; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1723. Vgl. auch *Häberli*, in: Cot-

mativ nicht zuletzt darin, dass jahrzehntlang Produkte aus den eben genannten Schlüsselsektoren Landwirtschaft und Textilien aus dem Anwendungsbereich des GATT ausgenommen wurden und so eine Liberalisierung verhindert wurde.³⁴⁶ Weiter vorangetrieben werden muss also zunächst die weltweite Liberalisierung der Märkte in diesen Sektoren, was schlicht durch die Anwendung des Meistbegünstigungsprinzips aus Art. I:1 GATT realisiert werden kann.³⁴⁷

Darüber hinaus besteht aber eine Chance darin, Exporte aus Entwicklungsländern im Vergleich zu Exporten aus anderen Ländern anstatt *gleich* gemäß Art. I:1 GATT, *besser* i.S.d. *Enabling Clause* zu behandeln. Dass dies zu positiven Umleitungseffekten führen kann, wird beispielsweise von der Europäischen Kommission als einer der Hauptgründe dafür angeführt, das APS auch im Jahrzehnt 2006-2015 als Teil der europäischen Entwicklungshilfe aufrecht zu erhalten.³⁴⁸ Die Kommission sah sich hierin im Jahre 2008 bestätigt: In einem *factsheet*³⁴⁹ zur APS-VO 2008 führt die Kommission aus, dass die Importe aus den begünstigten Ländern in die EG im Jahre 2006 um

tier, GATT-Uruguay Round, S. 141: „[...] Organisationen [wie beispielsweise die OECD, *Anm. des Verf.*] beziffern die den Entwicklungsländern derart [durch Protektionismus der Industrieländer, *Anm. des Verf.*] entgangenen Exporteinnahmen auf mehrere hundert Milliarden US-Dollars. Solchen Zahlen ist die heute von den Industrieländern gewährte öffentliche Entwicklungshilfe von 70 Milliarden US-Dollars gegenüberzustellen.“

- 346 *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1723; *Pangestu*, WE 23 (2000) 9, 1285, 1294; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 9 f. *Hoekman/ Michalopoulos/ Winters*, World Bank Working Paper, No. 3107, S. 7 bezeichnen dies als „*reverse S&D*“.
- 347 Eine weltweite Liberalisierung des Agrarsektors hätte freilich nicht nur Gewinner auf Seiten der Entwicklungsländer. Ein Beispiel stellt die weltweite Liberalisierung des Zuckermarktes dar. Die EU gewährt einigen afrikanischen Zuckerbauern auf Grund der Lomé- und Cotonou-Abkommen denselben Festpreis wie europäischen Bauern. Senkt die EU diesen Festpreis, bzw. würde der Weltzuckermarkt gar gänzlich liberalisiert, träfe dies kleinere Bauern beispielsweise in Mosambik oder Lesotho am härtesten, denn einen Wettbewerb mit der hochindustriellen Zuckerindustrie beispielsweise in Brasilien können diese nicht gewinnen. (Vgl. dazu den Beitrag von *Grill/ Pinzler/ Südhoff/ Uchatius* in DIE ZEIT, Nr. 47 vom 17.11.2005, S. 36 f.)
- 348 Vgl. Mitteilung der Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss: „Entwicklungsländer, internationaler Handel und nachhaltige Entwicklung: Die Rolle des Allgemeinen Präferenzsystems (APS) der Gemeinschaft im Jahrzehnt 2006/2015“ vom 7.7.2004, KOM (2004) 461, endgültig.
- 349 Abrufbar unter http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2008/july/tradoc_139988.pdf (zuletzt aufgerufen am 28.08.2008).

10 % zum Vorjahr und im Jahre 2007 um weitere 12 % zum Vorjahr gestiegen seien. Die Steigerungsrate läge bei Importen aus LDC's sogar bei 35 %.

Diese Umleitungseffekte kommen insbesondere denjenigen Nicht-LDC-Entwicklungsländern zu Gute, die in infrastruktureller Hinsicht besonders viel aufzuholen haben. Ziel soll sein, eine Diversifizierung und Entwicklung der exportorientierten Wirtschaftszweige der Entwicklungsländer zu erreichen, damit diese die Chance erhalten, eines Tages in bestimmten Sektoren in einen komparativen Kostenvorteil hineinwachsen zu können, von dem sie dann nachhaltig profitieren könnten.³⁵⁰

Das Argument, dass sich der wirtschaftliche Erfolg der APS-Programme *bisher* in Grenzen hielt, kann nach dem vorher Gesagten demnach nicht dazu führen, dieses System in Gänze abschaffen zu wollen.³⁵¹ Vielmehr sollten die aufgezeigten strukturellen Effektivitätshindernisse benannt und abgebaut werden. Zudem dienen die APS-Programme der Industrieländer in der politischen Praxis der WTO dazu, die besonderen Bedürfnisse und Probleme der Entwicklungsländer im Blickfeld der internationalen Handelsgemeinschaft zu behalten.³⁵²

Betrachtet man den Produktumfang der APS-Programme, so lässt sich ihr potentieller Nutzen für eine nachhaltige Entwicklung insbesondere daraus ableiten, welche Produkte dort *nicht* enthalten, bzw. als „sensible“³⁵³ Produkte gekennzeichnet sind. Grundsätzlich ist dabei festzustellen, dass APS-Programme nur eine sehr begrenzte Produktpalette abdecken und zudem gerade solche Güter nicht berücksichtigen, bei welchen die begünstigten Entwicklungsländer ein besonders großes Exportinteresse haben.³⁵⁴ Es ist somit grundsätzlich ein erhebliches Potential auszumachen, sofern sich die Industrieländer dazu durchringen können, die Produktpalette ihrer APS-

350 *Bender/Gabisch*, in: *Bender, Vahlens Kompendium*, S. 464 f. Vgl. auch *Hemmer*, S. 704: „Insofern würde die Zollpräferenz eine ausländische Unterstützung des binnenwirtschaftlichen Erziehungszollgedankens bedeuten.“

351 Ähnlich *Tetzlaff*, in: *Thiel, Entwicklungstheorie*, S. 356. Daher ist die im Ersten Abschnitt dargestellte Ansicht *Hudec's* (zitiert von *Low*, *JWT* 37 (2003) 4, 801, 803) abzulehnen. Vgl. auch *Kessie*, *WComp* 22 (1999) 2, 83, 95.

352 Ähnlich *Yusuf*, *JWTL* 14 (1980) 5, 488, 494.

353 Als „sensibel“ werden beispielsweise im APS-Programm der EU solche Produkte bezeichnet, bei denen nach Ansicht der EU eine besondere Wettbewerbssituation zu europäischen Produzenten besteht. Auf Grund dieser Kategorisierung erhalten diese Produkte in der Regel eine weniger große Zollpräferenz als andere Produkte.

354 *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 384 f.; *Whalley*, *CSGR Working Paper* No. 30/99, S. 42; *Hoekman*, *DO* 5 (2003) 2, 19, 20.

Programme mehr als bisher an den Bedürfnissen der Entwicklungsländer auszurichten.³⁵⁵

Eine detaillierte Analyse des Produktumfanges der APS-Programme entkräftet, bzw. relativiert ferner die abstrakte Feststellung, dass durch die vielen weltweiten Zollsenkungen – insbesondere durch die Uruguay-Runde – auf der Grundlage des Art. I:1 GATT Zollpräferenzen ohnehin an Bedeutung verloren hätten und in Zukunft noch weiter verlieren würden. Konkret wird bemängelt, dass den Entwicklungsländern in den APS-Programmen, im Unterschied zu den überwiegend gewährten Null-Tarif-Zöllen zu Gunsten der LDC's, nur *günstigere* Zölle im Vergleich zu den exportierenden Industrieländer zugestanden werden. Dadurch würden die Präferenzmargen im Vergleich zu den von Industrieländern zu zahlenden Zöllen automatisch verringert, so dass ein positiver wirtschaftlicher Effekt schlicht angezweifelt werden müsse.³⁵⁶

Wie bereits kurz angesprochen, sind es jedoch weniger die *nominalen*, sondern vielmehr die *effektiven* Zollsätze, welche den Entwicklungsländern den Export von industriellen Halbfertig- und Fertigprodukten erschweren.³⁵⁷ Ein weltweites Absinken der *nominalen* Durchschnittszollsätze wirkt sich daher in Bezug auf Zollpräferenzen nicht allzu gravierend aus. Viel entscheidender ist hingegen ein Absinken des *effektiven* Zollsatzes, welches bereits durch kleinere Zollsenkungen auf die jeweiligen Fertigprodukte erreicht werden kann:

„Der Schutzeffekt eines Zolls sinkt eben nicht nur, weil der nominale Zollsatz auf das Endprodukt kleiner wird, sondern weil sich zugleich infolge der konstanten Zollbelastung der Materialinputs die Struktur der Zollsätze zu Ungunsten der Industrieländer ändert: Die Eskalation der Zollsätze wird durch die Gewährung von Zollpräferenzen abgebaut.“³⁵⁸

Eine Studie im Auftrag der U.S.-amerikanischen *International Trade Commission* aus dem Jahre 2006 zeigt zudem beispielhaft anhand des CBERA-Programms der USA³⁵⁹, dass die negativen Effekte, die mit der Erosion von Präferenzmargen einher gehen, dann aufgewogen werden können, wenn die

355 So auch *Oyejide*, in: Weltbank-Handbuch, S. 508. Ähnlich *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1323.

356 *Hoekman/Özden*, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 3 f.; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 24 f.; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 28; *Inama*, JWT 37 (2003) 5, 959.

357 *Hemmer*, S. 705.

358 *Hemmer*, S. 705.

359 Vgl. hierzu unten §2, C.III.

Entwicklungsländer die Präferenzen vermehrt in Anspruch nehmen.³⁶⁰ Diese positiven Effekte könnten die Industrieländer dadurch verstärken, dass sie die APS-Programme effektiver gestalten, indem beispielsweise die Palette der begünstigten Produkte vergrößert oder der Verwaltungsaufwand für die Entwicklungsländer verringert würde.³⁶¹

APS haben ferner das Potential, denjenigen Entwicklungsländern, welche noch in binnenmarktorientierten Entwicklungsstrategien (ISI) verhaftet sind, den entwicklungspolitischen „*spillover*“ für die Hinwendung zu exportorientierten Strategien zu liefern.³⁶²

Schließlich kann auf eine Studie des IWF und der Weltbank aus dem Jahre 2004 hingewiesen werden, wonach die tarifären Handelsbeschränkungen durch Präferenzprogramme³⁶³ zu Gunsten von Entwicklungsländern im Vergleich zu den MFN-Tarifen durchschnittlich nur um etwa 20-30 % gesenkt wurden. Die Effekte von Zollpräferenzen werden zum einen durch nicht-tarifäre Hindernisse, zum zweiten durch bilaterale Präferenzabkommen, sowie drittens durch die signifikante Begrenzung des Produktumfanges unterminiert.³⁶⁴

III. Zölle als wichtige Einnahmequelle

In vielen Entwicklungsländern, und insbesondere bei den LDC's, stellen Zölle eine der wichtigsten Einnahmequellen des Staates dar.³⁶⁵ An dieser Tatsache ändert auch eine Ausweitung der Exportindustrien grundsätzlich nichts. Die Folge ist, dass diese Länder bei den WTO-Verhandlungsrunden sehr eingeschränkt sind, denn sie können in vielen Bereichen keine entscheidenden und somit für die Industrieländer interessanten Zollsenkungen anbieten.³⁶⁶ Ohne die in der *Enabling Clause* enthaltene Befreiung vom Grundsatz der Reziprozität und die darauf aufbauenden APS-Programme der Industrieländer gäbe es demnach für die große Zahl der betroffenen Entwicklungsländer wenn überhaupt nur eine geringe Aussicht auf die Förde-

360 Dean, USITC Working Paper Nr. 2006-11-A, S. 15 f.

361 So auch Hoekmann/Martin/Primo Braga, in: Newfarmer, S. 336; Brenton/Ikezuki, in: Newfarmer, S. 224 ff.

362 So Hemmer, S. 704.

363 Nicht nur APS, sondern auch spezielle Programme zu Gunsten spezieller Länder oder Regionen (bsp. die von der EU an die AKP-Staaten gewährten besonderen Präferenzen).

364 Hoekman/Özden, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 26 f.

365 Trebilcock/Howse, S. 491; Borchert, S. 355; Yusuf, JWTL 14 (1980) 5, 488, 502; Mulat, JWT 31 (1997) 1, 161 (am Bsp. Afrikas).

366 Oyejide, in: Weltbank-Handbuch, S. 504.

rung der Exportindustrie im Rahmen einer exportorientierten Entwicklungsstrategie.

IV. Zusammenfassung

Innerhalb der volkswirtschaftlichen Literatur ist eine klare „herrschende Meinung“ über den Wert von APS-Programmen nicht auszumachen.³⁶⁷ Im Gegenteil werden Handelspräferenzen als Teil einer größer angelegten Entwicklungsstrategie grundsätzlich befürwortet. Das dargestellte Potential, das in einer substantiellen Verbesserung der APS zu finden ist, rechtfertigt zusätzlich den Ansatz dieser Arbeit, juristische Unklarheiten in Bezug auf die normativen Grundlagen, welche u.a. infolge des WTO-Streitschlichtungsverfahrens *EC – Preferences* entstanden sind, zu beseitigen und die Dogmatik der *Enabling Clause* weiterzuentwickeln. Eine Stärkung der Rechtsordnung dient in erster Linie der schwächeren Partei eines Konfliktes, womit im Falle des Welthandelsrechts insbesondere die Entwicklungsländer gemeint sind.

B. Historische Entwicklung der Zollpräferenzsysteme

I. Präferenzmodelle außerhalb des GATT

1. Havanna-Charta von 1948

Wie bereits im Ersten Abschnitt (§ 1) erwähnt, widmete sich die *Havanna-Charta* im Vergleich zum GATT '47 in deutlich umfangreicherer Art und Weise den besonderen Bedürfnissen der Entwicklungsländer. Das mit „Wirtschaftliche Entwicklung und Wiederaufbau“ überschriebene Kapitel III umfasste insgesamt 8 Artikel (Art. 8-15). In Art. 15 war die wohl erste völkerrechtliche Kodifizierung von Präferenzsystemen zugunsten der weniger entwickelten Länder enthalten.³⁶⁸ Im Gegensatz zur *Enabling Clause*, die einen nicht-diskriminierenden und generalisierten Ansatz verfolgt, sah Art. 15:1 *Havanna-Charta* den

„[...] Abschluss neuer Präferenzabkommen zwischen zwei oder mehreren Ländern [...]“

367 So auch im April 2005 *Hoekman/Özden*, World Bank Working Paper, No. 3566, S. 27. Vgl. z.B. auf der einen Seite *Özden/Reinhard*, World Bank Working Paper, No. 2955 („*The Perversity of Preferences*“), und auf der anderen Seite *Rose*, AER 94 (2004) 1, 98 ff., („I find that the Generalized System of Preferences (GSP) extended from the North to developing countries approximately *doubles* trade“).

368 Dieser Artikel war überschrieben mit „Präferenzabkommen zum Zwecke der wirtschaftlichen Entwicklung und des Wiederaufbaus“. Vgl. auch *Senti*, WTO, Rn. 78.

vor.³⁶⁹ Diese Vorschrift war also erkennbar nicht von der Vorstellung „*one size fits all*“³⁷⁰ geprägt, sondern ließ den beteiligten Staaten den zumindest theoretischen Freiraum, individuelle Entwicklungsprogramme zu entwickeln und zu verfolgen. Ferner sollten gemäß Art. 15:4, lit. e, Satz 1 die Präferenzabkommen

„[...] unter Bedingungen, die mit den an ihnen teilnehmenden Staaten auszuhandeln sind, den Beitritt anderer Mitgliedsstaaten vorsehen, die [...] auf Grund ihrer Programme für die wirtschaftliche Entwicklung oder den Wiederaufbau die Bedingungen für die Teilnahme an dem Abkommen erfüllen.“³⁷¹

Satz 2 erweiterte diese Vorschrift um die Möglichkeit, ein Streitschlichtungsverfahren anzustrengen, sofern ein Mitgliedsstaat

„[...] ohne zutreffenden Grund von der Teilnahme an diesem Abkommen ausgeschlossen worden ist.“³⁷²

Schließlich bestimmte Art. 15:4, lit. f, Satz 1, dass Präferenzabkommen eine bestimmte Geltungsdauer vorsehen sollten, welche den für die Verwirklichung ihrer Ziele notwendigen Zeitraum, keinesfalls aber zehn Jahre, überschreiten durfte.³⁷³

Diese Vorschriften enthielten also an verschiedenen entscheidenden Stellen unbestimmte Rechtsbegriffe, wie z.B. „zutreffender Grund“ oder „notwendiger Zeitraum“. Gelangten Streitigkeiten zwischen den Mitgliedsstaaten über die Auslegung dieser Vorschriften vor ein unabhängiges Streitschlichtungsorgan der geplanten ITO, so bestand für ein Industrieland die Gefahr, dass die Auslegung durch das Streitschlichtungsorgan zu ungewollten Pflichten führen konnte, etwa in der Art, dass das „klagende“ Entwicklungsland in ein Präferenzabkommen aufgenommen werden musste, weil die vom Industrieland angeführten Ausschlussgründe nicht „zutreffend“ i.S.d. Art. 15:4, lit. e, Satz 2 waren.

Um diese Art von Schiedssprüchen zu vermeiden, verhinderten es die Industrieländer in der Folge erfolgreich, dass in die Rechtsordnung des internationalen Handels Vorschriften aufgenommen wurden, aus denen sich rechtlich bindende Pflichten im Hinblick auf konkrete Entwicklungshilfemaßnahmen ergeben könnten.

369 Zitiert nach *Hummer/Weiss*, S. 33.

370 Vgl. dazu *Keck/Low*, WTO-Working Paper, ERSD-2004-03, S. 10.

371 *Hummer/Weiss*, S. 34.

372 *Hummer/Weiss*, S. 34.

373 *Hummer/Weiss*, S. 34.

2. Resolutionen der UN-Generalversammlung

Eine weitere Kodifizierung von *nicht-diskriminierenden* und einseitig zu gewährenden Zollpräferenzen findet sich in Art. 18 Satz 1 der *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten*:

„Developed countries should extend, improve and enlarge the system of generalised non-reciprocal and non-discriminatory tariff preferences to the developing countries consistent with the relevant agreed conclusions and relevant decisions as adopted on this subject, in the framework of the competent international organisations.“

In dieser Vorschrift wird auf bereits eingerichtete Präferenzsysteme verwiesen. Neu im Gegensatz zu Art. 15 der *Havanna-Charta* jedoch ist, dass Art. 18 Satz 1 das Erfordernis einer Verlängerung, Verbesserung sowie Ausweitung von *generalisierten*, d.h. verallgemeinerten Präferenzsystemen betont. Diesem Erfordernis entsprachen zu dieser Zeit die wenigsten industriestaatlichen Präferenzsysteme, wie das Beispiel der Lomé I und II-Abkommen der EWG zeigt. Darin gewährte die EWG ausschließlich AKP-Staaten Zollpräferenzen und diskriminierte folglich alle anderen Entwicklungsländer. Art. 18 S. 1 der *Charta* war dazu gedacht, diese bisher von praktisch allen Industrieländern angewandte Diskriminierung zwischen Entwicklungsländern Schritt für Schritt aufzuheben.³⁷⁴

Die *Charta* war Teil des bereits im Ersten Abschnitt (§ 1) erwähnten *Aktionsprogramms* der GA vom 1. Mai 1974. Dieses *Aktionsprogramm* ist hinsichtlich der Ziele und konkreten Gestaltung von Präferenzsystemen detaillierter als Art. 18 S. 1 der *Charta*.³⁷⁵

Freilich teilt auch diese *Charta* das Schicksal aller GA-Resolutionen, welche die *NIEO* proklamierten. Sie beinhaltet keinerlei rechtsverbindliche Aussagen, sondern „nur“ politische Programme.³⁷⁶ Dies ergibt sich u.a. aus Art. 10 der *UN-Charta*, wonach gilt, dass

„[t]he General Assembly may discuss any question or any matters within the scope of the present Charter or relating to the powers and functions of any organs provided for in the present Charter, and, except as provided in Article 12, *may make recommendations* to the Members of the United Nations or to the Security Council or to both on any such questions or matters.“³⁷⁷

374 *Borgsmidt*, S. 107.

375 Vgl. insbesondere die Abschnitte I.3. lit. a [(ii), (v) sowie (x)] des *Aktionsprogramms*.

376 *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 3, Rn. 78; *Oppermann*, FS Karl Carstens, Bd. I, S. 449.

377 Hervorhebungen durch den Verf.

Nach dieser Vorschrift haben die entsprechenden Beschlüsse der GA somit nur empfehlenden Charakter.³⁷⁸

3. Die Ausarbeitung des „APS der UNCTAD“ durch UNCTAD II

Auf der Ersten UNCTAD-Konferenz im Jahr 1964 (UNCTAD I) wurde das strukturelle Problem der Entwicklungsländer betont, keinen hinreichenden Zugang zu den Märkten der Industrieländer zu besitzen, um eine nachhaltige Entwicklung der Wirtschaft zu erreichen.³⁷⁹ In die Schlusserklärung wurde daher u.a. das „*General Principle Eight*“ aufgenommen, welches lautet:

„International trade should be conducted to mutual advantage on the basis of the [MFN-] treatment and should be free from measures detrimental to the trading interests of other countries. However, developed countries should grant concessions to all developing countries and extend to developing countries all concessions they grant to one another and should not, in granting these or other concessions, require any concessions in return from developing countries. New preferential concessions, both tariff and non-tariff, should be made to developing countries as a whole and such preferences should not be extended to developed countries.“³⁸⁰

In dieser Zeit war die Praxis der meisten Entwicklungsländer jedoch von Protektionismus auf der theoretischen Grundlage der *Prebisch-Singer-Thesen* (ISI-Modell) sowie von politischer Konfrontation gegenüber den Industrieländern geprägt, so dass die wichtigsten Industrieländer noch nicht bereit waren, dem „*General Principle Eight*“ zuzustimmen.³⁸¹ Somit blieb es auf der UNCTAD I lediglich bei unverbindlichen und uneindeutigen Verlautbarungen.³⁸²

Vier Jahre später, auf der Zweiten UNCTAD in Neu Delhi (UNCTAD II), gelang es schließlich mit Unterstützung der wichtigsten Industrieländer das „*Allgemeine Präferenzsystem*“ im Grundsatz zu verabschieden.³⁸³ Dies geschah in Form der einstimmig angenommenen *Resolution 21(II)*³⁸⁴. Ausweislich des fünften Absatzes der Präambel der Res. 21(II) blieben indes noch einige Detailfragen offen, so dass gemäß Art. 2 der Res. 21(II) eine

378 *Hailbronner/Klein*, in: Simma, UN-Charta, Vol. I, Art. 10, Rn. 43 f.

379 Vgl. *UNCTAD I*, Vol. I, S. 5 ff. (para. 16 ff.); *Bhala/Kennedy*, S. 419 f.

380 *UNCTAD I*, Vol. I, S. 20.

381 Dagegen stimmten insbesondere Kanada, die USA und Großbritannien; es enthielten sich u.a. Deutschland, Frankreich und Italien, vgl. *UNCTAD I*, Vol. I, S. 20 (Fn. 8).

382 Vgl. insbesondere *UNCTAD I*, Vol. I, S. 39 (Annex A.III.5); *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 518.

383 Umfassend hierzu *Krishnamurti*, JWTL 5 (1971) 1, 45 ff. Vgl. auch *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1539; *Makarczyk*, S. 53 ff.; *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 518; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 6.

384 Die Res. 21(II) ist in dieser Arbeit im Annex D abgedruckt.

besondere Arbeitsgruppe, das „Special Committee on Preferences“ (SCP) als Unterorgan des „Trade and Development Board“ der UNCTAD eingerichtet und damit beauftragt wurde, die nähere Ausgestaltung des APS unter Beteiligung aller interessierten Länder auszuhandeln. Das SCP verabschiedete schließlich die „Agreed Conclusions“.³⁸⁵ Dieses Dokument fasst die Verhandlungsergebnisse des SCP zusammen und stellt fest,

„[...] that these preferential arrangements are mutually acceptable and represent a co-operative effort which has resulted from the detailed and intensive consultations between the developed and developing countries which have taken place in UNCTAD.“³⁸⁶

Der Durchbruch bei der UNCTAD II wurde jedoch durch einige entscheidende Einschränkungen in Bezug auf die konkrete Ausgestaltung der APS-Programme erreicht. Insbesondere die USA knüpften ihre Zustimmung zum „APS der UNCTAD“ an die Bedingung, dass dieses globale System auf freiwilliger Basis eingerichtet und in seinem Anwendungsbereich auf Zolltarife sowie hinsichtlich seiner Laufzeit begrenzt würde.³⁸⁷ Neben den bereits angesprochenen Einschränkungen sollten sich die APS-Programme nur auf solche Produkte beziehen dürfen, bei denen die exportierenden Entwicklungsländer nicht wettbewerbsfähig waren.³⁸⁸ Dies zeigt, dass die strenge Politik der Konfrontation zwar aufgeweicht, jedoch noch nicht gänzlich überwunden werden konnte.

II. „Alte“³⁸⁹ Präferenzsysteme innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung

Heutige multi- oder bilaterale Abkommen über Zollpräferenzen haben ihren Ursprung u.a. in den während der Kolonialzeit aufgebauten Handelsbeziehungen. So wurde bei den ersten Verhandlungen über Art. I GATT beispielsweise von britischer Seite erfolgreich darauf bestanden, die Imperialen bzw. Commonwealth-Präferenzen vom Anwendungsbereich des Meistbegünstigungsprinzips auszunehmen.³⁹⁰ Dies wurde wenig später auf die jeweils mit ihren ehemaligen Kolonialgebieten bestehenden Präferenzab-

385 UNCTAD-Doc. TD/B/330. Die „Agreed Conclusions“ sind im Annex E abgedruckt.

386 Vgl. Art. I, § 9.

387 *Whalley*, EJ 100 (1990), 1318, 1320.

388 *Bhala/Kennedy*, S. 419 f.; vgl. auch *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 493 ff.

389 Unter „alten“ Präferenzsystemen werden hier im Gegensatz zu den „neuen“ solche verstanden, die vor, bzw. bei in Kraft Treten des GATT '47 bestanden haben. Üblicherweise werden diese als „historische Präferenzen“ bezeichnet, vgl. *Senti*, WTO, Rn. 389 ff.; *Jackson*, Law of GATT, S. 264 f.

390 *Jackson*, The World Trading System, S. 139.

kommen Spaniens, Frankreichs, Belgiens sowie der Niederlande erweitert.³⁹¹

Als Korrektiv stellte Art. I:2 i.V.m. Absatz 4 GATT '47, worin diese sog. „grandfather clause preferences“³⁹² erlaubt wurden, die Bedingung auf, dass sich durch die Beibehaltung bereits bestehender Präferenzen das Gesamtniveau der Zollbelastungen nach Abschluss des GATT '47 nicht erhöhte. Diese Ausnahmevorschrift hat heute indes keine Bedeutung mehr, da sämtliche *grandfather clause preferences* entweder ausgelaufen, gekündigt oder in neueren Präferenzabkommen der Industrieländer aufgegangen sind.³⁹³

C. „Neue“ Präferenzsysteme

Das GATT '47 sah von Anfang an in Art. XXV:5 GATT ein Verfahren für eine Befreiung von einzelnen GATT-Verpflichtungen vor. Danach konnten in Ausnahmefällen die Vertragsstaaten einem Mitgliedstaat auf Antrag einen sog. *Waiver* gewähren, um das GATT-rechtswidrige Vorhaben zu legitimieren. Ein Verstoß gegen die Meistbegünstigungsklausel des Art. I:1 GATT durch die Einrichtung eines Zollpräferenzsystems konnte daher im Einzelfall durch das *Waiver*-Verfahren gerechtfertigt werden. Bereits während der Ausarbeitung des Teils IV Anfang der 1960er Jahre wurden jedoch Stimmen laut, die eine dauerhafte Ausnahmevorschrift für Art. I:1 GATT forderten, um zu Gunsten der Entwicklungsländer besondere Zollvereinbarungen auf GATT-konforme Weise aushandeln zu können und nicht auf das u.U. langwierige und umständliche *Waiver*-Verfahren angewiesen zu sein.³⁹⁴

Hinter dieser Forderung standen im Wesentlichen die Entwicklungsländer. Ihnen schwebten zu dieser Zeit allerdings noch vorwiegend solche Abkommen vor, welche sich die Entwicklungsländer untereinander gewähren konnten, ohne diese Vergünstigungen gemäß Art. I:1 GATT auch auf die Industrieländer ausweiten zu müssen. Am *Waiver*-Verfahren nach Art. XXV:5 GATT störte sie, dass in der Praxis *alle* GATT-Vertragsstaaten den *Waiver* beschließen mussten, was faktisch auf eine Genehmigung durch die Industrieländer hinauslief.³⁹⁵

391 Näher dazu *Senti*, WTO, Rn. 389; *Lowenfeld*, S. 31; *Trebilcock/Howse*, S. 473; *Harrison*, ITLR 2003, 159.

392 Vgl. *Senti*, WTO, Rn. 389.

393 *Berrisch*, in: WTO-Handbuch, Teil B.I., Rn. 100; *Senti*, WTO, Rn. 392; *Weiß/Herrmann*, Rn. 397 f.; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 395.

394 *Senti*, WTO, Rn. 394 und 590; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 491.

395 Zwar verlangt Art. XXV:5 GATT rein formal nur eine Zwei-Drittel-Mehrheit, sofern mindestens die Hälfte der VERTRAGSPARTEIEN anwesend ist. Jedoch wird auch

Trotz fehlender (GATT-)Rechtsgrundlage schlossen einige Entwicklungsländer in den 1960er Jahren dennoch Präferenzabkommen untereinander ab, „um im Interesse der Handelsförderung neue Techniken der Kooperation zwischen den Entwicklungsländern zu erproben“.³⁹⁶ Ein weiteres und auf Grund der Anzahl der teilnehmenden Länder bedeutenderes Abkommen wurde 1973 abgeschlossen.³⁹⁷ Schließlich trat im Jahre 1989 noch das sog. „*Global System of Trade Preferences*“ (GSTP) in Kraft, welches im Rahmen der „G 77“ ausgehandelt wurde und die Verstärkung der Handelsbeziehungen zwischen den Entwicklungsländern zum Ziel hatte.³⁹⁸

Parallel dazu wurde im Rahmen der UNCTAD aber auch die Ausarbeitung des „APS der UNCTAD“, auf dessen Grundlage die Industrieländer Entwicklungsländern in eigenen APS-Programmen einseitig Zollpräferenzen gewähren sollten, weiter vorangetrieben. Die Entstehungsgeschichte der normativen Grundlage dieser APS-Programme innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung wird im Folgenden dargestellt.

I. „Waiver“

1. Der erste Waiver für Australien gemäß Art. XXV:5 GATT '47

Als „Präzedenzfall“ in der GATT/WTO-Rechtsordnung dient der 1966 an Australien gewährte *Waiver* gemäß Art. XXV:5 GATT, der ein Abweichen von der Verpflichtung aus Art. I:1 GATT insoweit gestattet, als es notwendig ist

„to accord to goods [...] the tariff treatment specified [in the annex to this Declaration] when [...] such goods originated in the countries and territories having the characteris-

im *Waiver*-Verfahren das gem. Art. IX:1 ÜWTO geltende Konsensprinzip (zunächst) angewendet, vgl. *Senti*, WTO, Rn. 324 und 326.

396 BISD, 16. Ergänzung 1969, S. 84. An diesem Abkommen beteiligten sich Indien, Ägypten (damals unter dem Namen „Vereinigte Arabische Republik“) und Jugoslawien. Die VERTRAGSPARTEIEN billigten die Vereinbarung für eine Dauer von fünf Jahren unter der Bedingung, dass Drittstaaten dadurch nicht benachteiligt und alle Änderungen dem GATT unverzüglich mitgeteilt würden. Vgl. auch *Berrisch*, in: WTO-Handbuch, Teil B.I., Rn. 313; *Senti*, WTO, Rn. 590; *Bhala/Kennedy*, S. 422; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 489. Seit 1979 wurde dieses Abkommen so behandelt, als ob es seine rechtliche Grundlage in der *Enabling Clause* hätte, vgl. *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 57.

397 BISD, 21. Ergänzung 1975, S. 126 ff. Es beteiligten sich insgesamt 16 Staaten, darunter Brasilien, Indien, Israel, Pakistan, Spanien, Südkorea und die Türkei.

398 Vgl. *Hummer/Weiss*, S. 263 ff.; *Trebilcock/Howse*, S. 484; *Berrisch*, in: WTO-Handbuch, Teil B.I., Rn. 314; *Senti*, WTO, Rn. 597; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 385.

tics described in paragraph 4(a) of Article XVIII, without being required to extend the same tariff treatment to like goods when imported from other contracting parties“.³⁹⁹

Hinsichtlich der potentiellen Begünstigten des APS-Programms Australiens verweist dieser erste *Waiver* auf die wenig konkrete, indes einzige GATT-Definition des Begriffes „Entwicklungsland“ in Art. XVIII:4, lit. a GATT.⁴⁰⁰

2. Die APS-Entscheidung von 1971

Nachdem das „APS der UNCTAD“ ausgearbeitet und von den Hauptakteuren des Welthandels akzeptiert worden war, wollten nun nach Australien auch die anderen Industrieländer damit beginnen, ihre jeweiligen Programme in Kraft zu setzen. Da der 1964/65 in das GATT eingeführte Teil IV die Schaffung von APS-Programmen nicht vorsah bzw. hierfür keine rechtliche Grundlage bot⁴⁰¹, hätte jedes Industrieland, welches ein derartiges Programm in seine Außenwirtschaftsgesetzgebung aufnehmen wollte, mangels einer dauerhaften Rechtfertigungsnorm wie Australien 1966 jeweils einen individuellen *Waiver* beantragen müssen, da anderenfalls Art. I:1 GATT ein solches Programm verbieten würde.⁴⁰² Es drohte so eine unübersichtliche Zersplitterung des APS-Regimes.⁴⁰³ Das GATT-Sekretariat schlug drei Wege vor, die Einrichtung der Programme GATT-rechtlich abzusichern: (1) jeweils einen *Waiver* auf Antrag eines Mitgliedsstaates gemäß dem Verfahren nach Art. XXV:5 GATT; (2) einen Anhang zum GATT gemäß Art. XXX:1

399 BISD, 14. Ergänzung 1966, S. 23 bzw. WT/L/3 vom 5. April 1966 (zitiert nach *Jackson*; Law of GATT, S. 662). Seit Gründung der WTO 1994/95 ist die Rechtsgrundlage für *Waiver* nunmehr in Art. IX:3 ÜWTO niedergelegt (dort in lit. b wird ausdrücklich auf das GATT '94 verwiesen).

400 Der Text des APS-Programms Australiens ist nachzulesen unter GATT, Doc. L/2443.

401 Art. XXXVI:5 GATT betont die Bedeutung einer Stärkung der Exportwirtschaft in den Entwicklungsländer und fordert einen verbesserten Zugang zu den Weltmärkten. Diese Kernforderung wird in den folgenden Artikeln wiederholt in Verbindung mit der Aufforderung, diesbezüglich entsprechende Maßnahmen zu erlassen. Allerdings wird an keiner Stelle ein Verstoß gegen Art. I:1 GATT gerechtfertigt, um APS-Programme als konkrete Maßnahmen zu gestatten, vgl. *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 2, S. 1042 ff. und 1067 f.; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1538; *McGovern*, S. 9.21-2; *Hausmann*, S. 166 f.; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 489; *Harrison*, ITLR 2003, 159, 160; *Whalley*, CSGR Working Paper No. 30/99, S. 7; *Flory*, AFDI 1979, 580, 593 f. Unzutreffend insofern *Herdegen*, Int. Wirtschaftsrecht, § 9, Rn. 35.

402 *Jackson*, Law of GATT, S. 661; *Bhala/Kennedy*, S. 417 f.; *Long*, S. 100; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 489.

403 *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 15.

GATT; (3) eine einstimmige Entscheidung der Vertragsparteien, welche die Einrichtung der APS-Programme autorisierte.⁴⁰⁴

Gegen die erste Alternative sprachen vor allem rechtliche Gründe. Art. XXV:5 GATT setzt tatbestandlich das Vorliegen eines „außergewöhnlichen Umstandes“⁴⁰⁵ voraus. Die Idee des „APS der UNCTAD“ war es aber gerade, ein *generell* für alle Entwicklungsländer geltendes System zu errichten. Neben der Tatsache, dass die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „außergewöhnliche Umstände“ ohnehin streitig war, erschien die Annahme, dass diese „außergewöhnlichen Umstände“ bei allen Entwicklungsländern gleichermaßen vorliegen würden, eher abwegig.⁴⁰⁶ Ferner gestattete Art. XXV:5 GATT auf der Rechtsfolgenseite bei Vorliegen des Tatbestandes nur *einer* Vertragspartei das Abweichen von GATT-Verpflichtungen.⁴⁰⁷ Auch dies passte nicht zum eigentlichen Anliegen, einen generellen *Waiver* zu erlassen, der allen Industrieländern das Einrichten eines APS-Programmes gestattete.⁴⁰⁸

Gegen die zweite Alternative sprachen politische Gründe. In dieser Zeit legten die Industrieländer noch besonderen Wert auf den zeitlich begrenzten Charakter von Zollpräferenzprogrammen.⁴⁰⁹ Das außer Kraft Setzen des Art. I:1 GATT sollte nach ihrem Willen nicht fester Bestandteil der GATT-Rechtsordnung werden. Ein Anhang zum GATT hätte die zeitliche Begrenzung jedoch nicht in zufriedenstellender Weise berücksichtigt, sondern vielmehr eine zeitlich unbegrenzte Rechtsgrundlage für APS-Programme geschaffen. Verhandlungen über einen Anhang zum GATT '47 wurden daher als wenig erfolgversprechend angesehen, was sich mit der auf der UNCTAD II betonten Dringlichkeit in Bezug auf die Einrichtung der APS-Programme nicht vertragen hätte.⁴¹⁰

Es blieb daher nur noch die dritte Alternative übrig. Um zu vermeiden, dass jedes Industrieland einen Antrag nach Art. XXV:5 GATT stellen musste,

404 *Senti*, WTO, Rn. 395; *Long*, S. 100; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1539 f.; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 490. Vgl. auch die ausführliche Darstellung dieses Prozesses bei *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 349 ff.

405 Englische Originalfassung: „*exceptional circumstances*“.

406 *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1538 ff.; *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 349.

407 Englische Originalfassung: „[...] *may waive an obligation imposed upon a contracting party by this Agreement; [...]*“ (Hervorhebung durch den Verf.)

408 *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 490.

409 *Meltzer*, JWTL 20 (1986) 5, 505, 508.

410 *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1540; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 490; *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 349.

verabschiedeten die GATT-Vertragsstaaten einstimmig eine auf zehn Jahre angelegte Entscheidung unter dem Titel „*Allgemeines Präferenzsystem*“⁴¹¹, welche für alle Mitgliedsstaaten gleichermaßen und ohne Einzelfallprüfung eine Befreiung von der Verpflichtung aus Art. I:1 GATT vorsah. Diese Entscheidung hatte im Ergebnis dieselbe Rechtswirkung wie der für den Einzelfall vorgesehene *Waiver* gemäß Art. XXV:5 GATT.⁴¹² Zwar überschrieben die Vertragsstaaten die Entscheidung mit dem Begriff „*Waiver*“, jedoch vermieden sie es aus den oben genannten rechtlichen Gründe, einen ausdrücklichen Bezug zu Art. XXV:5 GATT herzustellen.⁴¹³ Auch fehlte ein Hinweis auf eine anderweitige Rechtsgrundlage, auf die diese Art von Entscheidung hätte gestützt werden können. Dementsprechend wurde dieses Vorgehen im Schrifttum als rechtswidrig kritisiert, da von Vorschriften wie Art. I:1 GATT nur in einem im GATT selbst vorgesehenen Verfahren rechtswirksam abgewichen werden könne.⁴¹⁴ Als rechtmäßige Rechtsgrundlage kämen demnach nur Art. XXV:5 oder Art. XXX GATT in Betracht.

Das Zustandekommen und die Anwendung der APS-Entscheidung von 1971 scheiterte im Endeffekt jedoch nicht an den genannten Einwänden. Den GATT-Vertragsstaaten kam es entscheidend auf das politische Signal an. Die APS-Entscheidung von 1971 ist im Jahre 1979 in ihrer Rechtswirkung zudem vollständig durch die *Enabling Clause* ersetzt worden, so dass sich diese Rechtsproblematik erledigt hat.

3. Die normative Struktur der APS-Entscheidung von 1971

Die APS-Entscheidung von 1971 ist unterteilt in einen programmatischen und einen operativen, d.h. rechtlich verbindlichen Teil.⁴¹⁵ Den programmatischen und daher rechtlich unverbindlichen Teil bildet die Präambel. In den Absätzen drei und vier wird ausgiebig auf die entsprechenden Verhandlungen und die „einstimmige“ Verabschiedung des APS im Rahmen der UNCTAD II verwiesen.

Teil der Vereinbarungen der UNCTAD II war die Aufforderung an die teilnehmenden Länder, möglichst noch im Jahre 1971 die entsprechenden rechtlichen Voraussetzungen für die Einführung der APS-Programme zu schaf-

411 Entscheidung L/3545 vom 25. Juni 1971, BISD, 18. Ergänzung 1971, S. 24. Sie ist abgedruckt im Annex C.

412 *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 49. Siehe auch *Kennedy*, in: *Macrorry/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1540.

413 *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 360.

414 *Gros Espiell*, JWTL 8 (1974) 4, 341, 350; vgl. dazu auch *Long*, S. 18; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 491.

415 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 520.

fen.⁴¹⁶ Damit waren nicht nur nationalstaatliche Maßnahmen gemeint, sondern vor allem entsprechende Maßnahmen innerhalb des GATT '47.⁴¹⁷ Dieser Aufforderung kam der operative Teil der APS-Entscheidung von 1971 nach. Dieser sieht in lit. a vor, dass

„[...] the provisions of Article I shall be waived for a period of ten years to the extent necessary to permit developed contracting parties [...] to accord preferential tariff treatment to products originating in developing countries [...] without according such treatment to like products of other contracting parties“.

4. Regelungsinhalte

Der Regelungsgehalt des operativen Teils der APS-Entscheidung von 1971 beschränkte sich in Bezug auf die Ausgestaltung der einzelnen APS-Programme der Industrieländer im Wesentlichen auf die in lit. a enthaltenen Voraussetzungen. Danach wurde Art. I:1 GATT außer Kraft gesetzt, um den Industrieländern die Einrichtung eines Zollpräferenzsystems zu „erlauben“. Im Umkehrschluss bedeutete dies in erster Linie, dass kein Industrieland dazu verpflichtet war, ein APS-Programm in die nationale Außenwirtschaftspolitik aufzunehmen.⁴¹⁸

Ferner bezog sich die Erlaubnis auf die Gewährung von Zollpräferenzen für Produkte aus „Entwicklungsländern“. Da bis heute eine Definition des Begriffes „Entwicklungsland“ innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung fehlt, die durch das objektive Streitschlichtungsorgan der WTO überprüfbar wäre⁴¹⁹, und dies auch in der APS-Entscheidung von 1971 nicht nachgeholt

416 Vgl. Art. I § 10 der „Agreed Conclusions“: „Notes the determination of the prospective preference-giving countries to seek as rapidly as possible the necessary legislative or other sanction with the aim of implementing the preferential arrangements as early as possible in 1971.“

417 Wie im Ersten Abschnitt (§ 1) dargestellt, stellte die UNCTAD in den 1960er Jahren eine Art „Konkurrenzveranstaltung“ zum GATT '47 unter faktischer Regie der Entwicklungsländer dar. Mit Hilfe der UNCTAD wollten diese insbesondere die Rechtsordnung des GATT '47 in ihrem Sinne beeinflussen, so dass Sätze wie der in der vorherigen Fn. zitierte grundsätzlich im Zusammenhang mit dem GATT '47 verstanden werden muss.

418 Verstärkt und bestätigt wurde dies im fünften Absatz der Präambel, in dem es hieß: „*Noting* the statement of developed contracting parties that the grant of tariff preferences does not constitute a binding commitment [...].“

419 *Trebilcock/Howse*, S. 471 (dort Fn. 1); *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 374; *Berrisch*, in: WTO-Handbuch, Teil B.I., Rn. 307; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 19; *McGovern*, S. 9.21-1; *Nottage*, JIEL 6 (2003) 1, 23, 26; *Kessie*, WComp 22 (1999) 2, 83, 85 (dort Fn. 6). Zu dieser Aussage existiert eine punktuelle Ausnahme im WTO-Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmaßnahmen. Dort heißt es im Annex VII: „*The developing country Members [...] of Article 27 are: (a) Least-*

wurde, war es ausschließlich Sache der Geberländer zu bestimmen, welches Land im Rahmen seines APS-Programms eine Begünstigung erhielt und welches nicht.⁴²⁰ Schließlich sind dem operativen Teil keine Rahmenvorschriften für die jeweiligen APS-Programme zu entnehmen, mit deren Hilfe etwa (Ober- oder Unter-) Grenzen für Zolltarife oder den Produktumfang, der jedenfalls im APS-Programm enthalten sein musste, festgeschrieben worden wären.

Als eine Art Kontrollmechanismus schrieben die lit. c bis e der APS-Entscheidung von 1971 lediglich einige verfahrensrechtliche Pflichten vor. So „sollte“ gemäß lit. c jede Einführung oder Änderung eines APS-Programms den Vertragsparteien angezeigt werden. Die lit. d und e waren schließlich auf die zügige Herbeiführung eines Streitschlichtungsverfahrens gerichtet, sofern sich ein Mitgliedstaat in seinen Rechten beeinträchtigt fühlte.

Die APS-Entscheidung von 1971 war somit in Bezug auf die Ausgestaltung der APS-Programme von einem größtmöglichen Ermessensspielraum auf Seiten der Industrieländer geprägt.

II. *Enabling Clause*

1. Vorarbeiten

Als Antwort auf den bereits erwähnten *Haberler-Bericht* sprachen sich die GATT-Vertragsstaaten erstmals im Jahre 1961 in einer gemeinsamen Erklärung⁴²¹ für einen verbesserten Marktzugang der Entwicklungsländer aus, welcher nicht auf den aus der Kolonialzeit stammenden speziellen Präferenzabkommen basieren sollte.⁴²²

developed countries designated as such by the United Nations which are Members of the WTO. (b) Each of the following developing countries which are Members of the WTO shall be subject to the provisions which are applicable to other developing country Members according to paragraph 2(b) of Article 27 when GNP per capita has reached \$1,000 per annum. (Fn. 68: The inclusion of developing country Members in the list in paragraph (b) is based on the most recent data from the World Bank on GNP per capita.)“ (zitiert nach *WTO, The Legal Texts*, Cambridge (UK), 1999, S. 274.) Die dort enthaltene Definition gilt indes ausschließlich für dieses spezielle Abkommen, vgl. *Qureshi*, S. 137 f. Bislang gab es noch keine WTO-Rechtsprechung oder sonstige WTO-Entscheidungen zu dieser Vorschrift, vgl. *WTO, WTO-Analytical Index*, Vol. 2, S. 1002.

420 *Jackson*, *The World Trading System*, 2nd ed., S. 323; *Bhala/Kennedy*, S. 420; *Yusuf*, *JWTL* 14 (1980) 5, 488, 494.

421 Vgl. die „Declaration on the Promotion of Trade of Less developed Countries“ vom 7. Dezember 1961 (L/1698).

422 *Michalopoulos*, *World Bank Working Paper*, No. 2388, S. 5.

Während sich die Industrieländer bislang⁴²³ gegen Forderungen der Entwicklungsländer gewehrt hatten, das GATT mit einer dauerhaften Rechtsgrundlage für APS-Programme auszustatten, so änderte sich diese Einstellung im Laufe der Tokio-Runde.⁴²⁴ Die soeben dargestellte APS-Entscheidung von 1971 stellte weder die Entwicklungs-, noch die Industrieländer endgültig zufrieden.⁴²⁵ In der Ministerklärung zu Beginn der Tokio-Runde 1973 wurde daher das Bestreben erklärt, den internationalen Rechtsrahmen für die Beteiligung der Entwicklungsländer am Welthandel weiter zu entwickeln.⁴²⁶ Im Jahre 1976 wurde daraufhin vom „*Trade Negotiations Committee of the Tokyo Round*“ eine spezielle „*Framework Group*“ eingerichtet, welche die Weiterentwicklung der GATT/WTO-Rechtsordnung insbesondere im Hinblick auf den Handel zwischen Industrie- und Entwicklungsländern unter Einbeziehung eines Systems von differenzierter und bevorzugter Behandlung der Entwicklungsländer untersuchen sollte.⁴²⁷ Diese Gruppe arbeitete letztlich den endgültigen Text der *Enabling Clause* aus.⁴²⁸

2. Systematik der Norm

Die Bezeichnung „*Enabling Clause*“ ist nicht die offizielle Bezeichnung für die Entscheidung der GATT-Vertragsparteien. Sie veranschaulicht aber den rechtlichen Grundsatz der Entscheidung der Vertragsparteien, dass sie das Abweichen von Art. I:1 GATT zu Gunsten der Entwicklungsländer *ermöglicht*, jedoch keinesfalls *vorschreibt*.⁴²⁹ Rein sprachlich deckt sich die *Enabling Clause* weitgehend mit Art. 18 der *Charta der wirtschaftlichen Rechte und Pflichten der Staaten* von 1974. Rechtlich musste natürlich eine „echte“ GATT-Vorschrift her, d.h. eine Norm, die durch die Mitgliedstaaten des

423 Auch die *Havanna-Charta* von 1948 enthielt keine *permanente* Rechtsgrundlage für APS-Programme der Industrieländer. Sie folgte vielmehr dem *Waiver*-Verfahren, wonach jeweils ein Antrag auf Gewährung einer Ausnahme zum Meistbegünstigungsprinzip gestellt werden muss, vgl. Art. 15, Abs. 2 und 3 der *Havanna-Charta*.

424 *Bhala/Kennedy*, S. 423; *Long*, S. 101; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1542.

425 *Senti*, WTO, Rn. 592.

426 Vgl. § 9 der „Declaration of Ministers Approved at Tokyo on 14th September 1973“, GATT, Doc. MIN (73)/1.

427 *Senti*, WTO, Rn. 397; *Michalopoulos*, World Bank Working Paper, No. 2388, S. 5; vgl. auch GATT, Doc. MTN/17 vom 8. November 1976, para. 1.

428 *Berrisch*, in: WTO-Handbuch, Teil B.I.1., Rn. 314; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 491.

429 *Bhala/Kennedy*, S. 424; *Long*, S. 102; *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1542.

GATT geschaffen wurde, um rechtswirksam von Art. I:1 GATT abweichen zu können.

a) Tatbestand und Rechtsfolge

Als Rechtsfolge enthält § 1 *Enabling Clause* die Legitimierung einer Verletzung des Art. I:1 GATT. Tatbestandlich fordert § 1 lediglich das Vorliegen von „*differential and more favourable treatment*“, welches eine „Vertragspartei“ einem „Entwicklungsland“ gewährt. Anschließend bestimmt § 2 den konkreten Anwendungsbereich und listet vier verschiedene Typen von Maßnahmen auf, die von einem GATT-Mitgliedsstaat mit der Rechtsfolge des § 1 ergriffen werden können. Dabei verweist § 2 lit. a auf das durch die Entscheidung der GATT-Vertragsparteien 1971 in die GATT/WTO-Rechtsordnung eingeführte „APS der UNCTAD“.⁴³⁰ Weitere Maßnahmen i.S.d. § 1 können nach § 2 lit. b den Abbau von nicht-tarifären Handelshemmnissen zu Gunsten der Entwicklungsländer betreffen. § 2 lit. c sieht die Legitimation von entsprechenden Abkommen zwischen Entwicklungsländern vor und § 2 lit. d betrifft schließlich besondere Maßnahmen aller Vertragsstaaten zu Gunsten der am wenigsten entwickelten Länder (LDC's).

Die Liste des § 2 lit. a *Enabling Clause* ist abschließend. Nur die dort typisierten Maßnahmen können die dauerhafte Rechtsfolge des § 1 *Enabling Clause* auslösen. Daneben bleibt es den Vertragsparteien gemäß der Fußnote 2 des § 2 *Enabling Clause* jedoch unbelassen, auf der Grundlage von solchen GATT-Vorschriften, welche zu „*joint actions*“ zwischen Industrie- und Entwicklungsländern ermächtigen, anderweitige *S&D*-Maßnahmen zu erlassen. Gemeint sind damit mangels entsprechender Rechtskraft nicht die Vorschriften des Teils IV GATT, sondern vor allem die Inanspruchnahme des *Waiver*-Verfahrens gemäß Art. XXV:5 GATT mit seinen strengen Voraussetzungen.⁴³¹

430 Dies geschieht durch die Fußnote 3, in der es heißt: „*As described in the Decision of the CONTRACTING PARTIES of 25 June 1971, relating to the establishment of 'generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences beneficial to the developing countries'* (vgl. BISD, 18. Ergänzung 1971, S. 24).“

431 *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 54; *Bartels*, *JIEL* 6 (2003) 2, 507, 520 f.; *Yusuf*, *JWTL* 14 (1980) 5, 488, 495. Vgl. auch den Bericht der entsprechenden GATT-Arbeitsgruppe: „The joint action envisaged had to be in terms of para. 5 of Article XXV irrespective of whether this was specifically mentioned or not.“ (Entscheidung L/5708, angenommen am 6.-8. und 20. November 1984, BISD, 31. Ergänzung 1984, S. 180, para. 31).

Damit das Einrichten von APS-Programmen keine negativen Konsequenzen auf den Prozess der Handelserleichterung durch Abbau von Handelshemmnissen und insbesondere Zöllen hat, sieht § 3 lit. a vor, dass

„[a]ny differential and more favourable treatment provided under this clause [...] shall be designed to facilitate and promote the trade of developing countries and not to raise barriers to or create undue difficulties for the trade of any other contracting parties“.

§ 3 lit. b vervollständigt dieses Anliegen und fordert, dass diese Sonderbehandlung kein

“impediment to the reduction or elimination of tariffs and other restrictions to trade on a most-favoured-nation basis“

bedeuten darf.⁴³²

Das durch Art. XXXVI:8 GATT eingeführte Prinzip der Nicht-Reziprozität wird in der *Enabling Clause* in § 5 wiederholt und mit einigen zusätzlichen Worten näher erläutert. Die §§ 6 und 8 betreffen die besondere Situation der LDC's und § 9 betont das Erfordernis einer effektiven Zusammenarbeit aller Vertragsstaaten, um die Ziele der *Enabling Clause* zu erreichen. § 4 enthält verfahrensrechtliche Bestimmungen. Geregelt werden dort insbesondere Informationspflichten in Bezug auf alle wichtigen Details der auf der Grundlage der *Enabling Clause* erlassenen Maßnahmen, die dazu geeignet sind, bei Streitigkeiten einen zeitnahen Beginn von Verhandlungen zu begünstigen.⁴³³

b) Die Graduierungs-Klausel

§ 7 der *Enabling Clause* legt, wenn auch nicht *in haec verba*, das Prinzip der Graduierung fest.⁴³⁴ Dieses bestimmt als Einschränkung zum Prinzip der Nicht-Reziprozität gemäß § 5 in sehr politischer, und damit juristisch wenig fassbarer Sprache, bis zu welchem Ausmaß sich Entwicklungsländer auf das Prinzip der Nicht-Reziprozität berufen können, bzw. ab welchem Zeitpunkt die übrigen GATT/WTO-Mitgliedsstaaten im Rahmen der *MTN* Zugeständnisse erwarten können. Dieser Zeitpunkt richtet sich gemäß § 7 nach dem jeweiligen wirtschaftlichen Entwicklungsstand.⁴³⁵

432 Long, S. 102; Kennedy, in: Macrory/Appleton/Plummer, Vol. I, S. 1543; Flory, AFDI 1979, 580, 593.

433 WTO, WTO-Analytical Index, Vol. 1, S. 151 (§ 39); Kennedy, in: Macrory/Appleton/Plummer, Vol. I, S. 1543.

434 Bhala/Kennedy, S. 425; Kennedy, in: Macrory/Appleton/Plummer, Vol. I, S. 1544.

435 Yusuf, JWTL 14 (1980) 5, 488, 502 ff.

§ 7 S. 1 der *Enabling Clause* verweist sowohl auf die in der Präambel des GATT '47 niedergelegten Ziele, als auch auf die in Art. XXXVI GATT verankerten Grundsätze. Deshalb erscheint nach Auffassung *Yusufs*⁴³⁶ die Graduierungs-Klausel auf den ersten Blick als widersprüchlich, da die Präambel für *MTN* den Grundsatz der Reziprozität enthalte, während Art. XXXVI GATT in seinem Abs. 8 diesen Grundsatz für ebensolche Verhandlungen mit Beteiligung von Entwicklungsländern zu deren Gunsten wieder aufhebe.

Dieser Auslegung ist jedoch Folgendes entgegenzuhalten: Die Präambel drückt zunächst das allgemeine Bekenntnis der Vertragsparteien zu weltweiter Wohlstandsmehrung aus. Ein entscheidendes Mittel, um dieses Ziel zu erreichen, soll danach durch den Abbau von Zöllen und anderen Handelshemmnissen geschehen. Als effektivsten (und in handelsdiplomatischer Hinsicht realistischsten) Weg dorthin etabliert die Präambel das Prinzip der Gegenseitigkeit, welches *grundsätzlich* in den entsprechenden Verhandlungen gelten solle. Als Ausnahme im Sinne einer *lex specialis* formuliert indes Art. XXXVI:8 GATT den Grundsatz der Nicht-Reziprozität für den besonderen Fall, dass ein entwickeltes GATT/WTO-Mitglied mit einem weniger entwickelten Mitglied im Rahmen der *MTN* verhandelt. Das in der Präambel formulierte Ziel der Wohlstandsmehrung soll dann durch den Abbau von Zöllen und anderen Handelshemmnissen eben nicht mehr zwingend durch *gegenseitige*, sondern vielmehr durch *einseitige* Zollzugeständnisse der Industrieländer erreicht werden.

Des Weiteren ist § 7 S. 1 im Zusammenhang mit dessen S. 2 zu lesen, der das Prinzip der Graduierung einführt. Die hieraus abzuleitende politische Botschaft lautet, dass die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer u.a. durch die Befreiung vom Prinzip der Reziprozität auf Grund ihres Ausnahmecharakters nur temporärer Natur sein soll.⁴³⁷ Das Ziel ist die unbedingte Gleichbehandlung aller GATT/WTO-Mitglieder, wie es bereits die Wegbereiter des GATT in den 1940er Jahren wollten. Der Verweis in § 7 S. 1 der *Enabling Clause* hat daher nicht den Zweck, sich grundsätzlich für oder gegen die Geltung des Prinzips der Reziprozität auszusprechen. Vielmehr veranschaulicht er im Zusammenspiel mit § 7 S. 2 den normativen Ist-Zustand (Entwicklungsländer können sich rechtswirksam auf die Befreiung vom Prinzip der Reziprozität berufen) und den politischen Soll-Zustand (unbedingte Gleichbehandlung aller GATT/WTO-Mitgliedsstaaten).

436 JWTL 14 (1980) 5, 488, 504.

437 *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1544 f.

Bei näherer Betrachtung stellt sich somit die von *Yusuf* behauptete Widersprüchlichkeit des § 7 S. 1 *Enabling Clause* als in sich stimmiges *S&D*-Konzept heraus.

Widersprüchlich waren hingegen die Reaktionen der Mitgliedstaaten auf die Graduierungs-Klausel und insbesondere die mit dieser Vorschrift verbundenen Erwartungen. Wie bereits erwähnt wurde die Graduierungs-Klausel als Gegenleistung für die umfassende Normierung von *S&D*-Vorschriften während der Tokio-Runde aufgenommen. Von Seiten der Industrieländer wurde dies als ein brauchbarer Mechanismus gelobt, um den grundsätzlich temporären Charakter solcher Ausnahmen zu Art. I:1 GATT zu verdeutlichen. Im Zusammenspiel mit § 3 lit. c *Enabling Clause*, der eine Anpassung von *S&D*-Maßnahmen an die jeweiligen Entwicklungs-, Finanz- sowie Handelsbedürfnisse von Entwicklungsländern fordert, gewährte die Graduierungs-Klausel eine größtmögliche Flexibilität bei der Einrichtung von APS-Programmen.⁴³⁸

Darauf antworteten die Entwicklungsländer, indem sie eine etwaige in § 7 S. 1 *Enabling Clause* enthaltene Befugnis der Präferenzen gewährenden Länder, über die Graduierung von begünstigten Entwicklungsländern einseitig zu entscheiden, bestritten. Vielmehr handele es sich bei der Frage, ob sich ein Entwicklungsland gemäß § 7 S. 1 *Enabling Clause* stärker in die GATT/WTO-Rechtsordnung integriere oder nicht, um eine autonome Entscheidung des betroffenen Entwicklungslandes selbst.⁴³⁹

c) Die besondere Problematik des Merkmals „Entwicklungsland“

Rechtlich ebenso wenig fassbar wie die Graduierungsklausel ist das Merkmal „Entwicklungsland“, das die *Enabling Clause* wie ihre Vorgängervorschrift im Tatbestand enthält. Die GATT/WTO-Rechtsordnung verfügt über keine allgemein gültige Definition des Begriffes „Entwicklungsland“. Die Mitgliedstaaten des GATT, bzw. seit 1995 der WTO, praktizieren in dieser Frage das Prinzip der Selbstkategorisierung. Danach bestimmt jedes Land seinen Status als Entwicklungs- oder Industrieland selbständig.⁴⁴⁰ Die Praxis der Selbstkategorisierung hat jedoch nur politische, nicht aber rechtliche Folgen. So muss insbesondere im Hinblick auf die im zweiten Kapitel vorgenommene Untersuchung betont werden, dass die Selbstkategorisierung eines Landes als „Entwicklungsland“ die Industrieländer rechtlich nicht

438 Dies geht aus Äußerungen von Repräsentanten während der 58. Sitzung des *Committee on Trade and Development* (CTD) aus dem Jahre 1985 hervor, vgl. *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 58.

