

Die Anrufung des TRIPs-Abkommens vor dem nationalen Richter in der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft

Daniel Plüss, LL.M.

I. Einleitung

Das Recht des GATT 1947¹ war von untergeordneter Bedeutung für in der Privatwirtschaft tätige Juristen, weil es sich vorwiegend mit der Regelung zwischenstaatlicher Sachverhalte befasste. Dies hat sich mit dem Inkrafttreten des WTO-Abkommens² entscheidend geändert. Es wurde erkannt, dass das klassische GATT-Verhandlungsinstrument, die gegenseitigen Zollzugeständnisse, auch genutzt werden konnte, um die nicht-tarifären und sich zunehmend aus rein innerstaatlichen Sachverhalten ergebenden Handelshemmnisse abzubauen. Das internationale Handelsrecht greift heute deshalb in nie gekanntem Ausmass auch innerstaatliche Sachverhalte auf, was sich anhand der Auswirkungen des WTO-Landwirtschaftsabkommens³ auf die Bauern in der Schweiz oder der Rechtsanpassungen, welche auf Bundes-, Kantons und gar Gemeindeebene im Gefolge des WTO-Abkommens über das öffentliche Beschaffungswesen⁴ nötig wurden, gut illustrieren lässt. Eine nicht minder bedeutsame Umwälzung im Bereich des Immaterialgüterrechts hat das ebenfalls Teil des WTO-Abkommens bildende TRIPs-Abkommen ausgelöst: Es bewirkt nichts weniger als eine globale Rechtsvereinheitlichung auf diesem traditionell durch nationale Ordnungen fragmentierten Rechtsgebiet. Mit diesen verstärkten Eingriffen des WTO-Rechts in die innerstaatliche Rechtsordnung einher geht natürlich eine Zunahme der Reibungsflächen zwischen diesen beiden Rechtsräumen. Damit verbunden müsste auch eine vermehrte Fruchtbarmachung des WTO-Rechts durch die Rechtspraktizierenden sein. Die vorliegende Arbeit hat deshalb das Ziel, in Bezug auf den Spezialbereich des TRIPs-Abkommens die heute im schweizerischen und europäischen Recht bestehenden Möglichkeiten aufzuzeigen, sich auf dieses Abkommen zu berufen. Hiezu wird nach einer kurzen Schilderung der wesentlichen GATT-Mechanismen auf die Hauptmerkmale des TRIPs-Abkommens eingetreten. Anschliessend werden die Instrumente des nationalen Rechts zur Eingliederung des Völkerrechts beschrieben, worauf die Umsetzung dieser Prinzipien in der Praxis der

¹ SR 0.632.21.

² SR 0.632.20.

³ Anhang 1A des WTO-Abkommens.

⁴ Anhang 4 des WTO-Abkommens.

Schweiz und der EG⁵ analysiert wird. Wegen der für die Praxis des TRIPs-Abkommens zunehmenden Bedeutung der WTO-Streitschlichtungsentscheide soll auch in gebührendem Mass auf diese Rechtsprechung eingegangen werden.

II. Das TRIPs-Abkommen im WTO-System

A. Kurzer historischer Abriss und Grundprinzipien des GATT-Abkommens

Das GATT 1947 war ursprünglich ein Teilabkommen der unter dem Bretton Woods-System ausgehandelten International Trade Organization und sollte dem Abbau der Zollschraken dienen, die vor dem Krieg errichtet worden waren.⁶ Nach der Nichtratifikation des Vertrages zur Errichtung der ITO durch den US-Kongress blieb das GATT, welches bereits vorgängig in Kraft gesetzt worden und als vorübergehendes Instrument gedacht war, als einziger Rest dieser vorgesehenen Nachkriegswirtschaftsordnung bestehen. Das Vertragswerk, welches heute als sog. GATT 1994 Teil des WTO-Abkommens bildet,⁷ beruht im Wesentlichen auf zwei zentralen Pfeilern: der Meistbegünstigung und der Inländerbehandlung. Nach dem ersten Prinzip kommen sämtliche Vorteile (d.h. Zollsenkungen), die sich zwei Handelspartner gegenseitig zugestehen, allen anderen Mitgliedsländern zugute.⁸ Die Inländerbehandlung verpflichtet die Vertragsstaaten, Importwaren nach der Verzollung nicht schlechter zu behandeln als gleiche inländische Waren.⁹ Mengenmässige Handelsbeschränkungen sind verboten bzw. auf Zölle beschränkt.¹⁰ In verschiedenen Verhandlungsrunden wurden seit 1947 die Zölle gesenkt, wobei beginnend mit der Tokio-Runde eine Reihe von zusätzlichen Abkommen geschlossen wurde, welche die Bekämpfung von nichttarifären Handelshemmnissen vorsah.¹¹

⁵ Im Folgenden wird der Begriff "Europäische Gemeinschaft" verwendet, obwohl in Art. XI des WTO-Abkommens (noch) von den "Europäischen Gemeinschaften" gesprochen wird. Aufgrund des Unionsvertrags von Maastricht sowie dessen Abänderung durch den Vertrag von Amsterdam finden sich die drei Gemeinschaften nun aber institutionell in der sog. ersten Säule der Europäischen Union wieder, weshalb diese Terminologie gerechtfertigt erscheint.

⁶ Als Höhepunkt der Zollmassnahmen vor dem Zweiten Weltkrieg wird der Smoot-Hawley-Act des U.S.-Kongresses aus dem Jahre 1930 genannt. Die Gründe für den ab den zwanziger Jahren zunehmenden Protektionismus und die daraus resultierende globale Wirtschaftsdepression waren aber vielschichtiger, vgl. *Moon*, 37 f.

⁷ Anhang 1A des WTO-Abkommens.

⁸ Art. II GATT.

⁹ Art. III GATT.

¹⁰ Art. XI GATT.

¹¹ U.a. die heutigen sog. plurilateralen Abkommen. Zu den Verhandlungsrunden siehe statt vieler GATT-Botschaft, 8 f.

Mit dem Inkrafttreten des WTO-Abkommens im Jahre 1995 als Endpunkt der Uruguay-Runde wurden verschiedene neue und ergänzende Abkommen in Kraft gesetzt. Im Vergleich zum GATT 1947, welches im Übrigen durch das GATT 1994 ersetzt wurde, sind insbesondere die Vereinbarung über Regeln und Verfahren für die Streitbeilegung¹², das Abkommen über den Dienstleistungshandel (GATS)¹³ sowie das Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPs)¹⁴ als grundlegend reformierte oder völlig neue Regelungsgegenstände von Bedeutung.

B. Ziele und Inhalt des TRIPs-Abkommens

In der Literatur wird als Leitmotiv für die Aushandlung dieses Abkommens die für die Industrieländer infolge der technologischen Fortschritte und des damit verbundenen Wandels der Produktionssektoren gewachsene Bedeutung der Immaterialgüterrechte für diese Ländergruppe angegeben.¹⁵ Hand in Hand mit dieser Entwicklung gingen Missbräuche des geistigen Eigentums vorwiegend in nicht industrialisierten oder Schwellenländern, was unilaterale Handelssanktionen zur Folge hatte und die Möglichkeit von Handelskriegen gefährlich nahe rückte.¹⁶ Aber nicht nur der mangelnde oder fehlende, sondern auch der übermässige Schutz des geistigen Eigentums wurde als mögliche Handelsverzerrung identifiziert. Diese negative Entwicklung, der die geltenden Immaterialgüterrechtskonventionen nichts entgegenzusetzen hatten, führte schlussendlich dazu, dass auch die meisten Entwicklungsländer sich unter dem liberalisierenden Einfluss der Uruguay-Runde grundsätzlich mit der Aushandlung des TRIPs-Abkommens einverstanden erklären konnten.¹⁷

¹² Anhang 2 des WTO-Abkommens; nachfolgend Dispute Settlement Understanding (DSU).

¹³ Anhang 1B des WTO-Abkommens.

¹⁴ Anhang 1C des WTO-Abkommens.

¹⁵ Eine eingehende Darstellung der Entwicklung seit 1945 findet sich bei *Abbott, Assets, passim; ders., Development*, 39 ff.; *Gurry*; 25 ff.; siehe auch *Katzenberger*, 450 f.; *Stahelin*, TRIPs, 34 ff.; *Straus*, Patentrecht, 181 f.

¹⁶ Vgl. statt vieler die Schilderung der Auseinandersetzung zwischen den USA und China betreffend CD-Raubkopien bei *Stahelin*, TRIPs, 15 ff.

¹⁷ Zu den Motiven der Entwicklungsländer vgl. *Abbott, Development*, 40 ff.; *Pacon*, 875 f. Eine Schilderung der verschiedenen Verhandlungspositionen findet sich bei *Bronckers*, 1246 ff. und *Cottier*, Prospects, 386 ff.

1. MINDESTSTANDARDS UND RECHTSVEREINHEITLICHUNG

Absatz 2 lit. b der Präambel nennt als Ziel des TRIPs-Abkommens die Gewährleistung angemessener Standards und Grundsätze betreffend das Vorhandensein, den Schutzbereich und den Gebrauch von handelsbezogenen Immaterialgüterrechten. Gemäss Art. 1 Abs. 1 Satz 2 TRIPs soll ein Mindestmass an Schutz in allen vertragsschliessenden Staaten hergestellt werden, wobei die Einführung weitergehender Schutzrechte erlaubt ist, soweit damit nicht ein Widerspruch zum Abkommen entsteht. Demgegenüber bleibt die Umsetzung der Abkommensbestimmungen in das nationale Recht den Vertragsstaaten überlassen.¹⁸ Mit der Einführung von Mindeststandards, beispielsweise der Mindestschutzdauer für Erfindungspatente von 20 Jahren,¹⁹ ist somit eine Rechtsangleichung verbunden, die wiederum das auch im TRIPs-Abkommen verankerte Prinzip der Inländerbehandlung²⁰ teilweise ausser Kraft setzt, da ein eigentliches Gesamtsystem geistigen Eigentums vorgegeben wird.²¹ Das Meistbegünstigungsprinzip gilt ebenfalls für das TRIPs-Abkommen, auch wenn ihm wegen der die Inländerbehandlung betonenden Regeln nicht die gleiche Bedeutung zukommt wie bei anderen Abkommen.²²

2. EINBEZUG DER PARISER VERBANDSÜBEREINKUNFT²³ UND DER REVIDIERTEN BERNER ÜBEREINKUNFT²⁴

Das TRIPs-Abkommen verpflichtet die Vertragsstaaten in Art. 2 Abs. 1 zur Einhaltung der Art. 1 bis 12 sowie 19 PVÜ (Stockholmer Fassung 1967) und in Art. 9 Abs. 1 zur Einhaltung der Art. 1 bis 21 der RBÜ (Pariser Fassung 1971).²⁵ Technisch gesehen liegt eine materiellrechtliche Einbeziehung des Rechts der PVÜ und der RBÜ mittels Verweisung vor.²⁶ Das TRIPs-Abkommen wird durch diese Bezugnahme auf die bestehenden Konventionen und deren Ergänzung zu einem gelegentlich als „Paris (bzw.

¹⁸ Art. 1 Abs. 1 Satz 3 TRIPs-Abkommen.

¹⁹ Art. 33 TRIPs-Abkommen.

²⁰ Art. 3 TRIPs-Abkommen.

²¹ Vgl. *Ullrich*, 631 f.

²² Art. 4 TRIPs-Abkommen; vgl. zu den Auswirkungen dieses Prinzips des TRIPs-Abkommens auf die EG *Einhorn*, 1073 ff.

²³ SR 0232.04 (hienach PVÜ).

²⁴ SR 0231.15 (hienach RBÜ).

²⁵ In Art. 35 des TRIPs-Abkommens werden die Vertragsstaaten zudem verpflichtet, "die Artikel 2 bis 7 (mit Ausnahme des Artikels 6 Abs. 3), Artikel 12 und Artikel 16 Abs. 3 des Vertrags über den Schutz des geistigen Eigentums an integrierten Schaltkreisen" einzuhalten. Da im vorliegenden Zusammenhang die Bedeutung von PVÜ und RBÜ im Vordergrund steht, wird nachfolgend nicht weiter auf den IPIC-Vertrag eingegangen.

Bern) plus“ bezeichneten Abkommen.²⁷ Seit 1989 wird ein deutlicher Anstieg der Mitgliederzahlen der von der WIPO²⁸ verwalteten Konventionen beobachtet, was wohl auf deren Einbezug in das TRIPs-Abkommen zurückgeführt werden kann.²⁹

3. DIE DURCHSETZUNG DES ABKOMMENS

Das TRIPs-Abkommen verpflichtet die Vertragsstaaten, sich bei Streitigkeiten über Verpflichtungen aus dem Abkommen an die Bestimmungen des DSU zu halten, welche sich an den Art. XXII und XXIII des GATT 1994 orientieren.³⁰ Die damit zur Anwendung gelangenden WTO-Streitbeilegungsgrundsätze sehen ein mehrheitlich als justiziell bezeichnetes Verfahren mit zwei Instanzen vor. Den Berichten der Sondergruppen³¹ bzw. des Einspruchsgremiums³² kommt, anders als unter dem GATT 1947, ein ungleich grösserer Stellenwert zu, da ihre Annahme durch das Streitbeilegungsorgan³³ nun die Regel geworden ist.³⁴ Es wird auch klargestellt, dass Streitbeilegungsentscheide durch die betroffenen Vertragsstaaten zwingend umzusetzen sind; Gegenmassnahmen des obsiegenden Vertragsstaats oder die Ausrichtung von Entschädigungen durch den unterliegenden Vertragsstaat sind nur vorübergehender Natur und bedürfen der vorgängigen Genehmigung durch den Dispute Settlement Body.³⁵

III. Grundfragen der Berücksichtigung von Völkerrecht durch den nationalen Richter

A. *Monismus und Dualismus*

Die genannten Begriffe bezeichnen das Vorgehen der Staaten bei der Umsetzung der von ihnen abgeschlossenen völkerrechtlichen Verträge. Beiden *termini* ist ferner

²⁶ Gemäss *Cottier*, Prospects, 396, handelt es sich um einen Anwendungsfall der "incorporation by reference"-Doktrin.

²⁷ *Cottier*, Prospects, 396; *Staehelin*, TRIPs, 55.

²⁸ Die Weltorganisation für geistiges Eigentum ist eine UNO-Organisation.

²⁹ *Katzenberger/Kur*, 10 ff.; *Straus*, Schutz, 161.

³⁰ Art. 64 Abs. 1 TRIPs.

³¹ Nachfolgend wird die englische Bezeichnung "Panels" gewählt.

³² Nachfolgend wird die englische Bezeichnung "Appellate Body" gewählt.

³³ Nachfolgend wird die englische Bezeichnung "Dispute Settlement Body" (DSB) gewählt.

³⁴ Ausführlich hinten S. 20 ff.

³⁵ Art. 22 Abs. 1 und 2 DSU.

gemeinsam, dass sie dem nationalen Verfassungsrecht entstammen, und entsprechend unterschiedliche und nuancierte Umsetzungsmodelle gibt es denn auch.³⁶

Der monistische Ansatz geht davon aus, dass Völkerrecht und Landesrecht grundsätzlich Teil der gleichen Rechtsordnung bilden. Mit dem Inkrafttreten eines Staatsvertrages wird dieser vollständig in das Landesrecht integriert; es wird daher auch von einem Inkorporationssystem³⁷ gesprochen. Theoretisch ist es somit in einer monistischen Ordnung denkbar, dass ein Staatsvertrag durch die nationalen Behörden angewandt wird und auch von Bürgern angerufen werden kann. Es handelt sich um eine dem kontinentaleuropäischen Rechtsdenken entspringende Methode,³⁸ die als völkerrechtsfreundlich gilt, allerdings nichts darüber aussagt, welcher Rang dem Völkerrecht innerhalb der nationalen Rechtsordnung zukommt.

Gemäss der dualistischen Theorie bilden Völkerrecht und Landesrecht je eigene Sphären, die sich nicht überschneiden. Ein Staatsvertrag kann definitionsgemäss keine Wirkungen im Inland entfalten, solange nicht eine Umwandlung in das innerstaatliche Recht stattgefunden hat.³⁹ Damit ist aber noch nichts über die Hierarchie der Erlasse innerhalb der dualistischen Ordnung gesagt. Das dualistische System stellt gegenüber dem Monismus das Prinzip der nationalen Souveränität in den Vordergrund und betont die Rolle des Umsetzungsorgans, namentlich diejenige der Legislative. Diese Vorgehensweise findet sich vorwiegend im angelsächsischen und nordeuropäischen Raum.⁴⁰

B. Die unmittelbare Anwendbarkeit

1. ALLGEMEINE BEMERKUNGEN

Der Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit ist wissenschaftlich nicht genau definiert. Hinzu kommt, dass Übersetzungen häufig die Unklarheit noch vergrössern.⁴¹ In

³⁶ *Hilpold*, 183 ff.; *Jackson*, Status, 333 ff.; *Thürer*, 459 ff.

³⁷ *Thürer*, 460, m.w.H.; *Villiger*, 42 f.

³⁸ *Jackson*, Status, 340, nennt als Beispiel für ein ausgeprägt monistisches System dasjenige der Niederlande.

³⁹ Der Dualismus wird auch als Transformationssystem bezeichnet, *Thürer*, 460, m.w.H.; *Müller/Wildhaber*, 100; *Villiger*, 41 f.

⁴⁰ In einer reinen Form soll der Dualismus in Grossbritannien angewandt werden, *Jackson*, Status, 340.

⁴¹ Im angelsächsischen Rechtsraum wird in diesem Zusammenhang von "direct effect" gesprochen; auf Französisch heisst es "application directe". Zur Uneinigkeit in der Terminologie vgl. GATT-Botschaft, wo zwei Begriffe, nämlich "direkte Anwendbarkeit" (329) und "unmittelbare Anwendbarkeit" (287) verwendet werden, obwohl vermutlich dasselbe gemeint ist. Auch die Gerichtspraxis ist

der Lehre wird darunter mehrheitlich verstanden, dass Bestimmungen eines Staatsvertrages, "sofern sie hinreichend bestimmt und klar sind, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen" auch den Einzelnen verpflichten und ihm Rechte verleihen können.⁴² Dem entspricht an sich der Begriff des self-executing effect⁴³, der aus dem angelsächsischen Rechtsraum stammt. Zumeist enthält ein internationales Abkommen auch nicht ausschliesslich unmittelbar oder mittelbar anwendbare Bestimmungen; die Frage ist für jede Bestimmung durch Auslegung zu klären. Die Differenzierung zwischen unmittelbar und nicht unmittelbar anwendbaren Normen ist vor allem dann von Bedeutung, wenn ein Staatswesen dem monistischen System angehört. Bei einem dualistischen Ansatz ist die unmittelbare Anwendbarkeit vor der Transformation des Staatsvertrages in das Landesrecht wesensgemäss ausgeschlossen. Das Kriterium der genügenden Bestimmtheit bzw. Justiziabilität ist nicht unumstritten, wird es doch vielfach verwendet, um andere, massgebliche Entscheidungsgründe zu verschleiern.⁴⁴ In der vorliegenden Arbeit wird der Begriff der unmittelbaren Anwendbarkeit dahin verwendet, dass sich der Einzelne gegenüber nationalen Behörden im Falle eines Konfliktes zwischen nationalem Recht und Völkerrecht auf die völkerrechtliche Normen berufen kann.

