

Nachhaltigkeitskriterien für Bioenergie und das WTO-Recht

Am Beispiel der BioSt-NachV (JbUTR 2010, 151 ff.)

*Felix Ekardt, Bettina Hennig und Larissa Steffenhagen*¹

Übersicht

- I. Die Diskussion um die Ambivalenzen der Bioenergie und deren rechtliche Steuerung
- II. Beschränkbarkeit des freien Welthandels aus Umweltgründen – Grundstrukturen
- III. WTO-Regelwerke und mögliche Kollisionsnormen als Prüfungsmaßstab
- IV. Abgrenzung: Art. III versus XI GATT
- V. Prüfung nach Art. XI GATT
 1. Importverbot im Sinne einer mengenmäßigen Beschränkung?
 2. Nachfragesteuerung durch Verwendungsempfehlung?
- VI. Prüfung nach Art. III GATT
 1. Gleichartigkeit
 - a) Flüssige, feste und gasförmige Biomasse
 - b) Nachhaltig und nicht nachhaltig produzierte flüssige Biomasse
 2. Ungleiche Behandlung durch staatliche Maßnahme?
- VII. Hilfsweise: Rechtfertigung nach Art. XX GATT

¹ Prof. Dr. Felix Ekardt, LL.M., M.A. lehrt an der Universität Rostock Umweltrecht und Rechtsphilosophie. Dipl.-Jur. Bettina Hennig promoviert bei ihm zu Fragen der Steuerung energetischer Biomassenutzung, gefördert durch ein Stipendium der Deutschen Bundesstiftung Umwelt. Sie hat vorher wie cand. jur. Larissa Steffenhagen in einem vom Erstverfasser geleiteten BMU-Forschungsprojekt zu rechtlichen Fragen der längerfristigen Zukunft erneuerbarer Energien mitgearbeitet, in dessen Rahmen der vorliegende Beitrag entstand (der Beitrag gibt jedoch ausschließlich die Auffassung der Verfasser und nicht die des BMU wieder). Ausführlicher als vorliegend zur WTO-rechtlichen Rechtfertigung sozial oder ökologisch motivierter Handelsbeschränkungen *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht und Sozialstaatlichkeit. Globalisierung und soziale Ungleichheit, Böckler-Arbeitspapier Nr. 170, 2009.

1. Rechtfertigung der Ziele der nationalen Politik durch die genannten Schutzgüter des Art. XX b) und g) GATT
2. Chapeau mit dem Verbot der Rechtsmissbräuchlichkeit und des verschleierte Protektionismus

VIII. Fazit und Ausblick

I. Die Diskussion um die Ambivalenzen der Bioenergie und deren rechtliche Steuerung

In den letzten Jahren hat der öffentliche Diskurs um die Vor- und Nachteile der Bioenergie in erheblichem Maße an Fahrt aufgenommen. Das liegt zum einen an der Hoffnungsträgerrolle, die nachwachsenden Rohstoffen hinsichtlich des Ressourcen- und Klimaschutzes zugesprochen wird. Dementsprechend wird ihre energetische Verwertung zunehmend gefördert, was zu einem rasanten Anstieg ihres Marktanteils unter den erneuerbaren Energien führte. So bietet die energetische Verwertung nachwachsender Rohstoffe in Strom, Wärme oder Kraftstoffen auf der einen Seite potenziell erhebliche klimapolitische, ressourcenökonomische und soziale Vorteile gegenüber fossilen Primärenergieträgern, in den Industrienationen wie auch weltweit. Gleichwohl ergeben sich auf der Stufe der Erzeugung und des Vertriebs der Biomasse jedoch auch neue Konfliktpotenziale im globalen Maßstab, sowohl umweltbezogener als auch sozialer Art.² So hat energetisch genutzte Biomasse häufig keineswegs eine so gute Klimabilanz wie erhofft. Auch hat die sich rasch ausweitende energetische Biomassennutzung potenziell negative Auswirkungen auf die Welternährungslage, die Biodiversität usw.

Auch der diesbezügliche Rechtsrahmen ist folgerichtig in Bewegung geraten. Da die Bioenergie-Förderung im Strom-, Wärme- und Kraftstoffsektor differenziert geregelt ist, soll sich der folgende Beitrag dabei exemplarisch auf die Vorgaben im Stromsektor beschränken. Die zunächst relevanten Normen finden sich hierbei in der neu gefassten EE-Richtlinie (RL 2009/28/EG)³ und dem novellierten EEG.⁴ In der neuen EE-Richtlinie wur-

² Hierzu eingehend *Ekardt/Hennig*, ZUR 2009, S. 543 ff.; *Ekardt/Schmeichel/Heering*, NuR 2009, S. 222 ff.; *Ekardt/von Bredow*, in: Leal (Hg.), *The Economic, Social, and Political Aspects of Climate Change*, 2010, i.E. (jeweils m.w.N.).

³ Richtlinie 2009/28/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. April

de die öffentliche Debatte um die Bioenergie nach langwierigen Verhandlungen nunmehr legislativ aufgegriffen: Im Ergebnis statuiert sie erstmals konkrete Nachhaltigkeitskriterien⁵ für die Anrechnung flüssiger Biomasse auf die nationalen EE-Ausbauverpflichtungen auch – aber nicht nur – im Stromsektor⁶ (die feste Biomasse soll demnächst in gleicher Weise reguliert werden). Das heißt, dass die Mitgliedstaaten künftig verpflichtet sind, die in Art. 17-19 EE-Richtlinie festgelegten Nachhaltigkeitsstandards bei der energetischen Verwertung flüssiger Biomasse zu berücksichtigen, soll sie genutzt werden, um das in Anhang I zur EE-Richtlinie jeweils festgesetzte europäische Erneuerbare-Energien-Ausbauziel zu erreichen. Diese Nachhaltigkeitsstandards sollen die Ambivalenzen der Bioenergie mildern.

Auch die Novelle des EEG hat im Bereich der Grund- und Zusatzvergütungen für Strom aus Biomasse (vgl. § 27 EEG) zahlreiche Neuerungen mit sich gebracht⁷ – konkrete Nachhaltigkeitsvorgaben wie in der EE-Richtlinie enthält das EEG selbst indes bislang nicht. Es werden allerdings bestimmte als besonders vorzugswürdig geltende Einsatzstoffe oder besonders effiziente Technologien mit den so genannten Boni prämiert (vgl. dazu § 27 Abs. 4 EEG i.V.m. den Anlagen 1-3 zum EEG). Außerdem hat der Verordnungsgeber inzwischen von seiner in § 64 Abs. 2 Nr. 1 EEG geregelten Ermächtigung Gebrauch gemacht, per Verordnung Kriterien hinsichtlich der

2009 zur Förderung der Nutzung von Energie aus erneuerbaren Quellen und zur Änderung und anschließenden Aufhebung der Richtlinien 2001/77/EG und 2003/30/EG (ABl. Nr. L 140 vom 05.06.2009, S. 16). Vgl. hierzu auch *Lehnert/Vollprecht*, ZUR 2009, S. 307 ff.; *Kahl*, NVwZ 2009, S. 265 ff.; *Ringel/Bitsch*, NVwZ 2009, S. 807 ff.

⁴ Allgemein zur Neufassung des EEG vgl. *Schumacher*, ZUR 2008, S. 121 ff.; *Altrock/Lehnert*, ZNER 2008, S. 118 ff. Speziell zu den Auswirkungen der Novellierung auf die energetische Biomasseverwertung *Wedemeyer*, NuR 2009, S. 24 ff.; *Wernsmann*, AUR 2008, S. 329 ff.; *Loibl/Maslaton/von Bredow* (Hg.), Biogasanlagen im EEG 2009, 2009; insgesamt zum (nicht nur) juristischen Diskussionsstand über das EEG und generell erneuerbare Energien *Ekardt*, in: *Frenz/Müggenborg* (Hg.), EEG-Kommentar, 2009, Einleitung.

⁵ „Nachhaltigkeit“ meint die dauerhafte und globale Lebbarkeit (also die intergenerationale und globale Gerechtigkeit) einer Gesellschafts- und Wirtschaftsform; dazu und zur Kritik der – in Deutschland – gängigen Vorstellung, Nachhaltigkeit meine nicht dies, sondern einfach nur die eher triviale Maßgabe, dass man neben der Umwelt immer auch an die Wirtschafts- und Sozialpolitik denken solle, vgl. *Ekardt*, Theorie der Nachhaltigkeit: Rechtliche, ethische und politische Zugänge, 2009, § 1; *Ekardt*, ZfU 2009, S. 223 ff.

⁶ Vgl. dazu auch *Ludwig*, ZUR 2009, S. 317 ff.; *Ekardt/Schmeichel/Heering*, NuR 2009, S. 222 (227 f.).

⁷ Vgl. hierzu die Nachweise o. Fußn. 4.

nachhaltigen Produktion sowie der Treibhausgasbilanz von flüssiger Biomasse festzusetzen und die Vergütung für den erzeugten Strom an die Einhaltung dieser Standards zu knüpfen.⁸ So trat am 24.08.2009 die Biomassestrom-Nachhaltigkeitsverordnung (BioSt-NachV)⁹ in Kraft. Die Verordnung setzt auch die Vorgaben aus Art. 17-19 EE-Richtlinie für den Stromsektor in nationales Recht um und konkretisiert sie dabei, ohne sie zu verschärfen.

Die BioSt-NachV ergänzt die erwähnten grundsätzlichen Vergütungsregelungen des § 27 EEG: So ist künftig nur noch Strom aus solcher flüssiger Biomasse vergütungsfähig, die den (insbesondere ökologischen) Anforderungen der Verordnung genügt. Dies gilt sowohl für die Grundvergütung, als auch für etwaige Zusatzvergütungen, also insbesondere im Rahmen des sog. NawaRo-Bonus. § 1 BioSt-NachV begrenzt den Anwendungsbereich auf den Einsatz flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung, also beispielsweise Palm-, Soja- oder Rapsöl. Als materielle Vorgaben an deren Produktion, Lieferung und Verwertung enthält die BioSt-NachV insbesondere Regelungen zum (auch stark klimarelevanten) Flächenschutz bei Landnutzungsänderungen und zur effektiven Treibhausgasminderung entlang der gesamten Herstellungs- und Lieferkette. So werden Flächen mit besonders hohem Naturschutzwert und besonderer biologischer Vielfalt sowie besonders hohem Kohlenstoffbestand ab einem bestimmten Referenzzeitpunkt (01.01.2008) unter Schutz gestellt (vgl. §§ 4-6 BioSt-NachV). Des Weiteren werden Vorgaben an die nachhaltige landwirtschaftliche Bewirtschaftung und das Treibhausgasminderungspotenzial aufgestellt (vgl. §§ 7, 8 BioSt-NachV).¹⁰ Zuletzt enthält die Verordnung ein komplexes Zertifizierungs-, Nachweis- und Kontrollsystem über die Einhaltung der Nachhaltigkeitsanforderungen, die der jeweilige Anlagenbetreiber gegenüber dem Netzbetreiber zu belegen hat, will er von diesem künftig die Vergütung nach § 27 EEG für den von ihm aus flüssiger Biomasse erzeugten Strom erhalten.

Aus alledem wird deutlich, dass die BioSt-NachV und die durch sie umgesetzten EU-Nachhaltigkeitskriterien keinesfalls nur auf den innereuropäischen Märkten oder gar dem innerdeutschen Markt wirken sollen, sondern

⁸ Folgerichtig tauchen in der den NawaRo-Bonus betreffenden Negativ-Liste der Anlage 2 zum EEG (vgl. Nr. IV 6) etwa Palm- und Sojaöl auf, die nicht den Kriterien einer solchen Verordnung entsprechen.

⁹ Verordnung über Anforderungen an eine nachhaltige Herstellung von flüssiger Biomasse zur Stromerzeugung vom 23. Juli 2009 (BGBl. I Nr. 46 vom 29.07.2009, S. 2174). Ausführlich zu BioSt-NachV auch *Ekardt/Hennig*, ZUR 2009, S. 543 ff.

¹⁰ Im Einzelnen zu diesen Voraussetzungen *Ekardt/Hennig*, ZUR 2009, S. 543 ff.

vielmehr ihrem Anspruch nach regulierend in den globalen Handel mit flüssiger Biomasse eingreifen. So soll künftig z.B. neben der nicht nachhaltigen Produktion von Rapsöl in Deutschland auch der Entwicklung entgegen gewirkt werden, dass in Südamerika oder Südostasien unter Raubbau am tropischen Regenwald Palmölplantagen auf brandgerodeten Flächen entstehen. Das hiesige Torfmoor soll genauso geschützt werden, wie wertvolle exotischere Biotope auf der anderen Seite der Erde. Des Weiteren werden mit den Vorgaben an die Treibhausgasminde rung auch bestimmte Produktions- und Lieferprozesse in den Blick genommen, und das auch wiederum nicht etwa nur für inländische Vorgänge. In dem Moment aber, wo eine einzelstaatliche Maßnahme wie die BioSt-NachV steuernde Wirkung auf die Herstellungsweise eines drittstaatlichen Produktes entfaltet, kommt das Welthandelsrecht in den Blick. Denn eine Regulation der inländischen Nachfrage durch den Entzug der finanziellen Förderung durch das EEG für Strom aus nicht nachhaltig produzierten Pflanzenölen könnte sich hier im Ergebnis etwa wie eine mengenmäßige Beschränkung oder eine diskriminierende Ungleichbehandlung auswirken.

