

**Partikel-Emissionsbegrenzung bei Baumaschinen:  
Handlungsspielräume im Rahmen des schweizerischen  
Aussenwirtschaftsrechts**

Rechtsgutachten erstattet dem Bundesamt für Umwelt BAFU

von

Prof. Dr. Thomas Cottier und lic. iur. Lena Schneller  
Institut für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht der Universität Bern

Bern, den 31. Mai 2007

## **Executive Summary**

### **1. Vereinbarkeit mit dem Wirtschaftsvölkerrecht**

1.1. Die Einführung einer strengen Partikel-Emissionsbegrenzung auf allen Baustellen (faktische Partikelfilterpflicht) fällt WTO-rechtlich unter die Bestimmungen des Übereinkommens über technische Handelshemmnisse, des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommens 1994 (GATT 1994) sowie unter die Bestimmungen des Allgemeinen Übereinkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS).

1.2. Die Prüfung der Vereinbarkeit einer strengeren Partikel-Emissionsbegrenzung auf allen Baustellen (faktische Partikelfilterpflicht) mit dem Wirtschaftsvölkerrecht ergibt, dass die Massnahme mit den Verpflichtungen der Schweiz im Rahmen des TBT-Übereinkommens grundsätzlich vereinbar ist. Die Rechtsprechung der WTO erlaubt die Unterscheidung von Produkten mit und ohne Filter im Lichte der damit verbundenen unterschiedlichen Gefährdung von Gesundheit um Umwelt. Dass neu auch Baumaschinen auf A-Baustellen einer faktischen Partikelfilterpflicht unterstehen, steht nicht im Widerspruch zum TBT-Abkommen. Aus Sicht der Gutachter scheint es jedoch zurzeit noch unverhältnismässig, eine faktische Partikelfilterpflicht für alle Baumaschinen einzuführen. Es ist angebracht, hier einerseits eine Unterscheidung bezüglich des Alters der Maschinen anzubringen, sowie Baumaschinen unter 18 kW gegenwärtig noch von einer faktischen Partikelfilterpflicht zu befreien, da eine solche bei Baumaschinen unter 18 kW ökonomisch (noch) unverhältnismässig wäre.

1.3. Die Beurteilung der Massnahme im Rahmen des GATT 1994 ist subsidiär und lässt keine anderen Ergebnisse erwarten.

1.4. Eine faktische Partikelfilterpflicht berührt nicht nur den Warenverkehr, sondern auch den Handel mit Baudienstleistungen. Die gegenwärtigen Verpflichtungen der Schweiz im Bereich der Baudienstleistungen stehen der Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht nicht entgegen.

1.5. Gesamthaft kann die Massnahme als mit dem WTO Recht vereinbar beurteilt werden.

## **2. Vereinbarkeit mit Abkommen mit der Europäischen Gemeinschaft**

2.1. Eine faktische Partikelfilterpflicht ist vereinbar mit den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Freihandelsabkommen Schweiz-EG von 1972, da sie, sofern sie überhaupt als eine Massnahme gleicher Wirkung beurteilt wird, gemäss Art. 20 FHA gerechtfertigt werden kann.

2.2. Die Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht ist auch mit den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen vereinbar.

## **3. Vereinbarkeit mit der EFTA-Konvention**

3.1. Eine faktische Partikelfilterpflicht ist mit den Vorschriften der EFTA-Konvention vereinbar. Die Bestimmungen führen zu parallelen Ergebnissen wie in der Behandlung des Freihandelsabkommens mit der EG (FHA), mit der Ausnahme, dass das Bundesgericht die EFTA-Konvention im Unterschied zum FHA unmittelbar anwendet.

## **4. Vereinbarkeit mit dem Bundesgesetz über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse (THG)**

4.1. Eine faktische Partikelfilterpflicht ist mit den Vorschriften aus dem Bundesgesetz über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse (THG) vereinbar.

Das Gutachten befasst sich nicht mit der Prüfung weiterer Rechtsfragen des innerstaatlichen Rechts. Insbesondere ist die Prüfung der Verfassungsmässigkeit und der Vereinbarkeit mit der Bundesgesetzgebung zum Umweltschutz nicht Gegenstand dieses Gutachtens.

## Inhaltsverzeichnis

I.	Problem und Fragestellung .....	6
A.	Auftrag .....	6
B.	Rechtsfragen und Vorgehen .....	6
C.	Vom BAFU zur Verfügung gestellte Unterlagen.....	7
II.	Die Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen) .....	8
A.	Übersicht .....	8
B.	Technische Vorschriften und Normen .....	9
1.	Produkteigenschaften .....	9
2.	Zwingende Vorschrift oder Empfehlung? .....	10
C.	Das Verbot der Diskriminierung ausländischer Produkte .....	13
1.	Fragestellung .....	13
2.	Das Kriterium der Gleichartigkeit von Waren .....	14
3.	Keine weniger günstige Behandlung.....	19
D.	Verbot unnötiger Hemmnisse für den internationalen Handel.....	20
1.	Erfordernis eines legitimen Schutzzieles und einer Gefährdung .....	20
2.	Verhältnismässigkeit der Massnahme .....	22
E.	Notifikationspflichten.....	33
F.	Ergebnis.....	34
III.	Die Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994) ...	35
IV.	Die Vereinbarkeit mit dem Allgemeinem Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS) .....	36
A.	Fragestellung .....	36
B.	Marktzugang und Inländerbehandlung.....	36
1.	Commercial Presence .....	38
2.	Presence of natural persons .....	38
C.	Meistbegünstigung .....	39
D.	Ergebnis.....	40

V.	Die Vereinbarkeit mit dem Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.....	41
A.	Übersicht .....	41
B.	Verstoss gegen Artikel 13 FHA? .....	41
C.	Rechtfertigung gemäss Art. 20 FHA.....	46
D.	Exkurs: Unmittelbare Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens?.....	48
E.	Fazit.....	49
VI.	Die Vereinbarkeit mit dem bilateralen Abkommen Schweiz-EG über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen .....	50
A.	Inhalt des Abkommens.....	50
B.	Vorschriften für die gegenseitige Anerkennung von Baumaschinen.....	51
C.	Fazit.....	52
VII.	Die Vereinbarkeit mit der EFTA-Konvention .....	53
A.	Gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen .....	53
B.	Verbot von mengenmässigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten.....	53
C.	Fazit.....	54
VIII.	Die Vereinbarkeit mit dem Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse.....	55
A.	Übersicht .....	55
B.	Technisches Handelshemmnis .....	56
C.	Nationale Bestimmungen .....	57
1.	Überwiegend öffentliche Interessen.....	57
2.	Keine Willkürliche Diskriminierung noch verschleierte Beschränkung des Handels... ..	58
3.	Verhältnismässigkeit .....	58
D.	Abstimmung auf die wichtigsten Handelspartner der Schweiz .....	58
1.	Rechtslage in der EU.....	59
2.	Rechtslage in anderen wichtigen Handelspartner-Staaten der Schweiz.....	61
3.	Pflicht zur Abstimmung mit den wichtigsten Handelspartnern? .....	61
E.	Exkurs: Rechtslage bei einer Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips.....	62

## **I. Problem und Fragestellung**

### **A. Auftrag**

Die Vollzugshilfe „Luftreinhaltung auf Baustellen“ des Bundesamt für Umwelt (BAFU) vom 1. September 2002 (nachfolgend: „Baurichtlinie Luft“)<sup>1</sup> sieht für Baustellen ab einer gewissen Grösse („B-Baustellen“) den Einsatz von Partikelfiltern für Baumaschinen ab 18 kW vor (Massnahme G8). Diese Massnahme ist seit ihrer Anordnung in der Baubranche umstritten und wird deshalb noch nicht vollumfänglich vollzogen. Im Rahmen der Motion Jenny<sup>2</sup> prüft das BAFU eine Änderung dieser Partikelfilterpflicht. Neu sollen entweder alle Baumaschinen auf allen Baustellen oder alle Baumaschinen ab 37 kW auf allen Baustellen oder alle Baumaschinen ab 18 kW auf allen Baustellen einer faktischen Partikelfilterpflicht unterstellt werden. Zudem soll eine neue Regelung den technologischen Entwicklungen gerecht werden. Daher soll rechtlich nicht mehr eine eigentliche Partikelfilterpflicht verankert werden, sondern eine Partikel-Emissionsbegrenzung, die zurzeit praktisch nur mit einem Partikelfilter eingehalten werden kann (faktische Partikelfilterpflicht). Schliesslich stellt sich auch die Frage nach der angemessenen Form der Emissionsbegrenzung. Zurzeit wird die Partikelfilterpflicht in einer Vollzugshilfe festgehalten. Für das BAFU stellt sich die Frage, ob es nicht sinnvoller wäre, eine solche Partikel-Emissionsbegrenzung (faktische Partikelfilterpflicht) in einer Rechtsverordnung festzuhalten.

### **B. Rechtsfragen und Vorgehen**

Gemäss Vereinbarung mit dem Bundesamt für Umwelt hat sich das Gutachten zur Vereinbarkeit folgender Massnahmen mit den anwendbaren Rechtsgrundlagen des Aussenwirtschafts- und Wirtschaftsvölkerrechts zu äussern:

- strenge Partikel-Emissionsbegrenzung auf allen Baustellen (faktische Partikelfilterpflicht)

---

<sup>1</sup> Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Richtlinie Luftreinhaltung auf Baustellen, Baurichtlinie Luft, Bern 2002.

<sup>2</sup> Motion This Jenny, Einheitliche Luftreinhaltevorschriften in der ganzen Schweiz. Keine unnötigen Wettbewerbsverzerrungen, 05.3499.

- strenge Partikel-Emissionsbegrenzung auf allen Baustellen, jedoch nur für Maschinen ab 37 kW, bzw. 18 kW (faktische Partikelfilterpflicht für Baumaschinen ab 37 kW, bzw. 18 kW)
- Änderung der Form der Anordnung, z.B. Festlegung einer strengeren Partikel-Emissionsbegrenzung in der Luftreinhalte-Verordnung.

In einem ersten Teil wird die Frage der Vereinbarkeit mit dem internationalen Wirtschaftsrecht gemäss der WTO-Rechtsordnung untersucht. Gegenstand der Untersuchung bildet das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (nachfolgend: TBT-Übereinkommen), das Allgemeine Zoll- und Handelsabkommen 1994 (nachfolgend: GATT) und das Allgemeine Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (nachfolgend: GATS). In einem zweiten Teil wird untersucht, ob Verpflichtungen aus Verträgen der Schweiz mit der Europäischen Union und mit den EFTA-Staaten ein Hindernis für die Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht bilden oder nicht. Schliesslich prüft das Gutachten in einem dritten Teil die Vereinbarkeit der Massnahme mit dem Bundesgesetz über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse (nachfolgend: THG). Die verfassungsrechtliche Rechtslage wird in diesem Gutachten nicht behandelt.

### **C. Vom BAFU zur Verfügung gestellte Unterlagen**

Folgende Materialien wurden vom BAFU für das folgende Gutachten zur Verfügung gestellt:

- Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV), SR 814.318.142.1.
- Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Feinstaub macht krank, Bern 2005.
- Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Nachrüstung von Baumaschinen mit Partikelfiltern, Kosten Nutzen-Betrachtung, Bern 2003.
- Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Richtlinie Luftreinhaltung auf Baustellen, Baurichtlinie Luft, Bern 2002.