Als Argument für die unmittelbare Anwendbarkeit wird häufig genannt, dass damit die Wirkung des internationalen Rechts verbessert und es insbesondere für nationale Behörden schwieriger wird, die Umsetzung zu verzögern. Die Möglichkeit von Einzelpersonen, sich auf internationales Recht zu berufen, erhöht ebenfalls die Wirkung von Staatsvertragsrecht, nicht zuletzt deshalb, weil damit eine nationale Umsetzung entfällt. Ein weiteres Argument geht dahin, dass die unmittelbare Anwendbarkeit geeignet ist, andere Vertragsstaaten zur Beachtung ihrer vertraglichen Verpflichtungen anzuhalten.⁴⁵

nicht durchwegs einheitlich: Der EuGH gebraucht in der Rs. 104/81, *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie. KG*, Slg. 1982, 3641, die Begriffe "unmittelbare Wirkung", "unmittelbare Geltung" und "unmittelbare Anwendbarkeit". Weitere Ausführungen hiezu finden sich bei *Hilpold*, 166 ff.; *Lutz/Heinzelmann*, 59 f.; *Stahelin*, TRIPs, 225 f.

⁴² *Häfelin/Haller*, 350, unter Anführung von BGE 118 Ia 112, 117; ebenso *Lutz/Heinzelmann*, 59 f.; *Müller/Wildhaber*, 116 f.. *Hilpold*, 167, versteht die Begründung von Individualrechten lediglich als Teil der unmittelbaren Anwendbarkeit und verweist auf den Bananen-Streitfall des EuGH, wo nicht die Natur der Normadressaten über die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit entschied (gemeint ist vermutlich Rs. C-280/93, *Deutschland / Rat*, Slg. 1994, I-4973). *Stahelin*, TRIPs, 225, beschränkt die unmittelbare Anwendbarkeit demgegenüber auf die individualrechtliche Komponente. Vgl. für die (englische) EG-Terminologie *Bethlehem*, 184, FN 53.

⁴³ Kritisch zur Verwendung dieses Begriffs *Thürer*, 461, FN 17.

⁴⁴ Vgl. *Cottier/Nadakavukaren Schefer*, Relationship, 92 ff. und 110 ff., die u.a. von einer "hidden agenda" der Gerichte sprechen.

⁴⁵ *Jackson*, Treaties, 343 ff.

Ein WTO-spezifisches Argument geht dahin, dass staatliche Gesetzgebung häufig protektionistische Tendenzen aufweist und durch die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts solche verkrusteten Strukturen, nicht zuletzt zugunsten der einheimischen Konsumenten, aufgebrochen werden können.⁴⁶

Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit wird u. a. vorgebracht, dass damit unter Umständen die für den Erlass von innerstaatlichem Recht vorgesehene demokratische Partizipation ausser Kraft gesetzt wird. Wenn bei dieser Konstellation das Völkerrecht den höheren Rang als das Landesrecht genießt, so wird dieser Nachteil noch bedeutsamer. Die unmittelbare Anwendbarkeit nimmt sodann den umsetzenden Behörden, zumeist wohl der Legislative, den staatspolitischen Spielraum, den sie in anderen Fällen geniessen: Eine abweichende Anwendung auslegungsbedürftiger Detailfragen oder gar die bewusste Nichtanwendung wird verunmöglicht. Die Aussicht, selbst bei unwesentlicheren Verträgen einen unverhältnismässigen Souveränitätsverlust hinnehmen zu müssen, mag gegebenenfalls als Motiv dienen, einem Übereinkommen gar nicht beizutreten. Schliesslich wird kritisiert, dass die unmittelbare Anwendbarkeit zu einer uneinheitlichen Anwendung der Abkommen führt, weil die nationalen Gerichte keine genügende Übersicht über die Praxis der anderen Vertragsstaaten haben. Überhaupt kann die konsequent durchgeführte unmittelbare Anwendbarkeit zur Verschiebung der innerstaatlichen Gewaltenteilung führen, von der im Wesentlichen die Exekutive und Einzelpersonen, vor allem aber die Gerichte profitieren.⁴⁷ In Bezug auf das WTO-Recht ist zudem anzufügen, dass dieses im Wesentlichen einem funktionalen Denken entspricht. Solange nicht andere klassische innerstaatliche Regelungsgegenstände – z.B. nachhaltige Entwicklung, Menschenrechte, regionale Integrationsbestrebungen – vom WTO-Recht berücksichtigt werden, kann dessen unmittelbare Anwendbarkeit die Durchführung dieser Politikbereiche gefährden.⁴⁸

Von Seiten der WTO ist die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit bisher nicht angeschnitten worden. Ein Panel hat immerhin festgestellt, dass weder GATT noch WTO-Abkommen von GATT-/WTO-Institutionen als Rechtsordnungen ausgelegt worden seien, denen unmittelbare Anwendbarkeit zukomme. Die GATT-/WTO-Abkommen

⁴⁶ *Cottier/Plüss*, Rz. 21.

⁴⁷ *Jackson*, *Treaties*, 345 ff.; *Cottier/Nadakavukaren Schefer*, *Relationship*, 91 ff.; *Cottier*, *Implications*, 375.

⁴⁸ *Cottier/Plüss*, Rz. 25.

hätten gemäss diesem Ansatz keine neue Rechtsordnung geschaffen, deren Subjekte sowohl Vertragsparteien oder Mitglieder und ihre Staatsangehörigen umfasst.⁴⁹

⁴⁹ *United States – Sections 301-310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, 22. Dezember 1999, Rz. 7.72 (Übersetzung durch den Autor).

Das Panel bemerkte aber andererseits:

" (...) it would be entirely wrong to consider that the position of individuals is of no relevance to the GATT/WTO legal matrix. Many of the benefits to Members which are meant to flow as a result of the acceptance of various disciplines under the GATT/WTO depend on the activity of individual economic operators in the national and global market places. The purpose of many of these disciplines, indeed one of the primary objects of GATT/WTO as a whole, is to produce certain market conditions which would allow this individual activity to flourish. (...) Trade is conducted most often and increasingly by private operators. It is through improved conditions for these private operators that Members benefit from WTO disciplines. The denial of benefits to a Member which flows from a breach is often indirect and results from the impact of the breach on the market place and the activities of individuals within it."⁵⁰

Die WTO als Organisation hat also gemäss dem Panel keinen direkten Einfluss auf die unmittelbare Anwendbarkeit. Es wird aber deshalb nicht verkannt, welche Bedeutung den Einzelnen und ihrem Handeln auf den Wirtschaftsmärkten zukommt. Die Förderung dieser wirtschaftlichen Betätigungsmöglichkeiten des Einzelnen wird sogar als eines der Hauptziele der Welthandelsordnung identifiziert.

2. IN DER SCHWEIZ

a) Im Allgemeinen

Die Schweiz folgt grundsätzlich dem monistischen System. Nach dem Inkrafttreten völkerrechtlicher Verträge bedarf es somit - zumindest theoretisch - keiner weiteren Umsetzungsmassnahmen in das Landesrecht.⁵¹

Die neue Bundesverfassung von 1998 hält zur Hierarchie der Normen lediglich fest, dass „Bund und Kantone das Völkerrecht beachten“.⁵² In der Lehre wird die Frage nach dem Verhältnis von Verfassung und Völkerrecht kontrovers diskutiert.⁵³ Gemäss *Häfelin / Haller* soll zwingendes Völkerrecht der Verfassung in jedem Fall vorgehen; im Übrigen sei auf die Umstände abzustellen.⁵⁴ In Bezug auf Bundesgesetze und gleichgestellte Erlasse steht fest, dass grundsätzlich der jüngere Staatsvertrag älterem Landesrecht vorgeht. Bei einem älteren Staatsvertrag betonte das Bundesgericht ur-

⁵⁰ A.a.O., Rz. 7.73 und 7.77.

⁵¹ BGE 105 II 49, 57 f.; Botschaft BV, 134.

⁵² Art. 5 Abs. 4 BV vom 18. Dezember 1998.

⁵³ Vgl. statt vieler *Häfelin/Haller*, 357 ff., m.w.H.; Botschaft BV, 134 f.

⁵⁴ *Häfelin/Haller*, 358.

sprünglich die Priorität des jüngeren nationalen Rechts⁵⁵ und anerkannte gar die Möglichkeit des Bundesgesetzgebers, bewusst von völkerrechtlichen Verpflichtungen abzuweichen.⁵⁶ Die neuere Praxis des Bundesgerichts geht demgegenüber im Einklang mit der Lehre dahin, dass Staatsvertragsrecht entgegenstehendes jüngeres Bundesrecht bricht.⁵⁷ Diese Entwicklung hat ihren vorläufigen Abschluss in einer Entscheidung aus dem Jahre 1999 gefunden, in der festgestellt wurde, dass im Konfliktfall das Völkerrecht dem Landesrecht prinzipiell vorgeht.⁵⁸ Der Vollständigkeit halber ist darauf hinzuweisen, dass Staatsverträge seit jeher Vorrang gegenüber allen übrigen Bundeserlassen sowie kantonalem Recht geniessen.⁵⁹

Ist einmal die Rangfrage zugunsten des Völkerrechts geklärt, so hat die rechtsanwendende Behörde in einem weiteren Schritt die angerufene Bestimmung auf ihre hinreichende Bestimmtheit hin auszulegen. Das Bundesgericht hat hierzu folgende Vorgaben aufgestellt:

„Pour autant que (les traités internationaux valablement conclus) apparaissent directement applicables, les règles conventionnelles sont susceptibles d'imposer des obligations et de conférer des droits non seulement aux autorités, mais également aux particuliers. Ainsi, un citoyen peut invoquer un traité devant l'administration et les tribunaux si celui-ci pose des règles de droit suffisamment précises et claires pour s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète. Tel n'est pas le cas d'une disposition qui énonce un programme ou fixe les lignes directrices dont devra s'inspirer la législation des Etats contractants et qui s'adresse non aux autorités administratives ou judiciaires, mais au législateur national. L'applicabilité directe doit également être déniée aux normes qui se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou aménagent un pouvoir d'appréciation considérable“.⁶⁰

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass die bundesgerichtliche Rechtsprechung zum Verhältnis Landesrecht – Staatsvertragsrecht eine eigentliche Öffnung ge-

⁵⁵ BGE 59 II 331, 337 f.

⁵⁶ BGE 112 II 1, 13; 99 Ib 39, 43 ff. (= Pra 62 [1973] Nr. 106); sog. "Schubert-Praxis".

⁵⁷ BGE 122 II 234, 239; 122 II 485, 486 f.; 119 V 171, 176 f.

⁵⁸ BGE 125 II 417, 424 f.; ob die Bemerkung des Gerichts, wonach diese Konfliktregelung sich umso mehr aufdrängt, "wenn sich der Vorrang aus einer völkerrechtlichen Norm ableitet, die dem Schutz der Menschenrechte dient", eine unterschiedliche Gewichtung von internationalen Abkommen in Aussicht stellt, mag im Rahmen der vorliegenden Arbeit offen bleiben.

⁵⁹ Häfelin/Haller, 359.

⁶⁰ BGE a.a.O., 184 f.; vgl. auch BGE 120 Ia 1, 11; 111 V 202 sowie die von *Jacot-Guillarmod*, 140, aufgrund der älteren Bundesgerichtspraxis zusammengestellten Anforderungen an eine Abkommensbestimmung. Der Bundesrat hat dagegen die für eine unmittelbaren Anwendbarkeit erforderlichen Voraussetzungen wie folgt zusammengefasst:

"Direkt anwendbar sind jene Bestimmungen einer internationalen Vereinbarung, welche, wenn man sie im Gesamtzusammenhang sowie im Lichte von Gegenstand und Zweck des Vertrages betrachtet, unbedingt und eindeutig genug formuliert sind, damit sie eine di-

genüber dem internationalen Recht erkennen lässt. Was die Kriterien der Bestimmtheit anbelangt, so handelt es sich dabei im Wesentlichen um die in der Lehre formulierten Voraussetzungen, die entsprechend wenig umstritten sind.⁶¹

b) Das WTO-Abkommen

Das Bundesgericht hat die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT 1947 in BGE 112 Ib 183 ohne eingehende Begründung abgelehnt.⁶² Zum WTO-Abkommen hat es sich bisher noch nicht direkt geäußert. Immerhin ist einem unveröffentlichten Entscheid vom 14. Juli 1997⁶³ zu entnehmen, dass das Bundesgericht das WTO-Recht nicht ohne weiteres als mit dem GATT-Recht vergleichbar erachtet. Nicht nur sei der Geltungsbereich durch die Verpflichtung aller WTO-Mitglieder, die Gesamtheit der in der Uruguay-Runde ausgehandelten Abkommen zu unterschreiben, erweitert worden, sondern es sei auch ein wichtiges Ziel gewesen, die Wirksamkeit der Vereinbarungen zu steigern. Die in diesem Fall streitige Bestimmung des WTO-Landwirtschaftsabkommens wurde demgegenüber als eher vage und den Vertragspartnern erheblichen Spielraum belassend empfunden. Das Gericht konnte jedoch darauf verzichten, über diese Frage zu urteilen, weil der angefochtene Entscheid selbst bei Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit des Landwirtschaftsabkommens nicht dagegen verstossen hätte.⁶⁴

3. IN DER EG

a) Im Allgemeinen

Der EuGH entschied sich mit dem Urteil *Haegeman* zwar nicht ausdrücklich, aber dennoch sinngemäss für einen monistischen Ansatz; "die Bestimmungen eines (...) Abkommens bilden, sobald sie in Kraft treten, einen integrierenden Bestandteil der Ge-

rekte Wirkung erzeugen und in einem konkreten Fall angewendet werden bzw. die Grundlage für eine Entscheidung darstellen können." (BBl. 1984 I 791).

⁶¹ Vorne S. 6 f.

⁶² BGE 112 Ib 183, 189.

⁶³ I.S. A. SA gegen Bundesamt für Landwirtschaft und Rekurskommission EVD (2.A.496/1996/zus).

⁶⁴ A.a.O., Erw. 4b.

meinschaftsrechtsordnung.⁶⁵ Der Vorrang des EG-Rechts für die Mitgliedstaaten⁶⁶ bringt für diese somit auch die Verbindlichkeit der von der Gemeinschaft geschlossenen Abkommen mit sich. Als Motiv des EuGH bei der Wahl dieser Vorgehensweise werden einerseits die Sorge um die einheitlich Anwendung des Gemeinschaftsrechts und andererseits die Beachtung der völkerrechtlichen Verpflichtungen der Gemeinschaft durch die Mitgliedstaaten genannt.⁶⁷ Innerhalb des Gemeinschaftsrechts geniessen völkerrechtliche Verträge ausdrücklich Vorrang gegenüber dem Sekundärrecht.⁶⁸

In der EG-Rechtsordnung ist allerdings - anders als bei einem nationalstaatlichen Gebilde - zu beachten, dass es die interne Kompetenzaufteilung zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten mit sich bringen kann, dass für den Abschluss von Staatsverträgen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten zuständig sind. Bei derartigen gemischten Abkommen gelten gegen aussen die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten als Signatare. Durch die gemeinsame Beteiligung sollen die jeweiligen Kompetenzdefizite der Gemeinschaft bzw. der Mitgliedstaaten bezüglich der Abschlussbefugnis kompensiert werden. Die gemeinschaftsinterne Aufteilung von völkerrechtlichen Abkommen ändert nichts daran, dass die Erfüllung des gesamten Vertragsinhalts sowohl von der Gemeinschaft wie von den Mitgliedstaaten geschuldet ist.⁶⁹ In der Regel einigen sich die Gemeinschaft und die Mitgliedstaaten auf ein gemeinsames Vorgehen. Der EuGH, der von der Kommission angerufen worden war, um bezüglich der WTO-Abkommen eine Klärung der Abschlussbefugnisse herbeizuführen, befand, dass die WTO-Abkommen gemäss Art. 113 EGV in die alleinige Zuständigkeit der Gemeinschaft fallen. Das TRIPs-Abkommen wertete er hingegen als gemischtes Abkommen, für dessen Abschluss die Zuständigkeit zwischen Gemeinschaft und Mitgliedstaaten geteilt ist.⁷⁰

⁶⁵ Rs. 181/73, *Haegeman / Belgien*, Slg. 1974, 449: "Ein vom Rat (...) geschlossenes Abkommen stellt für die Gemeinschaft die Handlung eines Gemeinschaftsorgans (...) dar." Diese Rechtsprechung, welche sich auf Art. 300 (ex-Art. 228) EGV stützt, hat der EuGH in der Rs. 104/81, *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie.*, Slg. 1982, 3641, bestätigt und verdeutlicht.

⁶⁶ Rs. 6/64, *Costa / ENEL*, Slg. 1964, 1141, Rz. 8: "Zum Unterschied von gewöhnlichen internationalen Verträgen hat der EWG-Vertrag eine eigene Rechtsordnung geschaffen, die bei seinem Inkrafttreten in die Rechtsordnungen der Mitgliedstaaten aufgenommen worden und von ihren Gerichten anzuwenden ist."

⁶⁷ Vgl. *Kuulwijk*, 102 f.

⁶⁸ Art. 300 Abs. 7 EGV.

⁶⁹ *Streinz*, 158.

⁷⁰ Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267; für eine Kritik des Gutachtens vgl. statt vieler *Bourgeois*, Echternach, sowie *Hilf*, 1/94.