Dies spricht bereits fundamentale Grundnormen des Welthandelsrechtes an, anhand derer im Folgenden untersucht werden soll, ob und inwieweit von der BioSt-NachV eine nicht zu rechtfertigende Verletzung von Welthandelsrecht ausgehen könnte. Voranzustellen ist der folgenden Untersuchung der Hinweis, dass im Zusammenhang mit den einschlägigen welthandelsrechtlichen Problemen weder die Judikatur, noch das diesbezügliche Schrifttum besonders eindeutig, geschweige denn vorhersehbar wäre. Insbesondere in Hinblick auf die eher schwierige Prognostizierbarkeit des künftigen Umgangs der WTO-Rechtsprechung mit den sich hier stellenden Fragen soll im weiteren Fortgang versucht werden, in möglichst umfassender Form auf verschiedene denkbare Sichtweisen und ihre jeweiligen prüfungstechnischen Konsequenzen einzugehen. Nicht Gegenstand des vorliegenden Beitrags ist demgegenüber das Problem, dass „Nachhaltigkeitskriterien“ u.U. die Ambivalenzen der Bioenergie nur sehr unzureichend bewältigen können (Stichworte sind insoweit: Vollzugsprobleme; Verlagerungseffekte; Nichtabbildbarkeit sozialer Faktoren wie des Welternährungsproblems) und dass die konkreten Kriterien der EE-Richtlinie und der ihr nachgebildeten BioSt-NachV noch einmal hinter dem zurückbleiben, was Kriterien bestenfalls erreichen können.¹¹

¹¹ Vgl. zu einem u.E. erfolgversprechenderen (Mengen- statt Kriterien-)Ansatz die

II. Beschränkbarkeit des freien Welthandels aus Umweltgründen – Grundstrukturen

Die World Trade Organization (WTO) als das institutionelle Gerüst zahlreicher internationaler Wirtschafts- und Handels-Verträge gründete sich im Jahr 1994 nach langjährigen Verhandlungen. Das wichtigste Handelsabkommen im Rahmen der WTO ist dabei das GATT (General Agreements on Tariffs and Trade), das die Liberalisierung des internationalen Warenhandels zum Gegenstand hat und damit den Kern des WTO-Rechts darstellt. Wesentliche Motivation für die Gründung einer über den weltweiten Handel wachsenden Organisation war die Rahmensetzung für eine möglichst umfangreiche Handelsliberalisierung zum Zwecke eines stetig steigenden und global breiter verteilten Gesamtwohlstandes. In der Präambel des WTO-(Rahmen-)Übereinkommens sind in den ersten zwei Erwägungsgründen jene übergeordneten Ziele der WTO statuiert. Demnach strebt die WTO nach einer Erhöhung des Lebensstandards, Vollbeschäftigung, einem hohen Realeinkommen sowie einer wirksamen Ausweitung der Produktion und des Handels mit Waren und Dienstleistungen.¹² In diesem Zusammenhang hat sich die WTO auch dem Ziel verschrieben, eine optimale Nutzung der Ressourcen der Welt und einen Anteil der Entwicklungsländer am wachsenden internationalen Handel im Einklang mit einer nachhaltigen Entwicklung¹³ zu sichern. Erst im dritten Erwägungsgrund kommt die Präambel zur Verwirklichung der zuvor aufgeführten Ziele auf den Abschluss von Übereinkommen zum Zollabbau und anderer Handelsschranken zu sprechen. Insofern ist die Liberalisierung des Welthandels gemäß dem WTO-Recht lediglich als Mittel zur Erzielung eines dauerhaften und globalen Wohlstandes benannt, nicht dagegen als Selbstzweck des internationalen Handelsregimes.¹⁴ Da die Zielbestimmungen von Rechtsakten die Norminterpretation

Nachweise o. Fußn. 2.

¹² Vgl. 1. Abschnitt der Präambel zum Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation (WTO) vom 15. April 1994 (BGBl. II S. 1625).

¹³ Also einer verstärkten intergenerationellen und global-zwischenstaatlichen Gerechtigkeit.

¹⁴ Wie hier auch *Winter*, in: Dolde (Hg.), *Umweltrecht im Wandel*, 2001, S. 71 (73); zu den WTO-Grundprinzipien auch *Tietje*, *Normative Grundstrukturen der Behandlung nicht-tarifärer Handelshemmnisse in der WTO/GATT-Rechtsordnung*, 1998. Übrigens erwägt *Winter*, das Verhältnis von Freihandel und Umweltschutz als Regel-Ausnahme-Verhältnis (in dieser Reihenfolge) zu konstruieren. Wie bei den Grundrechten ist eine solche „Schutzbereich-Schranken-Systematik“ aber nur unproblematisch, wenn man

beeinflussen¹⁵, muss das eben Gesagte für die weitere Prüfung berücksichtigt werden. Korrespondierend zu den weitreichenden Zielen der WTO wurde in organisatorischer Hinsicht ein gerichtsbareitsähnliches System der Konfliktschlichtung und -beilegung mit eigenen Verfahren installiert.¹⁶ Der WTO kommt also auch über den Rahmen für multilaterale Verhandlungen oder Beratungsfunktionen für ihre Mitgliedstaaten hinaus besondere Geltung zu, da sie als einziges völkerrechtliches Organ in Konfliktsituationen Entscheidungen treffen und Sanktionen verhängen darf und somit über eine eigene Judikatur verfügt. Dementsprechend hoch ist der legislative Druck, das nationale Recht WTO-konform auszugestalten.

Versuchen nun einzelne Staaten oder supranationale Gebilde wie die EU, den freien Handel aus Umweltgründen zu beschränken, ist die Anknüpfung der Maßnahme von entscheidender Bedeutung: Das WTO-Recht widmet sich bisher vor allem der Liberalisierung der Märkte für Produkte. Es ist also zu unterscheiden, ob die handelsbeschränkenden Maßnahmen an das Produkt selbst oder an die Produktion, die Herstellungsweise (sog. process and production methods = PPM) anknüpfen. Im vorliegenden Zusammenhang stellt sich also die Frage, ob sich die gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vorgaben an die Nachhaltigkeit flüssiger Biomasse auf das Produkt oder auf die Herstellungsweise beziehen – vorausgesetzt, die Nichtvergütung für nicht in diesem Sinne nachhaltig produzierte Eflüssige Biomasse stellt eine handelsbeschränkende Maßnahme dar. Die reglementierte flüssi-

nicht automatisch die Beweislast zugunsten der betroffenen wirtschaftlichen Freiheit verteilt. Denn hinter den Schranken verbergen sich meist ebenfalls Freiheitsbelange – im vorliegenden Fall z.B. die Freiheit von Lebens- und Gesundheitsbeeinträchtigungen. Vgl. zu den Beweislastfragen beispielsweise *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001.

¹⁵ Zur teleologischen Auslegung und generell zur erkenntnistheoretischen, rationalen Grundlegung der Norminterpretation *Ekardt/Beckmann*, *VerwArch* 2008, S. 241 ff.

¹⁶ Bei Verstoß eines Mitgliedstaates gegen die abgeschlossenen Verträge durch eine staatliche Maßnahme, die das WTO-Recht verletzt, kann ein anderer Staat bei dem *Dispute Settlement Body*, dem Streitschlichtungsorgan der WTO, Beschwerde gegen den Verletzer einlegen. In einem so genannten *Panel* wird die Streitfrage dann anhand der WTO-Verträge entschieden. Dann wird die Entscheidung inklusive der Auferlegung der zu ergreifenden Maßnahmen durch den *Dispute Settlement Body* verkündet sowie deren Durchführung überwacht. Die unterlegene Partei hat die Möglichkeit, gegen das Urteil Berufung beim *Appellate Body* einzulegen. Jedoch muss der angegriffene Mitgliedstaat nach der Feststellung, dass die angegriffene Maßnahme vertragswidrig ist, die Maßnahme aufheben. Darüber hinaus kann der *Dispute Settlement Body* dem vertragsverletzenden Staat weitere Maßgaben auferlegen.

ge Biomasse wird je nach dem verwendeten Grundstoff (z.B. Raps-, Palm- oder Sojaöl) im Kern gleich aussehen und einsetzbar sein: In stofflicher Zusammensetzung und Wirkungsgrad unterscheidet sich etwa nachhaltig angebautes Palmöl nicht von solchem, das beispielsweise unter Abholzung von Regenwald oder in sehr treibhausgasintensiven Produktionsstätten hergestellt wurde. Demzufolge besteht vorliegend der Anknüpfungspunkt bei den unterschiedlichen Herstellungsmethoden der entsprechenden Produkte und nicht bei den Produkten selbst. Ordnet man die gemeinschaftsrechtlichen und nationalen Vorgaben an die nachhaltige Produktion und Verwertung flüssiger Biomasse handelsrechtlich ein, handelt es sich demnach nicht um Vorgaben an das Produkt selbst, sondern vielmehr um solche, die die Art und Weise der Herstellung betreffen, also um produktionsbezogene Maßnahmen (PPM). Diese unterteilen sich wiederum in produktbezogene und nichtproduktbezogene PPM, je nachdem, ob die jeweiligen PPM sich auf Produktionsbedingungen beziehen, die noch irgendwie im Produkt sichtbar sind oder nicht. Demzufolge ist wiederum zu differenzieren, ob von dem Produkt selbst letztlich eine schädigende Wirkung für die Umwelt ausgeht oder ob ausschließlich die Art der Herstellung schädigend ist. Im vorliegenden Fall ist allein der Produktions- und Lieferprozess Anknüpfungspunkt der Regulierung, so dass hier im Ergebnis von nichtproduktbezogenen PPM auszugehen ist.

Wie sich diese Einordnung bei der Prüfung der einschlägigen welthandelsrechtlichen Normen auswirkt, wird noch zu zeigen sein. Es kommen verschiedene Regelwerke in Betracht, die eine grundsätzliche Beschränkbarkeit des Welthandels aus Umweltgründen vorsehen. Es ist also zu prüfen, inwieweit die Normen dieser Regelwerke durch die Regulierung von PPM betroffen sein können und ob sie – ggf. mangels Rechtfertigung – durch die Ausgestaltung der Nachhaltigkeitskriterien für flüssige Biomasse in der EE-Richtlinie und der BioSt-NachV verletzt werden.

III. WTO-Regelwerke und mögliche Kollisionsnormen als Prüfungsmaßstab

Maßgeblich für die Beurteilung der welthandelsrechtlichen Konformität der Vorgaben an die Nachhaltigkeit flüssiger Biomasse könnten verschiedene Regelwerke der WTO sein: Neben dem Übereinkommen über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Maßnahmen

(SPS-Übereinkommen) kommen das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen) und das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen (GATT) in Betracht. Diese Übereinkommen bilden für alle Mitgliedstaaten verbindliche Regelwerke, so dass sie als integraler Bestandteile der Welthandelsordnung gelten. Zunächst ist das Verhältnis der Regelwerke untereinander zu klären; sodann zu prüfen, welche hier konkret anwendbar sind. Sowohl das SPS- als auch das TBT-Übereinkommen sind grundsätzlich neben dem GATT anwendbar, jedoch gilt im Falle eines Widerspruchs zwischen dem GATT und dem SPS- oder TBT-Übereinkommen die allgemeine Auslegungsregel zu Anhang 1A des WTO-Rahmenübereinkommens, derzufolge die spezielle Regelung gilt (also nicht das GATT). Das SPS- und das TBT-Übereinkommen schließen sich dabei gegenseitig aus (vgl. Art. 1 Abs. 5 TBT-Übereinkommen), weswegen zunächst die grundsätzliche Anwendbarkeit dieser beiden Abkommen geprüft werden soll.

