

Ökologische Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten: USG-Revision und Spielräume im internationalen Recht

THOMAS COTTIER, Prof. Dr., KATERYNA HOLZER, Dr., RACHEL LIECHTI-McKEE, lic. iur., TOBIAS NAEF, BA, BLaw*

Inhalt

Résumé.....	86
Zusammenfassung.....	87
I. Hintergrund und Einleitung.....	87
II. Umweltrechtliche Importbeschränkungen im WTO Recht.....	90
1. Die Schranken gemäss GATT 1994.....	90
1.1. Das Verbot mengenmässiger Beschränkungen.....	90
1.2. Das Verbot der Diskriminierung importierter Produkte.....	91
2. Die Rechtfertigung durch Art. XX GATT.....	92
2.1 Massnahmen zum Schutz natürlicher Ressourcen.....	92
2.2 Massnahmen zur Durchsetzung GATT-kompatibler interner Regelungen.....	93
2.3 Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Moral.....	93
2.4 Zwischenergebnis.....	94
2.5 Chapeau von Art. XX GATT.....	94
2.6 Die Rechtfertigung von Massnahmen mit extraterritorialer Wirkung.....	96
3. Optionen für die Zollpolitik im Rahmen des GATT 1994.....	98
4. Die Schranken gemäss TBT-Abkommen.....	100

* Direktor, wissenschaftliche Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter des Instituts für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht und des World Trade Institute der Universität Bern. Dem Artikel liegt ein Gutachten zugrunde, welches die Autoren im Jahr 2013 dem Bundesamt für Umwelt (BAFU) zu den ökologischen Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten erstattet haben, abrufbar unter: <http://www.bafu.admin.ch/recht/01748/index.html?lang=de> (27. Oktober 2014). Der Beitrag fasst Teile des Gutachtens zusammen, nimmt auf den aktuellen Stand der politischen Debatte Bezug und bildet insofern eine eigenständige Abhandlung. Der vorliegende Text unterlag einem anonymen Peer Review-Verfahren.

III. Umweltrechtliche Importbeschränkungen im Freihandelsabkommen Schweiz-EU.....	104
IV. Schlussfolgerungen.....	106

Résumé

La marge de manœuvre constitutionnelle du législateur en matière de concrétisation des objectifs de durabilité en droit économique et en droit de l'environnement est en premier lieu définie par les conditions-cadres internationales édictées par l'OMC et par les relations juridiques entre la Suisse et l'UE. La présente contribution analyse si et dans quelle mesure l'importation de matières premières et de produits de base directement tirés de celles-ci peut être soumise à l'exigence de la durabilité du mode de production utilisé à l'étranger. Cette thématique revêt une importance croissante en matière de politique environnementale et climatique. Les processus opérationnels et leurs effets sur l'homme et sur l'environnement passent au premier plan. Cette contribution montre que, si la promotion des labels facultatifs et des standards internationaux de bonnes pratiques occupent le devant de la scène, les restrictions unilatérales à l'importation de produits liées au critère des PPM (procédés et méthodes de production) ne sont toutefois pas exclues dans le cadre du droit de l'OMC, dans la mesure où les principes de non-discrimination et de proportionnalité sont respectés et où une solution consensuelle a été préalablement recherchée avec l'Etat exportateur. De telles restrictions à l'importation – parallèlement aux mesures librement consenties – ont été reconnues par la jurisprudence en tant qu'instruments importants de la politique environnementale et climatique. Cela aussi bien dans le cadre de l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce que dans le cadre de l'Accord visant à éliminer les entraves techniques au commerce. Parmi les possibilités peu utilisées jusqu'ici permettant de limiter l'importation, on trouve en outre la politique douanière pour les produits importés depuis l'extérieur de l'espace économique européen. L'Accord de libre-échange entre la Suisse et l'UE suit essentiellement les mêmes principes que le droit de l'OMC et admet également les PPM en tant que critères distinctifs pour les produits du même type.

Zusammenfassung

Der verfassungsrechtliche Spielraum des Gesetzgebers bei der Konkretisierung der Ziele der Nachhaltigkeit im Wirtschafts- und Umweltrecht wird in erster Linie durch die völkerrechtlichen Rahmenbedingungen der WTO sowie die Rechtsbeziehungen der Schweiz mit der EU definiert. Der vorliegende Beitrag behandelt die Frage, ob und inwieweit die Einfuhr von Rohstoffen und unmittelbar daraus gewonnenen Basisprodukten von einer nachhaltigen Produktionsweise im Ausland abhängig gemacht werden darf. Diese Thematik ist in der Umwelt- und Klimapolitik von zunehmender Bedeutung. Herstellungsverfahren und ihre Auswirkungen auf Mensch und Umwelt rücken in den Vordergrund. Der Beitrag zeigt auf, dass die Förderung von freiwilligen Labels und internationalen Standards für Best Practices zwar im Vordergrund steht, einseitige Importrestriktionen von Produkten anknüpfend am Kriterium von sog. PPM (*Production and Process Methods*) im Rahmen des WTO-Rechts jedoch nicht ausgeschlossen sind, sofern die Grundsätze der Nichtdiskriminierung sowie der Verhältnismässigkeit beachtet werden und vorgängig eine einvernehmliche Lösung mit dem Exportstaat angestrebt wird. Solche Importrestriktionen haben – nebst freiwilligen Massnahmen – als wichtige Instrumente der Umwelt- und Klimapolitik in der Rechtsprechung Anerkennung gefunden. Dies sowohl im Rahmen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens als auch des Abkommens zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse. Bisher wenig genutzte Möglichkeiten, die Einfuhr zu begrenzen, bestehen darüber hinaus in der Zollpolitik für Produkte, die von ausserhalb des Europäischen Wirtschaftsraumes eingeführt werden. Das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EU folgt im Wesentlichen den gleichen Grundsätzen wie das WTO-Recht und lässt PPM als Unterscheidungsmerkmale für an sich gleichartige Produkte ebenfalls grundsätzlich zu.

I. Hintergrund und Einleitung

Die zunehmende Bedeutung, welche Politik und Rechtsbewusstsein¹ der nachhaltigen Entwicklung und Ausgestaltung wirtschaftlicher Abläufe sowie einer entsprechenden Nutzung natürlicher Ressourcen attestieren, wirkt sich auch auf die Gestaltung des Wirtschafts- und Umweltrechts aus. Sie äussert sich im rechtspolitischen Anliegen eines ökologischen Umbaus des schweize-

¹ Grundlegend aus rechtlicher Sicht die in Bern entstandene Dissertation von GEHNE KATJA, Nachhaltige Entwicklung als Rechtsprinzip, Mohr-Siebeck Verlag, Tübingen 2011.

rischen Wirtschaftsrechts, wie ihn die von der Grünen Partei im September 2012 eingereichte Volksinitiative «Für eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft (Grüne Wirtschaft)» fordert.² Diese bezweckt eine nachhaltige und ressourceneffiziente Wirtschaft und strebt die Verankerung eines Artikels in der Bundesverfassung an, welcher folgendes vorsieht: «Bis ins Jahr 2050 wird der ökologische Fussabdruck der Schweiz so reduziert, dass er auf die Weltbevölkerung hochgerechnet eine Erde nicht überschreitet.»³ Hintergrund bildet der Umstand, dass in der Schweiz die Ressourcen schneller verbraucht werden, als sie nachwachsen können. Wenn die gesamte Erdbevölkerung ein vergleichbares Konsumverhalten aufweisen würde, bräuchte es rund drei Erden, um die notwendigen Ressourcen bereitzustellen.⁴

Der Bundesrat sieht ebenfalls Handlungsbedarf, bezweifelt jedoch, dass die Initiative – insbesondere wegen der Umweltbelastung, welche die Schweizer Bevölkerung im Ausland mitverursacht – überhaupt umgesetzt werden kann.⁵ Er hat deshalb im Februar 2013 einen indirekten Gegenvorschlag vorgelegt.⁶ Dieser will in einem ersten Schritt mit einer Revision des Umweltschutzgesetzes (USG)⁷ neue Rechtsgrundlagen für die effiziente Nutzung von natürlichen Ressourcen schaffen. Leitziel der Revision ist «die auf Dauer angelegte Schonung der natürlichen Ressourcen. [...] Dabei soll auch die im Ausland verursachte Umweltbelastung mitberücksichtigt werden».⁸ Während Vereinbarungen als Handlungsinstrument im Vordergrund stehen, soll der Bundesrat insbesondere für den Bedarfsfall die Kompetenz erhalten, Produkte mit erheblicher Umweltbelastung gesetzlichen Regelungen bezüglich Produktumweltinformationen zu unterwerfen. Er soll zudem ermächtigt werden, wenn nötig ökologische Mindestanforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten, die zur erheblichen Überbeanspruchung oder Gefährdung von natürlichen Ressourcen beitragen, zu statuieren. Gleichzeitig

² Siehe für Details und den Initiativtext im Wortlaut: <http://www.admin.ch/ch/d/pore/vi/vis402.html> (27. Oktober 2014).