## **II. Die Vereinbarkeit mit dem Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Übereinkommen)**

### **A. Übersicht**

Das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse (nachfolgend: TBT-Übereinkommen)<sup>3</sup> gewährleistet, dass technische Vorschriften und Normen sowie Konformitätsbewertungsverfahren keine unnötigen Handelshemmnisse im internationalen Warenverkehr bewirken. Es verhindert, dass Staaten technische Vorschriften missbrauchen, um den tarifär zugestandenen Marktzugang zu untergraben.<sup>4</sup> Den Mitgliedern der WTO bleibt es indessen unbenommen, technische Vorschriften und Normen zu erlassen, sofern diese einem legitimen Ziel wie dem Schutz von Sicherheit und Gesundheit oder der Umwelt dienen. Diese Bestimmungen dürfen des Weiteren keine Diskriminierung zwischen den nationalen Waren und gleichartigen eingeführten Waren mit sich bringen. Gleichzeitig verpflichtet das TBT-Übereinkommen, bestehende internationale Normen als Basis für nationale Regelungen heranzuziehen und empfiehlt die Harmonisierung und gegenseitige Anerkennung der technischen Vorschriften, Normen und Konformitätsbewertungsverfahren.

Im Folgenden ist zu prüfen, ob die vom BAFU vorgeschlagenen Massnahmen unter das Übereinkommen fallen (Bst. B), ob eine Ungleichbehandlung von ausländischen Produkten vorliegt (Bst. C) und ob sie zum Schutze von Gesundheit und Umwelt gerechtfertigt werden können (Bst. D).

---

<sup>3</sup> Anhang 1A.6 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20. Für eine Übersicht siehe THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, Cases, Materials and Comments*, Bern/London 2005, S. 750 ff.; PETER VAN DEN BOSSCHE, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, Cambridge 2005, S. 457 ff.; MICHAEL J. TREBILCOCK/ROBERT HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3rd ed., London/New York 2005, S. 217.

<sup>4</sup> Vgl. KAI-GUIDO SCHICK, *Das Abkommen über technische Handelshemmnisse im Recht der WTO*, Diss. Bamberg 2004, S. 5; CHRISTIAN TIETJE, *Das Übereinkommen über technische Handelshemmnisse*, in: Hans-Joachim Prieß/Georg M. Berrisch (Hrsg.), *WTO-Handbuch*, München 2003, S. 273 ff., N 2 ff.

## **B. Technische Vorschriften und Normen**

Eine Massnahme fällt in den Anwendungsbereich des TBT-Übereinkommens, wenn sie eine technische Vorschrift oder Norm („Standards“) darstellt. Die Unterscheidung hat sich im Rahmen des New Approach im EG- und EFTA-Recht herausgebildet und fand auch Eingang ins Recht der WTO wie auch ins schweizerische Recht im Rahmen des Bundesgesetzes über die Beseitigung technischer Handelshemmnisse.<sup>5</sup>

*Technische Vorschriften* („*Technical regulations*“) werden im Anhang I Ziff. 1 zum TBT-Übereinkommen wie folgt definiert:

„Document which lays down product characteristics or their related processes and production methods, including the applicable administrative provisions, with which compliance is mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.“<sup>6</sup>

*Technische Normen* („*Standards*“) werden in Anhang I Ziff. 2 TBT-Übereinkommen wie folgt umschrieben:

„Document approved by a recognized body, that provides, for common and repeated use, rules, guidelines or characteristics for products or related processes and production methods, with which compliance is not mandatory. It may also include or deal exclusively with terminology, symbols, packaging, marking or labelling requirements as they apply to a product, process or production method.“

Primär fallen unter diese Bestimmung Vorschriften, die von privaten Normenorganisationen wie z.B. DIN e.V. erarbeitet werden.<sup>7</sup> Aber auch Vorschriften von staatlichen Stellen können eine technische Norm sein. Beispiele dafür sind unverbindliche Produktstandards oder Kennzeichnungsregelungen.<sup>8</sup>

### **1. Produkteigenschaften**

Soweit sich Vorschriften und Normen auf Produkteigenschaften beziehen, müssen nicht alle Merkmale eines Produktes geregelt werden. Eine technische Vorschrift oder Norm liegt auch

---

<sup>5</sup> Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG), SR 946.51.

<sup>6</sup> Siehe dazu auch Report of the Appellate Body v. 12.3.2001, *European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-Containing Products* (“*EC – Asbestos*”), para. 67-70.

<sup>7</sup> SCHICK (FN 4), S. 9; TIETJE (FN 4), N 33.

<sup>8</sup> SCHICK (FN 4), S. 9; TIETJE (FN 4), N 33.

dann vor, wenn „nur einzelne Charakteristika eines Produkts geregelt werden“.<sup>9</sup> Sodann müssen sich die Vorgaben nach der Rechtsprechung auf bestimmbare Produkte beziehen.<sup>10</sup> Bezieht sich eine Vorschrift auf Produkte insgesamt, liegt keine technische Vorschrift oder Norm vor.<sup>11</sup>

Die in Frage stehenden Vorschriften sollen neu eine Partikel-Emissionsbegrenzung auf allen Baustellen, bzw. für Baumaschinen ab 37 kW oder ab 18 kW vorschreiben.<sup>12</sup> Die Vorschrift schreibt damit vor, dass Maschinen die einen höheren Grenzwert aufweisen, bzw. Maschinen ab 37 kW, bzw. ab 18 kW mit einem höheren Grenzwert, auf Schweizer Baustellen nicht mehr eingesetzt werden dürfen. Es wird damit ein wesentliches Merkmal eines Produktes umschrieben, dessen Vorliegen Voraussetzung für dessen Einsatz in der Schweiz ist.

Zudem bezieht sich die Bestimmung auf bestimmbare Produkte, nämlich auf Baumaschinen auf Baustellen. Die Voraussetzung der Produkteigenschaft gemäss Anhang I:1 und I:2 TBT-Übereinkommen ist daher zu bejahen.

## **2. Zwingende Vorschrift oder Empfehlung?**

Gemäss der obenstehenden Definition muss es sich, damit eine technische Vorschrift im Sinne des TBT-Übereinkommens vorliegt, bei den technischen Vorschriften um verbindliche Vorgaben handeln. Liegen keine verbindlichen Vorgaben vor, handelt es sich um eine technische Norm (Standard) gemäss Ziff. 2 des Anhang I des TBT-Abkommens. Die Vorgaben aus dem WTO-Recht ergeben sich diesbezüglich aus dem Anhang III des TBT-Übereinkommens, der einen Verhaltenskodex für die Ausarbeitung, Annahme und Anwendung von technischen Normen enthält. Dieser ist für Normierungen seitens Zentralverwaltung gemäss Art. 4 TBT-Übereinkommen verbindlich. Inhaltlich werden nahezu die gleichen Anforderungen an eine technische Norm gestellt wie an eine technische Vorschrift. Die beiden Formen unterscheiden sich WTO rechtlich nur in Bezug auf die Notifikationspflichten.

---

<sup>9</sup> TIETJE (FN 4), N 27; Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 67; Report of the Panel v. 29.5.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines (“EC – Sardines”)*, WT/DS231/R, para. 7.44.

<sup>10</sup> Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 70.

<sup>11</sup> TIETJE (FN 4), N 28 f.; Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 71.

<sup>12</sup> Für diese Maschinen bestünde mit einer solchen Partikel-Emissionsbegrenzung nach dem heutigen Stand der Technik eine faktische Partikelfilterpflicht.

Die Partikelfilterpflicht auf B-Baustellen wird heute in der Massnahme G8 der Baurichtlinie Luft<sup>13</sup> festgehalten, welche die allgemein gehaltene Vorschrift in Ziffer 88 Anhang 2 der Luftreinhalte-Verordnung (LRV)<sup>14</sup> konkretisiert.

Die neue Partikel-Emissionsbegrenzung soll entweder anstelle der bisherigen Partikelfilterpflicht in die Richtlinie zur Luftreinhaltung auf Baustellen oder in eine andere Anordnungsform, z.B. in die Luftreinhalte-Verordnung aufgenommen werden. Wird die Partikel-Emissionsbegrenzung neu auf Verordnungs- oder Gesetzesstufe festgehalten, ist sie aufgrund ihres zwingenden Charakters eine technische Vorschrift gemäss Anhang I:1. Fraglich ist vorliegend allein, ob bei einer Normierung der Partikel-Emissionsbegrenzung in der Baurichtlinie Luft eine technische Vorschrift oder eine technische Norm vorliegt und ob eine Normierung auf der Ebene einer Richtlinie überhaupt zulässig und sinnvoll wäre.

Laut eigenen Angaben in der Publikation Baurichtlinie Luft<sup>15</sup> handelt es sich bei den Richtlinien um Vollzugshilfen des BAFU (früher BUWAL). Solche Vollzugshilfen werden in anderen Zusammenhängen auch Empfehlungen, Wegleitungen, Handbücher oder Praxisrichtlinien genannt. Sie richten sich primär an die Vollzugsbehörden, nicht an die Privaten und sollen eine einheitliche Vollzugspraxis ermöglichen. Zum rechtlichen Stellenwert äusserst sich das BAFU wie folgt:

„Berücksichtigen die Vollzugsbehörden diese Vollzugshilfen, so können sie davon ausgehen, dass sie das Bundesrecht rechtskonform vollziehen. Andere Lösungen sind nicht ausgeschlossen; gemäss Gerichtspraxis muss jedoch nachgewiesen werden, dass sie rechtskonform sind.“<sup>16</sup>

Gemäss einem Teil der Lehre ist es möglich, dass Massnahmen als technische Vorschrift eingestuft werden, wenn dadurch „ein hinreichend intensiver staatlicher Druck im Hinblick auf die Einhaltung der technischen Spezifikation gegeben ist.“<sup>17</sup> Es kann sich somit bei der Baurichtlinie Luft um eine faktisch zwingende Vorschrift handeln.

Die Baurichtlinie Luft wurde als Auslegungshilfe zu Ziffer 88 Abs. 1 in Anhang 2 der Luftreinhalteverordnung erlassen, die wie folgt lautet:

---

<sup>13</sup> Siehe FN 1.

<sup>14</sup> Luftreinhalte-Verordnung vom 16. Dezember 1985 (LRV), SR 814.318.142.1.

<sup>15</sup> Baurichtlinie Luft (FN 1), S. 2.

<sup>16</sup> Baurichtlinie Luft (FN 1), S. 2.

<sup>17</sup> TIETJE (FN 4), N 35; a.A. SCHICK (FN 4), S. 155 f.

„Die Emissionen von Baustellen sind insbesondere durch Emissionsbegrenzungen bei den eingesetzten Maschinen und Geräten sowie durch geeignete Betriebsabläufe so weit zu begrenzen, als dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Dabei müssen Art, Grösse und Lage der Baustelle sowie die Dauer der Baustelle berücksichtigt werden. Das Bundesamt erlässt Richtlinien.“

Gemäss dieser Vorschrift sollen die Richtlinien erläutern, welche Massnahmen nötig sind, damit die Emissionen von Baustellen so weit begrenzt werden können, wie dies technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar ist. Dabei sind zwar andere Massnahmen als die von der Richtlinie vorgeschlagenen zulässig; es muss aber nachgewiesen werden, dass sie mindestens den gleichen Begrenzungseffekt haben, wie die von der Richtlinie vorgeschlagenen Massnahmen.

Zur Verminderung von Russpartikeln ist zurzeit keine ebenso wirkungsvolle Massnahme bekannt wie der Einbau eines Partikelfilters. Dementsprechend ist es für Bauunternehmen bei der Arbeit auf B-Baustellen gar nicht möglich, ohne Partikelfilter mind. den gleichen Begrenzungseffekt zu erzielen. Es kann daher gesagt werden, dass ein „hinreichend intensiver staatlicher Druck im Hinblick auf die Einhaltung der technischen Spezifikation“ gegeben ist, womit bereits die heutige Regelung in der Baurichtlinie Luft als technische Vorschrift eingestuft werden kann.