Wie schon der Titel des Übereinkommens nahe legt, muss zur Anwendbarkeit des SPS-Abkommens ein gewisser Produktbezug vorliegen, welcher gesundheits- oder pflanzenschützende Maßnahmen erfordert. Im Anhang A Nr. 1 des Übereinkommens findet sich eine Legaldefinition der einschlägigen Maßnahmen. Danach sind Maßnahmen dann gesundheitspolizeilicher oder pflanzenschutzrechtlicher Natur, wenn sie sich gegen nahrungsmittel-, schädlings- oder krankheitsbezogene Risiken für inländische Schutzgüter richten, die von Produkten ausgehen (z.B. krankheitsverursachende Organismen in Nahrungsmitteln, Einschleppung von Schädlingen). Da die hier in Rede stehenden produktionsbezogenen Vorgaben sich nicht gegen dem Produkt innewohnende Risiken, sondern gegen den schädlichen Produktionsprozess richten, fallen sie somit nicht unter das SPS-Übereinkommen. Auch der unmittelbare Bezug zum inländischen Gesundheits- und Pflanzenschutz lässt sich nicht ohne weiteres herstellen. Daher findet das SPS-Übereinkommen keine Anwendung. Hinsichtlich des TBT-Abkommens ist die Anwendung bei möglichen Diskriminierungen aufgrund von Regelungen im Bereich von Herstellungsverfahren und Methoden (PPM) umstritten. Nach herrschender Ansicht ist es auf PPM allerdings nicht anwendbar, da nur unmittelbar produktbezogene Anforderungen als technische Vorschriften und Normen im Sinne des TBT-Übereinkommens zu qualifizieren sind.¹⁷ Hierfür wird im Wesentlichen der Wortlaut (vgl. Anhang 1 Abs. 1

¹⁷ Vgl. *Altemöller*, *RabelsZ* 64 (2000), S. 213 ff. (247); *Puth*, *WTO und Umwelt: Die Produkt-Prozess-Doktrin*, 2003, S. 217; u.U. anders *Winter*, in: *Dolde, Umweltrecht*,

und 2 des TBT-Abkommens, „*product related*“) und die Entstehungsgeschichte des Übereinkommens angeführt.¹⁸ Dementsprechend soll hier der Schwerpunkt auf die Prüfung der Vereinbarkeit der Vorgaben an die nachhaltige Produktion flüssiger Biomasse mit dem GATT gelegt werden. Innerhalb dieses Regelwerkes stellt sich jedoch wiederum die Frage, welche Norm hier konkret einschlägig ist:

IV. Abgrenzung: Art. III versus XI GATT

Geht es um die Prüfung, ob die dem Umweltschutz dienende Regulierung nichtproduktbezogener PPM (hier: bei der Bioenergie) welthandelsrechtlich zulässig ist, kommen im Kern zwei Normen als Maßstab in Betracht, und zwar Art. III und Art. XI GATT. Voranzustellen ist hier, dass die Abgrenzung dieser Normen in jenem Zusammenhang sowohl in der Literatur umstritten ist, als auch in der WTO-Rechtsprechung nicht einheitlich gehandhabt wird, wie an anderer Stelle ausführlicher gezeigt wurde.¹⁹

Beide Normen sind Ausdruck der welthandelsrechtlichen Kernprinzipien und Teil des klassischen WTO-Instrumentariums, das sich zusammensetzt aus Freihandel, Marktöffnung, Transparenz, Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung. Art. III GATT verbietet Ungleichbehandlungen von ausländischen gegenüber gleichartigen inländischen Waren (Diskriminierungsverbot), beinhaltet also das Gebot der Inländergleichbehandlung. Hier ist insbesondere Art. III:4 GATT relevant, der die Benachteiligung ausländischer Waren durch innerstaatliche Regulierung verbietet. Art. XI GATT enthält dagegen ein Verbot nicht-tarifärer Handelshemmnisse, untersagt also im Wesentlichen jegliche Beschränkung bei der Ein- und Ausfuhr von Waren. Relevant ist diese Abgrenzung deswegen, weil im Rahmen von Art. III GATT auf der Schutzbereichsebene eine differenziertere Abschichtung stattfindet: Betrachtet man Art. III GATT als einschlägig, könnte der Im-

S. 71 (80 ff.).

¹⁸ Tietje, in: Grabitz/Hilf (Hg.), Das Recht der Europäischen Union, Kommentar, Teil II: EG-Außenwirtschaftsrecht (ed. Krenzler), 2000, E 29 Rn.73, 128; Tietje, in: Priß/Berrisch (Hg.), WTO-Handbuch, 2003, Teil B.I.5, Rn. 73-77. Siehe auch v. Bernstorff, Verfassung und Recht in Übersee, 2009, S. 12. Appleton, in: Sampson/Bradnee Chambers (Hg.), Trade, Environment, and the Millennium, 2002, S. 239; Möhler, in: Grabitz/Hilf, EU-Recht, Rn. 156 ff.

¹⁹ Vgl. dazu Ekardt/Neumann, ZfU 2008, S. 183 ff.

portstaat ggf. über das Gleichartigkeitskriterium nachweisen, dass bereits deswegen keine Diskriminierung vorliegt, da nicht Gleiches ungleich behandelt wird und deswegen schon keine welthandelsrechtliche Normbeeinträchtigung vorliegt, unabhängig einer etwaigen ausnahmsweisen Rechtfertigung der Freihandelsbeeinträchtigung. Wenn dagegen Art. XI GATT einschlägig und im Schutzbereich betroffen sein sollte, gilt der Freihandel als beeinträchtigt, und die Prüfung muss sich direkt der Frage einer ausnahmsweisen Rechtfertigung der Maßnahme gemäß Art. XX GATT zuwenden. Aus eher strategischen umweltpolitischen Gründen mag deshalb eine Zuordnung zu Art. III GATT als „attraktiv“ erscheinen; häufig kommt es indes in beiden Fällen am Ende primär auf die Rechtfertigungsprüfung der Maßnahme an.²⁰

Als wesentliches Differenzierungskriterium für eine sachgerechte Abgrenzung kann der Wirkungszeitpunkt der staatlichen Maßnahme herangezogen werden: Art. XI GATT erfasst grundsätzlich Maßnahmen, die eine Wettbewerbssituation von Anfang an verhindern, also alle abstrakten und konkreten Maßnahmen, die den Zugang zum Markt ausschließen, also buchstäblich schon „an der Grenze“ wirken (z.B. ein selbständiges Importverbot). Das Diskriminierungsverbot aus Art. III GATT dagegen entfaltet seine Wirkung erst im Wirkungskreis des Importstaates, also wenn das Produkt die Grenze überschritten hat und im hiesigen Markt in den Wettbewerb mit inländischen Produkten eingetreten ist. Dem lässt sich ein Ausschlussverhältnis von Art. XI und III:4 GATT entnehmen, da beide Normen unterschiedliche Konstellationen im Blick haben.²¹ Gerade in Zusammenhang mit nichtproduktbezogenen PPM ist allerdings die Frage, welche der Normen denn nun konkret einschlägig ist, nicht leicht zu beantworten. In der WTO-Rechtsprechung wurden PPM des Öfteren nach Art. XI GATT geprüft, da Art. III GATT einen klaren Produktbezug voraussetze und nur Maßnahmen erfasse, die das Produkt als solches betreffen („*measures affecting products as such*“), nicht jedoch Regulierungen der Produktion, also PPM.²² Andererseits wurde im Asbest-Fall ein französisches Importverbot

²⁰ Dazu eingehend auch *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 ff. m.w.N.; *Sander/Sasdi*, *Freihandel und Umweltschutz*, 2005, S. 184 und passim; *Ekardt/Schmeichel*, *Critical Issues in Environmental Taxation* 2009, S. 737 ff.

²¹ Vgl. *Puth*, WTO, S. 235; *Weiß/Herrmann/Ohler*, *Welthandelsrecht*, 2. Aufl. 2007, Rn. 471.

²² Vgl. Panel Report United States – Restriction on Imports of Tuna, DS21/R – 39S/155 (US – Tuna I), para. 5.11 ff.; Panel Report United States – Restriction on Imports of Tuna, DS29/R (US – Tuna II), para. 5.8.; allgemein zu den Problemen der

für Asbest lediglich als „*logical corollary*“ (logische Ergänzung) des in Frankreich geltenden generellen Verwendungsverbots eingeordnet und daher Art. III GATT herangezogen.²³ Wie an anderer Stelle bereits ausführlicher gezeigt wurde, kann folglich eine pauschale Zuordnung zu Art. XI GATT nur bedingt überzeugen.²⁴ Ein pauschaler Anwendungsausschluss des Art. III GATT erschiene besonders deswegen wenig einsichtig, da Produkt- und Prozessvorgaben in einer evidenten Wechselwirkung zueinander stehen. Auch wenn produktionsbezogene Vorgaben sich nicht in den stofflichen Produkteigenschaften widerspiegeln mögen, wirken sie sich dennoch unmittelbar auf die Einfuhr der Produkte als solche aus.²⁵ Demzufolge müssen auch produktionsbezogene Maßnahmen als „*measures affecting products as such*“²⁶ im Sinne von Art. III GATT verstanden werden, denn letztlich kann der Verstoß gegen eine produktionsbezogene Vorgabe als Importverbot für das konkrete gleichartige Produkt wirken. Daher kann Art. III GATT sehr wohl auch bei PPM als Prüfungsmaßstab heranzuziehen sein.²⁷ Dies impliziert zugleich, dass die betroffenen Produkte in Vergleich zu einander gesetzt werden müssen, wodurch die Intention der nationalen Maßnahme ggf. über das Gleichartigkeitskriterium berücksichtigt werden kann. Dies kann es etwa ermöglichen, zielgenauer umweltpolitisch begründete von rein protektionistisch motivierten Handelsbeschränkungen zu unterscheiden.²⁸

Versucht man nun, die Nachhaltigkeitsvorgaben der EU und des nationalen Verordnungsgebers für flüssige Biomasse in das Gesagte einzuordnen, liegt es umso näher, Art. III GATT als Prüfungsmaßstab heranzuziehen. Denn die Kernidee dieser Vorgaben ist eben nicht die Regulierung bestimmter Herstellungsabläufe über eine pauschale Selektion von Produkten an der Grenze (z.B. über ein allgemeines unabhängiges Importverbot für Palmöl), sondern eine Steuerung bestimmter umweltpolitischer Zielsetzungen über

Streitbeilegungsorgane auch *Zangl*, Die Internationalisierung der Rechtsstaatlichkeit, 2006, S. 11 ff.

²³ Vgl. Panel Report European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products, WT/DS135/R (EC – Asbestos), para. 8.90 ff.

²⁴ *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 30 f.; *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 (187).

²⁵ Vgl. *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 (187).

²⁶ In diesem Sinne zutreffend *Weiß/Herrmann/Ohler*, Welthandelsrecht, Rn. 519.

²⁷ *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 30 f.; *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 (187).

²⁸ Vgl. dazu auch eingehend *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 ff.

Markt und Wettbewerb. Diese setzt allerdings naturgemäß erst dann ein, wenn die importierte Ware die Grenzen bereits überschritten hat und mit den inländischen Produkten in Konkurrenz tritt. So wird nicht der Import bestimmter Waren reglementiert, sondern vielmehr in die Förderung bestimmter energetischer Verwertungspfade eingegriffen – und das im nationalen Markt. Es liegt also kein klassisches Importverbot vor, sondern vielmehr eine Behinderung im Markt, die eben nicht – wie bei Art. XI GATT vorausgesetzt – an der Grenze ihre finale Wirkung entfaltet.

Im Sinne einer umfassenden welthandelsrechtlichen Bewertung und unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die WTO-Rechtsprechung immer wieder PPM als grundsätzlich von Art. XI GATT umfasst angesehen hat, soll hier dennoch zunächst auch Art. XI GATT geprüft werden. Sollte man hier im Ergebnis zu einer Schutzbereichsbeeinträchtigung kommen, käme es letztlich auf die Möglichkeit einer Rechtfertigung nach Art. XX GATT an. Selbiges würde gelten, wenn der Schutzbereich des Art. III GATT beeinträchtigt wäre, der vorliegend anschließend (alternativ) geprüft wird.

V. Prüfung nach Art. XI GATT

Der Kern hier zunächst anhand des Art. XI GATT zu prüfenden EU-Vorgaben an die nachhaltige Herstellungsweise von flüssiger Biomasse ist es, nicht auf diese Weise produzierte Produkte von der Förderung auszuschließen und damit im Markt auf eine Nachfrageminderung hinsichtlich diesen Anforderungen nicht genügender Produkte hinzuwirken. Demgemäß normieren die nationalen Nachhaltigkeitsverordnungen, dass nicht nachhaltig produzierte und als solche zertifizierte flüssige Biomasse von den entsprechenden nationalen Förderregeln im Strom-, Kraftstoff- und Wärmesektor ausgeschlossen sein sollen. Dies trifft allerdings keine explizite Aussage über die Einfuhr solcher Produkte. So ist es beispielsweise dem Hersteller nicht nach den Kriterien der BioSt-NachV produzierten Palmöls nicht etwa verwehrt, sein Produkt in den hiesigen Palmöl-Markt einzubringen, es wird lediglich in einer Verwendungssparte nicht mehr in dem selben Maß gefördert wie vorher. Dies ist freilich gleichwohl u.U. handelsrelevant:

1. Importverbot im Sinne einer mengenmäßigen Beschränkung?

Art. XI GATT untersagt den Mitgliedstaaten, andere Verbote oder Beschränkungen als Zölle oder andere Abgaben einzuführen oder aufrecht zu erhalten, genannt werden hierbei Kontingente, Einfuhr- und Ausfuhrbewilligungen und sonstige Maßnahmen der mengenmäßigen Beschränkung. Der Schutzbereich des Art. XI GATT erfasst dabei sowohl materielle als formelle staatliche Maßnahmen, die den Zugang oder Umfang zum Markt erschweren. Dabei ist die Art der Beschränkung irrelevant, jegliche benachteiligende Verfahren werden vom Regelungsgehalt des Art. XI GATT erfasst – mithin bildet Art. XI ein absolutes Verbot für nicht-tarifäre Handelshemmnisse des Marktzugangs.²⁹ Demzufolge könnte der Schutzbereich des Art. XI GATT dann verletzt sein, wenn etwa ein staatliches Importverbot für nicht nachhaltig produzierte flüssige Biomasse bestünde, da es dann die Wirkung einer mengenmäßigen Beschränkung hätte. Da jedoch die EU-Nachhaltigkeitskriterien sowie die nationalen Nachhaltigkeitsverordnungen eben nicht ein Verbot oder ein Kontingent für spezielle Rohstoffe beinhalten, sondern lediglich die Förderbedingungen im Energiemarkt für jede Art von flüssiger Biomasse neu reglementieren, kann hier nur von einer Beschränkung gesprochen werden, die auf den Wettbewerb im Markt wirkt und nicht bereits „an der Grenze“.³⁰ Dann ist allerdings ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. XI GATT fraglich, da gerade nicht der der Zugang zum Markt behindert wird, sondern im nationalen Markt die Vergütungsregeln höchstens eine benachteiligende Wirkung durch geringere Nachfrage aufweisen könnten. Hier wird deutlich, dass die Nachhaltigkeitsverordnungen nicht der Konstellation entsprechen, die Art. XI GATT originär im Blick hat. Sollte man hier aber dennoch einen Eingriff in den Schutzbereich des Art. XI GATT aufgrund der handelshemmenden Wirkung des Förderausschlusses erblicken, käme man direkt zu der Prüfung einer möglichen Rechtfertigung dieses Eingriffes nach Art. XX GATT (dazu unten).