³ Art. 197 Ziff. 8 (neu) Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 18. April 1999 (BV; SR 101).

⁴ Siehe die Zusammenfassung des Parlaments unter: http://www.parlament.ch/d/suche/seiten/legislaturrueckblick.aspx?rb_id=20140019 (27. Oktober 2014).

⁵ Siehe Botschaft des Bundesrats zur Volksinitiative Grüne Wirtschaft und zum indirekten Gegenvorschlag vom 12. Februar 2014 (nachfolgend Botschaft), abrufbar unter: <https://www.news.admin.ch/message/index.html?lang=de&msg-id=51986> (27. Oktober 2014), S. 1818.

⁶ Ausführlich zum indirekten Gegenvorschlag des Bundesrates siehe: <http://www.bafu.admin.ch/dokumentation/medieninformation/00962/index.html?lang=de&msg-id=47945> (27. Oktober 2014).

⁷ Bundesgesetz vom 7. Oktober 1983 über den Umweltschutz (Umweltschutzgesetz, USG; SR 814.01).

⁸ Siehe Botschaft (Fn. 5), S. 1845.

soll die rechtliche Grundlage für eine EU-analoge Regelung zum Verbot der Einfuhr von illegal geschlagenem Holz geschaffen werden.⁹

Der Ständerat hat am 25. November 2014 den indirekten Gegenvorschlag abgeschwächt und entschieden, dass die Umweltbelastung im Ausland nicht mehr als Ziel ins Gesetz aufgenommen werden soll, sondern lediglich die Reduktion der in der Schweiz verursachten Umweltbelastungen.¹⁰

Wie weit die Entwicklung aus rechtlicher Sicht gehen kann, hängt wesentlich von den völkerrechtlichen und europarechtlichen Rahmenbedingungen ab, die namentlich durch das Recht der WTO¹¹ und für die Schweiz zudem durch die bilateralen Rechtsbeziehungen zur EU¹² gesetzt werden. Im Zentrum steht die Frage der rechtlichen Zulässigkeit einer unterschiedlichen Behandlung von an sich gleichartigen Produkten, welche an den unterschiedlichen Produktions- und Herstellungsmethoden (*PPM*) anknüpft.

Aufgrund der Kompetenzen des Bundes im Bereich der Aussenwirtschaft (Art. 101 i. V.m Art. 73 und 74 BV) kann davon ausgegangen werden, dass die Bundesverfassung dem Gesetzgeber ausreichende Spielräume zur Verfügung stellt, die ökologischen Mindestanforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten zu regeln. Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit können nur gerechtfertigt werden, wenn sie den Anforderungen von Art. 36 BV genügen: Sie müssen sich auf eine genügende gesetzliche Grundlage stützen, der Erreichung eines öffentlichen Interesses dienen und geeignet, erforderlich sowie zumutbar sein. Da der Bund sowohl den verfassungsmässigen Auftrag hat, sich für die Erhaltung der natürlichen Lebensgrundlagen einzusetzen,¹³ als auch für die Aussenwirtschaftspolitik zuständig ist,¹⁴ kommt ihm die Kompetenz zu, Einfuhrbeschränkungen und andere wirtschaftliche Massnahmen vorzusehen, die ausländische Produkte betreffen, um dem grenzüberschreitenden Charakter ökologischer Probleme Rechnung zu tragen. Vor dem Hintergrund der verfassungsmässigen Verpflichtung von Bund und Kantonen

⁹ Siehe Botschaft (Fn. 5), S. 1846.

¹⁰ Siehe für eine Zusammenfassung der bisherigen Verhandlungen: http://www.parlament.ch/d/sessionen/sda-sessionen/Seiten/20141125_bsd139_Umwelt.aspx (2.12.2014).

¹¹ Abkommen vom 15. April 1994 zur Errichtung der Welthandelsorganisation (SR 0.632.20). Eingehend dazu: COTTIER THOMAS/OESCH MATTHIAS, *International Trade Regulation: The Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, Bern/London 2005.

¹² Insbesondere das Freihandelsabkommen von 1972: Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (mit Anhängen und Briefwechseln) (SR 0.632.401). Eingehend dazu COTTIER THOMAS/DIEBOLD NICOLAS/KÖLLIKER ISABEL/LIECHTI-McKEE RACHEL/OESCH MATTHIAS/PAYOSOVA TETYANA/WÜGER DANIEL, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014, S. 205–240.

¹³ Art. 54 Abs. 1 BV (Fn. 3).

¹⁴ Art. 101 Abs. 1 BV (Fn. 3).

(Art. 5 Abs.4 BV), das Völkerrecht zu respektieren,¹⁵ wird im Folgenden untersucht, welche Gestaltungsspielräume das internationale Handelsrecht für solche Regelungen belässt.

II. Umweltrechtliche Importbeschränkungen im WTO Recht

1. Die Schranken gemäss GATT 1994

Handelsmassnahmen zur Durchsetzung der Nachhaltigkeit zählen im WTO-Recht zu den Massnahmen, die auf Prozesse und Produktionsmethoden (PPM) anwendbar sind (sog. PPM-Massnahmen). Die grundsätzliche WTO-rechtliche Zulässigkeit von PPM-Massnahmen stützt sich auf die Entscheidung *Shrimp/Turtle* sowie die Rechtfertigung solcher Massnahmen unter den allgemeinen Ausnahmen von Art. XX GATT.¹⁶ Die Frage der Zulässigkeit von PPM-Massnahmen ist im Einzelfall zu beurteilen; sie hängt von der konkreten Ausgestaltung der zur Diskussion stehenden PPM-Massnahme ab.¹⁷

1.1. Das Verbot mengenmässiger Beschränkungen

PPM-Massnahmen, die lediglich den Import von Produkten betreffen und so zu einer Einschränkung des Warenflusses unter den WTO-Mitgliedern führen, sind gemäss Art. XI(1) GATT verboten. Die Zulässigkeit von PPM-Massnahmen zur Sicherstellung der Nachhaltigkeit hängt daher, wie nach-

¹⁵ Siehe zum Vorrang des Völkerrechts und zu den Auswirkungen des Völkerrechts auf die Verfassungsstruktur der Schweiz: COTTIER THOMAS/HERTIG MAYA, Das Völkerrecht in der neuen Bundesverfassung: Stellung und Auswirkungen, in: ZIMMERLI ULRICH (Hrsg.), Berner Tage für juristische Praxis BTJP 1999: Die neue Bundesverfassung. Konsequenzen für Praxis und Wissenschaft. Bern 2000, S. 13–33 sowie . COTTIER THOMAS/ACHERMANN ALBERTO/WÜGER DANIEL/ZELLWEGER VALENTIN, Der Staatsvertrag im schweizerischen Verfassungsrecht, Bern 2001, insbesondere S. 40.

¹⁶ *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Malaysia*, WT/DS58/AB/RW, angenommen am 21. November 2001 (*US – Shrimp [Artikel 21.5 – Malaysia] AB/R*). Siehe auch COTTIER THOMAS/PANIZZON MARION/TÜRK ELISABETH, Handel und Umwelt im Recht der WTO: Auf dem Weg zur praktischen Konkordanz, in: Zeitschrift für Umweltrecht ZUR, Jg. 14/ Sonderheft 2003, S. 155–166; Panizzon MARION/ARNOLD LUCA/COTTIER THOMAS, Handel und Umwelt in der WTO: Entwicklungen und Perspektiven, in: URP 3/2010, S. 199–248.