439 *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. 1, S. 58.

440 Vgl. dazu www.wto.org.

binden kann. Es bleibt Sache des Industrielandes, welche Länder es als „Entwicklungsländer“ anerkennt. Diese Grundsätze gelten uneingeschränkt im Rahmen der *Enabling Clause*; die Selbstkategorisierung als „Entwicklungsland“ führt also über das Tatbestandsmerkmal „Entwicklungsland“ der *Enabling Clause* nicht automatisch zu einer für das Industrieland verbindlichen Aufnahme in dessen APS-Programm. Vielmehr darf jedes Industrieland autonom über den Adressatenkreis seines APS entscheiden.⁴⁴¹

Im wissenschaftlichen Schrifttum ist bislang nur vereinzelt versucht worden, eine Definition des Begriffes „Entwicklungsland“ mit dem erklärten Ziel herauszuarbeiten, diese für die GATT/WTO-Praxis fruchtbar zu machen.⁴⁴² Dass derartige Versuche bislang ohne Erfolg geblieben sind und die Diskussion über diese Frage mittlerweile verstummt ist, dürfte der Tatsache geschuldet sein, dass eine Verständigung zwischen allen WTO-Mitgliedsländern über eine einheitliche Definition mit den entsprechenden rechtlichen und den sich hieraus ergebenden wirtschaftlichen Konsequenzen als politisch unrealistisch eingeschätzt werden muss.⁴⁴³ An Anknüpfungspunkten für eine Definition mangelt es jedenfalls nicht. Wissenschaftliche Ansätze, den Entwicklungsstand der Länder mit den unterschiedlichsten Methoden statistisch zu erfassen und abzubilden, sind in erster Linie bei den Vereinten Nationen zu finden. Als prominentestes Beispiel sei der *human development index* (HDI) des UNDP genannt.⁴⁴⁴ Dieser 1990 eingeführte Index versucht den Entwicklungsstand eines Landes nicht nur in seiner ökonomischen, sondern auch in seiner sozialen Dimension darzustellen, indem neben rein ökonomischen Daten wie dem Durchschnittseinkommen der Bevölkerung pro Kopf die durchschnittliche Lebenserwartung sowie die Alphabetisierungsrate berücksichtigt werden. Die durchschnittliche Lebenserwartung bildet hierbei die Situation des Landes in den Bereichen Hygiene, Ernährung

441 *Verdirame*, GYIL 39 (1996), 165, 189. Nichts anderes gilt im Übrigen für die von den VN erstellte und verwaltete Liste der LDC's. Zwar gewährt die EG unter Bezugnahme auf die Liste der VN diesen Ländern gemäß § 2 lit. d) *Enabling Clause* besondere Präferenzen im sog. EBA-Programm („Everything but Arms“). Hierzu ist die EG jedoch WTO-rechtlich nicht verpflichtet.

442 Hervorzuheben ist insbesondere die Arbeit von *Verdirame*, GYIL 39 (1996), 165 ff. Vgl. aber auch *Page/Kleen*, S. 79 ff. sowie in Bezug auf einen rechtlich verbindlichen Graduierungsmechanismus ferner *Dorsey*, HILJ 18 (1977) 1, 109, 125 ff.; *Frank*, JWTL 13 (1979), 289 ff.

443 So wohl auch im Ergebnis *Page/Kleen*, S. ix: „Any discussion of changing the present boundaries would be divisive. Even the LDC category is divisive, but new divisions would seem more painful than old ones.“

444 Vgl. hierzu <http://hdr.undp.org/en/statistics/indices/hdi/> (zuletzt aufgerufen am 19.08.2008).

und Gesundheitsfürsorge ab, während die Alphabetisierungsrate stellvertretend für das Bildungswesen sowie mittelbar für die Teilhabe der Bevölkerung am öffentlichen und politischen Leben steht.

Der HDI teilt die Länder der Erde in drei Kategorien ein, in hoch-, mittel- und wenig entwickelte Länder, und schon hieran zeigt sich das grundsätzliche Problem, Indizes wie den HDI in das WTO-Recht zu integrieren. Die Einteilung der Länder in die verschiedenen Kategorien erfolgt stets vor dem Hintergrund der dem jeweiligen Index zu Grunde liegenden politischen Zielrichtung. Diese kommt jeweils in der Wahl der verwendeten Daten zum Ausdruck und ist mit der handelspolitischen Zielrichtung der WTO oft nicht in Übereinstimmung zu bringen. Aktuell gehören beispielsweise Albanien, Mazedonien oder Mauritius zu den hoch entwickelten, Uganda, Gambia oder der Sudan zu den mittel entwickelten sowie der Senegal, Nigeria oder Angola zu den wenig entwickelten Ländern.⁴⁴⁵ Aus handelspolitischer Sicht erscheint diese Einteilung nur wenig plausibel. Mit dem HDI verfolgt das UNDP jedoch das Ziel,

„[...] to stimulate global, regional and national policy discussions on issues that are relevant to human development.“⁴⁴⁶

Und unter *human development* versteht das UNDP die Entwicklung der individuellen Lebensverhältnisse jedes einzelnen Menschen. Das wirtschaftliche Wachstum eines Landes, auf das die Tätigkeit der WTO gerichtet ist, spielt hierbei nur eine untergeordnete Rolle, indem es nur als ein Faktor unter vielen, der die Lebensverhältnisse von Menschen beeinflusst, Berücksichtigung findet. Vor diesem Hintergrund gewinnt die Einteilung des UNDP freilich an Plausibilität. Gleichzeitig ergeben sich hieraus jedoch Argumente gegen eine rechtlich verbindliche Einteilung der WTO-Mitgliedstaaten anhand des HDI, wenn wirtschaftliche Faktoren bei der Ermittlung des HDI-Wertes nur eine untergeordnete Rolle spielen.

Diese anhand des HDI dargestellte Problematik gilt entsprechend für andere Entwicklungsindizes, denen andere politische Zielsetzungen zu Grunde liegen. Die Suche nach einer Alternative zu der in der WTO praktizierten Selbstkategorisierung gestaltet sich daher schwierig und erscheint vor dem Hintergrund der dargestellten politischen Situation als geradezu müßig, so dass die Frage einer rechtlich verbindlichen Definition des Begriffes „Entwicklungsland“ hier nicht weiter vertieft werden soll. Sowohl für die Praxis

445 Vgl. <http://hdr.undp.org/en/statistics/> (zuletzt aufgerufen am 19.08.2008).

446 Vgl. <http://hdr.undp.org/en/statistics/understanding/> (zuletzt aufgerufen am 19.08.2008).

der WTO, als auch für die Dogmatik des WTO-Rechts ist daher weiterhin uneingeschränkt vom Prinzip der Selbstkategorisierung auszugehen.

d) Rechtliche Einordnung

Wie die APS-Entscheidung von 1971 lässt sich auch die *Enabling Clause* nicht ohne Schwierigkeiten in die GATT/WTO-Rechtsordnung einordnen. Teilweise wird die *Enabling Clause* als „allgemeiner *Waiver*“ bezeichnet und als Rechtsgrundlage Art. XXV:5 GATT herangezogen.⁴⁴⁷ Gegen die Einordnung als „*Waiver*“ sprechen indes gewichtige Gründe.⁴⁴⁸

Zunächst sollte festgehalten werden, dass der Begriff „*Waiver*“ in der GATT/WTO-Rechtsordnung nur im Zusammenhang mit dem in Art. XXV:5 GATT festgelegten Verfahren verwendet wird, so dass es sich um einen *terminus technicus* handelt.⁴⁴⁹ Auch ein „allgemeiner *Waiver*“ müsste daher den Tatbestandsmerkmalen des Art. XXV:5 GATT entsprechen.

Nach Art. XXV:5 GATT kann immer nur jeweils *einer* Vertragspartei ein *Waiver* gewährt werden. Ferner erfolgt die Erteilung eines *Waivers* gemäß Art. XXV:5 GATT nur auf Antrag, so dass sich immer die Ministerkonferenz bzw. der Allgemeine Rat mit der Sache beschäftigen muss. Die *Enabling Clause* ist demgegenüber (wie die APS-Entscheidung von 1971) dazu gedacht, eine *dauerhafte* rechtliche Grundlage zu schaffen.⁴⁵⁰ Das Industrieland, welches ein APS-Programm einführen oder modifizieren möchte, soll dies tun können, ohne ein WTO-Organ damit (im Vorfeld⁴⁵¹) befassen – also ohne einen *Waiver* beantragen – zu müssen.

Es liegt daher näher, die *Enabling Clause* als einen „sonstigen Beschluss“ i.S.d. Nr. 1, lit. b (iv) des GATT '94 zu betrachten.⁴⁵²

447 Weiß/Herrmann, Rn. 400; Dolzer, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 21; Schmahl, ArchVöR 42 (2004), 389, 397.

448 Vgl. dazu Bhala/Kennedy, S. 423 f.; Howse, CJIL 4 (2003) 2, 385, 390.

449 Ähnlich Howse, CJIL 4 (2003) 2, 385, 390: „[...] the Enabling Clause does not function as a waiver, although it is often referred to by that term in *general and non-technical* discussions of GSP.“ (Hervorhebungen durch den Verf.)

450 Trebilcock/Howse, S. 477; Long, S. 101; Endre Ustor, in: EPIL (IV), *Most-Favoured-Nation Clause*, S. 471; Yusuf, JWTL 14 (1980) 5, 488, 506 f.; Özden/Reinhard, World Bank Working Paper, No. 2955, S. 4; Flory, AFDI 1979, 580, 594; Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507, 515 f.

451 Dies gilt selbstverständlich nicht für den Fall einer nachträglichen rechtlichen Überprüfung durch den DSB.

452 So auch EC – Preferences, AB, para. 90; McGovern, S. 9.21-4.

III. Exkurs: Spezielle Präferenzen der EU und der USA

Die EU gewährt seit den 1970er Jahren einer bestimmten Gruppe von Staaten besondere Handelspräferenzen.⁴⁵³ Diese sog. AKP-Staaten⁴⁵⁴ sind als ehemalige Kolonialgebiete auf besondere Art und Weise mit den verschiedenen Mitgliedstaaten der EU verbunden.⁴⁵⁵ Als spezielle⁴⁵⁶ europarechtliche Ermächtigungsnorm für diese Assoziierungsabkommen dient Art. 310 des EG-Vertrages.⁴⁵⁷ Zur GATT-, bzw. WTO-rechtlichen Absicherung beantragte und erhielt die EG einen *Waiver* nach Art. XXV:5 GATT, bzw. Art. IX:3 ÜWTO.⁴⁵⁸

Nach den Balkan-Kriegen der 1990er Jahre richtete die EG darüber hinaus ein eigenes Präferenzsystem zu Gunsten der westlichen Balkanstaaten ein. Auch hier wurde der EG ein entsprechender *Waiver* gewährt.⁴⁵⁹

453 Vgl. die entsprechenden Abkommen: *Lomé I*, vom 28.2.1975, ABl. EG 1976 L 25/2; *Lomé II*, vom 30.10.1979, ABl. EG 1980 L 347/2; *Lomé III*, vom 8.12.1984, ABl. EG 1986 L 86/3; *Lomé IV*, vom 15.12.1989, ABl. EG 1991 L 229/3; *Cotonou*, ABl. EG 2000 L 317/3. Vgl. dazu umfassend *Hausmann*, S. 33 ff.

454 Die Abkürzung steht für „Afrika, Karibik und Pazifik“. Insgesamt umfassen die Abkommen heute 77 Staaten.

455 *Abass*, ELJ 10 (2004) 4, 439 f.

456 Die Zuständigkeit der EG sowohl nach außen (für den Abschluss von bi- und multilateralen Übereinkünften über den Warenverkehr) wie nach innen (für entsprechende Gemeinschaftsgesetzgebung) für die „gemeinsame Handelspolitik“ ist grundsätzlich in Art. 133 EGV niedergelegt. Als unumstrittener Kernbereich gilt dabei der grenzüberschreitende Handel mit Waren (also insbesondere die Festsetzung von Zöllen, vgl. Art. 133 Abs. 1 EGV). Davon umfasst werden auch autonome (d.h. nicht-kontraktuelle) handelspolitische Regelungen gemäß Art. 249 EGV, vgl. *Vedder*, in: *Grabitz/Hilf*, Art. 133 EGV, Rn. 8; *Hahn*, in: *Callies/Ruffert*, Art. 133, Rn. 21 ff., bzw. Rn. 47; *Oppermann*, § 31, Rn. 8; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 733; *Kilian*, Rn. 142. Hierzu ist beispielsweise das APS zu zählen, vgl. *Nettesheim/Duvigneau*, in: *Streinz*, Art. 133 EGV, Rn. 56.

457 *Schmalenbach*, in: *Callies/Ruffert*, Art. 310, Rn. 42; *Bourgeois*, in: *Van der Groeben/Schwarze*, Art. 133 EG, Rn. 147; *Mögele*, in: *Streinz*, Art. 310 EGV, Rn. 7 f. und Rn. 18; *Streinz*, *Europarecht*, Rn. 702; *Kilian*, Rn. 138; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 38. Im „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ ist die „Gemeinsame Handelspolitik“ als „ausschließliche Zuständigkeit“ der EG in den Art. I-13 sowie III-314 f. geregelt.

458 Vgl. den *Waiver* für *Lomé IV* (L/7604 vom 19. Dezember 1994, bestätigt und verlängert durch die Entscheidung des Allgemeinen Rates vom 14. Oktober 1996, WT/L/186 vom 18. Oktober 1996) sowie den *Waiver* für das *Cotonou*-Abkommen (WT/L/436 vom 14. November 2001). Vgl. auch *Trebilcock/Howse*, S. 477; *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 38; *Abass*, ELJ 10 (2004) 4, 439, 449 ff.; *Huber*, EJIL 11 (2000) 2, 427, 428 ff.

459 WT/L/380 vom 8. Dezember 2000.

Die USA haben momentan drei spezielle Präferenzprogramme eingerichtet: den „Caribbean Basin Economic Recovery Act“ (CBERA)⁴⁶⁰, den „African Growth and Opportunity Act“ (AGOA)⁴⁶¹ sowie den „Andean Trade Preferences Act“ (ATPA)⁴⁶².⁴⁶³ Für den ATPA sowie für den CBERA wurden entsprechende *Waiver* beantragt und gewährt.⁴⁶⁴ Im Falle des AGOA verfolgten die USA indes eine andere Strategie. Sie notifizierten dieses spezielle Präferenzsystem beim WTO-Sekretariat als Ausweitung ihres APS-Programms. Dieses Vorgehen wurde von einigen Entwicklungsländern als unvereinbar mit der *Enabling Clause* gewertet.⁴⁶⁵

460 Begünstigt sind: Antigua und Barbuda, Aruba, Bahamas, Barbados, Belize, British Virgin Islands, Costa Rica, Dominica, Dominican Republic, El Salvador, Grenada, Guatemala, Guyana, Haiti, Honduras, Jamaica, Montserrat, Netherlands Antilles, Nicaragua, Panama, St. Kitts and Nevis, St. Lucia, St. Vincent und die Grenadines, Trinidad und Tobago. Vgl. dazu auch *Sawyer/Sprinkle*, JWTL 18 (1984) 5, 429 ff.

461 Begünstigt sind beinahe alle afrikanischen Staaten mit Ausnahme der Mittelmeeranrainerstaaten, vgl. S. 140 des jüngsten „Comprehensive Report on U.S. Trade and Investment Policy toward Sub-Saharan Africa and Implementation of the African Growth and Opportunity Act“ vom Mai 2006 (abrufbar unter www.ustr.gov).

462 Begünstigt sind: Kolumbien, Ecuador, Bolivien, Peru.

463 Alle speziellen Präferenzabkommen der USA sind abrufbar unter www.ustr.gov. Vgl. dazu auch *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, S. 1541.

464 BISD, 31. Ergänzung 1985, S. 20 bzw. WT/L/104 vom 15. Februar 1985 (CBERA); L/6991 bzw. WT/L/184 vom 19. Mai 1992 (ATPA).

465 Vgl. dazu *Harrison*, ITLR 2003, 159, 161.

2. Kapitel: APS als Gegenstand des WTO-Streitschlichtungsverfahrens

In den Jahren 2002-2004 wurde die *Enabling Clause* zum ersten Mal seit ihrer Einführung in die GATT/WTO-Rechtsordnung im Jahre 1979 durch den *Dispute Settlement Body* (DSB) als dem zuständigen Streitschlichtungsorgan der WTO einer rechtlichen Auslegung unterzogen.⁴⁶⁶ In drei früheren Verfahren spielte die *Enabling Clause* nur eine kleine Nebenrolle, wobei es dabei jedoch nie um Auslegungsfragen ging.⁴⁶⁷ In drei weiteren Fällen wurden Streitigkeiten über das APS der EG bereits im Konsultationsverfahren gemäß Art. 4 DSU beigelegt.⁴⁶⁸ Vor diesem Hintergrund wurde der Fall *EC – Preferences* als „Meilenstein“ sowohl in rechtlich-dogmatischer, wie auch in politischer Hinsicht bezeichnet.⁴⁶⁹

Indien eröffnete das Verfahren am 5. März 2002 durch einen Antrag auf Konsultationen mit der EG gemäß Art. 4 DSU, Art. XXIII:1 GATT sowie § 4 lit. b *Enabling Clause*.⁴⁷⁰ Die Konsultationen fanden am 25. März 2002 statt, ohne ein für beide Parteien zufriedenstellendes Ergebnis zu liefern. Daraufhin beantragte Indien am 6. Dezember 2002 vor dem DSB gemäß

466 *Cottier/Oesch*, S. 565; vgl. auch die Stellungnahme der EG in *EC – Preferences*, *Panel*, para. 4.144.

467 Im Fall *US – Customs User Fee*, *Panel*, para. 122 stellte das *Panel* nur fest, dass die angegriffene Maßnahme nicht durch die *Enabling Clause* gedeckt sei, ohne dies näher zu begründen. Im Fall *US – Non-Rubber Footwear from Brazil*, *Panel*, para. 6.14 f. erklärte das *Panel* die *Enabling Clause* ebenfalls für nicht einschlägig, da diese sich in ihrem § 2 lit. a nur auf tarifäre Maßnahmen beziehe und es sich im vorliegenden Fall um nicht-tarifäre Maßnahmen handle. Im Fall *Argentina – Safeguard Measures*, *AB*, para. 65 spielte die *Enabling Clause* nur insoweit eine Rolle, als dass festgestellt wurde, dass sich das südamerikanische Wirtschaftsbündnis MERCOSUR nicht auf der Grundlage des Art. XXIV GATT, sondern auf der Grundlage der *Enabling Clause* gebildet habe und daher bestimmte Rechte aus Art. XXIV GATT nicht anwendbar seien.

468 Vgl. *EC – Measures Affecting Differential and Favourable Treatment of Coffee* (WT/DS154), Complaint by Brazil vom 11. Dezember 1998; *EC – Measures Affecting Soluble Coffee* (WT/DS209), Complaint by Brazil vom 19. Oktober 2000; *EC – Generalized System of Preferences* (WT/DS242), Complaint by Thailand vom 12. Dezember 2001 (hier beantragten Costa Rica, Guatemala, Nicaragua, Honduras und Kolumbien, an den Konsultationen als Drittparteien teilzunehmen).

469 *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389.

470 Vgl. Request for Consultations by India (WT/DS246/1) vom 12. Dezember 2002.

Art. 4.7 DSU sowie Art. XXIII:2 GATT die Einsetzung eines *Panel*s.⁴⁷¹ Diesem Antrag entsprach der DSB am 6. März 2003.⁴⁷²

Als Drittparteien nahmen insgesamt 18 Mitgliedstaaten teil: Bolivien, Brasilien, Kolumbien, Costa Rica, Kuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Honduras, Mauritius, Nicaragua, Pakistan, Panama, Paraguay, Peru, Sri Lanka, die USA sowie Venezuela.⁴⁷³

Im Folgenden soll der Fall nicht im Ganzen, sondern zielgerichtet im Hinblick auf die Lösung der dieser Untersuchung zu Grunde liegenden dogmatischen Probleme analysiert werden. Ausgeklammert werden daher in erster Linie verfahrensrechtliche Fragen.⁴⁷⁴

§ 3: Das erstinstanzliche *Panel*-Verfahren

A. Hintergrund des Falles

I. Die APS-Verordnung der EG aus 2001

Am 10. Dezember 2001 erließ der Rat der Europäischen Union die Verordnung (EG) Nr. 2501/2001 über „ein Schema allgemeiner Zollpräferenzen für den Zeitraum vom 1. Januar 2002 bis 31. Dezember 2004“.⁴⁷⁵ Die EG war 1971 nach der im selben Jahr verabschiedeten APS-Entscheidung der GATT-Vertragsstaaten eines der ersten entwickelten GATT-Mitglieder, welches ein APS-Programm einrichtete.⁴⁷⁶ Den Grundsätzen der europäischen Gesetzgebung entsprechend, erfolgte dies in Form einer Verordnungen des Europäischen Rates i.S.d. Art. 249 Abs. 1 EGV. Das europäische APS wurde seit 1971 in weiteren Verordnungen des Rates aktualisiert. Jede dieser Verordnungen deckt in der Regel einen Zeitraum von drei Jahren ab. Als Ermächtigungsgrundlage diente ursprünglich Art. 113 EWGV und später

471 Vgl. Request for the Establishment of a Panel by India (WT/DS246/4) vom 9. Dezember 2002.

472 Vgl. WT/DS246/5 vom 6. März 2003, para. 2. Der seinerzeitige Generalsekretär der WTO, Supachai Panitchpakdi, berief als Mitglieder des *Panel*s Julio Lacarte-Muró, Professor Marsha A. Echols sowie Professor Akio Shimizu.

473 Im Berufungsverfahren vor dem *AB* waren erneut alle Staaten mit Ausnahme Sri Lankas beteiligt.

474 Problematisch war die gemeinsame Vertretung Indiens (als beschwerdeführende Partei) und Paraguays (als Drittpartei) durch das *Advisory Centre on WTO Law* (ACWL), vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 7.1-7.18 und *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 17 ff.

475 ABl. EG 2001 Nr. L 346/1. Vgl. dazu auch *Kossack/Heil*, AW-Prax 2001, 462 ff.

476 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 11.

Art. 133 EGV.⁴⁷⁷ Der Erlass autonomer, d.h. nicht-vertraglicher Handelsregelungen wie dem APS ist Gegenstand ausschließlicher Gemeinschaftskompetenz.⁴⁷⁸

Die APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 wies wie ihre Vorgängerverordnung⁴⁷⁹ die Besonderheit auf, eine „Doppelstrategie“ zu verfolgen. Dem „klassischen“ Teil des APS, welcher jedem Entwicklungsland die Inanspruchnahme von bestimmten Zollpräferenzen für bestimmte Waren gestattet (sog. „*general arrangements*“⁴⁸⁰)⁴⁸¹, wurde ein Teil mit Sonderregelungen (sog. „*special incentive arrangements*“) beigefügt. Diese Sonderregelungen sahen weitergehende Zollpräferenzen vor. Wollte ein Entwicklungsland diese besonderen Präferenzen in Anspruch nehmen, musste es ein bestimmtes, von der EG festgelegtes Verhalten an den Tag legen, bzw. bestimmte Voraussetzungen erfüllen. Dabei unterschied die APS-VO Nr. 2501/2001 vier Bereiche:

- Sonderregelungen für den Schutz der Arbeitnehmerrechte.⁴⁸²
- Sonderregelungen für den Umweltschutz.⁴⁸³

477 Lange Zeit wurde das APS ohne Rückgriff auf eine konkrete Rechtsgrundlage beschlossen. Erst nachdem der EuGH im Jahre 1987 (KOM/Rat, Slg. 1987, S. 1493) zwei APS-Verordnungen aus eben diesem Grund für nichtig erklärt hatte, wurden die APS-Verordnungen auf Art. 133 EGV gestützt, vgl. *Bourgeois*, in: Van der Groeben/Schwarze, Art. 133 EG, Rn. 18. Im „Vertrag über eine Verfassung für Europa“ ist die „Gemeinsame Handelspolitik“ nunmehr als „ausschließliche Zuständigkeit“ der EG in den Art. I-13 sowie III-314 f. geregelt.

478 Vgl. EuGH, Gutachten 1/75, Slg. 1975, S. 1355, 1363 f.; Gutachten 1/78, Slg. 1979, S. 2871, 2910; Gutachten 1/94, Slg. 1994, S. I-5267, Rn. 34. Vgl. auch *Vedder*, in: Grabitz/Hilf, Art. 133 EGV, Rn. 8; *Hahn*, in: Callies/Ruffert, Art. 133, Rn. 21 ff., bzw. Rn. 47; *Nettesheim/Duvigneau*, in: Streinz, Art. 133 EGV, Rn. 56; *Bourgeois*, in: Van der Groeben/Schwarze, Art. 133 EG, Rn. 32; *Oppermann*, § 31, Rn. 8; *Streinz*, Europarecht, Rn. 733; *Kilian*, Rn. 142.

479 Verordnung (EG) Nr. 2820/1998 des Rates vom 21.12.1998 über ein Mehrjahreschema allgemeiner Zollpräferenzen für den Zeitraum 1. Juli 1999 bis 31. Dezember 2001. Grundsätzlich verknüpft die EG seit 1994 vermehrt die Gewährung von Präferenzen an politische Bedingungen und verfolgt somit die angesprochene „Doppelstrategie“, vgl. *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 390.

480 Art. 1, Abs. 2, lit. a, Art. 7 VO (EG) Nr. 2501/2001.

481 Innerhalb des *general arrangements* wurde zwischen „sensiblen“ und „nicht-sensiblen“ Produkten unterschieden. Während für die (wenigen) „nicht-sensiblen“ Produkte der Zoll vollständig ausgesetzt wurde, wurde der Zollsatz für „sensible“ Produkte um 3,5 Prozentpunkte herabgesetzt, vgl. Art. 7 Abs. 1 und 2 VO (EG) Nr. 2501/2001. Siehe auch *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 465; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 390; *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 7.

482 Art. 8 Abs. 1, lit. a, Art. 14-20 VO (EG) Nr. 2501/2001.

- Sonderregelungen für die am wenigsten entwickelten Länder.⁴⁸⁴
- Sonderregelungen zur Bekämpfung der Drogenproduktion und des Drogenhandels.⁴⁸⁵

1. Sonderpräferenzen für alle Entwicklungsländer

Die beiden erstgenannten Anreizvereinbarungen standen grundsätzlich allen Entwicklungsländern offen. Erforderlich war ein entsprechender Antrag bei der Europäischen Kommission. Diese prüfte dann das Vorliegen der in Art. 14 Abs. 2 VO (EG) 2501/2001 genannten Voraussetzungen. Bei positivem Ausgang dieser Prüfung sowie im Falle einer Zusage seitens des Entwicklungslandes, die Zusammenarbeit der entsprechenden Behörden zu gewährleisten, wurde dann einerseits den an der Einfuhr beteiligten europäischen und andererseits den an der Ausfuhr beteiligten Drittlandbehörden „Grünes Licht“ für die Gewährung der entsprechenden Zollpräferenz für die eingeführte Ware gegeben.⁴⁸⁶

Zum Zeitpunkt, als die VO (EG) Nr. 2501/2001 erlassen wurde, also am 10. Dezember 2001, wurde auf Grund der Sonderregelungen für den Schutz der Arbeitnehmerrechte laut Anhang I nur Moldawien und später noch Sri Lanka die jeweiligen zusätzlichen Zollpräferenzen gewährt; die Sonderregelungen für den Umweltschutz konnten von keinem Land in Anspruch genommen werden.⁴⁸⁷ Dies mag am abschreckenden zusätzlichen Verwaltungsaufwand liegen, der erforderlich war, um die weitergehenden Präferenzen zu erhalten. Hinzu kam, dass sich die EG der inneren Logik dieser Art „An-

483 Art. 8 Abs. 1, lit. b, Art. 21-24 VO (EG) Nr. 2501/2001. Art. 21 Abs. 2 bestimmt: „Die Zollpräferenzen [...] können Ländern gewährt werden, die innerstaatliche Rechtsvorschriften, welche die international anerkannten Normen und Leitlinien im Bereich der nachhaltigen Bewirtschaftung tropischer Wälder im Wesentlichen enthalten, effektiv anwenden.“ Laut Anhang I der VO wird keinem Land diese Präferenzen gewährt. Aus dem Anhang IV ergibt sich, dass ausschließlich tropische Erzeugnisse (Holz, Nüsse, Pelze von tropischen Tieren etc.) präferenziert werden.

484 Art. 9 VO (EG) Nr. 2501/2001. Gemäß dem Anhang I der VO fallen 49 Länder unter diese Sonderregelung. Diese Länderliste entspricht der LDC-Liste der UN. Diese Sonderregelung ist als „*everything but arms*“-Initiative („EBA“; „Alles außer Waffen“) bekannt.

485 Art. 10 und 25 VO (EG) Nr. 2501/2001. Im Folgenden: „*Drug Arrangements*“. Hierbei ist zu beachten, dass diese im Gegensatz zu den Sonderregeln zum Schutz der Umwelt und der Arbeitnehmerrechte ausweislich der Überschriften der VO nicht als „Anreiz“ konzipiert sind.

486 *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 391.

487 Vgl. Anhang I der VO (EG) Nr. 2501/2001; *Herrmann*, EuZW 2004, 35; *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004, S. 7.

reizvereinbarungen“ folgend natürlich das Recht vorbehielt, die Einhaltung der von ihnen formulierten Voraussetzungen auch zu überprüfen. Art. 14 Abs. 2 setzte beispielsweise voraus, dass die besonderen Zollpräferenzen nur denjenigen Ländern gewährt werden konnten, deren

„innerstaatliche Rechtsvorschriften die Normen, die in [...] IAO-Übereinkommen [...] niedergelegt sind, im Wesentlichen enthalten und die diese Rechtsvorschriften effektiv anwenden.“⁴⁸⁸

Es ist anzunehmen, dass dieser zumindest faktische Eingriff in die innere Souveränität des Entwicklungslandes als Grundvoraussetzung für den Erhalt von besonderen Präferenzen ebenfalls eine eher abschreckende Wirkung auf die potentiellen Bewerber ausgeübt hat.⁴⁸⁹

Schließlich dürfte sich aus Sicht der Entwicklungsländer die Kosten-Nutzen-Rechnung jedenfalls für die Sonderpräferenzen zu Gunsten des Umweltschutzes als nicht lohnend dargestellt haben, denn diese begünstigten nur einige tropische Erzeugnisse wie Holz oder bestimmte Pelzarten. Diese Produkte wurden aber gerade durch die von der EG eingeforderten internationalen Umweltstandards vor zu starker wirtschaftlicher Ausbeutung geschützt, so dass ein Handel mit umweltverträglichen Mengen den Verwaltungsaufwand nicht lohnte.

2. Sonderpräferenzen für einige Entwicklungsländer

Die Sonderregelungen für die am wenigsten entwickelten Länder standen *per definitionem* nur den LDC's offen. Diese offene Diskriminierung stand indes im Einklang mit § 2 lit. d der *Enabling Clause*. Sie spielte im WTO-Streitschlichtungsverfahren *EC – Preferences* keine Rolle und ist daher auch nicht Gegenstand dieser Untersuchung.

Von entscheidender Bedeutung waren vielmehr die Sonderregelungen zur Bekämpfung der Drogenproduktion und des Drogenhandels, die sog. *drug arrangements*. Hierbei war ein Verfahren, wonach ein Land einen Antrag stellen und nach Prüfung durch die Europäische Kommission u.U. die besonderen Präferenzen erhalten konnte, nicht vorgesehen.

488 Art. 14 Abs. 2 wurde durch die VO (EG) Nr. 2211/2001 vom 15.12.2003 zwar sprachlich neu gefasst, für die hier getroffene Aussage hat diese Änderung indes keine Bedeutung. Die Regelung des Art. 21 Abs. 2 bestimmt entsprechend für die Belange des Umweltschutzes: „Die Zollpräferenzen [...] können Ländern gewährt werden, die innerstaatliche Rechtsvorschriften, welche die international anerkannten Normen und Leitlinien im Bereich der nachhaltigen Bewirtschaftung tropischer Wälder im Wesentlichen enthalten, effektiv anwenden.“

489 *George*, CHTT, Issue No. 40, S. 6. Ähnlich schätzt auch die Europäische Kommission die Situation ein, vgl. die Mitteilung KOM(2004)461 endg. (S. 10 f.).

Ein Unterschied zu den besonderen Präferenzen für die LDC's ergibt sich daraus, dass die EG auf die Zusammensetzung der Liste der LDC's und somit auf den Kreis der Begünstigten grundsätzlich keinen direkten⁴⁹⁰ Einfluss hat, da diese von den UN erstellt und verwaltet (d.h. regelmäßig aktualisiert) wird. Bei den *drug arrangements* legte die EG hingegen die Liste der begünstigten Länder autonom fest. Dabei wählte sie zunächst, d.h. in der APS-Vorgängerverordnung⁴⁹¹, fünf Staaten der „Andengruppe“ sowie sechs Staaten des „Zentralamerikanischen Gemeinsamen Marktes“ aus, welche in den Genuss der besonderen Präferenzen kommen durften.⁴⁹² Mit Erlass der APS-VO Nr. 2501/2001 nahm die EG schließlich noch Pakistan als zwölftes Land in die Liste auf.

Dass der EG die Bekämpfung von Drogenproduktion und Drogenhandel ein besonderes Anliegen war, mag man daran erkennen, dass die *drug arrangements* gemäß Art. 10 Abs. 1 i.V.m. Anhang IV der VO (EG) Nr. 2501/2001 die völlige Aussetzung der Zolltarife ausgerechnet für solche Waren vorsah, gegen deren Importe aus Entwicklungsländern sich die EG ansonsten mit Hilfe vergleichsweise hoher Zollsätze geschützt hatte, nämlich landwirtschaftliche Produkte sowie Textilien.⁴⁹³ Auch die *general arrangements* gewährten für die meisten dieser Waren, weil als „sensibel“ eingestuft, nur eine Herabsetzung des Zollsatzes von 3,5 Prozentpunkten. Zur Veranschaulichung seien noch folgende Zahlen erwähnt: Trotz dieser Herabsetzung im Rahmen der *general arrangements* blieb beispielsweise für Textilien ein regulärer Zollsatz von 9,6 % übrig, während die Begünstigten des *drug arrangements* keinen Zoll zu zahlen hatten.⁴⁹⁴ Die durch das *drug arrangement* begünstigten Entwicklungsländer wurden also im Gegensatz zu allen anderen Nicht-LDC-Entwicklungsländern deutlich besser gestellt.⁴⁹⁵

Die Aufnahme Pakistans in die *drug arrangements* erfolgte im Zuge der Anschläge auf das Pentagon in Washington sowie auf das World Trade Center in New York vom 11. September 2001 und des sich daran anschließenden „Kriegs gegen den Terror“, den die USA seitdem mit Unterstützung der EG

490 Der indirekte Einfluss über die Beteiligung von Vertretern der EU in den entsprechenden VN-Gremien ist hier zu vernachlässigen.

491 So bereits in der Vorgänger-Verordnung, vgl. Anhang V der VO (EG) Nr. 2820/1998.

492 Diese waren Bolivien, Kolumbien, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Panama, Peru, El Salvador, Venezuela.

493 *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 124 f.

494 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 13.

495 Die *drug arrangements* begünstigen beispielsweise auch solche Produkte, die nicht einmal unter die *general arrangements* fallen, vgl. *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 391 f.

fürte. Die zolltarifliche Begünstigung Pakistans sollte als Belohnung für bereits geleistete und als Anreiz für weitere Hilfeleistungen im „Krieg gegen den Terror“ dienen.⁴⁹⁶

Die *drug arrangements* begünstigten einseitig zwölf Nicht-LDC-Entwicklungsländer durch den vollständigen Verzicht von Zöllen insbesondere für Textil- und Agrarprodukte. Eine Vor- oder Gegenleistung wurde von diesen zwölf Ländern nicht verlangt. Die EG überprüfte gemäß Art. 25 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 2501/2001 nur, inwieweit die begünstigten Länder die Zollpräferenzen genutzt und entsprechende Maßnahmen zur Bekämpfung des Drogenanbaus und des Drogenhandels erlassen haben. Die aus dieser Überprüfung gewonnenen Erkenntnisse flossen dann in den Bericht eines gemäß Art. 37 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 2501/2001 gegründeten APS-Ausschusses der EG ein. Dieser Bericht fand dann bei der Erarbeitung der nachfolgenden APS-Verordnungen durch die Europäische Kommission Berücksichtigung.

Aus all dem ergibt sich, dass die *drug arrangements* nicht als Umsetzung einer entwicklungspolitischen „Anreizpolitik“ angesehen werden können, denn die EG gewährte den zwölf Ländern die Zollpräferenzen nicht deshalb, um sie nachträglich für die Verwirklichung von politischen Reformen zu „belohnen“, sondern deshalb, um ihnen eine Art „Kredit“ für die Bewältigung zukünftiger Aufgaben, nämlich der Bekämpfung der Drogenkriminalität zur Verfügung zu stellen.⁴⁹⁷ Eine entwicklungspolitische „Anreizpolitik“ setzt jedoch eine Vorleistung des Entwicklungslandes in Bezug auf bestimmte politische Reformen voraus.⁴⁹⁸

II. Indiens Motive für die Beschwerde

Bereits in der APS-Verordnung der EG aus dem Jahre 1998⁴⁹⁹ waren die *drug arrangements* in Art. 7 i.V.m. Anhang V enthalten, allerdings begrenzt auf die eben erwähnten elf südamerikanischen Entwicklungsländer. Damals sah es noch kein WTO-Mitglied als erforderlich an, diese Maßnahme der EG vor dem DSB anzufechten. Erst mit der Begünstigung Pakistans durch

496 So auch *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 124; *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 13; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 392 (dort Fn. 11). Ebenso haben die USA mit Pakistan verfahren, vgl. *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 6; *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 1 f.

497 Dies gilt im Falle Pakistans freilich nur mit Einschränkungen, da, wie gesehen, die politische Motivation für die Aufnahme Pakistans vorwiegend auf die Unterstützung im „Kampf gegen den Terror“ gemünzt war.

498 Vgl. zu dem Komplex der Anreizpolitik unten §5, C. und D.I. sowie §6.

499 VO (EG) Nr. 2820/1998.

die APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 machte Indien eine Verletzung seiner Rechte geltend und eröffnete das WTO-Streitschlichtungsverfahren.

Im Gegensatz zu den elf südamerikanischen Ländern ist Pakistan als Nachbarland direkter wirtschaftlicher und politischer Konkurrent Indiens.⁵⁰⁰ Das obige Beispiel der europäischen Zölle für Textilimporte macht die wirtschaftliche Brisanz der Begünstigung Pakistans deutlich: Indien hatte einen Zollsatz von 9,6 % zu entrichten, während Pakistan seine Textilien zollfrei in die EG einführen durfte. Nach indischen Schätzungen beliefen sich die dadurch entgangenen Handelsvorteile auf ca. 225-250 Millionen US-\$.⁵⁰¹ Indien betonte zwar im Verfahren, dass es für die Legitimität eines Streit-schlichtungsverfahrens nicht auf tatsächlich erlittene geldwerte Handels-nachteile ankomme, sondern abstrakt auf das behauptete Vorliegen WTO-rechtswidriger Wettbewerbsbedingungen.⁵⁰² Dennoch veranschaulichten diese Schätzungen die potentielle Bedrohung der indischen Wirtschaft durch die *drug arrangements* der APS-VO Nr. 2501/2001 und lieferten einen Teil der Erklärung, warum Indien bereits knapp drei Monate nach Erlass der APS-Verordnung das Streitschlichtungsverfahren eingeleitet hat.⁵⁰³ In einer Verbindung dieser wirtschaftlichen Faktoren mit den bekannten politischen Spannungen zwischen Indien und Pakistan dürften die Motive für die Beschwerde Indiens zu finden sein.

Ursprünglich bezog Indien seine Beschwerde zusätzlich auf die APS-Sonderregeln zum Schutz der Arbeitnehmer sowie der Umwelt. Aus verfahrenstaktischen Gründen, und weil diese Sonderregeln, wie dargestellt, nur eine sehr begrenzte praktische Bedeutung aufwiesen, begrenzte Indien seine

500 *Bhattacharyya*, CTHT, Issue No. 23, S. 1 f.

501 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 13; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 392. *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 124 f. nennt 150 Millionen US-\$ als Größenordnung für den Wert der Präferenzen, die aus Sicht Indiens dem „direkten Rivalen“ Pakistan pro Jahr durch die *drug arrangements* gewährt würden. Vgl. auch *Bhattacharyya*, CTHT, Issue No. 23, S. 1 f. Dieser verweist auf die Tatsache, dass vor der Aufnahme Pakistans in das *drug arrangement* große Teile der Textilimporte aus Pakistan in die EG (im Wert von ca. € 642 Millionen) aus dem APS „herausgraduiert“ worden seien. Die extreme Begünstigung durch „Nullzölle“ ließe daher Grund zu der Annahme, dass Pakistan beim Handel mit Textilien in die EG gegenüber Indien deutlich an Boden gewinnen würde.

502 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.111.

503 Erlass der APS-VO: 10. Dezember 2001; Einleitung des Streitschlichtungsverfahrens durch die Aufnahme von Verhandlungen mit der EG gemäß Art. 4 DSU: 5. März 2002.

Beschwerde aber noch vor Einsetzung des *Panel*s auf die *drug arrangements*.⁵⁰⁴

Indiens Antrag gemäß sollte das *Panel* feststellen, dass die *drug arrangements* in der Fassung der VO (EG) Nr. 2501/2001 in Widerspruch zu Art. I:1 GATT standen und dieser Verstoß auch nicht durch die *Enabling Clause* gerechtfertigt werden konnte.⁵⁰⁵

B. *Panel*-Bericht

In rechtlicher Hinsicht stand bei dem Streit die Frage im Mittelpunkt, ob es der EG nach WTO-Recht gestattet war, im Rahmen eines APS-Programms durch ein Instrument wie den *drug arrangements* bei der Gewährung von Zollpräferenzen zwischen den Entwicklungsländern zu differenzieren. Als streitentscheidende Normen kamen nach Ansicht des *Panel*s § 2 lit. a *Enabling Clause* sowie Art. I:1 GATT in Betracht, da beide Vorschriften das Gewähren von Zollpräferenzen regeln. Während Art. I:1 GATT das MFN-Prinzip statuiert und jedes WTO-Mitglied dazu verpflichtet, bei Zöllen alle WTO-Mitglieder unterschiedslos zu behandeln, regelt § 2 lit. a *Enabling Clause*

„Preferential tariff treatment accorded by developed contracting parties to products originating in developing countries in accordance with the Generalized System of Preferences [...]“

Streitig zwischen den Parteien waren insbesondere zwei Punkte. Zum einen musste geklärt werden, ob, und wenn ja inwieweit, ein APS an Art. I:1 GATT zu messen ist. Dazu erörterte das *Panel* zunächst das rechtliche Verhältnis zwischen Art. I:1 GATT und der *Enabling Clause*. Zum anderen war fraglich, ob § 2 lit. a *Enabling Clause* als normative Grundlage für das in Rede stehende APS der EG so auszulegen ist, dass eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern nach Art der *drug arrangements* erlaubt ist.

I. Das Verhältnis der *Enabling Clause* zu Art. I:1 GATT

Indien und die EG hatten unterschiedliche Ansichten darüber, ob es sich bei der *Enabling Clause* rechtlich um eine Ausnahme zu Art. I:1 GATT oder um ein selbständiges Regime handelt. Nur im letzteren Falle scheidet die Anwendung des Art. I:1 GATT auf ein APS von vornherein aus. Kommt man hingegen zu dem Ergebnis, dass es sich um eine Ausnahme handelt, so muss

504 *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 392 (dort in Fn. 13). Siehe auch *EC – Preferences, Panel*, para. 1.5.

505 *EC – Preferences, Panel*, para. 3.1.

in einem zweiten Schritt die Reichweite der Ausnahmewirkung geprüft werden.

1. Die „Natur“ der *Enabling Clause*

a) EG

Nach Ansicht der EG stellte die *Enabling Clause* keine „Ausnahme“ zu Art. I:1 GATT dar. Vielmehr beinhalte sie als eine der zentralsten *S&D*-Normen autonome Rechte und Pflichten. Als Entscheidung *sui generis*, welche die APS-Programme besonders regele, schließe sie die Anwendung des Art. I:1 GATT gänzlich aus.⁵⁰⁶ Die EG verwies in diesem Zusammenhang auf den Fall *Brazil – Aircraft*. Darin lehnte der *AB* die Charakterisierung einer weiteren *S&D*-Vorschrift (Art. 27 des SCM-Übereinkommens) als Ausnahme ab.⁵⁰⁷ Aus dieser Rechtsprechung schloss die EG, dass *S&D*-Vorschriften auf Grund ihres Regelungsgegenstandes grundsätzlich nicht die Funktion einer Ausnahme erfüllten, weil dies der besonderen Bedeutung des *S&D*-Regimes nicht gerecht würde.⁵⁰⁸ *S&D* sei schließlich darauf gerichtet, Gleichheit unter den WTO-Mitgliedern zu schaffen und verfolge daher unmittelbar solche Zwecke, wie sie in der Präambel des ÜWTO formuliert seien. Damit unterscheide sich der Sinn und Zweck von *S&D* gravierend zu echten „Ausnahmenvorschriften“ wie beispielsweise Art. XX GATT, die es den Mitgliedern erlaubten, Politiken zu verfolgen, die sich von denen der WTO unterschieden.⁵⁰⁹

Das Erfordernis, sich für freiwillige *S&D*-Maßnahmen mit Hilfe der *Enabling Clause* gegen den Vorwurf der WTO-Rechtswidrigkeit verteidigen zu müssen, habe nach Ansicht Costa Ricas, eines Streithelfers der EG, ferner auf die entwickelten Länder eine abschreckende Wirkung und könne sich auf deren grundsätzliche Bereitschaft, *S&D*-Maßnahmen überhaupt zu erlassen, negativ auswirken.⁵¹⁰

506 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.42, 4.149, 4.291 ff., 4.300 ff. und 7.29; *EC – Preferences, AB*, para. 12 f. Diese Auffassung vertritt auch eines der drei *Panel*-Mitglieder in seiner abweichenden Meinung, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 9.2.

507 Vgl. *Brazil – Aircraft, AB*, para. 140.

508 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.43, 4.150, 7.29; *EC – Preferences, AB*, para. 14.

509 *EC – Preferences, AB*, para. 14 f.

510 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.145, 5.57.

b) Indien und *Panel*

Das *Panel* schloss sich der gegenteiligen Auffassung Indiens an.⁵¹¹ Es verwies auf eine Entscheidung des *AB* aus dem Jahr 1997 (*US – Wool Shirts and Blouses, AB*), worin die Art. XX und XI:2 lit. c (i) GATT als

„limited exceptions from obligations under certain other provisions of the GATT '94, not positive rules establishing obligations in themselves“⁵¹²

charakterisiert wurden. Abstrahiere man diese Feststellung, so dürfe eine „Ausnahme“ („exception“) erstens keine *selbständige* Verpflichtung enthalten und müsse zweitens eine *begrenzte Abweichung* von einer selbständigen Verpflichtung, also von einer „Regel“ („positive rule“) zulassen.⁵¹³

Bei der Subsumtion der streitigen Normen unter diese abstrakte Definition stellte das *Panel* zunächst fest, dass es sich bei Art. I:1 GATT unzweifelhaft um eine „Regel“ handele.⁵¹⁴ Zweitens erlaube die *Enabling Clause* qua § 1 („Notwithstanding the provisions of Article I [...]“) eine Abweichung von dieser „Regel“. § 1 *Enabling Clause* unterscheide sich im Wortlaut zwar ein wenig von anderen Ausnahmenvorschriften wie z.B. Art. XX, XXI oder XXIV.⁵¹⁵ Für das *Panel* war diese Abweichung indes nicht gravierend genug, als dass deswegen auf eine unterschiedliche rechtliche Funktion der *Enabling Clause* im Vergleich zu den anderen Ausnahmenvorschriften hätte geschlossen werden können.⁵¹⁶

Indem die *Enabling Clause* die entwickelten WTO-Mitglieder nicht dazu verpflichtete, eine entsprechende Maßnahme zu Gunsten der Entwicklungsländer zu erlassen, enthalte sie drittens auch keine *selbständige* Verpflichtung. Die in der *Enabling Clause* enthaltenen Verpflichtungen würden erst dann relevant, wenn ein WTO-Mitgliedsstaat sich freiwillig zur Einrichtung eines APS entschlossen habe. Dies habe lediglich die rechtliche Bedeutung, dass die Ausnahme nicht absolut, sondern vielmehr „begrenzt“ i.S.d. *AB-*

511 Für die gesamte Darstellung der *Panel*-Entscheidung ist zu berücksichtigen, dass es sich um ein Mehrheits-Votum handelte. Eines der drei *Panel*-Mitglieder vertrat im Wesentlichen die Auffassung der EG. Vgl. dazu *EC – Preferences, Panel*, para. 9.1-9.21.

512 Zitiert nach *EC – Preferences, Panel*, para. 7.35.

513 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.35.

514 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.37.

515 Art. XX und XXI GATT: „[N]othing in this Agreement shall be construed to prevent [...]“; Art. XXIV:5 GATT: „[T]he provisions of this Agreement shall not prevent [...]“.

516 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.36.

Rechtsprechung ausgestaltet sei.⁵¹⁷ Die *Enabling Clause* verhalte sich also zu Art. I:1 GATT wie eine Ausnahmegesetz.

2. Die Anwendbarkeit des Art. I:1 GATT auf das APS

a) Indien

Indien stützte seine Beschwerde gegen das APS der EG auf eine Verletzung des Art. I:1 GATT und begann die rechtliche Argumentation mit einer Auslegung dieser Norm. Zunächst verdeutlichte Indien das MFN-Prinzip. Für die WTO-Rechtmäßigkeit eines APS-Programms kam es nach Ansicht Indiens entscheidend auf die Einhaltung dieses Prinzips an. Indien sprach in diesem Zusammenhang von einem „MFN-Recht“.⁵¹⁸ Gemeint war damit ein subjektiver Anspruch eines jeden WTO-Mitgliedstaates auf streng-formale Gleichbehandlung durch das importierende Land im Vergleich zu anderen Exportländern.⁵¹⁹ Wenn gemäß § 2 lit. a i.V.m. § 1 *Enabling Clause* Zollpräferenzen oder andere Handelsvorteile nicht auch den entwickelten Mitgliedstaaten gewährt werden müssten, legalisiere diese Norm i.S. der indischen Terminologie demnach nur die „Verletzung“ der MFN-Rechte der entwickelten Mitgliedstaaten. Den Entwicklungsländern stehe dieses Recht weiterhin zu, auch und gerade im Rahmen einer APS-Begünstigung.

Dass die *drug arrangements* als Teil eines APS-Programms insoweit an Art. I:1 GATT zu messen seien, stützte Indien auf die rechtliche Konstruktion einer nur *begrenzten Ausnahmewirkung* der *Enabling Clause*: § 1 *Enabling Clause* gestatte nur ein Abweichen von derjenigen (Teil-) Regelung des Art. I:1 GATT, wonach ein Vorteil, welcher einem Produkt aus einem Land gewährt werde, allen gleichartigen Produkten aus „allen anderen Ländern“ ebenfalls zu gewähren sei. Die *Enabling Clause* beschränke daher

517 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.37 f. Die EG wendet ein, dass nach dieser Definition auch Art. I:1 GATT keine *selbständige* Verpflichtung enthalte. Denn auch nach dieser Vorschrift werde kein WTO-Mitgliedstaat verpflichtet, Zölle zu senken. Nur wenn ein Land freiwillig einem anderen Land gegenüber seine Zölle senke, sei es dazu verpflichtet, diese Zollsenkung auch allen anderen WTO-Mitgliedstaaten zu gewähren. Die vom *Panel* benützte Definition ist nach Ansicht der EG daher nicht brauchbar, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 4.218 und 4.293; *EC – Preferences, AB*, para. 10. Da Art. I:1 GATT allerdings keine „begrenzte Ausnahme“ von einer „Regel“ gestattet, erfüllt die Norm nicht die zweite Voraussetzung der *AB*-Definition einer „Ausnahme“. Auf den Einwand der EG geht das *Panel* im Übrigen nicht näher ein.

518 Z.B. *EC – Preferences, Panel*, para. 4.178.

519 Diese Bedeutung des MFN-Prinzips i.S.v. Art. I:1 GATT entspricht der Freihandelslehre *David Ricardos* und schwebte, wie oben im Ersten Abschnitt (§ 1) dargestellt, den ursprünglichen GATT-Vertragsstaaten in den 1940er Jahren vor.

lediglich den Adressatenkreis des Art. I:1 GATT auf die Entwicklungsländer, lasse aber im Übrigen die sich aus dem MFN-Prinzip ergebenden Rechte der Entwicklungsländern unberührt.

Das Verständnis einer derart begrenzten Reichweite der *Enabling Clause* als Ausnahmevorschrift werde, so Indien weiter, gestützt durch die Rechtsprechung des *AB* zu einer vergleichbaren Ausnahmevorschrift, nämlich zu Art. XXIV:5 GATT.⁵²⁰ In dieser Norm heißt es:

„[T]he provisions of this Agreement shall not prevent [...] the formation of a customs union [...].“

Das Merkmal „nothing shall prevent“ hatte der *AB* nicht in dem umfassenden Sinne verstanden, dass im Anwendungsbereich des Art. XXIV:5 GATT von sämtlichen anderen Vorschriften des GATT abgewichen werden dürfe. Vielmehr erlaube die Ausnahmevorschrift eine Abweichung von sonstigen GATT-Vorschriften nur insoweit, als

„the formation of the customs union would be prevented if the introduction of the measure were not allowed.“⁵²¹

Die Wirkung der Ausnahmevorschrift erstreckte sich folglich nur auf solche Regelungen, welche die zur Errichtung der Zollunion notwendigen Maßnahmen verböten. Indien übertrug diese Rechtsprechung des *AB* auf die *Enabling Clause* als vergleichbare Ausnahmevorschrift und vertrat die Auffassung, dass auf Grundlage der *Enabling Clause* nur von solchen Regelungen abgewichen werden dürfe, die den für die Einrichtung eines APS-Programms notwendigen Maßnahmen entgegenstünden. Darunter falle gerade nicht das MFN-Recht der Entwicklungsländer, denn nur die MFN-Rechte der entwickelten Länder stünden der Einrichtung eines APS entgegen.⁵²²

Indien betonte, dass es dem Streitschlichtungsorgan der WTO bei der Auslegung von Normen nicht gestattet sei, Inhalte hinein zu interpretieren, welche keine Stütze im Wortlaut und/oder Willen des Normgebers hätten.⁵²³ Ein Verzicht der Entwicklungsländer auf deren MFN-Rechte lasse sich aus dem Wortlaut der *Enabling Clause* nicht ableiten.⁵²⁴ Eine Auslegung der *Ena-*

520 *Turkey – Textiles, AB*.

521 Vgl. *Turkey – Textiles, AB*, para. 46.

522 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.175; *EC – Preferences, AB*, para. 39.

523 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.29 mit Verweis auf *India – Patents (US), AB*, para. 45.

524 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.176; *EC – Preferences, AB*, para. 47. Dies gilt indes nicht für Maßnahmen zu Gunsten der LDC's. In diesem Zusammenhang „verzichten“

abling Clause in diesem Sinne stelle vielmehr eine Rechtsfortbildung dar, für die in einer internationalen Organisation wie der WTO die Mitgliedstaaten und nicht das Streitschlichtungsorgan zuständig sei.⁵²⁵ Diesen letzten Punkt hob im Übrigen auch Indiens Streithelfer Paraguay besonders hervor.⁵²⁶

b) EG

Für die EG stand demgegenüber fest, dass ein APS-Programm als freiwillige Maßnahme ausschließlich an der diesen Gegenstand regelnden *Enabling Clause* als *lex specialis* zu messen sei.⁵²⁷ Aus der Charakterisierung der *Enabling Clause* als autonomes Regime folge, dass sich eine Auslegung der Tatbestandsmerkmale nur aus der Systematik und dem *telos* dieser Norm selbst ergeben könne und eine direkte Bezugnahme auf sonstiges WTO-Recht im Grundsatz auszuschließen sei. Als wichtigste Konsequenz ergebe sich daraus, dass das MFN-Prinzip, wie es sich aus Art. I:1 GATT ergebe, im Rahmen der *Enabling Clause* nicht gelte.

Die EG betonte, dass die *Enabling Clause* wie alle anderen *S&D*-Normen geschaffen worden sei, um die streng-formale Gleichbehandlung aller GATT/WTO-Mitgliedstaaten zu Gunsten einer besonderen Berücksichtigung der Entwicklungsbedürfnisse der Entwicklungsländer aufzuheben.⁵²⁸ Vor diesem Hintergrund erschien es der EG nur konsequent und dem *telos* der *Enabling Clause* entsprechend, das MFN-Prinzip auch im Rahmen eines APS nicht anzuwenden.⁵²⁹

Für eine Anwendung des MFN-Prinzips im Rahmen eines APS-Programms gebe es überdies keine textliche Grundlage. In § 1 *Enabling Clause* werde der Begriff „Entwicklungsland“ nicht durch einen Artikel oder sonst näher spezifiziert, so dass auch eine Begünstigung nur *einiger* Entwicklungsländer vom Wortlaut der Norm erfasst werde.⁵³⁰ Würde § 1 *Enabling Clause* darüber hinaus eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern verbieten, so machten die Regelungen in § 2 lit. c und d *Enabling Clause* keinen Sinn, da diese regionale Zusammenschlüsse einzelner Entwicklungsländer bzw.

sowohl die entwickelten sowie die Nicht-LDC-Entwicklungsländer auf „ihr MFN-Recht“, vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 51.

525 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.199.

526 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.112 f.

527 *EC – Preferences, AB*, para. 14.

528 So auch die abweichende Meinung eines der drei *Panel*-Mitglieder, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 9.9.

529 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.152.

530 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.45.

besondere Maßnahmen zu Gunsten der LDC's und somit eine Sonderbehandlung nur einzelner Entwicklungsländer vorsähen.⁵³¹

c) *Panel*

Das *Panel* schloss sich nur insoweit der Auffassung Indiens an, als die Anwendung des Art. I:1 GATT auf ein APS nicht grundsätzlich ausgeschlossen sei. Ausgehend von der „üblichen“ Bedeutung des Wortes „notwithstanding“ in § 1 *Enabling Clause* dürfe die Anwendung der *Enabling Clause* durch Art. I:1 GATT nicht „verhindert“ werden.⁵³² Dies bedeute, dass die *Enabling Clause* Vorrang vor Art. I:1 GATT genieße, wenn und soweit die beiden Vorschriften kollidierten.⁵³³

Das *Panel* betonte indes, dass sich daraus noch nicht eindeutig ergebe, ob im Anwendungsbereich der *Enabling Clause* Art. I:1 GATT vollständig oder nur teilweise verdrängt werde. In den *AB-* sowie *Panel-Berichten* früherer Jahre, in denen es um Regel-Ausnahme-Konstellationen ging, sei jedoch immer eine bestimmte Prüfungsreihenfolge angewandt worden.⁵³⁴ So sei im ersten Schritt stets eine Verletzung der „Regel“-Vorschrift geprüft worden. Lag eine entsprechende Verletzung vor, so ging es im zweiten Schritt um die Vereinbarkeit der streitigen Maßnahme mit der Ausnahmegvorschrift.⁵³⁵ Diese Rechtsprechung spreche gegen die Annahme, eine Ausnahmegvorschrift schließe die Anwendbarkeit der entsprechenden „Regel“ schon tatbestandlich aus. Daher sei auch im vorliegenden Fall Art. I:1 GATT *neben* der *Enabling Clause* auf die *drug arrangements* anzuwenden. Entsprechend der üblichen Prüfungsreihenfolge müsse Art. I:1 GATT zudem *vor* der *Enabling Clause* geprüft werden.⁵³⁶

Mit dieser Feststellung widersprach das *Panel* indirekt der Auffassung Indiens, wonach die *Enabling Clause* als Ausnahmegvorschrift eine nur begrenzte Wirkung entfalte und den Teil des Art. I:1 GATT unberührt lasse, welcher

531 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.48 ff. und 4.222.

532 Das *Panel* verweist auf das „New Shorter Oxford English Dictionary“, 4. Auflage, S. 1947, worin als Synonyme „in spite of, without regard or prevention by“ genannt werden.

533 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.44.

534 Erwähnt werden zum einen die Fälle *US – Gasoline, AB, US – Shrimp, AB, Korea – Various Measures on Beef, AB* sowie *EC – Asbestos*, in denen es um das Verhältnis der Ausnahmegvorschrift des Art. XX GATT zu den „Regel“-Vorschriften der Art. I, III oder XI:1 GATT ging. Zum anderen verweist das *Panel* auf den Fall *Turkey – Textiles*, welcher entsprechend das Verhältnis zwischen den Art. XXIV und XI GATT zum Gegenstand hatte.

535 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.45.

536 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.54.

die MFN-Rechte der Entwicklungsländern beinhalte. Im Ergebnis müsste nach dieser Auffassung ein APS-Programm *gleichzeitig* den Anforderungen zweier Normen entsprechen, nämlich zum einen denjenigen der *Enabling Clause*, und zum anderen denjenigen des Art. I:1 GATT, welche von der Ausnahmewirkung der *Enabling Clause* unberührt geblieben sind. Indem das *Panel* hier feststellte, dass *zuerst* Art. I:1 GATT, und bei Vorliegen eines Verstoßes gegen diese Vorschrift *danach* die *Enabling Clause* zu prüfen sei, schien es von einem „Entweder-Oder“ und nicht von einem „Nebeneinander“ der beiden Vorschriften auszugehen. An anderer Stelle bezog sich das *Panel* auf Art. I:1 GATT ferner nur i.S. einer „interpretative guidance“ und lehnte damit indirekt die fortwährende und teilweise Geltung des Art. I:1 GATT i.S. Indiens ab.⁵³⁷

Ob ein APS mit dem WTO-Recht übereinstimmt, richtet sich also nach Ansicht des *Panels* im Ergebnis nur nach den Voraussetzungen der *Enabling Clause* und nicht noch zusätzlich nach denen des Art. I:1 GATT. Ein Diskriminierungsverbot i.S.d. MFN-Prinzips gälte für ein APS demnach nur dann, sofern sich ein solches aus der *Enabling Clause* selbst ergäbe. Diese Frage ist im Rahmen der materiell-rechtlichen Auslegung der *Enabling Clause* zu klären.