2. Nachfragesteuerung durch Verwendungsempfehlung?

Da die Verwender flüssiger Biomasse künftig von der Vergütung nach § 27 EEG ausgeschlossen sind, wenn sie nicht den entsprechenden Nachhaltigkeitsnachweis erbringen, könnte man hier statt von einem Importverbot

²⁹ So auch *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 ff. (187); *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 30.

³⁰ Vgl. *Hilf/Oeter*, WTO-Recht. Rechtsordnung der Welthandels, 2005, § 9 Rn. 21, 25.

auch von einer Verwendungsempfehlung ausgehen, die wie ein Verbot wirken könnte. De jure mag hier zwar kein Verwendungsverbot vorliegen, da der Zugang zum nationalen Markt wie gesehen weiterhin besteht, so dass allenfalls ein Fall des Art. III:4, nicht aber des Art. XI GATT vorzuliegen scheint. Eine De-facto-Betrachtung des Sachverhalts könnte jedoch zu einer Wirkung gleich einem Importverbot führen. So wird vertreten, letztlich könne ökonomisch eine Verwendungsempfehlung oder ein Verwendungsverbot die gleiche Wirkung wie ein Importverbot haben.³¹ Dem Wortlaut des GATT lässt sich für die Fälle, in denen de jure kein Importverbot vorliegt, sich aber eine Maßnahme nachteilig beim Absatz der Produkte auf dem inländischen Markt auswirken kann, keine klare Abgrenzung entnehmen. Bewertet man die Auswirkungen der BioSt-NachV und der EU-Nachhaltigkeitskriterien allerdings als De-facto-Importverbot, könnte man so zu einer Beeinträchtigung des Art. XI GATT kommen.³² Auch hier wäre der nächste Prüfungsschritt die Frage nach einer möglichen Rechtfertigung nach Art. XX GATT (dazu unten).

Damit ergibt sich bis hierher: Folgt man Teilen der WTO-Rechtsprechung und legt Art. XI GATT als Prüfungsmaßstab zugrunde, erscheint die Beurteilung einer Handelsbeeinträchtigung durch die wie gesehen erst im Markt wirkende BioSt-NachV eher zweifelhaft. Da weder die EU-Kriterien noch die BioSt-NachV die Einfuhr der Ware (also den Zugang zum Markt) im Blick haben, sondern vielmehr steuernd auf den erst nach Einfuhr stattfindenden Wettbewerb zielen, könnte eine Beeinträchtigung vielmehr verneint werden. Wenn man sich jedoch entscheidet, in diesem Zusammenhang ein De-facto-Importverbot als mengenmäßige Beschränkung anzuerkennen, müsste die Prüfung mit der Frage nach einer möglichen Rechtfertigung dieses Eingriffes fortgesetzt werden (dazu unten).

VI. Prüfung nach Art. III GATT

Alternativ zu Art. XI GATT ist nunmehr das in Art. III GATT verankerte Gebot der Inländerbehandlung zu prüfen, das verbietet, ausländische Produkte schlechter zu behandeln als gleichartige inländische Waren. Die zent-

³¹ *Dolzer/Laule*, EuZW 2000, S. 229 (232); *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, Teil B. I. 1., Rn. 204.

³² Vgl. *Dolzer/Laule*, EuZW 2000, S. 229 (234).

rale Frage bei der Untersuchung der Rechtmäßigkeit produktionsbezogener Maßnahmen (PPM) ist dabei regelmäßig, ob Produkte aus umweltschädlicher und umweltfreundlicher Produktion gleichartig sind oder nicht. Stuft man die Produkte als ungleichartig ein, so dürfen sie auch unterschiedlich behandelt werden. Es müssen also allen Produkten des Handelsverkehrs die gleichen Bedingungen zuteil werden, sofern sie als gleichartig, substituierbar anzusehen sind, bzw. im direkten Wettbewerb zueinander stehen.³³ Der Schutzbereich erstreckt sich folglich auf den Schutz importierter Waren, die weniger günstig behandelt werden, als gleichartige inländische Produkte.³⁴ Ziel dieser Norm ist es, zu vermeiden, dass die Mitgliedstaaten durch nationale wettbewerbsverzerrende Regelungen indirekt ihren eigenen Markt protektionieren.³⁵ Damit eine Garantie dieses elementaren Prinzips der Inländergleichbehandlung besteht, verbietet es Art. III GATT den Mitgliedstaaten, sowohl de jure als auch de facto gleichartige importierte Produkte im Wettbewerb zu benachteiligen.³⁶ Art. III:4 GATT besagt, dass Erzeugnisse, die in das Gebiet eines anderen Vertragspartners importiert werden sollen, keiner ungünstigeren Behandlung unterworfen werden dürfen, als sie die gleichartigen Erzeugnisse einheimischen Ursprungs auf dem inneren Markt haben. Zu prüfen ist also, ob und inwiefern durch die europäischen und nationalen Nachhaltigkeitsvorgaben Gleiches ungleich behandelt wird. In einem ersten Schritt ist also die Gleich- oder Ungleichartigkeit etwaiger konfligierender Vergleichsgruppen festzustellen, in einem zweiten Schritt zu fragen, ob eine diskriminierende Ungleichbehandlung vorliegt.

1. Gleichartigkeit

Die Frage der Gleichartigkeit zweier Produkte hinsichtlich unterschiedlicher PPM ist in der Judikatur der WTO und dem diesbezüglichen Schrifttum umstritten und uneinheitlich. Aufgrund der jeweils vorzunehmenden Einzelfallentscheidung ist schwer prognostizierbar, wie im Streitfall eine mögliche Entscheidung der Streitbeilegungsorgane der WTO ausfallen würde, wes-

³³ Appellate Body, Japan – Taxes on Alcoholic Beverages, Appellate Body Report, WT/DS 8,10,11/AB/R (Japan – Alcoholic Beverages II), AB 1996-2, Rn. H. 1.) a), S. 21; Panel Report, EC – Asbestos, Rn. 4, 16.

³⁴ Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen, Welthandelsrecht, S. 30 f.; Panel Report, EC – Asbestos, Rn. 8.90 ff.; Appellate Body, Japan – Alcoholic Beverages II, Rn. F.

³⁵ Appellate Body, Japan – Alcoholic Beverages II, Rn. F.

³⁶ Bender, in: Hilf/Oeter, WTO-Recht, § 9 Rn. 34 und 50.

wegen im Folgenden versucht werden soll, alle denkbaren Konstellationen und Sichtweisen zu berücksichtigen. Grundsätzlich ist für die Frage nach der Gleichartigkeit zweier Produkte eine weite Gesamtbetrachtung vorzunehmen, wobei die Umstände des Einzelfalls bei der Prüfung umfänglich berücksichtigt werden müssen.³⁷ Trotz vieler und langwieriger Diskussionen und Beratungen besteht nach wie vor kein einheitlicher welthandelsrechtlicher Begriff der Gleichartigkeit. Jedoch wurden 1970 von der Working Party on Border Tax Adjustments unter Bezugnahme auf bereits zuvor von einigen Panels und dem Appellate Body³⁸ entwickelten Indikatoren vier generelle Grundkriterien festgelegt, die zur Bestimmung des Gleichartigkeitserfordernisses helfen sollen, namentlich physische Eigenschaften, Zollklassifikation und Verwendungszweck einer Ware sowie sie betreffende Verbraucherpräferenzen.³⁹ Das wichtigste Kriterium ist naheliegenderweise die physische Eigenschaft eines Produkts („*the properties, nature and quality of the products*“).⁴⁰ Jedoch ist die Aufzählung der Kriterien keinesfalls als abschließender Katalog zu verstehen, sie soll nur als Hilfe zur Ermittlung der Gleichartigkeit dienen. Daher ist weiterhin eine umfassende Gesamtwürdigung des Einzelfalls vorzunehmen.⁴¹ Problematisch ist dabei, dass der Anknüpfungspunkt der hier in Rede stehenden Regelungen eben nicht das Produkt selbst, sondern vielmehr seine Herstellungsweise ist, also PPM als Maßstab für die Unterschiedlichkeit der Produkte heranzuziehen sind. Es stellt sich also die Frage, ob unterschiedliche Produktionsmethoden, die sich nicht in der stofflichen Produktqualität niederschlagen, einer Gleichartigkeit im Sinne des Art. III GATT entgegenstehen. Dafür ist zunächst festzustellen, welche Vergleichskonstellationen hier überhaupt zur Rede stehen.

³⁷ Appellate Body, Japan – Alcoholic Beverages II, Fn. 58 und 114.; Appellate Body, EC – Asbestos, Rn. 101.

³⁸ Vgl. Appellate Body, EC – Asbestos, Rn. 101, verweist auf: Appellate Body, Japan – Alcoholic Beverages II, supra, Fn. 58, bei Rn. 113 und insbesondere Fn. 46. Ebenso Panel Report, United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline, WT/DS2/R (US – Gasoline), supra, Fn. 15, Rn. 6.8: *“where the approach set forth in the Border Tax Adjustment case was adopted in a dispute concerning Article III:4 of the GATT 1994 by a panel. This point was not appealed in that case.”* Ausführlich zu Border Adjustments in der Klimapolitik Ekardt/Schmeichel, Critical Issues in Environmental Taxation 2009, S. 737 ff.

³⁹ Vgl. dazu Appellate Body, EC – Asbestos, Rn. 101.

⁴⁰ Vgl. Appellate Body, EC – Asbestos S. 38 f., Rn. 101 (unter Bezugnahmen auf den Working Party Report Border Tax Adjustments). Vgl. BISD 18S/97, Rn. 18.

⁴¹ Appellate Body, EC – Asbestos, Rn. 102.

a) Flüssige, feste und gasförmige Biomasse

Zunächst einmal könnte etwa ein Produzent flüssiger Biomasse monieren, dass er durch die den EU-Vorgaben entsprechenden Regelungen des EEG und der BioSt-NachV zu flüssiger Biomasse gegenüber Produzenten fester oder gasförmiger Biomasse benachteiligt wird. Allein hinsichtlich des stofflichen Zustandes und der physikalischen Eigenschaften liegt hier jedoch eine offensichtliche Unterscheidbarkeit vor. Doch auch darüber hinaus sind die Unterschiede evident: Der Aggregatzustand eines Produktes bestimmt nicht nur den Verarbeitungsprozess, sondern vielmehr den gesamten Umgang respektive sämtliche produktbezogenen Verfahren. Allein simple Überlegungen hinsichtlich der Verarbeitung, des Transports, der Speicherung und des energetischen Brennwertes der unterschiedlichen Biomasseaggregate lassen die Unterschiede deutlich werden. Insofern ist offensichtlich hier keine Gleichartigkeit gegeben, wodurch sich Überlegungen zu einer etwaigen Ungleichbehandlung erübrigen. Davon einmal abgesehen wird es in Kürze ähnliche EU-Regelungen auch für feste Biomasse geben.

b) Nachhaltig und nicht nachhaltig produzierte flüssige Biomasse

Weiterhin könnte beispielsweise ein Herstellerland überwiegend nicht nachhaltig produzierten Palmöls eine Ungleichbehandlung gegenüber nachhaltig produziertem Palmöl rügen. Dann stellte sich zum einen die Frage, ob nachhaltig und nicht nachhaltig produziertes Palmöl gleichartig sind und zum anderen, inwiefern in einer solchen Konstellation überhaupt ein Bezug zum Gebot der Inländergleichbehandlung gegeben wäre, da im Anwendungsbereich der BioSt-NachV selbst evident gar kein Palmöl angebaut wird und damit auch keine Bevorzugung inländischen Palmöls gegenüber ausländischen denkbar wäre – nur diese wäre aber Gegenstand von Art. III:4 GATT. In einer solchen Konstellation wäre eine Diskriminierung im Sinne des Art. III:4 GATT nur dann denkbar, wenn inländische und ausländische Pflanzenöle (etwa Raps-, Palm-, und Sojaöl) als gleichartige Produkte gelten würden. Wenn man dies bereits verneint, käme es auf die Frage, ob nachhaltig produziertes Palmöl und nicht nachhaltiges produziertes Palmöl gleichartig i.S.d. Art. III:4 GATT sind, schon gar nicht mehr an, da dann gar keine potenzielle Begünstigung inländischer Waren zu befürchten wäre und damit nicht so sehr das Gebot der Inländergleichbehandlung, als vielmehr

das Meistbegünstigungsprinzip nach Art. I:1 GATT betroffen sein könnte.⁴² Sind die verschiedenen Pflanzenöle aber als gleichartige Produkte zu behandeln, könnte man sich fragen, ob eine Ungleichbehandlung gleicher Produkte darin zu erblicken ist, dass etwa nachhaltig produziertes inländisches Pflanzenöl gegenüber ausländischem nicht nachhaltig produziertem Pflanzenöl privilegiert wird.