Neu will das BAFU nicht mehr eine ausdrückliche Partikelfilterpflicht verordnen, sondern Partikelemissionsgrenzwerte für Baumaschinen festlegen. Das BAFU würde damit vorschreiben, welche Emissionsbegrenzungen es als technisch und betrieblich möglich und wirtschaftlich tragbar erachtet. Mit welchen Massnahmen diese Emissionsbegrenzungen erreicht werden sollen, wird neu nicht mehr in der Richtlinie geregelt.

Bereits heute schreibt die Luftreinhalte-Verordnung in Anhang 1 Emissionsgrenzwerte vor. Allerdings gelten diese gemäss Ziff. 88 Abs. 2 in Anhang 2 nicht für Baumaschinen und Baustellen. Werden nun solche Emissionsgrenzwerte für Baumaschinen eingeführt, ist es sachgerecht, diese ebenfalls in der Luftreinhalte-Verordnung festzuhalten und nicht in einer die Verordnung konkretisierenden Richtlinie.

Im Übrigen gilt es zu beachten, dass die Anordnung von tiefen Grenzwerten politisch nicht unumstritten ist und dass die bisherigen Erfahrungen mit einer Regelung der Partikelfilterpflicht in der Baurichtlinie Luft gezeigt haben, dass deren Rechtsverbindlichkeit umstritten ist. Es ist daher auch unter diesem Aspekt sinnvoller, die neuen Grenzwertvorschriften in die Luftreinhalte-Verordnung selbst aufzunehmen.

Wird die Partikel-Emissionsbegrenzung neu auf Verordnungsstufe festgehalten, ist sie aufgrund ihres zwingenden Charakters eine technische Vorschrift gemäss Anhang I:1. Ihr Bestand ist daher nach Massgabe von Art. 2.1. TBT-Übereinkommen zu prüfen.

## **C. Das Verbot der Diskriminierung ausländischer Produkte**

### **1. Fragestellung**

Die Frage stellt sich, ob die Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht im obgenannten Sinne zur Diskriminierung ausländischer Produkte führt. Die Antwort hängt vorerst wesentlich davon ab, ob ausländische Maschinen ohne Filter als gleichartige Produkte wie inländische Maschinen mit Filter zu beurteilen sind oder nicht.

Bei der Beurteilung ist davon auszugehen, dass derzeit keine Baumaschinen mit eingebauten Partikelfiltern ab Werk auf dem Markt sind.<sup>18</sup> Gemäss dem heutigen Stand der Technik stehen zudem keine wirkungsvolleren Massnahmen zur Verfügung, um Russpartikel auf Baustellen möglichst weitgehend zu verringern. Eine Bauunternehmung muss daher nach Inkrafttreten der Massnahme Maschinen im In- oder Ausland nachrüsten lassen. Maschinen ohne Filter können nicht mehr eingesetzt werden. Dies gilt sowohl für inländische als auch für ausländische Produkte. Eine Diskriminierung de jure liegt nicht vor.

Praktisch wird sich indessen die Vorschrift dahin auswirken, dass künftig Produzenten ihre Maschinen für den schweizerischen Markt mit Filter ausrüsten werden und diese so auch ohne weitere Nachrüstung gekauft werden können. Damit entsteht ein Nachteil für Geräte, die ohne Partikelfilter gehandelt werden. Die Vorschrift führt zum praktischen Ausschluss dieser Ware oder zu einer Aufrüstung, die in Zukunft wohl relativ teurer sein wird im Vergleich zu Maschinen, die standardmässig mit einem Filter ausgerüstet wurden. Maschinen aus Mitgliedstaaten der WTO, die keine Filterpflicht kennen, erfahren damit auf dem Markt gegenüber inländischen und andern ausländischen Produkten einen Nachteil. Die Frage ist, ob dies nach dem Recht der WTO zulässig ist.

---

<sup>18</sup> Stellungnahme des Bundesrates auf die Motion Jasmin Hutter, Partikelfilter für Baumaschinen im Gleichschritt mit der übrigen Welt, 06.3095.

## 2. Das Kriterium der Gleichartigkeit von Waren

Gemäss Art. 2.1. des TBT-Übereinkommens müssen die Mitgliedstaaten sicherstellen, „dass aus dem Gebiet eines anderen Mitglieds eingeführte Waren in Bezug auf technische Vorschriften eine nicht weniger günstige Behandlung erfahren als gleichwertige Waren inländischen Ursprungs.“ Das Nichtdiskriminierungsprinzip bezieht sich im TBT-Übereinkommen wie in der WTO/GATT-Rechtsordnung allgemein auf die Inländergleichbehandlung und die Meistbegünstigungsverpflichtung.<sup>19</sup>

Art. 2.1 des TBT-Übereinkommens hat zum Ziel, importierten Waren aus Mitgliedstaaten in Bezug auf technische Vorschriften dieselben Wettbewerbschancen einzuräumen wie einheimischen Produkten. Damit soll dem Schutz der einheimischen Industrie durch nicht-tarifäre technische Massnahmen vorgebeugt werden. Art. 2.1 stellt eine spezifische Ausgestaltung von Art. III:4 GATT dar, der ebenfalls faire Wettbewerbsbedingungen für gleiche inländische und ausländische Produkte sicherstellt.<sup>20</sup>

Das Gleichbehandlungsgebot gilt nur für gleichartige Waren („like products“). Damit stellt sich die Frage, ob Maschinen mit Filter und Maschinen ohne Filter rechtlich als gleich oder als verschieden zu beurteilen sind.

Eine Definition der Gleichartigkeit enthält weder das TBT-Übereinkommen, noch das GATT.<sup>21</sup> Während die Frage der Gleichheit im TBT-Übereinkommen noch nicht Gegenstand der Streitbeilegung war, gibt es dazu im Rahmen von Art. III:2 und Art. III:4 GATT eine umfangreiche Spruchpraxis, die hier zu berücksichtigen ist.<sup>22</sup> Aufgrund des nahezu

---

<sup>19</sup> COTTIER/OESCH (FN 3), S. 398-411; TIETJE (FN 4), N 47.

<sup>20</sup> Art. III:4 GATT lautet wie folgt: „Waren, die aus dem Gebiet einer Vertragspartei in das Gebiet einer anderen Vertragspartei eingeführt werden, dürfen hinsichtlich aller Gesetze, Verordnungen und sonstigen Vorschriften über den Verkauf, das Angebot, den Einkauf, die Beförderung, Verteilung oder Verwendung im Inland keine weniger günstige Behandlung erfahren als gleichartige Waren inländischen Ursprungs. Dieser Absatz schliesst die Anwendung unterschiedlicher inländischer Beförderungstarife nicht aus, sofern diese ausschliesslich durch die Wirtschaftlichkeit der Beförderungsmittel, nicht aber durch den Ursprung der Waren bedingt sind.“

<sup>21</sup> Vgl. dazu G. BERRISCH, Allgemeines Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994), in: Hans-Joachim Priß/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, S. 71 ff., N 33.

<sup>22</sup> Eingehend dazu COTTIER/OESCH (FN 3), S. 398-411; ROBERT HUDEC, „Like Products“: The Differences in Meaning in GATT Articles I and III, in: Thomas Cottier/Petros C. Mavroidis (Hrsg.), Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law: Past, Present, and the Future, University of Michigan 2000, S. 101 ff. und PETROS C. MAVROIDIS, „Like Products“: Some Thoughts at the Positive and Normative

identischen Wortlauts von Art. 2.1 TBT-Übereinkommen und Art. III:4 GATT 1994 spricht sich die Lehre dafür aus, dass bei der Auslegung des Art. 2.1 des TBT-Übereinkommens auf die von den Streitbeilegungsorganen im Kontext von Art. III:4 GATT entwickelten Grundsätze zurückgegriffen werden kann.<sup>23</sup> Allerdings muss in diesem Zusammenhang berücksichtigt werden, dass in Art. 2.1 TBT-Übereinkommen eine mit Art. XX GATT vergleichbare Ausnahmebestimmung fehlt. Diesem Umstand muss bei der Auslegung Rechnung getragen werden.<sup>24</sup> Sodann ist anzufügen, dass der Gleichheitsbegriff von Bestimmung zu Bestimmung variieren kann. Der Appellate Body sprach in diesem Zusammenhang von einem Accordeon Approach.<sup>25</sup>

Ausgangspunkt für die Auslegung des Begriffs „gleichartige Waren“ bildet der Bericht der Working Party on Border Tax Adjustments:

„ (...) the interpretation of the term [„like product“] should be examined on a case-by-case basis. This would allow a fair assessment in each case of the different elements that constitute a „similar“ product. Some criteria were suggested for determining, on a case-by-case basis, whether a product is “similar”: the product’s end-uses on a given market: consumers’ tastes and habits, which change from country to country; the product’s properties, nature, quality.“<sup>26</sup>

Die Gleichartigkeit von Waren kann dementsprechend nicht allgemein bestimmt werden, sondern muss im Einzelfall beurteilt werden.<sup>27</sup> Für die Beurteilung der Frage, ob eine

---

Level, in: Thomas Cottier/Petros C. Mavroidis (Hrsg.), *Regulatory Barriers and the Principle of Non-Discrimination in World Trade Law: Past, Present, and the Future*, University of Michigan 2000, S. 125 ff.

<sup>23</sup> TIETJE (FN 4), N 48 und 57; FREDERIK WIEMER, *Produktsicherheit und freier Warenverkehr in GATT/WTO*, Frankfurt am Main 2001, S. 210; WON-MOG CHOI, „Like Products“, in: *International Trade Law, Towards a Consistent GATT/WTO Jurisprudence*, Oxford 2003, S. 116 ff.; a.A. SCHICK (FN 4), S. 44 f.

<sup>24</sup> Vgl. G. MARCEAU/J. TRACHTMAN, *The Technical Barriers to Trade Agreement, the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement, and the General Agreement on Tariffs and Trade*, in: *Journal of World Trade* 36 (2002), S. 811 ff., 822; SCHICK (FN 4), S. 32 ff.; TIETJE (FN 4), N 62 ff.

<sup>25</sup> Report of the Appellate Body v. 4.10.1996, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* (“*Japan – Alcoholic Beverages*”), WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R; s.a. COTTIER/OESCH (FN 3), S. 391 f.

<sup>26</sup> Report of the Working Party on border Tax Adjustments, BISD 18S/97, para. 18; s.a. COTTIER/OESCH (FN 3), S. 390.

<sup>27</sup> Report of the Panel v. 7.10.2005, *Mexico – Tax Measures on Soft Drinks and other Beverages* (“*Mexico – Soft Drinks*”), WT/DS308R. para. 8.28; Report of the Appellate Body v. 30.6.1997, *Canada – Certain Measures Concerning Periodicals*, WT/DS31/AB/R, S. 21. Siehe auch: Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages* (FN 25), S. 20.