3. Verstoß gegen Art. I:1 GATT

a) EG

Nach Ansicht der EG war Art. I:1 GATT neben der *Enabling Clause* nicht anwendbar. Für den Fall, dass das *Panel* zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, machte die EG hilfsweise einige Ausführungen zu der von Indien aufgeworfenen Frage, ob die *drug arrangements* der Verpflichtung aus Art. I:1 GATT, Präferenzen „unbedingt“ zu gewähren, entsprachen.

Die EG behauptete, dass die *drug arrangements* „unbedingt“ i.S.d. Art. I:1 GATT gewährt worden wären. Ein Recht oder eine Verpflichtung sei im Rechtssinne nur dann „bedingt“, sofern die Existenz vom entweder ungewissen oder gewissen Eintritt eines *zukünftigen* Ereignisses abhängt. Die Auswahl der unter die *drug arrangements* fallenden Länder sei indes auf der Grundlage der jeweiligen *aktuellen* Betroffenheit in Bezug auf Drogenproduktion und -handel erfolgt und somit nicht vom Eintritt eines *zukünftigen* oder *ungewissen* Ereignisses abhängig.⁵³⁸ Im Übrigen erklärte die EG die indische Auslegung dieses Merkmals, wonach ein Vorteil „losgelöst von spezifischen Situationen oder Verhaltensweisen“ des exportierenden Landes

537 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.152.

538 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.57 ff.

zu erfolgen habe, als unzutreffend. Denn auch die Sonderbehandlung der LDC's gemäß § 2 lit. d *Enabling Clause* erfolge auf Grund ihrer spezifischen Situation und müsste daher nach indischer Lesart gegen das Erfordernis der „Bedingungslosigkeit“ des Art. I:1 GATT verstoßen.⁵³⁹

Neben dieser grundsätzlichen habe, so die EG weiter, das Merkmal „unbedingt“ im Zusammenhang mit dem MFN-Prinzip ferner eine besondere rechtliche Bedeutung.⁵⁴⁰ Eine Zollpräferenz sei dann „bedingt“ i.S.d. Art. I:1 GATT, sofern sie nur im Austausch für eine bestimmte Art von Gegenleistung gewährt werde.⁵⁴¹ Als Gegenleistung in diesem Sinne komme zum einen das gegenseitige Einräumen von Handelsvorteilen i.S.d. Gebotes der Reziprozität und zum anderen jede andere Form der Gegenleistung, welche nicht unter das Gebot der Reziprozität falle, in Betracht.⁵⁴² Ausdrücklich verboten werde durch die Fußnote 3 des § 2 lit. a *Enabling Clause* das Verlangen von reziproken, also im Verhältnis zu den gewährten Handelsvorteilen *gleichwertigen* Gegenleistungen, woran sich die EG mit den *drug arrangements* jedenfalls gehalten habe.⁵⁴³ Darüber hinaus verlange die EG von den durch die *drug arrangements* begünstigten Entwicklungsländern auch keine sonstigen Arten von Gegenleistungen.⁵⁴⁴ Die Argumentation der EG lief im Ergebnis auf den unausgesprochenen Umkehrschluss hinaus, dass die *drug arrangements* deswegen „unbedingt“ i.S.d. Art. I:1 GATT gewesen sein mussten, weil sie nicht „bedingt“ i.S.d. vorgestellten Auslegung waren. Die EG bestritt somit, dass die *drug arrangements* gegen den von der *Enabling Clause* unberührten Teil des Art. I:1 GATT verstoßen hätten.

b) Indien und Panel

Das *Panel* folgte auch in dieser Frage der Auffassung Indiens. Zur Begründung verwies das *Panel* zunächst auf die entscheidende Passage des Art. I:1 GATT, die da lautet:

„With respect to customs duties [...], any advantage [...] granted by any [Member] to any product originating in [...] any other country shall be accorded [...] immediately

539 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.59.

540 Diesen Punkt hebt auch *Robert Howse* (in: *Bridges 1* (2004), 7) hervor und verweist auf eine *Panel*-Entscheidung mit eben der hier von der EG vertretenen Aussage (vgl. *Canada – Autos, Panel*, para. 10 ff.).

541 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.52 und 4.61.

542 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.61.

543 *EC – Preferences, AB*, para. 24.

544 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.62.

and *unconditionally* to the like product originating in [...] the territories of *all other [Members]*.⁵⁴⁵

„Bedingungslos“ bedeute in diesem Zusammenhang, dass die Gewährung von „Vorteilen“ losgelöst von spezifischen „Situationen oder Verhaltensweisen des exportierenden Landes“ zu erfolgen habe.⁵⁴⁶ Indem die *drug arrangements* für die Gewährung von Vorteilen vom exportierenden Land besondere innerstaatliche Maßnahmen zur Bekämpfung von Drogenproduktion sowie Drogenhandel einfordere und daher an „spezifische Situationen oder Verhaltensweisen“ anknüpfe, stünden sie in Widerspruch zu Art. I:1 GATT.⁵⁴⁷

II. Vereinbarkeit der *drug arrangements* mit der *Enabling Clause*

Wie das *Panel* festgestellt hatte, müssen die *drug arrangements* als Teil eines APS die Voraussetzungen des § 2 lit. a *Enabling Clause* erfüllen. Diese ergeben sich nach Ansicht des *Panels* zum einen aus der Norm selbst, und zum anderen aus der dazugehörigen Fußnote 3:

§ 2 lit. a: „Preferential tariff treatment accorded by developed contracting parties to products originating in developing countries in accordance with the *Generalized System of Preferences*³ [...]“

Fußnote 3: „As described in the Decision of the CONTRACTING PARTIES of 25 June 1971, relating to the establishment of ‚generalized, non-reciprocal and *non-discriminatory* preferences beneficial to the developing countries‘ (BISD 18S/24).“

Streitig zwischen den Parteien war insbesondere die Auslegung des in der Fußnote 3 enthaltenen Merkmals „*non-discriminatory*“. Nach Ansicht des *Panels* war die Auslegung dieses Merkmal sowie des gesamten § 2 lit. a *Enabling Clause* abhängig von der Frage, ob § 3 lit. c *Enabling Clause* eine Differenzierung zwischen den durch das APS begünstigten Entwicklungsländern vorsieht.⁵⁴⁸ Darin heißt es:

„Any differential and more favourable treatment provided under this clause: [...]“

545 Zitiert nach *EC – Preferences, Panel*, para. 4.8; Die Hervorhebungen wurden durch Indien hinzugefügt.

546 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.11 (mit Verweis auf *Canada – Autos, Panel*, para. 10.23 sowie *Canada – Autos, AB*, para. 76), 7.59.

547 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.14, 7.60. Bemerkenswerterweise lassen weder Indien noch das *Panel* die *drug arrangements* am Art. I:1 GATT-Erfordernis, eine Zollpräferenz „für alle gleichartigen Waren, die aus den Gebieten der anderen Vertragsparteien stammen“ zu gewähren, scheitern. Ein APS verstößt schließlich *per definitionem* gegen dieses Erfordernis des Art. I:1 GATT, so dass ein Rückgriff hierauf näher gelegen hätte.

548 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.65.

(c) shall in the case of such treatment accorded by developed contracting parties to developing countries be designed and, if necessary, modified, *to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries.*“

Der Bericht des Panels beschäftigte sich daher zunächst mit der Auslegung des § 3 lit. c *Enabling Clause*.

1. § 3 lit. c *Enabling Clause*

a) EG

Die EG zweifelte im Ausgangspunkt den rechtlich zwingenden Charakter des § 3 lit. c *Enabling Clause* an, und zwar auf Grund des freiwilligen Charakters der APS: Wenn die entwickelten Länder frei entscheiden dürften, Präferenzen für Entwicklungsländer überhaupt einzuführen, dann dürften sie erst recht frei entscheiden, wie diese Präferenzen ausgestaltet würden.⁵⁴⁹ § 3 lit. c *Enabling Clause* enthält daher nach Ansicht der EG nur unverbindliche Leitlinien. Es dürfe den entwickelten Ländern nicht verwehrt werden, mit ihren APS-Programmen auf die nach ihrer Ansicht drängendsten Entwicklungsprobleme zu reagieren, auch wenn diese nur in einigen Entwicklungsländern aufträten. Nach Auffassung der EG ist die Auswahl der jeweiligen Entwicklungsbedürfnisse, auf die ein entwickeltes Land mit seinem APS reagieren möchte, dann rechtmäßig, sofern sie sich nach objektiven Kriterien richte. So müsse der Differenzierung erstens ein „legitimer Zweck“ zu Grunde liegen und sie müsse zweitens ein „vernünftiges Mittel“ zur Erreichung dieses Zweckes darstellen.⁵⁵⁰

Um darzulegen, dass den *drug arrangements* ein legitimer Zweck zu Grunde lag, verwies die EG einerseits auf die Präambel des WTO-Übereinkommens über Landwirtschaft sowie andererseits auf zahlreiche Resolutionen von Organen der UN, worin anerkannt werde, dass sich die Drogenproblematik destabilisierend auf die politische und wirtschaftliche Entwicklung eines Landes auswirke. Ferner betone diese Resolutionen, dass insbesondere wirtschaftliche Anreize dazu geeignet seien, Alternativen zur Tätigkeit in der Drogenproduktion zu schaffen. Zu diesen wirtschaftlichen Anreizen würden ausdrücklich auch Maßnahmen zur Verbesserung des Marktzugangs gezählt.⁵⁵¹ Eine Differenzierung nach Art der *drug arrangements* sei nach Ansicht der EG vor diesem Hintergrund demnach auch ein vernünftiges

549 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.74 f.

550 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.70; *EC – Preferences, AB*, para. 20.

551 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.71 ff., 4.87 ff. und 4.155 f. mit Verweis auf die jüngsten entsprechenden Resolutionen der GA vom 19.12.2001 sowie der UN Commission on Narcotic Drugs vom 15.3.2002.

Mittel, um auf die besonderen Entwicklungsbedürfnisse der unter Drogenanbau und -produktion leidenden Entwicklungsländer zu reagieren.⁵⁵²

Ferner hätten die USA in der Vergangenheit für eine mit den *drug arrangements* vergleichbare Maßnahme⁵⁵³ von den Mitgliedern der WTO einen *Waiver* erhalten. In dieser *Waiver*-Entscheidung seien ausdrücklich die positiven Auswirkungen der Maßnahme auf die wirtschaftliche Entwicklung der begünstigten Länder anerkannt worden. Vor diesem Hintergrund könne daher nicht davon gesprochen werden, die *drug arrangements* reagierten nicht „positiv“ i.S.d. § 3 lit. c *Enabling Clause* auf die Bedürfnisse der begünstigten Entwicklungsländer.⁵⁵⁴

b) Indien

Indien widersprach und verwies darauf, dass die *drug arrangements* nur einer Gruppe von zwölf Entwicklungsländern weitergehende Zollpräferenzen gewährt würden, was den Effekt einer Umleitung von Handelsströmen zu Ungunsten der nicht begünstigten Entwicklungsländer habe. Im Ergebnis „bezahlen“ die *drug arrangement*-Präferenzen demnach nicht die EG mit ihrem Verzicht auf reziproke Zollzugeständnisse, sondern vielmehr diejenigen Entwicklungsländer, welche wirtschaftlich mit den zwölf *drug arrangement*-Begünstigten unmittelbar konkurrierten.⁵⁵⁵ Von einer „positiven“ Reaktion auf die „Entwicklungs-, Finanz- sowie Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer“ könne vor diesem Hintergrund keine Rede sein.

Des weiteren führte Indien aus, dass in § 5 S. 1 *Enabling Clause* ausdrücklich von den „individuellen“ Entwicklungs-, Finanz- und Handelsinteressen der Entwicklungsländer die Rede sei. Dieses Merkmal enthalte § 3 lit. c *Enabling Clause* nicht. Im Umkehrschluss bedeute dies, dass ein APS gemäß § 3 lit. c *Enabling Clause* auf die *gemeinsamen* Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse *aller* Entwicklungsländer reagieren müsse.⁵⁵⁶

552 *EC – Preferences, AB*, para. 29.

553 „Andean Trade Preference Act“ („ATPA“). Der erste „Waiver“ wurde 1992 gewährt und 1996 erneuert, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 4.74.

554 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.90.

555 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.38. Im Englischen werden die entwickelten Länder, die ein APS-Programm einrichten, als „donor countries“ bezeichnet. Für Indien sind auf Grund dieser Umlenkung der Handelsströme Entwicklungsländer wie Indien die eigentlichen „donor countries“.

556 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.117, 4.190 und 4.281.

c) *Panel*

Das *Panel* stimmte hier nur im Ergebnis mit Indien überein und führte aus, dass die Gestaltung, bzw. die Modifikation eines APS gemäß § 3 lit. c *Enabling Clause* grundsätzlich nicht zu einer Differenzierung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern führen dürfe.⁵⁵⁷ Zu diesem Grundsatz existierten nur zwei Ausnahmen: (1) Spezielle Importbeschränkungen (sog. „*a priori limitations*“⁵⁵⁸) sowie (2) die Sonderbehandlung von LDC's gemäß § 2 lit. d *Enabling Clause*.

Für das *Panel* ergab sich nicht aus dem Normtext, ob sich ein APS entweder nur an den *individuellen* oder nur an den *gemeinsamen* Entwicklungsbedürfnissen der begünstigten Entwicklungsländer zu orientieren habe.⁵⁵⁹ Gemäß den Art. 31 und 32 WVK⁵⁶⁰ zog es daher den Kontext der Norm zur Auslegung heran. Innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung existiere nach Ansicht des *Panels* als in Frage kommender Kontext einzig die APS-Entscheidung der GATT-Vertragsstaaten von 1971. Diese Entscheidung hätte ausschließlich dazu gedient, das „APS der UNCTAD“ unverändert in die GATT-Rechtsordnung zu übertragen. Während der Beratungen des GATT-Rates zur APS-Entscheidung von 1971 hätten alle Beteiligten ausdrücklich auf die entsprechenden UNCTAD II-Abkommen Bezug genommen.⁵⁶¹ Ins-

557 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.116.

558 Diese speziellen Importbeschränkungen haben sich die entwickelten Länder bereits in den „Agreed Conclusions“ (vgl. oben im 2. Abschnitt (§ 2) bei A.I.3.) vorbehalten. Diese waren gedacht als ein Schutzmechanismus. Danach können die entwickelten Länder vor Einrichtung eines APS-Programms Importhöchstgrenzen für solche Produkte aus einzelnen Entwicklungsländern vorsehen, die im Markt des entwickelten Landes bereits ein bestimmtes Niveau an Wettbewerbsfähigkeit erreicht haben, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 7.107 ff.

559 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.78.

560 Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge vom 23. Mai 1969 (BGBl. 1985 II, S. 926), kurz: Wiener Vertragsrechtskonvention (WVK).

561 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.85. Dort zitiert das *Panel* zum einen die Länder, die im GATT-Rat die APS-Entscheidung beantragt haben: „[In Resolution 21(II) of the Second Session of UNCTAD,] there has been unanimous support for the early establishment of a mutually acceptable system of generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences which would be beneficial to the developing countries“; „[The Agreed Conclusions worked out in UNCTAD] were mutually acceptable to and represented a co-operative effort of both developing and developed countries“; und zum anderen die Repräsentanten der Präferenzgeberländer: „[T]he Waiver [gemeint ist die APS-Entscheidung von 1971; *Anm. des Verf.*] was to cover the arrangements as set forth in the Agreed Conclusions reached in UNCTAD“.

besondere die „Agreed Conclusions“ der UNCTAD II⁵⁶², welche die Ausgestaltung des APS detaillierter regelten, stellten somit „sich auf den Vertrag [d.h. in diesem Fall auf die APS-Entscheidung der GATT-Vertragsstaaten von 1971; *Anm. des Verf.*] beziehende Übereinkünfte“ i.S.d. Art. 31 Abs. 2 lit. a WVK dar und dürften somit zur Auslegung des § 3 lit. c *Enabling Clause* herangezogen werden.⁵⁶³

Die „Agreed Conclusions“ enthielten, so das *Panel* weiter, die Ergebnisse der Verhandlungen zwischen den Industrie- und den Entwicklungsländern über den zu erreichenden Produktumfang sowie die Tiefe der einseitigen Zollzugeständnisse.⁵⁶⁴ Diese Ergebnisse verstand das *Panel* i.S. eines *status quo*, den jedes APS eines Industrielandes zu erreichen habe.⁵⁶⁵ In diesen Kontext bettete das *Panel* die Regelung des § 3 lit. c *Enabling Clause* und begrenzte das in dieser Norm zugelassene Instrumentarium für eine „Modifikation“ eines APS auf die Vergrößerung des Produktumfangs sowie Vertiefung der Zollzugeständnisse.⁵⁶⁶ Zur Begründung betonte das *Panel*, dass weder die APS-Entscheidung von 1971, noch die *Enabling Clause* Änderungen in Bezug auf die Regelungen der „Agreed Conclusions“ enthielten, die darauf hätten schließen lassen, dass ein APS neben den dort vorgesehenen Formen noch auf andere Art und Weise auf Bedürfnisse nur einzelner Entwicklungsländer reagieren dürfte.⁵⁶⁷

Aus dieser Analyse der Entstehungsgeschichte der *Enabling Clause* durch das *Panel* können insbesondere drei Punkte festgehalten werden: Erstens wurden die Verhandlungen über das APS auf der UNCTAD II zwischen der *Gruppe* der entwickelten Ländern und der *Gruppe* der Entwicklungsländer geführt.⁵⁶⁸ Zweitens war Gegenstand dieser Verhandlungen sowie der Ergebnisse nur die Größe des von den einzelnen APS-Programmen abzudeckenden Produktumfangs sowie die zu erreichende Tiefe der einseitigen

562 UNCTAD, Agreed Conclusion of the Special Committee on Preferences, UNCTAD-Doc. TD/B/330, vgl. hinten im Annex E.

563 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.81, 7.84 und 7.86.

564 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.91.

565 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.97.

566 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.99.

567 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.98.

568 Vgl. beispielsweise die Formulierung in den „Agreed Conclusions“ (dort § 9 des ersten Abschnitts; abgedruckt in *EC – Preferences, Panel*, Annex D, S. D-9): „Recognizes that these preferential agreements are mutually acceptable and represent a co-operative effort which has resulted from the detailed and intensive *consultations between the developed and developing countries* which have taken place in UNCTAD.“ (Hervorhebung durch den Verf.) Vgl. zu den Hintergründen ferner oben im ersten Abschnitt (§ 1) unter A.II.2. und 3.

Zollzugeständnisse.⁵⁶⁹ Etwaige Sonderbehandlungen nur einzelner Entwicklungsländer auf Grund besonderer Entwicklungsbedürfnisse wurden nicht Bestandteil der „Agreed Conclusions“.⁵⁷⁰

Drittens wurde über *diese* Details weder im Rahmen der APS-Entscheidung von 1971, noch im Rahmen der Tokio Runde neu verhandelt.⁵⁷¹ In Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* heißt es vielmehr:

„As described in the Decision of the CONTRACTING PARTIES of 25 June 1971 [...]“

Die Formulierung „wie beschrieben“ zeigt nach Ansicht des *Panel*s, dass die APS-Entscheidung von 1971 die Grundzüge der APS-Programme nicht selbst regelt, sondern diesbezüglich auf die Regelungen der „Agreed Conclusions“, d.h. auf das „APS der UNCTAD“ verweist.⁵⁷²

Das *Panel* verwarf anschließend die Auffassung der EG, eine Differenzierung sei dann mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren, sofern sich diese nach objektiven Kriterien richte, einen legitimen Zweck verfolge sowie ein vernünftiges Mittel darstelle. Diese Prüfungsmerkmale ergäben sich weder aus der Norm, noch aus deren Kontext.⁵⁷³ Das *Panel* hielt diese Prüfung zudem für nicht praktikabel. So fehlten zunächst Leitlinien von Seiten der GATT-Vertragsstaaten, bzw. den WTO-Mitgliedern in Bezug auf die Bestimmung der vermeintlichen objektiven Kriterien. Ferner kämen als legitime Zwecke zahlreiche besondere Entwicklungsbedürfnisse in Frage, so dass theoretisch eine fast unbegrenzte Zahl von besonderen Präferenzsystemen

569 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.91.

570 Eine gewisse Ausnahme besteht freilich in Bezug auf die LDC's. Die „Agreed Conclusions“ sehen in Art. V § 2 beispielsweise vor, dass auf die besonderen Bedürfnisse der LDC's dadurch reagiert werden solle, dass Produkte, an denen die LDC's ein besonderes Exportinteresse hätten, in das APS aufgenommen und die Zollsätze für diese Produkte stärker reduziert würden. Diese Erweiterung des APS sollte allerdings nicht nur für die LDC's, sondern für alle Begünstigten gelten. Durch das spezielle Exportinteresse der LDC's sollten diese aber besonders von der Erweiterung der APS profitieren. Unter anderem aus dieser Regelung schloss das *Panel*, dass auch § 3 lit. c *Enabling Clause* in seiner Funktion als WTO-rechtliche Ausprägung der „Agreed Conclusions“ nur die Veränderung des Produktumfanges sowie der Zollzugeständnisse zum Zwecke der Anpassung an die *gemeinsamen* Bedürfnisse aller Entwicklungsländer meine, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 7.89 ff. (insbesondere 7.99).

571 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.98.

572 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.87.

573 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.100.

nach Art der *drug arrangements* rechtmäßig in Kraft treten könnten. Dies berge die Gefahr eines völligen Kollapses des APS-Systems in sich.⁵⁷⁴

2. Das Merkmal „*non-discriminatory*“

a) EG

Die EG hob hervor, dass der Begriff „Diskriminierung“ in der englischen, und dort zumal in der juristischen Sprache, überwiegend in seiner „negativen“ Bedeutung verwandt werde. Danach wirke eine Maßnahme „diskriminierend“, wenn „gleiche Situationen ungleich“, bzw. „ungleiche Situationen gleich“ behandelt würden.⁵⁷⁵ Eine Diskriminierung liege nicht vor, sofern ein legitimer Zweck verfolgt werde sowie eine hinreichende Verbindung zwischen dem verfolgten Zweck und der Natur der Unterscheidung gegeben sei. In diesem Zusammenhang spielte für die EG § 3 lit. c *Enabling Clause* eine entscheidende Rolle. Diese Vorschrift fordere eine Anpassung des APS an die „Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer“, womit individuelle Bedürfnisse gemeint seien und ferner „legitime Zwecke“ im obigen Sinne für eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern vorgegeben würden.⁵⁷⁶

Unterstützung für diese Auslegung fand die EG in den Art. III:4 und XIII GATT sowie in Art. XVII GATS. Diese Vorschriften stellten, so die EG, ebenfalls das Gebot der Nicht-Diskriminierung auf. Jedoch erlaubten, bzw. verlangten sie auch das Ergreifen von differenzierenden Maßnahmen, sofern nur der Zweck, gleiche Wettbewerbsbedingungen für die Mitgliedsstaaten der WTO herzustellen, erreicht würde. Ob der Begriff „*non-discriminatory*“ in der jeweiligen Vorschrift also im Sinne einer streng-formalen Gleichbehandlung oder gerade nicht ausgelegt werden müsse, entscheide sich demnach anhand des Sinn und Zwecks der Norm.⁵⁷⁷ Im Falle der *Enabling Clause* bestimme die Präambel der APS-Entscheidung von 1971⁵⁷⁸, auf die § 2 lit. a *Enabling Clause* verweise, dass der Handel *aller* Entwicklungsländer, und nicht nur der wettbewerbsfähigsten unter ihnen, gefördert werden solle. Dies sei nur möglich, sofern auf besondere Entwicklungsbedürfnisse

574 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.102 ff.

575 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.65.

576 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.66 und 4.154 f.

577 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.68 und 4.153.

578 Einer Heranziehung von früheren UNCTAD-Texten zur Auslegung sowohl der APS-Entscheidung von 1971, als auch der *Enabling Clause* entgegnet die EG mit dem Hinweis auf die fehlende Rechtskraft dieser Texte innerhalb der WTO-Rechtsordnung, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 4.233 ff.

mit besonderen Mitteln reagiert werden dürfe.⁵⁷⁹ Den Begriff „*non-discriminatory*“ in der Fußnote 3 des § 2 lit. a *Enabling Clause* i.S. einer streng-formalen Gleichbehandlung der Entwicklungsländer zu verstehen, stimme daher mit dem *telos* der *Enabling Clause* nicht überein.

Die EG argumentierte weiter, dass das Merkmal „*non-discriminatory*“ im Zusammenhang mit dem ebenfalls in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* enthaltenen Merkmal „*generalized*“ verstanden werden müsse. Wie sich aus der Entstehungsgeschichte der *Enabling Clause* ergebe, beziehe sich dieses Merkmal auf den Kreis der begünstigten Entwicklungsländer: Anstelle der speziellen Präferenzen für ausgewählte Entwicklungsländer erklärten sich die entwickelten Länder im Rahmen der UNCTAD II bereit, ihre Präferenzen „generell“ auf alle Länder zu erweitern, die sich als Entwicklungsländer kategorisierten. Die entwickelten Länder behielten sich aber vor, aus zwingenden Gründen bestimmte Länder von vornherein aus ihren APS auszuschließen. Würde also „*non-discriminatory*“ bedeuten, dass dieselben Präferenzen *allen* Entwicklungsländern zu gewähren seien, würde dies rein quantitativ über das Merkmal „*generalized*“ hinaus gehen und sei daher mit diesem nicht zu vereinbaren.⁵⁸⁰

Schließlich behauptete die EG, dass die Auswahl der zwölf durch die *drug arrangements* besonders begünstigten Länder auf der Basis einer umfassenden Bestandsaufnahme der Drogenproblematik in allen Entwicklungsländern und somit auf der Grundlage objektiver Kriterien erfolgt sei und schloss infolge dessen auf den nicht-diskriminierenden Charakter der *drug arrangements*.⁵⁸¹

b) Indien

Indien vertrat demgegenüber eine „neutrale“ Bedeutung des Diskriminierungsverbotes und entgegnete, dass die *Enabling Clause* als integraler Bestandteil des GATT '94 in Übereinstimmung und im Zusammenhang mit den sonstigen Vorschriften des GATT '94 ausgelegt werden müsse.⁵⁸² Üblicherweise bedeute im GATT '94 das Diskriminierungsverbot in Bezug auf tarifäre Handelshemmnisse, also insbesondere in Bezug auf Zölle,

„that like products should be treated equally, irrespective of their origin [...]“⁵⁸³

579 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.69 f.

580 *EC – Preferences, AB*, para. 22 f.

581 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.78.

582 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.114.

583 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.114 mit Verweis auf *EC – Bananas III, AB*, paras. 190-191.

und sei daher unmittelbar auf die Herstellung von gleichen Wettbewerbsbedingungen für gleichartige Produkte gerichtet, ohne dass es auf das Herkunftsland ankommen dürfe.⁵⁸⁴

Angewendet auf das Merkmal „*non-discriminatory*“ in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* bedeute diese Auslegung folglich, dass bei einer Begünstigung von gleichartigen Produkten im Rahmen eines APS-Programms, welches sich ausschließlich auf tarifäre Maßnahmen beziehe, nicht zwischen verschiedenen Kategorien von Entwicklungsländern differenziert werden dürfe.⁵⁸⁵ Um eine von dieser üblichen abweichende Bedeutung desselben Merkmals in der *Enabling Clause* annehmen zu können, bedürfe es einer entsprechenden expliziten Regelung, an der es indes fehle.⁵⁸⁶

Indien stützte diese Auslegung auf ein weiteres systematisches Argument: Würde eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern nach ihren jeweiligen Entwicklungsbedürfnissen bereits auf der Grundlage des Merkmals „*non-discriminatory*“ möglich sein, so bedürfte es grundsätzlich keiner weiteren Vorschrift, welche beispielsweise eine Sonderbehandlung von LDC's vorsähe. Eine solche sei indes in § 2 lit. d *Enabling Clause* ausdrücklich vorgesehen. Ein solches Verständnis verstoße daher gegen das Prinzip einer effektiven Vertragsauslegung.⁵⁸⁷

Indien stellte ferner dar, welche Auswirkung das außer Kraft Setzen des MFN-Prinzips durch eine Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ i.S. einer Erlaubnis für eine differenzierte Behandlung der begünstigten Entwicklungsländer im Rahmen eines APS-Programms auf das Rechtssystem der WTO hätte: Das GATT sei dazu gedacht, einen rechtlichen Rahmen für den Austausch von Marktzugangszugeständnissen zu bieten. Das MFN-Prinzip i.S.d. Art. I:1 GATT fungiere in diesem Zusammenhang als eine Garantie für die Mitgliedstaaten, dass die von einem Verhandlungspartner bilateral eingeräumten Handelsvorteile nicht durch dessen Gewährung von weitergehenden Handelsvorteilen an dritte Länder unterminiert werden könnten.⁵⁸⁸ Unter Berücksichtigung der Tatsache, dass auf den Märkten der

584 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.181 und 4.277.

585 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.179. Indien bezeichnet diese Auslegung als „neutrale Bedeutung des Merkmals „*non-discriminatory*““. Im Gegensatz dazu vertrete die EG die „negative Bedeutung“ des Merkmals, indem sie davon ausgehe, anhand von objektiven Kriterien zwischen verschiedenen Entwicklungsländern mit verschiedenen Entwicklungsbedürfnissen unterscheiden zu dürfen; vgl. näher zur Auslegung dieses Merkmals durch die EG bei *EC – Preferences, Panel*, para. 4.65.

586 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.128.

587 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.182.

588 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.197 und 4.270.

entwickelten Länder die dorthin exportierenden Entwicklungsländer miteinander im Wettbewerb stünden, entfielen diese Garantien für die Entwicklungsländer, wenn es den entwickelten Ländern erlaubt wäre, verschiedenen Gruppen von Entwicklungsländern unterschiedliche Handelsvorteile zu gewähren. Dies bedeute letztlich eine Schwächung der Verhandlungsposition aller Entwicklungsländer, da sich kein Entwicklungsland mehr über den tatsächlichen Wert der erlangten Handelsvorteile sicher sein könne und demzufolge der Chance beraubt werde, entsprechende eigene Marktzugangszugeständnisse anzubieten.⁵⁸⁹

Indien subsumierte schließlich die *drug arrangements* unter das Merkmal „*non-discriminatory*“ i.S.d. widerstreitenden Auslegung der EG und kam zu dem Schluss, dass auch diese Auslegung die konkrete Form der *drug arrangements* nicht gestatte.⁵⁹⁰ Indien behauptete, dass nach Ansicht der EG eine differenzierte Behandlung von gleichartigen Produkten unterschiedlicher Herkunft im Rahmen eines APS-Programms dann nicht diskriminierend sei, wenn dies dazu diene, auf unterschiedliche Entwicklungsbedürfnisse der Exportländer zu reagieren und diese ferner anhand von objektiven Kriterien ermittelt worden seien.⁵⁹¹ Indien betonte jedoch, dass die APS-VO Nr. 2501/2001 in ihrem Art. 10, welcher die *drug arrangements* regelt, keine objektiven Kriterien enthalte, wonach der Begünstigtenstatus hätte festgelegt werden können.⁵⁹² Auch nachträglich habe die EG nicht darlegen können, welche objektiven Kriterien es im Hinblick auf das besondere Entwicklungsbedürfnis der Bekämpfung von Drogenproduktion und Drogenhandel rechtfertigten, dass beispielsweise Länder wie Indien oder Paraguay von der Sonderregelung der *drug arrangements* ausgeschlossen worden wären, während ein Land wie Pakistan begünstigt worden sei.⁵⁹³

Indien fuhr fort, dass die gleichzeitige Anwendung der *general arrangements* und des *drug arrangements* darüber hinaus impliziere, dass es objektive Differenzierungskriterien gebe, welche eine Sonderbehandlung einzelner Entwicklungsländer rechtfertigen könnten. Dies setze logischerweise eine Art „*Ranking*“ der verschiedenen Kriterien voraus, wobei die EG die Antwort schuldig geblieben sei, warum die vermeintlich besonderen Entwicklungsbedürfnisse der zwölf durch die *drug arrangements* begünstigten

589 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.198 und 4.272.

590 Dies geschieht ausdrücklich i.S. eines „subsidiären“ Argumentes, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 4.200.

591 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.179.

592 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.202 f.

593 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.203.

Länder schwerer wögen als diejenigen Indiens oder anderer Entwicklungsländer.⁵⁹⁴

c) *Panel*

Das *Panel* verwies auch in dieser Auslegungsfrage auf den einschlägigen Kontext der Norm, da sich nur aus dem Wortlaut nicht ableiten lasse, ob das Diskriminierungsverbot der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* i.S.d. von der EG vertretenen „negativen“ Bedeutung, oder i.S.d. von Indien favorisierten „neutralen“ Bedeutung verstanden werden müsse.⁵⁹⁵

Zunächst führte das *Panel* zwei Anhänge zur UNCTAD II-Resolution 21(II) an. Im ersten Anhang, der „Charta von Algier“⁵⁹⁶, äußerte sich die Gruppe der Entwicklungsländer zum APS u.a. wie folgt:

„All developed countries should grant such preferences to *all* developing countries“.⁵⁹⁷

Im „Report of the Special Group on Trade with Developing Countries submitted by the OECD“⁵⁹⁸, dem zweiten vom *Panel* angeführten Anhang, erklärte die OECD stellvertretend für die Gruppe der entwickelten Länder:

„Such new arrangements should aim to accord broadly equivalent opportunities in all developed countries to *all* developing countries“; „it is recognized that many countries would see as an important objective of the new arrangements a movement in the direction of *equality of treatment* for the exports of all developing countries in developed country markets. At the same time, developing countries at present receiving preferences in some such markets would expect the arrangements to provide them with increased export opportunities to compensate for their sharing of their present advantages“.⁵⁹⁹

Das *Panel* schloss aus diesen Äußerungen, dass es der Wille der an der UNCTAD II beteiligten Länder gewesen sei, das „alte“ Präferenzsystem, in dem die entwickelten Länder nur einzelnen Entwicklungsländern Präferenzen einräumten, gegen ein „neues“, für alle Entwicklungsländer gleichermaßen geltendes und somit „allgemeines“ Präferenzsystem einzutauschen.⁶⁰⁰ Diejenigen Entwicklungsländer, die vormals durch spezielle Präferenzen eines entwickelten Landes begünstigt wurden und nun ihre Präferenzen mit allen anderen Entwicklungsländern „teilen“ müssten, sollten dadurch „entschädigt“ werden, dass ihnen, sobald alle entwickelten Länder ihre APS-

594 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.289.

595 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.126 f.

596 UNCTAD-Doc. TD/38; vgl. dazu auch *Makarczyk*, S. 53 ff.

597 Hervorhebung durch das *Panel*.

598 UNCTAD-Doc. TD/56.

599 Hervorhebung durch das *Panel*.

600 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.134.

Programme eingerichtet hätten, nun auch in den Märkten anderer Industrieländer begünstigte Exportmöglichkeiten entstünden.⁶⁰¹ Es wäre daher widersinnig anzunehmen, dass die *Enabling Clause*, die über die APS-Entscheidung von 1971 auf das „APS der UNCTAD“ verweise, die „alten“ Präferenzsysteme gestatten würde.

Das Merkmal „*non-discriminatory*“ sei daher so auszulegen, dass im Rahmen eines APS den begünstigten Entwicklungsländern „identische“ Zollpräferenzen zu gewähren seien.⁶⁰²

3. Telos der *Enabling Clause*

a) EG

Die EG stimmte mit Indien darin überein, dass alle Tatbestandsmerkmale der *Enabling Clause* im Lichte der „Grundsätze“ der WTO-Rechtsordnung ausgelegt werden müssten. Allerdings widersprach die EG der Auffassung Indiens, dass der auch für die *Enabling Clause* entscheidende WTO-Grundsatz die Herstellung gleicher Wettbewerbsbedingungen für gleichartige Produkte sei. Die EG entgegnete, dass die *Enabling Clause* als *S&D*-Norm im Gegenteil gerade auf die Herstellung ungleicher Wettbewerbsbedingungen gerichtet sei, und zwar *zu Gunsten* der Entwicklungsländer.⁶⁰³

b) Indien

Die *Enabling Clause* bezwecke nach Ansicht Indiens die Förderung der wirtschaftlichen Entwicklung aller Entwicklungsländer durch die Ermöglichung einer günstigeren Behandlung in Form einer einseitigen Gewährung von Vorteilen durch „andere Mitglieder“. Da zu diesem Zweck von einer der zentralsten Verpflichtung des GATT, nämlich von Art. I:1 GATT, abgewichen werde, dürften nur solche Maßnahmen erlassen werden, die ausschließlich *diesem* Zweck unmittelbar förderlich seien.⁶⁰⁴ Bei einer Begrenzung besonderer Präferenzen auf eine bestimmte Gruppe von Entwicklungsländern, die in einem wirtschaftlichen Konkurrenzverhältnis zu anderen Entwicklungsländern stünden, sei eine derartige Zweckförderung nicht erkennbar. Der Effekt solcher Maßnahmen sei es vielmehr, dass Handelsströme zu Gunsten des einen und zu Lasten des anderen Entwicklungslandes umgeleitet würden.⁶⁰⁵ Maßnahmen, die, wenn auch mittelbar, der wirtschaftliche

601 Vgl. § 2 des zweiten Abschnitts der „Agreed Conclusions“ (*EC – Preferences, Panel, S. D-9*).

602 *EC – Preferences, Panel, para. 7.161*.

603 *EC – Preferences, Panel, para. 4.229; EC – Preferences, AB, para. 30*.

604 *EC – Preferences, Panel, para. 4.28*.

605 *EC – Preferences, Panel, para. 4.137*.

Entwicklung eines Entwicklungslandes schaden, widersprüchen dem Sinn und Zweck der *Enabling Clause*.

c) Panel

Die *Enabling Clause*, als Teil des *S&D*-Regimes, verfolgt nach Ansicht des Panels den Zweck, Entwicklungsländern in Übereinstimmung mit ihren Entwicklungsbedürfnissen einen Anteil am Wachstum des Welthandels zu sichern. Dies ergebe sich aus Art. XXXVI:3 GATT sowie der Präambel des ÜWTO. Gleichzeitig sei Ziel der gesamten WTO-Rechtsordnung die „Ausweitung der Produktion und des Handel von Waren“ sowie die „Beseitigung der Diskriminierung in den internationalen Handelsbeziehungen“, wie es sich ebenfalls aus der Präambel des ÜWTO ergebe. Die Beseitigung der Diskriminierung, die in der *Enabling Clause* durch das Merkmal „*non-discriminatory*“ ausgedrückt werde, diene dazu, eine missbräuchliche Gewährung von Präferenzen zu verhindern. Im Endeffekt überwiege jedenfalls in Bezug auf die Auslegung der *Enabling Clause* das Ziel der Diskriminierungs-beseitigung dem der besonderen Handelsförderung.⁶⁰⁶ Die *Enabling Clause* verbiete daher im Rahmen eines APS eine Differenzierung und fordere stattdessen eine streng-formale Gleichbehandlung der begünstigten Entwicklungsländer. Demnach seien die *drug arrangements*, indem sie zwölf Entwicklungsländern weiterreichende Präferenzen einräumten, nicht mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren.⁶⁰⁷

III. Die Stellungnahmen der Drittparteien

1. Auf Seiten Indiens

Aus dem Kreise der zum Verfahren zugelassenen Drittparteien war es einzig Paraguay, welches sich der Rechtsauffassung Indiens anschloss. Paraguay machte als eigenes Interesse geltend, dass es wie Indien negativ durch die *drug arrangements* betroffen sei: Die „Kosten“ für die von der EG an eine begrenzte Zahl von Begünstigten gewährten besonderen Präferenzen müssten auf Grund der Umleitung der Handelsströme von den nicht begünstigten Entwicklungsländern und somit auch von Paraguay „bezahlt“ werden.⁶⁰⁸

Nachdem die indischen Argumente hinsichtlich der Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ im Wesentlichen wiederholt worden waren, ging Paraguay in seiner Stellungnahme auf die Auswirkungen ein, die eine Auslegung der *Enabling Clause* i.S.d. EG auf die WTO-Rechtsordnung habe.

606 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.158.

607 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.176 f.

608 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.105 ff. und 5.134.

Wenn die entwickelten WTO-Mitglieder auf der Grundlage von selbst festgelegten Kriterien die Gruppe der Entwicklungsländer im Rahmen ihrer APS-Programme in bedürftige und weniger bedürftige einteilen dürften, so werde das APS von einem „Instrument der Generosität“ in ein „Instrument der Einflussnahme“ „pervertiert“. ⁶⁰⁹ Dies habe innerhalb des WTO-Systems faktisch eine Stärkung der Industrieländer und eine Schwächung der Entwicklungsländer zur Folge und bedeute somit einen Schaden für die auf ein ausbalanciertes Machtverhältnis ausgerichtete GATT/WTO-Rechtsordnung. ⁶¹⁰ Das einseitige Festlegen der Differenzierungskriterien durch das Präferenzen gewährende Land nehme den Entwicklungsländern ferner die Möglichkeit, potentiellen Investoren und Händlern aus den entwickelten Ländern klare und verlässliche Rahmenbedingungen zu bieten. Überdies würden Investitionen wie auch die Handelsströme durch die *drug arrangements* umgeleitet. Für Investoren würden Anreize gesetzt, nicht in Paraguay, sondern in den begünstigten Ländern zu investieren. ⁶¹¹

Da es u.a. der Sinn des MFN-Prinzips sei, die Umleitung von Handels- und/oder Investitionsströmen zu verhindern, lehnte Paraguay jede Differenzierung zwischen Entwicklungsländern im Rahmen von APS-Programmen grundsätzlich ab. Vielmehr überwogen für Paraguay die langfristigen Vorteile eines sicheren und verlässlichen Handelssystems, in dem die Regeln für alle Beteiligten gleichermaßen gälten. ⁶¹²

Auf das Argument der EG, § 3 lit. c *Enabling Clause* beziehe sich auf die individuellen Entwicklungsbedürfnisse der Entwicklungsländer und erlaube daher eine flexible und nach verschiedenen Entwicklungsbedürfnissen gestaffelte Gestaltung der APS-Begünstigungen, entgegnete Paraguay, dass diese gewünschte Flexibilität im System der WTO nur durch einen *Waiver*-Beschluss gemäß Art. IX:3 ÜWTO hergestellt werden könne. Nur in diesem in der Praxis auf dem Konsens-Prinzip beruhenden Verfahren ⁶¹³ könne gewährleistet werden, dass diejenigen WTO-Mitglieder, die potentiell nachteilig durch eine gegen WTO-Recht verstoßende Maßnahme betroffen werden,

609 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.124.

610 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.125.

611 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.126 und 5.137.

612 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.133.

613 Formal gilt gemäß Art. IX:3 ÜWTO das Erfordernis einer $\frac{3}{4}$ -Mehrheit. In der WTO-Praxis wird allerdings auch hier das gemäß Art. IX:1 ÜWTO geltende Konsens-Prinzip angewendet.

frühzeitig in Verhandlungen über eventuelle Ausgleichsmaßnahmen eintreten könnten.⁶¹⁴

2. Auf Seiten der EG

Neben den elf südamerikanischen Ländern sowie Pakistan, deren Außenhandel durch die *drug arrangements* besonders begünstigt wurden und bei denen somit ein erhöhtes Interesse am Ausgang des Verfahrens im Sinne der EG nahe lag, gaben ferner Mauritius als weiteres Entwicklungsland sowie die USA als einziges Industrieland unter den Drittparteien Stellungnahmen ab, welche jeweils die Rechtsauffassung der EG unterstützen, ohne allerdings entscheidend neue Argumente zu präsentieren.

Die elf begünstigten südamerikanischen Länder präsentierten vor einer rechtlichen Würdigung vielmehr weitere Tatsachen, welche die Sonderbehandlung durch die EG rechtfertigen sollten. So stellten die Belastungen, die durch die Bekämpfung des Drogenanbaus und -handels entstünden, ein besonderes Entwicklungshemmnis dar, welches über die „typischen“ Entwicklungsprobleme der Entwicklungsländer hinaus gingen.⁶¹⁵ Die auf Grund der *drug arrangements* erlangten Handelsvorteile hätten sich bereits positiv niedergeschlagen. So hätten sowohl in der Landwirtschaft, als auch in industriellen Sektoren Arbeitsplätze geschaffen werden können, die eine legale Alternativen zur Tätigkeit im Drogenanbau und -handel böten.⁶¹⁶ Die Aufhebung der *drug arrangements* würde diese positive Entwicklung mit einem Schlage zunichte machen.⁶¹⁷

Pakistan rechtfertigte seine Aufnahme in die *drug arrangements* mit dessen unmittelbarer Nachbarschaft zu Afghanistan. Nachdem dort die Lage in den Jahren 2001/2002 instabil geworden war, hätte sich der Drogenschmuggel zunehmend auf pakistanischem Territorium abgespielt, weswegen die Unterstützung durch die zusätzlichen Zollpräferenzen gerechtfertigt seien.⁶¹⁸

Materiell gingen die Stellungnahmen im Wesentlichen nicht über die Argumentation der EG hinaus. Teilweise wurden andere Schwerpunkte gesetzt. So betonte Mauritius, dass die heterogene Zusammensetzung der Gruppe der Entwicklungsländer vor dem Hintergrund der Verpflichtung des § 3 lit. c *Enabling Clause*, das APS als positive Reaktion auf die Entwicklungsbedürfnisse der Entwicklungsländer zu gestalten, gegen die von Indien vertre-

614 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.129 ff.; *EC – Preferences, AB*, para. 69.

615 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.5 ff.; 5.46 f.; 5.65 ff.; 5.87 ff.

616 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.10; 5.17; 5.47; 5.90.

617 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.11; 5.13; 5.15; 5.17.

618 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.82.

tene streng-formale Gleichbehandlung aller Entwicklungsländer spräche.⁶¹⁹ Andere Länder argumentierten, dass sich bereits aus dem Wortlaut des § 1 *Enabling Clause* („notwithstanding“) die vollständige Unanwendbarkeit des Art. I:1 GATT und damit des MFN-Prinzips ergebe.⁶²⁰ Auch bezogen sie bei der Auslegung des § 3 lit. c die Graduierungsklausel des § 7 *Enabling Clause* ein. Dort werde grundsätzlich anerkannt, dass sich Entwicklungsländer unterschiedlich schnell entwickelten. Eine streng-formale Gleichbehandlung aller Entwicklungsländer im Rahmen eines APS-Programms ließe diesen Umstand unberücksichtigt und führte im Ergebnis zu ungerechten Ergebnissen.⁶²¹

Die USA behaupteten, dass sich der selbständige Charakter der *Enabling Clause* aus dem GATT '94 ergebe. Die *Enabling Clause* sei ein „sonstiger Beschluss“ i.S.d. § 1 lit. b (iv) GATT '94 und stehe daher rechtlich auf gleicher Stufe mit dem in § 1 lit. a GATT '94 genannten GATT '47, was gegen eine Charakterisierung der *Enabling Clause* als „Ausnahme“ zu Art. I:1 GATT '47 spreche.⁶²² Konsequenterweise lehnten die USA auch ein „Importieren“ von Tatbestandsmerkmalen des Art. I:1 GATT '47 in die *Enabling Clause* ab. So müsse ein APS weder „unbedingt“ gewährt, noch das *Enabling Clause*-Merkmal „*non-discriminatory*“ i.S.d. MFN-Prinzips ausgelegt werden.⁶²³

Schließlich waren sich die USA und andere Drittparteien darin einig, dass die indische Auslegung der *Enabling Clause* auf die entwickelten WTO-Mitglieder eine abschreckende Wirkung haben und dazu führen würde, dass weitere Handelsvorteile in Zukunft nicht mehr gewährt würden.⁶²⁴

IV. Ergebnis des *Panel*-Verfahrens

Die Argumentation der EG lässt sich in den folgenden zwei Kernaussagen zusammenfassen:

- Das Diskriminierungsverbot der *Enabling Clause*, wie es sich aus der Fußnote 3 zu § 2 lit. a ergibt, verlangt eine Gleichbehandlung nur von Entwicklungsländern mit vergleichbaren Entwicklungsbedürfnissen;
- § 3 lit. c *Enabling Clause* bezieht sich auf die individuellen Entwicklungsbedürfnisse der Entwicklungsländer, so dass ein APS auch auf spe-

619 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.77.

620 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.27; 5.69; 5.145; *EC – Preferences, AB*, para. 57.

621 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.56; 5.99; 5.158.

622 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.144.

623 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.157.

624 *EC – Preferences, Panel*, para. 5.57; 5.160.

zielle Bedürfnisse einzelner Entwicklungsländer mit speziellen Zollpräferenzen reagieren darf.

Das *Panel* entspricht im Ergebnis der Beschwerde Indiens, auch wenn es im Detail anders argumentiert. Im Kern verlangt das *Panel* von einem APS zwei Dinge:

- Das APS muss allen Entwicklungsländern, ohne zu differenzieren, „identische“ Präferenzen gewähren (mit der Ausnahme der sog. „*a priori limitations*“);
- Auf die gemeinsamen Entwicklungsbedürfnisse der Entwicklungsländer können die entwickelten Länder i.S.d. § 3 lit. c *Enabling Clause* nur reagieren, indem sie in ihrem APS den Produktumfang vergrößern und/oder das Ausmaß der Zollzugeständnisse vertiefen.

§ 4: Der Bericht des AB

Am 8. Januar 2004 legte die EG beim DSB Berufung ein. Der Bericht des *Panel*s wurde in zweierlei Hinsicht als rechtsfehlerhaft gerügt: Zum einen, so die EG, sei die Feststellung des *Panel*s, die *drug arrangements* verstießen gegen Art. I:1 GATT, auf Grundlage der fehlerhaften Annahme getroffen worden, die *Enabling Clause* sei eine „Ausnahme“ zu Art. I:1 GATT und beide Vorschriften fänden daher nebeneinander Anwendung auf das APS der EG. Zum anderen sei das *Panel* von einem fehlerhaften Verständnis des Merkmals „*non-discriminatory*“ in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* ausgegangen und hätte demzufolge die *drug arrangements* für unvereinbar mit der *Enabling Clause* erklärt.⁶²⁵

A. Das Verhältnis der *Enabling Clause* zu Art. I:1 GATT

I. Die „Natur“ der *Enabling Clause*

Der AB behandelte die streitige Frage, ob die *Enabling Clause* als ein selbständiges Regime oder eine Ausnahme zu Art. I:1 GATT aufzufassen sei, denkbar knapp: Indem die *Enabling Clause* ein Verhalten erlaube, welches

625 Die Argumente der EG, Indiens sowie der am Berufungsverfahren teilnehmenden Drittparteien wurden bereits oben im Dritten Abschnitt (§ 3) an entsprechender Stelle dargestellt. In der Sache werden die Argumente, die im *Panel*-Verfahren vorgebracht wurden, im Berufungsverfahren nur wiederholt, so dass an dieser Stelle auf eine neuerliche Darstellung verzichtet wird.

durch eine andere Vorschrift, nämlich Art. I:1 GATT, verboten sei, fungiere die *Enabling Clause* als Ausnahme zu Art. I:1 GATT.⁶²⁶

Der *AB* teilte ferner nicht die Ansicht der *EG*, eine derartige Charakterisierung werde der besonderen Bedeutung der *Enabling Clause* als *S&D*-Norm nicht gerecht.⁶²⁷ In der Präambel des ÜWTO sei beispielsweise auch der Umweltschutz als wichtiges Ziel der WTO genannt. Maßnahmen zum Schutz der Umwelt würden jedoch ebenfalls nur durch eine Ausnahmевorschrift geregelt, nämlich durch Art. XX lit. g GATT.⁶²⁸

II. Die Anwendbarkeit des Art. I:1 GATT auf ein APS

Anschließend befasste sich der *AB* mit der Behauptung der *EG*, die *Enabling Clause* schließe auf Grund des Merkmals „notwithstanding“ in § 1 die Anwendung des Art. I:1 GATT auf ein APS von vornherein aus. Die *EG* vertrat ferner die Auffassung, dass die Feststellung des *Panels*, die *drug arrangements* als Teil des APS verstießen gegen Art. I:1 GATT und bedürften somit einer Rechtfertigung durch die *Enabling Clause*, rechtsfehlerhaft sei.

Auch hier wählte der *AB* einen sehr formalen Lösungsansatz: Einer Regelung wie § 1 *Enabling Clause* bedürfe es nur deshalb, weil ein Konkurrenzverhältnis zu Art. I:1 GATT bestehe. So verbiete Art. I:1 GATT Maßnahmen, welche die *Enabling Clause* ausdrücklich erlaube. Der Anwendungsbereich beider Normen sei für ein und dieselbe Maßnahme eröffnet, wobei jeweils entgegengesetzte Rechtsfolgen vorgesehen seien. Es konkurrierten somit zwei Normen, wobei die Ausnahmевorschrift in diesem Fall den Sinn habe, dieses Konkurrenzverhältnis im Sinne der Ausnahmевorschrift aufzulösen.⁶²⁹ Daraus ergibt sich für den *AB* die Notwendigkeit, vor Prüfung der Ausnahmевorschrift zunächst zu klären, ob überhaupt ein solches Konkurrenzverhältnis vorliege.⁶³⁰ Würde ein Verstoß gegen die Regel-Vorschrift

626 *EC – Preferences, AB*, para. 90.

627 *EC – Preferences, AB*, para. 95 und 98.

628 *EC – Preferences, AB*, para. 94 ff.

629 *EC – Preferences, AB*, para. 101.

630 *EC – Preferences, AB*, para. 101. An späterer Stelle räumt der *AB* freilich ein, dass ein APS, weil es dazu gedacht ist, nur einem Teil der GATT/WTO-Mitglieder Zollpräferenzen einzuräumen, notwendigerweise gegen Art. I:1 GATT verstoßen muss, so dass dieses Konkurrenzverhältnis bei einem APS praktisch *immer* besteht. Für den *AB* hat dies indes nicht die Konsequenz, dass dieser erste Prüfungsschritt überflüssig sei. Vielmehr habe dies nur Auswirkungen auf die Frage der Beweislast: Bei Vorliegen eines APS habe Indien als Beschwerdeführer mehr als nur einen Verstoß gegen Art. I:1 GATT zu behaupten, da dieser offensichtlich ist. Indien müsse zudem substantiiert behaupten (aber nicht beweisen!), dass das angegriffene APS nicht mit der *Enabling Clause* als *lex specialis* vereinbar sei (was nach Ansicht des *AB* im vorlie-

verneint, so erübrige sich die Prüfung der Ausnahmenvorschrift.⁶³¹ Mit dem festgestellten Regel-Ausnahme-Verhältnis begründete der *AB* somit die Prüfungsreihenfolge:

- (1) Vereinbarkeit des APS mit Art. I:1 GATT als der Regel-Vorschrift;
- (2) Prüfung der *Enabling Clause* als Ausnahmenvorschrift.

B. Vereinbarkeit der *drug arrangements* mit der *Enabling Clause*

I. Gegenstand der Berufung

Bevor der *AB* in die materiell-rechtliche Prüfung der *Enabling Clause* einstieg, machte er einige Ausführungen zum präzisen Gegenstand der Berufung. Dies geschah anlässlich der übereinstimmenden Behauptung von Seiten der EG und Indiens, dass das *Panel* sich implizit zu Rechtsfragen geäußert habe, welche nicht Gegenstand der Beschwerde gewesen seien.

Der *AB* bezog sich auf die Beschwerdeschrift Indiens und stellte fest, dass Indien nicht das Recht der EG bestritten habe, Länder, die sich als Entwicklungsland bezeichneten, aus welchen Gründen auch immer *von vornherein* vom APS auszuschließen. Auch die Frage, ob der Graduierungsmechanismus des europäischen APS mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren sei, sei nicht Gegenstand der indischen Beschwerde gewesen. Vielmehr sei es Indien nur um die Gleichbehandlung derjenigen Entwicklungsländer gegangen, die von der EG als Begünstigte in das APS aufgenommen worden seien.⁶³² Der *AB* beschränkte seine Analyse folglich auf die Frage, ob das *Enabling Clause*-Merkmal „*non-discriminatory*“ es den entwickelten Ländern verbiete, nur einem oder einigen und nicht allen Begünstigten eine weitergehende Zollpräferenz zu gewähren.⁶³³

genden Fall aber auch geschehen sei). Die Vereinbarkeit des APS mit der *Enabling Clause* müsse aber weiterhin die EG als beklagte Partei beweisen, vgl. zum Ganzen *EC – Preferences, AB*, para. 110, 118 und 122.

631 Deutlicher als das *Panel* widerspricht der *AB* an dieser Stelle der von Indien vertretenen Auffassung, dass solche Teilregelungen des Art. I:1 GATT, die von der Ausnahmewirkung der *Enabling Clause* nicht erfasst würden, weiterhin neben den Voraussetzungen der *Enabling Clause* für ein APS gälten (vgl. dazu oben in diesem Abschnitt (§ 3) unter B.I.2.c): „[...] it is clear that only one provision applies at a time.“ (*EC – Preferences, AB*, para. 102).

632 *EC – Preferences, AB*, para. 128.

633 *EC – Preferences, AB*, para. 129.

II. Das Merkmal „*non-discriminatory*“

Der *AB* hatte sich zwischen der von Indien favorisierten „neutralen“ und der von der EG vertretenen „negativen“ Bedeutung des Diskriminierungsverbotes der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* zu entscheiden. Der *AB* stellte zunächst fest, dass die „neutrale“ Bedeutung jegliche Differenzierungen zwischen den begünstigten Ländern verbiete, während das „negative“ Verständnis eine Differenzierung nur dann untersage, sofern diese willkürlich erfolge.⁶³⁴

Die „neutrale“ und die „negative“ Bedeutungen des Diskriminierungsverbotes hätten jedoch einen kleinsten gemeinsamen Nenner: Eine Ungleichbehandlung von (begünstigten) Entwicklungsländern, die sich in einer vergleichbaren Situation befänden, stelle eine unzulässige Diskriminierung i.S.d. *Enabling Clause* dar. Unterschiedlicher Auffassung seien die streitenden Parteien nur hinsichtlich der Frage, wie diese für das Merkmal maßgebliche Entwicklungssituation zu bestimmen sei. Während es für Indien formal auf den Begünstigtenstatus ankomme, stelle die EG maßgeblich auf vergleichbare Entwicklungsbedürfnisse ab.⁶³⁵

Ausgehend von diesen Feststellungen bezog der *AB* im Folgenden den aus seiner Sicht relevanten Kontext des Merkmals „*non-discriminatory*“ ein. Dazu gehörten das Merkmal „*generalized*“ der Fußnote 3 zu § 2 lit. a, § 3 lit. c sowie § 2 lit. d *Enabling Clause*. Abschließend ging der *AB* noch auf den *telos* der *Enabling Clause* ein.

1. Das Merkmal „*generalized*“

Der *AB* stimmte noch insoweit mit dem *Panel* überein, als das Merkmal „*generalized*“ darauf hindeute, dass durch die Einrichtung des APS die bis dahin bestehenden speziellen Zollpräferenzen zwischen entwickelten Ländern und nur einigen Entwicklungsländern, welche zumeist aus der Kolonialzeit herrührten, abgelöst werden sollten. Allerdings verschloss sich der *AB* der Schlussfolgerung des *Panels*, dass deswegen „identische“ Präferenzen an „alle“ Entwicklungsländer gewährt werden müssten, weil andernfalls, wie das *Panel* befürchtete, ein „Kollaps“ des gesamten APS-Systems drohe.⁶³⁶ Dem Schutz vor einem solchen „Kollaps“ dienten nach Ansicht des *AB* u.a. die lit. a und c des § 3 *Enabling Clause*.

634 Die Formulierung des *AB* lautet: „[D]istinctions would be impermissible only where the basis for such distinctions was improper“ (*EC – Preferences, AB*, para. 152).

635 *EC – Preferences, AB*, para. 153.

636 *EC – Preferences, AB*, para. 155 f.