Vergleicht man nun zunächst einheimische mit importierten Pflanzenölen, zeigen sich zunächst Unterschiede in den als Grundrohstoff genutzten Pflanzen und Früchten sowie an physischen Unterschieden wie Dichte, Geschmack, Geruch und Farbe. Dies könnte dafür sprechen, die verschiedenen Pflanzenöle nicht als gleichartig zu qualifizieren, womit es an der Benachteiligungskonstellation des ausländischen Palmöls gegenüber gleichartigen inländischen Produkten im Sinne des Art. III:4 GATT fehlen würde und eine WTO-Rechtsverletzung hier von vornherein abzulehnen wäre. Allerdings muss berücksichtigt werden, dass die WTO-Judikatur wie eingangs erörtert neben dem Kriterium der stofflichen Eigenschaften weitere Indikatoren im Sinne einer weiten Gesamtbetrachtung heranzieht.⁴³ Insbesondere die gleiche Verwendungsart und die unmittelbare Marktkonkurrenz der verschiedenen Produkte könnten ebenso gut zu einer Beurteilung als gleichartig führen. Auch die unterschiedliche Kategorisierung verschiedener Pflanzenöle hinsichtlich der Zolltarifzugehörigkeit knüpft nicht etwa an etwaige Herstellungsmethoden an.

Sinn und Zweck eines solchen eher weiten Verständnisses ist es, zu verhindern, dass die Mitgliedstaaten unter dem Vorwand von leicht veränderlichen Produkt-Zusammensetzungen oder leichten Geschmacks- oder Farbabwei-

⁴² In diesem Falle stellten sich dann allerdings die gleichen Fragen, wie in der fortlaufenden Prüfung (Gleichartigkeit, Ungleichbehandlung und Rechtfertigung), weswegen auf diesen Prüfungsmaßstab hier nicht ausführlicher eingegangen wird. Es stünden dann nur eben lediglich solche Produkte als Vergleichsgruppen nebeneinander, die aus dem nachhaltig und nicht nachhaltig produzierenden Ausland kämen und auf dem hiesigen Markt untereinander in Konkurrenz träten.

⁴³ Vgl. Appellate Body, Japan – Alcoholic Beverages II, supra, Fn. 46, S. 21: *“The criteria in Border Tax Adjustments should be examined, but there can be no one precise and absolute definition of what is “like”. The concept of “likeness” is a relative one that evokes the image of an accordion. The accordion of “likeness” stretches and squeezes in different places as different provisions of the WTO Agreement are applied. The width of the accordion in any one of those places must be determined by the particular provision in which the term “like” is encountered as well as by the context and the circumstances that prevail in any given case to which that provision may apply”*

chungen im Grunde genommen artverwandte (gleichartige) Produkte als ungleich werten und mithin auch behandeln können. So hat etwa der Appellate Body auch Vodka und den japanische Schnaps Shochu als gleichartige Produkte gewertet.⁴⁴ Daher lassen der jeweilige Grundstoff oder stoffliche Abweichungen allein noch keine belastbaren Rückschlüsse über die welt handelsrechtliche Bewertung hinsichtlich der Gleichartigkeit verschiedener Pflanzenöle zu.

So soll im Folgenden davon ausgegangen werden, dass verschiedene Pflanzenöle gleichartige Produkte sind, demzufolge nur noch hinsichtlich der Frage zu differenzieren wäre, ob nachhaltig und nicht nachhaltig erzeugte flüssige Biomasse gleichartig in diesem Sinne ist. Bejaht man dies, bliebe in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob und inwiefern hier eine ungleiche Behandlung durch eine staatliche Maßnahme erfolgt. An dieser Stelle ist erneut von Bedeutung, dass die EU-Nachhaltigkeitskriterien und ihre nationale Umsetzung sich lediglich auf Herstellungsweisen und Produktionsabläufe (PPM) beziehen, die sich eben nicht in der stofflichen Qualität des Produkts Pflanzenöl als solchem niederschlagen. Nach dem bereits erörterten Vorgehen zur Einordnung als gleich- oder ungleichartig sind zunächst physische Eigenschaften entscheidend. Nachhaltig und nicht nachhaltig produzierten Pflanzenölen sieht man die Herstellungsweise nicht an, in der stofflichen Zusammensetzung unterscheiden sich auf ehemaligen Regenwaldflächen angebaute Palmöle sich nicht signifikant von solchen, die den Landnutzungsvorgaben der BioSt-NachV entsprechen. Auch die unterschiedliche Treibhausgasbilanz äußert sich nicht in der physikalischen Form unterschiedlicher Öle. Zieht man zusätzlich die Frage nach dem Endgebrauch der Produkte zur Stromerzeugung heran, ergibt sich nichts wesentlich anderes, da auffällige Produktunterschiede nicht bestehen. Vielmehr stehen die unterschiedlichen Produkte „nachhaltig und nicht nachhaltig erzeugte flüssige Biomasse“ in unmittelbarer Marktkonkurrenz, da sie exakt gleich verwendet werden können. Maßgeblich sind aber eben die jeweiligen Eigenschaften des Produkts und solche, die sich unmittelbar aus dem Produktumfeld ergeben. In Bezug auf die unterschiedlich produzierten Pflanzenöle besteht dabei gerade keine auffällige Ungleichartigkeit.

Das einzige gängige Unterscheidungskriterium, das in diesem Falle grundsätzlich geeignet scheint, im Ergebnis die Ungleichartigkeit der verschie-

⁴⁴ Appellate Body, Japan – Alcoholic Beverages II, supra, Fn. 46, S. 21; *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 9 Rn. 59.

denartig produzierten Pflanzenöle festzustellen, ist das ebenfalls in der Judikatur auftauchende Kriterium der Verbrauchergewohnheit („consumers’ tastes and habits“).⁴⁵ Bei diesem Kriterium kommt es darauf an, ob der Konsument das Produkt als gleichartig ansieht oder verwendet. Demgemäß müsste die nachhaltige Produktion der flüssigen Biomasse das entscheidende Kaufkriterium für den Verwender sein. Fraglich ist in diesem Zusammenhang, ob die nachhaltige und nicht nachhaltige Biomasse die gleiche Nachfrage befriedigen oder vom Verbraucher gänzlich unterschiedlich wahrgenommen werden. Hier soll nachhaltig und nicht nachhaltig produzierte flüssige Biomasse jeweils der Produktion von Strom dienen. Nun könnte man argumentieren, dass gerade hinsichtlich der energetischen Verwertung von flüssiger Biomasse der öffentliche und mediale Diskurs zu einer sich ändernden Verbraucherpräferenz geführt hat – gerade bei den u.U. ideell motivierten Betreibern von Pflanzenöl-BHKWs. Andererseits muss man konstatieren, dass sich der Markt in den letzten Jahren anders entwickelt hat: Entsprechend der ökonomisch günstigeren Verwertungsmöglichkeiten von im Vergleich zu einheimischen Rapsöl günstigeren importierten Pflanzenölen hatte sich der Markt in den letzten Jahren rasant entwickelt – hin zu einer verstärkten Nutzung nicht nachhaltig produzierter flüssiger Biomasse. Allein deswegen sind die Nachhaltigkeitskriterien der EU und die entsprechenden nationalen Umsetzungen ja überhaupt installiert worden. Auch dieser Umstand spräche also wohl eher für eine verbraucherseitig wahrgenommene Gleichartigkeit der Produkte als für die Nachhaltigkeit des Öls als entscheidendes Abgrenzungs-Kriterium. Zwar könnte man hier nun u.U. das Nachhaltigkeitsziel der WTO anführen, um einen stärkeren Einbezug unterschiedlicher ökologischer Produktionsbedingungen in die Prüfung der Gleichartigkeit nach Art. III GATT herzuleiten; doch trotz der überragenden Wichtigkeit jenes Ziels wäre eine solche Interpretation im Rahmen des existierenden WTO-Regimes systematisch widersprüchlich: Denn vereinzelte an Nachhaltigkeitsfragen interessierte Verbraucher wird es bei jeder umweltpolitischen handelsbeschränkenden Maßnahme geben. Gemessen daran würde das Kriterium der Gleichartigkeit stets leer laufen und somit niemals eine Rechtfertigungsprüfung nach Art. XX GATT nötig sein; damit aber würde Art. XX GATT zu einer überflüssigen Norm. Insbe-

⁴⁵ Vgl. dazu auch *Blüthner*, Welthandel und Menschenrechte in der Arbeit, 2004, S. 294; kritisch dazu *Ekardt/Neumann*, ZfU 2008, S. 183 ff.; *Chatton*, Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO – politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven, 2005, S. 94; siehe dazu auch *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 9 Rn. 61; Appellate Body, EC – Asbestos, Rn. 113, 192 b).

sondere könnten dann protektionistische Maßnahmen leicht auf vorgeblich umweltpolitische Handelsbeschränkungen gestützt werden und von vornherein gegen eine Überprüfung immunisiert werden, wobei auch die detaillierten Anforderungen etwa über die zusätzlichen Vorgaben des Chapeau innerhalb des Art. XX GATT (dazu später) wegfallen würden. Dürften so gar die Staaten selbst über die Kriterien zur Unterscheidung bestimmen, könnten umgekehrt zudem Nationalstaaten auch umweltschonende Regelungen anderer Staaten pauschal zurückweisen.⁴⁶

Im Ergebnis spricht also einiges dafür, dass nachhaltig und nicht nachhaltig produzierte flüssige Biomasse als gleichartige Produkte im Sinne des Art. III:4 GATT anzusehen sind – vorausgesetzt, man bejaht den Inlandsbezug über die Gleichartigkeit verschiedener Pflanzenöle (siehe oben). Verneint man die Gleichartigkeit verschiedener Pflanzenöle oder von nachhaltig und nicht nachhaltig produzierter flüssiger Biomasse, ist die Prüfung an dieser Stelle abzubrechen, da in beiden Fällen mangels Schutzbereichsbeeinträchtigung keine Diskriminierung im Sinne des Art. III:4 GATT vorliegt. Lediglich wenn man die Gleichartigkeit in beiderlei Hinsicht bejaht, stellt sich die Folgefrage, ob diese gleichartigen Produkte durch eine staatliche Maßnahme ungleich behandelt, also diskriminiert werden.

2. Ungleiche Behandlung durch staatliche Maßnahme?

Wenn festgestellt ist, dass es sich um gleiche Produkte handelt, stellt sich die Frage nach der Diskriminierung durch eine staatliche Maßnahme, also nach einer tatsächlichen Ungleichbehandlung (Eingriff in den Schutzbereich der Inländergleichbehandlung). Dem Begriff der staatlichen Maßnahme liegt dabei ein sehr weites Verständnis zugrunde. Jede Regelung, die potentiell geeignet ist, zu ungleichen Wettbewerbsbedingungen zwischen einheimischen und importierten Waren zu führen, soll damit erfasst werden.⁴⁷ Auf Basis dieses generellen Prinzips gelten ebenso freiwillige Verpflichtungen als staatliche Maßnahmen, sofern sie Teil des Handels geworden sind.⁴⁸ Insbesondere können auch freiwillige Maßnahmen, von deren Einhaltung

⁴⁶ Vgl. zu alledem auch *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 42 f.

⁴⁷ Panel Report, EC – Bananas, WT/DS 27/R, Rn. 7. 175.; *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 9 Rn. 50.