¹⁷ Siehe z.B. *United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products*, WT/DS58/AB/R, angenommen am 6. November 1998 (*US – Shrimp AB/R*); *US – Shrimp (Artikel 21.5 – Malaysia) AB/R*; *European Communities – Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS401/AB/R, angenommen am 18. Juni 2014 (*EC – Seal Products AB/R*). Für weitere Fälle und deren Besprechung siehe: COTTIER THOMAS/NAEF TOBIAS/PAYOSOVA TETYANA/POLANCO RODRIGO/SACO VICTOR/SIEBER CHARLOTTE, The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2012, in: Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht (SZIER) 3/2013, S. 507–521.

stehend besprochen wird, von der Möglichkeit der Anrufung der Ausnahmebestimmungen von Art. XX GATT für Massnahmen zur Erreichung legitimer öffentlicher Politikziele ab.¹⁸ Darüber hinaus erlaubt Art. XI(2)(b) GATT Importbeschränkungen, «[...] die für die Anwendung der Richtlinien oder Regelungen über die Tarifierung, die Güterüberwachung oder das Verkaufsangebot von Waren für den internationalen Handel erforderlich sind». Es ist fraglich, ob diese Bestimmung, die klarerweise Produktstandards betrifft, auch PPM-Massnahmen erfasst. Im Übrigen statuiert sie einen Notwendigkeitstest: Um unter Art. XI(2)(b) GATT zu fallen, müsste eine PPM-Massnahme auf jeden Fall notwendig sein, was dann zu bejahen ist, wenn keine weniger einschneidende Massnahme zur Erreichung des gesetzten regulatorischen Ziels zur Verfügung steht.

1.2. Das Verbot der Diskriminierung importierter Produkte

Massnahmen, die den Verkauf von Waren auf dem inländischen Markt von der Nachhaltigkeit der Produktion abhängig machen, unterstehen den Nichtdiskriminierungsregeln der WTO. Es sind dies zum einen das in Art. I GATT enthaltene Meistbegünstigungsprinzip und zum anderen das in Art. III GATT statuierte Prinzip der Inländerbehandlung. Würde z.B. der Verkauf von Holz auf dem schweizerischen Markt von der Vorlage eines Zertifikats abhängig gemacht, welches die Rechtmässigkeit des Anbaus gewährleistet, müsste ein solches Zertifikat für den Verkauf von Holz aus allen WTO-Staaten und darüber hinaus auch für Holz gelten, das in der Schweiz geschlagen worden ist. Es ist sogar denkbar, dass eine Massnahme als diskriminierend qualifiziert wird, wenn sie herkunftsneutral formuliert ist. Dies ist dann der Fall, wenn ein WTO-Streitbeilegungsorgan zum Schluss gelangen würde, legal und illegal geschlagenes Holz seien gleichartige Güter im Sinne der genannten GATT-Bestimmungen. Begründen liesse sich dies mit dem Argument, die traditionellen Kriterien zur Feststellung der Gleichartigkeit, d.h. die physischen Charakteristika, die Konsumentengewohnheit, der Endverbrauch und die Zolleinreihung,¹⁹ sprächen für eine solche Qualifizierung. Eine unterschiedliche Behandlung von legal und illegal geschlagenem Holz könnte daher als Verletzung von Art. I und Art. III GATT gesehen werden.

¹⁸ Siehe COTTIER/OESCH (Fn. 11), S. 660–674.

¹⁹ Siehe z.B. *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages II*, WT/DS8/AB/R, angenommen am 1. November 1996 (*Japan – Alcoholic Beverages II AB/R*), S. 114; *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Products Containing Asbestos*, WT/DS135/AB/R, angenommen am 5. April 2001 (*EC – Asbestos AB/R*), para. 101.

2. Die Rechtfertigung durch Art. XX GATT

Ein Verstoß gegen Bestimmungen des GATT 1994 kann in gewissen Fällen durch Art. XX GATT gerechtfertigt sein.²⁰ In einem ersten Schritt ist zu eruieren, ob sich der Verstoß unter einem Paragraphen dieses Artikels rechtfertigen lässt. Ist dies der Fall, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob der Verstoß auch den im Chapeau von Artikel XX GATT statuierten Voraussetzungen standhält.

2.1 Massnahmen zum Schutz natürlicher Ressourcen

Paragraph (g) von Art. XX enthält eine Rechtfertigung für Massnahmen, «die mit der Bewahrung erschöpflicher natürlicher Ressourcen» zusammenhängen. Es fragt sich daher, ob die Vorschrift, ein Produkt müsse nachhaltig produziert worden sein (sei es im Inland oder im Ausland), um verkauft werden zu dürfen, eine solche Massnahme darstellt. Die Antwort hängt letztlich von der Bewertung der Relation zwischen der Politikzielsetzung und der Wahl des Mittels zur Erreichung dieses Ziels ab.²¹

Bestünde z.B. die Politikzielsetzung in der Bewahrung von Wäldern zum Schutz der Biodiversität und zum Klimaschutz, so wäre unbestritten, dass der Anbau von Soja, Holz und Baumwolle sowie die Produktion von Palmöl und Biotreibstoff mit der Abholzung von Wäldern zusammenhängt, sei es als Folge des Wechsels der Bodenbewirtschaftung, des illegalen Holzschlags oder anderer für den Wald schädlicher Praktiken.²² Eine Massnahme, die vorschreiben würde, dass der Import und der Verkauf der genannten Produkte nur dann zulässig sei, wenn deren Anbau oder Produktion nicht zu einer Entwaldung geführt habe, erscheint als eine enge und nachvollziehbare Relation zwischen einem Politikziel und dem zu dessen Durchsetzung gewählten Mittel. In *US – Gasoline* wurde frische Luft als erschöpfliche natürliche Ressource qualifiziert. Ursächlich war, dass frische Luft einen Wert habe, mithin eine natürliche Ressource sei. Frische Luft werde, obschon erneuerbar, durch Verschmutzung wertvermindert und sei deshalb erschöpflich.²³ Diese Argumentation lässt den Schluss zu, dass Wälder, obschon grundsätzlich erneu-

²⁰ Siehe COTTIER/OESCH (Fn. 11), S. 428–466.

²¹ *US – Shrimp AB/R*, paras 136 und 141.

²² Siehe z.B. HALL AMY, The dark side of soya: How one super crop lost its way, *Ecologist*, 1. Mai 2012; LAHRTZ STEPHANIE, Der ungestillte Hunger nach Palmöl, *Neue Zürcher Zeitung*, 10. August 2010, und TANCZOS FRANCIS, A New Crime: Possession of Wood – Remediating the Due Care Double Standard of the Revised Lacey Act, *Rutgers Law Journal*, 42, 2011.

²³ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, angenommen am 20. Mai 1996 wie geändert durch den Appellate Body Report (*US – Gasoline*), para. 6.37.

erbar, als erschöpfliche natürliche Ressource im Sinne von Paragraph g von Art. XX GATT qualifiziert werden können, da ein Wiederaufforsten abgeholzter Wälder Jahrzehnte in Anspruch nimmt und durch den Kahlschlag gewisse Pflanzen und Ökosysteme vom Aussterben bedroht sind.

Um den Anforderungen von Art. XX(g) GATT zu genügen, muss eine Massnahme «[...] gleichzeitig mit Beschränkungen der einheimischen Produktion oder des einheimischen Verbrauchs durchgeführt werden». Dies bedeutet, dass einheimische Hersteller und/oder Konsumenten die Lasten für die Erhaltung der erschöpfbaren Ressourcen mit den ausländischen Herstellern zu teilen haben.

2.2 *Massnahmen zur Durchsetzung GATT-kompatibler interner Regelungen*

Eine Rechtfertigung nachhaltigkeitsbezogener Massnahmen – insbesondere solcher im Zusammenhang mit illegal angebauten oder hergestellten Produkten – könnte auch in Paragraph (d) von Art. XX GATT gesucht werden. Dieser bezieht sich auf «Massnahmen, die erforderlich sind zur Sicherstellung der Anwendung von mit den Bestimmungen des Abkommens nicht unvereinbaren Gesetzesbestimmungen und Verwaltungsvorschriften, wie beispielsweise [...] zur Verhinderung von irreführenden Praktiken». Das Kriterium der «Erforderlichkeit» dieses Paragraphen ist jedoch schwerer zu erfüllen als das Kriterium des «Zusammenhangs» in Paragraph (g). Dies gilt, wie nachfolgend aufgezeigt wird, ebenfalls für die Rechtfertigung von Massnahmen unter Paragraph (a). Die Prüfung, ob eine Massnahme erforderlich ist, beinhaltet die Abwägung verschiedener Faktoren, namentlich und exemplarisch des effektiven Beitrags der Massnahme zur Durchsetzung der betreffenden Vorschriften, der Wichtigkeit der durch die Handelsmassnahme geschützten öffentlichen Interessen sowie der Existenz von anderen weniger handelsbeschränkenden Massnahmen.²⁴

2.3 *Massnahmen zum Schutz der öffentlichen Moral*

In *EC – Seal Products* wurde festgehalten, dass gewisse nachhaltigkeitsbezogene Massnahmen, insbesondere im Bereich des Tierschutzes, als «Massnahmen, die für den Schutz der öffentlichen Moral erforderlich sind», unter Paragraph (a) von Art. XX fallen könnten.²⁵ Im genannten Fall konkur-

²⁴ *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS169/AB/R, angenommen am 10. Januar 2001 (*Korea – Various Measures on Beef AB/R*), para. 164, *EC – Seal Products AB/R*, para. 5.215.