Bei der Auslegung von gemischten Abkommen hatte der Gerichtshof bisher nur über Bestimmungen zu entscheiden, die – jedenfalls nach seiner Meinung – in die Zuständigkeit der Gemeinschaft fielen.⁷¹ Ein anschauliches Beispiel für die Vorgehensweise des Gerichtshofs mag die Rechtssache *Demirel* bieten, in der es um die Beurteilung eines gemischten Abkommens⁷² ging. Von einigen Mitgliedstaaten war geltend gemacht worden, der Gerichtshof sei zur Beantwortung der Vorlagefragen nicht zuständig, weil die Sache in die alleinige Zuständigkeit der Mitgliedstaaten falle. Der EuGH unterschied in seiner Entscheidung aber nicht zwischen den getrennten Zuständigkeiten, sondern verwies unter Berufung auf die *Kupferberg*-Rechtsprechung⁷³ darauf, dass die Bestimmungen des Abkommens ein integrierender Bestandteil des Gemeinschaftsrechts bildeten. Insofern sei der Gerichtshof zu deren Auslegung befugt. Indem sie für die Einhaltung eines von den Gemeinschaftsorganen geschlossenen Abkommens sorgten, erfüllten die Mitgliedstaaten sodann eine Pflicht gegenüber der Gemeinschaft, die die Verantwortung für die ordnungsgemässe Durchführung des Abkommens übernommen habe.⁷⁴ Dass der EuGH in Bezug auf seine Zuständigkeit einen grosszügigen Ansatz zugunsten der Gemeinschaft bevorzugt, ist auch aus der Rechtssache *Kziber*⁷⁵ ersichtlich. Dort hatte das Gericht Fragen im Zusammenhang mit dem Kooperationsabkommen mit Marokko zu beurteilen. Es handelt sich um ein gemischtes Abkommen, was den Gerichtshof nicht daran hinderte, die unmittelbare Anwendbarkeit Bestimmungen zuzugestehen, die von ihrem Gegenstand her in die ausschliessliche Zuständigkeit der Mitgliedstaaten fielen.⁷⁶

Die unmittelbare Anwendbarkeit einzelner Abkommensbestimmungen ist vom EuGH in einer langen Reihe von Entscheiden bejaht worden. So sind nicht nur aus integrationspolitischer Sicht bevorzugte Freihandels- und Assoziationsverträge mit europäi-

⁷¹ *Streinz*, 220 f. Eine Zusammenstellung von EuGH-Entscheiden zu gemischten Abkommen findet sich im Schlussantrag Generalanwalt Tesaurus zur Rs. C-53/96, *Hermès International / FHT Marketing Choice BV*, Slg. 1998, I-3603, 3616, FN 17. Vgl. auch die Schlussanträge von Generalanwalt Cosmas in den verbundenen Rs. C-300/98, *Parfums Dior SA / Tuk Consultancy BV*, und C-392/98, *Assco Gerüste GmbH und andere / Wilhelm Layer GmbH & Co. KG und andere*, Rz. 37 ff. (abrufbar unter <http://curia.eu.int/jurisp>). Cosmas kommt zum Schluss, dass über die Auslegungszuständigkeit des Gerichtshofs noch nie entschieden worden sei und stellt in der Folge Kriterien auf, die eine Beantwortung der Frage erlauben sollen (Schlussanträge Rz. 41).

⁷² Der Fall betraf das Assoziierungsabkommen mit der Türkei.

⁷³ *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie.*, Slg. 1982, 3641.

⁷⁴ Rs. 12/86, *Meryem Demirel / Stadt Schwäbisch Gmünd*, Slg. 1987, 3719, Rz. 7 und 11.

⁷⁵ Rs. C-18/90, *Office national de l'emploi / Bahia Kziber*, Slg. 1991, I-199.

⁷⁶ Eine Analyse des Entscheids in Bezug auf gemischte Abkommen findet sich bei *Miller*, 600 ff.

schen Drittstaaten der unmittelbaren Anwendbarkeit für fähig erklärt worden,⁷⁷ sondern auch Bestimmungen der Jaunde- und der Lomé-Konvention⁷⁸ sowie der Assoziationsabkommen mit der Türkei⁷⁹, Marokko⁸⁰ und Algerien.⁸¹

b) Das WTO-Abkommen

In Übereinstimmung mit der vorgehend angeführten Praxis hatte der EuGH erkannt, dass das GATT-Recht integrierender Bestandteil der Gemeinschaftsrechtsordnung bildete, auch wenn eigentlich die Mitgliedstaaten Vertragsparteien waren und nicht die EG.⁸² Zwar hat sich der EuGH, soweit ersichtlich, bisher nicht explizit zur Integration der WTO-Abkommen in den *acquis communautaire* geäußert. Aufgrund seiner langjährigen diesbezüglichen Praxis, deren Grundlage die *Kupferberg*-Rechtsprechung bildete, ist jedoch kaum anzunehmen, dass er sich anders entscheiden wird, zumal nun auch die EG ausdrücklich als Vertragspartei bzw. Gründungsmitglied des WTO-Abkommens genannt wird.⁸³

Dagegen lehnte der EuGH 1972 im Entscheid *International Fruit Company*⁸⁴ die unmittelbare Anwendbarkeit von Bestimmungen des GATT 1947 ab und bestand bis zum Abschluss der Uruguay-Runde auf dieser teilweise heftig kritisierten Doktrin⁸⁵, die

⁷⁷ *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie.*, a.a.O. (Unmittelbare Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens mit Portugal); Rs. C-17/81, *Pabst & Richarz KG / Hauptzollamt Oldenburg*, Slg. 1982, 1331 (Unmittelbare Anwendbarkeit des Assoziationsabkommens mit Griechenland); Rs. C-162/96, *A. Racke GmbH & Co / Hauptzollamt Mainz*, Slg. 1998, I-3655 (Unmittelbare Anwendbarkeit des Kooperationsabkommens mit Jugoslawien); Rs. T-155/94, *Opel Austria / Rat*, Slg. 1997, II-39 (Unmittelbare Anwendbarkeit des EWR-Abkommens). Eine detaillierte Analyse der Praxis des EuGH bis 1996 findet sich bei *Kuilwijk*, 110 ff.

⁷⁸ Rs. C-87/75, *Conceria Daniele Bresciani / Amministrazione Italiana delle Finanze*, Slg. 1976, 129; Rs. C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / Chiquita Italia SpA*, Slg. 1995, I-4533.

⁷⁹ Rs. C-192/89, *S. Z. Sevince / Staatssecretaris von Justitie*, Slg. 1990, I-3461 (Unmittelbare Anwendbarkeit des Assoziationsabkommens mit der Türkei); Rs. C-262/96, *Sema Sürül / Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. 1999, I-2685 (Unmittelbare Anwendbarkeit eines Beschlusses des Assoziationsrates des Abkommens mit der Türkei).

⁸⁰ Rs. C-18/90, *Office national de l'emploi / Bahia Kziber*, Slg. 1991, I-199, Rz. 15-22.

⁸¹ Rs. C-103/94, *Zoula Krid / Caisse nationale d'assurance vieillesse des travailleurs salariés (CNAVTS)*, Slg. 1995, I-719, 736, Rz. 21-24.

⁸² Rs. 104/81, *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie.*, Slg. 1982, 3641, Rz. 13.

⁸³ Art. XI Abs. 1.

⁸⁴ Verbundene Rs. 21-24/72, *International Fruit Company NV und andere / Produktschap voor groenten en fruit*, Slg. 1972, 1219, Rz. 19-27.

⁸⁵ Rs. 9/73, *Carl Schlüter / Hauptzollamt Lörrach*, Slg. 1973, 1135; Rs. 266/81, *Societa Italiana per l'Oleodotto Transalpino (SIOT) / Ministero delle Finanze und andere*, Slg. 1983, 731; verb. Rs. 267-269/81, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / Societa Petrolifera Italiana SpA (SPI) und SpA Michelin Italiana (SAMI)*, Slg. 1983, 801; verb. Rs. 290 und 291/8, *Compagnia Singer SpA und Geigy SpA / Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1983, 847. Zur wissenschaftlichen Kritik vgl.

sogar den Mitgliedstaaten die Berufung auf Bestimmungen des GATT verweigerte.⁸⁶ Seine Formulierung war dabei stets dieselbe, nämlich

" dass das GATT, dem nach seiner Präambel das Prinzip der Verhandlungen 'auf der Grundlage der Gegenseitigkeit und zum gemeinsamen Nutzen' zugrunde liegt, durch die grosse Flexibilität seiner Bestimmungen gekennzeichnet ist, insbesondere derjenigen, die die Möglichkeit einer Abweichung, die Massnahmen, die bei aussergewöhnlichen Schwierigkeiten getroffen werden können, und die Beilegung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien betreffen."⁸⁷

Gestützt auf diese Eigenschaften des GATT folgerte der EuGH, "dass die Verpflichtung, ihnen die Bedeutung von Vorschriften des internationalen Rechts beizumessen, die in den internen Rechtsordnungen der Vertragsstaaten unmittelbar anwendbar sind, nicht auf Sinn, Aufbau und Wortlaut des (GATT-)Abkommens gestützt werden kann."⁸⁸ Zusammenfassend hat der EuGH somit die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT-Rechts aus vier Gründen abgelehnt:

- Sinn und Zweck sowie Wortlaut der GATT-Bestimmungen eignen sich nicht für die unmittelbare Anwendbarkeit in der Gemeinschaft;
- das Abkommen ist beherrscht vom Reziprozitätsprinzip und von grosser Flexibilität geprägt;
- die Streitbeilegung folgt nicht einem judiziellen, sondern – wegen der grossen Flexibilität der Bestimmungen - politischen Ansatz;
- Art. XIX GATT gibt den Vertragsstaaten die Möglichkeit, unilateral ihre Verpflichtungen zu suspendieren oder ihre Zugeständnisse zurückzuziehen bzw. zu modifizieren.⁸⁹

In einem neueren Entscheid hat der EuGH auch für das WTO-Abkommen die unmittelbare Anwendbarkeit abgelehnt.⁹⁰ Der Gerichtshof hatte im Wesentlichen zu untersuchen, ob Portugal einen Ratsbeschluss, der den Marktzugang von Textilien betreffende Vereinbarungen mit Pakistan und Indien betraf, gestützt auf das WTO-Abkommen über Textilwaren und Bekleidungen für nichtig erklären lassen konnte. Er anerkannte, dass sich die WTO-Übereinkünfte insbesondere aufgrund der Stärkung der Schutzregelung und des Streitbeilegungsmechanismus erheblich vom GATT 1947 unterschieden.

statt vieler *Cottier/Nadakavukaren Schefer*, Relationship, 102 ff.; *Eeckhout*, 29 ff.; *Hilf*, Courts, 339 ff.; *Kuulwijk*, 337 ff.; *Petersmann*, Völkerrecht, *passim*, je mit weiteren Hinweisen.

⁸⁶ Rs. C-280/93, *Deutschland / Rat*, Slg. 1994, I-4973; Rs. C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / Chiquita Italia SpA*, Slg. 1995, I-4533.

⁸⁷ *Deutschland / Rat*, a.a.O., Rz. 106.

⁸⁸ A.a.O., Rz. 110.

⁸⁹ Siehe *Hilf*, Courts, 338 f. (Übersetzung durch den Autor).

Dennoch räume das mit den neuen Übereinkünften geschaffene System der Verhandlung zwischen Mitgliedstaaten einen hohen Stellenwert ein.⁹¹ Der Gerichtshof nannte als Gründe für seine Entscheidung, dass eine Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit den im WTO-Streitbeilegungsmechanismus enthaltenen Spielraum von Legislativ- und Exekutivorganen für Verhandlungslösungen aufheben würde,⁹² und dass einige Mitglieder, die zu den wichtigsten Handelspartnern der Gemeinschaft gehörten, die unmittelbare Anwendung von WTO-Normen durch ihre Gerichte ebenfalls abgelehnt hätten.⁹³ Als weiterer Grund wurde angeführt, dass das WTO-Überereinkommen auf dem Prinzip von Verhandlungen auf der Grundlage der Gegenseitigkeit aufbaue und sich insofern prinzipiell von den "*Kupferberg*"-Abkommen unterscheide, denen entweder eine Asymmetrie der Verpflichtungen oder eine besondere Integrationsbeziehung eigen sei.⁹⁴ Schliesslich verwies der Gerichtshof auf die Begründungserwägung des Ratsbeschlusses zur Annahme der WTO-Verträge, worin eine unmittelbare Anwendbarkeit abgelehnt worden war.⁹⁵

Das Urteil *Portugal / Rat* hat erkennen lassen, dass der EuGH nicht bereit ist, sich im Bereich des Aussenhandelsrechts in die von ihm vorrangig als politisch erkannten Zuständigkeiten der Exekutive und Legislative einzumischen. Der Entscheid stellt ohne Zweifel eine Enttäuschung für die Befürworter einer unmittelbaren Anwendbarkeit des WTO-Rechts dar. Umgekehrt muss aber zugestanden werden, dass nun Klarheit über die Motive (auch der älteren Praxis) des Gerichtshofs besteht; insofern ist wohl die bisherige "hidden agenda" jetzt blossgelegt. Zudem hat der EuGH mit seinem Rückzug auf die dem handelspolitischen Argumentarium entstammende Reziprozität eingestanden, dass er das durch die Uruguay-Runde reformierte GATT-Recht im Prinzip der unmittelbaren Anwendbarkeit für fähig hält. Die Lösung wird sich hier denn auch wohl nicht EG-intern, sondern nur im Zusammenwirken mit den grossen Handelspartnern der Gemeinschaft finden lassen.⁹⁶

⁹⁰ Rs. C-149/96, *Portugal / Rat*, Urteil vom 23. November 1999, noch nicht veröffentlicht.

⁹¹ A.a.O., Rz. 36.

⁹² A.a.O., Rz. 37 ff.

⁹³ A.a.O., Rz. 43.

⁹⁴ A.a.O., Rz. 42.

⁹⁵ Beschluss 94/800/EG, Abl. Nr. L 336 vom 23. Dezember 1994: "Das Übereinkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation einschliesslich seiner Anhänge ist nicht so angelegt, dass es unmittelbar vor den Rechtsprechungsorganen der Gemeinschaft und der Mitgliedstaaten kann." Diese Erwägung ist gemäss Generalanwalt Tesauro für den EuGH aber nicht verbindlich, siehe Rs. C-53/96, *Hermès International / FHT Marketing Choice BV*, Slg. 1998, I-3603, 3622 f.

⁹⁶ Nach *Cottier/Nadakavukaren Schefer*, Relationship, 111, würde die Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit durch eine grössere Handelsnation von den anderen Vertragsstaaten als einseitige Kon-

Es ist jedoch darauf hinzuweisen, dass die Praxis des EuGH zum GATT-Recht nicht völlig rigide war. Vielmehr hat er in zwei Konstellationen die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT-Rechts zugelassen. In der Rechtssache *Nakajima* wurde erkannt, dass dort, wo die Gemeinschaft legiferiert hat, um ihren internationalen Verpflichtungen (*in casu* Art. VI GATT und dem Antidumpingkodex) nachzukommen, eine Überprüfung des ausführenden Gemeinschaftsrechts auf seine Übereinstimmung mit dem betroffenen internationalen Recht möglich ist.⁹⁷ Bemerkenswert ist, dass für die unmittelbare Anwendbarkeit offenbar die Präambelerwägungen des zu überprüfenden EG-Erlasses ausschlaggebend waren, in denen Bezug auf die auszuführenden GATT-Bestimmungen genommen wurde.⁹⁸ Der Gerichtshof hat im Weiteren Rechtsanwendungsakte der Kommission überprüft, die gestützt auf Gemeinschaftsrecht ergingen, das den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern ausdrücklich erlaubte, sich gegenüber der rechtsanwendenden Behörde auf GATT-Recht zu berufen.⁹⁹

C. Die völkerrechtskonforme Auslegung

Nach diesem Konzept sind nationale Normen, die verschiedene Deutungen zulassen, in Übereinstimmung mit geltenden völkerrechtlichen Verpflichtungen auszulegen.¹⁰⁰ Dieses Vorgehen erlaubt in vielen Fällen, vermeintliche Konflikte zwischen nationalem und Völkerrecht zu lösen und erleichtert das reibungslose Nebeneinander dieser Rechtsordnungen. Häufig ist es Gerichten damit möglich, die für sie nicht zuletzt aus Gründen der Zuständigkeit heikle Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit einer Handelskommensbestimmung offen zu lassen und dennoch eine weitgehende Übereinstimmung mit den internationalen Anforderungen zu erreichen.¹⁰¹ Schliesslich spielt es

zession aufgefasst. Für eine erste Würdigung des Entscheids *Portugal / Rat* siehe die Kommentare von *Hilf/Schorkopf, Zonnekeyn, Curtain, und Rosas*.

⁹⁷ Rs. C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd / Rat*, Slg. 1991, I-2069, Rz. 29 ff.

⁹⁸ A.a.O., Rz. 29.

⁹⁹ Rs. 70/87, *Fediol / Kommission*, Slg. 1989, 1781, Rz. 19 ff.: "Da die Verordnung (...) den betroffenen Wirtschaftsteilnehmern das Recht verleiht, sich in dem von ihnen bei der Kommission eingereichten Antrag auf die Bestimmungen des GATT zu berufen, um darzulegen, dass die Handelspraktiken, durch die sie sich für geschädigt halten, unerlaubt sind, haben [sie] folglich auch das Recht, den Gerichtshof anzurufen, um die Rechtmässigkeit der Entscheidung nachprüfen zu lassen, mit der die Kommission diese Bestimmungen angewandt hat." (Rz. 22).

¹⁰⁰ Es wird auch von mittelbarer Anwendbarkeit bzw. "consistent interpretation" gesprochen. Für eine rechtsvergleichende Betrachtung mit Hinweisen auf die U.S.-Praxis siehe *Cottier/Nadakavukaren Schefer, Relationship*, 88 ff.

¹⁰¹ Zur Bedeutung, welche der völkerrechtskonformen Auslegung bei der Erhöhung der Akzeptanz des WTO-Rechts zukommt, vgl. *Cottier/Nadakavukaren Schefer, Relationship*, 89 ff.

bei dieser Auslegungsmethode keine Rolle, ob sich ein Staat zum Monismus oder Dualismus bekennt.