Gleichartigkeit von Waren vorliegt, spielt die „allgemeine ratio der Garantie fairer Wettbewerbsbedingungen“<sup>28</sup> eine wichtige Rolle.<sup>29</sup> Die Gleichartigkeit von Waren ist demnach im Lichte der Frage nach einer Wettbewerbssituation der betreffenden Produkte unter- und zueinander zu bestimmen. Als Indizien für die Beurteilung der Gleichartigkeit nennt der Appellate Body:

„(i) the properties, nature and quality of the products; (ii) the end-uses of the products; (iii) consumers’ tastes and habits – more comprehensively termed consumers’ perceptions and behaviour – in respect of the products; and (iv) the tariff classification of the products. We note that these four criteria comprise four categories of “characteristics” that the products involved might share: (i) the physical properties of the products; (ii) the extent to which the products are capable of serving the same or similar end-uses; (iii) the extent to which consumers perceive and treat the products as alternative means of performing particular functions in order to satisfy a particular want or demand; and (iv) the international classification of the products for tariff purposes.”<sup>30</sup>

Vorliegend unterscheiden sich die Produkte allein durch den Partikelfilter. Im Übrigen ist davon auszugehen, dass sie gleichartig sind. Erlaubt es die unterschiedliche Ausstattung, von ungleichen Waren zu sprechen?

Rein physikalisch unterscheiden sich diese beiden Produkte kaum. Ein eingebauter Partikelfilter wird allein nicht als physikalisches Unterscheidungsmerkmal betrachtet werden können, das die rechtliche Gleichheit konkurrierender Produkte aufhebt. Beide Typen dienen ebenso demselben Endzweck; die Verwendungsmöglichkeit ändert sich mit einem Partikelfilter nicht. Auch bezüglich des Zolltarifs besteht kein Unterschied. Fraglich ist aber, ob sie auch als gleichwertige Produkte aus der Sicht der Verbraucher gelten können. Grundsätzlich spielt es für einen Bauunternehmer wohl keine Rolle, ob er seine Arbeiten mit einer Maschine mit oder ohne Partikelfilter ausführt. Der Konsument entscheidet vielmehr aufgrund der Verfügbarkeit und des Preises. Dies spricht für eine Gleichwertigkeit der Waren aus der Sicht der Verbraucher.

---

<sup>28</sup> TIETJE (FN 4), N 57.

<sup>29</sup> Vgl. dazu Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 97 und 99. Zur Rechtsprechung bezüglich der Auslegung von Art. III GATT vgl. Appellate Body Report, *Japan – Alcoholic Beverages* (FN 25), S. 16.

<sup>30</sup> Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 101; s.a. Panel Report, *Mexico – Soft Drinks* (FN 27), para. 8.26 ff.

Auf der anderen Seite muss man berücksichtigen, dass die Verbraucher – und dazu zählen neben Auftraggebern und Kunden auch die Arbeitnehmer – zunehmend auf die Umwelt- und Gesundheitsgefährdungen der Produkte achten.<sup>31</sup> Sie bleiben nicht ohne Auswirkungen auf das Wettbewerbsverhältnis entsprechender Produkte. Eine potentielle Gesundheitsgefährdung oder eine mangelnde Umweltverträglichkeit kann daher ein Indiz für eine fehlende Gleichheit im Sinne der Likeness sein.<sup>32</sup> Der Appellate Body hat denn auch die Berücksichtigung von gesundheitsgefährdenden Wirkungen von Produkten bei der Beurteilung der Gleichheit anerkannt. Im Falle von Asbest-Materialien hat er die Unterscheidung zwischen kanzerogenen und nicht nicht-kanzerogenen Stoffen zugelassen.<sup>33</sup>

113. The European Communities argues that the inquiry into the physical properties of products must include a consideration of the risks posed by the product to human health. In examining the physical properties of the product at issue in this dispute, the Panel found that "it was not appropriate to apply the 'risk' criterion proposed by the EC". The Panel said that to do so "would largely nullify the effect of Article XX(b)" of the GATT 1994. In reviewing this finding by the Panel, we note that neither the text of Article III:4 nor the practice of panels and the Appellate Body suggest that any evidence should be excluded *a priori* from a panel's examination of "likeness". Moreover, as we have said, in examining the "likeness" of products, panels must evaluate *all* of the relevant evidence. We are very much of the view that evidence relating to the health risks associated with a product may be pertinent in an examination of "likeness" under Article III:4 of the GATT 1994. We do not, however, consider that the evidence relating to the health risks associated with chrysotile asbestos fibres need be examined under a *separate* criterion, because we believe that this evidence can be evaluated under the existing criteria of physical properties, and of consumers' tastes and habits, to which we will come below.

(...)

115. We do not agree with the Panel that considering evidence relating to the health risks associated with a product, under Article III:4, nullifies the effect of Article XX(b) of the GATT 1994. Article XX(b) allows a Member to "adopt and enforce" a measure, *inter alia*, necessary to protect human life or health, even though that measure is inconsistent with another provision of the GATT 1994. Article III:4 and Article XX(b) are distinct and independent provisions of the GATT 1994 each to be interpreted on its own. The scope and meaning of Article III:4 should not be broadened or restricted beyond what is required by the normal customary international law rules of treaty interpretation, simply because Article XX(b) exists and may be available to justify measures inconsistent with Article III:4. The fact that an interpretation of Article III:4, under those

---

<sup>31</sup> TIETJE (FN 4), N 61.

<sup>32</sup> TIETJE (FN 4), N 61; a.A. WIEMER, (FN 23), S. 211.

<sup>33</sup> Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 113 und 115 f.

rules, implies a less frequent recourse to Article XX(b) does not deprive the exception in Article XX(b) of *effet utile*. Article XX(b) would only be deprived of *effet utile* if that provision could *not* serve to allow a Member to "adopt and enforce" measures "necessary to protect human ... life or health". Evaluating evidence relating to the health risks arising from the physical properties of a product does not prevent a measure which is inconsistent with Article III:4 from being justified under Article XX(b). We note, in this regard, that, different inquiries occur under these two very different Articles. Under Article III:4, evidence relating to health risks may be relevant in assessing the *competitive relationship in the marketplace* between allegedly "like" products. The same, or similar, evidence serves a different purpose under Article XX(b), namely, that of assessing whether a *Member* has a sufficient basis for "adopting or enforcing" a WTO-inconsistent measure on the grounds of human health.

116. We, therefore, find that the Panel erred, in paragraph 8.132 of the Panel Report, in excluding the health risks associated with chrysotile asbestos fibres from its examination of the physical properties of that product.

Umso mehr muss diese Unterscheidung zwischen gesundheitsgefährdenden und nicht-gesundheitsgefährdenden Waren im Rahmen des TBT-Übereinkommens gelten, wo zusätzlich keine Ausnahmebestimmungen im Sinne von Art. XX GATT zur Verfügung stehen. Einige Autoren sprechen sich deshalb auch für eine weitergefasste Auslegung des Gleichheitsbegriffs im TBT-Übereinkommen aus.<sup>34</sup> Denn würde man denselben Massstab wie in Art. III:4 GATT anwenden, hätte dies zur Folge, dass die Mitgliedstaaten trotz sachlichen Gründen daran gehindert würden, technische Vorschriften zu erlassen, die zu einer Ungleichbehandlung von inländischen und ausländischen Produkten führen. Ein solches Verbot ginge weit über den Zweck des TBT-Übereinkommens hinaus, der sich auf die Verhinderung von protektionistischen Massnahmen durch technische Vorschriften beschränkt.<sup>35</sup> Die Regelungen dienen nicht dazu, legitime Politikziele der Mitgliedstaaten zu vereiteln.

Gestützt auf diese Rechtsprechung und Lehre kann geschlossen werden, dass die Unterscheidung von Maschinen mit und ohne Filter zulässig ist und keine Gleichheit der Produkte vorliegt. Die Vorschrift hält damit dem TBT-Übereinkommen trotz de facto Einschränkungen des Markzutritts stand.

Geht man umgekehrt in der Beurteilung von einer Gleichheit aus, so stellt sich in der Folge die Frage, ob rechtlich eine weniger günstige Behandlung vorliegt.

---

<sup>34</sup> MARCEAU/TRACHTMAN (FN 24), S. 822 f.; SCHICK (FN 4), S. 44 ff.

<sup>35</sup> TIETJE (FN 4), N 62.

### 3. Keine weniger günstige Behandlung

Gemäss Art. 2.1 des TBT-Übereinkommens dürfen technische Vorschriften nicht in der Absicht oder mit der Wirkung ausgearbeitet, angenommen oder angewendet werden, unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel zu schaffen. Nach der Lehre genügt eine potentielle Benachteiligung, um einen Verstoss gegen das Diskriminierungsverbot festzustellen.<sup>36</sup> Allerdings besteht dazu bislang noch keine klare Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane.<sup>37</sup> Die bloss potentielle Diskriminierung ist im EG Recht anerkannt (Dassonville-Formel); ob dies auch auf globaler Ebene zutrifft, ist fraglich.

Im Freihandelsabkommen Schweiz –EG wird vom Erfordernis einer konkreten und aktuellen Diskriminierung ausgegangen, eine potentielle Diskriminierung reicht nicht aus.<sup>38</sup> Daraus lässt sich ableiten, dass eine potenzielle Diskriminierung in erster Linie innerhalb eines einheitlich geregelten Binnenmarkts als genügend erachtet werden muss, nicht aber innerhalb von weniger weit gehenden handelsrechtlichen Regelungen. Umso mehr kann man davon ausgehen, dass eine potentielle Diskriminierung auch auf globaler Ebene im WTO-Recht nicht ausreichend ist. Dementsprechend kann geschlossen werden, dass im WTO-Recht für die Bejahung einer weniger günstigen Behandlung eine konkrete und aktuelle Diskriminierung vorhanden sein muss.

Die Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht führt mit der Inkraftsetzung vorerst zu keinen Benachteiligungen, da alle Maschinen – ob inländisch oder ausländisch – gleichermassen und zu gleichen Bedingungen umgerüstet werden müssen. Sobald sich der Filter als Standardausrüstung in der Schweiz und bei für die Schweiz bestimmten Produkten durchsetzt, erfahren anderweitige Produkte eine Schlechterstellung. Diese Rechtslage tritt aber nicht von heute auf morgen ein. Die Produzenten können sich demzufolge auf die Umstellung vorbereiten. Sie können entsprechend disponieren und eine Diskriminierung vermeiden. In diesem Zusammenhang ist auch zu betonen, dass es sich bei Baumaschinen

---

<sup>36</sup> TIETJE (FN 4), N 51 ff.; WIEMER (FN 23), S. 213.

<sup>37</sup> Vgl. dazu z.B. Report of the Appellate Body v. 14.1.2002, *United States – Tax Treatment for foreign sales corporations*, WT/DS108/AB/RW, para. 215; Report of the Panel v. 31.7.2000, *Korea - Measures affecting imports of fresh, chilled and frozen beef*, WT/DS161/R und WT/DS169/R, para. 627.

<sup>38</sup> OLIVIER JACOT-GUILLARMOD, *Le juge national face au droit européen*, Bruxelles 1993, S. 230; JÜRIG BORER, *Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen im Freihandelsabkommen Schweiz/EG*, Bern 1988, S. 109 und 191-193.

nicht um Konsumgüter, sondern um eigentliche Investitionsgüter handelt, die für einen nachhaltigen und mehrfachen Einsatz in der Schweiz beschafft werden. Der punktuelle Einsatz etwa im Rahmen eines Bauauftrages einer ausländischen und nicht umgerüsteten Maschine stellt sich als Problem des Dienstleistungsrechts des GATS und wird dort aufzunehmen sein.

#### **D. Verbot unnötiger Hemmnisse für den internationalen Handel**

Grundsätzlicher ist die Frage, ob die Massnahme als solche standhält. Art. 2.2 des TBT-Übereinkommens verpflichtet die Mitgliedsstaaten, technische Vorschriften nicht so einzusetzen, dass sie unnötige Hemmnisse für den internationalen Handel darstellen. Die Beantwortung der Frage der Zulässigkeit hängt davon ab, ob ein legitimes Schutzziel mit verhältnismässigen Mitteln verfolgt wird oder nicht.