²⁵ Für eine Besprechung des Falls siehe LIECHTI RACHEL/NAEF TOBIAS/PAYOSOVA TETYANA, *The Jurisprudence of the World Trade Organization in 2013*, in: Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht (SZIER) 2/2014, S. 241–265.

rierten zwei legitime Politikziele miteinander.²⁶ Auf der einen Seite ging es beim EU-Importverbot für Robben und Robbenprodukte um die Sicherstellung eines Tierschutzes, der moralischen Wertvorstellungen der EU-Bürger entspricht. Auf der anderen Seite zu berücksichtigen war die Wahrung der Rechte der indigenen Völker (Inuit), die ebenfalls den moralischen Wertvorstellungen der EU-Bürger entspricht. Sowohl das Panel als auch der Appellate Body (AB) anerkannten, dass die Verfolgung beider Ziele beim EU-Importverbot für Robben und Robbenprodukte unter Art. XX(a) GATT provisorisch gerechtfertigt werden konnte.²⁷ Obwohl das EU-Robbenregime die Prüfung der Erforderlichkeit unter Paragraph (a) bestand, konnte es, wie unten näher ausgeführt wird, den Anforderungen der Nichtdiskriminierung im Chapeau von Art. XX allerdings nicht genügen.

2.4 Zwischenergebnis

Als Zwischenergebnis kann festgehalten werden, dass die Regulierung des Imports und des Verkaufs – als Massnahmen, welche mit der Bewahrung erschöpflicher natürlicher Ressourcen zusammenhängen – im Hinblick auf die Sicherstellung der Nachhaltigkeit durch Paragraph (g) von Art. XX GATT gedeckt wäre. Es gilt überdies zu bemerken, dass einige Massnahmen zur Förderung der Nachhaltigkeit auch unter Paragraph (a) – zum Schutz der öffentlichen Moral erforderlich – und unter Paragraph (d) – zur Sicherstellung der Anwendung von mit den Bestimmungen des Abkommens nicht unvereinbaren Gesetzesbestimmungen und Verwaltungsvorschriften erforderlich – fallen können. Es wäre allerdings schwieriger, das Kriterium der Erforderlichkeit unter diesen beiden letztgenannten Paragraphen zu erfüllen als unter Paragraph (g).²⁸

2.5 Chapeau von Art. XX GATT

Der sogenannte Chapeau von Art. XX GATT sieht weitere Bedingungen vor für Massnahmen, die nicht mit den GATT-Vorschriften kompatibel sind, aber provisorisch unter einem der Subparagraphen des Artikels gerechtfertigt werden konnten.²⁹ Er verlangt, dass eine Handelsmassnahme kein «Mittel zur willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung zwischen Ländern, bei denen die gleichen Verhältnisse vorliegen, oder eine verschleierte Be-

²⁶ *EC – Seal Products AB/R*, para. 5.319 und Fn. 1556.

²⁷ *EC – Seal Products AB/R*, paras 5.289–5.290.

²⁸ PAUWELYN JOOST, *US Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: The Limits and Options of International Trade Law*, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions Working Paper, 2007, S. 34.

²⁹ *EC – Seal Products AB/R*, para. 5.296.

schränkung im internationalen Handel» darstellt. Die Auflagen des Chapeaus sind wichtig für das Funktionieren des WTO-Handelssystems: Sie schaffen ein Gleichgewicht zwischen dem Recht eines WTO-Mitglieds, zugunsten bestimmter legitimer Politikziele den Handel zu beschränken, und seiner Verpflichtung, die Handelsregeln, die zur internationalen Handelsliberalisierung aufgestellt worden sind, zu beachten.³⁰

Bei der Beurteilung, ob eine Massnahme eine willkürliche oder ungerechtfertigte Diskriminierung bzw. eine verschleierte Handelsbeschränkung darstellt, prüfen die WTO-Streitbeilegungsorgane sowohl die Ausgestaltung der Handelsmassnahme als auch deren Anwendung.³¹ Der Chapeau von Art. XX GATT verlangt, dass Produkte von Ländern, in welchen vergleichbare Bedingungen herrschen, durch die Ausgestaltung und Anwendung einer Handelsmassnahme nicht unterschiedlich behandelt werden.³² Als Bedingungen sind daher erstens von exportierenden Staaten befolgte Politiken denkbar, die mit den Zielen importierender Staaten übereinstimmen, zweitens die Situation in einem exportierenden Staat mit Bezug auf die Risiken, welche durch die Politik eines importierenden Staates vermindert werden sollen sowie auch der unterschiedliche wirtschaftliche Entwicklungsgrad verschiedener Staaten.³³ Wichtig ist, dass die Gründe für eine allfällige Ungleichbehandlung in einem Ziel zu suchen sind, das durch einen Paragraphen von Art. XX GATT gerechtfertigt ist.³⁴ Falls daher z.B. ein exportierender Staat sich in seiner Ethanolproduktion strikte an Nachhaltigkeitsnormen orientiert, und deshalb auszuschliessen ist, dass der Anbau von Zuckerrohr zur Herstellung von Ethanol zu einer Entwaldung führt, wäre es einem importierenden Staat gestattet, aus diesem Staat importiertes Ethanol vom Anwendungsbereich seiner allfälligen Handelsrestriktionen mit Bezug auf Ethanol auszunehmen.

Es ist sodann wichtig, dass eine Massnahme, die unter Art. XX GATT gerechtfertigt werden soll, nicht unmittelbar Zwangswirkung auf die Politiken des exportierenden Staates entfaltet. Für eine Rechtfertigung unter Para-

³⁰ *US – Shrimp AB/R*, para. 158.

³¹ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/AB/R, angenommen am 20. Mai 1996 (*US – Gasoline AB/R*), S. 22; *US – Shrimp AB/R*, paras 149 und 169; *US – Shrimp (Artikel 21.5 – Malaysia) AB/R*, para. 140.

³² *EC – Seal Products AB/R*, paras 5.299–5.301.

³³ QUICK REINHARD, *The Community's Regulation on Leg-Hold Traps: Creative Unilateralism Made Compatible with WTO Law through Bilateral Negotiations?*, in: BRONCKERS M./QUICK REINHARD (eds.), *New Directions in International Economic Law: Essays in Honour of John H. Jackson*, Kluwer Law International 2000, S. 254; PAUWELYN JOOST, *U.S. Federal Climate Policy and Competitiveness Concerns: the Limits and Options of International Trade Law*, Nicholas Institute for Environmental Policy Solutions, Duke University, 2007, S. 43.

³⁴ *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, angenommen am 17. Dezember 2007 (*Brazil – Retreaded Tyres AB/R*), para. 227.

graph (g) von Art. XX GATT ist deshalb zunächst ausschlaggebend, dass ein Staat, der eine Massnahme einzuführen gedenkt, mit seinen Handelspartnern in Verhandlungen zu treten versucht, um ein Abkommen über den durch die Massnahme betroffenen Gegenstand abzuschliessen.³⁵ Dabei kann es nicht darum gehen, dass der Handelspartner die genau gleichen Regelungen übernimmt. So konnten die USA ihr Importverbot für Garnelen unter dem Chapeau von Art. XX GATT erst rechtfertigen, als sie ihre Massnahme dahingehend änderten, dass sie nicht länger von ihren Handelspartnern verlangten, zum Schutz und zur Erhaltung von Schildkröten grundsätzlich dasselbe Programm wie die USA umzusetzen, sondern lediglich ein *Programm mit vergleichbarer Wirkung* wie dasjenige der USA.³⁶ Ergänzend definierte der Appellate Body folgende Voraussetzungen als erforderlich im Hinblick auf eine erfolgreiche Rechtfertigung unter Art. XX GATT: Zunächst muss eine Massnahme den Anforderungen der «basic fairness and due process» genügen,³⁷ was bedeutet, dass sie in transparenter Art und Weise anzuwenden ist und eine angemessene Frist zwischen der Annahme einer Massnahme und deren Inkraftsetzung festgelegt wird.³⁸ Die Angemessenheit hängt dabei von der Art der Massnahme, der aus der Massnahme resultierenden Belastung für die Exportländer und der Möglichkeit der Exportländer ab, sich der Massnahme anzupassen (z.B. durch Vorbereitung der notwendigen Produktzertifizierungen, Erschliessung von alternativen Exportmärkten oder Verbesserung der Produktionsstandards, mit dem Ziel, nicht unter die Handelsmassnahme zu fallen).³⁹

2.6 Die Rechtfertigung von Massnahmen mit extraterritorialer Wirkung

Eine entscheidende Frage mit Bezug auf die GATT-Kompatibilität einer PPM-Massnahme, welche auf Nachhaltigkeit abzielt, ist schliesslich, ob ein Staat eine Massnahme unter Art. XX GATT rechtfertigen könnte, wenn diese auf die Verhinderung einer Produktionsmethode abzielt, welche einen schädlichen Einfluss auf die Umwelt im Territorium eines anderen Staates – extraterritorial – zeitigt. In *US – Shrimp* hat der Appellate Body festgestellt, dass die Ausnahmen von Art. XX GATT grundsätzlich auch für Massnahmen mit extraterritorialen Wirkungen gelten.⁴⁰ Damit eine solche Massnahme den Anforderungen von Art. XX genügen kann, muss allerdings ein hinreichender Zusammenhang zwischen der Umweltsituation im Exportland und den damit

³⁵ *US – Shrimp AB/R*, para. 171.