1. IN DER SCHWEIZ

Das Bundesgericht hat erstmals 1968 die völkerrechtskonforme Auslegung von Bestimmungen des schweizerischen Rechts befürwortet.¹⁰² Dies gilt, wie dem *Chanel*-Entscheid des Bundesgerichts, wo für die Auslegung des schweizerischen Markenschutzgesetzes auf Art. 16 des TRIPs-Abkommens Bezug genommen wurde, zu entnehmen ist, auch für das WTO-Recht:

" Au demeurant, on ne peut pas déduire de l'art. 16 TRIPS une interdiction systématique des importations parallèles. En effet, cette disposition prévoit que le titulaire d'une marque enregistrée aura le droit exclusif d'empêcher tous les tiers agissant sans son consentement de faire usage, au cours d'opérations commerciales, de signes identiques ou similaires pour des produits ou des services identiques ou similaires à ceux pour lesquels la marque est enregistrée, dans le cas où un tel usage entraînerait un risque de confusion, qui est présumé en cas d'usage d'un signe identique pour des produits ou services identiques. Il est donc toujours loisible à l'importateur parallèle de prouver l'inexistence d'un risque de confusion, auquel cas son activité ne serait pas contraire à l'art. 16 de l'accord TRIPS."¹⁰³

Auch in den anderen Parallelimportfällen, die das Bundesgericht in den letzten Jahren zu beurteilen hatte, wurde bei der Auslegung der Gesetzeslücken jeweils das TRIPs-Abkommen konsultiert.¹⁰⁴ Zusammenfassend kann gesagt werden, dass es sich um eine in der Schweiz akzeptierte und – zumindest vom Bundesgericht – mit einiger Regelmässigkeit angewandte Regel handelt.¹⁰⁵

2. IN DER EG

Der EuGH hat sich in zwei 1995 publizierten Entscheiden bei der Auslegung von Gemeinschaftsrecht auf Art. XI des GATT bezogen und damit ohne ausdrückliche Nennung eine völkerrechtskonforme Auslegung durchgeführt.¹⁰⁶ In einem späteren Urteil anerkannte der Gerichtshof dann diese Methode ausdrücklich:

¹⁰² BGE 94 I 669, 678; siehe auch 117 Ib 367, 373.

¹⁰³ BGE 122 III 469, 480 ("*Chanel*")

¹⁰⁴ BGE 124 III 321, 330 f. ("*Nintendo*"); 125 III 129, 137 f. ("*Kodak*").

¹⁰⁵ Vgl. z. B. BGE 117 Ib 367, 373; 122 II 234, 239.

¹⁰⁶ Rs. C-70/94, *Werner / Deutschland*, Slg. 1995, I-3189; Rs. C-83/94, *Leifer und andere*, Slg. 1995, I-3231, Rz. 24.

" Ist nämlich eine Bestimmung des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts auslegungsbedürftig, so ist sie nach Möglichkeit so auszulegen, dass sie mit den Vorschriften des Vertrages vereinbar ist. (...) In gleicher Weise gebietet es der Vorrang der von der Gemeinschaft geschlossenen internationalen Übereinkünfte vor den Bestimmungen des abgeleiteten Gemeinschaftsrechts, diese nach Möglichkeit in Übereinstimmung mit diesen Übereinkünften auszulegen."¹⁰⁷

Die Rechtsprechung des EuGH zum TRIPS-Abkommen beschränkt sich bisher auf einen Anwendungsfall, der aber mittels völkerrechtkonformer Auslegung gelöst wurde. Darauf ist nachfolgend einzutreten.¹⁰⁸

D. Exkurs: Die Wirkung von Entscheidungen des Dispute Settlement Body

1. UNTER DEM GATT 1947

Die Struktur des Streitschlichtungsverfahrens unter dem GATT 1947 war so aufgebaut, dass bei Beschwerden wegen Verstößen gegen den Vertrag ein Panel aus Fachleuten eingesetzt wurde.¹⁰⁹ Solche Gremien von als unabhängig erachteten Experten hatten den Auftrag, nach vorgängiger Anhörung der Streitparteien die umstrittenen rechtlichen Fragen in einem Bericht zu klären. Ihre Berichte wurden anschliessend dem Rat zur Genehmigung vorgelegt.¹¹⁰ Da im Rat Entscheidungen nur mit dem Konsens aller Vertragsparteien gefasst werden konnten, ergab sich häufig die Situation, dass die Annahme von Panel-Berichten durch die unterliegende Vertragspartei blockiert wurde.¹¹¹ Obwohl gegen 200 Panel-Berichte unter dem GATT 1947 erstellt wurden, blieb deren Wirkung daher – bereits auf völkerrechtlicher Ebene - beschränkt.¹¹² Immerhin bezogen sich die Panels in konstanter Praxis auf frühere, auch nicht angenommene Berichte, was diesen eine indirekte Wirkung als Interpretationshilfe verlieh. Art. XXIII

¹⁰⁷ Rs. C-61/94, *Kommission / Deutschland*, Slg. 1996, I-4006, Rz. 52.

¹⁰⁸ Hinten S. 37.

¹⁰⁹ Es ist anzumerken, dass das GATT 1947 nur relativ rudimentäre Regelungen bezüglich Streitbeilegung enthielt; es handelt sich im Wesentlichen um die Art. XXII und XXIII. Bestimmungen betreffend Streitbeilegung waren auch in anderen Abkommen enthalten. Gemäss *Jackson*, Meaning, 120, ist es "one of the most striking features of GATT's (...) history, (...) that it has evolved a rather elaborate dispute settlement procedure that has in recent years taken a fairly rigorous approach to the legal obligations of the GATT." Weitere Darstellungen der Entwicklung des GATT-Streitbeilegungssystems finden sich u.a. bei *Lee/von Lewinski*, 290 ff. und *Palmetier/Mavroidis*, 7 ff. Im Übrigen enthielten verschiedene GATT-Abkommen eigene Streitbeilegungssysteme, vgl. *Beneyto*, 297; *Lee/ von Lewinski*, 294 f.. Für eine Darstellung der GATT-Streitbeilegungsfälle mit Bezug zum Immaterialgüterrecht vgl. *Lee/von Lewinski*, 286 ff.

¹¹⁰ Es wird hier das Endstadium einer Entwicklung seit 1947 beschrieben. *Cottier*, Implications, 334 ff., erfasst diesen Vorgang mit Einbezug des DSU unter dem Titel "from conciliation to adjudication".

¹¹¹ Die Änderung dieser Blockierungsmöglichkeit war eines der Hauptziele der Uruguay-Runde.

¹¹² *Lavranos*, 295, spricht von "faktischer Wirkungslosigkeit"; eine positivere Beurteilung findet sich bei *Jackson*, Meaning, 120, der "relative success" annimmt.

GATT 1947 enthielt sodann keine ausdrückliche Verpflichtung der Vertragsparteien, das Ergebnis des Streitschlichtungsverfahrens umzusetzen.¹¹³ *Jackson* vertrat die Meinung, dass den angenommenen Panel-Berichten für die Streitparteien dennoch Bindungswirkung im Sinne einer völkerrechtlichen Verpflichtung zukam. Für die anderen Vertragsparteien war nach dieser Lehrmeinung eine Bindung höchstens im Rahmen von Art. 31 Abs. 3 lit. b des Wiener Übereinkommens über das Recht der Verträge¹¹⁴ denkbar, wonach bei der Auslegung eines völkerrechtlichen Vertrags "jede spätere Übung bei der Anwendung des Vertrags" zu berücksichtigen ist.¹¹⁵

2. IN DER WTO

Die Streitschlichtung ist in der WTO in einem eigenen Abkommen geregelt, dem Dispute Settlement Understanding.¹¹⁶ Alle WTO-Vertragsstaaten sind zwingend Parteien dieses Abkommens, das im Wesentlichen die unter dem GATT 1947 herrschende Praxis kodifiziert. Anders ist allerdings, dass eine zweite Spruchbehörde, der Appellate Body, eingeführt wurde, welcher auf Einspruch hin eine Rechtskontrolle gegenüber den Panels ausübt. Fast vollständig abgeschafft wurde die Möglichkeit, die Annahme von Panel- bzw. Appellate Body-Berichten durch den Dispute Settlement Body zu blockieren: Es bedarf nun des Konsenses zur Nichtannahme, ansonsten der Bericht als angenommen gilt.¹¹⁷ Neben Verfahrensgarantien¹¹⁸ wurden überdies strenge Fristen festgeschrieben, welche die Dauer der Verfahren regeln.¹¹⁹ Allgemein wird festgestellt, dass eine bedeutsame Verrechtlichung des Verfahrens stattgefunden hat, welche geeignet ist, das Gewicht und die Akzeptanz der Entscheidungen zu erhöhen.¹²⁰ Gemäss Art. 19 Abs. 1 DSU empfehlen Panels oder der Appellate Body in ihrem Erkenntnis dem unterliegenden Mitglied, seine mit einer WTO-Übereinkunft unvereinbaren Massnahmen in

¹¹³ Art. XXIII Abs. 2 GATT 1947 hält lediglich fest, dass die Vertragspartner, denen eine Frage vorgelegt wird, "unverzüglich zu einer Untersuchung (...) schreiten und den (...) interessierten Vertragspartnern geeignete Empfehlungen machen oder Weisungen (...) erteilen" sollen.

¹¹⁴ SR 0.111 (nachfolgend WVK).

¹¹⁵ Meaning, 127, 129.

¹¹⁶ Vgl. vorne FN 33.

¹¹⁷ Art. 16 Abs. 4 und Art. 17 Abs. 14 DSU; es wird von einem "negative consensus approach" gesprochen, vgl. *Lee/von Lewinski*, 297.

¹¹⁸ U.a. Unabhängigkeit der Mitglieder der Spruchkörper (Art. 8 Abs. 2 DSU), Parteirechte und kontradiktorische Ausgestaltung des Verfahrens (vgl. Art. 12, 15, 17 DSU).

¹¹⁹ Art. 12 Abs. 8, 17 Abs. 5, 20 sowie 21 Abs. 4 DSU.

¹²⁰ *Cottier*, Implications, 359; *Eeckhout*, Status, 34; *Kuilwijk*, 342, *Kuyper*, 90 f.; *Lee/von Lewinski*, 296; *Palmeter/Mavroidis*, *passim*. Vgl. statt vieler für eine übersichtliche Darstellung der Veränderungen *Cottier*, Implications, 336 ff., sowie *Kuyper*, 88 ff.

Übereinstimmung mit dieser Übereinkunft zu bringen.¹²¹ Dass die Herstellung der WTO-Konformität die einzig mögliche Erfüllung der Verpflichtungen nach dem DSU ist, ergeht aus Art. 22 Abs. 1, wonach "Ausgleich und die Aussetzung von Zugeständnissen oder sonstigen Verpflichtungen *vorübergehende*¹²² Massnahmen sind für den Fall, dass die Empfehlungen und Entscheidungen nicht innerhalb einer angemessenen Frist umgesetzt werden".

Im Vergleich zur Rechtslage unter dem GATT 1947 hat die Nichtbefolgung von Streitbeilegungsentscheidungen demnach weitaus schwerwiegendere Konsequenzen, denn die Aussetzung von (Zoll-)Zugeständnissen kann sich für die betroffenen Industrie- oder Handelszweige vernichtend auswirken.¹²³ Zwar kann angesichts der bedeutsamen Verrechtlichung des Streitschlichtungsverfahrens nicht gesagt werden, dass dieses System der Retorsionsmassnahmen für sich alleine die bislang grundsätzlich gute Befolgung von Streitbeilegungsentscheidungen¹²⁴ bewirkt hätte; andererseits sind die Drohungswirkung der Retorsion und der mit deren Verhängung wachsende innenpolitische Druck aber mit Sicherheit von nicht zu vernachlässigender Bedeutung.¹²⁵ An seine Grenzen stösst das System aber, wenn sich eine grosse Handelsmacht weigert, den Produkten eines kleinen, importabhängigen Entwicklungslandes eine GATT-konforme Behandlung zu gewähren. Dem kleinen Land nützt es wenig oder nichts, wenn seine Konzessionen gegenüber der Handelsmacht suspendieren darf; diese wiederum ist wegen ihres Handelsvolumens nicht übermässig von den Sanktionen betroffen.¹²⁶ Gewisse Vor-

¹²¹ Die *unverzügliche* Umsetzung der Empfehlungen und Entscheidungen des DSB ist gemäss Art. 21 Abs. 1 DSU für die wirksame Beilegung von Streitigkeiten zum Vorteil aller Mitglieder von wesentlicher Bedeutung (Hervorhebung durch den Autor).

¹²² Hervorhebung durch den Autor.

¹²³ In der Rs. C-104/97 P, *Atlanta AG und andere / Rat und Kommission*, Urteil vom 14. Oktober 1999, noch nicht veröffentlicht, hat der EuGH eine Schadenersatzklage von Bananenimporteuren gegen die EG wegen der von Handelspartnern verhängten WTO-Strafzölle aus prozessualen Gründen abgewiesen. Interessanterweise lag im Zeitpunkt der Urteilsfällung bereits ein DSB-Entscheid vor, der die EG-Bananenmarktordnung für WTO-widrig erklärte (Urteil, Rz. 17 ff.). Vgl. zur Möglichkeit von Schadenersatzforderungen gegen die Gemeinschaft wegen des Hormon- und Bananenstreits *Reinisch, passim*, und *Zonnekeyn*, Status, 106 f.

¹²⁴ Im heutigen Zeitpunkt liegen fünf DSB-Entscheidungen vor (davon zwei Parallelverfahren), die die Aussetzung von Verpflichtungen zulassen. Betroffen ist mit einer Ausnahme die EG: *EC – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/ARB, 13. Februar 1998 (USA) und WT/DS48/ARB, 13. Februar 1998 (Kanada); *EC – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/ARB, 9. April 1999 (USA) und WT/DS27/ARB/ECU, 24. März 2000 (Ecuador); *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*, WT/DS46/ARB, 28. August 2000.

¹²⁵ Häufig bewirkt bereits die Androhung eines Streitbeilegungsverfahrens und die damit verbundene Publizität Fortschritte bei der Lösung von Problemen, *Staehelein*, TRIPs, 212.

¹²⁶ Das Beispiel entstammt der Realität. Ein Schiedsrichter gestand Ecuador Ausgleichsmassnahmen in Höhe von 201.6 Millionen US\$ per Jahr zu (WT/DS27/ARB/ECU, 24. März 2000). Am 18. Mai 2000 gestattete der DSB Ecuador, gegenüber der EG Konzessionen auszusetzen. In der Ermächtigung enthalten waren auch TRIPs-Zugeständnisse. Vgl. zur Situation der Entwicklungsländer *Pacon*, 884 f.

behalte sind auch bezüglich der Rücknahme von TRIPs-Zugeständnissen anzubringen, da sich heikle enteignungsrechtliche Fragen stellen würden.¹²⁷

Da die Umsetzung bzw. Befolgung von DSB-Entscheidungen innerstaatlich wesensgemäss Sache der Exekutive und/oder Legislative ist, stellt sich die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit solcher Entscheidungen durch Gerichte nicht mit der gleichen Schärfe. Wird die unmittelbare Anwendbarkeit der WTO-Normen in einem Vertragsstaat abgelehnt, so kann grundsätzlich auch nichts dagegen eingewandt werden, wenn die nationalen Gerichte die Berücksichtigung der Streitbeilegungsentscheide ablehnen. Anders verhält es sich dagegen, wenn die angerufene Streitbeilegungsentscheidung sich an den Gerichtsstaat selber richtet. Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts kann diesfalls nicht entscheidend sein; vielmehr müssen die Verpflichtungswirkung des WTO-Abkommens und das Legalitätsprinzip eine Berücksichtigung des WTO-Entscheids durch die Gerichte bewirken.¹²⁸ Die üblichen Gegenargumente gegen die unmittelbare Anwendbarkeit sind bei einem solchen Sachverhalt ausser Kraft gesetzt,¹²⁹ wobei den Gerichten durchaus Möglichkeiten offenstehen, die handelspolitische Entscheidungsfreiheit der Exekutivbehörden zu wahren.¹³⁰ Ein Unterfall dieser Auffassung liegt vor, wenn die zur Umsetzung des Streitbeilegungsentscheids verfassungsrechtlich zuständigen Behörden diesen einfach ignorieren. Solches Verhalten stellt eine massive Verletzung des völkerrechtlichen *pacta sunt servanda*-Prinzips dar¹³¹ und es wird die Meinung vertreten, dass hier die Gerichte nach Ablauf der DSU-Fristen die Anwendung

¹²⁷ Vgl. *Abbott*, Dispute, 432 f., der u.a. auf die Schwierigkeit der Quantifizierung von immaterialgüterrechtlichen Konzessionen hinweist; *Kuyper*, 99 f.

¹²⁸ *Eeckhout*, Status, 52 f.

¹²⁹ Für den EuGH bejahen die unmittelbare Anwendbarkeit *Beneyto*, 299; *Cottier*, Implications, 371 f.; *ders.*, Impact, 126 f.; *Eeckhout*, Status, 53 f.; *Lavranos*, 298 f.; *Weber/Moos*, 231 ff.; *Zonnekeyn*, Status, 102 f. A.M. zumindest für den EuGH *Ott*, 243, da dieses WTO-Sekundärrecht keine eindeutige und klare Verpflichtung enthalte, deren Erfüllung oder Wirkung nicht vom Erlass eines weiteren Akts abhängen; ebenso, unter Betonung des relativ breiten Spektrums der Umsetzungsmöglichkeiten *Hilpold*, 276. Die befürwortenden Autoren weisen zur Begründung ihres Standpunkts auf Rz. 39 des Gutachtens 1/91 des EuGH (Slg. 1991, I-6084) hin, wo dieser festhielt:

" Sieht aber ein internationales Abkommen ein eigenes Gerichtssystem mit einem Gerichtshof vor, der für die Regelung von Streitigkeiten zwischen den Vertragsparteien dieses Abkommens und damit für die Auslegung seiner Bestimmungen zuständig ist, so sind die Entscheidungen dieses Gerichtshofes für die Organe der Gemeinschaft, einschliesslich des Gerichtshofes, verbindlich. Diese Entscheidungen sind auch dann verbindlich, wenn der Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung oder im Rahmen einer Klage über die Auslegung des internationalen Abkommens als Bestandteil der Rechtsordnung der Gemeinschaft zu entscheiden hat."

¹³⁰ Hierzu *Cottier*, Implications, 372 ff., der u.a. auf die von Art. 22 Abs. 1 (Frist zur Umsetzung) und Art. 22 Abs. 2 DSU (vorübergehende Kompensationsmassnahmen) zur Verfügung gestellten Möglichkeiten verweist.