##### **1. Erfordernis eines legitimen Schutzzieles und einer Gefährdung**

Technische Vorschriften sind nur dann zulässig, wenn sie ein legitimes Schutzziel verfolgen. In Satz 3 von Art. 2.2 des TBT-Übereinkommens sind beispielhaft einzelne Rechtsgüter aufgeführt, deren Schutz auch bei einer handelsbeschränkenden Wirkung gerechtfertigt sein kann:

„Berechtigte Ziele sind unter anderem Erfordernisse der nationalen Sicherheit, Verhinderung irreführender Praktiken, Schutz der Gesundheit und Sicherheit von Menschen, des Lebens oder der Gesundheit von Tieren und Pflanzen oder der Umwelt.“

Eine Reduktion der Partikelemissionen auf Baustellen dient offenkundig der Gesundheit von Menschen sowie dem Schutz der Umwelt. Gemäss Satz 3 von Art. 2.2 TBT-Übereinkommen zählen sowohl der Schutz der Gesundheit von Menschen, wie auch der Schutz der Umwelt zu den Rechtsgütern, bei denen eine handelsbeschränkende Vorschrift gerechtfertigt sein kann. Der Schutz der Gesundheit ist unbestrittenermassen ein im WTO Recht anerkanntes Schutzziel.<sup>39</sup>

---

<sup>39</sup> WIEMER (FN 23), S. 222; vgl. dazu z.B. Report of the Panel v. 7.11.1990, *Thailand - Restrictions on Importation of an Internal Taxes on Cigarettes* (“*Thailand – Cigarettes*”), BISD 37S/200, para. 73; Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 155 ff.; Report of the Panel v. 29.1.1996, *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, WT/DS2/R, para 6.20 ff.

Weiter muss die Massnahme der Beseitigung oder Verminderung einer Gefährdung im Lichte des Schutzzieles dienen.<sup>40</sup> Bei der Beurteilung der Gefahr sind „unter anderem verfügbare wissenschaftliche und technische Informationen, verwandte Produktionstechniken oder der beabsichtigte Endverbrauch der Waren“<sup>41</sup> zu beachten. Eine streng wissenschaftliche Kausalität, wie sie im Rahmen des Übereinkommens über die Anwendung gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtlicher Massnahmen<sup>42</sup> (SPS-Übereinkommen) verlangt wird<sup>43</sup>, ist im Rahmen des TBT-Übereinkommens indessen nicht Voraussetzung einer Regelung.

Es ist daher zu prüfen, ob der Feinstaub eine hinreichend unmittelbare Gefahr für die Gesundheit der Menschen und die Umwelt darstellt.

In zahlreichen Studien wurde ein Zusammenhang zwischen einer erhöhten Feinstaubbelastung und dem Anstieg von Atemwegs- und Herz-Kreislauf-Erkrankungen festgestellt.<sup>44</sup> Ebenso

---

<sup>40</sup> WIEMER (FN 23), S. 236.

<sup>41</sup> Vgl. Art. 2.2 letzter Satz TBT-Übereinkommen.

<sup>42</sup> Anhang 1A.4 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

<sup>43</sup> Vgl. hierzu Art. 2.2 i.V.m. Art. 5 SPS-Übereinkommen.

<sup>44</sup> Siehe z.B. DOUGLAS W. DOCKERY ET AL., An association between air pollution and mortality in six U.S. cities, in: *The New England Journal of Medicine* 329/24 (1993), S. 1753 ff.; ELIZABETH ZEMP ET AL. AND THE SAPALDIA TEAM, Long-term ambient air pollution and respiratory symptoms in adults (SAPALDIA study), in: *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* 159 (1999), S. 1257 ff.; JONATHAN M. SAMET ET AL., Fine particulate air pollution and mortality in 20 U.S. cities 1987-1994, in: *The New England Journal of Medicine* 343 (2000), S. 1742 ff. und 1798 ff.; GERARD HOEK ET AL., Association between mortality and indicators of traffic-related air pollution in the Netherlands: a cohort study, in: *The Lancet* 360 (2002), S. 1203 ff.; W. JAMES GAUDERMAN ET AL., The effect of air pollution on lung development from 10 to 18 years of age, in: *The New England Journal of Medicine* 351/11 (2004), S. 1057 ff.; EVANGELIA SAMOLI ET AL., Estimating the exposure-response relationships between particulate matter and mortality within the APHEA multicity project, in: *Environmental Health Perspectives* 133/1 (2005), S. 88 ff.; FRANCESCA DOMINICI ET AL., Fine particulate air pollution and hospital admission for cardiovascular and respiratory disease, in: *The Journal of the American Medicine Association* 295 (2006), S. 1127 ff.; ULRIKE GEHRING ET AL., Long-term exposure to ambient air pollution and cardio-pulmonary mortality in women, in: *Epidemiology* 17/5 (2006), S. 545 ff.; FRANCINE LADEN ET AL., Reduction in fine particulate air pollution and mortality: extended follow-up of the Harvard Six Cities study, in: *American Journal of Respiratory and Critical Care Medicine* 173/6 (2006), S. 667 ff.; PAOLO VINEIS ET AL., Air pollution and risk of lung cancer in a prospective study in Europe, in: *International Journal of Cancer* 119/1 (2006), S. 169 ff.

hält die BAFU-Publikation „Feinstaub macht krank“<sup>45</sup> ausdrücklich fest, dass die Luftbelastung durch Feinstaub die Gesundheit von Menschen schädigt. Am schlimmsten sind dabei die Feinstaubpartikel mit einem Durchmesser von weniger als 10 Mikrometern die auch als PM10 bekannt sind, da diese kleineren Partikel nicht bereits in der Nase aus dem Luftstrom gefiltert werden oder sich im Rachen ablagern, sondern direkt in die Luftröhre sowie in die Bronchien und Bronchiolen gelangen. Die Feinstaubabgase aus Dieselmotoren zählen dabei zu den gefährlichsten Bestandteilen des Feinstaubes, da diese Schadstoffe krebserregend sind.<sup>46</sup>

Auch innerhalb der WHO wird die gesundheitsschädigende Wirkung von Feinstaub anerkannt. Sie empfiehlt zur Bekämpfung der gesundheitlichen Schäden durch Feinstaub unter anderem eine Partikelfilterpflicht für alle Dieselfahrzeuge.<sup>47</sup>

Eine Gefährdung der Gesundheit durch Feinstaub kann damit bejaht werden. Eine strenge Partikel-Emissionsbegrenzung will und kann diese Gefährdung so weit wie möglich mindern.<sup>48</sup> Das Erfordernis, dass die Massnahme der Beseitigung oder Verminderung einer Gefährdung im Lichte des Schutzzieles dienen muss, ist somit im vorliegenden Fall erfüllt.

## **2. Verhältnismässigkeit der Massnahme**

Art. 2.2 des TBT-Übereinkommens verlangt, dass die technische Vorschrift „nicht handelsbeschränkender sein darf, um dieses berechtigte Ziel zu erreichen“ („shall not be more trade restrictive than necessary to fulfil an legitimate objective“). Eine technische Vorschrift darf dementsprechend den Handel nur soweit beschränken, als dies für das Erreichen des berechtigten Zieles notwendig ist. Bei der Auslegung des Begriffes der Notwendigkeit kann aufgrund des ähnlichen Wortlautes ebenfalls auf die von den Streitbeilegungsorganen im Hinblick auf dieses Erfordernis im Rahmen der Art. XX b) und d) GATT entwickelten

---

<sup>45</sup> BUWAL, Feinstaub macht krank, Bern 2005. Zu beziehen unter <[www.buwalshop.ch](http://www.buwalshop.ch)>, Code: DIV-5012-D.

<sup>46</sup> Bericht der Eidgenössischen Kommission für Lufthygiene, Krebsrisiko von Diesel- und Benzinmotorabgasen, in: BUWAL (Hrsg.), Schriftenreihe Umwelt Nr. 222, Bern 1994 mit weiteren Verw.

<sup>47</sup> MICHAL KRZYZANOWSKI/BIRGIT KUNA-DIBBERT/JÜRGEN SCHNEIDER (Hrsg.), Health Effects of transport-related air pollution, WHO Regional Office for Europe, WHO 2005, abrufbar unter <<http://www.euro.who.int/document/e86650.pdf>> (besucht am 31. Mai 2007).

<sup>48</sup> Vgl. z.B. BUWAL, Feinstaub macht krank (FN 45), S. 10.

Grundsätze zurückgegriffen werden.<sup>49</sup> Es handelt sich im Wesentlichen um eine Prüfung der Verhältnismässigkeit der Massnahme.

## **2.1. Eignung**

Die Massnahme muss objektiv zum Schutz der Gesundheit von Menschen und der Umwelt geeignet sein. Unter dem Gesichtspunkt der Eignung muss insbesondere geprüft werden, ob die Massnahme dem primären Ziel dient oder eher eine protektionistische Massnahme zu Gunsten der einheimischen Industrie darstellt.

Wie oben festgehalten, schädigt die Luftbelastung durch Feinstaub die Gesundheit von Menschen und die Umwelt. Eine Partikel-Emissionsbegrenzung bis hin zur faktischen Partikelfilterpflicht ist geeignet, diese Luftbelastung und damit die Gesundheitsgefährdung für Menschen und die Luftbelastung zu verringern. Die vom BAFU vorgeschlagene Massnahme einer faktischen Partikelfilterpflicht auf allen Baustellen für alle Baumaschinen, bzw. für Maschinen bis zu 37 kW, bzw. 18 kW dient damit dem Schutz der Gesundheit und stellt keine protektionistische Massnahme dar.

## **2.2. Erforderlichkeit**

### *a) Übersicht*

Art. 2.2 des TBT-Übereinkommens enthält keine Definition der Erforderlichkeit. Aufgrund der Ähnlichkeit mit Art. XX GATT wird dieses Kriterium in der Lehre bei der Auslegung der Erforderlichkeit berücksichtigt.<sup>50</sup> Gemäss der Rechtsprechung der Streitbeilegungsorgane der WTO ist eine Massnahme dann nicht mehr als notwendig zu erachten, wenn eine alternative Regelung denkbar wäre, die keinen oder nur einen geringen Eingriff in Verpflichtungen der Mitgliedstaaten darstellt. Voraussetzung ist, dass diese alternative Regelung von dem entsprechenden Mitgliedstaat vernünftigerweise erwartet werden kann.<sup>51</sup>

---

<sup>49</sup> TIETJE (FN 4), N 87.

<sup>50</sup> Vgl. dazu auch SCHICK (FN 4), S. 85 m.w.Verw.; TIETJE (FN 4), N 88; WIEMER (FN 23), S. 140 und 243 ff.

<sup>51</sup> Zu den Einzelheiten dieser Rechtspraxis siehe: Panel Report, *Thailand – Cigarettes*, (FN 39), para. 75; Report of the Panel v. 7.11.1989, *United States – Section 337 of the Tariff Act of 1930*, BISD 36S/345, para 5.26; Report of the Appellate Body v. 11.12.2000, *Korea – Measures Affecting Imports of Fresh, Chilled and Frozen Beef*, WT/DS161/AB/R and WT/DS169/AB/R, para. 166; Appellate Body Report, *EC – Asbestos* (FN 6), para. 170 ff.