2. § 3 lit. c *Enabling Clause* als Kontext

Wie im vorherigen Abschnitt (§ 3) dargestellt, fühlte sich das *Panel* auf Grund des nicht eindeutigen Wortlautes des § 3 lit. c *Enabling Clause* gemäß Art. 31 und 32 WVK verpflichtet, die Norm vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte auszulegen und folglich die einschlägigen UNCTAD-Dokumente mit einzubeziehen. Der *AB* ignorierte den vom *Panel* dargestellten normgeschichtlichen Kontext und verwies schlicht auf das Fehlen eines entsprechenden expliziten Hinweises im Wortlaut der *Enabling Clause*.⁶³⁷ Nach Ansicht des *AB* impliziere § 7 *Enabling Clause* vielmehr, dass sich die Entwicklungsländer durch die Sonderbehandlung unterschiedlich schnell entwickelten und sich die „positiven Reaktionen“, welche § 3 lit. c *Enabling Clause* fordere, folglich an den heterogenen Bedürfnissen der Entwicklungsländer zu orientieren hätten.⁶³⁸

Der *AB* bemühte sich anschließend, zum Zwecke der Streitschlichtung die Objektivität zu bewahren und überließ es weder den entwickelten, noch den Entwicklungsländern allein, die „Bedürfnisse“ i.S.d. § 3 lit. c *Enabling Clause* zu bestimmen, nach denen ein APS „modifiziert“ werden dürfe. Er leitete daher aus § 3 lit. c *Enabling Clause* zwei wichtige Voraussetzungen ab: Die Norm erlaube zum einen nur eine Reaktion auf „Entwicklungs-, Finanz- oder Handelsbedürfnisse“ des durch das APS begünstigten Entwicklungslandes. Im Rahmen eines Streitschlichtungsverfahrens reiche es dabei nicht aus, sich dabei auf die „Annahmen“ entweder des entwickelten, oder auf die des Entwicklungslandes zu beschränken. Vielmehr müsse anhand von *objektiven* Kriterien ermittelt werden, ob im konkreten Fall mit dem APS auf ein „Bedürfnis“ i.S.d. § 3 lit. c *Enabling Clause* reagiert worden sei. Für den *AB* hing dies davon ab, ob das in Frage stehende Entwicklungs-, Finanz- oder Handelsbedürfnis innerhalb der Staatengemeinschaft eine „breite Wahrnehmung“ erfahren habe. Dies könne, um der angestrebten Objektivität zu genügen, aus dem ÜWTO oder anderen „multilateralen Instrumenten“ anderer Internationaler Organisationen – beispielsweise Resolutionen der UN – abgeleitet werden.⁶³⁹

Zum anderen fordere § 3 lit. c *Enabling Clause* eine „positive“ Reaktion auf die genannten Bedürfnisse. Dies bedeutete nach Ansicht des *AB*:

„[A] sufficient nexus should exist between, on the one hand, the preferential treatment provided under the respective measure authorized by paragraph 2, and, on the other

637 *EC – Preferences, AB*, para. 159. Vgl. dazu auch *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 243 (Bartels.)

638 *EC – Preferences, AB*, para. 160 und 165.

639 *EC – Preferences, AB*, para. 163 (vgl. dort insbesondere die Fn. 335).

hand, the likelihood of alleviating the relevant development, financial [or] trade need.⁶⁴⁰

Es kämen daher nur solche „Bedürfnisse“ in Betracht, denen auch speziell mit Hilfe von Zollpräferenzen effektiv begegnet werden könne.

Vor diesem Hintergrund verwarf der *AB* schließlich die Auffassung des *Panel*s, das Merkmal „*non-discriminatory*“ in dem Sinne zu verstehen, dass „identische“ Zollpräferenzen „allen“ Entwicklungsländern gewährt werden müssten.⁶⁴¹ In dieser wesentlichen Frage schloss sich der *AB* somit der Auffassung der EG an, die eine Diskriminierung verneinte, sofern „ein legitimer Zweck verfolgt werde sowie eine hinreichende Verbindung zwischen dem verfolgten Zweck und der Natur der Unterscheidung gegeben sei“⁶⁴².

3. § 2 lit. d *Enabling Clause*

Das *Panel* hatte argumentiert, dass § 2 lit. d *Enabling Clause* als Sondervorschrift für die Behandlung der LDC's im Umkehrschluss die Unzulässigkeit einer Unterteilung der Entwicklungsländer auf der Grundlage des § 2 lit. a *Enabling Clause* belege, da anderenfalls § 2 lit. d *Enabling Clause* überflüssig sei.⁶⁴³ Auch dieser Ansicht folgte der *AB* indes nicht: Die vier Buchstaben des § 2 *Enabling Clause* stünden nicht in einem Exklusivitätsverhältnis zueinander. § 2 lit. d *Enabling Clause* hebe die besondere Stelle der LDC's innerhalb der Gruppe der Entwicklungsländer hervor und habe daher nur klarstellenden Charakter.⁶⁴⁴

4. *Telos der Enabling Clause*

Nach Ansicht des *AB* reflektiere § 3 lit. c *Enabling Clause* mit dem Verweis auf die für eine Modifikation des APS maßgeblichen „Entwicklungs-, Finanz- und Handelsinteressen“ der Entwicklungsländer sowohl die in der Präambel des ÜWTO, als auch die in der Präambel der APS-Entscheidung von 1971 enthaltenen Ziele, wonach den Entwicklungsländern zum einen ein Anteil am Wachstum der Weltwirtschaft „entsprechend den Bedürfnissen ihrer wirtschaftlichen Entwicklung“⁶⁴⁵ gesichert und zum anderen die „Steigerung ihrer Exporteinnahmen zur Förderung ihrer wirtschaftlichen Entwicklung“⁶⁴⁶ erreicht werden solle. Der *AB* stellte fest, dass diesen Zielen

640 *EC – Preferences, AB*, para. 164.

641 *EC – Preferences, AB*, para. 165.

642 Vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 4.66 und 4.154 f.

643 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.145 ff.

644 *EC – Preferences, AB*, para. 172.

645 Absatz 2 der Präambel des ÜWTO.

646 Absatz 1 der Präambel der APS-Entscheidung von 1971.

zwar auch durch die Gewährung gleicher, aber ebenso durch die Gewährung spezieller und an die besonderen Bedürfnisse nur einzelner Entwicklungsländer geknüpfter Präferenzen genügt werden könne.⁶⁴⁷ Der *AB* erkannte daher keinen Widerspruch zwischen seiner Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ und dem *telos* der *Enabling Clause* oder des ÜWTO.

III. Zwischenergebnis

Auf Grund der dargestellten Argumente kam der *AB* zu folgender Auslegung hinsichtlich des Merkmals „*non-discriminatory*“:

„[...] [T]he term „non-discriminatory“ in footnote 3 does not prohibit developed-country Members from granting different tariffs to products originating in different GSP beneficiaries, provided that such differential tariff treatment meets the remaining conditions in the Enabling Clause.“

Von den „übrigen Voraussetzungen“ der *Enabling Clause*, welche laut *AB* einer Differenzierung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern tatbestandliche Grenzen setzten, können als die drei wichtigsten festgehalten werden:

„*non-discriminatory*“: Identische Zollpräferenzen müssen allen APS-Begünstigten gewährt werden, die sich in *derselben Situation* befinden;

- § 3 lit. c *Enabling Clause*: Notwendig ist eine *positive* Reaktion auf die Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer;
- § 3 lit. a *Enabling Clause*: Jede differenzierte Behandlung darf nicht zu einer *ungerechtfertigten Belastung* eines anderen Mitglieds führen.⁶⁴⁸

647 *EC – Preferences, AB*, para. 168 f.

648 *EC – Preferences, AB*, para. 167. An dieser Stelle wäre eine Auseinandersetzung mit dem Einwand Indiens (unterstützt durch Paraguay) interessant gewesen, die *drug arrangements* führten zu einer nachteiligen Umleitung der Handelströme für die mit den Begünstigten in Konkurrenz stehenden nicht begünstigten Entwicklungsländern (vgl. dazu in diesem Abschnitt (§ 3) unter B.II.1.b), B.II.3.b) und B.III.1. sowie *EC – Preferences, Panel*, para. 4.38, 4.137, 5.106 und 5.134). Es drängt sich nämlich die Frage auf, ob dieser Umleitungseffekt nicht eine „ungerechtfertigte Belastung“ für diese Länder i.S.d. Terminologie des *AB* darstellt (§ 3 lit. a *Enabling Clause* spricht von „undue difficulties for the trade of any other contracting party“, welche durch eine differenzierte Behandlung einiger Länder nicht entstehen dürften). Allerdings verweist der *AB* darauf, dass die Vereinbarkeit der *drug arrangements* mit § 3 lit. a *Enabling Clause* ausdrücklich nicht Gegenstand der Beschwerde Indiens war und daher im Rahmen der Berufung nur als Kontext zur Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ herangezogen werden könne, vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 177 ff.

Im Ergebnis verstießen die *drug arrangements* der EG nach Ansicht des *AB* insbesondere gegen das Merkmal „*non-discriminatory*“. Die EG habe nicht nachweisen können, dass die *drug arrangements* allen Entwicklungsländern, welche in derselben Weise durch die Drogenproblematik in ihrer wirtschaftlichen Entwicklung betroffen seien (sich also in derselben Entwicklungssituation i.S.d. vom *AB* gefundenen Auslegung befänden), offen stünden.⁶⁴⁹ Der *AB* hob die im Hinblick auf die *drug arrangements* einschlägigen Art. 10 und 25 sowie den Annex I der APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 hervor und bemängelte, dass dort kein „Mechanismus“ vorgesehen sei, wonach Begünstigte zu der auf 12 Länder „begrenzten“ Liste hinzugefügt, bzw. von dieser Liste gestrichen werden könnten.⁶⁵⁰ Ein derartiger Mechanismus müsse zudem eine Evaluierung in Bezug auf die Frage enthalten, ob die im Rahmen der *drug arrangements* konkret gewährten Zollpräferenzen auch tatsächlich eine „adäquate und verhältnismäßige Antwort“ auf die spezifischen Bedürfnisse der unter der Drogenproblematik leidenden Entwicklungsländer seien.⁶⁵¹ Im Gegenteil regelten die Art. 25 Abs. 1 lit. b und 25 Abs. 2 der APS-VO (EG) Nr. 2501/2001, dass eine „Evaluierung der Auswirkungen“ der *drug arrangements*

„will be without prejudice to the continuation of the [Drug Arrangements] until 2004, and their possible extension thereafter“.

Der *AB* verstand diese Regelung i.S. eines Vorbehalts der EG, den ausgewählten Ländern die besonderen Zollpräferenzen selbst dann weiterhin zu gewähren, wenn eine Evaluation ergeben habe, dass dies nicht den gewünschten Effekt gehabt hatte.⁶⁵² Ausdrücklich kritisierte der *AB* an dieser Stelle, dass diese Regelung den Mangel an klaren Auswahlkriterien innerhalb der APS-VO der EG offenbare, und vermittelte damit indirekt die Befürchtung, die Auswahl der begünstigten Länder erfolge im Rahmen der *drug arrangements* auf der Grundlage von rein politischen Erwägungen, bzw. „nationalstaatlichen“ Interessen der EG.

649 *EC – Preferences, AB*, para. 180.

650 *EC – Preferences, AB*, para. 182 ff. Dies stehe nach Ansicht des *AB* auch in Widerspruch zu den beiden anderen *incentive arrangements*, also den Vereinbarungen zum Schutz der Umwelt sowie zum Schutz von Arbeitnehmerrechten, welche in Art. 8 der APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 „detailed provisions setting out the procedure and substantive criteria that apply to a request by a beneficiary“ enthielten.

651 *EC – Preferences, AB*, para. 183.

652 *EC – Preferences, AB*, para. 183.

C. Ergebnis des *AB*-Verfahrens

Der Bericht des *AB* bedeutete materiell-rechtlich eine Niederlage Indiens und einen Sieg der EG.⁶⁵³ Die *drug arrangements* des europäischen APS scheiterten lediglich an mangelnder Transparenz in Bezug auf die Kriterien, welche die EG bei der Auswahl der besonders begünstigten Entwicklungsländer angelegt hatte, nicht aber an den von Indien vorgebrachten materiell-rechtlichen Argumenten.⁶⁵⁴

Die Annahme des Berichtes des *AB* durch den DSB am 20. April 2004⁶⁵⁵ hat nun für die Rechtspraxis der WTO zur Folge, dass die entwickelten Länder innerhalb der APS-Programme zwischen den begünstigten Entwicklungsländern differenzieren, d.h. für gleichartige Produkte einen unterschiedlichen Zollsatz je nach Herkunftsland erheben dürfen.

Die Industrieländer sind dabei an vermeintlich objektive Grenzen gebunden. Als Korrektiv stellte der *AB* in seinem Bericht folgenden Prüfungsmaßstab auf:

- eine Differenzierung muss sich nach *objektiven und transparenten Kriterien* richten; in Betracht kommen dabei gemäß § 3 lit. c *Enabling Clause* nur (Entwicklungs-, Finanz- oder Handels) Bedürfnisse der Entwicklungsländer.
- Die Zollpräferenz muss nichtdiskriminierend gewährt werden, was im Falle des § 2 lit. a *Enabling Clause* bedeutet, dass die Zollpräferenz allen Entwicklungsländern zu gewähren ist, die sich in „*derselben Situation*“ in Bezug auf das adressierte Bedürfnis befinden.
- Eine Zollpräferenz muss ein „effektives Mittel“ sein, um auf das adressierte Bedürfnis „positiv“ zu reagieren (d.h., es muss ein „*ausreichender Nexus*“ zwischen der konkreten Zollpräferenz und dem konkreten Entwicklungsbedürfnis bestehen).

653 Da der Bericht des *AB* die WTO-Rechtswidrigkeit der *drug arrangements* festgestellt hat, zeigte sich Indien auf der Sitzung des DSB am 20. April 2004 natürlich grundsätzlich zufrieden mit dem Ausgang des Verfahrens. Materiell-rechtlich kritisierte Indien den Bericht des *AB* indes aufs Schärfste, vgl. WT/DSB/M/167, para. 34 ff.

654 Vgl. die Stellungnahme des Vertreters Indiens auf der Sitzung des DSB vom 20. April 2004, WT/DSB/M/167, para. 40.

655 Vgl. WT/DSB/M/167 vom 27. Mai 2004, para. 80.

3. Kapitel: Die Zukunft der APS

Die in den vorherigen Abschnitten dargestellten und vom DSB angenommenen Berichte des *Panels* sowie des *AB* im Fall *EC – Preferences* werden das politische wie auch das rechtliche System der APS über den konkreten Fall des europäischen APS-Programms hinaus nachhaltig verändern.⁶⁵⁶ Dies beginnt mit einem auf den ersten Blick als selbstverständlich erscheinenden Umstand: Nunmehr steht fest, dass die Einrichtung oder die Modifikation eines APS in einem Streitschlichtungsverfahren der WTO einer materiell-rechtlichen Überprüfung unterzogen werden kann. Diese Feststellung ist deswegen von Bedeutung, da bisher wegen des grundsätzlich freiwilligen Charakters von *S&D*-Maßnahmen allgemein, d.h. von wissenschaftlicher wie von Seiten der Industrieländer, davon ausgegangen wurde, dass ein APS als begünstigende Maßnahme der Industrieländer nicht in den Bereich der justiziablen GATT/WTO-Rechtsordnung einzuordnen sei.⁶⁵⁷ Verstärkt wurde dies durch die Sorge der Entwicklungsländer, die Begünstigungen zu verlieren, sofern sie das APS eines entwickelten Landes durch ein WTO-Streitschlichtungsverfahren in Frage stellten.⁶⁵⁸

In diesem Dritten Kapitel wird die Zukunft der APS vor dem Hintergrund der Berichte des *Panels* sowie des *AB* im Fall *EC – Preferences* dargestellt. Der Fünfte Abschnitt (§ 5) analysiert die *Enabling Clause* als Rechtsgrundlage der APS und bewertet die Berichte kritisch vor dem Hintergrund der gefundenen Ergebnisse. Am Beispiel des neuen „APS-Plus“ der EG, welches u.a. als Reaktion auf den vom DSB angenommenen *AB*-Bericht geschaffen wurde, sollen schließlich im Sechsten Abschnitt (§ 6) die Probleme des vom *AB* aufgestellten Prüfungsmaßstabes aufgezeigt werden. Im Siebten Abschnitt (§ 7) findet schließlich eine die gesamte Untersuchung abrundende Schlussbewertung statt.

656 Ähnlich *Hilf/Oeter*, § 31, Rn. 33; *Jessen*, in: *Tietje/Kraft/Sethe*, Heft 27, S. 11; *Schmahl*, *ArchVöR* 42 (2004), 389; *Mason*, *DLJ* 54 (2004), 513, 527; *Shaffer/Apea*, *JWT* 39 (2005) 6, 977; *Chaudhary*, *SSRN Working Paper Series* (Februar 2005), S. 2.

657 Vgl. entsprechende Äußerungen bei *Howse*, *CJIL* 4 (2003) 2, 385, 386: „These preferences are voluntarily granted to developing countries to assist their economic development and not bound as legal commitments in the WTO“; *ders.*, *AUILR* 18 (2003), 1333, 1335: „[I]t was [...] conventional wisdom that conditions [...] could be placed on voluntary and non-binding preferences granted to developing countries under the [GSP] without violating GATT provisions“.

658 *Mason*, *DLJ* 54 (2004), 513, 515; *Bagwell/Mavroidis/Staiger*, *AJIL* 96 (2002), 56, 71.

§ 5: Die *Enabling Clause* als Rechtsgrundlage der APS

Entsprechend der Bedeutung sowohl in dogmatischer, wie in praktischer Hinsicht erfuhr der Fall *EC – Preferences* im internationalen Schrifttum breite Aufmerksamkeit. Vor allem Kommentatoren aus den Industrieländern nahmen den Bericht des *AB* positiv auf und begrüßten, dass darin die strenge Auslegung des *Panel's* hinsichtlich des strikten Differenzierungsverbotes zwischen den durch ein APS begünstigten Entwicklungsländern nicht aufrecht erhalten wurde.⁶⁵⁹ Dass eine Entscheidung populär ist, sagt indes noch nichts darüber aus, ob sie (materiell-rechtlich) richtig ist.⁶⁶⁰

Der *AB* hat in seinem Bericht wiederholt betont, dass die erstinstanzliche Beschwerde, und in der Folge auch die Berufung, nur auf einzelne Rechtsfragen beschränkt war, so dass er nicht umfassend und abschließend zu all den Voraussetzungen Stellung nehmen konnte, welche die *Enabling Clause* einem APS auferlegt.⁶⁶¹ Dies soll im Folgenden nachgeholt werden, um die Dogmatik derjenigen Regelungen der *Enabling Clause*, welche die Rechtsgrundlage der APS bilden, umfassend darstellen zu können. Dabei werden zunächst solche Rechtsprobleme behandelt, welche die *Enabling Clause* abstrakt betreffen (A.), um danach die eigentliche, d.h. materiell-rechtliche Auslegung der *Enabling Clause* vorzunehmen (B.). Im Anschluss daran wird auf das Sonderproblem der von den entwickelten Ländern bei der Gewährung von Zollpräferenzen im Rahmen eines APS an den Tag gelegten Praxis der Konditionalität eingegangen (C.). Anhand der gefundenen Ergebnisse soll abschließend gezeigt werden, welcher der beiden Bericht im Fall *EC – Preferences* das materielle Recht eher auf seiner Seite hatte (D.).

A. Ausgangsfragen

I. Enthält die *Enabling Clause* verbindliches Recht?

Die *Enabling Clause* enthält für die entwickelten Länder keine Verpflichtung, ein APS einzurichten oder aufrecht zu erhalten.⁶⁶² Dieser freiwillige

659 So beispielsweise *Charnovitz* (u.a.), *WTR* 3 (2004) 2, 239 (*Steve Charnovitz*); *Schmahl*, *ArchVöR* 42 (2004), 389, 403; *Jessen*, in: *Tietje/Kraft/Sethe*, Heft 27, S. 37 f.

660 *Mathis*, *LIEI* 31 (2004) 4, 289, 300.

661 *Chaudhary*, *SSRN Working Paper Series* (Februar 2005), S. 27.

662 Die entwickelten Länder behielten sich bereits in den „Agreed Conclusions“ (dort im mit „Safeguard mechanisms“ überschriebenen Art. III, § 1) und auch in der APS-Entscheidung der GATT-Vertragsstaaten von 1971 (dort im 5. Absatz der Präambel) das Recht vor, ein APS jederzeit außer Kraft zu setzen. Vgl. auch *Kennedy*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. I, S. 1542; *Bhala/Kennedy*, S. 424; *Long*, S. 102;

Charakter wirft die Frage auf, ob und inwieweit es sich bei der *Enabling Clause* materiell-rechtlich⁶⁶³ um verbindliches WTO-Recht oder vielmehr um politisch-programmatische Sätze handelt, aus denen für die WTO-Vertragsstaaten keinerlei Rechte und Pflichten hergeleitet werden können. Das *Panel* und der *AB* waren übereinstimmend der Auffassung, dass die *Enabling Clause* jedenfalls in den für den konkreten Fall relevanten Teilen verbindliches Recht darstellt. Ihrer Ansicht nach waren die *drug arrangements* als Bestandteil des APS der EG insbesondere an den in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* enthaltenen Merkmalen („generalized“, „non-discriminatory“ und „non-reciprocal“) zu messen.⁶⁶⁴ Diese Auffassung stieß im Schrifttum teilweise auf Ablehnung.

1. Die im Schrifttum vertretene These der weitgehenden Unverbindlichkeit der *Enabling Clause*

Gegen die Auffassung des *Panel*s und des *AB* wird eingewendet, dass den Staaten zu der Zeit, als die *Enabling Clause* geschaffen wurde, der entsprechende Rechtsbindungswille in Bezug auf die die APS-Programme regelnden Merkmale gefehlt habe.⁶⁶⁵ Die *Enabling Clause* sei überwiegend unverbindlich und im Detail ein „programmatischer“ Rechtssatz. Daher sei es bisher auch „herrschende Meinung“ im Schrifttum gewesen, dass

Howse, CJIL 4 (2003) 2, 385, 387; *Harrison*, ITLR 2003, 159, 160; *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 513.

663 Die Frage nach der *materiell-rechtlichen* Verbindlichkeit einer völkerrechtlichen Norm ist insbesondere zu unterscheiden von der Frage, ob es sich *formell* um eine völkerrechtliche Norm handelt, ob also eine Norm nach völkerrechtlichen Grundsätzen wirksam zustande gekommen ist. Formell verbindliche Normen können von den Normgebern materiell-rechtlich durchaus unverbindlich ausgestaltet sein. Dass es sich bei der *Enabling Clause* formell um eine verbindliche Völkerrechtsnorm handelt, sagt also noch nichts darüber aus, ob die *Enabling Clause* justiziable Rechte und Pflichten der GATT/WTO-Mitgliedstaaten statuiert. Die formelle Verbindlichkeit ist somit zunächst nur die Grundvoraussetzung dafür, dass der Anwendungsbereich der völkerrechtlichen Auslegungsgrundsätze i.S.d. Art. 31 ff. WVK eröffnet ist.

664 Das *Panel* beschäftigte sich nicht weiter mit der Frage, sondern prüfte direkt die *drug arrangements* der EG an diesen Merkmalen, die es als „requirements“ bezeichnete (vgl. *EC – Preferences*, *Panel*, para. 7.65). Dadurch gab das *Panel* indirekt zu erkennen, dass es an der rechtlichen Verbindlichkeit der Fußnote 3 nicht zweifelte. Der *AB* beschäftigte sich in den para. 142 ff. mit der von der EG aufgeworfenen Frage. Vgl. auch *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 988.

665 *Trebilcock/Howse*, S. 478 f.; *Howse*, *Bridges* 2004 (Nr. 4), 5; *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 393 ff.; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 246 ff. (*Robert Howse*).

„the GSP scheme escapes dispute settlement under the Dispute Settlement Understanding (‘DSU’) because the language of the Enabling Clause is permissive and allows for unilateral modification, extension, or withdrawal from such preferences.“⁶⁶⁶

*Robert Howse*⁶⁶⁷ als Hauptvertreter dieser These lehnt es insbesondere ab, ein APS auf verbindliche Art mit dem Merkmal „*non-discriminatory*“ zu versehen und argumentiert folgendermaßen: Aus dem Wortlaut der *Enabling Clause* selbst ergebe sich kein Diskriminierungsverbot.⁶⁶⁸ Lediglich die *Beschreibung* des im § 2 lit. a *Enabling Clause* aufgeführten „APS“ (in Form der APS-Entscheidung von 1971), worauf in der Fußnote 3 verwiesen werde, enthalte die „Idee der Nicht-Diskriminierung“.⁶⁶⁹ Eine „offene Frage“ sei es aber, welche rechtliche Wirkung sich hieraus ergebe. So sei in verschiedenen Streitschlichtungsverfahren bei einigen WTO-Vorschriften ein rein programmatischer und daher unverbindlicher Charakter festgestellt worden, selbst wenn der Wortlaut ein anderes Ergebnis vermuten ließe.⁶⁷⁰ Es komme daher entscheidend auf eine Auslegung gemäß den Regeln der WVK, mithin also auf den Sinn und Zweck sowie den Kontext der Norm an.

Im WTO-Recht würden, so *Howse* weiter, vor allem die Tatbestandsvoraussetzungen von *Waiver*-Vorschriften auf Grund ihres Ausnahmecharakters restriktiv ausgelegt. Die *Enabling Clause* sei indes weder eine Ausnahme noch ein *Waiver*, sondern vielmehr „integraler Bestandteil der GATT-Rechtsordnung“. Aus diesem Grund sei es „unangebracht“, die Tatbestandsmerkmale der *Enabling Clause* ebenso „eng oder streng“ wie diejenigen eines *Waivers* zu verstehen.⁶⁷¹ Dies gelte beispielsweise für die Regelung „[n]otwithstanding the provisions in Article I“ in § 1 *Enabling Clause*. Weil dort, anders als bei *Waivern* üblich, nicht die Einschränkung „to the

666 *Howse*, AUILR 18 (2003), 1333, 1340 f. Vgl. auch *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 516 (dort Fn. 40), der auf entsprechende Äußerungen von Seiten entwickelter GATT-Mitgliedsstaaten aus dem Jahr 1981 verweist (GATT Council, *Minutes of Meeting held on 3 November 1981*, C/M/152, 21 December 1981).

667 *Robert Howse* kommentiert den Fall *EC – Preferences* in verschiedenen Aufsätzen (CJIL 4 (2003) 2, 385; AUILR 18 (2003), 1333; *Bridges* 2004, Nr. 1, 7; *Bridges* 2004, Nr. 4, 5), als Teilnehmer eines „Internet Roundtable“ (siehe *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 246 ff.) sowie in seinem gemeinsam mit *Michael J. Trebilcock* herausgegebenen Lehrbuch „The Regulation of International Trade“ (dort auf den S. 478 ff.).

668 *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 387. Damit bestreitet *Howse* indirekt, dass die Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* zum Wortlaut der Norm zu zählen ist.

669 *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 388.

670 *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 389, mit Verweis auf *EC – Hormones, AB*, para. 64 f. und 162 ff.

671 *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 390.

extend *necessary*“ zu finden sei, müsse das entwickelte Land daher nicht nachweisen, dass *jedwede* Abweichung von Art. I:1 GATT für die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer auch *notwendig* gewesen sei.⁶⁷²

Robert Howse gibt ferner zu Bedenken, dass innerhalb der GATT/WTO-Rechtsordnung das Gebot der Nichtdiskriminierung ein „komplexes“ und „variantenreiches“ Konzept sei, da es in unterschiedlichen Vorschriften unterschiedliche Bedeutungen habe. Mal beziehe es sich auf die Behandlung „gleichartiger Produkte“ (Art. I:1 GATT), mal auf die Behandlung von „Ländern, in denen die gleichen Bedingungen herrschen“ (*Chapeau* des Art. XX GATT) und wieder ein anderes Mal auf die Vermeidung von Protektionismus (Art. III GATT). Die *Enabling Clause* lasse nicht erkennen, welches konkrete Konzept ihr zu Grunde liege. Die daraus resultierende Rechtsunsicherheit bedeute langfristig eine Gefahr für die sowohl in den entwickelten, als auch in den Entwicklungsländern vorherrschende Akzeptanz der Allgemeinen Präferenzsysteme.⁶⁷³

Damit kritisiert *Robert Howse* gleichzeitig die vom *Panel* angewandte Methode, für die Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ die „*Agreed Conclusions*“ der UNCTAD II heranzuziehen. Diese Vereinbarungen würden ausweislich ihres Art. VI („*Duration*“) nur zehn Jahre (von 1968 bis 1978) gelten. Ferner werde in Art. IX („*Legal Status*“), § 2 lit. b der „*Agreed Conclusions*“ betont, dass die entwickelten Länder durch das Einrichten eines APS-Programms keine bindende Verpflichtung eingingen. Die „*Agreed Conclusions*“ würden daher kein verbindliches Konzept in Bezug auf ein vermeintliches Diskriminierungsverbot liefern, sondern vielmehr den unverbindlichen und „programmatischen“ Charakter der *Enabling Clause* belegen.⁶⁷⁴ Dieser unverbindliche Charakter sei zuletzt im Rahmen der Doha-Runde in der Entscheidung „*Implementation-Related Issues and Concerns*“⁶⁷⁵ bestätigt worden. Darin heißt es:

„We reaffirm that preferences granted to developing countries pursuant to the [*Enabling Clause*] should be generalized, non-reciprocal and non-discriminatory.“⁶⁷⁶

Die Verwendung des Wortes „*should*“ zeige, dass die WTO-Mitgliedstaaten noch während der Doha-Runde von der Unverbindlichkeit der *Enabling Clause* ausgegangen seien.⁶⁷⁷

672 *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 390.

673 *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 397.

674 *Howse*, *Bridges* 2004 (Nr. 1), 7, 8.

675 WT/MIN(01)/17 vom 14. November 2001.

676 WT/MIN(01)/17, para. 12.2. (Hervorhebung durch den Verf.)

Einen weiteren Hinweis auf die behauptete eingeschränkte Justiziabilität entnimmt *Robert Howse* § 9 *Enabling Clause*:

„The contracting parties will collaborate in arrangements for review of the operation of these provisions [...].“

Da innerhalb der *Enabling Clause*, anders als noch in der APS-Entscheidung von 1971, ein Verweis auf das Streitschlichtungsverfahren der WTO fehle, belege der hier zitierte § 9, dass den Mitgliedsstaaten bei Schaffung der *Enabling Clause* in Bezug auf Streitigkeiten nicht die verbindliche Auseinandersetzung vor dem DSB, sondern eher die unverbindliche Verhandlung am „Runden Tisch“ vorgeschwebt habe.⁶⁷⁸ Wie sich überdies aus den entsprechenden UNCTAD-Dokumenten ergebe, habe die Überwachung und Weiterentwicklung der APS federführend durch die UNCTAD erfolgen sollen, weswegen in der *Enabling Clause* auf „explizitere“ und „detailliertere“ Regelungen vor allem in institutioneller Hinsicht verzichtet worden sei.⁶⁷⁹

2. Stellungnahme

Die entscheidende Frage ist, ob die GATT/WTO-Mitgliedstaaten als Normgeber mit dem Erlass der *Enabling Clause* einen politisch-programmatischen Satz oder eine rechtlich verbindliche Norm, mithin also justiziable Rechte und Pflichten geschaffen haben. Dies ist eine Frage der Auslegung.⁶⁸⁰ Die entscheidende Schwäche der dargestellten These liegt in der angewandten Auslegungsmethode. Bevor näher darauf eingegangen wird, ist es zweckmäßig, zunächst allgemein zu klären, welche Methode bei der Auslegung der *Enabling Clause* richtigerweise anzuwenden ist. Dies soll gleichzeitig als Grundlage für sämtliche Auslegungsfragen dieses Fünften Abschnitts (§ 5) dienen.

677 *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 392. Zu Recht wendet *Lorand Bartels* ein, dass die Verwendung des Wortes „should“ keinen eindeutigen Schluss zulässt und ebenso gut als Aufforderung an die entwickelten Länder verstanden werden kann, ihrer *bestehenden* Verpflichtung, ein APS nichtdiskriminierend auszugestalten, nun auch in der Praxis nachzukommen, vgl. *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 519.

678 *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 392. Freilich räumt er an gleicher Stelle ein, dass rein formal ein Bezug auf das Streitschlichtungsorgan der WTO nicht nötig sei, damit sich der DSB mit der *Enabling Clause* beschäftigen könne. Als Bestandteil des GATT '94 sei das DSU gemäß seinem Art. 1.1 auf die *Enabling Clause* unzweifelhaft anwendbar.

679 *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 393.

680 So auch *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 388.

a) Auslegungsmethode

Ein völkerrechtlicher Vertrag ist jede zwischen zwei oder mehreren Staaten getroffene Vereinbarung, die dem Völkerrecht unterliegt.⁶⁸¹ Die *Enabling Clause* ist zweifellos ein völkerrechtlicher Vertrag in diesem Sinne. Kommt es zu Streitigkeiten über die Anwendung eines Vertrages, so streiten die Parteien im Kern über den richtigen Bedeutungsgehalt des Vertragstextes. Diesen Bedeutungsgehalt haben ursprünglich die am Vertragsschluss beteiligten Staaten durch ihre Vereinbarung (i.e. eine aus übereinstimmenden Willenserklärungen bestehende Einigung) gestiftet. Dreh- und Angelpunkt jeder Vertragsauslegung ist somit das in der genannten Definition enthaltene Merkmal „Vereinbarung“. Die Auslegung fragt: *Was genau* wurde in Bezug auf den vorliegenden Fall vereinbart?

Es werden in der völkerrechtlichen Literatur im Wesentlichen zwei Auslegungsschulen vertreten, zum einen die „subjektive“ und zum anderen die „objektive“.⁶⁸² Beide verbindet im Ausgangspunkt die Suche nach dem tatsächlich Vereinbarten, also dem (historischen) Parteiwillen. Sie unterscheiden sich indes in der Frage, welchen Stellenwert der Wortlaut des Vertrages bei der Auslegung hat.

Nach der „subjektiven“ Lehre dient der Wortlaut höchstens als Ausgangspunkt oder als Indiz zur Ermittlung des historischen Parteiwillens.⁶⁸³ Dieser geht selbst bei einem Widerspruch zum Wortlaut vor.⁶⁸⁴ Von erstrangiger Bedeutung sind hier die Vertragsmaterialien (*travaux préparatoires*) oder sonstige Dokumente, aus denen sich der historische Parteiwille ergeben könnte.⁶⁸⁵

Die „objektive“ Lehre hingegen geht ausschließlich vom Wortlaut des Vertrages aus. Dieser wird als authentische Manifestation des Parteiwillens angesehen.⁶⁸⁶ Verkürzt lässt sich der Gegensatz zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Lehre wie folgt ausdrücken: Während die subjektive Theorie danach fragt, was die Parteien *wollten*, fragt die objektive Theorie danach, was die Parteien *gesagt* haben.⁶⁸⁷

681 *Ipsen*, § 9, Rn. 1, *Herdegen*, Völkerrecht, § 15, Rn. 1; *Schollendorff*, S. 28.

682 Vgl. die umfassende Darstellung bei *Schollendorff*, S. 33 ff.; *Maki*, MJGT 9 (2000) 1, 343, 348 f.

683 *Schollendorff*, S. 36.

684 *Ipsen*, § 11, Rn. 4.

685 *Ipsen*, § 11, Rn. 4.

686 *Stein/von Buttlar*, Rn. 83; *Schollendorff*, S. 39.

687 Vgl. näher zum „Theorienstreit“ zwischen „subjektiver“ und „objektiver“ Auslegung *Schollendorff*, S. 34 ff.

Mittlerweile ist es nicht mehr erforderlich, sich für oder gegen die „subjektive“ oder „objektive“ Lehre zu entscheiden. Dies nehmen dem Völkerrechtsanwender die Art. 31 ff. WVK ab.⁶⁸⁸ In Art. 31, Abs. 1 WVK wird die allgemeine Auslegungsregel statuiert:

„Ein Vertrag ist nach Treu und Glauben in Übereinstimmung mit der gewöhnlichen, seinen Bestimmungen in ihrem Zusammenhang zukommenden Bedeutung und im Lichte seines Zieles und Zweckes auszulegen.“

Der WVK liegt somit ein „objektiver“ Auslegungsansatz zu Grunde, wenn auf die „gewöhnliche Bedeutung“ des Vertrages abgestellt wird.⁶⁸⁹ Ausgangspunkt der Auslegung ist der *Vertragstext*.⁶⁹⁰ Ergänzt wird diese als „*ordinary meaning rule*“ bezeichnete Methode durch die systematische und teleologische Auslegung.⁶⁹¹ Der historische Parteiwille kann gemäß Art. 32 WVK als ergänzendes, aber insbesondere nur als nachrangiges Kriterium herangezogen werden.⁶⁹²

688 Gemäß Art. 3.2 DSU erfolgt die Klärung des WTO-Rechts im Rahmen des Streit-schlichtungsverfahrens „in accordance with customary rules of interpretation of public international law“. Dadurch wird indirekt auf die Auslegungsregeln der Art. 31 ff. WVK verwiesen, da diese mit den gewohnheitsrechtlichen Auslegungsregeln, auf die sich Art. 3.2 DSU bezieht, inhaltlich übereinstimmen (vgl. *Schollendorf*, S. 153 m.w.N.). Vgl. ferner *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 28 sowie § 27, Rn. 27; *Weiß/Herrmann*, Rn. 333; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 23; *Trebilcock/Howse*, S. 133; *McGovern*, S. 1.12-14 ff.; *Guohua/Mercurio/Yongjie*, S. 17 f.; *Palmer/Mavroidis*, S. 80 (mit Verweis auf die Berichte des *Panels* (dort para. 6.7) und des *AB* (dort III.B., S. 17) im Fall *US – Gasoline*, in denen die Anwendbarkeit der Art. 31 ff. WVK im Rahmen eines WTO-Streit-schlichtungsverfahrens bestätigt wird); *Pauwelyn*, *AJIL* 95 (2001) 3, 535, 542 f.; *Palmer/Mavroidis*, *AJIL* 92 (1998) 3, 398, 409.

689 So auch *Ipsen*, § 11, Rn. 5; *Graf Vitzthum*, in: Graf Vitzthum, 1. Abschnitt, Rn. 123; *Schollendorf*, S. 78 (m.w.N.); *Blumenwitz*, FS Kreile, 73, 81. Ungenau *Herdegen*, *Völkerrecht*, § 15, Rn. 29, der von einer Verknüpfung von subjektiven und objektiven Elementen und daher vom „objektive[n] Parteiwille[n], wie er im Vertragstext zum Ausdruck kommt“ spricht. Ebenfalls ungenau *Maki*, *MJGT* 9 (2000) 1, 343, 351 f.

690 *Stein/von Buttlar*, Rn. 83; *Herdegen*, *Völkerrecht*, § 15, Rn. 28; *Ipsen*, § 11, Rn. 5; *Graf Vitzthum*, in: Graf Vitzthum, 1. Abschnitt, Rn. 123; *Doehring*, Rn. 388; *Hilf/Oeter*, § 27, Rn. 28; *Fitzmaurice*, in: Evans, *Int. Law*, S. 199; *Palmer/Mavroidis*, *AJIL* 92 (1998) 3, 398 f.

691 Freilich enthält Art. 31 Abs. 1 WVK keine Rangordnung hinsichtlich der verschiedenen Auslegungsmethoden. Indes weist *Wolff Heintschel von Heinegg* im *Ipsen* (dort § 11, Rn. 12) zurecht darauf hin, dass es auf Grund der durch den objektiven Ansatz gebotenen Ausrichtung am Text sach- und rechtslogisch geboten sei, die Auslegung mit der gewöhnlichen Wortbedeutung zu beginnen.

692 *Ipsen*, § 11, Rn. 5; *Herdegen*, *Völkerrecht*, § 15, Rn. 28; *Stein/von Buttlar*, Rn. 83; *Cassese*, S. 179; *Schollendorf*, S. 78 f.

b) Kritik an der These von der weitgehenden Unverbindlichkeit

Der These von der weitgehenden⁶⁹³ Unverbindlichkeit der *Enabling Clause* liegt die Annahme zu Grunde, die entwickelten Länder hätten einer Regelung niemals zugestimmt, welche eine justitiable Einschränkung ihrer Gestaltungsfreiheit bei der Gewährung von Zollpräferenzen durch ein APS bedeutet hätte. Beispielhaft konstatiert *Robert Howse*:

„Under this view [...] the GSP would never have gotten off the ground.“⁶⁹⁴

Trotz anderslautender Absichtsbekundungen⁶⁹⁵ wird als Beleg für diesen (vermeintlichen) historischen Parteiwillen nicht der Wortlaut der *Enabling Clause* näher analysiert. Vielmehr werden verschiedene Dokumente herangezogen, die einen nur mittelbaren Bezug zur *Enabling Clause* aufweisen und die Verhandlungspositionen im Hintergrund widerspiegeln.⁶⁹⁶ Somit bildet bei der These von der weitgehenden Unverbindlichkeit der *Enabling Clause* nicht der Wortlaut, sondern der historische Parteiwille gleichsam den Ausgangs- und Endpunkt der Auslegung. Diese Methode entspricht der eben dargestellten „subjektiven“ Lehre und steht somit in Widerspruch zu den Art. 31 ff. WVK.

Dem „objektiven“ Ansatz der WVK gemäß können *travaux préparatoires* oder vergleichbare Dokumente und der daraus ermittelte historische Parteiwille nur dann eine entscheidende Rolle spielen, wenn die vom Wortlaut der *Enabling Clause* ausgehende Auslegung zu keinem klaren Ergebnis kommt.

693 Mit Ausnahme des § 1 *Enabling Clause*.

694 CJIL 4 (2003) 2, 385, 393. Weitere Äußerungen in diese Richtung finden sich in diesem Aufsatz auf S. 395 („developed countries have *never* accepted that they are only able to operate a GSP scheme where the scheme is completely unconditional and non-selective.“), in *Trebilcock/Howse*, S. 478 („[...] donor states never accepted that their ability to modify or withdraw GSP preferences would be subject to such an ‚hard‘ legal constraint [...].“).

695 Vgl. *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 388: „[The question of the legal effect of individual provisions within the Enabling Clause] has to be answered as a matter of interpretation, following the rules in the Vienna Convention on the Law of Treaties; the ordinary meaning of the words in question must be considered in light of their object, purpose, and context.“

696 Vgl. *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 393 (Verweis auf die *Trade and Development Board Resolution 75 (S-IV)* der UN vom 12. Oktober 1970, auf eine Äußerung des argentinischen Botschafters Juan Carlos Sánchez Arnau sowie auf einen Bericht des UN-Generalsekretärs von 1984 (UN Doc No A/39/504 at 78, § 146)); *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 394 (Verweis auf zwei UNCTAD-Berichte: UN Doc No TD/B/C.5/63 (9. April 1979) und UN Doc No TD/377 (24. Mai 1996)); *Howse*, CJIL 22 (2003) 2, 385, 395 (Verweis auf die *Joint Declaration* der Elften ASEAN-EU Ministerkonferenz in Karlsruhe (22.-23. September 1994)).

Dies ergibt sich ausdrücklich aus Art. 32 WVK.⁶⁹⁷ Daher wird im Folgenden mit Hilfe des „objektiven“ Ansatzes auf der Grundlage des Wortlauts die Reichweite der rechtlichen Bindungswirkung der *Enabling Clause* ermittelt.

c) Eigene Lösung: Reichweite der materiell-rechtlichen Justiziabilität

Die Wortlautauslegung umfasst neben sprachlichen auch die sich daraus ergebenden rechtstheoretischen Aspekte. So gilt, dass Tatbestand und Rechtsfolge gemeinsam die Sinneinheit „Rechtssatz“ bilden und nicht losgelöst voneinander betrachtet werden können.⁶⁹⁸ Der einleitende Satz des § 2

(„The provisions of paragraph 1 [*Enabling Clause*] apply to the following: [a) ... d])“)

i.V.m. dem dort erwähnten § 1 *Enabling Clause*

(„Notwithstanding the provisions of Article I of the [GATT], contracting parties may accord differential and more favourable treatment to developing countries, without according such treatment to other contracting parties“)

lässt folgende normative Systematik erkennen: Die lit. a bis d des § 2 *Enabling Clause* enthalten jeweils die Tatbestände, welche die in § 1 *Enabling Clause* enthaltene Rechtsfolge auslösen. Diese Rechtsfolge ist, wie der Wortlaut in § 1 *Enabling Clause* nahe legt („may accord“), als uneingeschränkt verbindlich anzusehen.⁶⁹⁹

Würde nun die *Enabling Clause* mit Ausnahme des § 1 nur aus unjustitia-blem „soft law“ bestehen, so hätte das die folgende Konsequenz: Ein Mitgliedsstaat könnte schlicht behaupten, dass die von ihm erlassene Maßnahme ein APS und somit von der *Enabling Clause* gedeckt sei und hätte dadurch die Möglichkeit, rechtswirksam von Art. I:1 GATT als einer der zentralsten Vorschriften der GATT/WTO-Rechtsordnung abzuweichen.⁷⁰⁰ Dadurch würde ein Umgehungstatbestand geschaffen⁷⁰¹, auf dessen Grundlage

697 Ipsen, § 11, Rn. 18; Graf Vitzthum, in: Graf Vitzthum, 1. Abschnitt, Rn. 123; Stein/von Buttlar, Rn. 86; Cassese, S. 179.

698 Larenz/Canaris, S. 72 f.

699 Dies ist unstrittig, vgl. bspw. Howse, CJIL 4 (2003) 2, 385, 387 f. Im Übrigen belegt dies die Entstehungsgeschichte: Nach Auffassung der Entwicklungsländer boten bereits die Art. XXXVI bis XXXVIII GATT eine hinreichende Rechtsgrundlage für eine Abweichung von Art. I:1 GATT. Dem widersprachen die Industrieländer und forderten eine „echte“ Rechtsgrundlage. Dieser Forderung wurde erst durch die APS-Entscheidung von 1971 und schließlich durch die *Enabling Clause* genüge getan, vgl. McGovern, S. 9.22-1; Bhala/Kennedy, S. 419.

700 Dies erkennt auch Robert Howse, in: AUJLR 18 (2003), 1333, 1342.

701 Diese Gefahr übersieht Robert Howse, wenn er sagt, dass „a developed country WTO Member does not have to prove that each aspect of its deviation from the strictures of Article I is necessary in order to grant differential and more favourable treatment to

Präferenzvereinbarungen zwischen Industrie- und Entwicklungsländern mit potentiell negativen Effekten für alle anderen Mitgliedstaaten, und somit auch für andere Industrieländer, geschlossen werden könnten.⁷⁰²

Es gilt auch hier das alte englische Sprichwort „*You can't have the cake and eat it, too*“: Wie bereits angedeutet, ist es rechtstheoretisch nicht möglich, Tatbestand und Rechtsfolge losgelöst voneinander zu bewerten. Dies muss auch und gerade für die Frage der Rechtsverbindlichkeit gelten. Für die Geltung der gewünschten Rechtsfolge ist das Vorliegen eines *subsumierbaren* und damit justitiablen Tatbestandes zwingend erforderlich. Der Tatbestand bestimmt die Anwendungsvoraussetzungen des Rechtssatzes.⁷⁰³ Fehlt dieser, kann auch die Rechtsfolge nicht greifen.

Eine andere Auslegung würde ferner einen Verstoß gegen den völkerrechtlichen Effektivitätsgrundsatz (*effet utile*) bedeuten. Dieser stellt eine Ausprägung des Gebotes von Treu und Glauben i.S.d. Art. 31 Abs. 1 WVK dar. Danach darf eine Auslegung nicht dazu führen, dass einem Vertrag oder Vertragsteil seine volle Wirksamkeit genommen wird.⁷⁰⁴ Die Schaffung eines Umgehungstatbestandes durch einen unverbindlichen Tatbestand würde der Wirksamkeit der verbindlichen Rechtsfolge des § 1 *Enabling Clause* entgegenstehen. Auch aus diesem Grund ist folglich von der Verbindlichkeit des § 2 *Enabling Clause* auszugehen.

Die objektive Auslegung des Wortlauts der *Enabling Clause* unter Berücksichtigung rechtstheoretischer Gesichtspunkte zeigt also, dass die Norm in Bezug auf Tatbestand und Rechtsfolge justitiabel ist. Richtigerweise enthält § 2 mit den lit. a-d in seinem Tatbestand einen verbindlichen Katalog von „erlaubten“ Maßnahmen, denen die Rechtsfolge des § 1 *Enabling Clause* zuteil wird.⁷⁰⁵ Auf einen gegebenenfalls entgegenstehenden historischen Parteiwillen kommt es daher nicht an. *Robert Howse* greift folglich mit

developing countries“ (CJIL 22 (2003) 2, 385, 390). Auf Grundlage der APS-Entscheidung von 1971 war die Erlaubnis für das Einrichten von APS-Programmen auf zehn Jahre begrenzt. Diese zeitliche Dimension stellt einen faktischen Schutz gegen eine Umgehung des Art. I:1 GATT dar. Die *Enabling Clause* enthält seit 1979 hingegen eine permanente Rechtsgrundlage für das APS, wodurch der Umgehungstatbestand sogar noch perpetuiert würde, folgte man der Ansicht von *Robert Howse* in diesem Punkt.

702 So *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 514.

703 *Rüthers*, Rn. 122.

704 *Ipsen*, § 11, Rn. 16; *Blumenwitz*, FS Kreile 73, 85.

705 Dies legt der Wortlaut des § 2 *Enabling Clause* nahe: „The provisions of paragraph 1 apply to the following“, worauf die Auflistung der vier verschiedenen Arten von S&D-Maßnahmen in den lit. a-d folgt.

seiner Argumentation zu kurz, wenn er sagt, dass es sich bei der *Enabling Clause* weder um eine Ausnahme, noch um einen *Waiver*, sondern vielmehr um einen integralen Bestandteil der GATT-Rechtsordnung handele und daher ihre Tatbestandsvoraussetzungen nicht ebenso „eng oder strikt“ wie diejenigen eines *Waivers* aufgefasst werden dürften.⁷⁰⁶ Denn nicht die eher formale Frage nach der Einordnung der *Enabling Clause* als Ausnahme, *Waiver* oder integraler Bestandteil der GATT/WTO-Rechtsordnung, sondern die *tatsächliche rechtliche Funktion* der Norm, die sich unmittelbar aus dem Wortlaut der *Enabling Clause* ergibt, ist von entscheidender Bedeutung für die Frage der Justiziabilität: Weil durch § 1 *Enabling Clause* ein Abweichen von Art. I:1 GATT als einem der „Eckpfeiler“ der GATT/WTO-Rechtsordnung rechtlich ermöglicht wird, stellen all diejenigen Tatbestandsmerkmale, welche die Rechtsfolge des § 1 *Enabling Clause* auslösen, uneingeschränkt verbindliches Recht dar.⁷⁰⁷ Dies trifft auf alle Merkmale des § 2 lit. a *Enabling Clause* zu.⁷⁰⁸

Mit dieser Feststellung ist freilich noch nicht die Frage beantwortet, ob sich die Justiziabilität auch auf die Merkmale der Fußnote 3 erstreckt, diese also dem rechtlich verbindlichen Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* zuzuordnen sind. In § 2 lit. a *Enabling Clause* heißt es:

„Preferential tariff treatment accorded by developed contracting parties to products originating in developing countries in accordance with the Generalized System of Preferences [...]“

Abzustellen ist hier auf die Formulierung „in accordance with the [GSP]“. Aus dieser Formulierung lassen sich zwei Dinge ableiten:

(1) Der Artikel „*the*“ vor „*Generalized System of Preferences*“ zeigt, dass sich die *Enabling Clause* auf „das APS“ als ein (völkerrechtlich vereinbartes) *Institut* bezieht, welches sie nicht selber schaffen will, sondern welches sie als *bereits existierend* voraussetzt und worauf sie *verweist*.

706 Howse, CJIL 22 (2003) 2, 385, 390.

707 So im Ergebnis auch Harrison, ITLR 2003, 159, 160.

708 Daher unzutreffend Hausmann, S. 184 f. (mit Fn. 1109): Er kommt zu dem Schluss, dass das Cotonou-Abkommen der EG mit den AKP-Staaten in sachlicher Hinsicht unter die §§ 1 und 2 lit. a *Enabling Clause* zu subsumieren sei und übersieht dabei, dass die Merkmale „in accordance with the [GSP]“ ebenfalls zum Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* gehören. Nun geht nicht einmal die EG davon aus, dass es sich beim Cotonou-Abkommen um ein „APS“ i.S.d. § 2 lit. a *Enabling Clause* handelte und beantragte in der WTO einen entsprechenden *Waiver*, den die EG auch erhielt (WT/L/436 vom 14. November 2001).

(2) Eine Maßnahme ist nur gemäß § 2 lit. a i.V.m. § 1 *Enabling Clause* mit WTO-Recht zu vereinbaren, sofern sie mit dem Institut „APS“ *übereinstimmt*. Da es sich bei diesem wie bei dem Merkmal „APS“ um ein verbindliches Tatbestandsmerkmal handelt⁷⁰⁹, fällt die Frage der Subsumtion in die Zuständigkeit des DSB und ist einer einseitigen Entscheidungsfindung durch die Industrieländer entzogen.

Festzuhalten ist, dass die *Enabling Clause* in § 2 lit. a keine eigenen Regelungen in Bezug auf APS-Programme enthält, andererseits aber nur solche Maßnahmen erlaubt, die mit dem Institut „APS“ übereinstimmen. Vor diesem Hintergrund hat die Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* die Funktion, dem Normanwender mitzuteilen, dass das Institut „APS“ in der APS-Entscheidung von 1971 näher geregelt ist. Dort heißt es in den Absätzen 3 und 4 der Präambel:

„[...] system of generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences beneficial to the developing countries [...]“,

„[...] arrangements have been drawn up in the UNCTAD concerning the establishment of generalized, non-discriminatory, non-reciprocal preferential tariff treatment in the markets of developed countries for products originating in developing countries [...].“

Panel und *AB* ist an dieser Stelle daher insoweit recht zu geben, als dass die in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* wiedergegebenen Merkmale „generalized“, „non-reciprocal“ sowie „non-discriminatory“ als zentrale Charakteristika des Instituts „APS“ anzusehen und bei der Subsumtion einer Maßnahme unter § 2 lit. a *Enabling Clause* von Bedeutung sind.⁷¹⁰

Dagegen wird eingewendet, dass die drei Merkmale nur in der unverbindlichen Präambel und nicht im verbindlichen operativen Teil der APS-Entscheidung von 1971 zu finden seien.⁷¹¹ Dies hat auf das soeben gefundene Ergebnis jedoch keinen Einfluss, denn genau genommen entfaltet weder

709 So auch *Harrison*, ITLR 2003, 159, 161: „The ordinary meaning of the phrase ‘in accordance with’ suggests some sort of normative force, in other words a legally enforceable obligation.“ Anders hingegen, aber wenig überzeugend *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 392: „The wording in Paragraph 2(a) of the Enabling Clause, namely that preferential treatment be *in accordance with* the notion of a mutually acceptable system of generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences, certainly is not ‘specific and compelling’ enough to suggest every aspect of a Member’s scheme of preferential treatment must *conform to* non-discrimination or non-discrimination as juridical norms or conditions.“

710 Im Ergebnis übereinstimmend *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 400; *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 522.

711 Vgl. *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 520; *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 477.

die Fußnote 3, noch die APS-Entscheidung von 1971 *unmittelbare* Rechtswirkung, sondern ausschließlich § 2 lit. a *Enabling Clause*; nur diese Vorschrift als Tatbestand für die in § 1 *Enabling Clause* enthaltene Rechtsfolge bindet die (entwickelten) Mitgliedsstaaten bei der Einrichtung eines APS-Programms.⁷¹² Die Industrieländer unter den GATT-Vertragsstaaten haben durch ihre Zustimmung zur *Enabling Clause* zum Ausdruck gebracht, dass die von ihnen eingerichteten APS-Programme nur dann rechtmäßig sind, sofern sie mit dem in § 2 lit. a enthaltenen Institut „APS“ übereinstimmen. Die APS-Entscheidung von 1971 gilt im Rahmen der *Enabling Clause* daher nur *mittelbar*, indem sie Details über die materielle Struktur dieses Instituts liefert. Auf die Unterscheidung zwischen der unverbindlichen Präambel und dem verbindlichen operativen Teil kommt es dabei nicht an.

Wie sich des weiteren aus dem soeben zitierten Abs. 4 der Präambel der APS-Entscheidung von 1971 ergibt, enthält auch dieser „unechte“ *Waiver* ebenso wenig wie § 2 lit. a *Enabling Clause* eigene Regelungen in Bezug auf die Ausgestaltung eines APS, sondern bezieht sich vollständig auf das „APS der UNCTAD“. Über den „Umweg“ der APS-Entscheidung von 1971 verweist somit das Tatbestandsmerkmal „APS“ in § 2 lit. a *Enabling Clause* auf die dem „APS der UNCTAD“ zu Grunde liegenden Völkerrechtssätze. Die *Res. 21(II)* sowie die „Agreed Conclusions“ entfalten dadurch im Rahmen der Subsumtion einer Maßnahme unter den Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* mittelbar Rechtskraft.⁷¹³ Insofern kommt es auch hier nicht darauf an, dass die „Agreed Conclusions“ *selbst* gemäß Art. IX ausdrücklich kein verbindliches Recht begründet haben.⁷¹⁴

Das Tatbestandsmerkmal „APS“ stellt rechtstechnisch einen Verweis⁷¹⁵ auf das „APS der UNCTAD“ dar. Der Verweis ergibt sich aus einer objektiven Auslegung des § 2 lit. a *Enabling Clause*. Die Subsumtion einer Maßnahme unter den Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* ist ohne das „APS der UNCTAD“ nicht möglich, da nur die entsprechenden UNCTAD-Abkommen die Frage beantworten können, wann eine Maßnahme i.S.d. § 2 lit. a *Enabling Clause* „mit dem APS übereinstimmt“. Daraus folgt, dass die entsprechenden UNCTAD-Abkommen ausschließlich im Rahmen der objektiven

712 Der Einwand, der Rechtsbindungswille der entwickelten Länder hätte sich nie auf die in der Fußnote 3 enthaltenen Merkmale bezogen (vgl. *Trebilcock/Howse*, S. 478 f.; *Howse*, *Bridges* 2004 (Nr. 4), 5;...), geht daher ins Leere, da der Rechtsbindungswille hinsichtlich des § 2 lit. a *Enabling Clause* ausreicht.

713 So auch *Bartels*, *JIEL* 6 (2003) 2, 507, 519 f.; *Harrison*, *ITLR* 2003, 159, 161.

714 Vgl. den entsprechenden Einwand von *Robert Howse* in: *Bridges* 2004 (Nr. 1), 7, 8).

715 Vgl. allgemein zur Wirkungsweise eines Verweises *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 30; *Palmer/Mavroidis*, S. 69 ff.; *Pauwelyn*, *AJIL* 95 (2001) 3, 535, 554 f.

Wortlautauslegung und gerade nicht als „Zusammenhang“ i.S.d. Art. 31 Abs. 1 und 2 oder *travaux préparatoires* i.S.d. Art. 32. WVK herangezogen werden.⁷¹⁶

d) Formell-rechtliche Justiziabilität

Die *Enabling Clause* enthält keinen Verweis auf das Streitschlichtungsverfahren der WTO. Das DSU gilt hingegen gemäß Art. 1.1 i.V.m. Anhang 1 (Abschnitt B, Anlage 1A) nur für „Multilaterale Übereinkommen über den Handel mit Waren“. Auf Grund dessen wurde teilweise angenommen, das DSU sei auf eine Beschwerde, die nur auf einer behaupteten Verletzung der *Enabling Clause* basiert, nicht anwendbar. Vielmehr müsse eine Beschwerde stets auf eine Verletzung des Art. I:1 GATT gestützt werden, um die *Enabling Clause* als rechtfertigende Ausnahme zu Art. I:1 GATT in das Verfahren einführen zu können.⁷¹⁷

Mit der Formulierung „Multilaterale Übereinkommen über den Handel mit Waren“ im Anhang 1 (Abschnitt B, Anlage 1A) des DSU wird indes auf das ÜWTO und über dessen Annex u.a. auf das GATT '94 verwiesen.⁷¹⁸ Die *Enabling Clause* ist gemäß Nr. 1, lit. b(iv) Bestandteil des GATT '94. Das DSU gilt gemäß Art. 1.1 i.V.m. Anhang 1 (Abschnitt B, Anlage 1A) für das GATT '94. Somit könnte demnach eine Beschwerde auch nur auf eine Verletzung der *Enabling Clause* gestützt werden.

3. Zwischenergebnis

Unter Berücksichtigung rechtstheoretischer Gesichtspunkte ergibt sich aus dem Wortlaut der *Enabling Clause*, dass § 2 lit. a als Tatbestand und § 1 als Rechtsfolge gemeinsam einen verbindlichen Rechtssatz bilden. Als zentrales Tatbestandsmerkmal enthält § 2 lit. a *Enabling Clause* das Institut „APS“. Dies wirkt wie ein Verweis auf diejenigen Völkerrechtssätze, die materiell das Institut „APS“ konkretisieren. § 2 lit. a *Enabling Clause* bezieht somit die APS-Entscheidung von 1971 als GATT/WTO-interne Vereinbarung sowie die dem „APS der UNCTAD“ zu Grunde liegenden Abkommen der UNCTAD II als GATT/WTO-externe Vereinbarungen in den verbindlichen Tatbestand mit ein.⁷¹⁹ Als zentrale materielle Charakteristika erweisen sich

716 Anders *EC – Preferences, Panel*, para. 7.86.

717 Vgl. *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 516.

718 Vgl. *Palmer/Mavroidis*, S. 51; *Guohua/Mercurio/Yongjie*, S. 2.

719 Durch einen derartigen direkten Verweis können auch WTO-externe völkerrechtliche Vereinbarungen im Streitschlichtungsverfahren als Rechtsquellen herangezogen werden, vgl. allgemein dazu *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 30; *Palmer/Mavroidis*, S. 69 ff.; *Pauwelyn*, AJIL 95 (2001) 3, 535, 554 f.

dabei die Merkmale „*generalized*“, „*non-reciprocal*“ und „*non-discriminatory*“, die bei der Subsumtion einer Maßnahme unter den Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause*, vermittelt durch das Merkmal „APS“, als rechtlich verbindlich anzusehen sind.⁷²⁰

Da die „objektive“, d.h. vom Wortlaut ausgehende Auslegung somit bei der Frage nach der Reichweite der rechtlichen Bindungswirkung der *Enabling Clause* eine eindeutige Antwort liefert, muss, bzw. darf auf die *travaux préparatoires* oder vergleichbare Dokumente nicht mehr zurückgegriffen werden (vgl. Art. 32 WVK).

II. Charakter der *Enabling Clause* – Ausnahme oder Regime *sui generis*?

Hinter dem Streit um die rechtliche Charakterisierung der *Enabling Clause* verbirgt sich die für den Ausgang eines Streitschlichtungsverfahrens nicht selten entscheidende Frage nach der Verteilung der Beweislast.⁷²¹ Von daher wundert es nicht, dass es sich nach Auffassung der EG bei der *Enabling Clause* um ein Regime *sui generis* handelt. Nach dieser Lösung hätte Indien die Unvereinbarkeit der *drug arrangements* mit der *Enabling Clause* nicht bloß behaupten, sondern darüber hinaus beweisen müssen.