¹³¹ Art. 26 WVK.

der nicht konformen nationalen Regelungen aussetzen sollten, um einerseits die Rechte der Einzelnen zu schützen und andererseits die politischen Behörden zum Handeln zu zwingen.¹³² Liegt der Nichtumsetzung des DSB-Entscheids dagegen eine bewusste politische Entscheidung des Umsetzungsorgans zugrunde, so handelt es sich hierbei um eine handelspolitische Massnahme, die geeignet ist, die Zuständigkeit der Gerichte auszuschliessen. Die Lösung wird sich hier am Verhältnis der staatlichen Institutionen untereinander zu orientieren haben.¹³³

IV. Die Praxis zum TRIPs-Abkommen

A. Allgemeine Bemerkungen

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass sich die Bestimmungen des TRIPs-Abkommens in drei verschiedene Kategorien einteilen lassen. Die erste umfasst Bestimmungen, welche die Substanz der Immaterialgüterrechte nicht berühren,¹³⁴ während die zweite Kategorie Normen enthält, die die Vertragsstaaten verpflichten oder ermächtigen, im materiellen und im formellen Recht Regeln zu den Pflichten ihrer Behörden sowie zu den Rechten und Pflichten von Privatpersonen aufzustellen.¹³⁵ Der dritten Kategorie schliesslich gehören Bestimmungen an, welche unmittelbar Rechte und Pflichten von Privatpersonen regeln und den eigentlichen Kern des Abkommens bilden.¹³⁶ In der Lehre werden zur unmittelbaren Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens verschiedene Argumente vorgetragen. Verallgemeinernd lassen sich die befürwortenden Stellungnahmen dahin zusammenfassen, dass die Bestimmungen des TRIPs-Abkommens, welche die Rechte von Privatpersonen betreffen, als für die unmittelbare Anwendbarkeit geeignet betrachtet werden.¹³⁷ Dagegen ergeben – insbesondere, was die EG angeht - handelspolitische Erwägungen zumeist ein negatives Resultat, weil einerseits die wichtigsten Handelspartner der EG die unmittelbare Anwendbarkeit abgelehnt haben und andererseits die Frage der institutionellen Zuständigkeit der Gerichte gestellt wird.

¹³² *Cottier*, a.a.O., 373 f.

¹³³ Ausführlich *Cottier*, a.a.O., 373 ff.

¹³⁴ Nach GATT-Botschaft, 286, z.B. Art. 69 (Kooperationspflicht) oder Art. 63 Abs. 2 (Notifikation des TRIPs-Rats).

¹³⁵ Die GATT-Botschaft, 286 f., nennt u.a. Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 (Beachtung von PVÜ und RBÜ-Bestimmungen).

¹³⁶ Gemäss GATT-Botschaft, 287, z.B. Art. 10 (Definition von Computerprogrammen als literarische Werke) oder Art. 15 (Definition der Marke).

1. ARGUMENTE FÜR DIE UNMITTELBARE ANWENDBARKEIT

Es wird darauf aufmerksam gemacht, dass das Abkommen die gleiche Rechtsnatur aufweist und die gleiche Gesetzestechnik anwendet wie bestehende Konventionen des Immaterialgüterrechts, insbesondere PVÜ und RBÜ.¹³⁷ Art. 1 Abs. 1 Satz 3 TRIPs-Abkommen sei zudem wortgleich mit Art. 25 Abs. 1 PVÜ und Art. 36 Abs. 1 RBÜ; die letztgenannten Bestimmungen seien unbestrittenermassen unmittelbar anwendbar.¹³⁸ Die Verneinung der unmittelbaren Anwendbarkeit dieser Bestimmungen, welche die Umsetzung der Abkommen betreffen, wäre insofern widersprüchlich. Gewisse TRIPs-Normen, wie diejenigen über die Schutzdauer der verschiedenen Immaterialgüterrechte,¹³⁹ oder solche, die die Schutzwirkungen der verschiedenen Rechte festlegen,¹⁴⁰ aber auch die Beschränkung des Urheberrechtsschutzes in Art. 9 Abs. 2, seien indessen auch für sich alleine genommen genügend bestimmt, um unmittelbar angewandt werden zu können.¹⁴¹ Die gemäss Art. 1 Abs. 1 TRIPs-Abkommen freie Wahl bei der Umsetzung des Abkommens in das nationale Recht präjudiziere die unmittelbare Anwendbarkeit nicht.¹⁴² Während die im GATT 1994 und den meisten anderen WTO-Abkommen enthaltenen Prinzipien der Meistbegünstigung und Inländerbehandlung sich auf den zwischenstaatlichen Handel bezögen, regelten die gleichen Grundsätze im TRIPs-Abkommen die Rechte Privater gegenüber dem Staat.¹⁴³ Die Existenz des Streitbeilegungsmechanismus spreche ebenfalls nicht gegen die unmittelbare Anwendbarkeit, da sich dieser und das nationale Rechtsprechungssystem ergänzten. Eine effiziente und abkommenstreue Rechtsdurchsetzung auf nationaler Ebene erspare zudem aufwendige Streitbeilegungsverfahren auf völkerrechtlicher Ebene.¹⁴⁴

2. ARGUMENTE GEGEN DIE UNMITTELBARE ANWENDBARKEIT

Gegen die unmittelbare Anwendbarkeit wird vorgebracht, das TRIPs-Abkommen sei Teil des *"package deal"* der WTO-Abkommen. Die Zugeständnisse, die im Abkommen enthalten seien, hätten daher ihr Gegenstück in Konzessionen, welche anderen

¹³⁷ Vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit allgemein vorne, S. 6 ff.

¹³⁸ Drexl, 786; gemäss Cottier/Tran-Thi, 639, handelt es sich beim TRIPs um ein Harmonisierungsabkommen, welches mit der PVÜ gleichzustellen ist.

¹³⁹ Drexl, 785; Katzenberger, 459; Staehelin, TRIPs, 236.

¹⁴⁰ Z.B. Art. 12, 14 Abs. 5, 18, 33.

¹⁴¹ Z.B. Art. 14 Abs. 1, 16 Abs. 1, 26 Abs. 1, 28 Abs. 1.

¹⁴² Moncayo von Hase, 124.

¹⁴³ Drexl, a.a.O.

¹⁴⁴ Drexl, a.a.O.; Katzenberger, 459; Moncayo von Hase, 128; Staehelin, TRIPs, 236 f.

Regelungsbereichen der WTO entstammten. So wäre es beispielsweise denkbar, dass ein Entwicklungsland für die Einführung des Patentschutzes auf pharmazeutischen Produkten von einem Industrieland den Abbau von Zutrittschranken zu dessen abgeschotetem Agrarmarkt verlangt hätte. Wenn bei dieser Ausgangslage eine Vertragspartei die TRIPs-Normen für unmittelbar anwendbar erkläre, so sei hierin eine einseitige Konzession, ja eine Selbentwaffnung zu erblicken. Eine unmittelbare Anwendbarkeit sei erst dann sinnvoll, wenn auch die anderen Vertragsstaaten diese akzeptierten. Aus dieser Konstellation heraus und mangels Unterlagen über den Gang der Verhandlungen, die Auskunft über die Motive der Vertragsparteien gewähren könnten, dürfe keineswegs angenommen werden, die Vertragsstaaten hätten sich auf die unmittelbare Anwendbarkeit des weitreichenden Schutzsystems festlegen wollen.¹⁴⁶ Letztlich sei das TRIPs-Abkommen das Ergebnis einer internationalen Politisierung des geistigen Eigentums.¹⁴⁷ Das TRIPs-Abkommen wolle nicht Mindeststandards einführen wie die PVÜ und die RBÜ, sondern einen adäquaten Schutz, lasse aber die "systemnotwendigen Ausnahme- und Ausführungsstatbestände", für die eine völkerrechtliche Harmonisierung noch ausstehe, offen.¹⁴⁸ So sind zwar beispielsweise die Kriterien der Patentierbarkeit in Art. 27 Abs. 1 TRIPs-Abkommen aufgeführt. Das Ausfüllen dieser Definitionen ist aber weiterhin Sache der Vertragsstaaten, die diesbezüglich über ein gewisses Ermessen verfügen.¹⁴⁹ Sodann enthalte das Abkommen viele unbestimmte Formulierungen, wie z.B. "angemessene Vergütung" oder "... Künstler haben die Möglichkeit ..." oder "die Mitgliedstaaten stellen sicher ..."¹⁵⁰; diese gewährten keine Rechte, sondern seien offensichtlich an die umsetzende Behörde gerichtet und daher nicht unmittelbar anwendbar. Es bestünden ausserdem weit formulierte Ausnahmebestimmungen. So lasse Art. 8 Abs. 1 TRIPs-Abkommen einen *ordre public*-Vorbehalt zu, der sich letztlich nur an der Ver-

¹⁴⁵ Drexl, a.a.O.; Staehelin, TRIPs, 237.

¹⁴⁶ Sack, Geschlossenheit, 651, spricht von einer "juristischen Abrüstung", die Gegenleistungen der Gegner verlange; ähnlich Moncayo von Hase, 125; Ullrich, 638.

¹⁴⁷ Ullrich, 639.

¹⁴⁸ Ullrich, 637.

¹⁴⁹ Man stelle sich z.B. den Fall vor, dass ein Medikament patentiert werden soll, welches auf der neuen Verwendung eines seit langem bekannten Wirkstoffs beruht (sog. *second use*). Das TRIPs-Abkommen bietet m.E. keine Handhabe gegen eine nationale Praxis, die die Abweisung des Gesuchs wegen fehlender Neuheit befürwortet, soweit damit nicht der Neuheitsbegriff als Kriterium der Patentierbarkeit bedeutungslos wird. Vgl. für das schweizerische Recht Art. 7c PatG und Pedrazzini/ von Büren/Marbach, Rz. 55. Auf die "Unschärfe" von Art. 27 Abs. 1 wird auch von Straus, Patentrecht, 191 f., in Bezug auf Computerprogramme hingewiesen.

¹⁵⁰ Art. 31 h, 14 Abs. 1, 41 Abs. 1 TRIPs-Abkommen. Für eine die unmittelbare Anwendbarkeit ablehnende Analyse des III. Teils des Abkommens u.a. wegen des Wortlauts der Bestimmungen vgl. Dreier, 215. Drexl, 785, FN 80, vertritt demgegenüber die Ansicht, dass selbst dort, wo das Abkommen von einer Verpflichtung spricht, bestimmte Rechte einzuführen, die unmittelbare Anwendbarkeit

einbarkeit mit dem Abkommen messen lasse. Die Ausnahmen von den Rechten des geistigen Eigentums gemäss Art. 13, 17, 26 Abs. 2, 30 und 40 Abs. 2 des Abkommens seien zu unbestimmt, um eine einheitliche Praxis herbeizuführen oder Missbräuche zu verhindern.¹⁵¹ Überhaupt sei mit der unmittelbaren Anwendbarkeit wenig zu gewinnen, um die einheitliche Anwendung und die Rechtssicherheit in den zahlreichen Vertragsstaaten zu erreichen.¹⁵² Die Ausdeutung und Klarstellung der mehrdeutigen Bestimmungen und offenen Sprachregelungen des Abkommens sei schliesslich nicht ohne weiteres Sache der Gerichte, sondern der von der nationalen Verfassung hierzu bestimmten Behörden.¹⁵³

3. EIGENE STELLUNGNAHME

Grundsätzlich sind die Argumente zugunsten der unmittelbaren Anwendbarkeit überzeugender als die Gegenmeinungen. Die Gegenseitigkeitsbedenken der Gegner lassen sich nicht nur für das WTO- bzw. das TRIPs-Abkommen, sondern nachgerade für die meisten multilateralen Übereinkünfte anführen. Diese Meinung berücksichtigt m.E. neben den allgemeinen Gründen, welche für die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Abkommens sprechen, zuwenig die Besonderheiten des TRIPs-Abkommens. Letztlich handelt es sich um handelspolitische Überlegungen, die zur Kenntnis zu nehmen sind, aber wenig zur Beantwortung der Fragestellung an sich beitragen.¹⁵⁴ Dass das Abkommen Ausnahme- und Ausfühngstatbestände offen lässt - was nicht zu bestreiten ist -, gilt wohl auch für viele andere Abkommen, die unmittelbar anwendbare Bestimmungen enthalten. Damit wird einerseits eine der Zielsetzungen des TRIPs-Abkommens, nämlich die Aktualisierung und verbesserte Durchsetzbarkeit der bestehenden Immaterialgüterrechtskonventionen zu erreichen, verkannt.¹⁵⁵ Andererseits werden so Massstäbe angesetzt, die auch von vielen innerstaatlichen Gesetzen nicht erfüllt werden dürften. Wenig überzeugend ist schliesslich auch der Hinweis, das TRIPs-Abkommen enthalte

nicht ausgeschlossen ist, solange die Verpflichtung hinreichend genau und bestimmt formuliert ist, um vom nationalen Richter angewandt zu werden.

¹⁵¹ Vgl. *Moncayo von Hase*, 125 und 137, der diese "Öffnungsbestimmungen" als teilweises Zugeständnis an die Entwicklungsländer bezeichnet, um diesen bei der Absorbierung der sozialen Kosten zu helfen, die mit der Einführung der TRIPs-Standards verbunden sein sollen.

¹⁵² *Ullrich*, 639, FN 134.

¹⁵³ *Moncayo von Hase*, 138 f., m.w.H. zur von den Gerichten gewisser Staaten entwickelten "political decision"-Doktrin, wonach die Entscheidung über die unmittelbare Anwendbarkeit den für aussenpolitische Belange zuständigen Behörden zukommt, sofern diese ein weites Ermessen bei der Umsetzung von Massnahmen geniessen.

¹⁵⁴ Ähnlich Generalanwalt Tesauro in der Rs. C-53/96, *Hermès International / FHT Marketing Choice BV*, Slg. 1998, I-3603, 3631, der die Frage der Gegenseitigkeit als eine überwiegend politische versteht.

¹⁵⁵ Siehe die Präambel des TRIPs-Abkommens.

viele unbestimmte Formulierungen, denn die Befürworter verlangen keineswegs die unmittelbare Anwendbarkeit jeder einzelnen Abkommensnorm.¹⁵⁶ Das Argument, die unmittelbare Anwendbarkeit führe nicht zu einer einheitlichen Anwendung des Abkommens und sei der Rechtssicherheit wenig dienlich mag allenfalls für die Zustände unter dem GATT 1947 gelten, berücksichtigt m.E. aber zu wenig die Bedeutung, die der Rechtsprechung der "neuen" WTO-Streitbeilegungsbehörden für die einheitliche Anwendung des TRIPs-Abkommens zukommt. Vergegenwärtigt man sich zudem die Lage in der EG, wo die unmittelbare Geltung des EG-Rechts und dessen Auslegung bzw. Anwendung durch den Gerichtshof den (funktionierenden) Normalfall darstellt, so ist nicht recht einzusehen, warum die Rechtssicherheit und die einheitliche Anwendung des TRIPs-Abkommens gefährdet sein sollen.

B. In der Schweiz

1. PRAXIS ZUR UNMITTELBAREN ANWENDBARKEIT DES TRIPs-ABKOMMENS

Es liegt bisher kein Entscheid einer schweizerischen Gerichtsinstanz vor, der sich in bejahendem oder ablehnendem Sinn zur unmittelbaren Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens äussern würde. Publiziert ist soweit ersichtlich nur ein Fall, in dem die Frage aufgeworfen wurde. Im Rahmen eines Verfahrens vor dem Obergericht des Kantons Basel-Landschaft, das die Überprüfung einer superprovisorischen Massnahme zum Gegenstand hatte,¹⁵⁷ berief sich die Gesuchstellerin bei der Begründung ihres Begehrens auf Bestätigung der Massnahme auf Art. 50 des TRIPs-Abkommens. Soweit ersichtlich vertrat sie die Meinung, der Erlass vorsorglicher Massnahmen richte sich nach dem Abkommen und nicht nach Art. 77 PatG.¹⁵⁸ Insofern stand die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit im Raum. Das Gericht hob die Massnahme auf und kam betreffend dem TRIPs-Argument zum Schluss, die Regelung des Abkommens enthalte dieselben Vorgaben wie Art. 77 PatG; es erübrige sich deshalb, auf die Frage der "direkten" Anwendbarkeit einzugehen.

¹⁵⁶ Den allgemeinen Regeln zur Bestimmung, ob eine Norm unmittelbar anwendbar ist, wird von den Befürwortern durchaus Rechnung getragen, vgl. vorne S.

¹⁵⁷ Urteil vom 1. Oktober 1997, wiedergegeben in *sic!* 1998, 78 ff.

¹⁵⁸ Ob die Gesuchstellerin der Meinung war, Art. 50 TRIPs enthalte gegenüber Art. 77 PatG geringere Anforderungen an den Erlass vorsorglicher Massnahmen, wird nicht restlos klar. Diesfalls hätte die Gesuchstellerin aber wohl verkannt, dass das TRIPs-Abkommen lediglich Mindeststandards einführen will (Art. 1 Abs. 1); vgl. *Dreier*, 212.

Angesichts dieser Sachlage ist deshalb kurz auf die Rezeption des TRIPs-Abkommens in der Schweiz einzutreten. Allgemein kann bemerkt werden, dass die Einführung des Abkommens in der Schweiz nicht zu bedeutsamen gesetzgeberischen Initiativen Anlass gegeben hat. Vielmehr konnten die einschlägigen Gesetze, soweit notwendig, mittels punktueller Änderungen angepasst werden, was sich damit erklären lässt, dass das Niveau des Immaterialgüterrechts bereits den Anforderungen des Abkommens entsprach.¹⁵⁹ Betont wurde in diesem Zusammenhang auch die "direkte" Anwendbarkeit – quasi zur eventuellen Lückenfüllung - vieler zwingender Bestimmungen des Abkommens.¹⁶⁰ Überhaupt hat die in der GATT-Botschaft erwähnte unmittelbare Anwendbarkeit von Bestimmungen des TRIPs-¹⁶¹ wie auch anderer immaterialgüterrechtlicher Abkommen wie dem EPÜ¹⁶² und dem PCT¹⁶³ in der Schweiz keinen ersichtlichen Widerspruch ausgelöst.¹⁶⁴ Für das TRIPs-Abkommen ist der Grund hierfür wohl darin zu sehen, dass die Bestimmungen dieser Übereinkunft zumeist eine hohe Dichte und einen grossen Detaillierungsgrad aufweisen, die sie für die unmittelbare Anwendung im Sinne der bundesgerichtlichen Rechtsprechung prädestinieren. Nicht weniger bedeutsam ist, dass diese Eigenschaften des TRIPs-Abkommens einer völkerrechtskonformen Auslegung des schweizerischen Rechts in hohem Masse förderlich sind.¹⁶⁵ Als mittlere Handelsnation ist die Schweiz, die ihre Interessen nicht durch Machtargumente durchsetzen kann, ohnedies sehr daran interessiert, dass internationales Recht eine möglichst durchschlagende Geltung erhält. Die Berufung auf ein Abkommen gegenüber einem anderen Staat ist ihr allerdings nur dann widerspruchsfrei möglich, wenn sie selbst dessen inländische Beachtung konsequent durchsetzt.¹⁶⁶

¹⁵⁹ *Cottier/Tran-Thi*, 635. Vgl. zu den erforderlichen Änderungen GATT-Botschaft, 329 ff. sowie *Cottier/Tran-Thi*, 636 ff.