⁴⁸ Panel Report, Canada – Foreign Investment Review Act, BISD 30S/140 Rn. 5.4.; *Berrisch*, in: *Prieß/Berrisch*, WTO-Handbuch, Teil B. I.1., Rn. 70.

die Gewährung eines Vorteils abhängig gemacht wird, als Teil der Handelsbeziehungen gelten und somit dem Inländergleichbehandlungsprinzip unterliegen.⁴⁹ Insgesamt ist maßgeblich, ob die Wettbewerbsbedingungen sich für die importierte Ware im Vergleich zu einer einheimischen Ware irgendwie anders gestaltet. Entscheidend ist demnach nicht die „protektionistische Zweckbestimmung“ einer Maßnahme, sondern nur ihr „Effekt“ auf dem nationalen Markt.⁵⁰ Demzufolge erfasst Art. III:4 GATT auch bloße *de facto* diskriminierende Maßnahmen.⁵¹ Sobald ein direkter Zusammenhang zwischen der – auch freiwilligen nichtstaatlichen – Forderung (z.B. das Erfordernis eines Nachhaltigkeitsnachweises) und einer staatlichen Einflussnahme (z.B. Vergütungsvorschriften nach dem EEG) besteht, ist danach der Schutzbereich von Art. III:4 GATT berührt.⁵² Denn jenes staatlicherseits „empfohlene Verhalten“ an private Firmen beeinflusst die Wettbewerbsfähigkeit der Importeure in faktischer Weise stark.⁵³

Wendet man diese Grundsätze auf die vorliegende Fragestellung an, erschließt sich zumindest nicht unmittelbar eine benachteiligende Wirkung der BioSt-NachV in diesem Sinne. Zunächst einmal ist die Verordnung unmittelbar herkunftsneutral formuliert, es sind ausdrücklich nicht etwa nur Soja- und Palmöl exportierende Entwicklungsländer betroffen, sondern die Verwendung jeglicher flüssiger Biomasse, also auch solcher, die im Inland produziert wird. Auch sind die materiellen Kriterien, an die die Verordnung anknüpft, nicht unmittelbar auf bestimmte Produktionsländer o.ä. zugeschnitten. So findet sich keine Vorgabe wie „flüssige Biomasse von tropischen Regenwaldflächen darf aus Klimaschutzgründen nicht eingesetzt werden“, bei der offenkundig wäre, dass explizit auf die Regulierung der Herstellungsweise im Ausland abgezielt wird. Vielmehr sind die Kriterien geeignet, in abstrakter und allgemeiner Hinsicht Flächen und Praktiken zu erfassen, die künftig unerwünscht sind – im In- wie im Ausland.

Man könnte allerdings auch für eine faktische Diskriminierung ausländischer Produzenten argumentieren. Dazu müsste man geltend machen, dass die EU-Nachhaltigkeitskriterien wie die sie umsetzenden nationalen Be-

⁴⁹ Panel Report, EC – Parts and Components, BIDS 37S/132, Rn. 5.21.

⁵⁰ So wohl die h.M., vgl. dazu auch *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 33; a.A. *Howse/Regan*, EJIL 2000, S. 249 ff.

⁵¹ *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 43.

⁵² Panel Report, Canada – Automotive Industry, WT/DS139/R, WT/DS142/R, Rn. 10.107.

⁵³ Vgl. *Bender*, in: *Hilf/Oeter*, WTO-Recht, § 9 Rn. 34.

stimmungen in besonderem Maße auf die Entwicklungen der Biomasseproduktion in Südamerika und Südostasien zurückgehen mögen und sich ausdrücklich zum Ziel gesetzt haben, diese (auch) zu steuern. Insofern könnte man hier trotz der formalen Herkunftsneutralität ggf. eine De-facto-Diskriminierung erwägen. So könnte man anführen, dass der Anbau von flüssiger Biomasse unter nachhaltigen Bedingungen i.S.d. BioSt-NachV für deutsche Hersteller sich de facto weitaus einfacher gestaltet als für die derzeit billige und unnachhaltig gehaltene Pflanzenölproduktion in Entwicklungsländern, da diese eine grundlegende Systemumstrukturierung betreiben müssten und auch nicht mehr in den bisherigen Mengen anbauen können. Auch könnten durch einen evidenten Informations- und Kommunikationsvorsprung komparative Vorteile der Inländer entstehen, insbesondere auch hinsichtlich der notwendigen Zertifizierung. Gleichwohl lässt sich auf der Grundlage des bis hierher Gesagten bezweifeln, ob Art. III:4 GATT überhaupt tatbestandlich beeinträchtigt ist. Folgt man dem nicht, müsste man in einem nächsten Schritt prüfen, ob die festgestellte Beeinträchtigung zu rechtfertigen ist.

VII. Hilfsweise: Rechtfertigung nach Art. XX GATT

Wird die Beeinträchtigung eines welthandelsrechtlich normierten Schutzbereichs (hier: entweder Art. XI oder Art. III:4 GATT) festgestellt, bedeutet dies noch nicht auch automatisch eine Verletzung von WTO-Recht. Vielmehr besteht die Möglichkeit, eine Beeinträchtigung nach Art. XX GATT zu rechtfertigen. Unter den zusätzlichen Voraussetzungen, dass die Maßnahme nicht willkürlich und ungerechtfertigt diskriminiert sowie keine verschleierte Beschränkung des internationalen Handels darstellt (Chapeau), rechtfertigt Art. XX GATT beispielsweise Maßnahmen zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen (Art. XX b) GATT) oder Maßnahmen zur Erhaltung erschöpflicher Naturschätze (Art. XX g) GATT), wodurch ein klarer Umweltschutzbezug hergestellt wird. Zwar erwähnen weder lit. b noch lit. g ausdrücklich die „Umwelt“ als primäres Schutzgut. Dies wird jedoch vor dem Hintergrund, dass das GATT 1947 zu einer Zeit verabschiedet wurde, als die Zerstörbarkeit und Knappheit der natürlichen Lebensgrundlagen den meisten noch nicht bewusst war,

verständlich.⁵⁴

Hinsichtlich der im Folgenden vorzunehmenden Analyse und Interpretation des Art. XX GATT sei noch einmal auf die bereits erörterte Zielsetzung der WTO und ihre zentrale Bedeutung hingewiesen. Nach Art. 31:1 Wiener Vertragsrechtskonvention (WVRK) soll ein Vertrag im „Lichte seines Zieles und Zweckes“ ausgelegt werden. Aus der Betrachtung der Präambel des WTO-Übereinkommens ergab sich, dass nicht – wie oft fälschlicherweise unterstellt – die Liberalisierung des Handels primäres Ziel der WTO ist, sondern vielmehr die Erhöhung des Lebensstandards, die Sicherung der Vollbeschäftigung sowie eines hohen Realeinkommens und die nachhaltige Entwicklung unter Berücksichtigung des Schutzes und der Erhaltung der Umwelt. Dies muss die weitere Auslegung des Art. XX GATT anleiten. Die Prüfung von Art. XX GATT erfolgt dabei zweistufig. Auf der ersten Stufe ist die in Rede stehende staatliche Maßnahme an Art. XX a)-j) GATT zu prüfen. Diese nennen enumerativ einen Katalog an möglichen Rechtfertigungsgründen. In einem zweiten Schritt muss der einschlägige Rechtfertigungsgrund aus Art. XX a)-j) nach den Maßgaben des Chapeaus in Verhältnis zu der konkreten Maßnahme gesetzt werden und so ausgeschlossen werden, dass die Maßnahme eine willkürliche Diskriminierung enthält oder eine verschleierte marktprotektionistische Stoßrichtung verfolgt.

1. Rechtfertigung der Ziele der nationalen Politik durch die genannten Schutzgüter des Art. XX b) und g) GATT

Es ergeben sich bei Art. XX GATT eine Reihe wesentlicher Streitfragen, auch aufgrund einer nicht immer eindeutigen WTO-Judikatur (jenseits dessen, dass auch eine Judikatur nicht per se richtig sein muss, sondern vielmehr zu kritisieren sein kann⁵⁵). Hier sei nur auf die im hiesigen Zusammenhang zentral scheinenden Aspekte eingegangen. Zunächst ist als Kernproblem zu nennen, dass in Konstellationen, in denen PPM den Anknüp-

⁵⁴ Vgl. *Oppermann/Beise*, RIW 2002, S. 269 ff. (271); zur Geschichte des umweltpolitischen Diskurses in Europa beispielsweise *Kloepfer*, Zur Geschichte des deutschen Umweltrechts, 1994.

⁵⁵ Vgl. dazu auch *Ekardt/Beckmann*, VerwArch 2008, S. 241 ff.; klassisch *Alexy*, Theorie der juristischen Argumentation, 2. Aufl. 1991: die Judikatur liefert lediglich eine Argumentationslastverteilung, „gilt“ aber nicht ihrerseits nach Art eines Gesetzes.

fungspunkt für handelsbeschränkende Maßnahmen bilden, die zu schützenden Rechtsgüter sich zumindest auch auf fremdem Hoheitsgebiet befinden. So ist das indonesische Regenwaldgebiet, auf dem eine Palmölplantage angelegt wurde, vom Anwendungsbereich der BioSt-NachV genauso umfasst wie das hiesige Torfmoor. Hier soll eine produktionsbezogene Maßnahme ihre umweltschutzbezogene Wirkung also (zumindest auch) auf außerstaatlichem Territorium entfalten und ausländische Schutzgüter betreffen. Es muss also bestimmt werden, inwieweit und zu welchem Zweck eine staatliche Maßnahme ggf. in die Souveränität eines anderen Staates eingreifen darf, ob Art. XX GATT grundsätzlich also auch Maßnahmen des so genannten extraterritorialen Umweltschutzes rechtfertigt.

Die WTO-Judikatur in diesem Zusammenhang ist uneinheitlich. So wurde eine Rechtfertigung produktionsbezogener Handelsbeschränkungen nach Art. XX GATT lange Zeit kategorisch ausgeschlossen, da sich die zu schützenden Rechtsgüter notwendigerweise außerhalb des Hoheitsgebiets des die Maßnahme aussprechenden Staates befänden. Art. XX GATT beziehe sich nur auf den Umweltschutz im eigenen Hoheitsgebiet, darüber hinausgehende unilaterale Maßnahmen höhnten nach diesem Verständnis lediglich das multilaterale Handelssystem aus.⁵⁶ Die Rechtsprechung zum Shrimp-/Turtle-Fall⁵⁷ enthielt sich einer eindeutigen diesbezüglichen Stellungnahme mit dem Hinweis, dass die betreffenden Seeschildkröten zu den weitwandernden Arten gehören und damit zumindest auch in Gewässern anzutreffen seien, die zum Hoheitsgebiet der USA gehörten.⁵⁸ Im zweiten Thunfischfall entwickelte sich die diesbezügliche Auffassung dahingehend weiter, dass Art. XX GATT keinerlei Beschränkung auf inländische Schutzgüter enthalte⁵⁹, sondern ggf. auch extraterritoriale Umweltgüter schützen könne, sofern ein gewisser Zusammenhang der Maßnahme zum geschützten Gut begründet werden kann. Der handelsbeschränkende Staat müsse also eine ausreichende Verbindung zu dem Schutzgut deutlich machen.

⁵⁶ Panel Report, US – Tuna I, para. 5.25 f.

⁵⁷ Appellate Body, United States – Import Prohibition of certain Shrimp and Shrimp Products, WT/DS58/AB/R (US – Shrimp), para. 121: *“It is not necessary to assume that requiring from exporting countries compliance with, or adoption of, certain policies (...) prescribed by the importing country, renders a measure a priori incapable of justification under Article XX.”*

⁵⁸ Appellate Body, US – Shrimp, para. 133; allgemein dazu auch Weder/Ziegler, *European Journal of Law and Economics* 2002, S. 239 ff. (245); Puth, WTO, S. 32.

⁵⁹ Panel Report, US – Tuna II, para. 5.15 ff.

Das daraus zu entnehmende Aufgeben der Auffassung, Maßnahmen extraterritorialer Wirkung seien als verschleierte Handelsbeschränkungen stets unzulässig, ist zu begrüßen. Neben der Tatsache, dass sich für eine diesbezügliche Beschränkung keinerlei Verankerung im Wortlaut des Art. XX GATT findet, sprechen auch noch andere Gründe gegen die pauschale Unzulässigkeit extraterritorialer Intentionen. Natürlich wird gegen die Rechtfertigungsmöglichkeit extraterritorial wirkender Maßnahmen die Befürchtung angeführt, solche Maßnahmen könnten von wirtschaftlich starken Staaten dazu missbraucht werden, die Souveränität anderer Staaten zu untergraben. Bei einer solchen sehr traditionellen Konzeption der Staatensouveränität bleibt allerdings außer acht, dass derart national beschränkte Sichtweisen durch das Nachhaltigkeitsziel der WTO gerade überwunden werden: Denn Nachhaltigkeit meint gerade die Forderung, Recht und Politik stärker intergenerationell und global auszurichten. Auch berücksichtigt die traditionelle Souveränitäts-Auffassung zu wenig, dass – dreht man das Souveränitätsargument um – das Selbstbestimmungsrecht des sanktionierenden Staates seinerseits durch das Verbot entsprechender Umweltschutzmaßnahmen tangiert wäre. Dies könnte nämlich wiederum zu einem Diktat der Handelsbedingungen durch den die Umweltstandards des Importstaates ignorierenden Exportstaat führen. Insbesondere aber darf eben nicht vergessen werden, dass die Liberalisierung des Handels lediglich ein Mittel zur Erreichung der primären Ziele der WTO und damit auch der Nachhaltigkeit, des Ressourcen- und Umweltschutzes darstellt.⁶⁰ Des Weiteren ist zu berücksichtigen, dass die Verteilung der endlichen Ressourcen und Umweltgüter auf der Erde zufällig ist und dementsprechend zufällig den unterschiedlichen Hoheitsgewalten unterliegt – die gesamte jetzige und künftige Menschheit jedoch ein gleichwertiges Interesse an ihrem Vorhandensein und ihrem Schutz hat.⁶¹ Zuletzt – und entscheidend – ist auch zu bedenken, dass Nachhaltigkeitskriterien oft dem Klimaschutz dienen; das globale Klima jedoch ist per se kein nationales, sondern ein globales Gut. Grundsätzlich spricht also einiges dafür, auch umweltschützende Maßnahmen

⁶⁰ Zu alledem auch *Ekardt/Meyer-Mews/Schmeichel/Steffenhagen*, Welthandelsrecht, S. 36 ff.