Abgesehen von dieser praktischen Dimension handelt es sich hierbei aber auch um eine wichtige dogmatische Frage: Welche Rolle spielt der spezielle *telos*, d.h. der besondere *entwicklungspolitische* Sinn und Zweck der *Enabling Clause* für deren rechtliche Einordnung in die GATT/WTO-Rechtsordnung?

1. Die zweifelhafte Begründung und richtige Lösung des *AB*

Wie dargestellt haben sich weder das *Panel*, noch der *AB* mit dieser Frage näher befasst, sondern vielmehr ohne größeren Begründungsaufwand das Regel-Ausnahme-Verhältnis zwischen Art. I:1 GATT und der *Enabling Clause* festgestellt. Mit einem knappen Verweis auf den ebenfalls in einer Ausnahmenvorschrift geregelten Umweltschutz (Art. XX lit. g GATT) begründete der *AB* seine Ansicht, dass die rechtliche Einordnung einer Norm als Ausnahme deren politische Bedeutung nicht schmälere.⁷²²

Gegen diesen vom *AB* gewählten Vergleich bestehen indes Bedenken. Der *AB* schreibt:

720 Dies erkennt *Robert Howse* zwar an, aber nicht als rechtliche, sondern „nur“ als politische Aussage, vgl. *Trebilcock/Howse*, S. 479.

721 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 517; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 986; *Mathis*, LIEI 31 (2004) 4, 289, 299.

722 Vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 94 ff.

„[...] by authorizing in Article XX(g) measures for *environmental conservation, an important objective referred to in the Preamble to the WTO Agreement*, Members implicitly recognized that the implementation of such measures would not be discouraged simply because Article XX(g) constitutes a defence to otherwise WTO-inconsistent measures. Likewise, characterizing the *Enabling Clause* as an exception, in our view, does not undermine the importance of the *Enabling Clause* within the overall framework of the covered agreements and as a ‘positive effort’ to enhance economic development of developing-country Members.“⁷²³

Maßnahmen zum Schutz der Umwelt unterscheiden sich jedoch fundamental von Maßnahmen, die auf der Grundlage der *Enabling Clause* erlassen werden: Letztere sind tarifärer Natur, die den grenzüberschreitenden Warenverkehr betreffen. Sie werden unmittelbar vom Regelungsbereich des besonderen Wirtschaftsvölkerrechts, dessen Organisation der WTO obliegt, umfasst.⁷²⁴ Maßnahmen zum Schutz der Umwelt betreffen demgegenüber nicht den Bereich des besonderen Wirtschaftsvölkerrechts der WTO, sondern fallen in den grundsätzlich selbständigen Bereich des Umweltvölkerrechts.⁷²⁵ Die WTO beschäftigt sich nur mit Umweltschutzmaßnahmen, sofern sie Auswirkungen auf den grenzüberschreitenden Warenverkehr zwischen zwei WTO-Mitgliedern haben.⁷²⁶ Diese notwendige Voraussetzung ergibt sich unmittelbar aus Art. XX lit. g GATT, worin es heißt, dass Umweltschutzmaßnahmen nur dann gerechtfertigt seien,

„[...] if such measures are made effective *in conjunction* with restrictions on domestic production or consumption [...].“⁷²⁷

Vor diesem Hintergrund war der *AB* zu ungenau, wenn er feststellte, die Präambel des ÜWTO führe den Umweltschutz als eines der Ziele der WTO auf.⁷²⁸ Im ersten Absatz der Präambel heißt es:

„[...] expanding the production of and trade in goods [...], while allowing for *the optimal use of the world’s resources in accordance with the objective of sustainable development*, seeking both to protect and preserve the environment [...].“⁷²⁹

723 *EC – Preferences, AB*, para. 95. (Hervorhebung durch den Verf.).

724 Vgl. *Weiß/Herrmann*, Rn. 57; *Ipsen*, § 44, Rn. 33; *Lowenfeld*, S. 28 f. Vgl. auch *Benedek*, S. 3, der vom „Völkerrecht des internationalen Handels als den Kernbereich des Völkerrechts der internationalen Wirtschaftsordnung“ spricht. Dieses besondere Völkerrecht finde seinen rechtlichen Rahmen „in den Normen und den Institutionen des [GATT]“ (und seit 1995 der WTO).

725 Vgl. beispielsweise *Weiß/Herrmann*, Rn. 56.

726 *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 227; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 441.

727 Hervorhebungen durch den Verf.

728 Vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 95.

729 Hervorhebung durch den Verf.

Das Ziel des Umweltschutzes i.S. „nachhaltiger Entwicklung“ steht nicht etwa, wie die Formulierung des *AB* suggeriert, selbständig neben den anderen Zielen der WTO. Der Abs. 1 der Präambel des ÜWTO enthält vielmehr verschiedene Ziele, die in einem Hierarchie- und Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen. An übergeordneter Stelle steht das Ziel, die Produktion von und den Handel mit Waren weltweit auszuweiten. Die Produktion und der Handel von Waren sind ihrerseits abhängig von Rohstoffen, entweder als Energieträger oder als Material zur Weiterverarbeitung. Eine „Ausweitung“ der Produktion und des Handels erfordert daher die „optimale“ Nutzung der natürlichen Ressourcen der Erde, was wiederum nach Ansicht der WTO-Mitgliedsstaaten nur möglich ist, sofern dies „in Übereinstimmung mit dem Ziel nachhaltiger Entwicklung“ geschieht.⁷³⁰ Der Schutz der Umwelt soll also mit anderen Worten dafür sorgen, dass die natürlichen Ressourcen der Erde (möglichst langfristig) der Ausweitung des Welthandels und somit letztlich dem Wohlergehen der Menschheit dienen können. Man spricht in diesem Zusammenhang vom „anthropozentrischen Grundansatz“ des Konzepts der nachhaltigen Entwicklung.⁷³¹ Der Umweltschutz hat demnach für den Welthandel zwar eine wichtige, aber insgesamt nur eine unterstützende Funktion.

Daraus folgt beispielsweise, dass für die WTO nur solche umweltschützenden Maßnahmen von Interesse sind, welche (langfristig) dazu geeignet sind, die Ausweitung des Welthandels zu unterstützen. Ziel der WTO ist also nicht der Umweltschutz als solcher.⁷³²

Die u.a. in der *Enabling Clause* ihren Ausdruck gefundene Sonderbehandlung von Entwicklungsländern dient demgegenüber keinem übergeordneten Ziel. Die wirtschaftliche Förderung der Entwicklungsländer, beispielsweise durch tarifäre Handelsmaßnahmen im Rahmen eines APS, stellt ein selb-

730 Der Zusatz „in accordance with the objective of sustainable development“ war in der Präambel des GATT '47 noch nicht enthalten. Erst seit den 1960er Jahren wurde der Umweltschutz auf die Tagesordnungen der Weltgemeinschaft gesetzt und fand später dann auch Einzug in die GATT/WTO-Rechtsordnung, vgl. *Lowenfeld*, S. 298 ff.; *Trebilcock/Howse*, S. 507; *Bown/McCulloch*, in: *Macrory/Appleton/Plummer*, Vol. II, S. 142.

731 Vgl. *Hilf/Oeter*, § 30, Rn. 6. Dies ist in „Principle 1“ der „Rio-Declaration“ vom 12. August 1992 (UN-Doc. A/CONF.151/26 (Vol. I)) festgehalten: „Human beings are in the centre of concerns for sustainable development.“ Diese Deklaration wurde im Rahmen der „Konferenz der Vereinten Nationen über Umwelt und Entwicklung“ (UNCED), die 1992 in Rio de Janeiro stattfand und das Konzept der nachhaltigen Entwicklung maßgeblich geprägt hat, verabschiedet.

732 Ähnlich auch *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 441; *Hilf/Oeter*, § 30, Rn. 6 ff.

ständiges Ziel der WTO dar. Es hat seinen Ursprung im Streben nach weltweiter Wohlstandsmehrung⁷³³ und damit in einem der Hauptgründe für die Schaffung der GATT/WTO-Rechtsordnung. Als wichtigstes Instrument dient dabei die Liberalisierung des Handels durch den Abbau von Zöllen, wie sich nicht zuletzt aus der Präambel des ÜWTO ergibt.⁷³⁴ Da die Entwicklungsländer aber, wie mit der Zeit wissenschaftlich belegt und in der Folge allgemein akzeptiert wurde⁷³⁵, unter besonders schlechten Ausgangsvoraussetzungen zu leiden hatten, betont Abs. 2 der Präambel des ÜWTO, dass es „positiver Anstrengungen“ bedarf, um auch die Entwicklungsländer in den Genuss der Wohlstandsmehrungseffekte durch die GATT/WTO-Rechtsordnung kommen zu lassen.⁷³⁶ Auf den Punkt bringt es schließlich Art. XXXVI:1 lit. a GATT '47, in dem es heißt:

„[...] the basic objective of this Agreement include the raising of standard of living and the progressive development of the economies of *all* contracting parties, and considering that the attainment of these objectives is *particularly urgent for less-developed contracting parties* [...]“⁷³⁷

S&D-Vorschriften nach Art der *Enabling Clause* und die auf dieser Grundlage erlassenen Maßnahmen sind also Teil der auf die Perfektionierung der GATT/WTO-Rechtsordnung gerichteten normativen Weiterentwicklung. Damit trägt das S&D-Regime unmittelbar zur Existenzberechtigung der GATT/WTO-Rechtsordnung bei und hat nicht bloß eine unterstützende Funktion, wie dies beim Schutz der Umwelt der Fall ist.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass jedenfalls die Begründung des *AB* hinsichtlich der rechtlichen Einordnung der *Enabling Clause* einer näheren Analyse nicht stand hält. Als Vergleichsobjekt erweist sich der in der Präambel des ÜWTO erwähnte Umweltschutz als untauglich, da dieser im Gefüge der GATT/WTO-Rechtsordnung eine vom Sinn und Zweck der *Enabling Clause* deutlich zu unterscheidende Funktion hat.

Die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer nach Maßgabe der *Enabling Clause* verfolgt ebenso wie Art. I:1 GATT das Ziel der Wohlstandsmehrung durch Zollabbau, allerdings unter Durchbrechung der in Art. I:1 GATT vorgesehenen formalen Gleichbehandlung *aller* Mitgliedsstaaten. Ein *weiterge-*

733 Vgl. Absatz 1 der Präambel des ÜWTO, wie auch Absatz 2 der Präambel des GATT '47.

734 Vgl. Absatz 3 der Präambel zum ÜWTO. Vgl. auch *Van den Bossche*, S. 87; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 393.

735 Insbesondere durch die Prebisch/Singer-Thesen.

736 Ähnlich *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 396 f.

737 Hervorhebungen durch den Verf.

hender Zollabbau soll danach ausschließlich den Entwicklungsländern zu Gute kommen.

Bezogen auf diesen sehr grundsätzlichen *telos* kann man die *Enabling Clause* daher nicht als „Ausnahme“ zu Art. I:1 GATT begreifen, wohl aber bezogen auf die angestrebte rechtliche Wirkung.⁷³⁸ Insofern ist dem *AB* zuzugeben, dass er durch die Konstruktion einer „untypischen“ Ausnahmevorschrift eine „salomonische“ und vor allem praktikable Lösung gefunden hat. Danach hat der Beschwerdeführer die Verletzung des Art. I:1 GATT nachzuweisen und darüber hinaus die Verletzung der *Enabling Clause substantiiert* zu behaupten.⁷³⁹

2. Politische Auswirkungen

Die Lösung des *AB* ändert allerdings nichts an der Tatsache, dass in allen zukünftigen Streitschlichtungsverfahren der WTO, in denen ein APS auf dem Prüfstand steht, das entwickelte Land die Vereinbarkeit seiner Maßnahme mit der *Enabling Clause* zu beweisen hat. Die EG sieht auf Grund dessen die Gefahr, dass die Einordnung der *Enabling Clause* als bloße Ausnahme zu Art. I:1 GATT eine negative symbolische Wirkung haben könnte. Die entwickelten Länder erführen nun die Last, sich für freiwillige und die Entwicklungsländer begünstigende Maßnahmen rechtfertigen zu müssen. Das Resultat werde weniger statt mehr *S&D* sein.⁷⁴⁰

Möglicherweise stört die entwickelten Länder am Regel-Ausnahme-Verhältnis bereits der Umstand, dass eine auf Grundlage der *Enabling Clause* erlassene Maßnahme einen *Verstoß* gegen Art. I:1 GATT bedeuten soll. Dies erinnert an die Diskussion aus dem deutschen Strafrecht in Bezug auf die (vermeintliche) Körperverletzung durch Ärzte. Dort ist streitig, ob Ärzte bei medizinischen Eingriffen in den Körper des Patienten (z.B. bei einer Operation) tatbestandlich eine Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB und somit

738 So auch *Bhala/Gantz*, AJICL 22 (2005) 2, 142, 176: „If [the word notwithstanding] does not convey an exception, then what word (other than ‚exception‘ itself) does? With respect to the object and purpose of the GATT-WTO rules, however, might the EU have the better argument, especially if helping poor countries is a central object and purpose?“ Den Ausnahmecharakter ebenfalls anerkennend: *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 399; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 250 (*Lorand Bartels*).

739 *EC – Preferences, AB*, para. 110 ff.

740 *EC – Preferences*, Panel, para. 4.145. Diese Auffassung bringen auch die USA im Rahmen des *AB*-Verfahrens in ihrer „Third Participant Submission“ zum Ausdruck (dort unter II.B.9.): „Placing the burden on developed countries to defend actions they take to benefit developing countries under the Enabling Clause would create a *disincentive* for developed countries to consider taking the voluntary action permitted under the Enabling Clause.“

Unrecht verwirklichen, welches gerechtfertigt werden muss (in der Regel durch eine Einwilligung des Patienten). In der Tat widerspricht dies auf den ersten Blick dem Gerechtigkeitsgefühl, begeht doch ein Arzt bei einer Operation kein Unrecht! Vielmehr ist doch die ärztliche Handlung „ihrem sozialen Sinngehalt nach das Gegenteil einer Körperverletzung“. ⁷⁴¹ Es besteht durchaus eine Parallele zur Situation der entwickelten Länder, da der Erlass von Maßnahmen zu Gunsten von Entwicklungsländern nach ihrem „sozialen Sinngehalt“ doch eher das Gegenteil eines *Verstoßes* gegen das Welthandelsrecht bedeuten sollte.

Hinzu kommt, dass hinter Regelungen wie der *Enabling Clause* die Idee „altruistischer“ Maßnahmen steckt. Auf völkerrechtlicher Ebene ist derart selbstloses Verhalten von Nationalstaaten unüblich, so dass es daher stärker als sonst auf die (politischen oder diplomatischen) „Befindlichkeiten“ der Staaten ankommen dürfte. Insofern ist die Gefahr tatsächlich nicht von der Hand zu weisen, dass sich die entwickelten Länder gegen die Aufnahme weiterer *S&D*-Projekte entscheiden, sofern unerfreuliche WTO-Streitschlichtungsverfahren mit dem Vorwurf eines WTO-Rechtsverstoßes drohen, wo eigentlich Lob und ein gutes Gewissen ob der guten Taten folgen sollte.

Andererseits folgt die Einteilung von Rechtsvorschriften in Regeln und Ausnahmen einer inneren Logik der jeweiligen Rechtsordnung. Nichts anderes gilt für die GATT/WTO-Rechtsordnung und somit für den Fall des Art. I:1 GATT und der *Enabling Clause*. ⁷⁴² Die streng-formale Gleichbehandlung der Mitgliedsstaaten in Art. I:1 GATT ist Ausdruck der in den 1940er Jahren herrschenden Freihandelslehre. Erst in den 1950er und 1960er Jahren begann sich die herrschende Meinung auf Druck der Entwicklungsländer zu ändern, da diese in der Weltwirtschaft immer mehr an Bedeutung gewannen.

Die streng-formale Gleichbehandlung aller Mitgliedsstaaten hatte in den Entwicklungsländern nicht den gewünschten Effekt, so dass die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer eingeführt wurde. ⁷⁴³ Will man nun neben der Sonderbehandlung insbesondere in Form der *Enabling Clause* das MFN-Prinzip des Art. I:1 GATT als Grundregel erhalten, so führt kein Weg an

741 Vgl. zum Streitstand nur *Tröndle/Fischer*, § 223, Rn. 9 ff.: Nach ständiger Rechtsprechung des BGH erfüllt jede in die körperliche Unversehrtheit eingreifende ärztliche Behandlungsmaßnahme den objektive Tatbestand der Körperverletzung. Die überwiegende Meinung im Schrifttum hingegen vertritt den Standpunkt, dass der ärztliche *Heileingriff* dem Tatbestand der Körperverletzung nicht unterfalle.

742 Vgl. *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 22.

743 *Endre Ustor*, in: EPIL (IV), *Most-Favoured-Nation Clause*, S. 470 f.

einer Regel-Ausnahme-Lösung vorbei, denn die Rechtsfolgen beider Normen stehen sich diametral gegenüber.

Dieser Konflikt zwischen kontraproduktiver politischer Symbolwirkung einerseits und rechtlicher Logik andererseits ist auf der Grundlage des *geltenden* Rechts nicht aufzulösen. Gefragt sind vielmehr die WTO-Mitglieder, die sich in § 44 der DDA⁷⁴⁴ vorgenommen haben, die Normen des *S&D*-Regimes effektiver zu gestalten.⁷⁴⁵ Es ist freilich der Verfahrensstrategie geschuldet, dass ausgerechnet die EG als Vertreterin der entwickelten Länder in der WTO die Auffassung vertrat, dass es sich wegen der besonderen politischen Bedeutung der *Enabling Clause* bei dieser Vorschrift nicht um eine Ausnahme zum GATT handeln könne, denn

„an exception does not bespeak implementation of a principle objective [...]“⁷⁴⁶

Die *Enabling Clause* „toleriere“ *S&D*-Maßnahmen nicht, sondern „ermutige“ die entwickelten Länder vielmehr dazu, diese zu erlassen.⁷⁴⁷ Zu Ende gedacht führt die Argumentation der EG letztlich dahin, die *Enabling Clause*,

„as the most concrete, comprehensive and important application of the principle of Special and Differential Treatment, serves to achieve one of the fundamental objectives of the WTO Agreement“⁷⁴⁸,

zu einer neben Art. I:1 GATT stehenden Verpflichtung aufzuwerten.⁷⁴⁹ Es darf allerdings bezweifelt werden, dass die EG und die anderen Industrieländer diesen Schritt zu tun bereit sind.

III. Ist Art. I:1 GATT auf ein APS ganz oder teilweise anwendbar?

Nach dem zuvor Gesagten muss die Auffassung der EG, die *Enabling Clause* schließe auf Grund ihres besonderen politischen Stellenwertes die Anwendung des Art. I:1 GATT auf ein APS schon tatbestandlich aus, abgelehnt werden. *De lege lata* besteht zwischen Art. I:1 GATT und der *Enabling Clause* ein Regel-Ausnahme-Verhältnis. Dass ein APS *per definitionem* gegen Art. I:1 GATT verstößt⁷⁵⁰, ist dem Sinn und Zweck dieser speziellen *S&D*-Maßnahme geschuldet, ändert aber nichts an der rechtstechnischen Feststellung, dass es sich bei der ein APS-Programm legitimierenden *Ena-*

744 WT/MIN(01)/DEC/W/1.

745 Ähnlich *Bhala/Gantz*, AJICL 22 (2005) 2, 142, 178.

746 So die treffende Zusammenfassung der europäischen Argumentation durch *Bhala/Gantz*, AJICL 22 (2005) 2, 142, 178.

747 *EC – Preferences, AB*, para. 93.

748 *EC – Preferences, AB*, para. 93.

749 So auch *Bhala/Gantz*, AJICL 22 (2005) 2, 142, 177.

750 *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 259 (*Robert Howse* und *Joost Pauwelyn*).

bling Clause um eine Ausnahme zu Art. I:1 GATT handelt. Folglich muss bei der Prüfung einer unter den Anwendungsbereich des WTO-Rechts fallenden Maßnahme, von der behauptet wird, es handele sich um ein APS, zunächst das Vorliegen eines Verstoßes gegen Art. I:1 GATT, und anschließend eine eventuelle Rechtfertigung durch die Ausnahmegvorschrift der *Enabling Clause* festgestellt werden.

1. Die indische Konstruktion

Somit bleiben die von Indien aufgeworfenen Fragen, ob sich die Ausnahmewirkung der *Enabling Clause* gegebenenfalls nur auf Regelungsteile des Art. I:1 GATT erstreckt, und ob folglich den Entwicklungsländern im Rahmen eines APS das sich aus dem nicht verdrängten Teil des Art. I:1 GATT ergebende „MFN-Recht“ zusteht.

Legte man diese von Indien erdachte Konstruktion zu Grunde, so müsste ein APS neben den in der *Enabling Clause* enthaltenen Voraussetzungen auch den nicht verdrängten Anforderungen des Art. I:1 GATT genügen. Zu diesen gehörte insbesondere die Verpflichtung, eine Zollpräferenz „bedingungslos“ zu gewähren. Mit diesem Argument wollte Indien nicht nur die *drug arrangements* als verbotene, weil „bedingte“ Präferenzgewährung brandmarken, sondern ursprünglich auch die beiden anderen *special incentive arrangements* des europäischen APS, welche zum einen den Schutz von Arbeitnehmerrechten und zum anderen den Umweltschutz zum Gegenstand haben.⁷⁵¹

Wären das *Panel* und der *AB* der indischen Auffassung hier gefolgt, hätte dies, vorbehaltlich einer näheren Auslegung des Merkmals „*unconditionally*“ in Art. I:1 GATT⁷⁵², weitreichende Auswirkungen über das konkrete APS der EG hinaus gehabt und hätte u.a. die von den entwickelten Ländern praktizierte Konditionalität im Rahmen eines APS *an sich*, d.h. unabhängig von einer ggf. mit der *Enabling Clause* zu vereinbarenden Ausgestaltung, in Frage gestellt.

751 Vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 1.5; *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 14; *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 13; *Shaffer/Apea*, *JWT* 39 (2005) 6, 977, 983.

752 Vgl. diesbezüglich *Howse*, *Bridges* 2004 (Nr. 1), 7, sowie *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 36, die für eine speziell welthandelsrechtliche Auslegung des Merkmals „*unconditionally*“ eintreten.

2. Unbeschränkte Ausnahmewirkung der *Enabling Clause*

Panel und *AB* schlossen sich der indischen Konstruktion nicht an, jedoch ohne sich inhaltlich mit der Frage auseinander zu setzen.⁷⁵³ Beide Streit-schlichtungsorgane gingen schlicht von einem Entweder-Oder beider Normen aus. Die Frage nach der Rechtmäßigkeit der Konditionalität im Rahmen eines APS richtet sich somit jedenfalls für die Praxis der WTO ausschließlich nach den Voraussetzungen der *Enabling Clause*. Ob dies materiell-rechtlich richtig ist, soll im Folgenden behandelt werden.

Ausgehend vom Wortlaut finden sich zwei Argumente gegen die indische Konstruktion einer nur begrenzten Ausnahmewirkung der *Enabling Clause*. In § 1 *Enabling Clause* heißt es:

„Notwithstanding the provisions of Article I [GATT] [...]“

Das Wort „provision“ steht hier im Plural. Ferner fehlt an dieser Stelle eine Formulierung wie „to the extent necessary“.⁷⁵⁴ Beides spricht dafür, dass sich die Ausnahmewirkung der *Enabling Clause* auf sämtliche Regelungen des Art. I:1 GATT beziehen soll. Unterstützung erhält diese Lesart vom *telos* der Norm. Die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer, wie sie vor allem in der *Enabling Clause* ihren Ausdruck gefunden hat, soll ein Gegenkonzept zum streng-formalen MFN-Ansatz des Art. I:1 GATT darstellen. Es ist daher nicht anzunehmen, dass für die Prüfung der Rechtmäßigkeit von APS-Programmen ausgerechnet auf diejenige GATT-Norm zurückgegriffen werden soll, von der mit der *Enabling Clause* konzeptionell abgewichen wurde.

Indien stützte seine Konstruktion ferner auf eine Rechtsprechung des *AB* zu Art. XXIV:5 GATT. In dieser Vorschrift heißt es:

„[T]he provisions of this Agreement shall not prevent [...] the formation of a customs union [...]“

Im Unterschied zu § 1 *Enabling Clause* bezieht sich hier die Ausnahmeregelung auf *sämtliche* Vorschriften des GATT. Dies ist der Tatsache geschuldet, dass die Bildung einer Zollunion ein komplexes Unternehmen darstellt, bei

753 Der *AB* beschränkte sich auf folgende Aussage: „[...] it is clear that only one provision applies at a time.“ (*EC – Preferences, AB*, para. 102).

754 Missverständlich insoweit *Hausmann*, S. 193 (Fn. 1159), der eine derartige Formulierung in die *Enabling Clause* ohne nähere Begründung und nur mit einem inhaltlich unzutreffenden Verweis auf den Bericht des *Panels* offenbar hineinliest. Das *Panel* fasst in der von *Hausmann* zitierten Stelle (*EC – Preferences, Panel*, para. 7.43) lediglich die in dieser Frage widerstreitenden Auffassungen der EG und Indiens zusammen. Das Ergebnis des *Panels* folgt erst in para. 7.53, und dieses stützt nicht die von *Hausmann* getätigte Aussage.

dem von verschiedenen Staaten verschiedene Maßnahmen erlassen werden. Bei Schaffung des Art. XXIV:5 GATT war abstrakt nicht festzulegen, mit welchen konkreten GATT-Vorschriften die Bildung einer Zollunion kollidieren würde, so dass die soeben zitierte und sämtliche GATT-Vorschriften umfassende Formulierung gewählt wurde. Es lag für den *AB* daher zu Recht nahe, die Ausnahmewirkung bei Art. XXIV:5 GATT „to the extend necessary“ zu begrenzen. Die Anwendbarkeit sämtlicher GATT-Vorschriften im Falle einer Zollunion außer Kraft zu setzen, ist für die Zweckerfüllung des Art. XXIV:5 GATT nicht erforderlich und aus dem Wortlaut nicht abzuleiten.

Im Gegensatz dazu stellt eine Maßnahme, die auf der Grundlage der *Enabling Clause* erlassen wurde (insbesondere das APS), *typischerweise* und *ausschließlich* einen Verstoß gegen die streng-formale Gleichbehandlung in Form des MFN-Prinzips dar, welche in Art. I:1 GATT geregelt wurde. Eine Begrenzung der Ausnahmewirkung „to the extend necessary“ ist nicht erforderlich, da abstrakt festgelegt werden konnte (und schließlich auch festgelegt wurde), mit welcher GATT-Vorschrift ein Konflikt auftreten würde.

Auf Grund des unterschiedlichen Wortlautes und des unterschiedlichen *telos* kann die Rechtsprechung des *AB* zu Art. XXIV:5 GATT nicht auf die *Enabling Clause* übertragen werden. Die indische Konstruktion einer nur begrenzten Ausnahmewirkung der *Enabling Clause* ist mithin abzulehnen. Im Ergebnis ist daher sowohl dem *Panel* als auch dem *AB* zuzustimmen, dass nach der Feststellung eines Verstoßes gegen Art. I:1 GATT ausschließlich die *Enabling Clause* als Rechtfertigungsnorm zu prüfen ist. Ferner ist die Frage der Rechtmäßigkeit von „positiver“ oder „negativer“ Konditionalität nur an den Voraussetzungen der *Enabling Clause* zu messen.

IV. Zusammenfassung der Ergebnisse zu A.

Die *Enabling Clause* enthält in ihrem § 1 eine verbindliche Rechtsfolge, welche ein Abweichen von Art. I:1 GATT legalisiert. Der dazugehörige und somit ebenfalls rechtlich verbindliche Tatbestand ist in § 2 (lit. a-d) *Enabling Clause* geregelt, wobei die APS-Programme von lit. a erfasst werden.

Der Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* enthält als Merkmal das *Institut* „APS“, welches in früheren Abkommen, insbesondere in der APS-Entscheidung von 1971 sowie in den „Agreed Conclusions“ der UNCTAD II, näher beschrieben wird. Dadurch verweist § 2 lit. a *Enabling Clause* auf diese Abkommen, wodurch sie in den Tatbestand integriert werden und bei der Subsumtion einer Maßnahme unter den Tatbestand des § 2 lit. a ebenfalls als rechtlich verbindlich anzusehen sind. Ein Heranziehen dieser Abkommen findet somit im Rahmen der Wortlautauslegung statt, indem der

Bedeutungsgehalt des Merkmals „APS“ erforscht wird; sie sind daher weder als „Zusammenhang“ i.S.d. Art. 31 Abs. 1 WVK, noch als *travaux préparatoires* i.S.d. Art. 32 WVK zu qualifizieren.

Auf Grund ihrer rechtlichen Wirkung ist die *Enabling Clause* als Ausnahmegesetz zu Art. I:1 GATT zu charakterisieren. Als Besonderheit ist indes festzustellen, dass die *Enabling Clause* in ihrer Eigenschaft als S&D-Norm entwickelte Länder zu freiwilligen Maßnahmen auffordern möchte, welche den Entwicklungsländern zu Gute kommen sollen. Dem Einwand, dass die Charakterisierung der *Enabling Clause* als Ausnahme einen für die entwickelten Länder abschreckenden Rechtfertigungsdruck (zumindest im Streitschlichtungsverfahren) erzeuge und dadurch negative Folgen für die Motivation zum Erlass der gewünschten selbstlosen Maßnahmen habe, trägt der Bericht des AB insofern in hinreichender Weise Rechnung, als dem beschwerdeführenden WTO-Mitglied die Last auferlegt wird, nicht nur einen Verstoß gegen Art. I:1 GATT beweisen, sondern darüber hinaus einen Verstoß gegen die *Enabling Clause* substantiiert behaupten zu müssen.

Schließlich ist festzustellen, dass die *Enabling Clause*, so ihre Tatbestandsvoraussetzungen denn vorliegen, die Anwendbarkeit des Art. I:1 GATT auf ein APS vollständig außer Kraft setzt. Die indische Konstruktion, wonach ein APS sowohl den Voraussetzungen der *Enabling Clause*, als auch daneben einzelnen Voraussetzungen des Art. I:1 GATT zu genügen habe, ist abzulehnen.

B. Die einzelnen Merkmale der *Enabling Clause*

Nicht alle Vorschriften der *Enabling Clause* stellen materiell-rechtliche Anforderungen an die Gestaltung der APS-Programme. Im Zentrum der Darstellung stehen, geordnet nach der jeweiligen Bedeutung im Streitschlichtungsverfahren *EC – Preferences*, die Vorschriften der §§ 2 und 3 *Enabling Clause*. Unberücksichtigt bleiben insbesondere § 4 als rein verfahrensrechtliche Vorschrift sowie die §§ 6 und 8 als Sondervorschriften für die Belange der LDC's.

I. Die weniger streitigen Voraussetzungen für ein APS

Im erstinstanzlichen wie auch im Berufungsverfahren spielten die Merkmale „*generalized*“ und „*non-reciprocal*“ nur eine Nebenrolle. Sie dienten vornehmlich als Auslegungsmittel im Rahmen der systematischen Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“. Wie indes soeben festgesetzt wurde, stellen alle drei Merkmale als zentrale Charakteristika des Instituts „APS“ gleichwertige und rechtlich verbindliche Tatbestandsmerkmale des § 2 lit. a *Enabling Clause* dar. Ein APS hat den Merkmalen „*generalized*“ und „*non-*

reciprocal“ somit in gleicher Weise wie dem Merkmal „*non-discriminatory*“ zu entsprechen. Im Folgenden soll daher untersucht werden, welche konkreten Verpflichtungen sich aus den Merkmalen „*generalized*“ und „*non-reciprocal*“ für ein APS ergeben.

1. Das Merkmal „*generalized*“

a) Die Auslegung durch *Panel, AB* und Schrifttum

Der *AB* zog zur Auslegung des Merkmals „*generalized*“ zunächst das *Shorter Oxford English Dictionary* heran, um gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK die „gewöhnliche Bedeutung“ des Wortes zu ermitteln. Danach bedeute dieser Begriff: „[to] apply more generally; [to] become extended in application.“⁷⁵⁵ In Übereinstimmung mit dem *Panel* verstand der *AB* das Merkmal „*generalized*“ vor diesem sowie vor dem Hintergrund der politischen Situation, wie sie sich in der Zeit vor UNCTAD II und der APS-Entscheidung von 1971 darstellte, so, dass durch die Einrichtung der APS die bis dahin bestehenden speziellen Zollpräferenzen zwischen entwickelten Ländern und nur einigen Entwicklungsländern, welche zumeist auf die Kolonialzeit zurückgingen, abgelöst werden sollten.⁷⁵⁶ Auf Grundlage dieses Verständnisses wurde das Merkmal „*generalized*“ im Schrifttum als „primitive Nichtdiskriminierungsnorm“ bezeichnet und eine eigenständige rechtliche Bedeutung neben dem Merkmal „*non-discriminatory*“ demzufolge verneint.⁷⁵⁷ Wie später noch zu zeigen ist, beruht diese Auffassung auf einer ungenauen Auslegung.

Als weiteres und für die Zukunft gedachtes Element enthielt nach Ansicht des *AB* das Merkmal „*generalized*“ eine (dauerhafte) Aufforderung an die APS-gewährenden Länder, ihr APS „generell anwendbar“ zu erhalten.⁷⁵⁸ Diese Äußerung des *AB* zielte u.a. ab auf die in den „Agreed Conclusions“ vorgesehene Praxis der Selbstkategorisierung der Länder.⁷⁵⁹ Diese Praxis kann eine objektive Einteilung der Länder in entwickelte und in Entwicklungsländer nicht gewährleisten. Dies hat zur Folge, dass die entwickelten Länder, sofern sie Zweifel an der vorgenommenen Selbstkategorisierung haben, davon absehen könnten, einzelne Länder trotz deren Selbstkategorisierung als „Entwicklungsland“ in ihr APS aufzunehmen. Indem die APS-

755 Der *AB* verweist auf S. 1082 des von *W.R. Trumble* und *A. Stevenson* editierten Werkes (5. Auflage 2002, Oxford University Press), vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 155.

756 *EC – Preferences, AB*, para. 155. Vgl. auch *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 523.

757 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 523. Dem schließen sich an: *Jessen*, in: *Tietje/Kraft/Sethe*, Heft 27, S. 22 sowie *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 400.

758 *EC – Preferences, AB*, para. 156.

759 Vgl. Art. IV, § 1 der „Agreed Conclusions“ (siehe im Annex E).

Programme also „generell“ allen Entwicklungsländern offen stehen sollen, werden die entwickelten Länder aufgefordert, die Praxis der Selbstkategorisierung so weit wie möglich anzuerkennen.⁷⁶⁰

b) Die besondere Rolle des Merkmals „generalized“

Dem Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* wird über den Verweis auf die APS-Entscheidung von 1971 in Fußnote 3 das Merkmal „generalized“ hinzugefügt. Betrachtet man in der APS-Entscheidung von 1971 den syntaktischen Zusammenhang des Merkmals „generalized“ näher, so fällt Folgendes auf: In der Überschrift bezieht sich das Merkmal „generalized“ auf das *System*, wohingegen es sich im Text auf die *Zollpräferenzen* bezieht.⁷⁶¹

Diese vermeintliche Ungereimtheit erklärt sich aus der Entstehungsgeschichte des „APS der UNCTAD“. Einer der ersten Vorschläge, eingebracht von den USA, sah vor, ein einziges und für alle Industrieländer einheitlich geltendes Präferenzsystem zu schaffen.⁷⁶² In diesem „verallgemeinerten“ Präferenzsystem sollten sämtliche Detailfragen hinsichtlich des Produktumfanges sowie des Kreises der begünstigten Entwicklungsländer geregelt werden.⁷⁶³ Diese Idee konnte sich gegen den Willen der anderen Industrieländer nicht durchsetzen, da diese befürchteten, jeglichen unilateralen Gestaltungsspielraum zu verlieren.

Geblichen von der Idee ist nur der Name, weswegen das in § 2 lit. a *Enabling Clause* enthaltene Institut, auf dessen Grundlage die individuellen Präferenzsysteme der einzelnen entwickelten Länder eingerichtet wurden und bis heute werden, weiterhin „Allgemeines Präferenzsystem“ genannt wird.⁷⁶⁴

760 *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 540; *Meltzer*, JWTL 20 (1986) 5, 507, 509. So auch die EG im Berufungsverfahren, vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 22 f.

761 Vgl. die Überschrift („Generalized System of Preferences“) sowie die Absätze zwei und drei („[...] system of generalized [...] preferences“; „[...] generalized [...] preferential tariff treatment“) der APS-Entscheidung von 1971 (siehe im Annex C). Dasselbe ist schon in der UNCTAD II-Res. 21(II) (siehe im Annex D) zu finden, vgl. dort Abs. 1 der Präambel sowie Art. 1.

762 Vgl. *Jackson/Davey/Sykes*, S. 1188; *Endre Ustor*, in: EPIL (IV), *Most-Favoured-Nation Clause*, S. 471; *Krishnamurti*, JWTL 5 (1971) 1, 45, 46; *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 523; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 980.

763 Das „Generalized System of Preferences“ (GSP) wird üblicherweise in der deutschen Übersetzung als „Allgemeines Präferenzsystem“ (APS) bezeichnet. Diese Übersetzung ist grammatikalisch freilich nicht ganz korrekt. Richtigerweise müsste es heißen: „Verallgemeinertes Präferenzsystem“. Dadurch wird auch der hier dargestellte historische Kontext sprachlich deutlicher.

764 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 523.

Im Rahmen des § 2 lit. a *Enabling Clause* ist das Merkmal „*generalized*“ folglich nicht i.S.d. Überschrift, sondern i.S.d. Textes der APS-Entscheidung von 1971 zu verstehen: Die *Zollpräferenzen* sollen verallgemeinert werden, nicht das *System* selbst.

Eine Zollpräferenz setzt sich aus drei Elementen zusammen: (1) ein gewährendes Land (als Importeur), (2) ein begünstigtes Land (als Exporteur) sowie (3) ein zwischen diesen beiden Ländern gehandeltes Produkt, auf welches ein im Vergleich zu gleichartigen Produkten aus Drittländern vergünstigter Zolltarif angewendet wird; erst dieses dritte Element macht einen einfachen Zolltarif zu einer *Zollpräferenz*. Die Aufforderung, eine Zollpräferenz zu verallgemeinern, richtet sich an das die Zollpräferenz gewährende Land. Die Verallgemeinerung selbst kann sich deshalb nur noch auf die Elemente (2) und (3) beziehen. Das Merkmal „*generalized*“ verpflichtet folglich dazu, durch ein APS einerseits den Kreis der begünstigten Länder sowie andererseits den Umfang der mit einem vergünstigten Zolltarif belegten Produkte zu verallgemeinern.⁷⁶⁵

In Bezug auf die Verallgemeinerung des Kreises der begünstigten Länder findet sich ein Beleg für diese Auslegung in Art. II, § 1 der „*Agreed Conclusions*“. Darin heißt es:

„[...] there is agreement with the objective that in principle all developing countries should participate as beneficiaries from the outset [...].“

Zur Verallgemeinerung des von einem APS abgedeckten Produktumfanges äußern sich die „*Agreed Conclusions*“ hingegen nicht ausdrücklich. Es lassen sich indes aus den in Art. I, § 2 aufgelisteten Zielen, welche mit der Einrichtung der APS erreicht werden sollen, namentlich:

„(a) to increase [the] export earnings [of the developing countries]; (b) to promote their industrialization [...]“,

gewisse Rückschlüsse auf den gewünschten Produktumfang ziehen: Um erstens die Einnahmen aus dem Export zu *steigern*, müssen die APS jedenfalls *mehr* Produkte umfassen als die bisherigen Präferenzsysteme der Industrieländer. Um eine Industrialisierung in den Entwicklungsländern zu fördern, müssen die APS zweitens *Industrie*produkte umfassen.

Die vorstehenden Ausführungen zeigen, dass die Auslegung des Merkmals „*generalized*“ durch *Panel* und *AB* sowie durch Teile des Schrifttums, wo-

765 So auch *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 21: „The word ‘generalized’ in footnote 3 refers not only to the universe of beneficiary nations, but also to the scope of product coverage.“

nach dieses neben dem Merkmal „*non-discriminatory*“ keine eigenständige rechtliche Bedeutung habe, zu ungenau ist. Das Erfordernis, ein Präferenzsystem zu verallgemeinern, bezieht sich auf dessen *Entstehungsprozess*, während das Diskriminierungsverbot für die Gewährung der im Rahmen eines APS *bereits festgelegten* Präferenzen gilt. Dies ergibt sich nicht zuletzt aus einer grammatikalischen Analyse: Verwendet wird als Adjektiv das Verb „*generalized*“ mit dem Partizip Perfekt als Zeitform, womit ein in der Vergangenheit abgeschlossener Vorgang beschrieben wird. Das Wort „*non-discriminatory*“ (wie auch das Wort „*non-reciprocal*“) ist hingegen ein Adjektiv, welches das dazugehörige Substantiv („Zollpräferenz“) *gegenwärtig* und *dauerhaft* charakterisiert. Daraus ergibt sich, dass die rechtliche Geltung des Merkmals „*generalized*“ mit in Kraft treten eines APS endet, während die rechtliche Geltung der Merkmale „*non-reciprocal*“ und „*non-discriminatory*“ in diesem Zeitpunkt erst beginnt.

Ein weiterer Unterschied zwischen dem Merkmal „*generalized*“ einerseits und den Merkmalen „*non-reciprocal*“ und „*non-discriminatory*“ andererseits liegt darin, dass ersteres prinzipiell nicht justiziabel ist und schon deswegen eine besondere Rolle einnimmt. Die Verwendung des in Bezug auf den Kreis der begünstigten Entwicklungsländer sowie den Produktumfang unbestimmten und m.E. unbestimmbaren Begriffes „*generalized*“ lässt die Frage offen, wie genau die Präferenzen nach dem Prozess der Verallgemeinerung auszusehen haben. Dies ist damit zu erklären, dass diese Frage den entwickelten Ländern vorbehalten bleiben sollte.⁷⁶⁶

c) Ergebnis der Auslegung des Merkmals „*generalized*“

Die Auslegung des Merkmals „*generalized*“ belegt dessen besondere Rolle im Dreiklang „*generalized, non-reciprocal* und *non-discriminatory*“. Aus der grammatikalischen Analyse ergibt sich, dass sich dieses Merkmal nur auf den Entstehungsprozess eines APS bezieht. Es wurde ferner ein in rechtlicher Hinsicht unbestimmbarer Begriff verwendet, der den programmatischen und richtlinienartigen Charakter unterstreicht. Das Merkmal „*generalized*“ ist aus diesem, und nicht aus dem im Schrifttum vorgebrachten Grund, bei der *rechtlichen* Prüfung eines bestehenden APS-Programms als irrelevant zu bezeichnen.

766 Vgl. dort die Art. II und III sowie *Davey/Pauwelyn*, in: Cottier/Mavroidis, S. 25: „An examination of the relevant UNCTAD documents shows that developed countries wanted to grant their preferences following the principle of self-election [...]“; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 494.

Das Merkmal „*generalized*“ weist also einen rein programmatischen und richtlinienartigen Charakter auf. Als politische Aufforderung an die entwickelten Länder ist das Merkmal „*generalized*“ immer dann relevant, wenn ein APS neu geschaffen oder modifiziert wird: Gefordert wird eine Verallgemeinerung der Zollpräferenzen in Bezug auf den Kreis der begünstigten Länder sowie den Produktumfang. Sobald das APS dann in Kraft getreten ist, spielt das Merkmal „*generalized*“ jedenfalls unmittelbar⁷⁶⁷ keine Rolle mehr. Wie die Zollpräferenzen im Rahmen eines APS dann auszugestalten sind, richtet sich nach den übrigen einschlägigen Voraussetzungen der *Enabling Clause*, insbesondere nach den Merkmalen „*non-reciprocal*“ und „*non-discriminatory*“.

2. Das Merkmal „*non-reciprocal*“

Unter Einbeziehung der Fußnote 3 verlangt der Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause*, dass im Rahmen eines APS nicht-reziproke, also nicht-gegenseitige bzw. nicht-wechselseitige Zollpräferenzen gewährt werden. Legte man gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK ausschließlich die „gewöhnliche Bedeutung“ des Wortes „nicht-reziprok“ zu Grunde, so bedeutete dies, dass für die Gewährung der Zollpräferenz keinerlei Gegenleistung verlangt werden dürfte.⁷⁶⁸ Die reine, auf den Begriff „nicht-reziprok“ beschränkte Wortlautauslegung hätte daher die Unzulässigkeit jeglicher Konditionalität im Rahmen eines APS zur Folge.⁷⁶⁹

Konditionalität im Rahmen eines APS bedeutet, dass von den Entwicklungsländern ein bestimmtes Verhalten verlangt wird, damit eine Zollpräferenz gewährt wird. Das abverlangte Verhalten stellt also eine „Gegenleistung“ im obigen Sinne dar.

Dies träfe gleichermaßen für die „positive“, wie für die „negative“ Form von Konditionalität zu. Als „positive“ Konditionalität wird üblicherweise bezeichnet, wenn einem Entwicklungsland, das bereits in ein APS aufgenommen worden ist, weitergehende Zollpräferenzen gewährt werden. Von „negativer“ Konditionalität wird gesprochen, wenn der grundsätzliche Be-

767 Dadurch wird freilich nicht ausgeschlossen, dass der programmatische Aussagegehalt des Merkmals „*generalized*“ bei der Auslegung anderer Merkmale der *Enabling Clause* herangezogen werden kann.

768 Vgl. *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 526, der auf „*The Concise Oxford Dictionary*“ (herausgegeben von *Judy Pearsall*, erschienen 2001 in Oxford, Oxford University Press) verweist. Darin wird „Reciprocity“ so definiert: „[T]he practice of exchanging things with others for mutual benefit“.

769 So auch *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 526.

günstigstenstatus eines Entwicklungslandes entweder von Beginn an oder nachträglich von bestimmten Voraussetzungen abhängig gemacht wird.⁷⁷⁰

Die „positive“ Konditionalität wird dabei als politischer Anreiz genutzt, um die Entwicklungsländer zu einem bestimmten Verhalten zu bewegen, welches aus Sicht des begünstigenden Landes als besonders entwicklungsfördernd angesehen wird.⁷⁷¹ Sofern ein Entwicklungsland beispielsweise bestimmte innerstaatliche Reformen auf den Weg bringt, kann es in den Genuss weitergehender Zollpräferenzen kommen. Tut es dies nicht, so verliert das Entwicklungsland seinen grundsätzlichen Begünstigtenstatus zwar nicht. Es bleiben ihm allerdings „nur“ die allgemeinen Präferenzen.

Die Praxis der „negativen“ Konditionalität dient demgegenüber als eine Art „Sanktion“ für politisch nicht gewolltes Verhalten, da den betroffenen Entwicklungsländern bei Eintritt der vom entwickelten Land festgelegten Bedingung jegliche Begünstigung gestrichen, bzw. gar nicht erst gewährt wird.⁷⁷² Das APS der USA beispielsweise verweigert bzw. streicht kommunistisch geführten Entwicklungsländern die im APS allgemein gewährten Zollpräferenzen ebenso wie Ländern, die vermeintlich Terroristen unterstützen.⁷⁷³ Die EG hat die „negative“ Form der Konditionalität beispielsweise im Jahr 1997 gegen Myanmar und zuletzt im Jahr 2006 gegen Weißrussland zur Anwendung kommen lassen und diesen Ländern die APS-Präferenzen verwehrt. Myanmar wurde seinerzeit verdächtigt, Zwangsarbeit zu praktizieren, während Weißrussland angelastet wurde, gegen kollektive Arbeitnehmerrechte verstoßen zu haben.⁷⁷⁴

„Positive“ und „negative“ Konditionalität unterscheiden sich somit in Bezug auf ihre Zielrichtungen. Beiden ist jedoch, abstrakt gesehen, gemeinsam, dass einem Entwicklungsland eine Zollpräferenz (zusätzlich, bzw. überhaupt) nur gegen eine Gegenleistung in Form eines bestimmten Verhaltens gewährt wird.

770 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 508; *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 42; *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 524; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 245 (*Lorand Bartels*); *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 114.

771 *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 114 benutzt für diese Anreizsystematik das Wort „Karotte“ als Metapher.

772 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 508; *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 42; *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 114.

773 *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 386; *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 525; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 245 (*Lorand Bartels*); *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 114 f.

774 *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 114 f.; *Matzner*, S. 20.

Nun reicht es gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK allerdings nicht, bei der Auslegung nur die „gewöhnliche Bedeutung“ des Wortes zu Grunde zu legen. Entscheidend ist darüber hinaus der Kontext des Wortes.

Wie im Ersten Abschnitt (§ 1) gezeigt, stellt die Einführung des Prinzips der Nicht-Reziprozität durch Art. XXXVI:8 GATT in den Jahren 1964/65 einen entscheidenden Punkt bei der Weiterentwicklung des *S&D*-Regimes dar. Das Merkmal „*non-reciprocal*“ als Bestandteil des § 2 lit. a der *Enabling Clause* ist vor diesem besonderen Hintergrund auszulegen. Ein genaueres Verständnis des Prinzips der *Nicht-Reziprozität* erfordert zudem, sich kurz mit dem Gegenstand der Verneinung, also mit dem Prinzip der Reziprozität zu befassen.

a) Das Prinzip der Gegenseitigkeit

Das Prinzip der Gegenseitigkeit gehört neben dem Prinzip der Nichtdiskriminierung zu den Eckpfeilern der GATT/WTO-Rechtsordnung und ist im dritten Absatz der Präambel zum ÜWTO niedergelegt.⁷⁷⁵ Eine Definition existiert nicht, jedoch ist allgemein anerkannt, dass dem Prinzip der Gegenseitigkeit im Kontext der GATT/WTO-Rechtsordnung seine konkrete Bedeutung hauptsächlich im Bereich der *multilateral trade negotiations* (MTN) zukommt.⁷⁷⁶ Die Wahrung der Gegenseitigkeit im Rahmen der MTN soll dafür sorgen, dass die gewährten Handelsvorteile der Staaten untereinander im Gleichgewicht bleiben.⁷⁷⁷

b) Das Prinzip der Nicht-Gegenseitigkeit

Das Prinzip der Nicht-Gegenseitigkeit bezieht sich ausschließlich auf solche Verhandlungen im Rahmen des GATT, bzw. der WTO, an denen Entwicklungsländer beteiligt sind. Seiner Einführung in das WTO-Rechtssystem lagen verschiedene Erwägungen zu Grunde. Als zentrales Hindernis für eine

775 *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 41; *Weiß/Herrmann*, Rn. 157; *Senti*, Rn. 461 ff.; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 27; *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 527; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 502.

776 In den die MTN betreffenden Art. XXVIII:2 sowie XXVIIIbis:1 GATT wird ausdrücklich das Prinzip der Gegenseitigkeit erwähnt. Vgl. auch *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 27; *Benedek*, Rechtsordnung des GATT, S. 53; *Westreicher*, S. 55 f.; *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 527; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 502. Im allgemeinen Völkerrecht kommt dem Prinzip der Gegenseitigkeit eine weniger praktische, sondern vielmehr grundsätzliche Bedeutung zu. Dort hat ein Staat, der einen Anspruch auf einer spezifischen Völkerrechtsnorm zu begründen sucht, diese Norm auch als bindend gegenüber sich selbst zu akzeptieren, vgl. *Simma*, in: EPIL (IV), *Reciprocity*, S. 30; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 26.

777 *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 42; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 27.

effektive Teilnahme der Entwicklungsländer an den MTN wurde ausgemacht, dass viele Entwicklungsländer schlicht nicht in der Lage waren, entsprechende Zugeständnisse anzubieten, um im Gegenzug Zugang zu den Märkten der entwickelten Länder in denjenigen Bereichen zu erhalten, die entwicklungspolitisch für sie von großer Bedeutung waren.⁷⁷⁸

Das Prinzip der Nicht-Reziprozität wird in Art. XXXVI:8 GATT sowie in § 5 *Enabling Clause* folgendermaßen ausgedrückt:

„The developed contracting parties do not expect reciprocity for commitments made by them *in trade negotiations* to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of less-developed contracting parties.“ (Art. XXXVI:8 GATT);

„The developed countries do not expect reciprocity for commitments made by them *in trade negotiations* to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of developing countries, i.e., the developed countries do not expect the developing countries, *in the course of trade negotiations*, to make contributions which are inconsistent with their individual development, financial and trade needs.“ (§ 5 S. 1 *Enabling Clause*)⁷⁷⁹

Daraus kann abgeleitet werden, dass sich das Prinzip der Nicht-Reziprozität und demzufolge auch das Merkmal „*non-reciprocal*“ in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* nur auf Zugeständnisse im Rahmen von MTN, bei denen es um die Herabsetzung von Handelshemmnissen geht, beschränkt.⁷⁸⁰ Eine weitergehende Beschränkung ergibt sich aus § 5 *Enabling Clause*: Von den Entwicklungsländern dürfen nur solche reziproken Zugeständnisse nicht erwartet werden, die „unvereinbar mit ihren individuellen Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnissen sind“.⁷⁸¹

c) Ergebnis der Auslegung des Merkmals „*non-reciprocal*“

Aus dem soeben dargestellten Kontext i.S.d. Art. 31 Abs. 1 WVK ergibt sich, dass es das Merkmal „*non-reciprocal*“ in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* den entwickelten Ländern verbietet, im Rahmen eines APS die Gewährung der Zollpräferenzen von Zugeständnissen in Bezug auf den

778 Westreicher, S. 64; Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507, 528.

779 Hervorhebungen durch den Verf.

780 So auch Bartels, JIEL 6 (2003) 2, 507, 529. Dies stimmt im Übrigen mit einem Bericht der ILC aus dem Jahre 1976 überein. Darin heißt es: „The preferences are supposed to be *non-reciprocal* in the sense that the preference-giving countries are not to require the beneficiaries of the system to reciprocate with tariff concessions on their imports [...]“. Vgl. ILC, *Seventh Report on the Most-Favoured-Nation Clause*, von Endre Ustor, Special Rapporteur, UN-Doc. A/CN.4/293; abgedruckt in *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part. 1, S. 128.)

781 Diese Beschränkung ist bereits in der Anmerkung zu Art. XXXVI:8 im Annex I zum GATT '47 enthalten, vgl. auch Dolzer, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 27.

Abbau von Handelshemmnissen abhängig zu machen, die mit den Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnissen der Entwicklungsländer nicht zu vereinbaren sind.⁷⁸² Da es sich bei der „positiven“ und „negativen“ Konditionalität in der Regel ausschließlich um *politische* Bedingungen handelt, bleibt das auf *Handelsbedingungen* bezogene Merkmal „*non-reciprocal*“ insofern bedeutungslos.

II. Die streitigen Voraussetzungen für ein APS

1. Das Merkmal „*non-discriminatory*“

Im Fall *EC – Preferences* vertraten die streitenden Parteien, das *Panel* sowie der *AB* hinsichtlich der Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ unterschiedliche Auffassungen. Das *Panel* befürwortete wie Indien die „neutrale“ Bedeutung mit der Folge, dass Zollpräferenzen innerhalb eines APS (und somit *nach* der Festlegung der begünstigten Entwicklungsländer) nur dann nichtdiskriminierend gewährt würden, sofern diese alle gleichartigen Produkte in derselben Weise begünstigten und die Herkunft keine Rolle spiele. Demgegenüber sprach sich die EG für eine „negative“ Bedeutung aus und stellte fest, dass eine unterschiedliche Begünstigung nur dann diskriminierend i.S.d. *Enabling Clause* wirke, sofern die der Differenzierung zu Grunde gelegten Kriterien unzulässig seien. Der *AB* las schließlich aus dem Merkmal „*non-discriminatory*“ die „positive“ Pflicht der entwickelten Länder heraus, allen Entwicklungsländern, die sich in „derselben Situation“ befänden, im Rahmen ihres APS dieselben Zollpräferenzen zu gewähren.

Wie bereits festgestellt, stellt das Merkmal „*non-discriminatory*“ einerseits uneingeschränkt verbindliches Recht dar und spielt andererseits im Rahmen der rechtlichen Charakterisierung des Instituts „APS“ eine wesentliche Rolle. *Robert Howse* ist insoweit recht zu geben, dass in der GATT/WTO-Rechtsordnung verschiedene Varianten der Nichtdiskriminierung existieren und die Verwendung des Begriffes „*non-discriminatory*“ allein vom Wortlaut aus betrachtet keinen Aufschluss über das dem § 2 lit. a *Enabling Clause* konkret zu Grunde liegende Konzept der Nichtdiskriminierung liefert.⁷⁸³ Dies allerdings als einen Zustand der Rechtsunsicherheit zu bewerten und den Schluss zu ziehen, dass auf Grund dessen von der Unverbindlichkeit dieses Merkmals ausgegangen werden müsse, ist methodisch nicht korrekt.⁷⁸⁴ Gemäß Art. 31 WVK ist das Merkmal „*non-discriminatory*“ nach der Feststellung, dass die Wortlautauslegung kein eindeutiges Ergebnis

782 *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 529; *Bartels*, in: *Cottier/Pauwelyn/Bürgi*, S. 479.

783 So auch *Harrison*, ITLR 2003, 159, 162; *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 16.

784 So aber *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 397.

liefert, systematisch und teleologisch auszulegen. Erst danach kann gegebenenfalls von Rechtsunsicherheit gesprochen werden.

Bevor die systematische und teleologische Auslegung des Begriffes „*non-discriminatory*“ i.S.d. *Enabling Clause* vorgenommen wird, soll kurz auf den Grundsatz der Nichtdiskriminierung, wie er sich allgemein im Rahmen der GATT/WTO-Rechtsordnung darstellt, eingegangen werden.

a) Nichtdiskriminierung in der GATT/WTO-Rechtsordnung

Diskriminierung wird allgemein definiert als die ungleiche Behandlung vergleichbarer Objekte oder Sachverhalte, wodurch ein Nachteil für den Betroffenen entsteht.⁷⁸⁵ Im Rahmen der GATT/WTO-Rechtsordnung verbietet es der in der Präambel des ÜWTO niedergelegte Grundsatz der Nichtdiskriminierung seinen Mitgliedern, bei der Gestaltung ihrer außenwirtschaftlichen Beziehungen zwischen anderen Mitgliedern zu differenzieren.⁷⁸⁶

Dieser allgemeine Grundsatz erfährt erst in verschiedenen Vorschriften je nach Zielrichtung seine jeweilige Konkretisierung.⁷⁸⁷ Bezugsobjekt des Diskriminierungsverbotes, also die zu vergleichenden Objekte oder Sachverhalte i.S.d. dargestellten allgemeinen Definition, sind entweder die gehandelten Produkte, oder die anderen Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Handelspartner.⁷⁸⁸ Im ersten Fall wird nach der Gleichartigkeit der eingeführten Produkte gefragt. Liegt diese vor, so müssen alle vergleichbaren Produkte unabhängig vom Herkunftsland gleich behandelt werden. Im zweiten Fall geht es um die Vergleichbarkeit der Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Handelspartner. Wird diese bejaht, müssen alle vergleichbaren Länder durch das importierende Land in Bezug auf eine bestimmte staatliche Maßnahme gleich behandelt werden. Exemplarisch können diese beiden Zielrichtungen anhand des Art. I:1 sowie des *chapeau* des Art. XX GATT dargestellt werden.

aa) „MFN-Konzept“

In Bezug auf die nach außen gerichteten Handelsmodalitäten, also in Bezug auf Zölle oder sonstige Abgaben bei der Ein- oder Ausfuhr von Waren, wird der Grundsatz der Nichtdiskriminierung durch das MFN-Prinzip in Art. I:1

785 *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 16; *Kewenig*, S. 196.

786 *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 39; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 17; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718.

787 *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 183.

788 *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 14; *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 397; *Harrison*, ITLR 2003, 159, 162.

GATT zum Ausdruck gebracht.⁷⁸⁹ Danach sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, einem Produkt aus einem anderen Mitgliedstaat eine nicht weniger günstige Behandlung zu gewähren, als sie irgendeinem anderen Mitgliedstaat in Bezug auf ein gleichartiges Produkt gewähren. Im Kern handelt es sich dabei um ein Gleichbehandlungsgebot.⁷⁹⁰

Das MFN-Prinzip in Art. I:1 GATT ist gerichtet auf die Abschaffung der Diskriminierung zwischen *gleichartigen Produkten*, die in das Staatsgebiet eines WTO-Mitglieds eingeführt oder aus diesem Staatsgebiet ausgeführt werden.⁷⁹¹ Indem die Herkunft des gehandelten Produkts keine Rolle spielt, sollen wettbewerbsverzerrende Momente im internationalen Handel ausgeschaltet werden und nur noch rein marktwirtschaftliche Gesetzmäßigkeiten wirken.⁷⁹² Dies geschieht vor allem zu dem Zweck, die Theorie des komparativen Kostenvorteils zu verwirklichen.⁷⁹³ Im Folgenden wird diese Ausprägung des Grundsatzes der Nichtdiskriminierung als „MFN-Konzept“ bezeichnet.

789 Ergänzt wird das MFN-Prinzip für innerstaatliche Maßnahmen (insbesondere Steuern) durch die Inländergleichbehandlung (*national treatment*) in Art. III GATT, *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 17; *Van den Bossche*, S. 40; *Horn/Mavroidis*, EJPE 17 (2001), 237; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 394; *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 5; *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 183; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718. Vgl. auch die kurze Darstellung der Entstehungsgeschichte des MFN-Prinzips bei *Trebilcock/Howse*, S. 49 ff.

790 *Hilf/Oeter*, § 9, Rn. 49; *Weiß/Herrmann*, Rn. 385; *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 79 ff.; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 143; *Trebilcock/Howse*, S. 49; *Van den Bossche*, S. 310; *Senti*, Rn. 373; *Jackson*, *The World Trading System*, 2nd ed., S. 157; *Dolzer*, in: Graf Vitzthum, 6. Abschnitt, Rn. 19 f.; *Benedek*, *Rechtsordnung des GATT*, S. 53; *Endre Ustor*, in: EPIL (IV), *Most-Favoured-Nation Clause*, S. 468; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 394; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 978; *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 184.