“The import restrictions imposed by Thailand could be considered to be "necessary" in terms of Article XX(b) only if there were no alternative measure consistent with the General Agreement, or less inconsistent with it, which Thailand could *reasonably be expected to employ to achieve its health policy objectives*.”<sup>52</sup>

Wie bereits ausgeführt wurde, gibt es gemäss heutigem Stand der Technik keine wirksame alternative Möglichkeit, die Feinstaubemissionen von Baumaschinen so stark wie durch den Einbau eines Partikelfilters zu senken. Will die Schweiz daher die Feinstaub-Emissionen auf ein Minimum beschränken, gibt es zum heutigen Zeitpunkt keine andere Massnahme als die Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht mittels eines strengen Partikel-Emissionsgrenzwertes.

Indessen stellt sich die Frage, ob es erforderlich ist, Partikelfilter für alle Baumaschinen jeder Leistungsklasse und jedes Alters zu verlangen oder ob es nicht verhältnismässiger wäre, Partikelfilter erst für Baumaschinen ab einer gewissen Kilowatt-Leistung zu verlangen, sowie auch das Alter der Baumaschine zu berücksichtigen. In einem ersten Schritt ist daher zu untersuchen, ob eine Unterscheidung bezüglich der Leistungsklasse bei Baumaschinen erforderlich ist, um den Anforderungen der Verhältnismässigkeit zu genügen. Es geht daher um die Frage, bis zu welcher Leistungsklasse beim Neukauf einer Baumaschine eine faktische Partikelfilterpflicht noch verhältnismässig ist. In einem zweiten Schritt wird untersucht, bei welchen Baumaschinen eine Nachrüstung als verhältnismässig beurteilt werden kann.

#### *b) Erforderlichkeit einer Unterscheidung bezüglich der Leistungsklasse*

Ziel der Massnahme ist es, die Emissionen von Feinstaubpartikeln insb. der Grösse PM 10, die besonders krebserregend sind, so weit wie möglich zu reduzieren. Die Feinstaubemissionen von Baumaschinen unter 37 kW, bzw. 18 kW sind nicht weniger krebserregend als die von Baumaschinen über 37 kW. Um die Gesundheit möglichst weitgehend zu schützen und die Gefahr der Schädigung durch Feinstaubpartikel möglichst weitgehend zu verringern, kann daher als notwendig erachtet werden, alle Baumaschinen mit Partikelfilter auszurüsten. Denn auch bei Baumaschinen unter 37 kW gibt es keine andere, weniger handelsbeschränkende Massnahme, die Emissionen ebenso gut zu verringern.

Auf der anderen Seite gilt es zu berücksichtigen, dass eine Aufrüstung von Baumaschinen unter einer gewissen Kilowatt-Leistungsklasse zurzeit (noch) zu unverhältnismässig hohen

---

<sup>52</sup> Panel Report, *Thailand – Cigarettes*, (FN 39), para. 75.

Kosten führt. Die Kosten für einen Partikelfilter sind abhängig von Maschinenleistung, Filtergrösse und -system. Sie bewegen sich bei einer Nachrüstung zwischen 10'000 und 20'000 Franken, bei Neumaschinen sind die Filter-Kosten etwas tiefer.<sup>53</sup> Im Durchschnitt kosten Baumaschinen unter 18 kW zw. 30'000 und 45'000 CHF. Baumaschinen mit einer Leistung zw. 18-37 kW kosten im Durchschnitt zwischen 45'000 und 65'000 CHF. Zurzeit kostet ein Partikelfilter für beide Leistungsklassen rund 9000 CHF.<sup>54</sup> Es scheint somit fraglich, ob eine Partikelfilterpflicht für Baumaschinen unter 18 kW, bei denen die Aufrüstung mit einem Partikelfilter rund 1/3 bis 1/4 des effektiven Maschinenpreises ausmacht, noch als verhältnismässig beurteilt werden kann.

Zusätzlich kommt hinzu, dass die jährliche Einsatzdauer von Baumaschinen je nach Leistungsklasse und nach Alter variiert. Gemäss Berechnungen des BAFU werden Maschinen unter 18 kW im Durchschnitt jährlich 195 Stunden eingesetzt, Maschinen zw. 18 - 37 kW jährlich 344 Stunden und Maschinen über 37 kW 400-623 Stunden.<sup>55</sup>

<b>Durchschnittliche Jährliche Einsatzdauer nach Leistungsklasse [Bh/a]</b>					
Segment	<18 kW	18–37 kW	37–75 kW	75–130 kW	130 –560 kW
Betriebsstunden [Bh/a]	195	344	400	518	623

Quelle: BUWAL, Nachrüstung von Baumaschinen mit Partikelfiltern

Für die Partikelemission bedeutet dies, dass die Effizienz eines Filters bei kleineren Leistungsklassen, insbes. bei Maschinen unter 18 kW aufgrund ihrer jährlich kürzeren Einsatzdauer kleiner ist als bei Maschinen mit mehr Leistung.

Aufgrund dieser Betrachtungen ist die Verhältnismässigkeit einer faktischen Partikelfilterpflicht für Baumaschinen mit einer Leistung unter 18 kW zum heutigen Zeitpunkt fragwürdig.

---

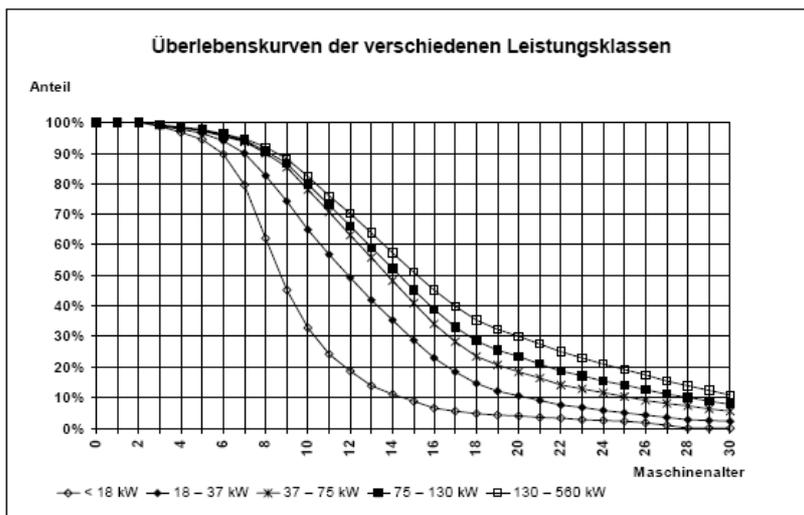
<sup>53</sup> Vgl. hierzu z.B. AWEL (Amt für Abfall, Wasser, Energie und Luft der Baudirektion des Kantons Zürich), Baurichtlinie Luft im Kanton Zürich, Infoblatt 3: Nutzung, Aufrüstung, Unterhalt, Partikelfilter, abrufbar unter <<http://www.luft.zh.ch/internet/bd/awel/lufthygiene/de/aktivites/ig/baustelle.html>> (besucht am 31. Mai 2007), S. 5.

<sup>54</sup> Alle Zahlungen sind Schätzungen gemäss einem Telefonat mit Avesco Baumaschinen.

<sup>55</sup> Bundesamt für Umwelt, Wald und Landschaft (BUWAL), Nachrüstung von Baumaschinen mit Partikelfiltern, Kosten Nutzen-Betrachtung, Bern 2003, abrufbar unter <<http://www.bafu.admin.ch/php/modules/shop/files/pdf/php5DHUe.pdf>> (besucht am 31. Mai 2007), S. 16.

c) *Erforderlichkeit einer Unterscheidung bezüglich des Alters der Baumaschinen*

Zusätzlich zur Frage, ob bei einer faktischen Partikelfilterpflicht eine Unterscheidung anhand der Leistung verhältnismässiger erscheint, stellt sich auch die Frage, ob es eine Unterscheidung hinsichtlich des Alters von verschiedenen Maschinen braucht. Gemäss Schätzungen haben Baumaschinen je nach Leistungsklasse eine Lebenserwartung von 10 bis 17 Jahren.<sup>56</sup> Je geringer die Leistungsklasse, desto tiefer ist die durchschnittliche Lebenserwartung.



Quelle: BUWAL, Nachrüstung von Baumaschinen mit Partikelfiltern

Eine Nachrüstung mit Partikelfilter kostet wie oben erwähnt zwischen 10'000 und 20'000 Franken. Je nach Leistungsklasse und Lebenserwartung kann es daher zu unverhältnismässigen Kosten für eine Nachrüstung kommen. Ist z.B. eine Maschine mit 37 kW bereits 15 Jahre alt, scheint es nicht verhältnismässig, hier noch den Kauf eines Partikelfilters vorzuschreiben. Auf der anderen Seite wird eine solche Pflicht bei einer Baumaschine mit 250 kW eher verhältnismässig sein. Es wäre daher angebracht, dass man bei den vorgesehenen Grenzwertvorschriften auch das Alter im Zusammenhang mit der Leistungsklasse angemessen berücksichtigt.

<sup>56</sup> BUWAL, Nachrüstung von Baumaschinen mit Partikelfiltern (FN 55), S. 14.

Sinnvoll erscheint auch, dass, wie in einer Stellungnahme des Bundesrates erwähnt, bei besonders schwierigen Nachrüstungsproblemen Ausnahmen zur Partikelfilterpflicht gewährt werden.<sup>57</sup>

*d) Konsistenz der Massnahme in Bezug auf gleichgelagerte Problembereiche*

In diesem Zusammenhang stellt sich auch die Frage, warum die Regelung auf Baumaschinen mit Dieselmotoren beschränkt wird, obwohl ein wesentlicher Teil der Dieselermissionen von landwirtschaftlichen Maschinen ausgestossen wird.<sup>58</sup> Es stellt sich mit andern Worten die Frage der Konsistenz der Massnahme in Bezug auf gleichgelagerte Problembereiche. Während eine solche Konsistenz der Massnahme im Rahmen des SPS-Übereinkommens ausdrücklich gefordert ist und blosse Teilregelungen gestützt auf Art. 5.5. des SPS-Übereinkommens angefochten werden können, fehlt eine entsprechende Bestimmung im TBT-Übereinkommen. Es ist somit zulässig, punktuelle Massnahmen zu ergreifen und zu rechtfertigen, die lediglich einen Beitrag an die Lösung eines Problems leisten, dieses aber nicht umfassend an die Hand nehmen. Darin kann auch keine willkürliche Diskriminierung erblickt werden, die im TBT-Übereinkommen lediglich im Rahmen der Präambel angesprochen wird. In Anlehnung an die Rechtsprechung zu Art. XX GATT liegt eine solche vor, wo Produkte aus vergleichbaren Herkunftsländern unterschiedlich behandelt werden oder sich die Beschränkung als ein eigentlicher Missbrauch zulässiger Einschränkungen zum Schutze der einheimischen Produktion erweist. Beides liegt im Rahmen einer gleichen Teilregelung und Beschränkung auf bestimmte Geräte nicht vor.

*e) Formulierung als Zielnorm*

Art. 2.8 TBT-Übereinkommen schreibt vor, dass technische Vorschriften, wo immer möglich („wherever appropriate“) als Zielnormen („performance requirements“) und nicht als Produktvorschriften („design or descriptive characteristics“) formuliert werden sollten. Dahinter steht der Gedanke der Verhältnismässigkeit, da Zielnormen technisch auf verschiedene Weise erreicht werden können und damit weniger handelshemmend sind als eigentliche Produktvorschriften. Vorliegend möchte das BAFU eine Partikel-Emissionsbegrenzung auf allen Baustellen, bzw. nur für Maschinen ab 37 kW, bzw. 18 kW

---

<sup>57</sup> Stellungnahme des Bundesrates auf die Motion Jasmin Hutter, Partikelfilter für Baumaschinen im Gleichschritt mit der übrigen Welt, 06.3095.