¹⁶⁰ GATT-Botschaft, 329; es ist unklar, ob mit dieser Bezeichnung die unmittelbare Anwendbarkeit gemeint ist. Auf S. 287 der GATT-Botschaft wird von unmittelbar anwendbaren TRIPs-Bestimmungen gesprochen.

¹⁶¹ S. 287 f.

¹⁶² Europäisches Patentübereinkommen, SR 0.232.142.2.

¹⁶³ Vertrag über die internationale Zusammenarbeit auf dem Gebiet des Patentwesens, SR 0.232.141.1.

¹⁶⁴ Vgl. *Stahelin*, TRIPs, 233 ff., zu den hauptsächlich in der deutschen Lehre vertretenen Gegenmeinungen.

¹⁶⁵ *Cottier/Tran-Thi*, 638 f., mit dem Hinweis, dass "[le droit suisse] suit une technique de rédaction plus laconique que celle adoptée pour les dispositions du GATT; en effet, ces dernières ont toujours été influencées par la tradition législative anglo-américaine, marquée par un caractère de réglementation plus détaillé."

¹⁶⁶ Vgl. *Cottier/Nadakavukaren Schefer*, Relationship, 116 f.

2. PRAXIS ZUR VÖLKERRECHTSKONFORMEN AUSLEGUNG DES TRIPS-ABKOMMENS

Im Gegensatz zur unmittelbaren Anwendbarkeit liegen bereits einige Entscheide des Bundesgerichts zur völkerrechtskonformen Auslegung vor. Sie werden nachfolgend in dem Masse dargestellt, als sie für die vorliegende Arbeit von Bedeutung sind.¹⁶⁷

In BGE 122 III 469 ("Chanel") klagten die Markeninhaber, welche ihre Produkte in der Schweiz über ein selektives Vertriebssystem an den Endkunden weitergaben, gegen einen Importeur, der die im Ausland erworbenen Originalmarkenprodukte in der Schweiz unter dem von den Markeninhabern verlangten Preis verkaufte. Das Bundesgericht hatte zu beurteilen, ob es den Markeninhabern gestützt auf ihr Immaterialgüterrecht möglich ist, den Vertrieb von Parallelimporten zu unterbinden. Im Rahmen der systematischen Auslegung von Art. 3 Abs. 1 lit. a i.V.m. Art. 13 MSchG hatte sich das Gericht mit der Argumentation der Kläger auseinanderzusetzen, wonach das TRIPS-Abkommen eine Stärkung der Stellung der Markenrechtsinhaber gebracht habe. Es befand, aus Art. 16 Ziff. 1 TRIPS-Abkommen lasse sich kein systematisches Verbot von Parallelimporten ableiten. Unter Berufung auf den Wortlaut der Bestimmung, welcher die Gefahr von Täuschungen durch Dritte betrifft, hielt das Bundesgericht fest, dass es dem Parallelimporteure auch unter der Herrschaft des TRIPS-Abkommens offen bleibe, den Nachweis des Nichtbestehens einer Täuschungsgefahr zu erbringen.¹⁶⁸

Im sog. Nintendo-Entscheid¹⁶⁹ lag ein gleichgelagerter Sachverhalt wie im Chanel-Fall vor: Die Inhaber des Urheberrechts an einem Videospiel, welches sie über ein selektives Vertriebssystem verkauften, wollten einem Parallelimporteure gestützt auf ihr Recht den Verkauf des Spiels in der Schweiz verbieten. Das Bundesgericht befand, dass sich dem Wortlaut von Art. 12 URG nichts entnehmen lasse, was die Frage nach der Erschöpfung des Verbreitungsrechts des Rechtsinhabers beantwortete. Bei der systemati-

¹⁶⁷ In BGE 124 III 277 ("Nike"), wo der Schutz einer berühmten Marke im Streit stand, argumentierten die Beklagten mit dem in Art. 4 TRIPS verankerten Meistbegünstigungsgrundsatz und verlangten gestützt auf dieses Prinzip die Anwendung eines deutsch-schweizerischen Staatsvertrags von 1892 betreffend den gegenseitigen Patent-, Muster- und Markenschutz. Das Bundesgericht hielt die Berufung auf Art. 4 des TRIPS-Abkommens jedoch nicht für stichhaltig, weil sie die Meistbegünstigung nur für nach dem 1. Juni 1995 in Kraft getretene Verträge vorsieht und es im zu entscheidenden Fall um einen älteren Staatsvertrag ging (Erw. 2c). Neben den zu besprechenden Entscheiden handelt es sich hier um den einzigen anderen Fall, in dem sich das Bundesgericht mit dem TRIPS-Abkommen auseinandergesetzt hat. Allerdings konnte es sich damit begnügen, die aufgeworfenen Fragen über die Koordination der völkerrechtlichen Verträge zu lösen, weshalb auf dieses Urteil im vorliegenden Zusammenhang nicht weiter eingetreten wird.

¹⁶⁸ BGE 122 III 469, 480, Erw. 5g/bb.

¹⁶⁹ BGE 124 III 321.

schen Auslegung dieser Bestimmung berücksichtigte das Gericht Art. 6 des TRIPs-Abkommens und nahm zur Kenntnis, dass angesichts der unüberbrückbaren Gegensätze in den Abkommensverhandlungen die Frage der Erschöpfung bewusst ausgelassen worden war. Auf eine allgemeine Einführung der internationalen Erschöpfung sei verzichtet worden; immerhin bleibe es den Vertragsstaaten unbenommen, sie zu praktizieren.¹⁷⁰

In BGE 126 III 129 ("Kodak") hatte das Bundesgericht zu entscheiden, ob im Bereich des Patentrechts die nationale oder internationale Erschöpfung gelten solle. Die Inhaberin eines Europäischen Patents für Farbnegativfilme klagte gegen einen Importeur, der aus Grossbritannien - wo das Europäische Patent der Klägerin ebenfalls galt - Farbfilme eingeführt hatte, auf Unterlassung. Das Bundesgericht bezog sich bei der Auslegung von Art. 8 Abs. 2 PatG ein erstes Mal auf das TRIPs-Abkommen. Dabei stellte es fest, dass der Tatbestand der Einfuhr als dem Patentinhaber vorbehaltene Benutzung im Rahmen der Anpassung des Patentgesetzes an das TRIPs-Abkommen eingefügt worden sei. Die geltende Rechtslage habe sich durch diese redaktionelle Anpassung aber nicht geändert, und es lasse sich aus dieser Bestimmung keine Schlussfolgerung auf die Erschöpfung des Patentrechts ziehen.¹⁷¹ In einem weiteren Schritt lehnte das Bundesgericht die Lehrmeinung ab, mit dem materiellen Schutz der Einfuhr habe das TRIPs-Abkommen die nationale Erschöpfung vorgegeben. Art. 28 des TRIPs-Abkommens schreibe allein vor, den Import von Produkten zu sanktionieren, die das Patent verletzen. Die Erschöpfung werde nicht in Art. 28 geregelt, sondern in Art. 6 des TRIPs-Abkommens ausdrücklich dem nationalen Recht vorbehalten.¹⁷²

Es fällt zusammenfassend auf, dass das Bundesgericht bei keinem dieser Entschiede seine Vorgehensweise explizit als völkerrechtskonforme Auslegung bezeichnet hat. Der Grund hierfür mag darin liegen, dass in keinem Fall das TRIPs-Abkommen in ausschlaggebender Weise den Entscheid zu beeinflussen vermochte, sondern nur als einer von mehreren Auslegungsfaktoren figurierte. Auch die zu regelnde Materie, welche jeweils die Zulässigkeit von Paralellimporten und die Lückenfüllung betraf, war wohl eher wenig geeignet, dem TRIPs-Abkommen eine entscheidrelevante Bedeutung zu verleihen. Dennoch zeigen die Urteile des Bundesgerichts eine hohe Akzeptanz des Abkommens. Die Bestimmungen des Abkommens werden im Hinblick auf ihre Bedeutung

¹⁷⁰ BGE 124 III 321, 330 f., Erw. 2f.

¹⁷¹ BGE 126 III 129, 133, Erw. 2a.

¹⁷² BGE 126 III 129, 137 f., Erw. 3b.

für die Auslegung des nationalen Rechts in sachlicher Weise analysiert. Die Zeit der pauschalen GATT-Ablehnung, wie sie noch in BGE 112 Ib 183 zum Ausdruck kam, scheint, jedenfalls was die Praxis des Bundesgerichts betrifft, der Vergangenheit anzugehören. Insofern kann gesagt werden, dass auf die Anrufung des TRIPs-Abkommens zur Auslegung einer immaterialgüterrechtlichen Norm des Schweizer Rechts, soweit ein sachlicher Zusammenhang zur Entscheidungsfindung besteht, eingetreten wird und eine ernsthafte Auseinandersetzung mit den angeführten Argumenten erfolgt.

C. *In der EG*

1. PRAXIS ZUR UNMITTELBAREN ANWENDBARKEIT DES TRIPs-ABKOMMENS

Auch in der EG liegen bislang keine Urteile zur unmittelbaren Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens vor. Im *Hermès*-Entscheid aus dem Jahre 1998¹⁷³ war zwar an sich die unmittelbare Anwendbarkeit Gegenstand der Vorlagefrage und der Schlussanträge des Generalanwalts. Der EuGH löste das Problem indessen über eine völkerrechtskonforme Auslegung und konnte so darauf verzichten, sich zur unmittelbaren Anwendbarkeit zu äussern. Interessanterweise bejahte Generalanwalt Tesauo in seinen Schlussanträgen grundsätzlich die mögliche unmittelbare Anwendbarkeit von TRIPs-Bestimmungen, da sich die WTO-Abkommen vom GATT 1947 hinreichend unterschieden.¹⁷⁴ Bedenken äusserte er hingegen in Bezug auf die von den anderen grossen Handelspartnern, insbesondere den USA, Kanada und Japan nicht gewährte Gegenseitigkeit.¹⁷⁵ Immerhin hat damit die bisherige Rechtsprechung auch von Seiten der Generalanwaltschaft eine Distanzierung erfahren.

Angesichts des *Portugal*-Entscheids¹⁷⁶ und der darin zum Ausdruck kommenden real- bzw. handelspolitischen Sichtweise des Gerichtshofs hinsichtlich des WTO-Abkommens erscheint es eher unwahrscheinlich, dass sich der EuGH zur unmittelbaren Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens bekennen wird. Gegen eine enge verstandene

¹⁷³ Rs. C-53/96, *Hermès International / FHT Marketing Choice BV*, Slg. 1998, I-3603.

¹⁷⁴ A.a.O., I-3628, mit Hinweisen auf die ablehnenden Stellungnahmen von Generalanwalt Cosmas in der Rs. C-183/95, *Affish BV / Rijksdienst voor de Keuring van Vee en Vlees*, Slg. 1997, I-4315, sowie von Generalanwalt Elmer in den verb. Rs. C-364/95 und C-365/95, *T Port GmbH & Co. / Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Slg. 1998, I-1023. Eine Zusammenfassung dieser Urteile findet sich bei *Zonnekeyn, Hermès*, 505 f.

¹⁷⁵ *Hermès*, a.a.O., I-3629 ff.

Reziprozitätsdoktrin lassen sich aber im Kontext des TRIPs-Abkommens verschiedene Einwände anführen.

Vorweg ist zu bemerken, dass der EuGH auch schon bei fehlender Reziprozität die unmittelbare Anwendbarkeit bejaht hat, so dass nicht von einem völlig präzedenzlosen Vorgehen gesprochen werden könnte.¹⁷⁷ Das Reziprozitätsargument kann auch deshalb nicht ohne weiteres auf das TRIPs-Abkommen übertragen werden, weil die Möglichkeit der Aussetzung von Zugeständnissen bei dieser Rechtsmaterie problematisch wäre, da sich schwierige enteignungsrechtliche Fragen stellen würden.¹⁷⁸

Grundsätzlich kann gesagt werden, dass das Hauptziel der Gemeinschaft die einheitliche Anwendung des TRIPs-Abkommens sein muss. Denn gegen aussen ist die Gemeinschaft, wie dies auch der Rechtsprechung des EuGH entnommen werden kann, unabhängig von der internen Kompetenzlage verpflichtet, das Abkommen zu erfüllen.¹⁷⁹ Abkommen der Gemeinschaft werden gemäss dieser Rechtsprechung "integrierender Bestandteil des Gemeinschaftsrechts".¹⁸⁰ Eine uneinheitliche Rechtsanwendung durch die Mitgliedstaaten könnte demgegenüber einer Nicht- oder Schlechterfüllung des Abkommens entsprechen und nach Durchführung von WTO-Streitschlichtungsverfahren Ausgleichsmassnahmen anderer Vertragsparteien gegen die Gemeinschaft zur Folge haben. Gemeinschaftsintern begünstigt die uneinheitliche TRIPs-Umsetzung durch die Mitgliedstaaten sodann die Entstehung nichttarifärer Handelshemmnisse und Wettbewerbsverzerrungen im grenzüberschreitenden Handel.¹⁸¹ Da die Mitgliedstaaten

¹⁷⁶ Vgl. vorne S. 17 f.

¹⁷⁷ Rs. 87/75, *Conceria Daniele Bresciani / Amministrazione delle Finanze dello Stato*, Slg. 1975, 129; Rz. 22 f.; Rs. 104/81, *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie. KG*, Slg. 1982, 3641, Rz. 18; Rs. C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato / Chiquita Italia SpA*, Slg. 1995, I-4533. Es mag allerdings offen bleiben, ob die Umstände dieser Entscheide sich mit denjenigen des TRIPs-Abkommens vergleichen lassen; siehe auch vorne S. 15f., sowie die Ausführungen von Generalanwalt Tesouro, zitiert in der vorstehenden Fussnote.

¹⁷⁸ *Abbott*, Dispute, 432 f.; *Einhorn*, 1098; siehe auch vorne, FN 126.

¹⁷⁹ Rs. 104/81, *Hauptzollamt Mainz / C. A. Kupferberg & Cie. KG*, Slg. 1982, 3641, Rz. 13: "Indem die Mitgliedstaaten dafür sorgen, dass die Verpflichtungen aus einem von den Gemeinschaftsorganen geschlossenen Abkommen eingehalten werden, erfüllen sie eine Pflicht, die nicht nur dem betroffenen Drittland, sondern auch und vor allem der Gemeinschaft gegenüber besteht, die die Verantwortung für die ordnungsgemässe Durchführung des Abkommens übernommen hat." Vgl. auch Art. 10 EGV.

¹⁸⁰ *Kupferberg*, a.a.O., Rz. 13.

¹⁸¹ In Grossbritannien wurde die unmittelbare Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens verneint, siehe GRUR Int. 1997, 1010 ff., Urteil des englischen High Court (Queen's Bench Division und Chancery Division/Patents Court) vom 20. Dezember 1996, 1. *The Queen v. Comptroller of Patents, Design and Trade Marks ex parte Lenzing AG*, 2. *Lenzing AG v. Courtaulds Fibres (Holdings) Ltd., Courtaulds plc, Courtaulds Fibres Ltd.* Vgl. zu diesem Urteil auch *Cottier*, Impact, 121 f., und *Cook, passim*. In Deutschland dagegen wurde die unmittelbare Anwendbarkeit bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen bejaht, BT-Drucksache 12/7655, 344 f. Als geeignet für die unmittelbare Anwendbarkeit be-

Hemmungen haben dürften, das WTO-Streitschlichtungsverfahren gegeneinander anzurufen, wäre der Abbau dieser Marktverzerrungen zumindest fraglich.¹⁸² Um die einheitliche Anwendung des TRIPs-Abkommens zu erreichen, können zwei Wege begangen werden: Die vollständige Harmonisierung des Immaterialgüterrechts oder die unmittelbare Anwendung der TRIPs-Bestimmungen.¹⁸³

Die erste Variante ist wegen der vom EuGH im Gutachten 1/94 festgestellten, jedoch keine konkrete Abgrenzung vornehmenden Kompetenzaufteilung zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft problematisch.¹⁸⁴ Allerdings ist eine fortschreitende Harmonisierung des Immaterialgüterrechts in der Gemeinschaft festzustellen, weshalb in gewissen Bereichen des geistigen Eigentums heute eine Gemeinschaftskompetenz angenommen wird.¹⁸⁵ Ob diese Entwicklung alleine ausreicht, um die Autorität des Gutachtens 1/94 umzustossen, ist fraglich, obwohl gestützt auf die frühere Praxis des Gerichtshofs zu den Aussenkompetenzen¹⁸⁶ angenommen werden könnte, dass bereits die Harmonisierung eines Teilbereichs eine Zuständigkeitsverschiebung bei den Aussenkompetenzen zu Gunsten der Gemeinschaft bewirken kann.¹⁸⁷ Selbst wenn eine solche fortschreitende Kompetenzverschiebung vom Gerichtshof anerkannt würde, wäre sie indessen bei jeder TRIPs-Frage umstritten und müsste – voraussehbarerweise gegen den Widerstand der Mitgliedstaaten – für jeden Fall neu abgeklärt werden. Im *Hermès*-Entscheid, wo es um die Überprüfung holländischer Vorschriften des Prozessrechts ging, bestritten denn auch die Mitgliedstaaten die Zuständigkeit des Gerichtshofs. Dieser wies zuerst darauf hin, dass die jeweiligen Verpflichtungen aus dem WTO-Übereinkommen gegenüber den anderen Vertragsstaaten nicht zwischen den Mitgliedstaaten und der Gemeinschaft aufgeteilt worden seien.¹⁸⁸ Zur Begründung seiner Zuständigkeit bezog er sich auf die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke, welche Be-

urteilt wurden insbesondere die Inländerbehandlung, die Meistbegünstigung sowie die als absolut formulierten Rechte der Schutzrechtsinhaber. Abgelehnt wurde sie hingegen für Teil III des TRIPs-Abkommens (a.a.O., 347).

¹⁸² *Einhorn*, 1098. Art. 292 EGV verpflichtet die Mitgliedstaaten, Streitigkeiten über die Auslegung und Anwendung des Vertrages nicht anders als gemäss Vertrag zu regeln.

¹⁸³ Die völkerrechtskonforme Auslegung ist diesbezüglich wegen ihrem vermittelndem Ansatz von untergeordneter Bedeutung, da sie bei pathologischen Fällen – klarer Konflikt von Völkerrecht und nationalem Recht – keine Lösungen bietet.

¹⁸⁴ *Bourgeois*, Echternach, 787, geht davon aus, dass die fehlende klare Kompetenzausscheidung zu endlosen Diskussionen zwischen Mitgliedstaaten und Gemeinschaft führen wird.

¹⁸⁵ *Woolridge*, 129 f.; *Miller*, 609.