³⁶ *US – Shrimp (Artikel 21.5 – Malaysia) AB/R*, para. 144.

³⁷ *US – Shrimp AB/R*, para. 181.

³⁸ *US – Shrimp AB/R*, para. 174.

³⁹ *US – Shrimp AB/R*, para. 174.

⁴⁰ *US – Shrimp AB/R*, para. 121.

verknüpften Risiken im Importland, welches die Massnahme erlässt, bestehen. Es stellt sich z.B. die Frage, ob ein auf den Schutz von Regenwäldern in Brasilien abzielendes schweizerisches Importverbot für nichtzertifiziertes Soja als Massnahme mit einem hinreichenden Zusammenhang zwischen der Abholzung des Regenwaldes und den damit für die Schweiz verbundenen Umwelttrisiken betrachtet werden kann. Es liesse sich argumentieren, dass die extraterritoriale Anwendung des Schweizer Importverbotes mit der Notwendigkeit des Schutzes der «global commons» wie Biodiversität und Klima zu rechtfertigen sei.⁴¹ Der Klimawandel und der Verlust von Biodiversität sind als «common concerns of humankind» in internationalen Verträgen akzeptiert, wie insbesondere im Übereinkommen über die biologische Vielfalt⁴² und dem Rahmenübereinkommen der Vereinten Nationen über Klimaänderungen.⁴³ In der Tat ist die Erhaltung der Biodiversität für die gesamte Menschheit von Bedeutung, und der Klimawandel, der mitunter durch Emissionen bei der Abholzung ausgelöst wird, betrifft nicht nur die Menschen in Brasilien, sondern auch diejenigen in der Schweiz.

Ob eine solche Argumentation vor einem WTO-Streitschlichtungsorgan Bestand haben würde, ist ungewiss. Trotz der von Teilen der Lehre vertretenen Ansicht,⁴⁴ dass das WTO-Recht ein offenes Rechtssystem darstelle, welches mit sämtlichen anderen Bestimmungen des internationalen Rechts verknüpft sei, üben sich die WTO-Streitbeilegungsorgane seit jeher in Zurückhaltung, wenn es um die Auslegung anderer internationaler Verträge, welche nicht dem WTO-Recht zugehörig sind, geht. Es ist daher ungewiss, ob das Prinzip des «common concern of humankind» mit Bezug auf die Biodiversität und den Klimawandel, das in den erwähnten internationalen Verträgen vorwiegend deklaratorischen Charakter aufweist, als Entscheidungsgrundlage herangezogen würde. Darüber hinaus existieren juristische und politische Argumente, die gegen einen unilateralen Einsatz von Handelsbeschränkungen zum Schutz der Wälder sprechen könnten: Zum einen unterstehen Wälder aus rechtlicher Warte der nationalen Souveränität desjenigen Staates, in welchem sie gelegen sind. Länder mit Regenwäldern können daher grundsätzlich

⁴¹ COTTIER THOMAS, The Emerging Principle of Common Concern, NCCR Trade Regulation Working Paper 2012/20, abrufbar unter: <http://www.nccr-trade.org> (27. Oktober 2014); ebenso in: PETERSMANN E.U. (Hrsg.), *Multilevel Governance of Interdependent Public Goods: Theories, Rules and Institutions for the Central Policy Challenge in the 21st Century*, EUI Working Papers RSCAS 2012/23, S. 185, Florenz 2012.

⁴² Abrufbar unter: <http://www.cbd.int/convention/text/> (27. Oktober 2014).

⁴³ Für das Abkommen im Wortlaut auf Englisch siehe: <http://unfccc.int/resource/docs/convkp/conveng.pdf> (27. Oktober 2014).

⁴⁴ Siehe exemplarisch PAUWELYN JOOST, *Conflict of Norms in Public International Law: How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, 2003, S. 37; COTTIER/OESCH (Fn. 11), S. 513.

frei entscheiden, wie sie ihre Wälder nutzen wollen. Zum anderen besteht, politisch betrachtet, ein «historisches Vermächtnis», das gegen unilaterale Massnahmen spricht. Aus Sicht der Entwicklungsländer haben entwickelte Länder in der Vergangenheit die Regenwälder ihrer Kolonien zu ihrem eigenen wirtschaftlichen Vorteil extensiv genutzt, ohne hierfür eine Entschädigung geleistet zu haben.

3. Optionen für die Zollpolitik im Rahmen des GATT 1994

Anreize für nachhaltige Produktion können auch durch Massnahmen im Bereich der Zölle geschaffen werden. Die Erhebung höherer Zölle auf Produkten mit einem grösseren ökologischen Fussabdruck als auf solchen, welche in einer nachhaltigen Weise produziert wurden, ist als Idee in der Klimaschutzpolitik entwickelt, bisher jedoch noch nicht eingeführt worden.⁴⁵ Sie verfolgt das Ziel, mittels zollrechtlicher Anreize den Import ökologisch schädlich produzierter Erzeugnisse weniger attraktiv zu machen als den Import von gleichartigen, aber mit ökologisch einwandfreien Produktionsmethoden hergestellten Erzeugnissen.

Die Erhebung von Zöllen basiert auf dem Prinzip der Nichtdiskriminierung. Demnach unterliegen alle gleichartigen Produkte unabhängig ihrer Herkunft demselben Zolltarif (Art. II(1)(a) GATT in Verbindung mit Art. I(1) GATT). Die überwiegende Zahl der WTO-Mitglieder verwendet das sogenannte Harmonisierte System.⁴⁶ Die Kategorisierung wird für alle Länder anhand derselben sechsstelligen Zolleinreihung vorgenommen. Die Produkte werden auf der Basis ihrer physischen Eigenschaften eingereiht. Den Mitgliedern des Harmonisierten Systems ist es jedoch freigestellt, in ihren Zolltarifen zwei weitere Ziffern an die Tarifpositionen anzufügen. Diese zusätzlichen Ziffern könnten zur Kategorisierung aufgrund der Prozesse und Produktionsmethoden zur Herstellung eines Produktes definiert werden. Entsprechend würden unterschiedliche Zölle auf gleichartige Produkte mit verschiedenartigen Herstellungsmethoden erhoben. Von dieser Möglichkeit wurde bis anhin jedoch noch kein Gebrauch gemacht.

Das WTO-Recht schliesst ein solches Vorgehen nicht aus. Solche PPM-basierte Zolleinreihungen würden nicht gegen den Grundsatz der Meistbe-

⁴⁵ Siehe COTTIER THOMAS/NARTOVA OLGA/SINGHAL ANIRUDH, The Potential of Tariff Policy for Climate Change Mitigation: Legal and Economic Analysis, in 48 Journal for World Trade 2014, S. 1007.

⁴⁶ Siehe für Einzelheiten: http://www.wto.org/english/tratop_e/tariffs_e/tariff_data_e.htm (27. Oktober 2014).

günstigung verstossen, da Produkte aller WTO-Mitglieder, welche dieselben Eigenschaften aufweisen, denselben Zolleinreihungen unterworfen wären. Die unterschiedliche zolltarifarisches Einreihung von Produkten je nach ihrer Herstellungsart führte daher nicht *per se* zu einer Diskriminierung. Es liesse sich jedoch einwenden, die Zuordnung gleichartiger Produkte zu unterschiedlichen Tarifpositionen komme einer Verletzung des dem WTO-Recht inhärenten Gleichbehandlungsgrundsatzes gleich. Soweit sich eine unterschiedliche Behandlung von Produkten gestützt auf Art. XX GATT (eine Bestimmung, die explizit für sämtliche Vorschriften des GATT gilt) rechtfertigen liesse, würde diese Rechtfertigung auch im Bereich der Zölle greifen.