⁶¹ Neben dem offensichtlicheren unmittelbaren Versorgungsinteresse geht es hierbei auch um ein längerfristiges Friedenserhaltungsinteresse, unterstellt man, dass die absehbaren existenziellen Knappheiten bestimmter Ressourcen auch zu künftigen Verteilungskriegen führen könnten; dazu und zu den Argumenten für eine deutlich verstärkte Klimapolitik auch *Ekardt*, Cool Down: 50 Irrtümer über unsere Klima-Zukunft – Klimaschutz neu denken, 2009.

extraterritorialer Wirkung wie die BioSt-NachV als vom Anwendungsbereich des Art. XX GATT umfasst zu sehen.

Nunmehr kann also konkret überprüft werden, ob die Bestimmungen der BioSt-NachV unter den Rechtfertigungstatbestand des Art. XX b) oder g) GATT fallen könnten. Dafür ist zunächst die Schutzrichtung der EU-Nachhaltigkeitskriterien genauer zu bezeichnen. Diese avisieren besonders eine dem Klimaschutz dienende Treibhausgasminderung und einen Schutz der Biodiversität in bestimmten Schutzgebieten.

Eine solche Maßnahme könnte zum ersten nach Art. XX lit. b) zum Schutz von Leben, Tieren und Pflanzen gerechtfertigt sein. Fraglich ist, wie weit der Schutzbereich dieser Rechtfertigungsmöglichkeit zu verstehen ist. Wie eingangs bereits festgestellt, ist allgemeiner Umwelt- oder Klimaschutz keiner der in Art. XX b) GATT ausdrücklich genannten Ausnahmetatbestände. Zwar machte Österreich im Zuge der Uruguay-Runde den Vorschlag, den Begriff der Umwelt in Art. XX b) GATT aufzunehmen, damit die Relevanz des Themas auch im Verhältnis zum liberalisierten Handel und gerade hinsichtlich noch kommender Belastungen offensichtlich werde.⁶² Jedoch wurde dieser Vorschlag ausdrücklich abgelehnt. Dennoch lässt die WTO-Rechtsprechung klar erkennen, dass Gesundheits-⁶³ und Umweltschutz⁶⁴ sowie die nachhaltige Entwicklung⁶⁵ hinsichtlich ihrer hervorgehobenen Stellung in der Präambel derart wichtige Belange darstellen, dass sie grundsätzlich als Rechtfertigung für Maßnahmen geeignet sind, die den Freihandel belasten. Dies wird umso deutlicher, wenn man bedenkt, dass die Kriterien der Präambel erst nachträglich um den Umweltschutz erweitert wurden.⁶⁶ Andererseits stellte das Panel im zweiten Thunfisch-Fall aber auch klar, dass Art. XX b) GATT einen gewissen Zusammenhang zum handelsbeschränkenden Staat fordert. Dazu wäre freilich auf die eben ge-

⁶² Multilateral Trade Negotiations, MTN.GNG/NG7/W/75, 1.11.1990, Special Distribution, Negotiating Group on GATT Articles, wonach der Vorschlag lautete: *“Had it not been so late in the actual work of this Group, we would have proposed to amend Article XX(b) of GATT by adding the terms “the environment”. The provision would have read: “necessary to protect the environment, human, animal or plant life or health”. We are convinced that there is a close relationship between trade and the environment, which will become more and more important in the years to come. Therefore, this concern should be clearly reflected in the GATT at an appropriate place. The inclusion of the notion in Article XX(b) might just be one possibility worth exploring.”*

⁶³ Appellate Body, EC – Asbestos, Rn. 164.

⁶⁴ Appellate Body, US – Shrimp, Rn. 167 f.

⁶⁵ Panel Report, US – Tuna II, Rn. 5.42.

⁶⁶ Appellate Body, US – Shrimp, Rn. 154.

führte Argumentation zu extraterritorialen Schutzgütern zu verweisen; deshalb und wegen der wenigstens mittelbaren Auswirkungen auf die einheimischen Menschen rechtfertigt Art. XX b) GATT also sehr wohl extraterritorial wirkende Maßnahmen.

Insgesamt scheint ein ausreichender und mehr als nur zufälliger Zusammenhang („sufficient nexus“) noch eindeutiger, wenn man als Anknüpfungspunkt für die Rechtfertigung hier Art. XX g) GATT heranzieht.⁶⁷ Art. XX g) GATT rechtfertigt eine handelsbeschränkende Maßnahme, sofern sie dem Schutz erschöpflicher Naturschätze inklusive des legitimen Mitnutzungsinteresses an ihnen dient.⁶⁸ Mit „erschöpflichen Naturschätzen“ sind nicht nur Bodenschätze, sondern auch lebende Ressourcen gemeint; Beispiele aus der WTO-Rechtsprechung sind Delphine⁶⁹, Heringe⁷⁰, Seeschildkröten⁷¹ und frische Luft.⁷² Wobei diese Definition weit zu verstehen ist und von einem dynamischen Begriff im Lichte der Präambel des WTO-Abkommens ausgegangen werden muss, bei dem auch zukünftige Erfahrungen und Kenntnisse berücksichtigt werden müssten.⁷³ Die Schutzgüter der BioSt-NachV, also etwa die Regenwälder und andere bedeutende Kohlenstoffsenken oder hinsichtlich der globalen Artenvielfalt relevante Biotope, sind zweifelsohne als erschöpfliche Naturschätze in diesem Sinne zu verstehen, wie sich auch an den zahlreichen diesbezüglichen internationalen Schutzabkommen zeigt. Bei solchen muss eine ausreichende Verbindung hinsichtlich der Schutzmaßnahmen anerkannt werden, da sie von gemeinsamem internationalem Interesse sind, obwohl sie sich im Hoheitsgebiet einzel-

⁶⁷ Vgl. dazu auch *Sander/Sasdi*, Freihandel, S. 163.

⁶⁸ So auch *Puth*, in: *Hilf/ Oeter*, WTO-Recht, § 30 Rn. 35.

⁶⁹ Panel Report, US – Tuna II; allgemein dazu auch *Trüeb*, Umweltrecht in der WTO, 2001, S. 62.

⁷⁰ Panel Report, Canada – Herring, GATT BISD/35S/98.

⁷¹ Appellate Body, US – Shrimp, para. 127 ff.

⁷² Panel Report, US – Reformulated Gasoline.

⁷³ Appellate Body, US – Shrimp, Rn.166: „*The words of Article XX(g), "exhaustible natural resources", were actually crafted more than 50 years ago. They must be read by a treaty interpreter in the light of contemporary concerns of the community of nations about the protection and conservation of the environment. While Article XX was not modified in the Uruguay Round, the preamble attached to the WTO Agreement shows that the signatories to that Agreement were, in 1994, fully aware of the importance and legitimacy of environmental protection as a goal of national and international policy. The preamble of the WTO-Agreement – which informs not only the GATT 1994, but also the other covered agreements -- explicitly acknowledges "the objective of sustainable development"*“.

ner Staaten befinden. Tropenwälder und vergleichbare Biotope sind ein Beispiel für solche Naturschätze von gemeinsamem Interesse, da sie unter anderem als „Lunge der Welt“ wichtig für das globale Umweltgut Klima sind – ähnlich verhält es sich bei anderen Schutzgebieten hinsichtlich der Biodiversität als globalem Schutzgut. Insofern ist auch das legitime Mitnutzungsinteresse der restlichen Staatengemeinschaft evident.

Weiterhin muss die Maßnahme verhältnismäßig sein. Die WTO-Judikatur verlangt von der staatlichen Maßnahme dabei insbesondere, dass sie geeignet ist, um das verfolgte Ziel zu fördern. Eine Erfolgsgarantie wird hingegen nicht verlangt. Die Zweckerreichung darf nicht von einer unbestimmten Komponente abhängen⁷⁴, dennoch kommt es auf die abstrakte Möglichkeit und nicht etwa auf einen empirischen „effects test“ an.⁷⁵ Maßgeblich ist daher einzig, ob ein substantieller und vernünftiger Zusammenhang zwischen der Maßnahme und dem verfolgten Ziel besteht.⁷⁶ Mit diesem Kriterium sollen Maßnahmen ausgeschlossen werden, deren Erfolg sozusagen vom Zufall abhängt. Diese Vorgabe erfüllt die BioSt-NachV ersichtlich, indem sie unmittelbar auf den Erhalt von erschöpflichen Ressourcen zielt und Maßnahmen statuiert, die hierfür grundsätzlich geeignet erscheinen. Der Zusammenhang besteht in vernünftiger und auch substanzieller Form, da die Regelungen der BioSt-NachV die Nachfrage in Deutschland nach nicht nachhaltig produziertem Pflanzenöl eindeutig senken werden und mithin zu erwarten steht, dass die nicht nachhaltige Produktion mangels Absatzmarktes insgesamt rückläufig sein wird. Die gilt insbesondere im Zusammenspiel mit den anderen mitgliedstaatlichen Umsetzungen der EU-Nachhaltigkeitskriterien sowie den nationalen Vorgaben im Kraftstoff- und Wärmesektor. Insgesamt besteht hier zwischen Zweck und Mittel der geforderte hinreichende Zusammenhang. Auch ist keine weniger handelsbeschränkende Maßnahme als milderer Mittel ersichtlich als das auf Freiwilligkeit basierende Prinzip der BioSt-NachV. Insbesondere handelt es sich hier eben nicht um ein finales Importverbot, sondern vielmehr um eine Zielnorm im Zusammenhang mit einer staatlichen Fördermaßnahme. Gerade hinsichtlich der überragenden Wichtigkeit der Schutzgüter der Norm und dem eher schwach ausgeprägten Ausmaß der Handelsbeschränkung sind

⁷⁴ Appellate Body, US – Reformulated Gasoline, S. 21.

⁷⁵ Appellate Body, US – Reformulated Gasoline, S. 21; vgl. auch *Altemöller*, Handel und Umwelt im Recht der Welthandelsorganisation WTO. Umweltrelevante Streitfälle in der Spruchpraxis zu Art. III und XX GATT, 1998, S. 315.

⁷⁶ Appellate Body, US – Shrimp, Rn.136.

Zweifel an der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme hier also nicht gegeben.

Daneben besteht als weitere Voraussetzung einer Rechtfertigung ganz speziell nach Art. XX g) GATT die weitere Vorgabe, dass die Maßnahme in Verbindung auch mit der einheimischen Produktion oder des Verbrauchs angewendet werden muss („*made effective in conjunction with restrictions*“). Danach sollen sich die Belastungen der staatlichen Maßnahme nicht nur auf den Import niederschlagen, sondern für alle Betroffenen gleichermaßen wirken und mithin alle Produkte und Schutzgüter auch gleich würdigen.⁷⁷ Durch Maßnahmen im Inland muss also auch das im Ausland sanktionierte Verhalten gleichsam verboten, bzw. erschwert sein. Genau das wird mit der BioSt-NachV jedoch bezweckt, wie im Kontext des Art. III GATT bereits festgestellt wurde: Es wird eben nicht nach konkreten erschöpflichen Naturschätzen differenziert (z.B. durch eine spezifische Anknüpfung an inländisch nicht vorkommende Biotop-Arten), sondern allgemein und abstrakt festgelegt, welche klima- und biodiversitätsbezogen besonders relevanten Gebietsarten unter ihren Anwendungsbereich fallen. Damit findet der bezweckte Schutz und die damit einhergehende Beschwer unterschiedslos auch im Inland Anwendung, soweit entsprechende Gebiete betroffen sind.