¹⁸⁶ Rs. 22/70, *Kommission / Rat (AETR)*, Slg. 1971, 263; Verb. Rs. 3, 4 und 6/76, *Cornelis Kramer und andere*, Slg. 1976, 1279.

¹⁸⁷ In diesem Sinne auch *Drexl*, 781 ff.; *Miller*, 607; *Bourgeois*, Echternach, 781 f., sieht demgegenüber im Gutachten 1/94 einen Rücknahme der *AETR*-Doktrin.

stimmungen enthielt, die die gleiche Rechtsmaterie wie die einschlägigen TRIPs-Bestimmungen regelten und schon vor der Unterzeichnung des WTO-Übereinkommens in Kraft stand.¹⁸⁹ Da Art. 50 des TRIPs-Abkommens sowohl auf dem innerstaatlichen Recht unterliegende als auch auf dem Gemeinschaftsrecht unterliegende Sachverhalte anwendbar sei, bestehe ein klares Interesse der Gemeinschaft an der einheitlichen Auslegung dieser Bestimmung.¹⁹⁰ Auch wenn der EuGH nicht ausdrücklich zur Kompetenzfrage Stellung bezog, scheint für ihn im Sinne der obigen Ausführungen doch das Vorhandensein einer (älteren) Gemeinschaftsregelung ausschlaggebend gewesen zu sein. Ob die Begründung im *Hermès*-Entscheid bedeutet, dass der Gerichtshof seine Zuständigkeit für jeden TRIPs-Fall einzeln abzuklären gedenkt, kann mangels weiterer praktischer Anwendungsfälle allerdings nicht gesagt werden. Immerhin besteht insofern Hoffnung auf eine klarere Äusserung des Gerichts, als in den anstehenden TRIPs-Rechtssachen dessen Zuständigkeit erneut umstritten ist.¹⁹¹ Dem Urteil ist weiter zu entnehmen, dass der Gerichtshof die einheitliche Anwendung als wichtiges Argument zur Begründung seiner Zuständigkeit betrachtet, wobei aber unklar bleibt, ob in zukünftigen Fällen schon allein diese Tatsache zur Bejahung der Zuständigkeit führen könnte.¹⁹² Was die einheitliche Anwendung des TRIPs-Abkommens durch Rechtsharmonisierung angeht kann somit zusammenfassend festgestellt werden, dass zwar eine zunehmende Vereinheitlichung dieser Rechtsmaterie erfolgt, aber deren Auswirkungen aufgrund ihrer Unvollständigkeit und der noch nicht gefestigten Praxis des EuGH schwierig überschaubar sind.

Die einheitliche Anwendung durch Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit würde so erfolgen, dass die Mitgliedstaaten über die Rechtsprechung ihrer Gerichte und letztendlich des EuGH ihre nationalen Bestimmungen dem TRIPs-Regime anpassen müssten. Gegen dieses Vorgehen sprechen die eingangs aufgeführten institutionellen Gründe,¹⁹³ wobei diese aufgrund der besonderen Rechtsmaterie und der dadurch problematischen Aussetzung von Zugeständnissen nicht mit der gleichen Intensität zutref-

¹⁸⁸ Rs. C-53/96, *Hermès International / FHT Marketing Choice BV*, Slg. 1998, I-3603, Rz. 24.

¹⁸⁹ A.a.O., Rz. 25, 27 f.

¹⁹⁰ A.a.O., Rz. 32.

¹⁹¹ *Zonnekeyn*, *Hermès*, 496, nennt zwei Fälle, die das Problem erneut thematisieren: Rs. C-300/98, *Parfums Christian Dior SA / Tuk Consultancy BV*, und Rs. C-392/98, *Assco Gerüste GmbH und andere / Wilhelm Layher GmbH & Co. und andere*. Diese Streitfälle sind zwischenzeitlich verbunden worden, vgl. die Schlussanträge von Generalanwalt Cosmas, zitiert in FN 71.

¹⁹² Im Gutachten 1/94, Slg. 1994, I-5267, Rz. 108, wies der Gerichtshof auf die Pflicht zur engen Zusammenarbeit bei der Durchführung von gemischten Abkommen hin, die sich aus der Notwendigkeit ergibt, eine geschlossene völkerrechtliche Vertretung der Gemeinschaft zu bewirken.

fen. Eine Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit hätte neben der gemeinschaftsweiten uneinheitlichen Anwendung des TRIPs-Abkommens in denjenigen Mitgliedstaaten, die der PVÜ und der RBÜ diese potentielle Eigenschaft schon immer zuerkannten, die paradoxe Situation zur Folge, dass sie dies nur noch im Bereich derjenigen Bestimmungen tun könnten, die nicht gemäss den Art. 2 Abs. 1 und 9 Abs. 1 in das TRIPs-Abkommen einbezogen wurden. Bestimmungen, die nicht durch reziprozitätsbezogene Verhandlungen zustande gekommen sind, würde somit die unmittelbare Anwendbarkeit letztlich aus Gegenseitigkeitsbedenken entzogen. Zwar würde diese Auswirkung keine Abkommensverletzung der betroffenen Mitgliedstaaten bedeuten, aber es wäre doch ein bedauerlicher Rückschritt festzustellen. Insbesondere in Deutschland, wo der Bundesgerichtshof in Zivilsachen die unmittelbare Anwendbarkeit von PVÜ¹⁹⁴ und RBÜ¹⁹⁵ bejaht hat, das Maastricht-Urteil des Verfassungsgerichts gewisse Vorbehalte zur europäischen Integration erkennen lässt¹⁹⁶ und der Streit um die gemeinschaftliche Bananenmarktordnung die Gemüter weiterhin erhitzt¹⁹⁷, könnte eine solche Entscheidung auf Akzeptanzprobleme treffen. Dies hätte wiederum negative Auswirkungen auf den Integrationsprozess, was keineswegs im Sinn des EuGH sein kann. Der Gerichtshof befindet sich mitunter in der Zwickmühle: Bejaht er die unmittelbare Anwendbarkeit, so setzt er sich dem Vorwurf aus, er verschenke ohne Gegenleistung Handelskonzessionen; verneint er sie, so lädt er die Kritik auf Öffnung bedachter Mitgliedstaaten und provoziert im schlimmsten Fall sogar eine abweichende nationale Rechtsprechung.

Vor diese Alternativen gestellt wird es der EuGH meines Erachtens vermeiden, sich auf die Beantwortung der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens festzulegen. Das Ziel dessen einheitlicher Anwendung lässt sich letztlich auch erreichen, indem konsequent die Zuständigkeit des Gerichtshofs bejaht und soweit wie möglich eine völkerrechtskonforme Auslegung des nationalen bzw. des Gemeinschaftsrechts betrieben wird.¹⁹⁸ Dagegen lässt sich natürlich einwenden, diese pragmatischen Vorgehensweise stehe im Konflikt mit dem Gebot der Rechtssicherheit; dasselbe gälte aber auch bei der unmittelbaren Anwendbarkeit und könnte wohl nur mit einer

¹⁹³ Vorne S. 8 f.

¹⁹⁴ BGHZ 71, 159 f.

¹⁹⁵ BGH, BGHZ 11, 135 ff.

¹⁹⁶ Vgl. *Streinz*, 68 ff.

¹⁹⁷ Vgl. hierzu die anschauliche Auseinandersetzung zwischen *Petersmann* und *Sack*, *EuZW* 1997, 325 ff.; 650 ff.; 688.

¹⁹⁸ So im Ergebnis auch *Zonnekeyn*, *Hermès*, 508.

umfassenden, derzeit aber nicht beabsichtigten Rechtsharmonisierung vermieden werden.

2. PRAXIS ZUR VÖLKERRECHTSKONFORMEN AUSLEGUNG DES TRIPS-ABKOMMENS

Der EuGH hat sich, wie bereits erwähnt, erst einmal mit dem TRIPS-Abkommen befassen müssen. Obwohl die Vorlagefrage des holländischen Gerichts die Auslegung des TRIPS-Abkommens betraf und damit die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit nicht ausdrücklich angeschnitten wurde, befasste sich der Generalanwalt doch sehr eingehend mit diesem Gesichtspunkt.¹⁹⁹ Der Gerichtshof verneinte, über die unmittelbare Anwendbarkeit entscheiden zu müssen.²⁰⁰ Er untersuchte vielmehr die holländische Prozessrechtsnorm auf ihre Übereinstimmung mit Art. 50 Abs. 1 des TRIPS-Abkommens und stellte fest, dass sie den Anforderungen des internationalen Rechts genüge.²⁰¹ Der *Hermès*-Fall und seine Lösung entspricht zwar nicht dem Idealbild der völkerrechtskonformen Auslegung, die zumeist eine Lücke des nationalen Rechts oder einen Konflikt des nationalen Rechts mit einer völkerrechtlichen Bestimmung als Ausgangspunkt hat. Dies mag mit der Art, in der die Vorlagefrage gestellt wurde, zusammenhängen. Andererseits hätte der Gerichtshof, wenn er zum Ergebnis gelangt wäre, dass die holländische Bestimmung nicht mit dem TRIPS-Abkommen vereinbar sei, eine Stellungnahme zur unmittelbaren Anwendbarkeit abgeben müssen. Die nicht ganz einfach nachvollziehbare Begründung mag das Resultat des Wunsches sein, ein solches Resultat der Auslegung zu vermeiden.²⁰² Aus dem *Hermès*-Entscheid ergeht jedoch mit aller Klarheit, dass das Prinzip der völkerrechtskonformen Auslegung in Bezug auf das TRIPS-Abkommen dem EuGH eine bedeutsame Alternative bietet, um die mit der unmittelbaren Anwendbarkeit verbundenen Konflikte zu vermeiden. Dementsprechend darf angenommen werden, dass dem *Hermès*-Verfahren noch weitere nachfolgen dürften, die mittels völkerrechtskonformer Auslegung gelöst werden.

¹⁹⁹ Rs. C-53/96, *Hermès International / FHT Marketing Choice BV*, Slg. 1998, I-3603, 3621 ff.

²⁰⁰ A.a.O., Rz. 35.

²⁰¹ A.a.O., Rz. 36 ff.

²⁰² *Eeckhout*, Case Note, 565 f., kritisiert bezüglich der Rs. C-61/94, *Kommission / Deutschland*, Slg. 1996, I-3989, dass "the Court appears to be stretching the requirement of consistent interpretation for reasons related to the lack of direct effect".

D. Entscheidungen des Dispute Settlement Body zum TRIPs-Abkommen

Wie bereits ausgeführt²⁰³ kommt den Entscheidungen des DSB (bzw. der Panels und des Appellate Body) eine bedeutende Rolle in Bezug auf die Auslegung des Abkommens, und, damit verbunden, auf die nationale Gerichtspraxis zu. Es sollen deshalb im Folgenden die Entscheidungen zum TRIPs-Abkommen wiedergegeben werden, die diesbezüglich interessante Erwägungen enthalten.²⁰⁴

1. INDIA - PATENT PROTECTION²⁰⁵

In diesem Verfahren ging es um die übergangsrechtlichen Bestimmungen des TRIPs-Abkommens. In Art. 70 Abs. 8 lit. a wird Mitgliedstaaten, die keinen Patentschutz für pharmazeutische und agrochemische Erzeugnisse kannten, vorgeschrieben, ab 1. Januar 1995 des WTO-Abkommens eine Möglichkeit für die Einreichung von Erfindungsanmeldungen vorzusehen. Dies war deshalb notwendig, weil lit. b und c des gleichen Absatzes diese Staaten dazu anhält, nach Ablauf der Übergangsfrist (*in casu* per 1. Januar 2005) die eingereichten Anmeldungen zu prüfen und ihnen, soweit die Kriterien der Patentierbarkeit erfüllt sind, Schutz zu gewähren. Dieses System für sog. "mailbox applications" sollte der Erhaltung der Neuheit bzw. Priorität der eingereichten Anmeldungen dienen. Ausserdem wurde bemängelt, dass Indien seiner in Art. 63 TRIPs-Abkommen festgehaltene Transparenzpflicht nicht nachgekommen war.

Das Panel kam zum Schluss, dass Indien per 1. Januar 1995 kein "mailbox"-System eingerichtet hatte. Es anerkannte zwar die Freiheit Indiens, gemäss Art. 1 Abs. 1 TRIPs-Abkommen die geeignete Methode für die Umsetzung des Abkommens zu bestimmen, stellte aber fest, dass die indische Gesetzgebung noch immer die Entgegennahme von

²⁰³ Vorne S. 22 ff.

²⁰⁴ Es wird im Folgenden nur auf die per Ende Oktober 2000 rechtskräftig entschiedenen Streitsachen eingegangen. Eine Übersicht über hängige Verfahren findet sich bei Staehelin, TRIPs, 202 ff., sowie Gervais, 510 ff., der auch das Resultat der Seattle-Runde aus der Sicht des TRIPs-Abkommens analysiert. Eine laufend nachgeführte Liste sämtlicher Streitbelegungsverfahren und deren gegenwärtiger Stand findet sich auf der Website der WTO unter http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_e.htm.

²⁰⁵ *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS50/R, 5. September 1997 (Panel) und WT/DS50/AB/R, 19. Dezember 1997 (Appellate Body); Bericht des Appellate Body vom Dispute Settlement Body am 16. Januar 1998 angenommen. Es ist anzumerken, dass die EG wegen der gleichen Streitpunkte ein Verfahren gegen Indien anstrebte, welches ein identisches Resultat zeitigte, aber nicht weitergezogen wurde: *India – Patent Protection for Pharmaceutical and Agricultural Chemical Products*, WT/DS79/R, 24. August 1998 (angenommen vom Dispute Settlement Body am 2. September 1998). Eine Analyse des Verfahrens und dessen möglichen Auswirkungen findet sich bei Reichman, Compliance, *passim*, und Dörmer, 925 ff.

Patentgesuchen verbot, welche pharmazeutische und agrochemische Erzeugnisse zum Gegenstand hatten. Eine Verordnung aus dem Jahre 1994, die zur Herstellung der TRIPs-Konformität erlassen worden war, war zwischenzeitlich aus verfassungsrechtlichen Gründen dahingefallen. Die Behauptung Indiens, es bestehe eine gerichtlich sanktionierte Praxis der Verwaltung, solche Gesuche entgegenzunehmen, wurde zurückgewiesen, weil nicht hinreichend dargetan war, dass sich die indischen Gerichte gegen den zwingenden Wortlaut des Gesetzes entscheiden würden. Das Panel wies ausserdem daraufhin, dass das gegenwärtige System der Verwaltungspraxis nicht publik gemacht worden sei. Die Rechtslage sei zusammenfassend derart unsicher, dass nicht von einer Umsetzung von Art. 70 Abs. 8 TRIPs-Abkommen gesprochen werden könne. Schliesslich stellte das Panel fest, dass Indien auch seinen Publikationspflichten gemäss Art. 63 TRIPs-Abkommen nicht genügt hatte.

Der Appellate Body wies den Einspruch Indiens gegen dieses Urteil im Wesentlichen ab. Für die vorliegende Arbeit ist insbesondere der Einwand Indiens von Interesse, wonach das Panel fälschlicherweise die Ermittlung des anwendbaren indischen Rechts nicht dem Beweisrecht unterstellt, sondern als Rechtsfrage behandelt habe. Das Panel hätte sich ausserdem in Bezug auf die Interpretation des indischen Rechts von Indien beraten lassen müssen. Der Appellate Body lehnte diese Argumentation unter Hinweis auf die Rechtsprechung des Ständigen Internationalen Gerichtshofs ab. Die Untersuchung des indischen Rechts sei notwendig, um herauszufinden, ob Indien seinen Verpflichtungen nachgekommen sei. Das Panel sei nicht weiter gegangen und habe insbesondere nicht das indische Recht interpretiert. Es könne offensichtlich nicht so sein, dass nur Indien sein eigenes Recht in Bezug auf die Erfüllung seiner internationaler Verpflichtungen untersuchen dürfe.

3. INDONESIA – AUTOMOBILE INDUSTRY²⁰⁶

Indonesien hatte ein "Nationales Kraftfahrzeugprogramm" eingeführt, dessen Bestimmungen von den klagenden Vertragsstaaten als Verletzung des GATT 1994, TRIMs-²⁰⁷, SCM-²⁰⁸ und TRIPs-Abkommens aufgefasst wurden. Die beanstandeten Massnahmen sahen im Wesentlichen Steuervorteile zugunsten indonesischer Auto- und

²⁰⁶ *Indonesia – Certain Measures Affecting the Automobile Industry*, WT/DS54, 55, 59, 64/R, 2. Juli 1998, vom Dispute Settlement Body angenommen am 23. Juli 1998.

²⁰⁷ Übereinkommen über handelsbezogene Investitionsmassnahmen, Anhang 1A des WTO-Abkommens.

Ersatzteilhersteller vor; das Panel empfahl Indonesien, wegen Verstössen gegen die vorstehend genannten Abkommen seine Gesetzgebung anzupassen. Die im Hinblick auf das TRIPs-Abkommen strittige Regelung sah vor, dass Handelsmarken, die für ein "nationales Fahrzeug" verwendet werden sollten, von einer indonesischen Gesellschaft erworben werden mussten; dabei war es unbedeutend, ob es sich bei der Gesellschaft um ein Joint-venture oder eine völlig indonesisch beherrschte Gesellschaft handelte.

Das Panel wies die klägerische Argumentation, der zwingende Erwerb der Marke stelle eine Verletzung des Prinzips der Inländerbehandlung gemäss Art. 3 TRIPs-Abkommen dar, ab, weil es den Sachverhalt als nicht erwiesen betrachtete. Zudem stehe es ausländischen Unternehmen weiterhin frei, Marken zu erwerben. Auch die Behauptung der Kläger, die indonesische Regelung komme einem Verwendungsverbot für ausländische Fahrzeugmarken gleich und könne zu einem Verfall ihres Markenrechts wegen Nichtbenutzung führen, wurde vom Panel aus Beweisgründen abgelehnt. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, die ausländischen Gesellschaften würden freiwillig und in Kenntnis der Umstände am nationalen Kraftfahrzeugprogramm Indonesiens teilnehmen. Schliesslich verneinte das Panel auch eine Beeinträchtigung der Aufrechterhaltung der Marke. Eine durch besondere Erfordernisse ungerechtfertigte Erschwernis der Markenbenutzung gemäss Art. 20 TRIPs-Abkommen wurde vom Panel aus den gleichen Gründen abgelehnt.