791 *Canada – Autos, AB*, para. 84; *Hilf/Oeter*, § 9, Rn. 30; *Senti*, Rn. 380; *Trebilcock/Howse*, S. 55 f.; *Choi*, S. 94 ff.; *Lowenfeld*, S. 28; *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 175; *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 184.

792 *Davey/Pauwelyn*, in: *Cottier/Mavroidis*, S. 14; *Van den Bossche*, S. 308; *Horn/Mavroidis*, EJPE 17 (2001), 233, 234; *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 17.

793 *Jackson*, *The World Trading System*, 2nd ed., S. 159; *Weiß/Herrmann*, Rn. 379; *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 82; *Matsushita/Schoenbaum/Mavroidis*, S. 144 f.; *Trebilcock/Howse*, S. 51; *Bhala/Kennedy*, S. 59; *Jackson/Davey/Sykes*, S. 416; *Endre Ustor*, in: EPIL (IV), *Most-Favoured-Nation Clause*, S. 470; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 394 f.; *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1718.

bb) „*chapeau*-Konzept“

In eine andere Richtung zielt das im *chapeau* des Art. XX GATT enthaltene Diskriminierungsverbot. Danach darf eine Maßnahme nicht so angewendet werden, dass dadurch eine

„arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail“

entsteht.⁷⁹⁴ Hier bezieht sich das Diskriminierungsverbot demnach auf die Mitgliedstaaten, welche durch eine staatliche Maßnahme des importierenden Landes in ihrer Eigenschaft als dessen Handelspartner betroffen sind (im Folgenden „*chapeau*-Konzept“).

Auch diesem Konzept liegt freilich die Idee zu Grunde, dass eine Ungleichbehandlung der verschiedenen Handelspartner zu nicht gewollten Wettbewerbsverzerrungen führt. Um zum Zwecke der Gleichbehandlung zu ermitteln, ob Gleiches vorliegt, wird hier indes auf die Mitgliedstaaten in ihrer Eigenschaft als Handelspartner und nicht auf das gehandelte Produkt abgestellt. Dadurch wird *rechtlich* anerkannt, dass Unterschiede zwischen den Mitgliedstaaten bestehen, die es rechtfertigen, dass ein Mitgliedstaat seine Handelspartner im internationalen Handel unterschiedlich behandelt. Das „*chapeau*-Konzept“ ist offenbar von der Vorstellung getragen, dass diese Art der differenzierten Behandlung jedenfalls keine ungewollten Wettbewerbsverzerrungen zwischen den Mitgliedern der GATT/WTO-Rechtsordnung hervorzurufen vermag.

cc) Grundsätzliche Folgen für die Auslegung

Bei der Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ muss nun folgende Frage Beachtung finden: Soll durch dieses Merkmal innerhalb eines APS eine Diskriminierung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern auf der Grundlage des herkunftsneutralen „MFN-Konzepts“ oder auf der Grundlage des „*chapeau*-Konzepts“, welches grundsätzlich wie auch immer gear-tete Unterschiede zwischen den Entwicklungsländern rechtlich anerkennt, verhindert werden?

Der *AB* war der Meinung, eine Art „kleinsten gemeinsamen Nenner“ zwischen den Positionen Indiens und der EG gefunden zu haben. In seinem Bericht stellt er fest:

⁷⁹⁴ Vgl. auch *Harrison*, ITLR 2003, 159, 164. Ein weiteres Beispiel wäre Art. 2.3 des SPS-Agreement: „Members shall ensure that their sanitary and phytosanitary measures do not arbitrarily or unjustifiably discriminate between Members where identical or similar conditions prevail [...]“

„Nevertheless, at this stage of our analysis, we are able to discern some of the content of the ‘non-discrimination’ obligation based on the ordinary meanings of that term. Whether the drawing of distinctions is *per se* discriminatory, or whether it is discriminatory only if done on an improper basis, the ordinary meanings of ‘discriminate’ converge in one important respect: they both suggest that distinguishing among similarly-situated beneficiaries is discriminatory. For example, India suggests that all beneficiaries of a particular Member’s GSP scheme are similarly-situated, implicitly arguing that any differential treatment of such beneficiaries constitutes discrimination. The European Communities, however, appears to regard GSP beneficiaries as similarly-situated when they have ‘similar development needs. [...] Thus, based on the ordinary meanings of ‘discriminate’, India and the European Communities effectively appear to agree that, pursuant to the term ‘non-discriminatory’ in footnote 3, similarly-situated GSP beneficiaries should not be treated differently.“⁷⁹⁵

Der Feststellung des *AB* liegt indes eine dogmatische Ungenauigkeit zu Grunde. Die „übliche Bedeutung“ des Begriffes „Diskriminierung“ allein kann nicht das vom *AB* behauptete Ergebnis, sondern zunächst nur eine abstrakte Definition liefern. Für die Auslegung eines konkreten Diskriminierungsverbotes kommt es vielmehr entscheidend auf das konkrete *Objekt* der Diskriminierung an.⁷⁹⁶ Wie soeben gezeigt, kann sich eine Diskriminierung im Falle von Zollpräferenzen im Rahmen eines APS entweder auf das gehandelte Produkt („MFN-Konzept“) oder auf das begünstigte Entwicklungsland in seiner Eigenschaft als Handelspartner („*chapeau*-Konzept“) beziehen. In beiden Fällen ist eine unterschiedliche Behandlung *vergleichbarer* Bezugsobjekte diskriminierend, wenn die *Beurteilung* der Vergleichbarkeit „[is] done on an improper basis“⁷⁹⁷.

In Bezug auf die abstrakte Definition des Begriffes „Diskriminierung“ besteht zwischen den Positionen Indiens und der EG in der Tat Übereinstimmung. Der strukturelle Unterschied ergibt sich erst in Anbetracht des Objektes der Diskriminierung.

Das „neutrale“ Verständnis Indiens beruht auf dem „MFN-Konzept“, so dass hier das Bezugsobjekt der Diskriminierung ausschließlich das gehandelte

795 *EC – Preferences, AB*, para. 153 (Hervorhebungen im Original).

796 Dies übersieht der *AB*, wenn er zur Unterstützung seiner Feststellung auf zwei verschiedene Versionen von Definitionen des Begriffes „Diskriminierung“ verweist, vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 153 (Fn. 318). Diese Definitionen sind, wie es Definitionen so an sich haben, abstrakt formuliert und lassen das konkrete Objekt der Diskriminierung naturgemäß offen. Ansonsten könnte eine Definition nicht auf den Einzelfall angewendet werden.

797 Vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 153.

Produkt ist, während es auf das Herkunftsland es nicht ankommen soll.⁷⁹⁸ Als logische Konsequenz ist im Rahmen des „neutralen“ Verständnisses eine Differenzierung zwischen den APS-Begünstigten „*per se*“ ausgeschlossen, denn die „Situation“ eines begünstigten Landes soll schließlich bei der Entscheidungsfindung in Bezug auf die Kriterien, nach denen das entwickelte Land die gehandelten Produkte als ungleich ansehen möchte, keine Rolle spielen.

Die EG wählt demgegenüber als Bezugsobjekt der Diskriminierung die im Rahmen eines APS begünstigten Entwicklungsländer und entscheidet sich so für eine Diskriminierung i.S.d. „*chapeau*-Konzepts“.⁷⁹⁹ Für die Unterscheidung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern gilt, was soeben für die Beurteilung der Vergleichbarkeit der gehandelten Produkte ebenfalls galt: „The drawings of distinction is [...] discriminatory only if done on an improper basis“⁸⁰⁰.

Die dogmatische Ungenauigkeit des *AB* ergibt sich aus der Fragestellung, welche seiner oben zitierten Feststellung zu Grunde liegt: Der *AB* fragt, was sich aus den widerstreitenden Positionen in Bezug auf eine Unterscheidung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern ergibt. Ist die Frage so gestellt, dann trifft die Feststellung des *AB* durchaus zu: Im Rahmen des „neutralen“ Verständnisses ist eine Unterscheidung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern *per se* nicht möglich, im Rahmen der „negativen“ Bedeutung hingegen nur, „if done on an improper basis“. Wie gezeigt, berücksichtigt diese Art der Fragestellung indes nicht, dass sich die widerstreitenden Nichtdiskriminierungskonzepte auf unterschiedliche Bezugsobjekte beziehen.⁸⁰¹ Auf Grund dessen darf die Frage so nicht gestellt werden. Dem *AB* ist somit zu widersprechen, dass die „gewöhnliche Bedeutung“ des Begriffes „discriminate“ darin konvergiere, dass „distinguishing among similarly-situated beneficiaries is discriminatory“.⁸⁰² Vielmehr hat sich der *AB*

798 *EC – Preferences, Panel*, para. 4.181 und 4.277 und *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 175.

799 Vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 149; *Harrison*, ITLR 2003, 159, 164.

800 *EC – Preferences, AB*, para. 153.

801 Dies erkennt offenbar auch *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 240 (*Steve Charnovitz*), nicht aber ein anderer Teilnehmer des *Internet Roundtable*: vgl. *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 262 f. (*Donald Regan*). Vgl. auch die Stellungnahme des Vertreters Indiens auf der Sitzung des DSB vom 20. April 2004, WT/DSB/M/167, para. 39.

802 Vgl. auch *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 262 (*Donald Regan*): „[...] I am nervous about any commentary that treats [the] report [of the AB] as a general guide to the meaning of discrimination under the WTO.“ Vgl. auch die Stellungnahme des

durch die Bezugnahme auf die zu vergleichende Situation der begünstigten Entwicklungsländer dem „*chapeau*-Konzept“ angeschlossen.⁸⁰³

Die damit einher gehende *rechtliche* Anerkennung von Unterschieden zwischen den Entwicklungsländern führt auf Grund der unbestreitbaren Tatsache, dass zwischen allen Ländern dieser Erde, und nicht nur zwischen Entwicklungsländern, gewisse Unterschiede bestehen, zu der Frage, auf welche konkreten Unterschiede für die Bestimmung der Gleichartigkeit zum Zwecke der Gleichbehandlung abzustellen ist.⁸⁰⁴ Es braucht nicht näher erläutert zu werden, dass es sich dabei um eine im höchsten Maße politische Frage handelt. Denn wie nicht zuletzt die Vorgeschichte des Falles *EC – Preferences* zeigt, entscheidet die Aufnahme oder Nichtaufnahme eines Entwicklungslandes in ein besonderes Präferenzabkommen über Gewinn oder Verlust von verbesserten Zugangsrechten zu den besonders lukrativen Märkten der entwickelten Länder.

Diese Schwierigkeit stellt sich bei einer Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ i.S.d. „MFN-Konzepts“ so nicht.⁸⁰⁵ Hier ist zwar die Gleichartigkeit der gehandelten Produkte zu bestimmen.⁸⁰⁶ Für den größten Teil der gehandelten Produkte erweist sich diese Bestimmung hingegen als unproblematisch, da die APS-Gesetzeswerke der entwickelten Länder bei der Beschreibung der begünstigten Waren in der Regel sehr genaue und bis ins kleinste Detail gehende Angaben machen.⁸⁰⁷ Nicht zuletzt liegt ferner

Vertreters Indiens auf der Sitzung des DSB vom 20. April 2004, WT/DSB/M/167, para. 42.

803 So im Ergebnis auch *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 988.

804 Dies bringt auch der *Panel*-Bericht zum Ausdruck, vgl. *EC – Preferences, Panel*, para. 7.102 ff. Siehe auch *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 482; *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 20 f.; *Harrison*, ICLR 2003, 159, 164 f.

805 Dies übersieht *Robert Howse*, vgl. *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 250 f. (*Robert Howse*): „[...] 2(a) and the description of non-discrimination that it references lacks any comparator, and there are problems with the adjudicator inventing a comparator out of thin air.“

806 Vgl. dazu umfassend *Choi*, S. 93 ff. sowie *Trebilcock/Howse*, S. 65 ff.; *Jackson*, Law of GATT, S. 259 ff.; *Van den Bossche*, S. 314 ff.; *Davey/Pauwelyn*, in: Cottier/Mavroidis, S. 25 ff.; *Horn/Mavroidis*, EJPE 17 (2001), 233, 237 ff.

807 Diese Vermutung wird durch folgenden Umstand stützt: Bis zum Jahr 2001 gab es nur insgesamt sechs WTO-Streitschlichtungsverfahren, in denen es in Bezug auf grenzüberschreitende Sachverhalte, also insbesondere in Bezug auf Zölle (nur um solche ginge es bei Streitigkeiten über ein APS), um die Gleichartigkeit von Produkten ging, vgl. *Horn/Mavroidis*, EJPE 17 (2001), 233, 239. Dies entspricht nicht einmal einem Verfahren pro Jahr. Vor dem Hintergrund der Vielfalt der weltweit gehandelten Produkte sowie der damit einher gehenden Komplexität der Zollklassifizie-

sowohl der Klassifizierung von Produkten zum Zwecke der Zollerhebung, als auch der Lösung von entsprechenden Problemen im Rahmen der Streit-schlichtung eine mehr als 50-jährige und durch das GATT, bzw. die WTO institutionalisierte Praxis zu Grunde.⁸⁰⁸

Um dogmatisch genauer zu arbeiten als es, wie gezeigt, der *AB* getan hat, muss die Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ im Ergebnis einen Schritt früher, d.h. bei der Frage nach dem richtigen Bezugsobjekt des Diskriminierungsverbotes ansetzen. Da die „reine“ Wortlautauslegung allein zu keinem eindeutigen Ergebnis führt, wird nun im Wesentlichen die ebenfalls in Art. 31 Abs. 1 WVK niedergelegte systematische sowie teleologische Auslegungsmethode angewendet. Zur Bestätigung der gefundenen Ergebnisse wird anschließend auf die einschlägige Staatenpraxis eingegangen.

b) Systematische Auslegung

Das Erfordernis, Zollpräferenzen im Rahmen eines APS „nichtdiskriminierend“ zu gewähren, ergibt sich, wie bereits erwähnt, nicht unmittelbar aus § 2 lit. a *Enabling Clause*, sondern mittelbar aus einem Verweis auf das „APS der UNCTAD“, welches das Institut „APS“ materiell beschreibt. Es erscheint daher i.S. einer systematischen Auslegung geboten, die dem „APS der UNCTAD“ zu Grunde liegenden Dokumente für die Bestimmung des konkreten Nichtdiskriminierungskonzeptes des § 2 lit. a *Enabling Clause* heranzuziehen und den konkreten Zusammenhang, in den das Merkmal „*non-discriminatory*“ eingebettet ist, zu untersuchen.

aa) Die APS-Entscheidung von 1971

Die APS-Entscheidung von 1971 hatte die Funktion, das „APS der UNCTAD“ in die GATT-Rechtsordnung zu integrieren. Der lit. a des operativen Teils der Entscheidung lautet:

rungen in den Gesetzeswerken der Mitgliedstaaten verdeutlicht diese geringe Zahl von Streit-schlichtungsverfahren, dass die Klassifizierung der Produkte zum größten Teil unproblematisch ist.

808 Hervorzuheben ist in diesem Zusammenhang auch das „Harmonized System for Classification of Products“, welches auf einem völkerrechtlichen Vertrag beruht („International Convention on the Harmonized Commodity Description and Coding System“ vom 14. Juni 1983, abrufbar unter www.wcoomd.org, der Homepage der „World Customs Organization“), den zwar nicht alle WTO-Mitgliedstaaten unterzeichnet haben, der aber von den meisten WTO-Mitgliedern *de facto* angewendet wird und eine unterschiedliche Produktklassifizierung zu vermeiden hilft, vgl. *Trebilcock/Howse*, S. 65; *Horn/Mavroidis*, EJPE 17 (2001), 233, 238 f. Vgl. in Bezug auf frühere Formen der Harmonisierung *Jackson*, Law of GATT, S. 238 ff.

„[...] the provisions of Article I shall be waived [...] with a view to extending [...] the preferential tariff treatment referred to in the Preamble to this Decision [...].“

Wie sich aus den Absätzen drei und vier der Präambel ergibt, ist hier mit „preferential tariff treatment“ das „APS der UNCTAD“ gemeint. Eine über diesen rein formalen Verweis hinausgehende materielle Ausgestaltung der APS-Programme enthält die APS-Entscheidung von 1971 jedoch nicht. Die Präambel wiederholt im dritten Absatz nur, zu welchem Zweck das APS eingeführt werden sollte:

„[...] in order to increase the export earnings, to promote the industrialization, and to accelerate the rates of economic growth of [the developing countries].“

Die APS-Entscheidung von 1971 liefert daher keinen Erkenntnisgewinn für die Frage, welches Nichtdiskriminierungskonzept der *Enabling Clause* zu Grunde liegt.

bb) Die „Agreed Conclusions“

Anders sind jedoch die „Agreed Conclusions“ zu bewerten, welche die Grundzüge der APS-Programme regeln. An zwei verschiedenen Stellen ergeben sich hier Hinweise auf das dem § 2 lit. a *Enabling Clause* zu Grunde liegende Nichtdiskriminierungskonzept.

(1) Kompensation entgangener Sonderpräferenzen

Die APS-Programme sollten bisher bestehende spezielle Präferenzabkommen zwischen entwickelten Ländern und ausgesuchten Entwicklungsländern durch einen globalen und verallgemeinerten Ansatz ablösen. Dieser Ansatz bezog sich indes nicht nur auf die Entwicklungsländer als potentiell Begünstigte, sondern ebenso auf die begünstigenden Industrieländer. Dies kommt in Art. II, § 2 der „Agreed Conclusions“ zum Ausdruck:

„Developing countries which will be sharing their existing tariff advantages in some developed countries as the result of the introduction of the generalized system of preferences will expect *the new access in other developed countries* to provide export opportunities at least to compensate them.“⁸⁰⁹

Auf der Grundlage der bisherigen Praxis hing ein verbesserter Zugang der Entwicklungsländer zu den Märkten der entwickelten Länder von bilateralen Verhandlungen ab. Ausschlaggebend für den Abschluss dieser speziellen Präferenzabkommen waren nicht selten frühere, noch aus Kolonialzeiten stammende Beziehungen.⁸¹⁰ Dies hatte zum einen zur Folge, dass Entwicklungsländer ohne eine derartige historische Bindung zu einem entwickelten

809 Hervorhebungen durch den Verf.

810 *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 492.

Land nicht oder nur selten in den Genuss eines Präferenzabkommens kamen, und zum anderen, dass Entwicklungsländer, die aus einer Kolonie hervorgingen, nur einen verbesserten Zugang in den Markt des ehemaligen Kolonialherren erhielten.

Durch den verallgemeinerten Ansatz des „APS der UNCTAD“ sollten nun zwei Fliegen mit einer Klappe geschlagen werden: Im Idealfall, d.h. theoretisch, sollten *alle* Entwicklungsländer einen verbesserten Zugang zu den Märkten *aller* Industrieländer erhalten. Der damit einhergehende positive wirtschaftliche Effekt sollte so alle Entwicklungsländer gleichermaßen erreichen. Die durch den verallgemeinerten Ansatz erzeugte Vervielfältigung der Exportmöglichkeiten sollte die Zustimmung auch derjenigen Entwicklungsländer gewährleisten, welche ihre speziellen Präferenzen und die damit verbundenen Wettbewerbsvorteile gegenüber nichtbegünstigten Entwicklungsländern verlören.

Diese angestrebte „Kompensation“ von entgangenen Wettbewerbsvorteilen durch den Wegfall der Sonderpräferenzen würde durch ein Diskriminierungsverbot i.S.d. „*chapeau*-Konzepts“ ausgehebelt. Jedes entwickelte Land könnte auf der Grundlage selbst festgelegter Differenzierungskriterien innerhalb eines APS *spezielle* Präferenzabkommen mit bestimmten Gruppen von Entwicklungsländern einrichten. Bedingt durch den weiten Ermessensspielraum der Industrieländer wäre das Ergebnis eine unübersichtliche Zahl von *speziellen* Präferenzabkommen mit jeweils unterschiedlich zusammengesetzten Gruppen von begünstigten Entwicklungsländern. Dadurch entstünde eine vergleichbare Situation zu derjenigen, wie sie *vor* UNCTAD II bestanden hatte und welche durch den verallgemeinerten Ansatz des „APS der UNCTAD“ gerade beseitigt werden sollte: Die Entwicklungsländer würden auf der Grundlage von unilateralen Ermessensentscheidungen in verschiedene Gruppen aufgeteilt. Einige Entwicklungsländer erhielten in den Märkten einzelner Industrieländer einen *speziell* verbesserten Zugang und damit Wettbewerbsvorteile im Vergleich zu den nicht *speziell* begünstigten Entwicklungsländern. Alle anderen Entwicklungsländer müssten sich mit den für alle geltenden Zollpräferenzen auf der Grundlage der jeweiligen *general arrangements* begnügen, deren Wert durch die speziellen Präferenzen wieder in Frage gestellt würden.

Im Ergebnis brächte die Einrichtung der APS-Programme auf Grundlage des „*chapeau*-Konzepts“ keine tatsächliche Veränderung zur Situation vor der UNCTAD II und könnte im Gegensatz zu einer streng formalen Gleichbehandlung aller Entwicklungsländer i.S.d. MFN-Konzeptes“ auch den angestrebten „Kompensationseffekt“ nicht erzeugen.

(2) Konzessionen an die Industrieländer

In den „Agreed Conclusions“ sind ferner autonome und unilaterale Gestaltungsmöglichkeiten der entwickelten Ländern vorgesehen, welche offenbar für deren grundsätzliche Zustimmung zum „APS der UNCTAD“ erforderlich waren⁸¹¹:

- Es besteht keine Verpflichtung, Zollpräferenzen im Rahmen eines APS zu gewähren (Art. IX, § 2, lit. b);
- die Auswahl der begünstigten Entwicklungsländer soll sich zwar an der Praxis der Selbstkategorisierung orientieren. Letztlich handelt es sich diesbezüglich indes um eine autonome Entscheidung der entwickelten Länder (Art. IV, § 1);
- sog. „*safeguard mechanisms*“, welche es den entwickelten Ländern ermöglichen sollen, den durch die APS neu erzeugten Handel zu kontrollieren (Art. III, §§ 1, 3 und 4).

Als Beispiele für Schutzmaßnahmen werden „*a priori limitations*“ sowie „*escape-clause type measures*“ genannt. Ferner behalten sich die entwickelten Länder ausdrücklich das Recht vor,

„to make changes in the detailed application as in the scope of their measures, and in particular, if deemed necessary, to limit or withdraw entirely or partly some of the tariff advantages granted.“

Dieses Recht wird unter den Vorbehalt gestellt,

„that such measures would remain exceptional and would be decided on only after taking due account [...] of the aims of the generalized system of preferences and the general interests of the developing countries [...].“

Die hier erwähnten Ziele des „APS der UNCTAD“ sind in Res. 21(II) sowie in Art. I, § 2 der „Agreed Conclusions“ niedergelegt: Steigerung der Exporteinnahmen, Förderung der Industrialisierung sowie Steigerung des Wirtschaftswachstums. Diese Ziele haben ihre normative Entsprechung im Teil IV des GATT '47 (insbesondere Art. XXXVI:2) und ihre theoretische Grundlage in den *Prebisch-Singer-Thesen*.

Wie im Ersten Abschnitt (§ 1) dargestellt, lag den *Prebisch-Singer-Thesen* die Annahme zu Grunde, dass sich bei unbedingtem Freihandel die *terms of trade* der Entwicklungsländer *typischerweise* verschlechterten. Für Entwick-

811 Im Schrifttum führten diese als sehr weitgehende empfundenen Zugeständnisse an die entwickelten Länder zu der grundsätzlichen Kritik, dass der angestrebte wirtschaftliche Nutzen des APS unter diesen Voraussetzungen ausbliebe, vgl. nur *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 f.

lungsländer sind daher, bei allen Unterschieden im Detail, *strukturelle* Probleme konstitutiv (zu wenig Exporteinnahmen; keine bis wenig Industrialisierung, bzw. keine hinreichende Diversifizierung der Wirtschaft; schwaches Wirtschaftswachstum). *S&D*-Maßnahmen wie die APS-Programme der Industrieländer sollten daher nach damaliger Vorstellung nicht spezifische Probleme einzelner Entwicklungsländer⁸¹², sondern strukturelle, d.h. allen Entwicklungsländern gemeinsame Probleme adressieren.⁸¹³ Dieses Vorgehen entspricht einer formalen Gleichbehandlung der Entwicklungsländer i.S.d. „MFN-Konzeptes“.

Das Verhältnis zwischen den Gestaltungsmöglichkeiten der entwickelten Länder und den dargestellten theoretischen Grundlagen des „APS der UNCTAD“ wird treffend in einem Bericht der International Law Commission (ILC) der UN aus dem Jahre 1976 ausgedrückt.⁸¹⁴ Darin heißt es in Bezug auf das „APS der UNCTAD“:

„The preferences are supposed to be [...] *non-discriminatory* in the sense that the preferences shall be extended to products of *all developing countries alike*. This [...] requirement is obviously qualified by the condition of self-election.“⁸¹⁵

Es lässt sich daraus eine Art „Austausch von Konzessionen“ ableiten: Die formale Gleichbehandlung der begünstigten Entwicklungsländer im Rahmen eines APS gegen das Recht der Industrieländer, den Kreis der begünstigten Entwicklungsländer autonom festzulegen.

Eine weitergehende Differenzierung zwischen den Entwicklungsländern *innerhalb* eines APS i.S.d. „*chapeau*-Konzeptes“ würde eine weitere Gestaltungsmöglichkeit der entwickelten Länder darstellen, welcher erstens kein Verhandlungäquivalent zu Gunsten der Entwicklungsländer gegenüber stünde und welche zweitens den zu der damaligen Zeit vorherrschenden Entwicklungstheorien widerspräche.

cc) Ergebnis der systematischen Auslegung

Die systematische Auslegung stützt insgesamt das Verständnis des Merkmals „*non-discriminatory*“ i.S.d. „MFN-Konzeptes“. Die zitierten Textstel-

812 Vgl. auch den Wortlaut des Art. III, § 1 der „Agreed Conclusions“: [...] *the general interests of the developing countries* [...] (Hervorhebung durch den Verf.).

813 Vgl. nur die in Res. 21(II) und den „Agreed Conclusions“ niedergelegten Ziele: Steigerung der Exporteinnahmen, Förderung der Industrialisierung sowie Steigerung des Wirtschaftswachstums.

814 Vgl. auch *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 524.

815 ILC, *Seventh Report on the Most-Favoured-Nation Clause*, von *Endre Ustor*, Special Rapporteur, UN-Doc. A/CN.4/293 (abgedruckt im *Yearbook of the International Law Commission*, 1976, Vol. II, Part. 1, S. 128; Hervorhebungen durch den Verf.).

len der „Agreed Conclusions“ lassen erkennen, dass den an der UNCTAD II beteiligten Staaten bei der Ausarbeitung des „APS der UNCTAD“ eher eine streng-formale Gleichbehandlung als eine Unterteilung der Entwicklungsländer vorschwebte.

Einschränkend muss freilich betont werden, dass die hier vorgenommene systematische Auslegung, welche sich im Wesentlichen auf die „Agreed Conclusions“ stützt, auf Grund der wenig expliziten textlichen Anhaltspunkte im Rahmen der gesamten Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ nur eine untergeordnete Rolle spielt.

c) Teleologische Auslegung

Gemäß Art. 31 Abs. 1 WVK ist ein völkerrechtlicher Vertrag „im Lichte seines Zieles und Zweckes“ auszulegen. Da der WVK ein objektiver Auslegungsansatz zu Grunde liegt, kann sich der *telos* einer Norm nur aus dem geschriebenen Text ergeben.⁸¹⁶ Die Ziele der GATT/WTO-Rechtsordnung sind vor allem in der Präambel des ÜWTO niedergelegt, die auch für die *Enabling Clause* maßgeblich sind. Im Falle des § 2 lit. a *Enabling Clause* kommt jedoch die Besonderheit hinzu, dass zum „Text“ des § 2 lit. a *Enabling Clause* über den Verweis des Tatbestandmerkmals „APS“ neben der APS-Entscheidung von 1971 insbesondere auch die „Agreed Conclusions“ der UNCTAD II gehören. Diese können somit ebenfalls einen textlichen Anknüpfungspunkt für die Ermittlung des Sinn und Zwecks der *Enabling Clause* liefern. Im Folgenden soll also der Frage nachgegangen werden, welches Nichtdiskriminierungskonzept sich aus dem *telos* des § 2 lit. a *Enabling Clause* herleiten lässt.

aa) Auslegung im Lichte der Präambel des ÜWTO

Die Präambel des ÜWTO enthält in Absatz 2 die übereinstimmende Erkenntnis aller WTO-Vertragsstaaten,

„[...] dass es positiver Bemühungen bedarf, damit sich die Entwicklungsländer, insbesondere die am wenigsten entwickelten unter ihnen, einen Anteil am Wachstum des internationalen Handels sichern, der den Bedürfnissen ihrer wirtschaftlichen Entwicklung entspricht [...]“.

Eine Umsetzung dieser „positiven Bemühungen“ stellt u.a. die *Enabling Clause* dar, die nach Ansicht des AB das in der Präambel niedergelegte Entwicklungsziel in § 3 lit. c enthalte.⁸¹⁷ Der AB stellte jedoch fest, dass den „Bedürfnissen der Entwicklungsländer“ i.S.d. Präambel sowohl durch die

816 Ipsen, § 11, Rn. 15.

817 Vgl. hierzu schon oben §4, B.II.4.

Gewährung gleicher, als auch durch die Gewährung spezieller und an die Bedürfnisse nur einzelner Entwicklungsländer geknüpfter Präferenzen entsprochen werden könne, je nach dem, um welches Bedürfnis es gerade gehe.⁸¹⁸ Denn einige Bedürfnisse würden von allen, andere wiederum nur von „*sub-categories*“ der Entwicklungsländern geteilt. Der *AB* zog hieraus den Schluss, dass die Präambel des ÜWTO eine Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ i.S.d. „*chapeau-Konzeptes*“ jedenfalls erlaube.

Richtigerweise kommt der *AB* jedoch gerade nicht zu dem Schluss, dass die Präambel eine Auslegung in diesem Sinne etwa gebiete. Denn in Absatz 2 der Präambel sind die Ziele für den gesamten Bereich des entwicklungspolitisch motivierten „*S&D-Treatment*“ niedergelegt. Hierunter sind, wie eingangs im ersten Kapitel dargestellt, neben der *Enabling Clause* eine Fülle weiterer Normen zusammengefasst. Um diesen umfassenden entwicklungspolitischen Bereich abzudecken, ist die Präambel so allgemein wie möglich gehalten und spricht insoweit nur von „positiven Bemühungen“ sowie von „Entwicklungsbedürfnissen“. Unstreitig dürfte sein, dass die Präambel des ÜWTO solchen Maßnahmen entgegensteht, die negative Auswirkungen auf die wirtschaftliche Entwicklung von Entwicklungsländern haben. Sobald eine Maßnahme jedoch im weitesten Sinne positive Auswirkungen hat, ist den Anforderungen der Präambel genüge getan. Im Wettstreit zwischen verschiedenen entwicklungsfördernden Maßnahmen, um die es sich sowohl im Falle eines APS auf der Grundlage des „*MFN-Konzeptes*“ als auch des „*chapeau-Konzeptes*“ handelt, gibt die Präambel jedoch m.E. keine differenziertere Richtungsentscheidung vor.

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus früheren Entscheidungen des *AB*, in denen die Präambel des ÜWTO zur Auslegung herangezogen worden ist. In *US – Shrimp* führte der *AB* die Aufnahme des Umweltschutzes sowie der Nachhaltigen Entwicklung in die Präambel als Beleg dafür an, dass sich die WTO-Vertragsstaaten seit 1995 in besonderem Maße darüber einig seien, den Schutz der Umwelt nunmehr im Sinne eines umfassenden Ziels nationaler wie internationaler Politik zu verstehen.⁸¹⁹ Vor diesem Hintergrund, so der *AB*, sei der in Art. XX lit. g GATT '94 enthaltene Begriff der „erschöpflichen Naturressourcen“ „evolutionär“ und damit weiter zu verstehen, als noch zu der Zeit, als die Vorschrift geschaffen wurde.⁸²⁰ Der Begriff beschränke sich nicht auf „nicht-lebende“ natürliche Ressourcen, sondern umfasse heutzutage auch „lebende“ natürliche Ressourcen wie beispielswei-

818 *EC – Preferences, AB*, para. 169.

819 *US – Shrimp, AB*, para. 129.

820 *US – Shrimp, AB*, para. 130.

se Wasserschildkröten, die bei der Garnelenzucht in Mitleidenschaft gezogen würden. Daher seien Handelsbeschränkungen in Bezug auf Garnelen mit dem Schutz von Wasserschildkröten gemäß Art. XX lit. g GATT '94 zu rechtfertigen.

Eine vergleichbare Entwicklung kommt in Absatz 2 der Präambel des ÜWTO demgegenüber nicht zum Ausdruck. Gemessen an den entwicklungspolitischen Zielvorgaben, wie sie beispielsweise in den „Agreed Conclusions“ oder in der Präambel der APS-Entscheidung von 1971 enthalten sind, ist die Präambel des ÜWTO eher von noch allgemeinerer und grundsätzlicherer Natur.

Im Ergebnis ist die Präambel des ÜWTO für die Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ somit unergiebig. Sie lässt verschiedene Auslegungsergebnisse zu und kann als teleologisches Argument jedenfalls nicht für ein bestimmtes Auslegungsergebnis herangezogen werden.

bb) Auslegung im Lichte der Ziele des „APS der UNCTAD“

Die Ziele des „APS der UNCTAD“, wie sie in Res. 21(II) und den „Agreed Conclusions“ niedergelegt sind, sind bereits mehrfach erwähnt worden: Steigerung der Exporteinnahmen, Förderung der Industrialisierung sowie Steigerung des Wirtschaftswachstums. Der „Sinn und Zweck“ der *Enabling Clause* i.S. einer teleologischen Auslegung erschöpft sich darin jedoch nicht, da diese Ziele im Hinblick auf die Frage nach dem Nichtdiskriminierungskonzept der *Enabling Clause* allein nicht aussagekräftig sind. Eine Differenzierung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern könnte gegebenenfalls dazu führen, dass sich die angestrebten positiven Effekte in einigen Entwicklungsländern mehr niederschlagen als in anderen. Mit den in der Res. 21(II) sehr allgemein formulierten Zielen des APS wäre das „*chapeau*-Konzept“ insgesamt aber zu vereinbaren. Dies gilt für das „MFN-Konzept“ erst recht.

Die Analyse des *telos* der *Enabling Clause* muss daher über die angesprochenen Ziele hinausgehen und vielmehr die Frage ins Auge fassen, ob Unterschiede zwischen den Entwicklungsländern bei der Gewährung von Zollpräferenzen im Rahmen des APS grundsätzlich eine Rolle spielen sollen.

cc) Durchbrechung des MFN-Prinzips

Gemäß § 1 *Enabling Clause* dürfen die Vertragsstaaten Entwicklungsländern eine differenzierte und günstigere Behandlung „notwithstanding the provisions of Article I of the [GATT]“ zukommen lassen. Im Schrifttum wird daraus teilweise gefolgert, dass es sich bei der *Enabling Clause* um

eine „Abweichung vom Meistbegünstigungsprinzip“⁸²¹, bzw. um eine „Durchbrechung des Grundsatzes der Meistbegünstigung“⁸²² handele.⁸²³

Ausgehend von dieser Hypothese liegt der Gedanke nicht fern, dass sich die Wirkung der Durchbrechung auch auf das Diskriminierungskonzept des § 2 lit. a *Enabling Clause* erstrecken könnte. Es lassen sich in der Tat einige Argumente für die Annahme finden, dass sich das „APS der UNCTAD“ nicht nach einer streng-formalen Gleichbehandlung i.S.d. „MFN-Konzeptes“ richte.

Entsprechend aristotelischer „distributiver Gerechtigkeit“ sollte die Gleichheit der Staaten nicht durch *Gleichbehandlung*, sondern durch *Gleichmachung* hergestellt werden. Auf Grund wirtschaftlicher Diskrepanzen sind die Staaten in Industrie- und Entwicklungsländer eingeteilt. Um nun die Wirtschaftskraft der Entwicklungsländer derjenigen der Industrieländer anzugleichen, wurde als zentrales Instrument die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer eingeführt. Grundsätzlich ist somit festzustellen, dass die wirtschaftliche Situation eines Landes bei der Entstehung des *S&D*-Regimes von entscheidender Bedeutung war.

Ein Hinweis für diese Lesart ergibt sich auch aus § 3 lit. c *Enabling Clause*.⁸²⁴ In dieser Vorschrift wird auf die „Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer“ und somit ebenfalls auf die wirtschaftliche Situation der Entwicklungsländer verwiesen. Dies könnte dafür sprechen, dass § 2 lit. a *Enabling Clause* über das Merkmal „*non-discriminatory*“ den Ansatz des „*chapeau*-Konzeptes“ verfolgt und Unterschiede zwischen den Entwicklungsländern grundsätzlich anerkennt.

dd) Telos des § 2 lit. a *Enabling Clause*

Die vorstehende These von der „Durchbrechung des MFN-Prinzips“ beruht zunächst auf sprachlicher Ungenauigkeit, denn § 1 *Enabling Clause* gestattet ein Abweichen von „den Vorschriften des Artikel I GATT“, nicht „vom

821 So *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 397.

822 So *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 9.

823 Vgl. als Beispiel aus der englischsprachigen Literatur *Lester*, HILJ 36 (1995), 220, 221 („exception to [the MFN and non-discrimination principles]“); *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 30 („departure from the MFN principle“) sowie für weitere entsprechende Nachweise *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 (Fn. 70).

824 Auf § 3 lit. c i.V.m. § 7 *Enabling Clause* stützt der *AB* seine Feststellung, dass eine differenzierte Behandlung der Entwicklungsländer, welche sich an eben diesen Bedürfnissen orientiere, von der *Enabling Clause* gedeckt sei, vgl. *EC – Preferences*, *AB*, para. 160 und 165.

Meistbegünstigungsprinzip⁸²⁵. Im Folgenden soll der *telos* des Art. XX GATT erläutert und anschließend mit demjenigen des § 2 lit. a *Enabling Clause* verglichen werden, um die These endgültig zu widerlegen.

(1) *Telos des chapeau des Art. XX GATT*

Auf der Grundlage des Art. XX GATT dürfen die Mitgliedstaaten Maßnahmen erlassen, welche Beschränkungen des internationalen Handels bedeuten, um verschiedene nichtökonomische Politiken zu verfolgen.⁸²⁶ Das Diskriminierungsverbot des *chapeau* hat dabei die Funktion, einen Missbrauch dieser Ausnahmevorschrift zu verhindern.⁸²⁷ Der *chapeau* des Art. XX GATT ist Ausdruck des Prinzips von Treu und Glauben („*Principle of Good Faith*“)⁸²⁸:

„In short, the interpretation and application of the chapeau in a particular case is search for the appropriate *line of equilibrium* between the right of Members to adopt and maintain trade-restrictive legislation and measures that pursue certain legitimate societal values or interests *and* the right of other Members to trade.“⁸²⁹

(2) *Ökonomischer telos: Nutzung und Verstärkung des MFN-Effekts*

Für ein APS i.S.d. § 2 lit. a *Enabling Clause* ist konstitutiv, dass ein entwickeltes Land zu Gunsten eines bestimmten Kreises von Entwicklungsländern für bestimmte Produkte den Zolltarif stärker senkt als für alle anderen Mitgliedstaaten. Zentraler Bestandteil eines APS ist daher die *Zollsenkung*, d.h. der Abbau von tarifären Handelshemmnissen. Daher unterscheidet sich ein APS in Bezug auf dieses zentrale Instrument des Welthandels nicht von Art. I:1 GATT, der als normative Manifestierung des MFN-Prinzips gilt. Im Gegenteil lässt diese Feststellung vielmehr folgenden Schluss zu: Da man sich des Instruments des MFN-Prinzips – Abbau von Handelshemmnissen – bediente, liegt die Vermutung nahe, dass auch dessen wirtschaftliche Effekte

825 In diesem Sinne sprachlich ungenau auch *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 517: „[S&D] alters the foundational requirements of reciprocity and non-discrimination for developing countries. [...] [T]hrough the GSP, developed countries may favour developing countries in extending tariff preferences [...] notwithstanding the MFN obligation of Article I:1.“; *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 387: „[B]y providing to developing countries better tariff treatment under the GSP than the bound rates of tariff provided to all other WTO Members, the United States would be in violation of the Most Favoured Nation (‘MFN’) clause in GATT Article I:1.“

826 *Hilf/Oeter*, § 9, Rn. 66.

827 *Van den Bossche*, S. 616; *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 269; *Hilf/Oeter*, § 30, Rn. 39.

828 So auch *US – Shrimp, AB*, para. 157 ff.; *Prieß/Berrisch*, Teil B.I.1., Rn. 275 ff.; *Hausmann*, S. 132 f.

829 *Van den Bossche*, S. 617.

angestrebt wurden. Dem MFN-Prinzip des Art. I:1 GATT liegt, wie gesehen, das ökonomische Ziel zu Grunde, durch den Abbau von Handelshemmnissen die Theorie des komparativen Kostenvorteils zum Zwecke *weltweiter* Wohlstandsmehrung zur Geltung zu bringen. Die Beschränkung von (weitergehenden) Zollsenkungen auf die besondere Gruppe der Entwicklungsländer durch ein APS kann also dahin gehend verstanden werden, dass *zusätzliche* Wohlfahrtseffekte, welche durch die begrenzte Anwendung des MFN-Prinzips erzeugt werden, speziell den Entwicklungsländern zu Gute kommen sollen, um die großen wirtschaftlichen Unterschiede zwischen den Industrieländern und den Entwicklungsländern zu minimieren.⁸³⁰ Dieser ökonomische *telos* kommt beispielsweise in Art. VII, § 1 der „Agreed Conclusions“, welcher sich mit Ursprungsregeln befasst, zum Ausdruck:

„[...] to ensure equivalence in conditions of access to the markets of the preference-giving countries, and to avoid distortion of trade.“

Die tarifäre Besserbehandlung der Entwicklungsländer im Vergleich zu allen anderen Mitgliedstaaten verstärkt die angestrebten Wohlfahrtseffekte. Vor allem der *verallgemeinernde* („*generalized*“) Ansatz des „APS der UNCTAD“ sollte aber einen weiteren ökonomischen Effekt haben, denn die zahlreichen speziellen Präferenzsysteme der entwickelten Länder, die vor der Schaffung des „APS der UNCTAD“ bestanden hatten, wirkten sich auf Grund der dadurch erzeugten Umleitungseffekte *innerhalb* der Gruppe der Entwicklungsländer negativ auf die gesamte wirtschaftliche Situation der Entwicklungsländer aus. Wiederum ist ein Vergleich zur Wirkungsweise des MFN-Prinzips und des Art. I:1 GATT zu ziehen: Die Verallgemeinerung der Präferenzsysteme durch das „APS der UNCTAD“ war ökonomisch darauf gerichtet, gerade solche Wettbewerbsverzerrungen auszuschalten, welche primär auf nichtökonomischen Gründen (wie z.B. den wirtschaftlichen Verbindungen aus der Kolonialzeit) basierten. Handelsströme aus den Entwicklungsländern in die Märkte der entwickelten Länder sollten sich ebenfalls nach marktwirtschaftlichen Gesetzmäßigkeiten sowie der Theorie des komparativen Kostenvorteils richten.⁸³¹ Dies spricht für eine streng-formale Gleichbehandlung der Entwicklungsländer im Rahmen eines APS.

830 So auch *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 173: „The question is no longer the welfare effects of those preferences on the world economy. The question has become the welfare effect on developing countries alone.“

831 So auch *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 17. Ähnlich *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 (Fn. 70).

(3) Politischer telos: „Bloc Solidarity“

Der politische *telos*, mit anderen Worten die politische Idee, die hinter *S&D* im Allgemeinen und hinter dem „APS der UNCTAD“ im Besonderen steht, wurde im Ersten Abschnitt (§ 1) eingehend dargestellt. Hervorzuheben ist dabei die politische und normative Entwicklung, die mit der UNCTAD und der *NIEO* in Verbindung zu bringen ist, sich also außerhalb des GATT vollzogen hat. Auf den Punkt bringt es *Robert E. Hudec*, indem er das „APS der UNCTAD“ zum „largest and most tangible accomplishment“ der „G 77-Bewegung“ auf der Grundlage einer politischen Strategie, welche er „bloc solidarity“ nennt, erklärt.⁸³² Dies veranschaulicht exemplarisch Art. II, § 2 der „Agreed Conclusions“: Entwicklungsländer, die bereits vor Einrichtung des „APS der UNCTAD“ von einem verbesserten Marktzugang profitierten, zeigten sich denjenigen Entwicklungsländern gegenüber solidarisch, denen derartige Vorteile bisher vorenthalten blieben und stimmten einem verallgemeinerten Präferenzsystem zu, das allen Entwicklungsländern gleichermaßen zu Gute kommen sollte.

ee) Ergebnis der teleologischen Auslegung

Zunächst ist festzustellen, dass sich der *telos* des § 2 lit. a *Enabling Clause* fundamental von demjenigen des Art. XX GATT unterscheidet. Mit der Einrichtung eines APS verfolgen entwickelte Länder keine nichtökonomische Politik, welche durch § 2 lit. a *Enabling Clause* legalisiert werden müsste. Die APS-Programme verfolgen im Gegenteil das ausnehmend ökonomische und zudem u.a. in der Präambel des ÜWTO niedergelegte Ziel, sich die Liberalisierung des internationalen Handels zum Zwecke weltweiter Wohlstandsmehrung zu Nutze zu machen. Im Unterschied zu Art. I:1 GATT sollen sich die durch ein APS erzeugten *zusätzlichen* Wohlfahrtseffekte lediglich auf die Entwicklungsländer beschränken.

Dem geht die Feststellung voraus, dass die Entwicklungsländer bei einer formalen Gleichbehandlung mit den entwickelten Ländern typischerweise benachteiligt sind.⁸³³ In Anbetracht des übergeordneten Ziels des GATT (bzw. der WTO), in *allen* Ländern eine Wohlstandsmehrung zu erreichen, stellt sich dies als strukturelles Defizit des MFN-Prinzips in Form des Art. I:1 GATT dar. Vor diesem Hintergrund muss das „APS der UNCTAD“ daher eher als *Weiterentwicklung* denn als Durchbrechung des MFN-Prinzips betrachtet werden.⁸³⁴ Um die Konzentration der Wohlfahrtseffekte

832 *Hudec*, in: Petersmann/Hilf, S. 206 f.

833 Stichwort: „*Prebisch-Singer-Thesen*“ sowie „Haberler-Bericht“.

834 *Note*, HLR 108 (1995), 1715, 1724 f. Ähnlich *Franck*, AJIL 82 (1988) 4, 705, 750.

auf die Entwicklungsländer zu ermöglichen, war eine Ausnahmegesetzgebung zu Art. I:1 GATT rechtlich gleichwohl vonnöten. Diese technische Aufgabe erfüllt § 1 *Enabling Clause*.

Die teleologisch enge Verwandtschaft des „APS der UNCTAD“ mit dem MFN-Prinzip sowie die ihm zu Grunde liegende Ideologie sprechen dafür, das Diskriminierungsverbot des § 2 lit. a *Enabling Clause* i.S.d. „MFN-Konzeptes“ zu verstehen.⁸³⁵ Die Verpflichtung, nichtdiskriminierende Zollpräferenzen zu gewähren, kann nicht wie der *chapeau* des Art. XX GATT als bloße Treu und Glauben-Vorschrift aufgefasst werden, die ausschließlich dazu dient, eine missbräuchlichen Verwendung des § 2 lit. a *Enabling Clause* zu verhindern. In Bezug auf den Abbau von tarifären Handelshemmnissen ist die GATT/WTO-Rechtsordnung vielmehr eindeutig und verwendet auf Grund der dargestellten ökonomischen Zielsetzung das „MFN-Konzept“ als Nichtdiskriminierungsgrundsatz.⁸³⁶

d) Staatenpraxis

Die einschlägige Staatenpraxis kann als Bestätigung der gefundenen Auslegungsergebnisse angeführt werden.⁸³⁷ Dabei ist zu unterscheiden zwischen der Praxis in Bezug auf spezielle *Waiver* nach Art. XXV:5 GATT und der Praxis in Bezug auf die in § 7 *Enabling Clause* vorgesehenen Graduierung.

aa) Die Praxis der speziellen Waiver nach Art. XXV:5 GATT

Insbesondere die beiden wichtigsten Industrieländer, die EU⁸³⁸ und die USA, haben verschiedene spezielle Präferenzsysteme eingerichtet, um einer be-

835 Vgl. auch *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 32: „The arguments for limiting differential treatment in GSP schemes parallel those that have made by economists and legal scholars to justify the MFN rule in GATT Article I.“

836 So auch *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 262 f. (*Donald Regan*): „I think the WTO agreements plainly and with good reason include a strong presumption against country-by-country differentiation. [...] There is no comparable presumption against differentiation between products (even though ‘like’ products must be treated equally) [...]. [...] [U]nder the WTO, member countries are *presumptively* ‘like’ (that is what one accepts in admitting them to MFN status), but products are not.“ Vgl. auch die Stellungnahme des Vertreters Indiens auf der Sitzung des DSB vom 20. April 2004, WT/DSB/M/167, para. 39 f.

837 Im Schrifttum wird auf die Staatenpraxis vor allem verwiesen, um den unverbindlichen Charakter des Merkmals „*non-discriminatory*“ zu belegen, vgl. *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 393 f.; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 246 (*Robert Howse*); *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 253 (*Jane Bradley*).

838 Für die Zwecke dieser Arbeit wird die EU untechnisch als *Industrieland* bezeichnet, da die Kompetenz für das Zollrechts bei der EU und nicht den einzelnen EU-Mitgliedstaaten liegt.

stimmten Gruppe von Entwicklungsländern zusätzliche Vergünstigungen zu gewähren. Für die meisten⁸³⁹ dieser speziellen Programme wurde ein *Waiver* gemäß Art. XXV:5 GATT beantragt und auch gewährt.⁸⁴⁰ Vor diesem Hintergrund ist die Fußnote 2 zu § 2 *Enabling Clause* von Bedeutung, worauf sich die USA bei der Beantragung eines *Waivers* zur Legitimierung des CBERA-Programms⁸⁴¹ ausdrücklich bezogen.⁸⁴² Diese Staatenpraxis legt nahe, dass mit der Formulierung „GATT provisions for joint action“ auf das *Waiver*-Verfahren gemäß Art. XXV:5 GATT verwiesen wird.⁸⁴³

Fußnote 2 zu § 2 *Enabling Clause* i.V.m. der einschlägigen Staatenpraxis spricht demnach dafür, dass spezielle Präferenzprogramme, die nur eine bestimmte Gruppe von Entwicklungsländern begünstigten, nicht in den Anwendungsbereich der *Enabling Clause* fallen und nur durch einen *Waiver* gemäß Art. XXV:5 GATT legalisiert werden können.⁸⁴⁴ Dies deutet wiederum darauf hin, dass eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern innerhalb eines unter § 2 lit. a *Enabling Clause* zu subsumierenden APS-Programms nicht vorgesehen ist. Unterstellt, die Auswahl der begünstigten Entwicklungsländer in den speziellen Präferenzprogrammen der EU und der USA erfolgte „on a proper basis“⁸⁴⁵, so spricht die Fußnote 2 des § 2 *Enabling Clause* i.V.m. der einschlägigen Staatenpraxis gegen eine rechtliche Anerkennung von Unterschieden zwischen den Entwicklungsländern durch

839 Eine Ausnahme besteht für den AGOA der USA. Diesen notifizierten die USA beim WTO-Sekretariat als Ausweitung ihres APS-Programms. Dies stieß indes bei einigen Entwicklungsländern auf Kritik, vgl. *Harrison*, ITLR 2003, 159, 161.

840 In Bezug auf die Dritte Lomé-Konvention der EG (*Lomé III*, vom 8.12.1984, ABl. EG 1986 L 86/3) vertraten die AKP-Staaten die Auffassung, dass ein *Waiver* gemäß Art. XXV:5 GATT nicht erforderlich sei, da diese sich mit der EG auf einer Basis „of full equality“ geeinigt hätten (vgl. den Bericht der entsprechenden GATT-Arbeitsgruppe L/6382, angenommen am 22. September 1988, BISD, 35. Ergänzung, S. 327, para. 19). Diese Auffassung hielt indes nur bis zur Vierten Lomé-Konvention, für die wieder ein *Waiver* beantragt und erteilt worden ist, vgl. *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. II, S. 892 ff.

841 Vgl. hierzu oben §2, B.III.

842 Vgl. *WTO*, GATT-Analytical Index, Vol. II, S. 888 sowie die Nachweise bei *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 521 (Fn. 55).

843 So auch *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 520 f.; *Yusuf*, JWTL 14 (1980) 5, 488, 495. Vgl. auch den Bericht der entsprechenden GATT-Arbeitsgruppe: „The joint action envisaged had to be in terms of para. 5 of Article XXV irrespective of whether this was specifically mentioned or not.“ (Entscheidung L/5708, angenommen am 6.-8. und 20. November 1984, BISD, 31. Ergänzung 1984, S. 180, para. 31).

844 So auch *Bartels*, JIEL 6 (2003) 2, 507, 521. Ähnlich *Harrison*, ITLR 2003, 159, 161.

845 Vgl. die vom *AB* hergeleitete „gewöhnliche Bedeutung“ des Begriffes „Diskriminierung“ in *EC – Preferences*, *AB*, para. 153.

die *Enabling Clause* und somit gegen ein Nichtdiskriminierungskonzept i.S.d. „*chapeau*-Konzeptes“.

bb) Die Praxis der Graduierung nach § 7 *Enabling Clause*

In den ersten europäischen APS-Verordnungen der 1970er Jahre wurden die Entwicklungsländer grundsätzlich als „homogene Gruppe“ klassifiziert.⁸⁴⁶ Das Europäische Parlament stellte jedoch im Jahr 1980 im Rahmen der Evaluation des APS der EG fest, dass

„die Länder, die derzeit den größten Vorteil aus dem APS ziehen, im allgemeinen halb-industrialisierte Länder sind und nicht zu den ärmsten Ländern gehören [...].“⁸⁴⁷

Um die Vorteile stärker den ärmsten Ländern zukommen zu lassen, forderte das Parlament den Rat auf,

„bei der Festlegung des APS in den kommenden Jahren das System dahingehend zu ändern, dass seine Anwendung nach der Industrialisierungsstufe der begünstigten Länder differenziert werden kann [...].“⁸⁴⁸

Das Europäische Parlament formulierte hier stellvertretend für die entwickelten Länder den Wunsch nach einer Graduierung. Bereits bei den Verhandlungen über die *Enabling Clause* im Rahmen der Tokio-Runde setzten sich die entwickelten Länder mit der Aufnahme eines solchen Graduierungsmechanismus durch: § 7 wurde in die *Enabling Clause* eingefügt. Die EG machte hiervon wie andere entwickelte Länder in den folgenden Jahren Gebrauch.⁸⁴⁹

Eine Graduierung funktioniert in der Regel so, dass ein Land, welches einen bestimmten Grad an Wettbewerbsfähigkeit oder Industrialisierung erreicht hat, aus dem Kreis der begünstigten Entwicklungsländer ausgeschlossen wird. Wie das Europäische Parlament mit obigem Zitat zum Ausdruck bringt, geschieht dies vornehmlich zu dem Zweck, die Vorteile des europäischen APS stärker den ärmeren Ländern zukommen zu lassen.⁸⁵⁰ Wären die entwickelten Länder der Auffassung gewesen, dass innerhalb eines APS eine sich an den besonderen Bedürfnissen bestimmter (z.B. der ärmeren) Länder

846 *Lester*, HILJ 36 (1995), 220, 224.

847 Vgl. ABl. EG 1980 C 291/78.

848 Vgl. ABl. EG 1980 C 291/78. Das Europäische Parlament bekräftigte diese Aufforderung im Jahr 1984, vgl. ABl. EG 1984 C 117/209.

849 Vgl. für das europäische APS: Art. 4 der VO (EG) Nr. 3281/1994 (ABl. EG 1994 L 348/1); Art. 3 Abs. 4 der VO (EG) Nr. 2820/98 (ABl. EG 1998 L 357/1); Art. 3 Abs. 1 der VO (EG) Nr. 2501/2001 (ABl. EG 2001 L 346/1); Art. 3 Abs. 1 VO (EG) Nr. 980/2005 (ABl. EG 2005 L 169/1).

850 *Lester*, HILJ 36 (1995), 220, 226 (Fn. 38).

orientierende Differenzierung bereits auf der Grundlage des § 2 lit. a *Enabling Clause* möglich gewesen wäre, so hätte es einer Forderung nach einem Graduierungsmechanismus in Form des § 7 *Enabling Clause* nicht bedurft. Die Aufnahme des § 7 in die *Enabling Clause* spricht demnach dafür, dass auch die Industrieländer seinerzeit eine Differenzierung zwischen den Entwicklungsländern *innerhalb* eines APS als unvereinbar mit § 2 lit. a *Enabling Clause* ansahen.

Die EG praktizierte parallel noch eine abgeschwächte Form der Graduierung, welche sie „Differenzierung“ nannte.⁸⁵¹ Die Graduierung bezieht sich hier nur auf einzelne Produkte, bei denen das entsprechende Entwicklungsland einen bestimmten Grad an Wettbewerbsfähigkeit erreicht hat. Diese Praxis ist einerseits gerichtet auf die Diversifizierung der Industrie, indem ein Anreiz für das Entwicklungsland geschaffen wird, sich nicht auf den Export nur einzelner Produkte zu spezialisieren. Andererseits sollen die Hersteller aus dem eigenen Land vor zur großer Konkurrenz aus Entwicklungsländern geschützt werden. Beide Formen der Graduierung sind in § 7 S. 2 *Enabling Clause* vorgesehen, da die Anpassung des APS an

„[...] the progressive development of their economies and improvement in their trade situation [...]“ (§ 7 S. 2 *Enabling Clause*)

geknüpft wird.⁸⁵² Sie entsprechen überdies dem „MFN-Konzept“, da für gleichartige Produkte keine unterschiedlichen Zollsätze erhoben werden wie im Falle der „positiven“ Konditionalität, also beispielsweise den *drug arrangements*. Die strikte Form der Graduierung bezieht sich auf den Kreis der APS-Begünstigten in Bezug auf *alle* vom APS umfassten Produkte; die „Differenzierung“ als abgeschwächte Form der Graduierung bezieht sich auf den Kreis der APS-Begünstigten in Bezug auf nur *einzelne* Produkte. Nach beiden hier dargestellten Formen der Graduierung wird jede Zollpräferenz *nach* der Festlegung des Kreises der Begünstigten durch das entwickelte Land unterschiedslos für alle gleichartigen Produkte und somit *nichtdiskriminierend* i.S.d. „MFN-Konzepts“ gewährt.

851 Vgl. KOM(94) 212 endgültig.

852 Beide Formen der Graduierung sind ebenfalls in den „Agreed Conclusions“ vorgesehen. In Art. III, § 1 wird den entwickelten Ländern das Recht zu sog. „*a priori* limitations“ sowie „the right to make changes in the detailed application as in the scope of their measures, and [...] to limit or withdraw entirely or partly some of the tariff advantages granted“ zugestanden. Dies soll zu dem Zweck geschehen, „to retain some degree of control by preference-giving countries over the trade which might be generated by the new tariff advantages.“

Die Praxis der Graduierung inklusive der besonderen Form der „Differenzierung“ ist daher ebenfalls als ein Hinweis darauf zu werten, dass dem Diskriminierungsverbot des § 2 lit. a *Enabling Clause* das „MFN-Konzept“ zu Grunde liegt.

e) Ergebnis der Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“

Die Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ hat gezeigt, dass die von *Robert Howse* behauptete Unsicherheit hinsichtlich des konkreten Nicht-diskriminierungskonzeptes des § 2 lit. a *Enabling Clause* nicht besteht.⁸⁵³ Textliche, systematische sowie teleologische Hinweise lassen den Schluss zu, dass das Diskriminierungsverbot des § 2 lit. a *Enabling Clause* i.S.d. „MFN-Konzeptes“ zu verstehen ist. Innerhalb eines APS gilt somit eine streng-formale Gleichbehandlung der begünstigten Entwicklungsländer. Ein APS, welches die Gewährung von unterschiedlichen Zollpräferenzen an die (wie auch immer zu bestimmende) „Situation“ der begünstigten Entwicklungsländer knüpft, verstößt daher gegen das Merkmal „*non-discriminatory*“. Eine differenzierte Behandlung darf sich wie im Fall des Art. I:1 GATT nur an Unterschieden zwischen den gehandelten Produkten orientieren.

2. Die für ein APS einschlägigen Voraussetzungen des § 3 *Enabling Clause*

Das *Panel* sowie der *AB* prüften das APS der EG nicht anhand der einschlägigen Regelungen des § 3 *Enabling Clause*, sondern zogen diese (ebenso wie die Merkmale „*generalized*“ und „*non-reciprocal*“) lediglich zur Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ heran.⁸⁵⁴

Im Gegensatz dazu kommt die hier vorgenommene Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ bereits ohne Rückgriff auf § 3 *Enabling Clause* zu einem klaren Ergebnis. Im Folgenden wird § 3 *Enabling Clause* daher auf seinen eigenständigen Regelungsgehalt sowie auf die damit im Zusammenhang stehende Frage der Justiziabilität hin untersucht. Anschließend werden die Auslegungsergebnisse des *Panels* und des *AB* hinsichtlich § 3 *Enabling Clause* einer kritischen Würdigung unterzogen.

a) Eigenständiger Regelungsgehalt und Justiziabilität

Gemäß dem einleitenden Satz des § 3 *Enabling Clause* gelten die lit. a bis c für „jede differenzierte und günstigere Behandlung“ i.S.d. *Enabling Clause*.

853 Die *Enabling Clause* ist somit keineswegs „silent on this crucial question“, wie *Robert Howse* behauptet, vgl. *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 400.