Das WTO-Recht unterscheidet zwischen gebundenen und angewandten Zollsätzen. Gebundene Zollsätze sind entweder Wertzölle oder spezifische Zölle, die ein Land nicht überschreiten darf (Art. II.1(a) GATT). Die gebundenen Zollsätze sind in den Zolltarifen der WTO-Mitglieder aufgelistet.⁴⁷ Jene der Schweiz finden sich in der Liste LIX. Die angewandten Zölle, die nicht höher als die gebundenen Zölle sein dürfen, werden auf der Basis des Zolltarifgesetzes bestimmt.⁴⁸ Sie finden sich im Gebrauchszolltarif.⁴⁹

Liegt der gebundene Zoll für ein Produkt bei Null oder auf einem sehr tiefen Niveau, würde die Anwendung unterschiedlicher Tarifpositionen je nach Herstellungsart eines Produktes eine Dekonsolidierung – eine Änderung der Zugeständnisse – der gebundenen Zölle in Anwendung von Art. XXVIII GATT bedingen. WTO-Mitglieder dürfen diese Dekonsolidierung unilateral vornehmen, solange sie den hierzu berechtigten übrigen WTO-Mitgliedern eine Kompensation anbieten.

Die Erhebung unterschiedlicher Zölle auf gleichartigen Produkten mit verschiedenartigen Herstellungsmethoden könnte in den kommenden Jahren an Bedeutung gewinnen und zu einer intensiveren «grünen» Ausrichtung der Wirtschaft beitragen. Ein solches Vorgehen verfügt verglichen mit mengenmässigen Beschränkungen über den Vorteil, dass es Importe nicht verbietet, sondern nur (aber immerhin) verteuert. Unterschiedliche Tarifpositionen sind transparent und vorhersehbar. Ihr Nachteil besteht darin, dass die Festsetzung von Zöllen weitgehend von der Preiselastizität abhängt und

⁴⁷ Für die Zolltarifsystemen der einzelnen WTO-Mitglieder siehe: <http://bit.ly/13fWEKB> (27. Oktober 2014).

⁴⁸ Zolltarifgesetz vom 9. Oktober 1986 (ZTG; SR 632.10). Zum Schweizer Zollrecht siehe allgemein ARPAGAU'S REMO, Das schweizerische Zollrecht, in: COTTIER THOMAS/ARPAGAU'S REMO (Hrsg.), Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, SBVR, Basel 1999, S. 116 ff.; DERSELBE, Das schweizerische Zollrecht: eine einführende Darstellung (als Berner Dissertation eingereicht, Manuskript 1999, 151 S.) sowie COTTIER THOMAS/HERREN DAVID, Einleitung, in: KOCHER MARTIN/CLAVADETSCHER DIEGO, Handkommentar Zollrecht, Bern 2009, S. 1–45; COTTIER/OESCH (Fn. 11), S. 577, 590–607.

⁴⁹ Siehe <http://bit.ly/14o3f3f> (27. Oktober 2014).

daher unter Umständen keine nennenswerte Wirkung erzielt bzw. zu Handelsumlenkungen führt, welche die positiven Wirkungen auf die Umwelt ins Leere laufen lassen. Schliesslich ist die Erhebung unterschiedlicher Zölle auf gleichartige Produkte mit verschiedenartigen Herstellungsmethoden nur bei ausgewählten Produkten und Rohstoffen sinnvoll anzuwenden. Bei verarbeiteten und veredelten Produkten bestünde die Schwierigkeit darin, dass die einzelnen Produktionsstufen zurückverfolgt und zolltechnisch berücksichtigt werden müssten.⁵⁰

4. Die Schranken gemäss TBT-Abkommen

Handelsbeschränkungen mit Bezug auf nicht nachhaltig produzierte Produkte können auch in den Anwendungsbereich des WTO-Übereinkommens über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen)⁵¹ fallen, das die Anwendung von Standards, die Kennzeichnung mit Labels und die Konformitätsbewertungsverfahren reguliert. Staatliche Massnahmen müssen sowohl GATT- als auch TBT-konform ausgestaltet sein.⁵² Dabei ist zu berücksichtigen, dass das TBT-Abkommen nur auf Massnahmen anwendbar ist, die Charakteristika von Produkten oder deren Herstellungsmethoden festlegen.⁵³ Dies ergibt sich aus Abs. 1 und 2 von Anhang 1 zum TBT-Abkommen, die sich bei der Definition der Begriffe «technische Vorschrift» und «Standard» auch auf «Beschriftungserfordernisse, wie sie für eine Ware, Verfahren oder Erzeugungsmethoden angewandt werden» beziehen. Daraus lässt sich die Anwendbarkeit des TBT-Abkommens auf PPM-Labels ableiten. In diesem Sinne wurde in *US – Tuna II (Mexico)* eine Kennzeichnungspflicht mit extraterritorialer Auswirkung in Verbindung mit nicht-produktbezogenen PPM (in casu sichere Thunfisch-Fangmethoden für Delfine) unter das TBT-Abkommen subsumiert.⁵⁴

⁵⁰ HOERNER J. ANDREW/MULLER FRANK, Carbon Taxes for Climate Protection in a Competitive World, Paper prepared for the Swiss Federal Office for Foreign Economic Affairs by the Environmental Tax Program of the Center for Global Change, University of Maryland College Park, June 1996, S. 21, abrufbar unter: http://rprogress.org/publications/1996/swiss_1996.pdf (5. November 2014).

⁵¹ SR 0.632.20, Annex 1A.

⁵² Im Fall eines Konflikts zwischen den Vorschriften der zwei Abkommen würden sich die TBT-Regeln im Ausmasse des Konflikts durchsetzen. Siehe die «General Interpretative Note» zu Annex 1A.

⁵³ So entschied z.B. der Appellate Body, dass das EU-Robbenregime nicht in den Geltungsbereich des TBT-Abkommens falle: *EC – Seal Products AB/R*, para. 5.59.

⁵⁴ *United States – Measures Concerning the Importation, Marketing and Sale of Tuna and Tuna Products*, WT/DS381/R, angenommen am 13. Juni 2012 wie geändert durch den Appellate Body Report (*US – Tuna II (Mexico)*), para. 7.62 und 7.78; *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 199.

Für die Beurteilung einer Massnahme unter dem TBT-Abkommen ist entscheidend, ob diese obligatorisch oder freiwillig ist. Je nachdem gelangen unterschiedliche Vorschriften zur Anwendung. Folgt man der Logik des Appellate Body in *US – Tuna II (Mexico)* würden Import- und Verkaufsbeschränkungen für Produkte, deren Anbau oder Verarbeitung negative Konsequenzen auf das Ökosystem zeitigen, als obligatorische Massnahmen gelten.⁵⁵ Als solche müssten nachhaltigkeitsbasierte Import- und Verkaufsbeschränkungen den Regeln des TBT-Abkommens über technische Vorschriften genügen. Im Zentrum steht dabei Art. 2 des TBT-Abkommens. Diese Bestimmung umfasst das Meistbegünstigungs- und das Inländerbehandlungsprinzip (Art. 2.1), den Notwendigkeitstest (Art. 2.2) sowie die Verpflichtung, internationale Standards anzuwenden (Art. 2.4).

Gemäss der Interpretation des Appellate Body in *US – Clove Cigarettes* kombiniert Art. 2.1 des TBT-Abkommens die zwei wichtigsten Nichtdiskriminierungsprinzipien (Meistbegünstigung und Inländerbehandlung) und statuiert ein Gleichgewicht zwischen der Regel und den Ausnahmen zur Regel, was im Resultat der Beziehung zwischen Art. III:4 GATT und Art. XX GATT entspricht.⁵⁶ Art. 2.1 des TBT-Abkommens enthält die Anforderung, dass eine Massnahme das Prinzip der gleichlangen Spiesse nicht verletzen darf, was bedeutet, dass die Massnahme auch für inländische Produkte beschlagen muss.⁵⁷ Bei der Beurteilung, ob eine Massnahme das Prinzip der Inländerbehandlung nach Art. 2.1 des TBT-Abkommens verletzt, wenden die Streitschlichtungsorgane der WTO dasselbe Vorgehen an wie unter Artikel III:4 GATT: Sie beurteilen die Auswirkungen der Massnahme auf die Wettbewerbsfähigkeit importierter Produkte im Vergleich zu gleichartigen inländischen Produkten.⁵⁸ Die Benachteiligung importierter Produkte stellt dabei zwar eine notwendige, aber keine genügende Voraussetzung für die Bejahung der Verletzung des Prinzips der Inländerbehandlung dar. Nach der Interpretation des Appellate Body verbietet Art. 2.1 des TBT-Abkommens einen nachteiligen Einfluss auf Importe dann nicht, wenn die unterschiedliche Behandlung von

⁵⁵ *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 188. Der Appellate Body beurteilte die US-Labelvorschriften für delfinsichere Thunfischfangmethoden als obligatorische Massnahme, weil sie einen verbindlichen Charakter haben und denjenigen Thunfischprodukten das Label versagen, die den Labelvorschriften nicht genügen.