Dieser Entscheid erfuhr eine gewisse Kritik, weil er in Anbetracht der zu beurteilenden Sachverhalte innert relativ kurzer Zeit gefällt wurde, was sich – zumindest im TRIPs-Bereich – in einer relativ gedrängten, stark auf Beweisfragen abstellenden Argumentation äussert.²⁰⁹

3. CANADA – PATENT PROTECTION OF PHARMACEUTICAL PRODUCTS²¹⁰

In diesem Fall ging es um zwei Bestimmungen des kanadischen Patentrechts, welche die Entwicklung ("regulatory review exception", Art. 55.2 Abs. 1 Patent Act) und Lagerung ("stockpiling exception", Art. 55.2 Abs. 2 Patent Act) von Generika noch

²⁰⁸ Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, Anhang 1A des WTO-Abkommens.

²⁰⁹ Dörmer, 919.

²¹⁰ *Canada – Patent Protection of Pharmaceutical Products*, WT/DS114/R, 17. März 2000, vom Dispute Settlement Body angenommen am 7. April 2000.

während der Laufzeit des Patentschutzes erlaubten. Kanada anerkannte, dass es eine Verletzung der in Art. 28 Abs. 1 TRIPs-Abkommen garantierten Rechte aus dem Patent darstellen würde, wenn die Ausnahmen sich nicht unter Art. 30 TRIPs-Abkommen rechtfertigen liessen.

Das Panel lehnte eine Rechtfertigung ab, weil die kanadische Lagerungsausnahme nicht hinreichend "begrenzt" im Sinne von Art. 30 war. Vielmehr erlaube das kanadische Recht ohne jegliche quantitative Einschränkung, das patentierte Produkt während der letzten sechs Monate der Schutzdauer herzustellen und zu benutzen. Damit würden die Rechte des Patentinhabers in einem Masse eingeschränkt, welches nicht mehr als begrenzt gelten könne.

In Bezug auf die Ausnahme für die Behördenprüfung anerkannte das Panel dagegen die Begrenztheit der Ausnahme. Solange die Ausnahme beschränkt bleibe auf die Handlungen, die nötig seien, um den Anforderungen des Prüfungsverfahrens nachzukommen, könne angenommen werden, dass die Auswirkungen auf die Rechte des Patentinhabers gering und eng begrenzt blieben. Das Panel vertrat sodann die Ansicht, die normale Verwertung des Patents und die berechtigten Interessen des Patentinhabers würden durch die Zulassung der kanadischen Ausnahmeregelung nicht unangemessen beeinträchtigt. Die kanadische "regulatory review exception" genüge somit den Kriterien von Art. 30 TRIPs-Abkommen.

Den weiterend Einwand, das Nichtdiskriminierungsgebot von Art. 27 Abs. 1 TRIPs-Abkommen sei verletzt, weil die kanadische Norm nach technischem Gebiet Unterscheidungen treffe, wies das Panel zurück. Es vertrat zwar die Auffassung, dass Art. 27 Abs. 1 auch auf Art. 30 TRIPs-Abkommen zur Anwendung gelange und daher Ausnahmen mit diskriminierender Wirkung verboten seien. Mangels hinreichender Beweise erachtete es aber eine Diskriminierung für nicht nachgewiesen. Gegen diesen Entscheid wurde kein Einspruch erhoben. Ein Schiedsrichter gestand gemäss Art. 21 Abs. 3 lit. c DSU Kanada eine sechsmonatige Umsetzungsfrist zu.²¹¹

²¹¹ WT/DS114/13, 18. August 2000.

4. CANADA – TERM OF PATENT PROTECTION²¹²

Dieser Streitfall hatte die Frage zum Gegenstand, ob die kanadische Patentgesetzgebung sämtlichen Erfindungen eine TRIPs-konforme Schutzdauer von 20 Jahren seit der Einreichung gewährte. Die strittige kanadische Norm gestand Erfindungen, die vor dem 1. Oktober 1989 eingereicht worden waren, eine Schutzdauer von 17 Jahren zu. Kanada berief sich auf Art. 70 Abs. 1 TRIPs-Abkommen und argumentierte u.a., dass gemäss dieser Bestimmung Handlungen vor dem Inkrafttreten des TRIPs-Abkommens – für Kanada der 1. Januar 1996 - nicht erfasst würden. Der Begriff der Handlung umfasse auch Patentanmeldungen und –erteilungen.

Das Panel klärte vorerst das Verhältnis von Art. 70 Abs. 1 und 2 TRIPs-Abkommen zueinander und gelangte zum Ergebnis, dass Art. 70 Abs. 1 nur abgeschlossene Sachverhalte betreffe. Auf zeitlich offene Dauersachverhalte sei dagegen Art. 70 Abs. 2 TRIPs-Abkommen anzuwenden, wonach "Gegenstände, die am Tag der Anwendung des Abkommens durch das betreffende Mitglied ... geschützt sind", Verpflichtungen des betreffenden Mitgliedstaats begründen. Bei Erfindungen handle es sich um geschützte Gegenstände im Sinne dieser Bestimmung, wie u.a. Art. 27 Abs. 1 TRIPs-Abkommen entnommen werden könne. Es sei für die Verpflichtungswirkung von Art. 70 Abs. 2 TRIPs-Abkommen unbedeutend, wann die Erteilung des Patents stattgefunden habe; relevant sei einzig, dass die Schutzdauer dieser altrechtlichen Patente beim Inkrafttreten des TRIPs-Abkommens noch nicht abgelaufen gewesen sei. Das Panel sah keinen Grund, Art. 33 TRIPs-Abkommen die Geltung zu versagen und stellte fest, dass Kanada altrechtlichen Patenten die TRIPs-Schutzdauer von mindestens 20 Jahren nicht gewährt hatte. Der Appellate Body wies den Einspruch Kanadas in allen Punkten ab.²¹³

5. UNITED STATES – COPYRIGHT ACT²¹⁴

Das Urheberrecht der USA liess unter bestimmten Umständen Ausnahmen vom Ausschliesslichkeitsrecht des Urhebers zu. Im Wesentlichen war die Übertragung von Radiomusik in öffentlichen Lokalen entschädigungslos zulässig, solange die Lokalgrösse eine gewisse Mindestfläche nicht überschritt. Eine Überschreitung der Flächenvor-

²¹² *Canada – Term of Patent Protection*, WT/DS WT/DS170/R, 5. Mai 2000 (Panel).

²¹³ WT/DS170, 18. September 2000; Bericht des Appellate Body vom Dispute Settlement Body am 12. Oktober 2000 angenommen.

²¹⁴ *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, WT/DS160/R, 15. Juni 2000.

gabe war allerdings möglich, wenn gewisse Bedingungen bezüglich Ausrüstung erfüllt waren (Art. 110 Abs. 5 lit. B Copyright Act, sog. "business exemption"). Eine Vergütung war gemäss Art. 110 Abs. 5 lit. A Copyright Act auch dann nicht geschuldet, wenn kleine Restaurations- und Verkaufsbetriebe Radiomusik übertrugen, vorausgesetzt, dass als Übertragungsmedien nur Geräte des Hausgebrauchs eingesetzt wurden (sog. "homestyle exemption"). Das Panel untersuchte in einem ersten Schritt, ob die in den Art. 11 Abs. 1 Ziff. 2 und 11*bis* Abs. 1 Ziff. 3 RBÜ festgeschriebenen ausschliesslichen Schutzrechte der Autoren durch die Verweisung von Artikel 9 Abs. 1 TRIPs-Abkommen erfasst würden. Es bejahte dies und wandte sich in einem nächsten Schritt der Frage zu, ob die TRIPs-Verweisung auch die Praxis zu diesen Bestimmungen der RBÜ, welche sog. "minor exceptions" zuliess, beinhaltete. Da Art. 9 Abs. 1 TRIPs-Abkommen keine dahingehenden Vorbehalte anbrachte, entschied das Panel die Frage im positiven Sinne. Durch den Einbezug dieser RBÜ-Ausnahmeregelungen war deren Verhältnis zu Art. 13 TRIPs-Abkommen, der Beschränkungen und Ausnahmen von Urheberrechten vorsieht und hierfür gewisse Bedingungen aufstellt, zu klären. Die Auslegung des Panels ergab, dass die "minderen Ausnahmen", welche die Vertragsstaaten gemäss RBÜ-Praxis einführen dürfen, den Vorgaben von Art. 13 TRIPs-Abkommen zu genügen hätten. In einem nächsten Schritt war daher zu untersuchen, ob die amerikanischen Normen die Bedingungen des Art. 13 TRIPs-Abkommen für Beschränkungen und Ausnahmen erfüllten. Danach muss es sich bei den Ausnahmen um "bestimmte Sonderfälle" handeln, die "weder die normale Verwertung des Werkes beeinträchtigen noch die berechtigten Interessen des Rechtsinhabers unangemessen verletzen". Das Panel erkannte, dass die "business exemption" gemäss Art. 110 Abs. 5 lit. B des amerikanischen Urheberrechtsgesetzes nicht einen bestimmten Sonderfall i.S.v. Art. 13 TRIPs-Abkommen darstelle, weil unter ihren Anwendungsbereich eine substantielle Mehrheit der Speise- und Trinklokale sowie gegen die Hälfte der Verkaufsgeschäfte fielen. Die "homestyle exemption" wurde dagegen als TRIPs-konform bewertet, weil die Gesetzesmaterialien sowie die amerikanische Gerichtspraxis eine enge Auslegung der Norm verlangten. Im Hinblick auf einen Einspruch untersuchte das Panel auch noch die weiteren von Art. 13 TRIPs-Abkommen aufgestellten Bedingungen, sah jedoch keinen Anlass, auf seine ursprüngliche Bewertung zurückzukommen. Dieser Streitfall wurde nicht an den Appellate Body weitergezogen.²¹⁵

²¹⁵ Der Dispute Settlement Body nahm den Bericht des Panels am 27. Juli 2000 an.

6. FAZIT

All den geschilderten Streitfällen ist gemeinsam, dass die innerstaatliche Rechtsordnung Gegenstand der Betrachtung ist. Der Regelungsmaterie des TRIPs-Abkommens entsprechend geht es in der Hauptsache um Fragen des Privatrechts, die von den Streitbeilegungsorganen zu klären sind. Dass hiermit ein Ausgreifen in bisher weitgehend autonome Regelungsbereiche der Vertragsstaaten stattfindet, kann der indischen Argumentation im Fall *India – Patent Protection* besonders deutlich entnommen werden. Beide WTO-Instanzen lehnten es aber ab, auf die Überprüfung der nationalen Umsetzungsmassnahmen zu verzichten oder sich dabei von nationalen Behörden leiten zu lassen. In Anbetracht der in Art. 1 Abs. 1 TRIPs-Abkommen statuierten Umsetzungautonomie der Vertragsstaaten ist dies nicht unbedingt selbstverständlich. Damit ist auch deutlich gesagt, dass nicht nur Gesetzesrecht, sondern auch die Praxis aller mit der Umsetzung und Anwendung der TRIPs-Bestimmungen befassten Staatsorgane von den WTO-Streitbeilegungsorganen überprüft werden kann. Die betroffenen nationalen Behörden haben demnach der TRIPs-Interpretation durch Panels und den Appellate Body gebührende Aufmerksamkeit zu zollen, wenn sie nicht eine abweichende Anwendung des Abkommens und damit ein Streitbeilegungsverfahren in Kauf nehmen wollen. Der Fall *US – Copyright Act* hat sodann erstmals die Funktion des TRIPs-Abkommens als Bern-plus-Abkommen aufgezeigt. Das Panel hat sich für eine umfassende Aufnahme nicht nur der expliziten Bestimmungen, sondern des gesamten RBÜ-*acquis* ausgesprochen. Dies ist für die Praxis der Vertragsstaaten zur Umsetzung des TRIPs-Abkommens insofern von Bedeutung, als nun der Umfang ihrer Verpflichtungen sowohl in Bezug auf die RBÜ als auch die PVÜ geklärt ist.

V. Schlussfolgerungen

Den vorhergehenden Ausführungen kann als Resultat entnommen werden, dass sich heute kein nationales Gericht mehr den Fragen des WTO-Rechts, und des TRIPs-Abkommens im Besonderen, entziehen kann. Sowohl in der Schweiz als auch in der EG ist ein konstanter Fluss von Entscheiden zu beobachten, die sich mit dem TRIPs-Abkommen auseinandersetzen. Dies spricht einmal dafür, dass die im Bereich des Immaterialgüterrechts tätigen Anwälte die Bedeutung des Abkommens realisiert haben und bei entsprechenden materiellen und prozessualen Fragestellungen auf dieses zurück-

kommen. Andererseits ist die gerichtliche Auseinandersetzung mit den TRIPs-Bestimmungen ein deutliches Zeichen dafür, dass diese Normen eine genügende Tiefe und Bestimmtheit – und somit Autorität - aufweisen, um für die Rechtsanwendung von Bedeutung zu sein.

Die Situation in der Schweiz entspricht vollumfänglich diesem Bild. Das Bundesgericht hat sich bereits in mehreren Entscheiden mit dem TRIPs-Abkommen befasst. Es hat dabei erfreulicherweise keine Neigung erkennen lassen, im Sinne von BGE 112 Ib 183, wo die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT 1947 ohne jede Begründung abgelehnt worden war, pauschalen Vorbehalten nachzugeben. Die unmittelbare Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens wird in der Schweiz wohl in nicht zu vernachlässigendem Mass begünstigt durch die Stellungnahme des Bundesrats in der GATT-Botschaft. Hinzu kommt, dass das Land keine Handelsgrossmacht ist und insofern die Möglichkeit hat, andere Prioritäten zu setzen, was sich nicht zuletzt in einer völkerrechtsfreundlichen Rechtsprechung äussert.²¹⁶ Zusammenfassend bestehen gute Aussichten, dass in der Schweiz die unmittelbare Anwendbarkeit des TRIPs-Abkommens eines Tages durch das Bundesgericht bejaht wird.

Anders verhält es sich in der EG, wo handelspolitische Erwägungen in Bezug auf das WTO-Abkommen überwiegen. Es wäre unter diesen Umständen keine Überraschung, wenn der EuGH auch dem TRIPs-Abkommen ausdrücklich die unmittelbare Anwendbarkeit versagen würde. Immerhin bestehen Anzeichen dafür, dass der EuGH bereit ist, der völkerrechtskonformen Auslegung ein grosses Gewicht zukommen zu lassen. Daneben bietet die *Nakajima*- bzw. *Fediol*-Praxis ein gewisses Potential für eine unmittelbare Anwendbarkeit, welche ohne weiteres für die vom TRIPs-Abkommen geregelten Rechtsgebiete fruchtbar gemacht werden könnte.²¹⁷ Angesichts der bisherigen Rechtsprechung kann indessen auch nicht ausgeschlossen werden, dass sich der EuGH zumindest vorläufig eines ausweichenden Urteilstils befleißigen wird.²¹⁸ Insgesamt lässt sich die momentane Lage in der EG m.E. dahin zusammenfassen, dass komplexe, aber in Bezug auf das TRIPs-Abkommen nicht hoffnungslose Verhältnisse vorherr-

²¹⁶ Vgl. vorne S. 29.

²¹⁷ Gemäss *Einhorn*, 1096, erfüllt beispielsweise die Präambel des Ratsbeschlusses 3288/94, der zur Umsetzung der TRIPs-Regeln zum Markenschutz erlassen wurde, die *Nakajima*-Voraussetzungen, indem ausdrücklich auf das TRIPs-Abkommen Bezug genommen wird.

²¹⁸ Vgl. diesbezüglich statt vieler die Rs. C-183/95, *Affish BV / Rijksdienst voor de Keuring van Vee en Vlees*, Slg. 1997, I-4315, und die verb. Rs. C-364/95 und C-365/95, *T Port GmbH & Co. / Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, Slg. 1998, I-1023, sowie *Zonnekeyn*, Hermès, 505 f.

schen. Denn auch wenn der *Portugal*-Entscheid an sich alle Teile des WTO-Übereinkommens – und damit auch dessen Anhänge, namentlich das TRIPs-Abkommen - betrifft, so ist das TRIPs-Abkommen doch ein Spezialfall, für den die allgemeinen Erwägungen des EuGH nicht zwingend in gleichem Masse zutreffen.²¹⁹ Das *Hermès*-Urteil enthält gewisse Anhaltspunkte, dass der EuGH die herausragende Bedeutung des TRIPs-Abkommens erkannt haben könnte.²²⁰ Der kommenden Rechtsprechung des EuGH hinsichtlich des TRIPs-Abkommens kann jedenfalls mit Spannung entgegengesehen werden.

Für alle WTO-Vertragsstaaten gleichermaßen gilt, dass die Verrechtlichung des Streitbeilegungsverfahrens und der Zwang zur Umsetzung der DSB-Entscheide im Vergleich zum Regime unter dem GATT 1947 eine erhöhte Aufmerksamkeit nicht nur der staatlichen Behörden, sondern auch der praktisch tätigen Juristen verdient. Die Qualität der Panel- und Appellate Body-Entscheide sowie die Art ihres Zustandekommens lassen eine Nichtbeachtung durch die in den Verfahren unterlegenen Vertragsstaaten nur noch schwer vorstellbar erscheinen. Dies gilt umso mehr für das TRIPs-Abkommen, wo schwergewichtig privatrechtsrelevante Urteile gefällt werden. Aufgrund der volkswirtschaftlichen Bedeutung dieser Materie können es sich weder die Schweiz noch die EG auf lange Sicht leisten, hier in grösserem Ausmass Sanktionen in Kauf zu nehmen. Die Nichtbeachtung von DSB-Entscheidungen erscheint insofern nicht als valable Alternative, zumal ein solches Verhalten zu innerstaatlichen institutionellen Spannungen führen könnte.²²¹ Diese Faktoren bedeuten gleichzeitig, dass Entscheidungen der WTO-Streitbeilegungsbehörden, insbesondere im TRIPs-Bereich, auch für die innerstaatliche Rechtsanwendung relevant sind. Mit Ausnahme des Falls der bewussten, handelspolitisch motivierten Nichtbeachtung durch die Umsetzungsorgane²²² dürfte die fortschreitende Auslegung des TRIPs-Abkommens durch die Streitbeilegungsbehörden zu einem TRIPs-*acquis* führen, der von den Gerichten nicht ausser Acht gelassen werden kann.

²¹⁹ Vorne S. 32 ff.

²²⁰ Vgl. vorne S. 37 f.

²²¹ Vgl. vorne S. 23 f.

²²² Vgl. vorne S. 24.

Ich erkläre hiermit, dass ich diese Arbeit selbständig verfasst und keine anderen als die angegebenen Quellen benutzt habe. Alle Stellen, die wörtlich oder sinngemäss aus Quellen entnommen wurden, habe ich als solche gekennzeichnet. Mir ist bekannt, dass andernfalls der Senat gemäss Art. 45 des Gesetzes über die Universität vom 7. Februar 1954 zum Entzug des aufgrund dieser Arbeit verliehenen Titels berechtigt ist.

Basel, den