2. Chapeau mit dem Verbot der Rechtsmissbräuchlichkeit und des verschleierte Protektionismus

Zuletzt müssten die EU-Nachhaltigkeitskriterien bzw. die auf ihnen basierende BioSt-NachV auch den Anforderungen des Chapeau (also der einleitenden Formulierung) aus Art. XX GATT genügen, um eine Beeinträchtigung des Handels zugunsten übergeordneter gemeinsamer Ziele rechtfertigen zu können. Dabei kommt dem Chapeau ein nicht geringer Stellenwert zu, da es darauf abzielt, in einer abschließenden Gesamtbetrachtung Rechtsmissbräuche aufzudecken. Insbesondere werden im Rahmen der Chapeau-Prüfung Maßnahmen, die vordergründig mit gleicher Wirkung auf Produkte zielen, aber letztlich nur die importierten Waren belasten, hinfällig. In diesem Zusammenhang geht es also um das Herausschälen etwaiger marktprotektionistischer Motive durch eine umfängliche Betrachtung der gesetzgeberischen Intentionen und der konkreten Umsetzung der Regelung.

⁷⁷ “The clause is a requirement of even-handedness in the imposition of restrictions, in the name of conservation, upon the production or consumption of exhaustible natural resources.” Appellate Body, US – Reformulated Gasoline, S. 17.

Gemäß dem Chapeau darf keine der in Art. XX GATT genannten Maßnahmen so angewendet werden, dass sie zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, in denen gleiche Verhältnisse bestehen, führt oder eine verschleierte, protektionistisch motivierte Handelsbeschränkung darstellt. Dabei scheinen die WTO-Streitbeilegungsorgane in vielen Fällen speziell davon auszugehen, dass einseitig handelsbeschränkende Maßnahmen nur zulässig sind, wenn vorab nach einer multilateralen Lösung gesucht wurde. Dies entspricht auch im Wesentlichen dem das Völkerrecht insgesamt durchziehenden Grundsatz des nachbarfreundlichen Verhaltens.⁷⁸ So wurde in der Vergangenheit beispielsweise die Vereinbarkeit mit dem Chapeau verneint, weil der handelsbeschränkende Staat es versäumt hatte, das regulierte Themenfeld im Vorfeld multilateral durch Verhandlungen zu regeln, obwohl es möglich gewesen wäre, verschiedenen Gruppen von Staaten unterschiedliche Übergangsfristen eingeräumt hatte, das Entscheidungsverfahren für die Kläger nicht transparent ausgestaltet hatte und Importe verweigerte, obwohl die Standards tatsächlich eingehalten wurden, aber ein entsprechendes Zertifikat fehlte.⁷⁹ Im Zusammenspiel dieser Faktoren zeigte sich, dass es sich hier um nur als Umweltschutzmaßnahme „getarnten“ Protektionismus handelte, weswegen eine Rechtfertigung nach Art. XX GATT verneint wurde.

Nimmt man die entsprechenden für die BioSt-NachV vorliegenden Indizien zusammen, so genügen sie den Vorgaben des Chapeaus. Dabei lässt sich in mehrfacher Hinsicht zeigen, dass das Regelwerk auf die angesprochenen Schutzgüter (insbesondere den Klimaschutz) zielt und nicht nur den hiesigen Pflanzenölmarkt gegen etwaige Importstaaten abschotten möchte. So ist zunächst auf den verbleibenden Handlungsspielraum des Exportstaates hinzuweisen. Die Nachhaltigkeitskriterien und ihre Erfüllung werden nicht etwa unflexibel vorgegeben, sondern es wird die Wahl der konkreten Mittel dem jeweiligen Staat überlassen, die BioSt-NachV ist in sofern lediglich als Zielnorm konzipiert. Auch werden keine uneinheitlichen Fristen statuiert, vielmehr gelten die zeitlichen Vorgaben unterschiedslos für alle Betroffenen im In- und Ausland. Auch erscheint die hier gewählte Regelungsform in jeglicher Hinsicht verhältnismäßig, zumal wie gezeigt nur ein Eingriff recht geringer Intensität in die Regelungssouveränität der Exportstaaten vorliegt. Insbesondere ist grundsätzlich anzumerken, dass die betreffenden Maßnahmen nicht etwa den Markt für flüssige Biomasse beschränken sollen – im

⁷⁸ Vgl. hierzu auch *Sander/Sasdi*, Freihandel, S. 179.

⁷⁹ Vgl. hierzu den Report des Appellate Body, US – Shrimp.

Gegenteil: Der Einsatz flüssiger Biomasse ist auch künftig gewollt und gefördert, um die angestrebten Ausbauziele im Sektor der erneuerbaren Energien zu erreichen (und dies, obwohl die Sinnhaftigkeit eines ausgeweiteten Bioenergieeinsatzes aufgrund der Bioenergie-Ambivalenzen durchaus kritisch hinterfragt werden könnte). Nur werden diese eben an Maßnahmen zur Berücksichtigung ebenso wichtiger Schutzgüter geknüpft. Jedoch ist nicht etwa intendiert, den hiesigen Markt für nachhaltig produzierte Pflanzenöle nach außen hin abzuschotten, da dies wie eben gezeigt auch kontraproduktiv wäre. Vielmehr ging die Entscheidung der gemeinschaftsrechtlichen wie nationalen Gesetz- und Verordnungsgeber zur Regulierung der Herstellungsweise flüssiger Biomasse wohl auf den massiven politischen Druck in der Öffentlichkeit zurück, hier legislativ tätig zu werden, nachdem in den letzten zwei Jahren sukzessive bekannt wurde, zu welcher zunehmenden Belastung der Schutzgüter der letztlich gefundenen Nachhaltigkeitskriterien die verstärkte Bioenergienutzung zu führen drohte. Zu bedenken ist bei alledem auch, dass die EU-Nachhaltigkeitskriterien insgesamt äußerst moderat formuliert und keinesfalls besonders weitgehend sind.

Auch hinsichtlich des in der WTO-Judikatur stark betonten Kriteriums der Multilateralität bestehen vorliegend keine Bedenken: die Öffnung der EERichtlinie und der BioSt-NachV in dieser Hinsicht (Möglichkeit zu bilateralen Verträgen und Abkommen), ist in den Regelwerken bereits ausdrücklich angelegt. Zudem wurde der Erlass der BioSt-NachV mit multilateralen Anstrengungen verbunden, internationale Zertifizierungssysteme aufzubauen und bereits jetzt ist in der Verordnung die Anerkennung etwaiger Erfolge dieser Bemühungen vorbereitend geregelt (vgl. etwa §§ 23, 31, 41 und 57 BioSt-NachV). Diese Anstrengungen sollen nach Willen des Verordnungsgebers gerade eine Kollision mit welthandelsrechtlichen Vorgaben, insbesondere mit dem Chapeau des Art. XX GATT, verhindern.⁸⁰ Ferner können sich die EU-Kriterien auf die anerkannten Klima- und Biodiversitätsziele internationaler Umweltrechtsverträge stützen, die nahezu alle Staaten der Welt unterschrieben haben.⁸¹

Gegen die Behauptung eines allein auf Marktprotektionismus gerichteten, lediglich als Umweltschutz getarnten Vorgehens durch die BioSt-NachV spricht in der Gesamtschau auch die Unzulänglichkeit eventueller Hand-

⁸⁰ Vgl. die konsolidierte Begründung zur BioSt-NachV, S. 19 f.

⁸¹ Im Einzelnen dazu, warum und inwieweit Umweltvölkerrechtsverträge auf die WTO-Rechtsinterpretation einwirken dürfen (vgl. dazu insbesondere Art. 31 WVRK und Art. 3 DSU), siehe *Ekardt/Susnjar/Steffenhagen*, JbUTR 2008, S. 225 ff.

lungsalternativen. Das Völkerrecht durchzieht zwar insgesamt der Grundsatz des nachbarfreundlichen Verhaltens, weswegen es gerade bei globalen Gemeingütern (z.B. Klima, Biodiversität) oder erschöpflichen Naturschätzen (z.B. Regenwald) wenig einsichtig erscheint, belastende Schädigungen schlicht hinnehmen zu müssen. Macht jedoch ein Staat, der diesbezüglich höhere Standards verfolgt, als derjenige, auf dessen Hoheitsgebiet die maßgebliche Beeinträchtigung stattfindet, diese zum Anknüpfungspunkt einer Handelsbeschränkung, stellt sich wie hier die Frage nach möglichen milderen Mitteln zur Vermeidung des Protektionismusvorwurfes. Der Schutz vor den Beeinträchtigungen desjenigen, der den territorialen Vorteil hat, gelingt dabei nur selten in Form eines effektiven multi- oder bilateralen Schutzabkommens, denn in der Regel enthalten diese kein durchsetzungsstarkes Sanktionsinstrumentarium. Außerdem dauern multilaterale Verhandlungsprozesse in solch konfliktbeladenen Konstellationen oft viele Jahre (teilweise Jahrzehnte), wodurch wiederum die Effektivität von Schutzmaßnahmen bereits recht angegriffener Schutzgüter in Frage gestellt ist. Einzige Möglichkeit für den Staat mit dem Interesse an höheren Umweltstandards bestünde dann darin, für sein Hoheitsgebiet die politische Entscheidung zu treffen, dieses Gut nicht nachzufragen.⁸² Demgemäß könnte er dann zum Wohle des jeweiligen Schutzguts die Verwendung betroffener in- und ausländischer Produkte erschweren oder sogar national verbieten, in Verbindung mit einem gekoppelten Importverbot entsprechender ausländischer Produkte. Nach Vorstellung der WTO-Rechtsprechung soll das Niveau an Umweltschutz grundsätzlich jedem Nationalstaat selbst überlassen sein.⁸³ Auch dies ist Ausdruck wechselseitig begrenzter Souveränität; diese „doppelte“ Dimension der Souveränität wurde oben bereits deutlich.⁸⁴ Damit kollidieren hier nicht nur zwei Rechte, sondern auch zwei Solidaritätsprinzipien, je nachdem, wessen Perspektive man einnimmt. Wobei auch in diesem Zusammenhang die adäquate Weite der Präambel des WTO-Abkommens in sofern eine Hilfe sein kann, als dass sie das Prinzip der staatlichen Handels-Souveränität um den Nachhaltigkeitsgedanken erweitert. Diese Betrachtungsweise verstärkt sich noch, wenn man annimmt, dass die Souveränität umso stärker zurücktritt, je mehr Rechtsgüter von überragendem Wert betroffen sind⁸⁵; dies ist aus dem Menschenrechtsdiskurs geläufig, trifft aber auch beim globalen Klimaschutz durchaus das Prob-

⁸² Vgl. *Altemöller*, Handel, S. 346.

⁸³ Panel Report, US – Shrimp, Rn. 7.1.

⁸⁴ Vgl. dazu auch *Altemöller*, Handel, S. 346.

⁸⁵ Vgl. *Sander/Sasdi*, Freihandel, S. 181.

lem.⁸⁶ Demzufolge stünde eine zu enge Auslegung des Chapeaus des Art. XX GATT zunächst im Widerspruch zu der Möglichkeit, den Standard an Umweltschutz selbst bestimmen zu können. Darüber hinaus widerspräche sie in ihrer Gesamtheit auch der Zielbestimmung der WTO, globaler und Generationengerechtigkeit (Nachhaltigkeit) zu mehr Geltung zu verhelfen.

Nach alledem kann festgehalten werden, dass die BioSt-NachV weder eine willkürliche und ungerechtfertigte Diskriminierung noch einen verschleierten Marktprotektionismus darstellt und demgemäß nicht dem Chapeau des Art. XX GATT zuwiderläuft.

VIII. Fazit und Ausblick

Zusammenfassend ergibt sich somit Folgendes: Es ist nicht zwingend, in den Regelungen der BioSt-NachV überhaupt eine Beeinträchtigung einer welthandelsrechtlichen Schutznorm zu sehen, aber durchaus vertretbar. Unabhängig davon, ob man dann eine Beeinträchtigung von Art. XI, Art. III oder Art. I GATT annimmt, kann diese im Rahmen von Art. XX b) oder g) GATT gerechtfertigt werden, wobei die zweite Variante als insgesamt erfolgsversprechender bewertet wird. Wie sich die WTO-Judikatur hinsichtlich der welthandelsrechtlichen Beurteilung nichtproduktbezogener PPM und Handelsbeschränkungen aus umweltbezogenen und sozialen Gründen entwickeln wird, ist zum jetzigen Zeitpunkt kaum prognostizierbar. Des Weiteren wurde deutlich, dass das welthandelsrechtliche Regime in seiner jetzigen Form durch seine Fokussierung auf Produkte nur bedingt einer modernen Lesart globalen Wirtschaftens unter der verstärkten Berücksichtigung von komplexen Nachhaltigkeitsbelangen zugänglich ist. Auch die einem veralteten Souveränitätsdenken entspringende enge Sichtweise auf die Beschränkung von Märkten aus Umweltgründen und die daraus abgeleitete starke Betonung der vorherigen multilateralen Lösung scheint für diese Regelungsmaterie nicht mehr angemessen. Die konkrete Fortentwicklung des Welthandelsrechts durch die Streitbeilegungsgremien der WTO bezüglich der Inkorporierung von Nachhaltigkeitsfragen bleibt also auch künftig so spannend wie unvorhersehbar.

⁸⁶ Zumal der globale Klimaschutz selbst als Menschenrecht auf die elementaren Freiheitsvoraussetzungen darstellbar ist; dazu *Ekardt*, Cool Down, Kap. IV.