⁵⁶ *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, WT/DS406/AB/R, angenommen am 24. April 2012 (*US – Clove Cigarettes AB/R*), para. 109.

⁵⁷ *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 216.

⁵⁸ *US – Clove Cigarettes AB/R*, para. 180.

Importen auf einer legitimen regulatorischen Unterscheidung beruht.⁵⁹ Das Prinzip der Inländerbehandlung wird damit unter dem TBT-Abkommen unseres Erachtens weniger strikt gehandhabt als unter Art. III:4 GATT. Die Chancen, dass Import- oder Verkaufseinschränkungen aufgrund von Nachhaltigkeitsanforderungen an die Produktion den Nichtdiskriminierungstest von Art. 2.1 des TBT-Abkommen bestehen, stehen damit besser als bei Art. III:4 GATT.

Es ist zu beachten, dass Art. 2.1 TBT-Abkommen und Art. III:4 GATT konzeptionell ähnlich abgefasst sind,⁶⁰ und nachhaltigkeitsbasierte Massnahmen, falls sie als mit Art. 2.1 TBT-Abkommen vereinbar qualifiziert werden, nicht zusätzlich unter Art. III:4 GATT geprüft werden.⁶¹ Die Massnahmen müssen dann allerdings den Anforderungen von Art. 2.2 des TBT-Abkommens genügen. Diese Bestimmung verlangt, dass eine Massnahme – ausser sie basiere auf einem internationalen Standard – den Handel nicht mehr als notwendig einschränken darf, um ein legitimes Politikziel zu erreichen. Mit anderen Worten muss die Massnahme den Notwendigkeitstest bestehen, der demjenigen entspricht, der von einzelnen Paragraphen des Art. XX GATT verlangt wird. Die Massnahme wird aufgrund ihres Potentials zur Handelsbeschränkung, ihres effektiven Beitrags zur Erreichung des legitimen Politikziels sowie der Konsequenzen der Nichterreichung dieses Ziels beurteilt.⁶² Wie bei Art. XX GATT beurteilen die Streitschlichtungsorgane der WTO die Massnahme anhand möglicher Alternativen, welche den Handel weniger stark beschränken.⁶³ So könnte z.B. ein Verkaufsverbot von Produkten, welche nicht über ein Zertifikat verfügen, das die nachhaltige Herstellung dieses Produkts bescheinigt, als unnötig handelsbeschränkend beurteilt werden – dies vor allem dann, wenn sich herausstellt, dass weniger handelsbeschränkende Massnahmen wie beispielsweise Labels zur Verfügung stehen. Während die klagende Partei glaubhaft machen muss, dass alternative mildere Handelsmassnahmen bestehen, obliegt der beklagten Partei der Beweis, dass mit solchen alterna-

⁵⁹ *US – Clove Cigarettes AB/R*, para. 181. Diese Interpretation der «nicht weniger guten Behandlung» von Art. 2.1 des TBT-Abkommens wurde vom Appellate Body auch in *US – Tuna II (Mexico)* bestätigt: Wenn jedoch die beklagte Partei zeigt, dass der schädliche Einfluss auf importierte Produkte ausschliesslich auf eine legitime regulatorische Unterscheidung zurückzuführen ist, folgt daraus, dass die Massnahme mit Art. 2.1 des TBT-Abkommens vereinbar ist. Siehe *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 216.

⁶⁰ *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 216.

⁶¹ *United States – Final Countervailing Duty Determination with respect to certain Softwood Lumber from Canada*, WT/DS257/AB/R, angenommen am 17. Februar 2004 (*US – Softwood Lumber IV AB/R*), para. 134. Siehe auch *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, WT/DS27/AB/R, angenommen am 25. September 1997 (*EC – Bananas AB/R*), para. 204; *EC – Asbestos AB/R*, paras 8.16–8.17 und *US – Tuna II (Mexico)*, paras 7.43 und 7.46.

⁶² *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, paras 318, 322.

⁶³ *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 322.

tiven Massnahmen das verfolgte Politikziel nicht hinlänglich erreicht werden kann und die zur Diskussion stehende Massnahme deshalb notwendig ist.⁶⁴

In *US – Gambling* und *Brazil – Retreaded Tyres* legte der Appellate Body dar, dass eine alternative Massnahme dann als nicht verfügbar zu qualifizieren ist, wenn sie lediglich theoretischer Natur ist und ihre praktische Anwendung daher ausser Betracht fällt oder falls ihre Umsetzung mit prohibitiven Kosten oder technischen Schwierigkeiten verbunden ist.⁶⁵ In *EC – Seal Products* kamen sowohl das Panel als auch der Appellate Body zum Schluss, dass ein Marktzugang für Robbenprodukte, der von einer Zertifizierung oder von einem Label mit Bezug auf die Befolgung von Tierschutzvorschriften abhängig wäre, keine verfügbare Alternative zum Verbot der Robbenprodukte darstellen würde. Die Massnahme könne nur schlecht eingehalten und überwacht werden und das Bemühen, den Zertifizierungsanforderungen zu entsprechen, könne zur Tötung von noch mehr Robben führen,⁶⁶ was der Zielsetzung der EU, die nicht artgerechte Tötung von Robben zu verhindern, zuwiderlaufen würde.

Demgegenüber könnten Labels als weniger stark handelsbeschränkende Massnahme für Produkte, bei denen sich ein totales Konsumverbot zur Erreichung des Nachhaltigkeitsziels (z.B. Hühner, Palmöl, Holz etc.) als unnötig erweist, durchaus sinnvoll sein. Labels besitzen gegenüber Verboten den Vorteil, eine marktfreundliche Antwort auf Nachhaltigkeitsprobleme zu bieten, indem sie den mündigen Konsumenten die Wahl lassen, ein Produkt zu kaufen oder nicht zu kaufen.⁶⁷ Für Länder mit starken deutlichen Konsumentenpräferenzen für umweltfreundliche Produkte können Labels ein wirksames Instrument darstellen, nachhaltige Produktionsmethoden im In- und Ausland zu unterstützen. Sollte sich erweisen, dass Labels ineffizient wären, könnten in der Folge schärfere Massnahmen angedacht werden.

Ein weiterer Aspekt bei der Regelung von Produktvorschriften sind bestehende internationale Standards. Existiert ein solcher im zu regulierenden Bereich und eignet sich dieser zur Erreichung des verfolgten Politikziels, schreibt Art. 2.4 des TBT-Abkommens vor, dass technische Vorschriften auf diesem Standard beruhen müssen. Ist dies der Fall, werden entsprechende Massnahmen nicht als unnötige Hemmnisse des internationalen Handels gewertet. Mit Bezug auf Nachhaltigkeitsanforderungen an den Anbau und die

⁶⁴ *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 323.

⁶⁵ *Brazil – Retreaded Tyres, AB/R*, para. 156.

⁶⁶ *EC – Seal Products*, paras 7.496–498.

⁶⁷ CHARNOVITZ STEVE, The Law of Environmental «PPMs» in WTO Law: Debunking the Myth of Illegality, 27 Yale Journal of International Law, 2002, S. 109.

Herstellung von Produkten existieren erst wenige Standards, welche als internationale Standards im Sinne des TBT-Abkommens gelten (Anerkennung des Standards von einer internationalen Normierungsstelle, d.h. einer Organisation mit anerkannter Tätigkeit in Standardisierung, deren Mitgliedschaft für alle relevanten Organisationen aller WTO-Mitglieder offen steht).⁶⁸ Die Schweiz kann damit zwar private Zertifizierungssysteme als Basis für ihre Regulierung nutzen; dies wird sie jedoch nicht vor einer Anfechtung in der WTO schützen.