<sup>58</sup> BUWAL, Feinstaub macht krank (FN 45), S. 10.

festlegen, die zurzeit nur mit Partikelfiltern erreicht werden kann. Das BAFU sieht aber bewusst davon ab, eine Partikelfilterpflicht zu normieren. Mittels Festlegung eines Grenzwertes für Partikelemissionen auf Baustellen lässt das BAFU Raum für künftige technologische Entwicklungen. Sollte es künftig möglich sein, diesen tiefen Grenzwert auch ohne Partikelfilter zu erreichen,<sup>59</sup> wäre dies mit einer solchen Grenzwertformulierung möglich und erlaubt. Die vorgeschlagene Massnahme ist demnach als Zielnorm abgefasst und entspricht den Anforderungen von Art. 2.8. TBT-Übereinkommen.

### **2.3. Bestand internationaler Normen**

Gemäss Art. 2.4 TBT-Übereinkommen sind die Mitgliedstaaten verpflichtet, soweit technische Vorschriften erforderlich sind und einschlägige internationale Normen bestehen oder deren Fertigstellung unmittelbar bevorsteht, bei der Ausgestaltung ihrer technischen Vorschriften diese oder die einschlägigen Teile derselben als Grundlage für die technischen Vorschriften heranzuziehen. Die Mitgliedstaaten können davon absehen, sofern die internationale Norm oder die einschlägigen Teile derselben unwirksame oder ungeeignete Mittel zur Erreichung der angestrebten berechtigten Ziele sind.<sup>60</sup> Wird eine technische Vorschrift zum Schutz berechtigter Ziele ausgearbeitet und ist sie konform mit einschlägigen internationalen Normen, so besteht gemäss Art. 2.5 TBT-Übereinkommen die widerlegbare Vermutung, dass sie kein unnötiges Hemmnis für den internationalen Handel schafft.

Im Bereich der Emissionsreduktionen von Russpartikeln existiert im Rahmen der UNO ECE-Kommission das Reglement Nr. 96 über die Genehmigung der Motoren mit Selbstzündung für land- und forstwirtschaftliche Zugmaschinen und mobile Maschinen, die nicht für den Straßenverkehr bestimmt sind, hinsichtlich der Emissionen von Schadstoffen aus dem Motor.<sup>61</sup> Das ECE-Abkommen haben zurzeit über 40 Vertragsstaaten unterzeichnet, das ECE-

---

<sup>59</sup> Vgl. dazu z.B. STEVEN ASHLEY, Diesels Come Clean, in: Scientific American 296/3 (2007), S. 62 ff.

<sup>60</sup> Vgl. Art. 2.4 Satz des TBT-Abkommens.

<sup>61</sup> ECE-Regulation No. 96, Addenda to the Agreement concerning the Adoption of Uniform Technical Prescriptions for wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted and/or be used on wheeled vehicles and the conditions for reciprocal recognition of approvals granted on the basis of these prescriptions (Rev.2), Uniform Provisions Concerning the Approval of Compression Ignition (C.I.) Engines to be Installed in Agricultural and Forestry Tractors and in Non-Road Mobile Machinery with regard to the Emissions of Pollutants by the Engine, abrufbar unter <<http://www.unece.org/trans/main/wp29/wp29regs.html>> (besucht am 31. Mai 2007).

Reglement wurde zusätzlich mit der Richtlinie 97/68/EG ins Recht der EG übernommen.<sup>62</sup> Es stellt sich damit die Frage, ob dieses Reglement eine einschlägige internationale Norm gemäss Art. 2.4 TBT-Übereinkommen darstellt. Internationale Normen gemäss Art. 2.4 des TBT-Übereinkommens sind Normen, die von einer internationalen Organisation („body“) erarbeitet wurden.<sup>63</sup> Daher wird hier zunächst untersucht, ob das ECE-Reglement eine Norm gemäss TBT-Übereinkommen darstellt und dann, ob es von einer internationalen Organisation („body“) gemäss TBT-Übereinkommen erarbeitet wurde.

Der Begriff der Norm wird in Annex 1.2 des TBT-Übereinkommens wie folgt definiert:

„Ein von einer anerkannten Stelle angenommenes Dokument, das zur allgemeinen und wiederholten Anwendung Regeln, Richtlinien oder Merkmale für ein Produkt oder die entsprechenden Verfahren oder Produktionsmethoden festlegt, deren Einhaltung nicht zwingend vorgeschrieben ist.“

Das ECE-Reglement Nr. 96 ist zur allgemeinen und wiederholten Anwendung gedacht und schreibt vor, welche Voraussetzungen Motoren mit Selbstzündung für land- und forstwirtschaftliche Zugmaschinen und mobile Maschinen, die nicht für den Straßenverkehr bestimmt sind, hinsichtlich der Emissionen von Schadstoffen aus dem Motor erfüllen müssen, um eine Genehmigung zu bekommen. Es kann daher als Norm gemäss Art. 1.2 des TBT-Übereinkommens beurteilt werden.

Als nächstes muss untersucht werden, ob die ECE eine internationale Organisation („body“) gemäss TBT-Übereinkommen darstellt. Annex 1.4 des TBT-Übereinkommens definiert eine internationale Organisation („body“) bzw. System wie folgt:

„Eine Organisation oder ein System, der bzw. dem zuständige Stellen zumindest aller Mitglieder beitreten können.“

Die Economic Commission for Europe (ECE) wurde 1947 durch den ECOSOC errichtet. Sie ist eine von fünf regionalen Kommissionen des ECOSOC, bzw. der UN. Neben den Staaten der GUS und den Vereinigten Staaten sind vor allem europäische Staaten Mitglieder der ECE. Gemäss Art. 24 der Rules of the Procedure of the Economic Council werden die Mitglieder der regionalen Kommissionen des ECOSOC durch den ECOSOC bestimmt. Zurzeit hat der ECE 56 Mitglieds-Staaten. Andere Staaten der UN können an der Arbeit des ECE teilhaben,

---

<sup>62</sup> Der neuste Stand der beigetretenen Vertragsstaaten ist abrufbar unter <[http://www.unece.org/trans/conventn/agreem\\_cp.html#18](http://www.unece.org/trans/conventn/agreem_cp.html#18)> (besucht am 31. Mai 2007).

<sup>63</sup> Panel Report, *EC - Sardines* (FN 9), para. 7.63

was aber einem Beitritt gemäss Annex 1.4 des TBT-Übereinkommens nicht gleichkommt. Gemäss Wortlaut von Annex 1.4 des TBT-Übereinkommens muss die Mitgliedschaft zu dieser Organisation, bzw. zu diesem System für *alle WTO-Mitglieder* offen stehen.<sup>64</sup> Das ist hier zumindest nicht fraglich.

Auch die Bezeichnung der Kommission „regional commission“, bzw. „Economic Commission for Europe“ weist darauf hin, dass es sich bei dem ECE nicht um eine internationale, sondern um eine regionale Organisation handelt. Ein weiteres Indiz, das gegen eine internationale Organisation („body“) gemäss Annex 1.4 des TBT-Übereinkommens spricht, liegt im Zweck der regionalen Organisationen, die gesamteuropäische wirtschaftliche Integration zu fördern.<sup>65</sup> Der Zweck bezieht sich dementsprechend primär auf Europa und ist nicht global ausgerichtet. Es ist daher fraglich, ob der ECE eine internationale Organisation („body“) gemäss Annex 1.4 des TBT-Übereinkommens ist.

Dementsprechend bestehen ernsthafte Zweifel, ob im Bereich der Emissionsreduktion eine internationale Norm im Sinne von Art. 2.4 TBT-Übereinkommen überhaupt besteht.

Auf der anderen Seite können sämtliche UN-Mitglieder Vertragspartei des betreffenden ECE-Reglements werden. Gemäss Art. 6 des „Agreement concerning the Adoption of Uniform Technical Prescriptions for wheeled vehicles, equipment and parts which can be fitted and/or be used on wheeled vehicles and the conditions for reciprocal recognition of approvals granted on the basis of these prescriptions“ können nicht nur Mitglieder der ECE Vertragspartei des Abkommens und der dazugehörigen Ergänzungen werden:

1. Countries members of the Economic Commission for Europe, countries admitted to the Commission in a consultative capacity in accordance with paragraph 8 of the Commission's Terms of Reference, and regional economic integration organizations set up by countries members of the Economic Commission for Europe to which their Member States have transferred powers in the fields covered by this Agreement, including the power to make binding decisions on their Member States, may become Contracting Parties to this Agreement.
2. Countries Members of the United Nations as may participate in certain activities of the Economic Commission for Europe in accordance with Paragraph 11 of the Commission's Terms of Reference and regional economic integration organizations of such countries to which their Member States have transferred powers in the fields covered by this Agreement including power

---

<sup>64</sup> Vgl. dazu auch SCHICK (FN 4), S. 115; Panel Report, *EC – Sardines* (FN 9), para 6.6.

<sup>65</sup> Vgl. dazu auch SCHICK (FN 4), S. 120 f.

to make binding decisions on their Member States may become Contracting Parties to this Agreement.

Dies spricht eher dafür, dass es sich bei dem ECE-Reglement Nr. 96 um eine internationale Norm handelt.

Soweit man die Frage bejaht, dass es sich beim ECE-Reglement Nr. 96 um eine internationale Norm gemäss Art. 2.4 des TBT-Übereinkommens handelt, sind die weiteren Voraussetzungen einer nationalen Normierung zu prüfen. Sie erlauben es unseres Erachtens der Schweiz, eine eigene Partikelfilterpflicht für Baumaschinen einzuführen.

Gemäss Art. 2.4 des TBT-Übereinkommens sind die Mitgliedstaaten der WTO verpflichtet, internationale Standards als Grundlage („as basis“) für ihre eigenen Regelungen zu verwenden.<sup>66</sup> Davon kann abgewichen werden, wenn die internationalen Standards nicht in der Lage sind, die angestrebten Schutzziele wirksam und angemessen zu erreichen. Das Übereinkommen nennt hier beispielsweise die Relevanz klimatischer oder geographischer Faktoren sowie die Relevanz grundlegender technologischer Probleme („for instance because of fundamental climatic or geographical factors or fundamental technological problems“). Es können aber auch weitere Faktoren berücksichtigt werden.

Das ECE-Reglement Nr. 96 schreibt Emissions-Höchstwerte zwischen 0.2 und 0.8 g/kWh vor. Das BAFU erachtet demgegenüber eine viel tiefere maximale Belastung (unter 0.2 g/kWh) für die Schweiz und ihre Topographie erforderlich, damit das angestrebte Schutzziel überhaupt in nützlicher Frist unterstützt und jedenfalls teilweise erreicht werden kann.<sup>67</sup>

Gemäss dem Appellate Body bedeutet „als Grundlage“ nicht dasselbe wie „gleichlautend“.<sup>68</sup> Steht eine Schweizer Regelung aber im Widerspruch zur vorliegend relevanten internationalen Norm, wurde letztere sicherlich nicht als Grundlage für die nationale Regulierung verwendet, womit ein Verstoss gegen Art. 2.4 vorliegen könnte.<sup>69</sup> Dabei muss

---

<sup>66</sup> Panel Report, *EC – Sardines* (FN 9), para 7.110.

<sup>67</sup> Vgl. dazu den Anhang zu diesem Gutachten, S. 61.

<sup>68</sup> Report of the Appellate Body v. 23.10.2002, *European Communities – Trade Description of Sardines* (“*EC – Sardines*”), WT/DS231/AB/R, para 242.