854 Vgl. EC – Preferences, Panel, para. 7.65 ff.; EC – Preferences, AB, para. 157 ff.

Beachtet werden muss jedoch die unterschiedliche Zielrichtung der lit. a und b einerseits sowie des lit. c andererseits.

Nach den lit. a und b soll die Sonderbehandlung der Entwicklungsländer weder „Barrieren“ oder sonstige „unangemessenen Schwierigkeiten“ für den Handel aller anderen Mitgliedstaaten erzeugen, noch „Hindernisse“ für den Abbau von Zöllen auf Grundlage des MFN-Prinzips errichten. Die *Enabling Clause* soll mit anderen Worten nicht dazu genutzt werden, dass durch konkrete *S&D*-Maßnahmen andere zentrale Ziele⁸⁵⁵ der GATT/WTO-Rechtsordnung umgangen und dadurch möglicherweise Rechte anderer Mitgliedstaaten, die nicht von der konkreten *S&D*-Maßnahme betroffen sind, eingeschränkt werden. Es handelt sich somit um allgemeine und justifiable Missbrauchsklauseln.⁸⁵⁶

Lit. c hat im Vergleich zu den lit. a und b die Funktion einer Spezialvorschrift für Maßnahmen der entwickelten Länder zu Gunsten der Entwicklungsländer; ausgeklammert werden *S&D*-Maßnahmen, welche sich die Entwicklungsländer untereinander gewähren.⁸⁵⁷ Lit. c gilt daher insbesondere für APS-Programme i.S.d. § 2 lit. a *Enabling Clause* und zielt auf deren Erst-, bzw. Neugestaltung als „positive“ Reaktion auf die „Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer“ ab. Lit. c schützt daher im Gegensatz zu den lit. a und b nicht vor einem Missbrauch der *Enabling Clause* zum Nachteil anderer Mitgliedstaaten, sondern will vielmehr sicherstellen, dass durch die Einrichtung eines APS auch die ihnen zu Grunde liegenden Ziele, d.h. Steigerung der Exporterlöse und Diversifizierung der Industrie, verwirklicht werden. In seiner rechtlichen Funktion ist lit. c folglich von den lit. a und b zu unterscheiden.

Die Frage der Justiziabilität ist auf Grund dessen nur schwer zu beantworten. Ein Entwicklungsland könnte verschiedene Aspekte rügen, die geeignet wären, das „Positive“ eines APS als Reaktion auf die Bedürfnisse der Ent-

855 Wie sich nicht zuletzt aus Abs. 2 der Präambel des ÜWTO ergibt, handelt es bei *S&D* um eines der zentralen Ziele der GATT/WTO-Rechtsordnung.

856 Es drängt sich eine Parallele zur Funktion des *chapeau* des Art. XX GATT auf: Nach Prüfung anhand aller einschlägigen Vorschriften der *Enabling Clause* (also insbesondere anhand des § 2, welcher die Rechtsfolge des § 1 auslöst) dienen die lit. a und b des § 3 als „Abrundung“, indem die konkrete Maßnahme abschließend unter allgemeinen Missbrauchsgesichtspunkten („*good faith*“) betrachtet wird; vgl. in Bezug auf die Prüfungsreihenfolge im Falle des Art. XX GATT nur *Hilf/Oeter*, § 9, Rn. 67 ff.

857 In Betracht kommen nur Maßnahmen gemäß den lit. b bis d des § 2 *Enabling Clause*, denn § 2 lit. a *Enabling Clause* gilt ausschließlich für das APS, welches *per definitionem* von entwickelten Ländern zu Gunsten der Entwicklungsländer eingerichtet wird.

wicklungsländer zunichte zu machen: Der Kreis der begünstigten Länder bzw. der Produktumfang seien zu klein; zu strenge *rules of origin*; ungerechtfertigte Anwendung „negativer“ Konditionalität, etc. Diese Fragestellungen gehören indes zu den Gestaltungsrechten der entwickelten Länder, die ihnen im Rahmen der „Agreed Conclusions“ zugestanden wurden und die auch bei Erlass der *Enabling Clause* im Jahre 1979 unregelt blieben. Eine Rüge, die sich auf § 3 lit. c *Enabling Clause* stützt, dürfte aus diesem Grund regelmäßig erfolglos bleiben. Im Ergebnis sprechen somit gute Gründe dafür, jedenfalls von einer *faktischen* Unverbindlichkeit des § 3 lit. c *Enabling Clause* auszugehen.

b) Die Auslegung des § 3 lit. c *Enabling Clause* durch den AB

Durch den Bericht des AB im Fall *EC – Preferences* erfuhr § 3 lit. c *Enabling Clause* im Gegensatz zu der hier vertretenden Auffassung eine deutliche rechtliche Aufwertung. Der AB leitete aus dieser Vorschrift tatbestandliche Grenzen für die nach § 2 lit. a *Enabling Clause* zugelassene Differenzierung zwischen Entwicklungsländern ab.⁸⁵⁸ Eine Differenzierung müsse danach eine „positive Reaktion“ auf ebenjene Bedürfnisse der Entwicklungsländer darstellen. Als rechtliches Kriterium ergebe sich danach aus § 3 lit. c *Enabling Clause*, dass

„a *sufficient nexus* should exist between, on the one hand, the preferential treatment provided under the respective measures authorized by paragraph 2, and, on the other hand, the likelihood of alleviating the relevant ‘development, financial [or] trade need’“.⁸⁵⁹

Die rechtliche Aufwertung des § 3 lit. c *Enabling Clause* ist damit zu begründen, dass sich der AB bei der Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ für das „*chapeau*-Konzept“ entschieden hat. Soweit nämlich der These des „*chapeau*-Konzeptes“ gefolgt wird, eröffnet sich die Schwierigkeit, genaue Kriterien für eine Differenzierung zwischen den Mitgliedstaaten festzulegen. Diese Kriterien fand der AB nur in § 3 lit. c *Enabling Clause* in Gestalt der „Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse der Entwicklungsländer“.⁸⁶⁰

858 *Trebilcock/Howse*, S. 479; *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 32.

859 *EC – Preferences*, AB, para. 164 (Hervorhebung durch den Verf.). Vgl. dazu auch *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 27, der sich mit der Frage befasst, ob es sich hierbei um einen wirtschaftlichen Nexus handeln muss.

860 *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 250. (*Robert Howse*). Vgl. dazu auch die Stellungnahme des Vertreters Indiens auf der Sitzung des DSB vom 20. April 2004, WT/DSB/M/167, para. 48 f.

Im Schrifttum wird die rechtliche Aufwertung des § 3 lit. c *Enabling Clause* zum Teil übernommen und darauf aufbauend diskutiert, ob § 3 lit. c *Enabling Clause* nur ein Recht oder vielmehr eine Verpflichtung zur unterschiedlichen Behandlung verschiedener Entwicklungsländer je nach Entwicklungsbedürfnis enthalte.⁸⁶¹

Nach der hier vertretenen Auffassung stellt sich diese Frage jedoch nicht, da auf der Grundlage des „MFN-Konzeptes“ eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern *innerhalb* eines APS einen Verstoß gegen § 2 lit. a *Enabling Clause* darstellt. Auf diese Frage soll daher nicht näher eingegangen werden.

III. Zusammenfassung der Ergebnisse zu B.

Das Merkmal „*generalized*“ hat im Gegensatz zu den ebenfalls in der Fußnote 3 zu § 2 lit. a *Enabling Clause* enthaltenen Merkmalen „*non-reciprocal*“ und „*non-discriminatory*“ einen programmatischen, d.h. unverbindlichen Charakter. Es fordert die entwickelten Länder auf, bei der *Gestaltung* ihrer APS-Programme zwei Dinge zu berücksichtigen: Um den verallgemeinerten Ansatz des „APS der UNCTAD“ zu verwirklichen, sollen in die APS-Programme erstens möglichst alle Länder aufgenommen werden, die sich selbst als Entwicklungsland einstufen (Praxis der Selbstkategorisierung). Zweitens soll der Produktumfang so umfassend sein, dass eine Steigerung der Exporterlöse sowie eine Förderung der Industrialisierung in allen begünstigten Entwicklungsländern erreicht werden kann. Der programmatische Gehalt des Merkmals „*generalized*“ findet demgemäß auf den *Entstehungsprozess* eines APS Anwendung.

Das Merkmal „*non-reciprocal*“ verbietet entwickelten Ländern, im Rahmen eines APS die Gewährung der Zollpräferenzen von solchen Zugeständnissen abhängig zu machen, die mit den Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnissen der Entwicklungsländer nicht zu vereinbaren sind. Dieses Verbot bezieht sich ausschließlich auf handelsspezifische Zugeständnisse, d.h. auf den Abbau von Handelshemmnissen im Austausch gegen Zollpräferenzen. Das Merkmal „*non-reciprocal*“ ist im Gegensatz zu „*generalized*“ als rechtlich verbindlich anzusehen und ist in Art. XXXVI:8 GATT sowie in § 5 S. 1 *Enabling Clause* niedergelegt.

In Bezug auf § 3 *Enabling Clause* ist zu differenzieren. Lit. a und b enthalten allgemeine Missbrauchsklauseln. Lit. c enthält nach der hier vertretenen Auffassung unverbindliche Zielvorgaben für die Ausgestaltung und Anwendung der durch die §§ 1 und 2 lit. a *Enabling Clause* legitimierten APS-

861 Charnovitz (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 242 ff. (Lorand Bartels).

Programme. Als Anhaltspunkt für die Auslegung oder gar als tatbestandliche Begrenzung des Merkmals „*non-discriminatory*“ ist diese Vorschrift auf Grund ihres unbestimmten und programmatischen Inhaltes ungeeignet.

Die Merkmale „*generalized*“ und „*non-reciprocal*“ sowie § 3 *Enabling Clause* haben keine unmittelbare Auswirkung auf die zentrale Frage, inwiefern eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern *innerhalb* eines APS zulässig ist. Diese Frage wird ausschließlich durch das Merkmal „*non-discriminatory*“ beantwortet. Dem Diskriminierungsverbot des § 2 lit. a *Enabling Clause* liegt das „MFN-Konzept“ zu Grunde, was bedeutet, dass es für die Erhebung unterschiedlicher Zollsätze *innerhalb* eines APS nur auf die Eigenschaften der importierten Produkte, nicht aber auf die Situation oder ein Verhalten des Herkunftslandes ankommen darf. Eine Differenzierung zwischen den Entwicklungsländern ist nur *außerhalb* (im Vorfeld) eines APS zulässig, indem das Industrieland den Kreis der begünstigten Länder festlegt.

Insgesamt lässt die Auslegung der *Enabling Clause* im Allgemeinen und des Merkmals „*non-discriminatory*“ im Besonderen ein klares rechtliches Konzept in Bezug auf die WTO-Rechtmäßigkeit eines APS erkennen. Zu unterscheiden ist zunächst zwischen dem *Entstehungsprozess* und der *Anwendung* eines APS.⁸⁶² In Bezug auf den Entstehungsprozess stehen den entwickelten Ländern unbeschränkte Rechte zu:

- Die Einrichtung eines APS ist freiwillig;
- der Kreis der begünstigten Entwicklungsländer sowie
- der Umfang der begünstigten Produkte sind frei wählbar.

Der Entstehungsprozess ist nicht durch verbindliches Recht geregelt. Das Merkmal „*generalized*“ dient lediglich als unverbindliche Richtschnur. Am Ende des Entstehungsprozesses muss sich das entwickelte Land für einen Kreis von Ländern, welche es dadurch als „Entwicklungsländer“ i.S.d. *Enabling Clause* anerkennt, sowie für eine Liste von Produkten entschieden haben. Beides zusammen bildet dann ein Allgemeines Präferenzsystem i.S.d. § 2 lit. a *Enabling Clause*.

Sobald sich ein entwickeltes Land dazu entschlossen hat, ein APS in Kraft zu setzen, greifen die verschiedenen Voraussetzungen der *Enabling Clause*

862 Diese Unterscheidung wird im Rahmen dieser Arbeit durch die Formulierung „außerhalb“ (Entstehungsprozess), bzw. „innerhalb“ (Anwendung) des APS zum Ausdruck gebracht.

als verbindliches Völkerrecht ein, um ein Abweichen von Art. I:1 GATT zu rechtfertigen.

- Jede in einem APS enthaltene Zollpräferenz muss gemäß § 2 lit. a *Enabling Clause* nichtdiskriminierend gewährt werden. Entsprechend dem „MFN-Konzept“ bedeutet dies, dass jedem begünstigten Entwicklungsland für gleichartige Produkte derselbe vergünstigte Zollsatz zu gewähren ist.
- Vom begünstigten Entwicklungsland dürfen für die Gewährung der Zollpräferenz keine entsprechenden Zugeständnisse erwartet werden, wenn diese mit dessen Entwicklungsbedürfnissen nicht zu vereinbaren sind.

Die Handhabung eines APS-Programms ist jedoch geprägt von verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten der Industrieländer:

- Zollpräferenzen können einzeln oder vollständig einem begünstigten Land entzogen werden. Das Industrieland ist dabei an keinerlei materiell-rechtliche Vorgaben gebunden. Insbesondere kann es die Entscheidung von wirtschaftlichen (Graduierung) oder politischen („negative“ Konditionalität) Gegebenheiten abhängig machen;
- für bestimmte Produkte können Einfuhrquoten vorgesehen werden (*a priori* limitations).

Schließlich enthält lit. c die rechtlich unverbindliche Aufforderung an die entwickelten Länder, bei der Einrichtung und Handhabung eines APS stets die (Entwicklungs-, Finanz- und Handels-) Bedürfnisse der Entwicklungsländer zu berücksichtigen.

C. Diskriminierung und Konditionalität

Eine grundsätzliche Schwierigkeit, die Praxis der „positiven“ oder „negativen“ Konditionalität⁸⁶³ an den Merkmalen der *Enabling Clause* zu messen, ergibt sich vor allem aus dem historischen Umstand, dass diese Praxis erst nach Erarbeitung des „APS der UNCTAD“ von den entwickelten Ländern eingeführt worden ist. Politisch motivierte Anreizvereinbarungen, mit deren Hilfe die Entwicklungsländer zu einem bestimmten Verhalten bewegt werden sollen, waren nicht Gegenstand der Verhandlungen über das APS in UNCTAD II. Im Übrigen ist streng zwischen „positiver“ und „negativer“ Konditionalität zu unterscheiden: Erstere spielt sich im Bereich der *Anwendung*, letztere im *Entstehungsprozess* eines APS-Programms ab.

863 Vgl. zu den Begriffen „positive“ und „negative“ Konditionalität oben §5, B.I.2.

Einen Unterfall „positiver“ Konditionalität stellt die von der EG praktizierte Form der entwicklungspolitischen Anreizpolitik dar.⁸⁶⁴ Bei der Frage, inwiefern diese mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren ist, ist zu berücksichtigen, dass Gegenstand des Verfahrens *EC – Preferences* nur die *drug arrangements* waren, die, wie bereits erwähnt, nicht der entwicklungspolitischen Anreizpolitik zuzuordnen sind.⁸⁶⁵ Weder *Panel* noch *AB* haben sich daher explizit zur Rechtmäßigkeit der entwicklungspolitischen Anreizpolitik geäußert. Auch im Rahmen dieser Arbeit, die sich vor dem Hintergrund des Verfahrens *EC – Preferences* mit der Auslegung der *Enabling Clause* und konkret mit der ganz grundsätzlichen Frage beschäftigt, ob diese WTO-Norm eine differenzierte Behandlung von Entwicklungsländern innerhalb eines APS gestattet, kann die Problematik der Anreizpolitik nur angerissen werden. Denn worauf eine Differenzierung zwischen Entwicklungsländern innerhalb eines APS zurückzuführen ist, ob sie Folge der Anreiz- oder einer anderen Politik ist, ist für die hier behandelte Grundsatzfrage zunächst nicht von Interesse. Erst wenn man, wie hier der *AB*, eine Differenzierung innerhalb eines APS grundsätzlich für rechtmäßig erachtet, stellt sich die Frage nach der Vereinbarkeit der Anreizpolitik mit dem WTO-Recht, wobei die Auslegung der *Enabling Clause* durch den *AB* besonders zu berücksichtigen ist.⁸⁶⁶

Nach der hier vertretenen Auffassung liegt dem Diskriminierungsverbot der *Enabling Clause* das „MFN-Konzept“ zu Grunde. Danach kommt es für die Beantwortung der Frage, ob eine Diskriminierung vorliegt, entscheidend auf die Vergleichbarkeit der gehandelten Waren an. Demgegenüber stellen die entwickelten Länder im Rahmen der „positiven“ Konditionalität für die Gewährung einer zusätzlichen oder weitergehenden Zollpräferenz auf das Verhalten der bereits in ihr APS aufgenommenen Entwicklungsländer ab. Da somit für gleichartige Produkte nicht dieselben Zollsätze vorgesehen sind, liegt jeder Form „positiver“ Konditionalität ein *de jure* diskriminierendes Konzept zu Grunde.⁸⁶⁷

Für die Praxis der „negativen“ Konditionalität gilt etwas anderes: Hier macht ein Industrieland die grundsätzliche Frage, ob ein Land, welches sich selbst als Entwicklungsland qualifiziert, in ein APS-Programm überhaupt

864 Vgl. hierzu näher unten §6, A.

865 Vgl. oben §3, A.I.2.

866 Vgl. hierzu unten §6, B.I.1. sowie §7.

867 Nach der hier vertretenen Auffassung ist also auch das unten in §6 dargestellte und seit 2006 geltende „APS-Plus“ der EG nicht mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren, da es sich hierbei im Ergebnis um „positive“ Konditionalität handelt.

erst aufgenommen wird, von verschiedenen Bedingungen abhängig. Wie sich aus der u.a. in der APS-Entscheidung von 1971 zu findenden Formulierung

„[...] the establishment of a [...] system of [...] non-discriminatory preferences [...]“

ergibt, gilt das Diskriminierungsverbot nur für die zu gewährenden Zollpräferenzen, nicht aber für die Einrichtung eines APS selbst. Ein APS ist nur dann „eingrichtet“ in diesem Sinne, wenn der Kreis der begünstigten Länder sowie die von den Zollpräferenzen umfassten Produkte feststehen. Wenn ein entwickeltes Land sich nun im Rahmen „negativer“ Konditionalität entschließt, ein vormals begünstigtes Land aus seinem APS-Programm zu streichen, so betrifft dieser Vorgang grundsätzlich nicht das Merkmal „*non-discriminatory*“.

Im Schrifttum wird demgegenüber vertreten, der Bericht des *AB* lege die Vermutung nahe, dass die Praxis der „negativen“ Konditionalität nicht mit § 3 lit. c *Enabling Clause* zu vereinbaren sei, da diese Vorschrift eine „positive Reaktion“ auf die Bedürfnisse der Entwicklungsländer fordere.⁸⁶⁸ Diese Ansicht verkennt jedoch zum einen die Tatsache, dass es den entwickelten Ländern grundsätzlich freisteht, welche Länder sie in ihr APS aufnehmen und wie lange sie ein einmal aufgenommenes Land in ihrem APS belassen wollen.⁸⁶⁹ Zum anderen wird der übrige Text des § 3 lit. c *Enabling Clause* nicht hinreichend berücksichtigt:

„Any differential and more favourable treatment provided under this clause: (c) shall in the case of such treatment accorded by developed contracting parties to developing countries be designed [...] to respond positively to the [...] needs of developing countries.“

§ 3 lit. c *Enabling Clause* bezieht sich somit auf § 2 lit. a *Enabling Clause*, d.h. auf „[p]referential tariff treatment [...] in accordance with the [GSP]“. Das bedeutet, dass die *Gewährung* von Zollpräferenzen im Rahmen eines APS so ausgestaltet sein soll, dass sie positiv auf die Bedürfnisse der Entwicklungsländer reagiert. Die Praxis der „negativen“ Konditionalität bezieht sich indes auf eine andere Frage: Sollen einem bestimmten Entwicklungsland *überhaupt* Zollpräferenzen im Rahmen eines APS gewährt werden? Die Regelung des § 3 lit. c *Enabling Clause* betrifft somit die Ausgestaltung der Zollpräferenzen („wie“), nicht aber die „negative“ Konditionalität als solche

868 So *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 240 f. (*Steve Charnovitz*). Ähnlich auch *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 245 (*Lorand Bartels*) sowie *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 247 (*Robert Howse*); *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 484; *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 540 f.

869 Vgl. insbesondere die Art. II und III der „Agreed Conclusions“.

(„ob“).⁸⁷⁰ Die Auslegung des § 3 lit. c *Enabling Clause* durch den *AB* ändert demzufolge nichts an der Feststellung, dass die Praxis der „negativen“ Konditionalität mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren ist.

Ein weiterer Beleg für dieses Ergebnis findet sich auch in den „Agreed Conclusions“. Die „negative“ Konditionalität war dort zwar nicht in der von den Industrieländern praktizierten Form vorgesehen, aber doch zumindest angelegt, soweit den entwickelten Ländern in Art. III, § 1 S. 2 der „Agreed Conclusions“ das Recht vorbehalten wird,

„[...] to limit or withdraw entirely or partly some of the tariff advantages granted.“

Es ist nicht ersichtlich, weswegen die entwickelten Länder die Entscheidung, Zollpräferenzen ganz oder teilweise zu streichen, nicht auch i.S.d. „negativen“ Konditionalität im Vorfeld der Gewährung von Zollpräferenzen an bestimmte Bedingungen knüpfen dürfen. Als Einschränkung könnte jedoch S. 1 desselben Artikels gelesen werden:

„All proposed individual schemes of preferences provide for certain safeguard mechanisms [...] so as to retain some degree of control by preference-giving countries over the trade which might be generated by the new tariff advantages.“

Danach soll das Recht, Zollpräferenzen ganz oder teilweise zu streichen, die entwickelten Länder vor negativen *wirtschaftlichen* Folgen schützen, die den heimischen Produzenten auf Grund der tarifären Besserstellung der Entwicklungslandproduzenten drohen. Den entwickelten Ländern sollte also offensichtlich nicht die Möglichkeit eingeräumt werden, durch die Streichung von Zollpräferenzen politisch missbilligtes Verhalten sanktionieren zu können. Viel näher liegt, dass hiermit ein Konzept gemeint war, wie es schließlich in der Graduierungsklausel des § 7 der *Enabling Clause* seinen Niederschlag fand.

Die Bestimmung des Art. III, § 1 der „Agreed Conclusions“ ist indes betont unverbindlich formuliert und von dem Bemühen gekennzeichnet, den entwickelten Ländern in der Frage der Auswahl der begünstigten Länder keine verbindlichen Verpflichtungen aufzuerlegen, um deren grundsätzliche Zustimmung zum „APS der UNCTAD“ nicht zu gefährden. Als rechtlich verbindlich kann demnach nur gelten, dass die entwickelten Länder Zollpräfe-

870 Die von *Lorand Bartels* (in: *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 245) aufgeworfene Frage, ob „a withdrawal of preferences, for whatever reason, is an appropriate means of responding to the development of the target country“, stellt sich demnach so nicht.

renzen streichen können, wann immer sie es für richtig erachten.⁸⁷¹ Danach ist die Praxis der „negativen“ Konditionalität grundsätzlich mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren.

Als Ergebnis kann daher festgehalten werden, dass auf der Grundlage des hier vertretenen „MFN-Diskriminierungskonzeptes“ jede Form „positiver“ Konditionalität, und damit auch Anreizpolitik im Stile des „APS-Plus“ der EG, grundsätzlich einen Verstoß gegen § 2 lit. a *Enabling Clause* darstellt, während „negative“ Konditionalität mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren ist.

D. Bewertung der Berichte des *Panels* und des AB

I. *Panel*

Der Bericht des *Panels* stimmt mit der hier vertretenen Auffassung inhaltlich insoweit überein, als darin dem Diskriminierungsverbot des § 2 lit. a *Enabling Clause* ebenfalls das „MFN-Konzept“ zu Grunde gelegt wird. Unterschiede ergeben sich hingegen in Hinblick auf die Herleitung dieses Ergebnisses. So betrachtet das *Panel* beispielsweise Res. 21(II) sowie die „Agreed Conclusions“ der UNCTAD II als „Zusammenhang“ i.S.d. Art. 31 Abs. 2 lit. a WVK.

Unklar bleibt ferner, was das *Panel* mit der Feststellung meint,

„the term ‘developing countries’ in paragraph 2(a) should be interpreted to mean *all* developing countries, with the exception that where developed countries are implementing a priori limitations, ‘developing countries’ may mean *less than all* developing countries.“⁸⁷²

Diese Feststellung suggeriert, § 2 lit. a *Enabling Clause* verpflichte die entwickelten Länder, „alle“ Entwicklungsländer in ihr APS-Programm aufzunehmen. Nun muss aber die Tatsache berücksichtigt werden, dass eine allgemein verbindliche Definition des Begriffes „Entwicklungsland“ in der GATT/WTO-Rechtsordnung nicht enthalten ist.⁸⁷³ Die entwickelten Länder haben darüber hinaus ausweislich des Art. IV, § 1 der „Agreed Conclusions“ das Recht, die begünstigten Länder frei zu wählen und sind gerade nicht an die Praxis der Selbstkategorisierung gebunden. Die zitierte Feststellung des *Panels* ist deshalb nur so zu verstehen, dass *innerhalb* eines APS allen auf-

871 So auch *Davey/Pauwelyn*, in: *Cottier/Mavroidis*, S. 25 (dort in Fn. 64): „The fact that such preference can unilaterally be withdrawn is not disputed.“

872 *EC – Preferences, Panel*, para. 7.174 (Hervorhebungen im Original).

873 Die in Art. 27.2 i.V.m. Annex VII des SCM-Übereinkommens enthaltene Definition gilt ausschließlich für ebendieses Übereinkommen.

genommenen Entwicklungsländern identische Zollpräferenzen gewährt werden müssen.

Im Schrifttum wird der Bericht des *Panel*s überwiegend abgelehnt.⁸⁷⁴ Es wird als „geschichtslastig“ und „seltsam“ empfunden, dass die Auslegung des *Panel*s in der Entstehungsgeschichte der APS als Ergebnis der zweiten UNCTAD-Konferenz verbleibe, ohne in ausreichender Weise die Entstehung der WTO-Rechtsordnung seit 1995 sowie die Ausdehnung ihres praktischen und rechtlichen Anwendungsbereichs in die Überlegungen einzubeziehen.⁸⁷⁵ Bei dieser Kritik bleibt jedoch offen, inwiefern die „Entstehung der WTO-Rechtsordnung seit 1995“ Auswirkungen auf die Auslegung der *Enabling Clause* haben sollte, denn normative Neuerungen im Bereich *S&D* gab es seit Abschluss der Uruguay-Runde nicht. Darüber hinaus verkennen die Kritiker des *Panel*-Berichts, dass es auf Grund des Verweises in § 2 lit. a *Enabling Clause* auf die APS-Entscheidung von 1971 sowie die „Agreed Conclusions“ methodisch geboten war, diese „alten“ Dokumente bei der Auslegung heranzuziehen. Der Vorwurf der „Geschichtslastigkeit“ greift daher zu kurz.

Ein weiterer Kritikpunkt betrifft die praktischen Konsequenzen, die der Bericht des *Panel*s gehabt hätte. So wird problematisiert, dass die individuelle Auswahl der zu begünstigenden Entwicklungsländer zukünftig *per se* ausgeschlossen sei. Dies bedeute einen weitreichenden Eingriff in die nationalstaatliche Souveränität im freiwilligen Bereich der außenwirtschaftlichen Ausgestaltung einer Vorteilsgewährung zu Gunsten von Entwicklungsländern.⁸⁷⁶

Diese Kritik ist nicht zutreffend. Wie dargelegt bleibt den entwickelten Ländern auch auf der Grundlage des *Panel*-Berichtes sowohl außerhalb, aber auch innerhalb eines APS durch die Graduierung und die Praxis der „negativen“ Konditionalität die Möglichkeit, zwischen den Entwicklungsländern bei der Auswahl der begünstigten Länder zu differenzieren. Vor allem ist der Kritik jedoch entgegen zu halten, dass die vom *Panel* festgestellte Verpflichtung, den ausgewählten Entwicklungsländern innerhalb eines APS dieselben Zollpräferenzen zu gewähren, im Ergebnis nicht über die ohnehin bestehende Verpflichtung aus Art. I:1 GATT hinausgeht. Im

874 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 36 ff.; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 407; *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385 ff.; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239 (*Steve Charnovitz*). Zumindest teilweise positiv bewerten den Bericht des *Panel*s: *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 482 f.; *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 16 f.

875 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 36.

876 *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 36.

Gegenteil: die im Rahmen eines APS gewährten Zollsätze müssen nur den dort begünstigten Ländern und nicht allen WTO-Mitgliedstaaten gewährt werden. Nach der insoweit zutreffenden Lösung des *Panel* soll lediglich das von allen WTO-Mitgliedstaaten akzeptierte MFN-Prinzip auch auf das entwicklungspolitische Instrument des APS angewendet werden. Ein Eingriff in die Souveränität der Mitgliedstaaten fand daher wenn überhaupt bereits mit Schaffung des Art. I:1 GATT statt. Dieser vermeintliche Eingriff wird durch die Lösung des *Panel* jedenfalls nicht vertieft.

An anderer Stelle wird kritisiert, dass es der *Panel*-Bericht den Industrieländern unmöglich gemacht hätte, die Innenpolitik bestimmter Entwicklungsländer durch Handelsanreize positiv und auf der Basis eigener Wertvorstellungen zu beeinflussen.⁸⁷⁷ Diese Kritik ist schon deshalb abzulehnen, weil sie von der Prämisse ausgeht, dass in der GATT/WTO-Rechtsordnung eine Einflussnahme auf die *Innenpolitik* der Entwicklungsländer mit welthandelsrechtlichen Mitteln grundsätzlich vorgesehen sei. Festzuhalten ist, dass auch der GATT/WTO-Rechtsordnung grundsätzlich das völkerrechtliche Prinzip staatlicher Souveränität zu Grunde liegt, was bedeutet, dass jeder Mitgliedstaat (und somit auch Entwicklungsländer) autonom über die Wahl der Mittel und Ziele innerstaatlichen Handels entscheiden kann, sofern hierdurch kein Widerspruch zur WTO-Rechtsordnung entsteht.⁸⁷⁸

Das Prinzip der staatlichen Souveränität als Grundlage einer Internationalen Organisation darf jedoch nicht als Argument gegen die grundsätzliche Berücksichtigung von nichthandelsbezogenen Wertvorstellungen wie Umweltschutz oder die Wahrung von Menschenrechten missverstanden werden. Es stellt jedoch andererseits das Gebot auf, dass eine Berücksichtigung von nichthandelsbezogenen Wertvorstellungen innerhalb der WTO-Rechtsordnung, soweit sie gewollt ist, nur im Wege des förmlichen und damit souveränitätswahrenden Prozesses der Normsetzung, an dem alle WTO-Mitgliedstaaten zu beteiligen sind, stattfindet und gerade nicht einseitig durch wirtschaftliche „Anreize“ durchgesetzt wird.⁸⁷⁹ Diese „Anreize“ erweisen sich auf Grund des stark unterschiedlichen wirtschaftlichen Kräfteverhältnisses zwischen den Industrie- und den meisten Entwicklungsländern als eine faktische Aufoktroyierung der Wertvorstellungen der Industrieländer.⁸⁸⁰

877 *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 407; *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 386 und 404. Vgl. auch *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 39.

878 *Hilf/Oeter*, § 7, Rn. 44.

879 Vgl. ferner hierzu unten §7, B.I.

880 Diese Aufoktroyierung von Wertvorstellungen der Industrieländer wird in den Entwicklungsländern zudem als unehrlich empfunden. So wird den Industrieländern

Dass das *Panel* gerade nicht eine Lösung gefunden hat, die zumindest eine Einschränkung des Souveränitätsprinzips bedeutet hätte, kann ihm daher nur schwerlich zum Vorwurf gemacht werden.⁸⁸¹ Der Bericht des *Panel*s ist materiell-rechtlich (überwiegend) als richtig zu bewerten.

II. *Appellate Body*

Der *AB* hat versucht, eine pragmatische und vermittelnde Lösung zu finden, welche die Entwicklungsländer zufrieden stellt und die Praxis der entwickelten Länder legalisiert.⁸⁸² Indem er sich für das „*chapeau*-Konzept“ entschied, trug er jedoch dazu bei, dass das „APS der UNCTAD“ nach Annahme seines Berichtes durch den DSB⁸⁸³ *ad acta* gelegt werden muss. Nunmehr dürfen die entwickelten Länder *innerhalb* eines APS zwischen den Entwicklungsländern differenzieren. Dadurch wurde den APS-Programmen die ökonomische *ratio* des MFN-Prinzips entzogen und durch eine politische *ratio* ersetzt, die auf Grund des einseitigen Charakters ausschließlich durch die jeweiligen APS-Programme der entwickelten Länder konkretisiert wird.⁸⁸⁴ Die APS-Programme der entwickelten Länder werden in Zukunft neben dem „entwicklungsökonomischen“ „APS der UNCTAD“ ein „ent-

vorgeworfen, die Forderung nach Arbeitnehmerrechten oder Umweltschutz in Wahrheit dafür zu nutzen, um protektionistische Politiken zum Nachteil der Entwicklungsländer durchzusetzen, vgl. *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 990 f. (mit entsprechenden Nachweisen).

881 Vgl. auch *Howse*, CJIL 4 (2003) 2, 385, 404, der davon ausgeht, dass die „Gesetzgeber auf dem Capitol Hill“ ihren „Zorn“ gegen die „WTO-Richter“ richten würden, falls die Möglichkeit politischer Konditionalität eingeschränkt würde.

882 Vgl. *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 35; *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 407; *Howse*, Bridges 2004 (Nr. 4), 5, 6; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 259 (*Robert Howse*); *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 258 (*Joost Pauwelyn*): „[...] a radical panel [...], followed by a ‘politically correct’ AB [...]“.

883 Dies geschah auf der Sitzung des DSB vom 20. April 2004, vgl. WT/DSB/M/167 vom 27. Mai 2004.

884 An dieser Stelle könnte die Frage diskutiert werden, ob es sich beim Bericht des *AB* auf Grund dessen weniger um *Rechtsinterpretation*, als vielmehr um *Rechtsfortbildung* handelt und dem *AB* hierzu gegebenenfalls die Zuständigkeit fehlt. Ferner stellte sich die Frage, ob es sich dabei um einen unzulässigen Eingriff in die Souveränität der Entwicklungslandmitglieder der WTO handeln könnte. Indem der DSB als Unterorgan des Allgemeinen Rates der WTO diesen Bericht angenommen hat, stimmten die WTO-Mitgliedstaaten indes der vermeintlichen Rechtsfortbildung zu. Daher sind die aufgeworfenen Fragen von rein akademischer Natur und würden überdies den Rahmen der vorliegenden Arbeit sprengen. Sie sollen daher nicht weiter vertieft werden. Vgl. dazu *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 995 ff.; *Mathis*, LIEI 31 (2004) 4, 289, 300; *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 29.

wicklungspolitisches“ APS enthalten, mit dessen Hilfe die Industrieländer Einfluss auf das Verhalten der Entwicklungsländer nehmen.

Der folgende Sechste Abschnitt (§ 6) geht der Frage nach, inwieweit ein solches „entwicklungspolitisches“ APS justiziabel ist. Diese Frage stellt sich insbesondere, weil die vom AB aufgestellten objektiven Grenzen für eine Differenzierung rechtlich weitgehend unbestimmt sind und den entwickelten Ländern ein weiter Ermessenspielraum bei der Gestaltung des „entwicklungspolitischen“ APS eingeräumt wurde.

§ 6: Der Prüfungsmaßstab des AB für das „entwicklungspolitische“ APS

Gegen die Lösung des AB in der Frage der Auslegung der *Enabling Clause* sprechen, wie soeben gezeigt, gewichtige materiell-rechtliche Gründe. Der DSB nahm den Bericht des AB gleichwohl an, was vor dem Hintergrund des Art. 17.14 DSU und des hierin verankerten Prinzips des negativen Konsenses freilich nicht weiter verwundert.⁸⁸⁵ Für die Praxis der WTO gilt daher von nun an in Bezug auf eine Differenzierung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern innerhalb eines APS der vom AB aufgestellte Prüfungsmaßstab. Dieser soll im Folgenden dargestellt und kritisch gewürdigt werden. Dabei wird das neue „APS-Plus“⁸⁸⁶ der EG eine zentrale Rolle einnehmen. Diese Sonderregelung wurde im Rahmen der APS-VO Nr. 980/2005 vom 27. Juni 2005⁸⁸⁷ sowie der Nachfolge-VO Nr. 732/2008

885 Danach bedürfte es für die Ablehnung eines Berichtes des AB eines einstimmigen Beschlusses des DSB, der in der Praxis in der Regel daran scheitert, dass jedenfalls die im Streitschlichtungsverfahren obsiegende Partei der Ablehnung widersprechen würde.

886 Die Bezeichnung „APS-Plus“ (bzw. „APS+“) für die als Anreiz konzipierten Sonderregeln stammt aus einer Pressemitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Juli 2004, in der die neue APS-VO der EG angekündigt wurde, vgl. auch *Rieck*, ZEuS 2006, 177; *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004, S. 1 ff.

887 ABl. (EU) 2005 L 169/1. Diese gilt insgesamt drei Jahre (vom 01.01.2006 bis 31.12.2008). Im Folgenden: APS+VO 2005.

vom 22. Juli 2008⁸⁸⁸ u.a.⁸⁸⁹ als Reaktion auf den Beschluss des DSB im Verfahren *EC – Preferences* erlassen.⁸⁹⁰

A. Allgemeines zum neuen „APS-Plus“ der EG

Durch förmlichen Beschluss des DSB⁸⁹¹ war die EG völkerrechtlich verpflichtet, ihr APS-Programm bis spätestens zum 1. Juli 2005⁸⁹² in Übereinstimmung mit ihren GATT-Verpflichtungen zu bringen.⁸⁹³ Zu diesem Zweck erlies der Rat der EG die APS+VO 2005 sowie später die APS+VO 2008. Diese Verordnungen sind die ersten zur Umsetzung der von der Europäischen Kommission entwickelten „Leitlinien für die Anwendung des Schemas allgemeiner Zollpräferenzen in der Zeit von 2006 bis 2015“⁸⁹⁴ und gelten bis Ende 2008 bzw. Ende 2011.⁸⁹⁵

Beide APS+Verordnungen behalten die Praxis der „positiven“ Konditionalität in Form von Anreizvereinbarungen bei.⁸⁹⁶ Dabei werden die drei „*special incentive arrangements*“ der Vorgänger-VO (EG) Nr. 2501/2001 zu einem einheitlichen Anreizprogramm zusammengefasst. Jeweils im 2. Abschnitt Verordnungen (Art. 8 bis 11 in der APS+VO 2005 und Art. 7 bis 10 in der APS+VO 2008) gewährt die EG weitergehende Zollpräferenzen. Gemäß Art. 9 der APS+VO 2005 mussten für die Jahre 2006 bis 2008 fünf Voraussetzungen erfüllt sein:

- Ratifizierung und tatsächliche Umsetzung von 16 Internationalen Übereinkommen über Menschen- und Arbeitnehmerrechte (aufgeführt im Anhang III.A. der APS+VO 2005);

888 ABl. (EU) 2008 L 211/1. Diese gilt drei weitere Jahre (vom 01.01.2009 bis 31.12.2011). Im Folgenden: APS+VO 2008.

889 Im Übrigen stand ohnehin die turnusmäßige Erneuerung der APS-VO an, da die „alte“ VO (EG) Nr. 2501/2001 nur bis zum 31. Dezember 2004 galt, vgl. *George*, CTHT, Issue No. 40, S. 1.

890 Vgl. die Mitteilung der Europäischen Kommission an den Rat, das Europäische Parlament und den Europäischen Wirtschafts- und Sozialausschuss vom 7. Juli 2004 (KOM(2004)461endg., S. 7).

891 WT/DS246/10 vom 23. April 2004.

892 Diese Frist ist das Ergebnis eines Schiedsverfahrens gemäß Art. 21.3 lit. c DSU, vgl. *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 193.

893 *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 190 f.; *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004, S. 2; *George*, CTHT, Issue No. 40, S. 1; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 1004 f.

894 Vgl. die Mitteilung der Europäischen Kommission vom 7. Juli 2004 (KOM(2004) 461 endg.).

895 Siehe insgesamt dazu auch *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 194 ff.; *George*, CTHT, Issue No. 40; *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004.

896 *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 6 (Fn. 24).

- Ratifizierung und tatsächliche Umsetzung von sieben weiteren aus einer Liste von elf Internationalen Übereinkommen über verantwortungsvolle Staatsführung („*good governance*“) und Umweltschutz (aufgeführt im Anhang III.B. der APS+VO 2005);
- Verpflichtung, die noch übrigen vier Internationalen Übereinkommen bis spätestens zum 31. Dezember 2008 ratifiziert und umgesetzt zu haben;
- Verpflichtung, die entsprechenden Rechtsvorschriften und Maßnahmen zur Ratifizierung der Internationalen Übereinkommen beizubehalten und eine regelmäßige Überwachung und Überprüfung der Umsetzung gemäß den Durchführungsvorschriften der ratifizierten Übereinkommen zu akzeptieren;
- das Entwicklungsland wird als „gefährdetes Land“ i.S.d. Art. 9 Abs. 3 der APS+VO 2005 eingestuft.

In konsequenter Fortführung dieser Politik fordert Art. 8 der APS+VO 2008 für die Jahre 2009 bis 2011 nunmehr dreierlei:

- Ratifizierung und tatsächliche Umsetzung aller im Anhang III der APS+VO 2008 aufgeführten 27 Internationalen Übereinkommen;
- Verpflichtung, die Ratifizierung der Übereinkommen und die entsprechenden Rechtsvorschriften und Maßnahmen zu ihrer Umsetzung beizubehalten und eine regelmäßige Überwachung und Überprüfung der Umsetzung gemäß den Durchführungsvorschriften der ratifizierten Übereinkommen zu akzeptieren;
- das Entwicklungsland wird als „gefährdetes Land“ i.S.d. Art. 9 Abs. 3 der APS+VO 2005 eingestuft.

Gemäß Art. 9 Abs. 3 der APS+VO 2005 galt ein Land als „gefährdet“, wenn es von der Weltbank während drei aufeinander folgenden Jahren nicht als Land mit hohem Einkommen eingestuft wurde, die fünf größten Abschnitte seiner unter das APS fallenden Einfuhren in die Gemeinschaft mehr als 75 % des Wertes seiner gesamten unter das APS fallenden Einfuhren ausmachen und seine gesamten unter das APS fallenden Einfuhren in die Gemeinschaft weniger als 1 % des Wertes der gesamten unter das APS fallenden Einfuhren in die Gemeinschaft ausmachen. Hieran hat die APS+VO 2008 nichts geändert.

Adressaten des „APS-Plus“ sind somit von vornherein nur wirtschaftlich schwache Länder, deren Exportwirtschaft zudem einen geringen Grad an

Diversifikation aufweist.⁸⁹⁷ Die Sonderbehandlung wird indes nicht allein auf Grund dieser wirtschaftlichen Faktoren gewährt. Das Entwicklungsland soll zusätzlich durch die Ratifizierung und „tatsächliche Umsetzung“ verschiedener Internationaler Übereinkommen innerstaatliche Reformen in den Bereichen Umweltschutz, Menschenrechte sowie *good governance* auf den Weg bringen. Dadurch macht die EG deutlich, dass aus ihrer Sicht eine nachhaltige wirtschaftliche Entwicklung nicht nur auf Grund verbesserter Exportmöglichkeiten zu gewährleisten ist⁸⁹⁸, sondern notwendigerweise innerstaatliche Reformen hinzutreten müssen, die auf die Schaffung stabiler politischer und rechtlicher Rahmenbedingungen ausgerichtet sind.⁸⁹⁹ Dahinter steht der (modernere) entwicklungstheoretische Ansatz, dass der Welthandel seine potentielle Kapazität als Wachstums- und Entwicklungsmotor nur im Rahmen eines umfassenden „multidimensionalen Entwicklungsverständnisses“ entfalten könne.⁹⁰⁰

B. Die einzelnen Kriterien für eine Differenzierung

Fraglich ist jedoch, ob dieser moderne entwicklungspolitische Ansatz, wie er in den APS+Verordnungen von 2005 und 2008 zum Ausdruck kommt, rechtlich⁹⁰¹ mit dem vom AB aufgestellten Prüfungsmaßstab für eine differenzierte tarifäre Behandlung von Entwicklungsländern *innerhalb* ein und desselben APS zu vereinbaren ist. Um keinen Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot i.S.d. „*chapeau*-Konzeptes“ darzustellen, muss nach Ansicht des AB eine Differenzierung zwischen den begünstigten Entwicklungsländern innerhalb eines APS drei⁹⁰² Voraussetzungen erfüllen:

897 *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004, S. 5; *Rieck*, ZEuS 2006, 177, 198; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 1005.

898 So kommt es noch (entsprechend den in den 1960er Jahren vorherrschenden Entwicklungstheorien) u.a. in der Res. 21(II) der UNCTAD II zum Ausdruck.

899 Vgl. in diesem Zusammenhang den Erwägungsgrund 7 der APS+VO.

900 So *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004, S. 7. Vgl. auch die Mitteilung der Europäischen Kommission KOM(2004)461endg., S. 3; *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 31: „There is no doubt that, in today’s world, ‘development’ refers to more than mere economics“; *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 997; *Tetzlaff*, in: Thiel, *Entwicklungstheorie*, S. 363 f.

901 Es ist insoweit von Anfang an klarzustellen, dass im Rahmen dieser Prüfung der Ansatz der EU in seiner *entwicklungspolitischen* Dimension nicht bewertet werden soll. Auf die politischen Konsequenzen des AB-Berichtes wird vielmehr erst im Anschluss hieran unter §7 eingegangen.

902 So auch *Jessen*, in: Tietje/Kraft/Sethe, Heft 27, S. 38. Teilweise werden im Schrifttum vier bzw. sieben Punkte umfassende Prüfungskataloge vertreten, vgl. beispielsweise *Trebilcock/Howse*, S. 479; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 247 f. (*Ro-*

- Eine Differenzierung muss sich nach *objektiven* und *transparenten Kriterien* richten; in Betracht kommen dabei gemäß § 3 lit. c *Enabling Clause* nur (Entwicklungs-, Finanz- oder Handels-) *Bedürfnisse* der Entwicklungsländer;
- die Zollpräferenz muss allen Entwicklungsländern gewährt werden, die sich in Bezug auf das adressierte Bedürfnis in „*derselben Situation*“ befinden;
- eine Zollpräferenz muss ein „*effektives Mittel*“ sein, um auf das adressierte Bedürfnis „positiv“ zu reagieren (Es muss daher ein „*ausreichender Nexus*“ zwischen der konkreten Zollpräferenz und dem konkreten Entwicklungsbedürfnis bestehen).

Die ersten beiden Punkte werden im Folgenden auf Grund systematischer Erwägungen gemeinsam behandelt. Dabei sollen zunächst die Regelungen des „APS-Plus“ auf deren Vereinbarkeit mit den einzelnen Punkten hin überprüft werden. Anschließend soll der Prüfungsmaßstab des *AB* einer allgemeinen Bewertung unterzogen werden.

I. Die Auswahl des Bedürfnisses und die Identifikation der Entwicklungsländer

1. Unterschiedliche Systematik

Die entwickelten Länder dürfen, so der *AB*, innerhalb ihres APS zwischen den begünstigten Entwicklungsländern differenzieren, um besondere „Bedürfnisse“ zu adressieren, welche nicht unbedingt von allen Entwicklungsländern geteilt werden müssen.⁹⁰³ Diese Bedürfnisse müssen anhand objektiver Kriterien ermittelt werden.⁹⁰⁴ Sofern ein spezielles Bedürfnis durch das ÜWTO oder andere „*multilateral instruments adopted by international organizations*“ breite Akzeptanz erfahren hat, streitet eine Vermutung für die geforderte Objektivität.⁹⁰⁵ An anderer Stelle stellt der *AB* ferner zusammenfassend fest, dass

bert Howse); Switzer, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 130 ff. Inhaltlich ergeben sich indes keine Unterschiede.

903 *EC – Preferences, AB*, para. 162.

904 *EC – Preferences, AB*, para. 163; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 244 (*Lorand Bartels*).

905 *EC – Preferences, AB*, para. 163 a.E.; vgl. auch *Trebilcock/Howse*, S. 480.

„[...] preference-granting countries are required [...] to ensure that identical treatment is available to all [...] GSP beneficiaries that have the ‘development, financial and trade needs’ to which the treatment in question is intended to respond [...]“⁹⁰⁶,

Die Subsumtion des „APS-Plus“ unter diese vom AB aufgestellte Voraussetzung erweist sich als komplexer und problematischer, als teilweise im Schrifttum angenommen.⁹⁰⁷ Dem AB schwebt nach der hier vertretenen Auffassung folgende Systematik in Bezug auf eine Differenzierung vor: Das entwickelte Land wählt in einem ersten Schritt anhand objektiver Kriterien das spezielle Entwicklungs-, Finanz- oder Handelsbedürfnis aus, welches es durch eine differenzierte tarifäre Behandlung *unmittelbar* adressieren möchte. In einem zweiten Schritt werden diejenigen Entwicklungsländer identifiziert, welche dieses Bedürfnis teilen. In einem letzten Schritt wird dann *sichergestellt*, dass allen Entwicklungsländern, bei denen sich nachträglich das ausgewählte Bedürfnis zeigt, die differenzierte tarifäre Behandlung offen steht.

Grundsätzlich, so ließ der AB indirekt erkennen, hätten somit auch die *drug arrangements* diesem ersten Erfordernis entsprochen.⁹⁰⁸ Zum einen wird die Drogenproblematik sowohl in der WTO-Rechtsordnung, als auch in zahlreichen Internationalen Übereinkommen als entwicklungshemmendes Moment anerkannt⁹⁰⁹, weswegen eine Vermutung für die objektive Ermittlung dieses Bedürfnisses streiten dürfte. Zum anderen scheiterten die *drug arrangements* nur an fehlender Transparenz und der Abgeschlossenheit der Liste begünstigter Länder, nicht aber an der Unzulässigkeit des gewählten Bedürfnisses.⁹¹⁰

Nach der Vorstellung des AB basiert eine zulässige Differenzierung somit erstens auf der Auswahl von multilateral anerkannten Entwicklungsbedürfnissen und zweitens auf der Identifikation derjenigen Entwicklungsländer, welche diese Bedürfnisse teilen. Wie im Folgenden zu zeigen ist, ist diese Systematik nicht deckungsgleich mit derjenigen des als Anreiz konzipierten „APS-Plus“.

906 *EC – Preferences, AB*, para. 173 a.E. (Hervorhebungen durch den Verf.).

907 Vgl. *Jessen*, TELC Policy Paper No. 9/2004, S. 6: „Das zukünftige [APS] der EG berücksichtigt durch diese eindeutig verobjektivierten Voraussetzungen [...] die WTO-rechtliche Auslegung der ‚Enabling Clause‘ durch den [AB] im ‚Tariff-Preferences‘-Verfahren.“ Skeptischer äußert sich diesbezüglich beispielsweise *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 134 ff.

908 Ähnlich *Bartels*, in: *Cottier/Pauwelyn/Bürgi*, S. 482 f.; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 258 (*Joost Pauwelyn*).

909 Darauf verweist der AB ausdrücklich, vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 163 (Fn. 335).

910 Vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 181 ff.

Das „APS-Plus“ steht, wie bereits erwähnt, nur solchen Entwicklungsländern offen, deren wirtschaftliche Situation als „gefährdet“ i.S.d. Art. 9 Abs. 3 der APS+VO 2005 eingestuft wird, womit insbesondere eine mangelnde Diversifikation der Exportwirtschaft gemeint ist. Die Differenzierung durch das „APS-Plus“ basiert somit im Ausgangspunkt auf einem rein wirtschaftlichen Bedürfnis.⁹¹¹ Dieses stellt für die Gewährung der zusätzlichen Zollpräferenzen im Rahmen des „APS-Plus“ indes nur eine notwendige, nicht aber eine hinreichende Bedingung dar. Hinzutreten muss ein Verhalten des „gefährdeten“ Entwicklungslandes: Bis spätestens Ende 2008 (vgl. Art. 9 Abs. 1 lit. c der APS+VO 2005) müssen 27 Internationale Übereinkommen ratifiziert und „tatsächlich umgesetzt“ werden. Die EG verfolgt damit nach eigener Aussage ein „ganzheitliches Konzept der nachhaltigen Entwicklung“, das in zahlreichen Internationalen Übereinkommen breite Anerkennung erfahren habe.⁹¹² Dieses Konzept ist gerichtet auf die entwicklungsstrategische Notwendigkeit der Herstellung einer stabilen rechtlichen und politischen Lage in den „gefährdeten“ Entwicklungsländern.

Der Unterschied zur oben dargestellten und vom *AB* vertretenen Systematik ergibt sich meines Erachtens aus Folgendem: Das von der EG ausgewählte „Bedürfnis“ wird im „APS-Plus“ nicht *unmittelbar* durch Zollpräferenzen adressiert, da zusätzlich ein von der EG definiertes Verhalten der Entwicklungsländer in Form der Ratifizierung und tatsächlichen Umsetzung verschiedener Internationaler Übereinkommen hinzukommen muss. Die Zollpräferenzen dienen als eine Art Belohnung für die Durchführung innerstaatlicher Reformen, bzw. als eine Art Kompensation für die Kosten dieser Durchführung.⁹¹³ Dieser Mechanismus ist gleichsam konstitutiv für die „Anreizsystematik“ des „APS-Plus“: Ohne „Belohnung“ kein „Anreiz“. Das

911 Nach der Konzeption der UNCTAD II sollte diesem Bedürfnis in einem APS auf zweierlei Weise begegnet werden: Zum einen werden gerade solche Produkte aufgenommen, an deren Handel die schwächeren und schwächsten Entwicklungsländer ein besonderes Interesse haben (vgl. in Bezug auf die besondere Berücksichtigung der Interessen der LDC's Art. V, § 2 der „Agreed Conclusions“). Zum anderen werden die wirtschaftlich stärker gewordenen Entwicklungsländer aus dem APS „herausgraduiert“, um die positiven Effekte des APS ausschließlich den schwächeren Ländern zukommen zu lassen (vgl. § 7 S. 2 *Enabling Clause*). Siehe dazu auch *Harrison*, ITLR 2003, 159, 164 sowie den Bericht des WTO-Sekretariats: „The Generalised System of Preferences: a preliminary analysis of the GSP schemes in the Quad“ (WT/COMTD/W/93 vom 5. Oktober 2001, para. 84).

912 Vgl. die Nachweise im siebten Erwägungsgrund der APS+VO 2005.

913 Dies kommt ebenfalls im siebten Erwägungsgrund der APS+VO 2005 zum Ausdruck.

von der EG ausgewählte Entwicklungsbedürfnis wird hierdurch nur über den „Umweg“ innerstaatlicher Reformen, mithin nur *mittelbar* adressiert.

Die Bedingung, dass ein Verhalten des „gefährdeten“ Entwicklungslandes hinzutreten muss, hat außerdem zur Folge, dass sich die mit den zusätzlichen Präferenzen angestrebten positiven Effekte u.U. nicht in allen gleichsam bedürftigen, d.h. „gefährdeten“ Entwicklungsländern niederschlagen. Zwar steht die differenzierte tarifäre Behandlung grundsätzlich allen „gefährdeten“ Entwicklungsländern offen. Faktisch hängt es jedoch zum einen bereits davon ab, ob ein „gefährdetes“ Entwicklungsland bei der EG überhaupt einen Antrag auf Aufnahme in das „APS-Plus“ stellt.⁹¹⁴ Zum anderen kann die tatsächliche (legislative und exekutive) Fähigkeit des „gefährdeten“ Entwicklungslandes zur Ratifizierung und „tatsächlichen Umsetzung“ der 27 Internationalen Abkommen darüber entscheiden, ob es in den Genuss der zusätzlichen Zollpräferenzen kommt oder nicht.⁹¹⁵ Es kann also innerhalb des europäischen APS-Programms die – entwicklungspolitisch von der EG gewollte – Situation entstehen, dass nicht alle „gefährdeten“ Entwicklungsländer die zusätzlichen Zollpräferenzen des „APS-Plus“ erhalten, obwohl das von der EG ausgesuchte und adressierte Entwicklungsbedürfnis von allen geteilt wird. Demgegenüber fordert der AB, dass die tarifäre differenzierte Behandlung allen Ländern zugänglich gemacht wird, welche das adressierte Bedürfnis „haben“. Darüber hinausgehende Bedingungen erwähnt der AB nicht.⁹¹⁶

Dem lag freilich zu Grunde, dass der AB bei der Herleitung seiner Lösung nicht von der „Anreizsystematik“ à la „APS-Plus“ geleitet wurde. Denn die *drug arrangements* waren, wie bereits erwähnt und wie sich nicht zuletzt auch aus den Überschriften der APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 ergab, gerade nicht der „Anreizsystematik“ zuzuordnen. Sie funktionierten vielmehr grundsätzlich nach der dargestellten und vom AB vertretenen Systematik: In einem ersten Schritt wählte die EG das sich aus dem Drogenanbau ergebende besondere Entwicklungsbedürfnis aus. In einem zweiten Schritt wurden diejenigen Entwicklungsländer identifiziert, welche von diesem Bedürfnis betroffen waren. Der AB beanstandete dann aber zum einen die Identifikati-

914 Vgl. Art. 9 der APS+VO 2008.

915 *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 135 ff. betont in diesem Zusammenhang zu Recht den Umstand, dass innerhalb der Gruppe der „gefährdeten“ Entwicklungsländer schon die Ausgangssituationen unterschiedlich sind: So haben manche Länder schon einige der Abkommen ratifiziert und andere Länder noch nicht. Die „Last“ der Ratifizierungsverpflichtung ist somit von vornherein ungleich verteilt.

916 Vgl. *EC – Preferences*, AB, para. 173.

on der betroffenen Entwicklungsländer und zum anderen das Offenhalten der *drug arrangements* für weitere potentiell betroffene Entwicklungsländer.

Das „APS-Plus“ ist daher streng genommen keine Antwort auf den Bericht des *AB*, sondern vielmehr eine Weiterentwicklung von Anreizvereinbarungen, wie sie schon die APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 enthielt.⁹¹⁷ Diese waren allerdings nicht Gegenstand des Verfahrens *EC – Preferences*, so dass der Bericht des *AB* keine expliziten Aussagen über die Vereinbarkeit derartiger Anreizvereinbarungen mit der *Enabling Clause* enthält. Als Antwort auf den Bericht des *AB* kann demzufolge nur gewertet werden, dass die EG in ihre neuen APS+Verordnungen keine mit den *drug arrangements* vergleichbare Regelung aufgenommen und sich insbesondere bemüht hat, das Verfahren transparent zu gestalten.

2. Bewertung

a) Das Erfordernis der Objektivität

Indem der *AB* als Maßstab für die geforderte Objektivität auf eine „breite internationale Wahrnehmung“⁹¹⁸ des adressierten Bedürfnisses abstellte, räumte er den entwickelten Ländern einen denkbar weiten Ermessensspielraum ein.⁹¹⁹ Bei der heute nahezu unüberschaubaren Zahl von Internationalen Übereinkommen dürfte der Nachweis einer „breiten internationalen Wahrnehmung“ nicht allzu schwer fallen.⁹²⁰ Vor diesem Hintergrund ist die vom *AB* angeordnete grundsätzliche Begrenzung auf „Entwicklungs-, Finanz- und Handelsbedürfnisse“ zu begrüßen.⁹²¹ Im Schrifttum wird indes bereits über eine „dynamisch“ Auslegung des Begriffes „Entwicklungsbedürfnis“ nachgedacht, um auch nichtökonomische Bedürfnisse zu berücksichtigen.⁹²² Dadurch liefe die Begrenzung wieder ins Leere.⁹²³

917 Vgl. dort die „als Anreiz konzipierten Sonderregelungen“ zum Schutz der Arbeitnehmerrechte und zum Schutz der Umwelt in den Art. 8 und 14 ff.

918 Vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 163 a.E.

919 Vgl. *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 21: „[T]he scope [of the rubric of ‘needs’] remains completely open at this stage.“

920 Ähnlich *Bartels*, in: *Cottier/Pauwelyn/Bürgi*, S. 482. Für *Joost Pauwelyn* ist diese sehr allgemeine und unbestimmte Verknüpfung von WTO-Recht mit sonstigem Völkerrecht sogar geeignet, „[...] to undermine the [...] legitimate attempts to construe WTO rules in the wider context of international law“ (vgl. *Charnovitz* (u.a.), *WTR* 3 (2004) 2, 239, 258 (*Joost Pauwelyn*)).

921 *EC – Preferences, AB*, para. 163.

922 Vgl. nur *Chaudhary*, SSRN Working Paper Series (Februar 2005), S. 27 ff.

923 Ähnlich *Harrison*, *ITLR* 2003, 159, 165.

b) Das Erfordernis der Zugänglichkeit

Eine weitere Unbestimmtheit enthält die bereits zitierte Äußerung, wonach die differenzierte Behandlung für alle Entwicklungsländer, welche sich in Bezug auf das adressierte Bedürfnis in einer vergleichbaren Situation befänden, „zugänglich“ sein müsse.⁹²⁴ Diese zurückhaltende Formulierung belässt ebenfalls einen großen Ermessensspielraum auf Seiten der entwickelten Länder. Dies soll hypothetisch am Beispiel des „APS-Plus“ veranschaulicht werden:

Unterstellt, die zusätzlichen Zollpräferenzen im Rahmen des „APS-Plus“ adressierten nur das rein wirtschaftliche Bedürfnis nach weitergehenden Exportmöglichkeiten, welches alle „gefährdeten“ Länder, d.h. alle Länder mit nur geringer wirtschaftlicher Diversifikation teilten. Grundsätzlich steht es allen „gefährdeten“ Ländern offen, bei der EG einen entsprechenden Antrag auf Erhalt der zusätzlichen Zollpräferenzen zu stellen. Als besonderes und von der Europäischen Kommission überwacht Verfahren sieht das „APS-Plus“ vor, dass die „gefährdeten“ Länder zusätzlich 27 Internationale Übereinkommen ratifizieren und tatsächlich umsetzen. Ist die differenzierte Behandlung damit für alle Länder, die dieselben Bedürfnisse haben, „zugänglich“? Genügt mit anderen Worten die theoretische Zugänglichkeit, oder muss die Sonderbehandlung den betroffenen Entwicklungsländern *tatsächlich* zugänglich sein?