III. Umweltrechtliche Importbeschränkungen im Freihandelsabkommen Schweiz-EU

Das Freihandelsabkommen (FHA) zwischen der Schweiz und der EU von 1972 gilt bis auf wenige Ausnahmen für alle Industriegüter (Kapitel 25–97 HS) mit Ursprung in der Schweiz und der EU (Art. 2 i FHA).⁶⁹ Landwirtschaftliche Güter, Lebens- sowie Genussmittel sind von der Freihandelsregelung ausgenommen (Kapitel 1–24 HS).⁷⁰ Dies gilt beispielsweise für Palmöl (Kapitel 15 HS) und Soja (Kapitel 12 HS). In den Anwendungsbereich des FHA fallen jedoch beispielsweise Baumwolle (Kapitel 25 HS), Biotreibstoffe (Kapitel 27 und 38 HS) und Holz (Kapitel 44 HS) sowie Produkte, die Palmöl enthalten, aber nicht vom Abkommen über Landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse⁷¹ erfasst werden (z.B. Seife, Lippenstift oder Farben.).

Nachhaltigkeits- und auf PPMs bezogene Regulierungen des Imports oder des Inverkehrbringens von gleichartigen Produkten gelten unter dem FHA grundsätzlich als verbotene Massnahmen mit gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen (Art. 13 Abs. 1 FHA).⁷² Wie im WTO-Recht kann auch unter dem FHA eine Verletzung des Verbots gerechtfertigt werden.

⁶⁸ *US – Tuna II (Mexico) AB/R*, para. 359.

⁶⁹ Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft (FHA; SR 0.632.401).

⁷⁰ Botschaft zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen («Bilaterale II») vom 1. Oktober 2004 (BBl 2004 VI 5965, S. 6033).

⁷¹ Das Protokoll Nr. 2 des Freihandelsabkommen wurde durch das Abkommen über landwirtschaftliche Verarbeitungserzeugnisse zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 2004 revidiert (SR 0.632.401.2).

⁷² Das BGer hielt in seiner Entscheidung zum Fall Omo fest, dass eine Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Beschränkung nur vorliegt, wenn sie eine *unmittelbare* Beschränkung des Handels darstellt und nicht bereits bei einer potenziellen Beschränkung, wie der EuGH dies im Fall *Dassonville* entschied. BGE 105 II 49 E. 3. b, S. 60 (Omo) und EuGH, Rs. 8/74, Urteil vom 11. Juli 1974, *Staatsanwaltschaft gegen Benoît und Gustave Dassonville*, E. 5.

Dies ist u.a. dann der Fall, wenn die Massnahme zum Schutz des Lebens von Mensch, Tier oder Pflanze oder der Umwelt erlassen wurde und sie den Verhältnismässigkeitstest besteht (Art. 20 FHA).⁷³ Ebenfalls wie im WTO-Recht sollten nachhaltigkeits- und auf PPM bezogene Regulierungen auch im Rahmen des FHA in erster Linie auf internationale Standards abstellen oder – falls möglich – auf eine bereits existierende Regelung innerhalb der EU (wie z.B. die Verordnung Nr. 995/2010 vom 20. Oktober 2010 über die Verpflichtungen von Marktteilnehmern, die Holz und Holzserzeugnisse in Verkehr bringen). Indem sich eine Regulierung an internationalen Standards oder bereits existierenden Regelungen innerhalb der EU orientiert, kann sichergestellt werden, dass die Regulierung weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels im bilateralen Verhältnis darstellt (Art. 20 FHA). Eine Pflicht zur Abstimmung der technischen Vorschriften mit den wichtigsten Handelspartnern – insbesondere der EU und des EWR – ist im Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) verankert (Art. 4 Abs. 2 THG).⁷⁴ In der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) gelten auf PPMs bezogene Handelsmassnahmen seit langem weitgehend als zulässig. Bereits im Jahr 1998 entschied der EuGH im Falle *Outokumpu Oy*,⁷⁵ dass eine unterschiedliche, nach der Art der Erzeugung differenzierende und zum Schutz der Umwelt erlassene Verbrauchssteuer auf Strom in Finnland nicht gegen EU-Recht verstösst, solange sie keine Diskriminierung zwischen importierten und inländischen Produkten zur Folge hat.⁷⁶

Anders als das WTO-Recht verpflichtet das FHA allerdings zur Abschaffung aller Zölle auf den vom Abkommen betroffenen Gütern (Art. 3 FHA). Zollrechtliche Massnahmen gegen nicht nachhaltig hergestellte Produkte, wie sie oben beschrieben im Rahmen der WTO gegenüber Drittstaaten bestehen, sind unter dem FHA ausgeschlossen. Solche können einzig gegen Güter ergriffen werden, die nicht vom FHA betroffen sind, sofern dies andere bilaterale Abkommen wie z.B. das Landwirtschaftsabkommen von 1999 zulassen.⁷⁷

⁷³ Siehe u.a. Urteil des BGer 2A.593/2005 vom 6. September 2006 (*Qualicare*), E. 5.5.

⁷⁴ Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG; SR 946.51); siehe Botschaft zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse vom 25. Juni 2008 (BBl 2008 7275, S. 7309).

⁷⁵ EuGH, Rs. C-213/96, Urteil vom 2. April 1998, *Outokumpu Oy v. Piiritullikamari*.

⁷⁶ *Ibid.*, Rz. 31/32 und 40.

⁷⁷ Abkommen vom 21. Juni 1999 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über den Handel mit landwirtschaftlichen Erzeugnissen (SR 0.916.026.81).

IV. Schlussfolgerungen

Es ist davon auszugehen, dass die schweizerische Bundesverfassung dem Gesetzgeber hinreichenden Gestaltungsspielraum belässt, ökologische Anforderungen an das Inverkehrbringen von Produkten zu erlassen. Der effektive Spielraum bemisst sich daher im Einzelnen nach den Bestimmungen des WTO-Rechts und des FHA mit der EU.

Das WTO-Recht belässt Spielräume, innerhalb derer zum Schutz der Umwelt Handelsbeschränkungen für umweltschädliche Prozess- und Produktionsmethoden (PPM) erlassen werden können. Diese Massnahmen müssen den Prinzipien der Nichtdiskriminierung entsprechen. Dazu gehört in erster Linie, dass importierte Produkte nicht schlechter als inländische Produkte behandelt werden und für alle die gleichen Wettbewerbsbedingungen gelten. Allfällige Beschränkungen des Handels müssen auch für inländische Produkte gelten. Dazu kommt, dass alle Mitgliedstaaten der WTO grundsätzlich gleich behandelt werden müssen. Ausnahmen von diesen Grundsätzen bedürfen einer besonderen Rechtfertigung.

Je stärker eine Massnahme zur Förderung nachhaltiger Produktion den internationalen Handel beschränkt, desto strenger sind die Anforderungen des WTO-Rechts an ihre Rechtfertigung. Eine Handelsmassnahme, die sich rechtlich oder faktisch wie ein Verbot auswirkt, darf nur als allerletztes Mittel eingesetzt werden, nachdem alle anderen weniger handelsbeschränkenden Massnahmen ausgeschöpft wurden. Kennzeichnungspflichten gelten regelmässig als Massnahmen, welche den Handel am wenigsten stark beschränken.

Entscheidend für die Rechtfertigung von Handelshemmnissen, die auf Nachhaltigkeitsanforderungen beruhen, ist die Vermeidung von willkürlichen Diskriminierungen zwischen Produkten aus Ländern mit denselben Rahmenbedingungen. Die Diskriminierung von Produkten aus unterschiedlichen Ländern sowie jene importierter Produkte müssen einen hinreichenden Bezug zu einem legitimen öffentlichen Interesse aufweisen, welches von einem der Sachverhalte und Regelungszielen von Art. XX GATT abgedeckt ist. Die Rechtfertigung gestützt auf die Umweltausnahmen des GATT bedingt in verfahrensrechtlicher Hinsicht sodann die Aufnahme und Durchführung von Verhandlungen mit den Handelspartnern im Bemühen um bilaterale Lösungen und gegenseitiges Einvernehmen über PPM-Normen. Ein Staat darf erst dann einseitig handelsbeschränkende Umweltvorschriften einführen, wenn diese Verhandlungen scheitern.

Das Freihandelsabkommen Schweiz EU folgt in Bezug auf PPMs und nicht-tarifärer Hemmnisse im Wesentlichen den WTO-rechtlichen Grundsät-

zen und den Anforderungen des Verhältnismässigkeitsprinzips. Zollrechtliche Massnahmen sind im Geltungsbereich des FHA grundsätzlich ausgeschlossen, im Bereich landwirtschaftlicher Produkte jedoch unter Vorbehalt des Landwirtschaftsabkommens zulässig.