Es kann m.E. nicht ausgeschlossen werden, dass die zusätzlichen Anforderungen nicht wenigstens zu einer *de facto*-Diskriminierung führen.⁹²⁵ Die zusätzlichen Präferenzen, die im Ausgangspunkt zunächst allen „gefährdeten“ Entwicklungsländern offen stehen, können sich, wie bereits erwähnt, in tatsächlicher Hinsicht unterschiedlich auswirken. Die zusätzlichen Anforderungen dürften jedenfalls nur schwer mit dem vom AB aufgestellten Erfordernis zu vereinbaren sein, den gleichartigen Zugang zu den zusätzlichen Zollpräferenzen „sicherzustellen“⁹²⁶ sowie anderen WTO-Mitgliedstaaten keine „ungerechtfertigten Lasten“ aufzubürden^{927 928}.

Etwas anderes könnte ggf. dann gelten, wenn die EG den „gefährdeten“ Entwicklungsländern, die einen Antrag auf Aufnahme in das „APS-Plus“ gestellt haben, begleitend technische Hilfestellung bei der Ratifizierung und Umsetzung der Internationalen Abkommen zur Verfügung stellten.

924 EC – Preferences, AB, para. 173 a.E.

925 Einen ähnlichen Ansatz verfolgt *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 136 ff.

926 EC – Preferences, AB, para. 173 a.E.

927 EC – Preferences, AB, para. 167 a.E.

928 Ähnlich auch *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 146 ff.

c) Das Erfordernis der Transparenz

Auch wenn offen bleibt, wie die „Zugänglichkeit“ zu den speziellen Präferenzprogrammen durch das entwickelte Land *in concreto* auszugestalten ist, so fordert der *AB* doch, dass diese für Dritte transparent ausgestaltet wird. In Bezug auf die *drug arrangements* kritisiert der *AB*, dass die APS-VO (EG) Nr. 2501/2001

„[...] contains no criteria or standards to provide a basis for distinguishing beneficiaries under the Drug Arrangements from other GSP beneficiaries.“⁹²⁹

Auf der Grundlage dieser „Kriterien oder Standards“ muss das APS-Programm dann einen „Mechanismus“ vorsehen, wonach Entwicklungsländer gegebenenfalls in das spezielle Präferenzprogramm hinein, oder aus diesem heraus genommen werden können.⁹³⁰ Wichtig ist, dass der *AB* in diesem Zusammenhang ausdrücklich verlangt, dass die Differenzierungskriterien aus dem APS (d.h. aus der entsprechenden nationalstaatlichen gesetzlichen Grundlage) selbst zu entnehmen sind. Anderenfalls bestehe keine „Basis“ für die Bestimmung, ob die ausgewählten Kriterien oder Standards diskriminierend seien oder nicht.⁹³¹

Lorand Bartels wendet ein, dass der *Enabling Clause* ein derartiges Transparenzgebot nicht zu entnehmen sei.⁹³² In der Tat fordert § 2 lit. a (i.V.m. Fußnote 3) *Enabling Clause* nur, dass die Zollpräferenzen nichtdiskriminierend gewährt werden. Sofern im Rahmen eines Streitschlichtungsverfahrens das entwickelte Land die Vereinbarkeit der von ihm vorgenommene Differenzierung mit dem Diskriminierungsverbot i.S.d. Auslegung des *AB* nachweisen kann, besteht nicht unbedingt die rechtliche Notwendigkeit, dass die der Differenzierung zu Grunde gelegten Kriterien jederzeit für Dritte erkennbar sind.

II. „Positive“ Reaktion auf das Entwicklungsbedürfnis

Das Erfordernis, mit der differenzierten Behandlung „positiv“ auf das adressierte Bedürfnis reagieren zu müssen, lässt sich in zwei Unterpunkte aufteilen. Zum einen setzt eine „positive“ Reaktion voraus, dass die Differenzierung die *Förderung* der „Entwicklungs-, Finanz- und Handelssituation“ der begünstigten Entwicklungsländer *bezweckt*.⁹³³ Zum anderen muss es sich bei

929 *EC – Preferences, AB*, para. 188.

930 *EC – Preferences, AB*, para. 182 f.

931 *EC – Preferences, AB* para. 188 a.E.

932 *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 483 f.

933 *EC – Preferences, AB*, para. 164: „[...] the response of a preference-giving country must be taken with a view to *improving* the development, financial or trade situation

den adressierten Bedürfnissen („*by its nature*“) um solche handeln, welchen insbesondere mit *Zollpräferenzen* begegnet werden kann.⁹³⁴ Nähere Ausführungen hierzu enthält der Bericht des *AB* nicht. Nicht nur *Lorand Bartels* drängt sich daher die Frage auf: „[I]s this really a limitation?“⁹³⁵

Die eingeschränkte Justiziabilität dieses Prüfungspunktes ergibt sich zunächst daraus, dass die Förderung der Entwicklungsländer durch die differenzierte Behandlung nur *bezweckt* sein muss.⁹³⁶ Die entwickelten Länder sind also, so legt diese Rechtsprechung des *AB* nahe, in Bezug auf die Frage, ob die tarifäre Differenzierung zur Förderung der Entwicklungssituation der begünstigten Entwicklungsländer *notwendig*⁹³⁷ war, nicht beweisbelastet.⁹³⁸ Erst recht ist daher nicht anzunehmen, dass die Industrieländer in Zukunft beweisen müssten, dass die tarifäre Differenzierung die Entwicklungssituation der begünstigten Entwicklungsländer *tatsächlich* gefördert hätte.⁹³⁹ Es ist somit kaum vorstellbar, dass ein Schema über Zollpräferenzen in einem Streitschlichtungsverfahren an diesem Punkt scheitern wird.⁹⁴⁰

In Bezug auf die besondere Eigenschaft des adressierten Bedürfnisses deutet bereits der Bericht des *AB* an, dass dieses Kriterium weit zu verstehen ist. Wie bereits erwähnt ließ der *AB* die *drug arrangements* letztlich an man-

of a beneficiary country, based on the particular need at issue.“ (Hervorhebung im Original)

934 *EC – Preferences, AB*, para. 164: „In the context of a GSP scheme, the particular need at issue must, by its nature, be such that it can be effectively addressed through tariff preferences.“ Vgl. auch *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 244 (*Lorand Bartels*).

935 *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 482.

936 Vgl. *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 244 (*Lorand Bartels*).

937 In Anlehnung an die lit. a, b und d des Art. XX GATT.

938 So auch *Harrison*, ITLR 2003, 159, 165 f. mit schlichtem, aber treffendem Verweis auf den Umstand, dass die *Enabling Clause* im Gegensatz zu den lit. a, b und d des Art. XX GATT den Begriff „notwendig“ nicht enthält.

939 So auch die Einschätzung von *Robert Howse*, vgl. *Trebilcock/Howse*, S. 480; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 248 (*Robert Howse*) mit Verweis auf *US – Shrimp, AB*, para. 135 ff., worin der *AB* für die Rechtfertigung einer Maßnahme gemäß Art. XX lit. g GATT eine „*substantial relationship*“ zwischen der Maßnahme und dem Ziel der „*conservation of exhaustible natural resources*“ verlangt (vgl. zum Ganzen auch *Neumann/Türk*, JWT 37 (2003), S. 210 ff.). Nach Ansicht von *Robert Howse* meine der *AB* nichts anderes wenn er sagt: „[...] a *sufficient nexus* should exist between, on the one hand, the preferential treatment provided under the respective measure authorized by paragraph 2, and, on the other hand, the likelihood of alleviating the relevant [...] need“ (vgl. *EC – Preferences, AB*, para. 164; Hervorhebungen durch den Verf.).

940 Skeptisch äußert sich hierzu auch *Switzer*, ICLQ 57 (2008) 1, 113, 139.

gelder Transparenz scheitern und nicht etwa daran, dass sie keine „positive“ Reaktion auf das adressierte Bedürfnis darstellten. Der *AB* stellte fest:

„[...] the Drug Arrangements may be found consistent with the ‘non-discriminatory’ requirement in footnote 3 only if the European Communities proves, at a minimum, that the preferences granted under the Drug Arrangements are available to all GSP beneficiaries that are similarly affected by the drug problem.“⁹⁴¹

Im Sinne einer effektiven juristischen Falllösung prüfte der *AB* die *drug arrangements* nur anhand des Prüfungspunktes, von dem er wusste, dass sich daraus die Rechtswidrigkeit der Maßnahme ergeben würde. Die Prüfung des restlichen von ihm aufgestellten Katalogs blieb offen. Daraus lässt sich jedenfalls ableiten, dass die Prüfung, ob die *drug arrangements* eine „positive“ Reaktion auf das adressierte Bedürfnis darstellen, mit einem ungleich höheren Aufwand verbunden gewesen wären. Im Ergebnis scheint folglich nicht ausgeschlossen, dass eine tarifäre Differenzierung als Reaktion auf solche Bedürfnisse, welche sich für die betroffenen Entwicklungsländer aus dem illegalen Anbau von Drogen ergeben, mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren ist.⁹⁴² Dies spricht nicht dafür, dass der Auswahl der Bedürfnisse in Zukunft allzu enge Grenzen gesteckt werden.

Das „APS-Plus“ der EG ist jedoch m.E. auch mit dem letzten vom *AB* aufgestellten Prüfungspunkt nicht zu vereinbaren. Bei dem von der EG adressierten Bedürfnis handelt es sich nicht um eines, dem „*by its nature*“ gerade durch Zollpräferenzen effektiv begegnet werden kann. Die EG adressiert, wie gesehen, nicht ausschließlich Entwicklungsbedürfnisse wirtschaftlicher Art. Durch das zusätzliche Erfordernis, 27 Internationale Übereinkommen in den Bereiche Menschen- und Arbeitnehmerrechten, Umweltschutz sowie verantwortungsvolle Regierungsführung zu ratifizieren und tatsächlich umzusetzen, verfolgt sie ein „ganzheitliches Konzept der nachhaltigen Entwicklung“.⁹⁴³ Dieses Konzept ist gerichtet auf die entwicklungsstrategische Notwendigkeit der Herstellung einer stabilen rechtlichen und politischen Lage in den „gefährdeten“ Entwicklungsländern. Es soll nicht in Abrede gestellt werden, dass das Fehlen einer stabilen rechtlichen und politischen Lage sich entwicklungshemmend auswirken kann und die Schaffung einer solchen stabilen Lage somit ein Entwicklungsbedürfnis i.S.d. *Enabling Clause* darstellt. Es ist aber zu bezweifeln, dass dieses Entwicklungsbedürfnis *seiner Natur nach* besonders effektiv ausgerechnet durch Zollpräferenzen

941 EC – Preferences, *AB*, para. 180.

942 So auch *Bartels*, in: Cottier/Pauwelyn/Bürgi, S. 482 f.

943 Vgl. die Nachweise im jeweils siebten Erwägungsgrund der APS+VO 2005 sowie 2008.

zen beseitigt werden könnte. Die durch Zollpräferenzen erzeugten Vorteile schlagen sich jedenfalls in der Regel nicht unmittelbar im Staatshaushalt eines Entwicklungslandes nieder, weil zunächst nur das exportierende Unternehmen profitiert. Der Staat profitiert nur mittelbar und zeitlich versetzt auf Grund des mit der Steigerung der Exporterlöse angestrebten Wirtschaftswachstums und den entsprechend steigenden Steuereinnahmen. Auch die Schaffung einer stabilen rechtlichen und politischen Lage ist aber seiner Natur nach darauf gerichtet, die Bedingungen für wirtschaftliches Wachstum zu verbessern. Es wäre also zirkulär, die Gewährung von Zollpräferenzen ausgerechnet für die Schaffung einer stabilen rechtlichen und politischen Lage einsetzen zu wollen. Denn beides sind letztlich nur unterschiedliche Instrumente für die Erreichung desselben Zieles.

§ 7: Schlussbetrachtung

Der Bericht des *AB* wirft im Ergebnis mehr Fragen auf als er löst.⁹⁴⁴ Völkerrechtlich muss vor allem kritisch betrachtet werden, dass der *AB* mit seinem weitgehend unbestimmten Prüfungsmaßstab nicht zu einer Stärkung der WTO-Rechtsordnung beigetragen, sondern vielmehr deren Schwächung erreicht hat. Die sich daraus ergebenden politischen und ökonomischen Auswirkungen werden im Folgenden dargestellt. Zunächst wird aber noch auf diejenigen Aspekte eingegangen, die der *AB* in seinem Bericht *nicht* behandelt hat und die somit offene Fragen für zukünftige Streitschlichtungsverfahren darstellen.

A. Offene Fragen

Insbesondere unbeantwortet blieb die Frage nach der Rechtmäßigkeit „positiver“ Konditionalität in Form von „Anreizvereinbarungen“. Dies ist dem *AB* indes nicht vorzuwerfen, da er, wie gesehen, nicht über die Legitimität der „Anreizsystematik“ zu entscheiden hatte. Vor diesem Hintergrund ist es zu bedauern, dass Indien im letzten Moment vor Beginn des Streitschlichtungsverfahrens seine Beschwerde auf die *drug arrangements* begrenzt und so eine rechtliche Überprüfung der beiden „echten“ Anreizvereinbarungen in der APS-VO (EG) Nr. 2501/2001 verhindert hat.

Des Weiteren befasste sich der *AB* ausdrücklich nicht mit der Praxis der „negativen“ Konditionalität, wie sie vor allem von den USA eingesetzt

944 Ähnlich *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 20: „These principles raise a wide array of issues to which the Appellate Body has not yet spoken.“

wird⁹⁴⁵. Zu Beginn der materiellen Prüfung der *drug arrangements* stellte er fest:

„Therefore, in this report, we do not rule on whether the Enabling Clause permits *ab initio* exclusions from GSP schemes of countries claiming developing country status, or the partial or total withdrawal of GSP benefits from certain developing countries under certain conditions.“⁹⁴⁶

Die Praxis der „negativen“ Konditionalität ist Ausdruck des im Grundsatz freiwilligen Charakters der APS-Programme und demzufolge *de lege lata* noch un geregelt. Da die Freiwilligkeit der Sonderbehandlung von Entwicklungsländern zu den politischen Grundfesten des *S&D*-Regimes gehört, ist es momentan politisch nicht realistisch, dass sich dieser Zustand in absehbarer Zeit ändern wird.

B. Mangelnde Rechtssicherheit

Der Prüfungsmaßstab des *AB* ist weitgehend von unbestimmten Rechtsbegriffen geprägt, welche den entwickelten Ländern einen weiten Ermessenspielraum bei der (entwicklungspolitischen) Gestaltung ihrer APS einräumen.⁹⁴⁷ Die vom *AB* vorgenommene dogmatische Weiterentwicklung der *Enabling Clause* als Rechtsgrundlage der APS bietet allen Beteiligten, insbesondere aber den Entwicklungsländern, nur wenig Rechtssicherheit.⁹⁴⁸ Zu den im Zweiten Abschnitt (§ 2) dargestellten schon bestehenden Rechtsunsicherheiten fügt der Bericht des *AB* somit weitere hinzu.

Da Streitschlichtungsverfahren zur Klärung dieser Rechtsunsicherheiten kostspielig sind und auf Grund des weiten Ermessensspielraumes der entwickelten Länder überdies nur wenig Aussicht auf Erfolg versprechen, ist anzunehmen, dass die Mehrzahl der Entwicklungsländer von einer Überprüfung der verschiedenen APS-Programme absehen wird.⁹⁴⁹ Der Bericht des *AB* im Fall *EC – Preferences* wird daher wohl dafür sorgen, dass eine *effektive* rechtliche Überprüfung des neuen „entwicklungspolitischen“ APS durch das Streitschlichtungssystem der WTO nicht stattfinden wird.⁹⁵⁰ Dies kann weitreichende politische sowie ökonomische Folgen nach sich ziehen.

945 *Mason*, DLJ 54 (2004), 513, 524.

946 *EC – Preferences, AB*, para. 129 (Hervorhebungen im Original).

947 Ähnlich *Trebilcock/Howse*, S. 478.

948 So auch *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 20; *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 250 (*Robert Howse*); *Charnovitz* (u.a.), WTR 3 (2004) 2, 239, 251 (*Steve Charnovitz*).

949 So auch *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 1004.

950 Ähnlich skeptisch *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 1003.

I. Politische Auswirkungen

Der den entwickelten Ländern nunmehr eingeräumte weite Ermessensspielraum hat erstens eine Perpetuierung der Individualität der verschiedenen APS-Programme in Bezug auf deren entwicklungspolitische Gestaltung zur Folge. Bereits jetzt, und in Zukunft noch stärker, adressiert das europäische APS andere Entwicklungsbedürfnisse als das der USA oder Japans. Das APS entfernt sich somit stetig, abgesichert durch den DSB, von der ursprünglichen Idee eines „Verallgemeinerten“ Präferenzsystems i.S.d. „APS der UNCTAD“.

Für die Entwicklungsländer ergibt sich daraus die Situation, dass sie mit unterschiedlichen, im ungünstigsten Fall sogar mit sich ausschließenden Anforderungen der verschiedenen APS-Programme konfrontiert sein werden.⁹⁵¹ Um Schaden von der eigenen Exportwirtschaft abzuwenden, werden die Entwicklungsländer u.U. gezwungen sein, zwischen verschiedenen „APS-Angeboten“ zu wählen. Dabei gilt es für jedes Entwicklungsland, insbesondere diejenigen Entwicklungsländer im Auge zu behalten, mit denen sie in den verschiedenen Industrielandmärkten im direkten Wettbewerb stehen. Dies wird sich für nicht wenige Entwicklungsländer in organisatorischer Hinsicht als Überforderung herausstellen. Die neue „APS-Situation“ wird somit zwangsläufig „Gewinner“ und „Verlierer“ unter den Entwicklungsländern hervorbringen.

Zweitens sorgt der den entwickelten Ländern eingeräumte weite Ermessensspielraum für ein *politisches* Ungleichgewicht zwischen Industrie- und Entwicklungsländern. Wichtige entwicklungspolitische Entscheidungen mit WTO-Bezug (Welche Entwicklungsbedürfnisse sollen mit Hilfe von Zollpräferenzen adressiert werden? Welche Entwicklungsländer teilen die adressierten Bedürfnisse?⁹⁵²) werden zukünftig ausschließlich in den zuständigen *nationalen* politischen Gremien der entwickelten Länder getroffen.⁹⁵³ Ein

951 Vgl. dazu auch *Schmahl*, ArchVöR 42 (2004), 389, 407, die dieses Szenario ebenfalls als „Gefahr“ erkennt und welches sogar geeignet sei, die „Rechtssicherheit des gesamten WTO-Handelssystems [zu unterminieren]“. Ihrer Ansicht nach biete aber der Bericht des AB entgegen der hier vertretenen Auffassung die Gewähr dafür, dass dieses Szenario nicht eintreten werde.

952 Vgl. auch *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 995 ff.; ähnlich *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 34.

953 *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 997: „Although US and European application of GSP benefits may be rightfully justified on the basis of ‘values’ or the ‘special needs’ of certain developing countries, the fact remains that it is a US and EC political process that makes the determinations. In practice, this process will be subject to considerable biases. For example, the United States withdrew GSP benefits in the

wie auch immer gearteter politischer Einfluss von Seiten der Entwicklungsländer ist dabei nicht vorgesehen.⁹⁵⁴

Festzustellen ist somit eine Parallele zur politischen Situation der 1960er Jahre: Damals wurde seitens der Entwicklungsländer ebenfalls kritisiert, dass die GATT-Rechtsordnung kaum politischen Einfluss ihrerseits zuließe. Daraufhin wurde die UNCTAD als politisches „Gegengewicht“ zum GATT gegründet. In jüngerer Zeit verdeutlichen das Scheitern der Ministerkonferenz in Cancún (in 2003) sowie das vorläufige Scheitern der Doha-Runde (zuletzt in 2008) die Unzufriedenheit der Entwicklungsländer in Bezug auf die als unzureichend empfundene Berücksichtigung ihrer Interessen durch die WTO. Die nun stattfindende Verlagerung der entwicklungspolitischen Weiterentwicklung der WTO-Rechtsordnung auf Entscheidungsträger der entwickelten Länder muss vor diesem Hintergrund als kontraproduktives politisches Signal gewertet werden.

II. Ökonomische Auswirkungen

Es ist als wahrscheinlich anzusehen, dass sich die durch den Prüfungsmaßstab des *AB* erzeugte Rechtsunsicherheit auf die Planungssicherheit der Exporteure in den Entwicklungsländern negativ auswirken wird.⁹⁵⁵ Aus ihrer Sicht hätte der Bericht des *Panels* mit der Entscheidung für das „MFN-Konzept“ als Grundlage des Diskriminierungsverbotes der *Enabling Clause* im Vergleich dazu für rechtlich klarere Verhältnisse gesorgt.⁹⁵⁶ So stünde aus Sicht des begünstigten Entwicklungslandes neben dem Produktumfang und den entsprechenden Zollsätzen insbesondere der Kreis der mitbegünstigten Länder und somit mittelbar der Kreis der Wettbewerber fest. Auf der Grundlage des *AB*-Berichtes kann hingegen die Situation eintreten, dass ein Exporteur aus dem einen Entwicklungsland nicht weiß, zu welchen Zollsätzen seine Wettbewerber aus anderen Entwicklungsländern ihre Waren in den Markt des entwickelten Landes einführen. Die Situation wird also aus (betriebs-) wirtschaftlicher Sicht unübersichtlicher.

1980s in labour protection grounds from Nicaragua (governed by the Sandinistas) and not from El Salvador or Guatemala, actions that appeared targeted to advance the Reagan administration's foreign policy goals rather than labour protection.“

954 *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 998. Vgl. auch die brasilianische Kritik: „What the Appellate Body did, in a nutshell, might be construed, if taken without qualifications, as legitimizing the GSP as a tool of foreign policy of developed countries“ (zitiert nach *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 1004 mit Fn. 123).

955 *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 999 beziehen diese Aussage auf ein Szenario, in dem das Regime des APS gänzlich unreguliert ist. Nach der hier vertretenen Ansicht sorgt der Bericht des *AB* für eine mit diesem Szenario vergleichbare Situation.

956 So auch *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 20.

Makroökonomisch hat die Legitimierung des „entwicklungspolitischen“ APS die Umleitung von Handelsströmen zur Folge. Anders als im Falle des Art. I:1 GATT oder des „APS der UNCTAD“ (also anders als im Falle des „MFN-Konzeptes“), richtet sich hier die Umleitung jedoch nicht nach marktwirtschaftlichen, sondern vielmehr nach politischen Kriterien, die einseitig von den entwickelten Ländern aufgestellt werden.⁹⁵⁷

Wie im Fünften Abschnitt (§ 5) dargestellt, steht hinter dem „MFN-Konzept“ das ökonomische Ziel, zur Ausschöpfung des komparativen Kostenvorteils die Warenströme im weltweiten Handel durch die Ausschaltung politisch motivierter Wettbewerbsverzerrungen nur noch nach marktwirtschaftlichen Kriterien zu richten. Es stellt sich somit die Frage, ob, und wenn ja, welches ökonomische Ziel nunmehr dem „entwicklungspolitischen“ APS zu Grunde liegt. Durch die Legitimierung politisch motivierter Wettbewerbsverzerrungen richten sich Warenströme aus den Entwicklungsländern in die Märkte der entwickelten Länder jedenfalls nicht mehr ausschließlich nach marktwirtschaftlichen Gesichtspunkten.⁹⁵⁸

Der Bericht des *AB* hat dem „APS der UNCTAD“ somit die ökonomische *ratio* des MFN-Prinzips sowie die politische Ideologie der „*bloc solidarity*“ entzogen und durch eine neue politische *ratio* ersetzt, wofür exemplarisch das neue „APS-Plus“ der EG steht: Wirtschaftlich schwache Länder sollen (wie vorher nur die LDC's) besonders gefördert werden, sofern sie politische Reformen in Bezug auf nachhaltige Entwicklung, den Schutz von Menschenrechten sowie *good governance* auf den Weg bringen.

C. Fazit

Ein Aufrechterhalten der *Panel*-Lösung i.S.d. „MFN-Konzeptes“ hätte vielleicht, wie im Schrifttum befürchtet wurde, den „Tod des APS“ bedeutet.⁹⁵⁹ Es hätte andererseits sichergestellt, dass die Gruppe der Entwicklungsländer zumindest die Möglichkeit erhalten hätten, sich bei einer dann innerhalb der WTO erforderlichen Revision des APS-Regimes sowie der *Enabling Clause* einzubringen. Infolge der *AB*-Lösung wird nun ein im Vergleich zum „APS der UNCTAD“ verändertes und ausschließlich von den entwickelten Ländern bestimmtes APS-Regime auf der Grundlage einer dafür nicht geschaffenen Norm eingeführt. Eine die neueren Entwicklungsstrategien berück-

957 Im Falle der APS+Verordnungen von 2005 und 2008 entscheidet die Europäische Kommission u.a. anhand von Weltbank-Kriterien.

958 Ähnlich *Shaffer/Apea*, JWT 39 (2005) 6, 977, 999; vgl. auch *Grossman/Sykes*, ILW 2004, paper 6, S. 31 f.

959 Vgl. *Howse*, Bridges 2004 (Nr. 1), 7.

sichtigende Neugestaltung der *Enabling Clause* wäre aus rechtlich-dogmatischer, wie auch aus politischer Sicht wünschenswerter gewesen.

Im Rahmen dieser Untersuchung sollte nicht der Versuch unternommen werden, die verschiedenen Entwicklungstheorien und -strategien politisch zu bewerten. Das Eintreten für die Lösung des *Panels*, der *Enabling Clause* das „MFN-Diskriminierungskonzept“ zu Grunde zu legen, hat ausschließlich juristisch-methodische Gründe. Damit soll aber nicht gesagt werden, dass neuere Entwicklungsstrategien wie die „Anreizsystematik“ der europäischen APS+VO grundsätzlich abzulehnen sind. Um die politische Balance zwischen Entwicklungs- und Industrieländern innerhalb der WTO aufrecht zu erhalten, bzw. wieder herzustellen, sollte die Suche nach der richtigen Entwicklungsstrategie indes in dem dafür zuständigen politischen WTO-Gremium stattfinden. Dieses Gremium, weniger der DSB, ist aufgefordert, sich in einem zweiten Schritt über die Anpassung der normativen Grundlage für eine tarifäre Sonderbehandlung der Entwicklungsländer an die gemeinsam verfolgte Entwicklungsstrategie zu verständigen.

Zusammenfassung der Ergebnisse

Auch nach *EC – Preferences* bleibt es bei der Feststellung, dass sich aus dem *S&D*-Regime keine positiven Handlungspflichten für die entwickelten Länder ergeben. Allerdings ist nunmehr klargestellt, dass die entwickelten Länder bei der Gestaltung und Anwendung von *S&D*-Maßnahmen an zwingendes WTO-Recht gebunden sind. In Bezug auf die APS-Programme bedeutet dies konkret, dass kein Industrieland verpflichtet ist, ein eigenes APS-Programm einzurichten. Sofern sich indes ein Land dazu entschließt, ist es an die in der *Enabling Clause* enthaltenen materiell-rechtlichen Vorgaben gebunden.

Der *Enabling Clause* als einer der zentralsten *S&D*-Vorschriften liegt ebenso wie dem MFN-Prinzip des Art. I:1 GATT die Idee zu Grunde, Wohlfahrtseffekte aus einer Reduzierung von Zollsätzen zu erzeugen. Im Gegensatz zum Art. I:1 GATT sollen sich die mit Hilfe des APS erzeugten Wohlfahrtseffekte indes auf die Gruppe der Entwicklungsländer beschränken. Daraus ergibt sich die rechtstechnische Notwendigkeit, die *Enabling Clause* als eine Ausnahmevorschrift zu Art. I:1 GATT zu verstehen.

Sofern es sich bei einer staatlichen Maßnahme um ein APS handelt, liegt *per definitionem* ein Verstoß gegen Art. I:1 GATT vor, da die im APS enthaltenen Zollpräferenzen nicht allen WTO-Mitgliedstaaten gewährt werden. Die anschließende Frage nach der Rechtmäßigkeit richtet sich ausschließlich nach den entsprechenden Regelungen der *Enabling Clause*.

Bei der Ausgestaltung der APS-Programme sind die Industrieländer an die Tatbestandsmerkmale des § 2 lit. a *Enabling Clause* gebunden. Über das darin enthaltene Merkmal „APS“ wird mittelbar auf das „APS der UNCTAD“ (d.h. auf die im Rahmen der UNCTAD II entwickelten grundsätzlichen Merkmale eines APS) und dadurch auf die in der dazugehörigen Fußnote 3 enthaltenen Merkmale „*generalized*“, „*non-reciprocal*“ sowie „*non-discriminatory*“ verwiesen. Dieser Verweis bewirkt, dass diese drei Merkmale zum verbindlichen Tatbestand des § 2 lit. a *Enabling Clause* zu zählen sind.

Die Auslegung des Merkmals „*non-discriminatory*“ entscheidet über die zentrale Frage des Verfahrens *EC – Preferences*, inwiefern innerhalb eines APS eine Differenzierung zwischen den Entwicklungsländern mit der *Ena-*

bling Clause zu vereinbaren ist. Das *Panel* und der *AB* vertraten in dieser Frage gegensätzliche Auffassungen.

Es standen sich das vom *AB* vertretene „*chapeau*-Konzept“ sowie das „*MFN*-Konzept“ des *Panels* gegenüber. Ersteres erkennt Unterschiede zwischen den begünstigten Entwicklungsländern an und erlaubt somit grundsätzlich eine unterschiedliche Behandlung innerhalb eines APS. Der *AB* greift zur Bestimmung der Differenzierungskriterien insbesondere auf § 3 lit. c *Enabling Clause* zurück. Danach hat sich eine Differenzierung vor allem nach den „Entwicklungsbedürfnissen“ der APS-Begünstigten zu richten.

Letzteres sieht i.S.d. klassischen Freihandelslehre eine streng-formale Gleichbehandlung vor. Danach müssen allen Entwicklungsländern, welche in ein APS aufgenommen wurden, dieselben Zollpräferenzen gewährt werden.

Dieser Streit ist im Sinne des „*MFN*-Konzeptes“ zu entscheiden. Danach gilt: *Außerhalb* eines APS dürfen die entwickelten Länder im Rahmen sonstigen WTO-Rechts zwischen den Entwicklungsländern differenzieren.⁹⁶⁰ *Innerhalb* eines APS, d.h. nach Festlegung des Produktumfanges sowie des Kreises der begünstigten Entwicklungsländer, ist eine Differenzierung grundsätzlich nicht gestattet.

Der vom *AB* aufgestellte Prüfungsmaßstab zur Bestimmung der Differenzierungskriterien enthält überwiegend unbestimmte Rechtsbegriffe. Dies führt dazu, dass auf der einen Seite der Ermessensspielraum der entwickelten Länder bei der Gestaltung ihrer APS-Programme noch vergrößert wird, während auf der anderen Seite die Entwicklungsländer im Rahmen der WTO von der entwicklungspolitischen Weiterentwicklung des APS-Regimes ausgeschlossen werden.

Die Streitschlichtungsorgane haben sich mit der Praxis der „negativen“ Konditionalität ausdrücklich nicht auseinander gesetzt. Nach der hier vertretenen Auffassung betrifft die Praxis der „negativen“ Konditionalität nicht die APS-Programme selbst, sondern vielmehr den unregulierten Bereich der

960 Dabei spielt freilich eine Rolle, dass in der GATT/WTO-Rechtsordnung keine Definition des Begriffes „Entwicklungsland“ existiert. Bei Vorliegen einer solchen Definition wären die Industrieländer in Bezug auf den Adressatenkreis des APS entsprechend gebunden.

Auswahl der begünstigten Länder und kann daher keinen Verstoß gegen die *Enabling Clause* darstellen.

Die Praxis der „positiven“ Konditionalität hingegen betrifft die APS-Programme selbst, indem unterschiedliche Zollsätze für verschiedene Begünstigte vorgesehen sind. Dadurch verstößt sie gegen das Merkmal „*non-discriminatory*“ i.S.d. „MFN-Konzeptes“.

Das seit dem 1.1.2006 geltende „APS-Plus“ der EG enthält „Anreizvereinbarungen“ i.S.d. „positiven“ Konditionalität und ist daher nach der hier vertretenen Auffassung nicht mit der *Enabling Clause* zu vereinbaren. Zur Praxis der „positiven“ Konditionalität in Form der „Anreizsystematik“ hat sich der *AB* nicht geäußert, so dass die Frage nach der Rechtmäßigkeit des „APS-Plus“ auch nach Annahme des *AB*-Berichtes durch den DSB offen bleibt. Die besseren Argumente dürften jedoch gegen die Rechtmäßigkeit des „APS-Plus“ auch auf der Grundlage des *AB*-Berichtes sprechen.

Annex A

Liste der zitierten Streitschlichtungsverfahren im GATT, bzw. (seit 1995) der WTO:

Im Text verwendeter Kurztitel:	Vollständiger Titel:
<i>Argentina – Safeguard Measures, AB</i>	Argentina – Safeguard Measures on Imports of Footwear, <i>Report of the Appellate Body</i> vom 14. Dezember 1999, angenommen am 12.1.2000 (WT/DS121/AB/R).
<i>Brazil – Aircraft, AB</i>	Brazil – Export Financing Programme for Aircraft, <i>Report of the Appellate Body</i> vom 2. August 1999, angenommen am 20. August 1999 (WT/DS46/AB/R).
<i>Canada – Autos, AB</i>	Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry, <i>Report of the Appellate Body</i> vom 31. Mai 2000, angenommen am 19. Juni 2000 (WT/DS139/AB/R, WT/DS142/AB/R).
<i>Canada – Autos, Panel</i>	Canada – Certain Measures Affecting the Automotive Industry, <i>Report of the Panel</i> vom 11. Februar 2000 (WT/DS139/R, WT/DS142/R).
<i>EC – Asbestos, AB</i>	European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, <i>Report of the Appellate Body</i> vom 12. März 2001, angenommen am 5. April 2001 (WT/DS135/AB/R).
<i>EC – Bananas III, AB</i>	European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas, <i>Report of the Appellate Body</i> vom 9. September 1997, angenommen am 25. September 1997 (WT/DS27/AB/R).
<i>EC – Export Sugar, Panel</i>	EC – Refunds on Export Sugar – Complaint by Brazil, <i>Report of the Panel</i> vom 7. Oktober 1980, BISD, 27. Ergänzung, S. 69 (L/5011).

- EC – Hormones, AB* EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones), *Report of the Appellate Body* vom 16. Januar 1998, angenommen am 13. Februar 1998 (WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R)
- EC – Preferences, AB* European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, *Report of the Appellate Body* vom 7. April 2004, angenommen am 20. April 2004 (WT/DS246/AB/R).
- EC – Preferences, Panel* European Communities – Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries, *Report of the Panel* vom 1. Dezember 2003 (WT/DS246/R).
- EEC – Imports of Dessert Apples, Panel* EEC – Restrictions on Imports of Dessert Apples – Complaint by Chile, *Report of the Panel* vom 18. April 1989, BISD, 36. Ergänzung, S. 93 (L/6491).
- India – Patents (US), AB* India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products, *Report of the Appellate Body* vom 19. Dezember 1997, angenommen am 16. Januar 1998 (WT/DS50/AB/R).
- Korea – Various Measures on Beef, AB* Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef, *Report of the Appellate Body* vom 11. Dezember 2000, angenommen am 10. Januar 2001 (WT/DS161/AB/R; WT/DS169/AB/R).
- Turkey – Textiles, AB* Turkey – Restrictions on Imports of Textiles and Clothing Products, *Report of the Appellate Body* vom 22. Oktober 1999, angenommen am 19. November 1999 (WT/DS34/AB/R).
- US – Customs User Fee, Panel* United States – Customs User Fee, *Report of the Panel* vom 25. November 1987, angenommen am 2. Februar 1988, BISD, 35. Ergänzung, S. 245 ff. (L/6264)

-
- US – FSC (Article 21.5 – EC), AB* United States – Tax Treatment for “Foreign Sales Corporations” – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the European Communities, *Report of the Appellate Body* vom 14. Januar 2002, angenommen am 29. Januar 2002 (WT/DS108/AB/RW).
- US – Gasoline, AB* United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, *Report of the Appellate Body* vom 29. April 1996, angenommen am 20. Mai 1996 (WT/DS2/AB/R).
- US – Gasoline, Panel* United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, *Report of the Panel* vom 29. Januar 1996, angenommen am 20. Mai 1996 (WT/DS2/R).
- US – MFN Footwear, Panel* United States – Denial of Most-Favoured-Nation Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil, *Report of the Panel* vom 10. Januar 1992, BISD, 39. Ergänzung, S. 128 ff. (DS18/R).
- US – Non-Rubber Footwear from Brazil, Panel* United States – Denial of Most-Favoured-Nation Treatment as to Non-Rubber Footwear from Brazil, *Report of the Panel* vom 19. Juni 1992, BISD, 39. Ergänzung, S. 128
- US – Shrimp, AB* United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products, *Report of the Appellate Body* vom 12. Oktober 1998, angenommen am 6. November 1998 (WT/DS58/AB/R).
- US – Wool Shirts and Blouses, AB* United States – Measures Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India, *Report of the Appellate Body* vom 25. April 1997, angenommen am 23. Mai 1997 (WT/DS33/AB/R).

Annex B

DIFFERENTIAL AND MORE FAVOURABLE TREATMENT,
RECIPROCITY AND FULLER PARTICIPATION
OF DEVELOPING COUNTRIES
("Enabling Clause")

Decision of 28 November 1979 (L/4903)

Following negotiations within the framework of the Multilateral Trade Negotiations, the CONTRACTING PARTIES *decide* as follows:

1. Notwithstanding the provisions of Article I of the General Agreement, contracting parties may accord differential and more favourable treatment to developing countries¹, without according such treatment to other contracting parties.

2. The provisions of paragraph 1 apply to the following:²

(a) Preferential tariff treatment accorded by developed contracting parties to products originating in developing countries in accordance with the Generalized System of Preferences,³

(b) Differential and more favourable treatment with respect to the provisions of the General Agreement concerning non-tariff measures governed by the provisions of instruments multilaterally negotiated under the auspices of the GATT;

1 The words "developing countries" as used in this text are to be understood to refer also to developing territories.

2 It would remain open for the CONTRACTING PARTIES to consider on an *ad hoc* basis under the GATT provisions for joint action any proposals for differential and more favourable treatment not falling within the scope of this paragraph.

3 As described in the Decision of the CONTRACTING PARTIES of 25 June 1971, relating to the establishment of "generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences beneficial to the developing countries" (BISD 18S/24).

(c) Regional or global arrangements entered into amongst less-developed contracting parties for the mutual reduction or elimination of tariffs and, in accordance with criteria or conditions which may be prescribed by the CONTRACTING PARTIES, for the mutual reduction or elimination of non-tariff measures, on products imported from one another;

(d) Special treatment on the least developed among the developing countries in the context of any general or specific measures in favour of developing countries.

3. Any differential and more favourable treatment provided under this clause:

(a) shall be designed to facilitate and promote the trade of developing countries and not to raise barriers to or create undue difficulties for the trade of any other contracting party;

(b) shall not constitute an impediment to the reduction or elimination of tariffs and other restrictions to trade on a most-favoured-nation basis;

(c) shall in the case of such treatment accorded by developed contracting parties to developing countries be designed and, if necessary, modified, to respond positively to the development, financial and trade needs of developing countries.

4. Any contracting party taking action to introduce an arrangement pursuant to paragraphs 1, 2 and 3 above or subsequently taking action to introduce modification or withdrawal of the differential and more favourable treatment so provided shall:⁴

(a) notify the CONTRACTING PARTIES and furnish them with all the information they may deem appropriate relating to such action;

(b) afford adequate opportunity for prompt consultations at the request of any interested contracting party with respect to any difficulty or matter that may arise. The CONTRACTING PARTIES shall, if requested to do so by such contracting party, consult with all contracting parties concerned with respect to the matter with a view to reaching solutions satisfactory to all such contracting parties.

5. The developed countries do not expect reciprocity for commitments made by them in trade negotiations to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of developing countries, i.e., the developed countries do not

4 Nothing in these provisions shall affect the rights of contracting parties under the General Agreement.

expect the developing countries, in the course of trade negotiations, to make contributions which are inconsistent with their individual development, financial and trade needs. Developed contracting parties shall therefore not seek, neither shall less-developed contracting parties be required to make, concessions that are inconsistent with the latter's development, financial and trade needs.

6. Having regard to the special economic difficulties and the particular development, financial and trade needs of the least-developed countries, the developed countries shall exercise the utmost restraint in seeking any concessions or contributions for commitments made by them to reduce or remove tariffs and other barriers to the trade of such countries, and the least-developed countries shall not be expected to make concessions or contributions that are inconsistent with the recognition of their particular situation and problems.

7. The concessions and contributions made and the obligations assumed by developed and less-developed contracting parties under the provisions of the General Agreement should promote the basic objectives of the Agreement, including those embodied in the Preamble and in Article XXXVI. Less-developed contracting parties expect that their capacity to make contributions or negotiated concessions or take other mutually agreed action under the provisions and procedures of the General Agreement would improve with the progressive development of their economies and improvement in their trade situation and they would accordingly expect to participate more fully in the framework of rights and obligations under the General Agreement.

8. Particular account shall be taken of the serious difficulty of the least-developed countries in making concessions and contributions in view of their special economic situation and their development, financial and trade needs.

9. The contracting parties will collaborate in arrangements for review of the operation of these provisions, bearing in mind the need for individual and joint efforts by contracting parties to meet the development needs of developing countries and the objectives of the General Agreement.

Annex C

WAIVERS

GENERALIZED SYSTEM OF PREFERENCES

Decision of 25 June 1971

(L/3545)

The CONTRACTING PARTIES to the General Agreement on Tariffs and Trade,

Recognizing that a principal aim of the CONTRACTING PARTIES is promotion of the trade and export earnings of developing countries for the furtherance of their economic development;

Recognizing further that individual and joint action is essential to further the development of the economies of developing countries;

Recalling that at the Second UNCTAD, unanimous agreement was reached in favour of the early establishment of a mutually acceptable system of generalized, non-reciprocal and non-discriminatory preferences beneficial to the developing countries in order to increase the export earnings, to promote the industrialization, and to accelerate the rates of economic growth of these countries;

Considering that mutually acceptable arrangements have been drawn up in the UNCTAD concerning the establishment of generalized, non-discriminatory, non-reciprocal preferential tariff treatment in the markets of developed countries for products originating in developing countries;

Noting the statement of developed contracting parties that the grant of tariff preferences does not constitute a binding commitment and that they are temporary in nature;

Recognizing fully that the proposed preferential arrangements do not constitute an impediment to the reduction of tariffs on a most-favoured-nation basis,

Decide:

(a) That without prejudice to any other Article of the General Agreement, the provisions of Article I shall be waived for a period of ten years to the extent necessary to permit developed contracting parties, subject to the procedures set out hereunder, to accord preferential tariff treatment to products originating in developing countries and territories with a view to extending to such countries and territories generally the preferential tariff treatment referred to in the Preamble to this Decision, without according such treatment to like products of other contracting parties

Provided that any such preferential tariff arrangements shall be designed to facilitate trade from developing countries and territories and not to raise barriers to the trade of other contracting parties;

(b) That they will, without duplicating the work of other international organizations, keep under review the operation of this Decision and decide, before its expiry and in the light of the considerations outlined in the Preamble, whether the Decision should be renewed and if so, what its terms should be;

(c) That any contracting party which introduces a preferential tariff arrangement under the terms of the present Decision or later modifies such arrangement, shall notify the CONTRACTING PARTIES and furnish them with all useful information relating to the actions taken pursuant to the present Decision;

(d) That such contracting party shall afford adequate opportunity for consultations at the request of any other contracting party which considers that any benefit accruing to it under the General Agreement may be or is being impaired unduly as a result of the preferential arrangement;

(e) That any contracting party which considers that the arrangement or its later extension is not consistent with the present Decision or that any benefit accruing to it under the General Agreement may be or is being impaired unduly as a result of the arrangement or its subsequent extension and that consultations have proved unsatisfactory, may bring the matter before the CONTRACTING PARTIES which will examine it promptly and will formulate any recommendations that they judge appropriate.

Annex D

EXPANSION AND DIVERSIFICATION OF EXPORTS OF MANUFACTURES AND SEMI-MANUFACTURES OF DEVELOPING COUNTRIES

Resolution 21 (II)

Preferential or free entry of exports of manufactures and semi-manufactures of developing countries to the developed countries¹

The United Nations Conference on Trade and Development,

Having examined the problems relating to the application of a generalized non-reciprocal, non-discriminatory system of preferences in favour of the developing countries,

Having taken cognizance of the Charter of Algiers², the report of the Special Group on Trade with Developing Countries submitted by the Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD)³, and document TD/H/C.2/L.5, submitted by the Group of 77,

Recognizing the progress achieved since the first session of the Conference as reflected in the OECD report which involves a major change in commercial policies as between developed market-economy countries and the developing countries,

Recognizing the unanimous agreement in favour of the early establishment of a mutually acceptable system of generalized non-reciprocal and non-discriminatory preferences which would be beneficial to the developing countries,

Considering that it was not possible to achieve sufficient progress in respect to some key questions related to this problem,

1 The Conference adopted this resolution unanimously.

2 TD/38.

3 TD/56.

Convinced of the need for further intensive work so as to elaborate such a system,

1. *Agrees* that the objectives of the generalized non-reciprocal, non-discriminatory system of preferences in favour of the developing countries, including special measures in favour of the least advanced among the developing countries, should be:

- (a) To increase their export earnings;
- (b) To promote their industrialization;
- (c) To accelerate their rates of economic growth;

2. *Establishes*, to this end, a Special Committee on Preferences, as a subsidiary organ of the Trade and Development Board, to enable all the countries concerned to participate in the necessary consultations. Any member State which is unable to participate in the Special Committee may make its views known to the Secretary-General of UNCTAD who will bring them to the attention of the Special Committee;

3. *Decides* that, for the purpose of the action to be taken in accordance with paragraph 2 above, due account should be taken of the agreements and comments contained in the report of the Second Committee⁴,

4. *Requests* that the first meeting of the Special Committee be held in November 1968 to consider the progress made by that time, and further requests that a second meeting be held in the first half of 1969 so that the Committee can draw up its final report to the Trade and Development Board; the aim should be to settle the details of the arrangements in the course of 1969 with a view to seeking legislative authority and the required waiver in the General Agreement on Tariffs and Trade as soon as possible thereafter;

5. *Notes* the hope expressed by many countries that the arrangements should enter into effect in early 1970.

4 The Report of the Second Committee appears in annex VII.

Annex E

AGREED CONCLUSIONS

OF THE SPECIAL COMMITTEE ON PREFERENCES

I.

The Special Committee on Preferences:

1. Recalls that in its resolution 21 (ii), the United Nations Conference on Trade and Development at its second session recognized the unanimous agreement in favour of the early establishment of a mutually acceptable system of generalized, non-reciprocal, non-discriminatory preferences which would be beneficial to the developing countries.

2. Further recalls the agreement that the objectives of the generalized, non-reciprocal, non-discriminatory system of preferences in favour of the developing countries, including special measures in favour of the least developed among the developing countries, should be: (a) to increase their export earnings; (b) to promote their industrialization; and (c) to accelerate their rates of economic growth.

3. Welcome with appreciation the revised submissions by the developed market-economy countries (TD/B/AC.5/34 and Add.1-3, Add.4 and 4(A), Add.5 and Rev.1 and Rev.1 Corr.1, Add.6, Add.7 and Corr.2-3 and Add.8, Add.9 and Rev.1 and Add.10) which should be read in conjunction with the preliminary submissions of November 1969 (TD/B/AC.5/24 and Add.1-3, Add.4 and Corr.1, Add.5 and Corr.1, Add.5(A), Add.6, Add.7 and Corr.1 and Add.8-11). These submissions represent an important success in the efforts and endeavours in UNCTAD in order to put a generalized system of preferences into operation and an important element in the fulfilment of the aims and objectives of Conference resolution 21 (II) mentioned above and in the international strategy for development in the 1970s.

4. Welcomes with appreciation the joint declaration of several socialist countries of Eastern Europe, as supplemented and clarified in their individual statements, which constitute a useful and positive contribution in the light of the objectives of Conference resolution 21 (II). (See below part two, chapter I, section C.)

5. Notes the expectations of developing countries regarding the generalized system of preferences as expressed in the relevant parts of the Charter of Algiers.¹
6. Notes the observations, suggestions, and requests made by the developing countries on the submissions of the developed market-economy countries during the consultations which have taken place in the Special Committee, and in particular those contained in the report on its fourth session; and notes also that some of the suggestions and requests have been taken into account in the revised submissions.
7. Notes also the explanations given by the prospective preference-giving countries on their submissions and their statements that they will, as far as possible, take into account the observations, suggestions and requests of the developing countries, including those of the least developed among them.
8. Considers that efforts for further improvements should be pursued in a dynamic context in the light of the objectives of Conference resolution 21 (II).
9. Recognizes that these preferential arrangements are mutually acceptable and represent a co-operative effort which has resulted from the detailed and intensive consultations between the developed and developing countries which have taken place in UNCTAD. This co-operation will continue to be reflected in the consultations which will take place in the future in connexion with the periodic reviews of the system and its operation.
10. Notes the determination of the prospective preference-giving countries to seek as rapidly as possible the necessary legislative or other sanction with the aim of implementing the preferential arrangements as early as possible in 1971.
11. Recommends that the Trade and Development Board at its fourth special session adopt the report of the Special Committee on its fourth session, take note of these Conclusions, approve the institutional arrangements proposed in section VIII and take a decision on the appropriate UNCTAD body referred to in that section.

1 See *Proceedings of the United Nations Conference on Trade and Development, Second Session*, vol. I, *Report and Annexes* (United Nations publication, Sales No.: E.68.II.D.14), p. 431-441.

II. Reverse preferences and special preferences

1. The Special Committee notes that, consistent with Conference resolution 21 (II), there is agreement with the objective that in principle all developing countries should participate as beneficiaries from the outset and that the attainment of this objective, in relation to the question of reverse preferences, which remains to be resolved, will require further consultations between the parties directly concerned. These consultations should be pursued as a matter of urgency with a view to finding solutions before the implementation of the schemes. The Secretary-General of UNCTAD will assist in these consultations with the agreement of the Governments concerned.
2. Developing countries which will be sharing their existing tariff advantages in some developed countries as the result of the introduction of the generalized system of preferences will expect the new access in other developed countries to provide export opportunities at least to compensate them.
3. As a result of the periodic reviews in UNCTAD and of bilateral or multi-lateral consultations between the countries concerned, those countries granting tariff advantages will, when reviewing the operation of the generalized system of preferences, give careful consideration to the extent to which the developing countries enjoying tariff advantages have benefited over-all from the system.

III. Safeguard mechanisms

1. All proposed individual schemes of preferences provide for certain safeguard mechanisms (for example, a priori limitation or escape-clause type measures) so as to retain some degree of control by preference-giving countries over the trade which might be generated by the new tariff advantages. The preference-giving countries reserve the right to make changes in the detailed application as in the scope of their measures, and in particular, if deemed necessary, to limit or withdraw entirely or partly some of the tariff advantages granted. The preference-giving countries, however, declare that such measures would remain exceptional and would be decided on only after taking due account in so far as their legal provisions permit of the aims of the generalized system of preferences and the general interests of the developing countries, and in particular the interests of the least developed among the developing countries.
2. Preference-giving countries will offer opportunities for appropriate consultations to beneficiary countries, in particular to those having a substantial trade interest in the product concerned, in connexion with the use of safeguard measures; where prior consultations are not possible, preference-

giving countries will undertake for the purpose above to inform all beneficiary countries, through the Secretary-General of UNCTAD, with a minimum of delay, of the action taken. Safeguard measures taken should be reviewed from time to time by the preference-giving country concerned with the aim of relaxing or eliminating them as quickly as possible.

3. Certain preference-giving countries provide for a mechanism including an a priori limitation formula under which quantitative ceilings will be placed on preferential imports. Some of these countries might, nevertheless, have recourse also to escape type measures, for those products which are not covered by a priori limitation formulae.

4. For those countries which do not envisage a priori limitations, escape-type measures are the main safeguards at their disposal.

IV. Beneficiaries

1. The Special Committee noted the individual submissions of the preference-giving countries on this subject and the joint position of the countries members of the Organisation for Economic Co-operation and Development as contained in paragraph 13 of the introduction to the substantive documentation containing the preliminary submissions of the developed countries (TD/B/AC.5/24), namely: "As for beneficiaries, donor countries would in general base themselves on the principle of self-election. With regard to this principle, reference should be made to the relevant paragraphs in document TD/56[e] i.e. section A in Part I.

2. The spokesman on behalf of the developing countries members of the Group of 77 made a statement on the question of beneficiaries (see annex I to these agreed conclusions).

3. Other statements were also made on this subject by the representatives of Romania, China, Bulgaria, Cuba, Turkey, Israel, Greece, Bulgaria on behalf of the socialist countries of Eastern Europe, United Kingdom, Australia, Netherlands, New Zealand, Spain, Malta and Mongolia. (See below part two, chapter I, section D.)

4. The spokesman on behalf of the countries members of Group B made a statement on this subject also (see annex II to these agreed conclusions).

5. The Special Committee took note of these statements.

V. Special measures in favour of the least developed among the developing countries

1. In implementing Conference resolution 21 (II), and as provided therein, the special need for improving the economic situation of the least developed among the developing countries is recognized. It is important that these countries should benefit to the fullest extent possible from the generalized system of preferences. In this context, the provisions of Conference resolution 24 (II) should be borne in mind.
2. The preference-giving countries will consider, as far as possible, on a case-by-case basis, the inclusion in the generalized system of preferences of products of export interest mainly to the least developed among the developing countries, and as appropriate, greater tariff reductions on such products.
3. The preference-giving countries declare that escape clause measures would remain exceptional and would be decided on only after due account has been taken, in so far as their legal provisions permit, of the interests of the least developed among the developing countries.
4. During the annual review of the operation of the generalized system of preferences, special attention should be given by the institutional machinery to the effects of the system on the volume of exports and export earnings of the least developed countries and in regard to other objectives of Conference resolution 21 (II). This machinery should further investigate and consult on the special measures in favour of those countries within the generalized system as provided in Conference resolution 21 (II).
5. The Special Committee recommends to the Trade and Development Board that it suggest to each of its main committees that, taking into account the imminent implementation of a generalized system of preferences, priority attention should be given to measures in the field of competence of these committees that would be related or complementary to the generalized system of preferences, especially measures which would enable the least developed among the developing countries to participate fully in that system.
6. Besides those mentioned above, other additional measures have been suggested with a view to enabling developing countries and specially the least developed among them to derive additional benefits from the generalized system of preferences. The international efforts in this field should give priority to:
 - (a) The identification of products for which the generalized system of preferences opens up new or improved export possibilities for the least developed countries;

- (b) Market studies for such products;
- (c) Assistance to the improvement of export and export-promotion services or the establishment of such new services where appropriate.

7. The Special Committee invites the Trade and Development Board to call the attention of other appropriate international organizations to the importance of taking measures related to the generalized system of preferences. Such measures might include, as appropriate, financial and technical assistance for the establishment and development of industries likely to further the exports of products included in the generalized system of preferences, as well as financial assistance for pre-investment studies for such industries.

VI. Duration

The initial duration of the generalized system of preferences will be ten years. A comprehensive review will be held some time before the end of the ten-year period to determine, in the light of the objectives of Conference resolution 21 (II), whether the preferential system should be continued beyond that period.

VII. Rules of origin

1. It is agreed that the rules of origin should facilitate the achievement of the objectives of Conference resolution 21 (II) on the generalized system of preferences, in this connexion, to ensure effectively for the beneficiary countries the advantages of preferential treatment for those exports which will qualify therefor; to help to ensure equivalence in conditions of access to the markets of the preference-giving countries, and to avoid distortion of trade.

2. Satisfactory functioning of the rules of origin will be greatly helped if it is possible to establish close and confident collaboration between the competent authorities of the donor and beneficiary countries, particularly concerning documentation and control. It is agreed that such co-operation should be assured bilaterally and as appropriate through the institutional arrangements as provided for in the relevant part of these conclusions.

3. It is recognized that it is desirable to have rules of origin as uniform as possible and as simple to administer as practicable. The Working Group on Rules of Origin had, at a technical level, formulated preliminary texts on a number of important aspects of the rules of origin. However, in regard to the basic element, for any rules of origin, namely the criterion for substantial transformation, the Group did not at this stage arrive at common views.

4. In view of the importance which the Special Committee attaches to putting into effect the generalized system of preferences as rapidly as possible, it might be necessary to apply, at the outset, origin rules which are different in certain aspects. This would not preclude further efforts to achieve, as far as possible, more harmonization at a later stage.

5. In view of the substantial progress made in drawing up common solutions on matters such as a standard form of origin certificate and agreed rules and undertakings as to verifications, sanctions, and mutual co-operation, the administrative difficulties from the use of different systems of origin at the initial stage will be minimized.

6. The Group should conclude as soon as possible its examination of all technical aspects of the rules of origin for the generalized system of preferences, with a view to agreeing on as many common elements in the rules of origin as possible at this stage. Such technical aspects include harmonization of the different elements used in the determination of substantial transformation among preference-giving countries applying the same criteria in this respect and the questions of cumulative treatment of beneficiary countries and treatment of developed country content. In this connexion the Working Group should also examine possible solutions to specific problems of the least developed among the developing countries. To avoid any delays and to facilitate the implementation of the generalized system of preferences, the Group's conclusions including agreed texts on rules of origin should be remitted directly both to the prospective preference-giving countries and prospective beneficiaries to facilitate appropriate domestic action. The secretariat of UNCTAD should be invited to compile and distribute to Governments of member States an integrated text on rules of origin that will be applied by the preference-giving countries for the purpose of the generalized system of preferences.

VIII. Institutional arrangements

1. The Special Committee on Preferences agrees that there should be appropriate machinery within UNCTAD to deal with the questions relating to the implementation of Conference resolution 21 (II) and bearing in mind Conference resolution 24 (II). The [appropriate UNCTAD body] should have the following terms of reference:

(a) It will review:

(i) The effects of the generalized system of preferences on exports and export earnings, industrialization and the rates of economic growth of the beneficiary countries including the least developed among the developing

countries and in so doing will consider inter alia questions related to product coverage, exception lists, depths of cut, working of safeguard mechanisms (including ceilings and escape clauses) and rules of origin;

(ii) The effects of the generalized system of preferences on the process of industrialization as well as on the volume of exports and export earnings of the least developed among the developing countries, and review and study the special measures in favour of those countries within the generalized system as provided for in Conference resolution 21 (II);

(iii) Especially the effects on the export earnings of developing countries from the sharing of their existing tariff advantages with the rest of the developing countries as a result of the generalized system of preferences, in particular in order to avoid that these countries might be adversely affected;

(iv) Complementary efforts made by developing countries to utilize as fully as possible the benefits from the potential trade advantages created by the grant of special tariff treatment;

(v) Other problems related to the operation of the system;

(b) It will review questions related to measures taken by the socialist countries of Eastern Europe with a view to contributing to the attainment of the objectives of Conference resolution 21 (II);

(c) The above-mentioned functions would appropriately be carried out by means of:

(i) An annual review and analysis of the functioning of the system;

(ii) A triennial review to assess the benefits of the system for the beneficiary countries and the possibilities of improvement of the system and of its operation;

(iii) A comprehensive review towards the end of the initial period of the system, to determine, in the light of the objectives of Conference resolution 21 (II), whether the preferential system should be continued beyond that period.

2. All these periodic reviews would also provide opportunity for multilateral or bilateral consultations between preference-giving countries and beneficiary countries on the system as initially applied, on the modalities of its application and on subsequent changes. These reviews will provide opportunity for consultations between developed market-economy countries and developing countries with respect to possible improvements in the system and between the socialist countries of Eastern Europe and the developing countries with a view to the early and effective implementation of measures

by the former, as set forth in their joint declaration, designed to contribute to the attainment of the objectives of Conference resolution 21 (II).

3. The Special Committee on Preferences considers that there may also be a need for consultations of an ad hoc character on specific aspects of the system that require urgent consideration. Such consultations could be arranged in agreement with interested Governments of member States and with the assistance when desired of the Secretary-General of UNCTAD.

IX. Legal status

1. The Special Committee recognizes that no country intends to invoke its rights to mostfavoured-nation treatment with a view to obtaining, in whole or in part, the preferential treatment granted to developing countries in accordance with Conference resolution 21 (II) and that the contracting parties to the General Agreement on Tariffs and Trade intend to seek the required waiver or waivers as soon as possible.

2. The Special Committee takes note of the statement made by the preference-giving countries that the legal status of the tariff preferences to be accorded to the beneficiary countries by each preference-giving country individually will be governed by the following considerations:

(a) The tariff preferences are temporary in nature;

(b) Their grant does not constitute a binding commitment and, in particular, it does

not in any way prevent

(i) their subsequent withdrawal in whole or in part; or

(ii) the subsequent reduction of tariffs on a most-favoured nation basis, whether unilaterally or following international tariff negotiations;

(c) Their grant is conditional upon the necessary waiver or waivers in respect of existing international obligations, in particular in the General Agreement on Tariffs and Trade.

Vita

Geboren 1979 in Dortmund; Abitur 1998; Zivildienst 1998-1999; Studium der Rechtswissenschaften an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster und an der Université Jean Moulin, Lyon III, Frankreich 1999-2004; Erstes Staatsexamen 2004; Promotion an der Westfälischen Wilhelms-Universität Münster 2005-2006; Referendariat in Bonn und Speyer 2006-2009; Zweites Staatsexamen 2009.