<sup>69</sup> Appellate Body Report, *EC – Sardines* (FN 68), para 248.

nicht die gesamte internationale Norm als Grundlage verwendet werden, sondern lediglich der relevante Teil („relevant parts“).<sup>70</sup>

Vorliegend stellt sich daher zunächst die Frage, ob eine Schweizer Regelung mit tieferen Emissionsgrenzwerten im Widerspruch zum ECE-Reglement Nr. 96 steht. Gemäss dem ECE-Reglement Nr. 96 dürfen Baumaschinen, die die Emissions-Höchstwerte zwischen 0.2 und 0.8 g/kWh nicht überschreiten, im Bau eingesetzt werden. Mit einem tieferen Grenzwert in der Schweiz könnten Baumaschinen, die „nur“ die Emissions-Höchstwerte des ECE-Reglements einhalten auf Schweizer Baustellen nicht mehr eingesetzt werden. Die Verschärfung eines Schutzniveaus kann durchaus als Widerspruch gesehen werden. Berücksichtigt man dabei, dass der Appellate Body im Fall *EC-Trade Description of Sardines* einen Widerspruch im Umstand begründet sah, dass nach der in Frage stehenden EG-Verordnung eine Vermarktung von peruanischen Sardinen unter der Bezeichnung Sardinen nicht in Betracht kam, eine solche Vermarktung aber gemäss der in diesem Fall relevanten internationalen Norm der Kodex Alimentarius Kommission möglich wäre<sup>71</sup>, dann kann man davon ausgehen, dass der Appellate Body auch in der vorliegenden Frage einen Widerspruch zwischen der nationalen Norm und dem ECE-Reglement begründet sähe.

Damit stellt sich die Frage, ob die Schweiz vom ECE-Reglement Nr. 96 abweichen kann, da damit die angestrebten Schutzziele nicht wirksam und angemessen erreicht werden können. Das BAFU erachtet eine tiefere maximale Belastung (unter 0.2 g/kWh) für die Schweiz und ihre Topographie erforderlich, damit das angestrebte Schutzziel überhaupt in nützlicher Frist unterstützt und jedenfalls teilweise erreicht werden kann.<sup>72</sup> In Art. 2.4 des TBT-Abkommens ist ein Abweichen von einem internationalen Standard insbesondere wegen grundlegender klimatischer oder geografischer Faktoren erlaubt. Damit kann die Schweiz hier für Baumaschinen strengere Emissions-Grenzwerte vorsehen.

Selbst wenn man sagen würde, dass die Rechtfertigung einer besonderen geografischen Lage der Schweiz in diesem Fall nicht gegeben sei, spricht sich ein Teil der Lehre dafür aus, dass eine Übernahmeverpflichtung einer internationalen Norm bereits dann nicht bestehe, wenn der in Frage stehende Mitgliedstaat der Meinung ist, dass das Schutzniveau eines internationalen Standards ungenügend sei, um berechnigte Ziele gemäss Art. 2.2 des TBT-

---

<sup>70</sup> Appellate Body Report, *EC – Sardines* (FN 68), para 250.

<sup>71</sup> Appellate Body Report, *EC – Sardines* (FN 68), para 256.

<sup>72</sup> Vgl. dazu den Anhang zu diesem Gutachten, S. 61.

Übereinkommens zu verfolgen.<sup>73</sup> Da das Schutzniveau des ECE-Reglements gemäss BAFU als für die Schweiz ungenügend erachtet wird, um die Gesundheit der Menschen bestmöglich zu schützen, bestünde dementsprechend keine Übernahmeverpflichtung für die Schweiz.

Weitere internationale Standards mit tieferen Grenzwerten sind zurzeit weder in Kraft, noch steht deren Inkrafttreten unmittelbar bevor. Mit der Einführung einer Partikelfilterpflicht für alle Baumaschinen verstösst die Schweiz damit auch nicht gegen Art. 2.4 des TBT-Übereinkommens.

#### **2.4. Geänderte Umstände**

Gemäss Art. 2.3 TBT-Übereinkommen dürfen technische Vorschriften nicht beibehalten werden, wenn die ihrer Annahme zugrunde liegenden Umstände oder Ziele nicht mehr bestehen oder wenn veränderte Umstände oder Ziele in einer weniger handelsbeschränkenden Weise behandelt werden können. Dies ist zurzeit nicht der Fall, müsste aber zur gegebenen Zeit von den Schweizer Behörden beachtet werden.

#### **E. Notifikationspflichten**

Sofern keine einschlägige internationale Norm besteht oder der technische Inhalt einer entworfenen technischen Vorschrift wesentlich vom technischen Inhalt einschlägiger internationaler Normen abweicht, kann die technische Vorschrift eine erhebliche Auswirkung auf den internationalen Handel anderer Mitglieder haben, so müssen die Mitglieder:

- a) gemäss Art. 2.9.1 TBT-Übereinkommen die beabsichtigte Einführung einer bestimmten technischen Vorschrift zu einem angemessen frühen Zeitpunkt in einem Publikationsorgan so bekanntmachen, dass interessierte Parteien anderer Mitglieder davon Kenntnis nehmen können;
- b) gemäss Art. 2.9.2 TBT-Übereinkommen den anderen Mitgliedern über das Sekretariat die Waren notifizieren, für die die entworfenen technischen Vorschriften gelten werden, und kurz Zweck und Gründe der Einführung dieser Vorschriften angeben;

---

<sup>73</sup> Vgl. hierzu die Ausführungen in SCHICK (FN 4), S. 128 ff.

c) gemäss Art. 2.9.3 TBT-Übereinkommen auf Ersuchen anderen Mitgliedern in Bezug auf technische Vorschriften und interessierten Parteien im Gebiet anderer Vertragsparteien in Bezug auf Normen ohne Diskriminierung Einzelheiten oder Kopien der entworfenen technischen Vorschrift oder Norm zur Verfügung stellen und, sofern möglich, die Teile bezeichnen, deren Inhalt wesentlich von den einschlägigen internationalen Normen abweicht und

d) gemäss Art. 2.9.3 TBT-Übereinkommen den anderen Mitgliedern in Bezug auf technische Vorschriften ohne Diskriminierung eine angemessene Frist für schriftliche Bemerkungen einräumen, diese Bemerkungen auf Ersuchen erörtern und die schriftlichen Bemerkungen sowie die Ergebnisse der Erörterungen in Betracht zu ziehen.

Aus den Bestimmungen ergibt sich, dass die Schweiz die Massnahme als Entwurf notifizieren und im Rahmen einer internationalen Vernehmlassung allfällige Einwände behandeln muss.

## **F. Ergebnis**

Gestützt auf das TBT-Übereinkommen des WTO-Rechts sind die geplanten Massnahmen des BAFU zulässig. Sie bilden zwar technische Handelshemmnisse, sind aber sowohl durch die Möglichkeit der Produkteunterscheidung wie auch im Rahmen zulässiger Einschränkungen gerechtfertigt. Die Massnahmen können als verbindliche Norm erlassen werden und sind nicht auf eine Empfehlung beschränkt. Die Norm muss entsprechend notifiziert werden.

Die technischen Vorschriften müssen aufgehoben werden, sobald die Umstände oder Ziele, die zur Massnahme geführt haben nicht mehr bestehen oder wenn veränderte Umstände oder Ziele in einer weniger handelsbeschränkenden Weise geregelt werden können.

### **III. Die Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994)**

Auf Grund der eingehenden Prüfung im Rahmen des TBT-Übereinkommens erübrigt sich eine Beurteilung im Rahmen des Allgemeinen Zoll- und Handelsabkommen (GATT 1994)<sup>74</sup>, insbesondere von Art. III und XX GATT. Das TBT-Übereinkommen schliesst die Anwendung des GATT nicht aus.<sup>75</sup> Soweit es technische Vorschriften und Normen zulässt und keine Vertragsverletzung festgestellt wird, ist im Rahmen des GATT auf Grund der vergleichbaren und oben bereits berücksichtigten Auslegung von Artikel III und Art. XX aber kein anderweitiges Resultat zu erwarten.

---

<sup>74</sup> Anhang 1A.1 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

<sup>75</sup> Vgl. dazu z.B. SCHICK (FN 4), S. 232 ff.; VAN DEN BOSSCHE (FN 3), S. 459; MICHAEL J. TREBILCOCK/ROBERT HOWSE, *The Regulation of International Trade*, 3rd ed., London/New York 2005, S. 217.

## **IV. Die Vereinbarkeit mit dem Allgemeinen Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)**

### **A. Fragestellung**

WTO-rechtliche Fragen stellen sich nicht nur im Bereich des Warenverkehrs, sondern auch im Bereich der Baudienstleistungen. Ausländische Unternehmungen führen im Rahmen privater wie öffentlicher Aufträge Bauarbeiten mit eigenem Personal und eigens dazu vorübergehend eingeführtem Maschinenpark aus. Rechtlich liegt hier die Erbringung einer Dienstleistung vor, die sich durch den vorübergehenden Aufenthalt von Personen und Gerätschaften in der Schweiz auszeichnet.

Es ist offensichtlich, dass die faktische Partikelfilterpflicht für ausländische Unternehmungen zum Handicap bei der Ausführung von Bauaufträgen in der Schweiz werden kann, soweit eine solche Pflicht im Herkunftsland nicht besteht und sich die Firma auch nicht eigens auf die Verhältnisse in der Schweiz vorbereitet und eingestellt hat. Bauaufträge dieser Art können entsprechend nur vorgenommen werden, wenn die entsprechenden Geräte für den Einsatz vorerst umgerüstet werden. Die damit verbundenen Kosten können für die Unternehmung in einem Missverhältnis zum Auftragsvolumen stehen und sich daher nicht lohnen. Bei öffentlichen Aufträgen kommt dazu, dass sich die Umrüstungspflicht negativ auf die Konkurrenzfähigkeit der Offerte auswirken kann.

Die Frage stellt sich, ob diese Einschränkungen der Dienstleistungserbringung durch ausländische Unternehmungen mit den Verpflichtungen der Schweiz im Rahmen des Allgemeinen Abkommens über den Handel mit Dienstleistungen (GATS)<sup>76</sup> vereinbar sind oder nicht.

### **B. Marktzugang und Inländerbehandlung**

Das Allgemeine Dienstleistungsabkommen der WTO dient der schrittweisen Liberalisierung von grenzüberschreitenden Dienstleistungen.

Das GATS besteht einerseits aus allgemeinen Bestimmungen, welche auf das gesamte Spektrum der Dienstleistungen Anwendung finden. Dazu gehört namentlich in Art. II die

---

<sup>76</sup> Anhang 1B zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20.

Meistbegünstigung, die grundsätzlich auf sämtliche Dienstleistungen Anwendung findet. Andererseits besteht das GATS gestützt auf Art. XVI und XVII aus spezifischen Verpflichtungen, welche die einzelnen Staaten im Rahmen ihrer Verpflichtungslisten eingegangen sind. So bestimmt sich der gewährte Marktzugang und insbesondere die Frage der Inländerbehandlung nicht auf allgemeine Weise, sondern nach Massgabe der in einzelnen Sektoren verbrieften Verpflichtungen.<sup>77</sup> Das Abkommen unterscheidet in Art. I in diesem Zusammenhang vier verschiedene Erbringungsarten („modes of supply“): grenzüberschreitender Verkehr („cross border, Mode 1“), Bezug im Ausland („consumption abroad, Mode 2“), Anwesenheit als Unternehmung („commercial presence, Mode 3“) und Anwesenheit mit Personal („presence of natural persons, Mode 4“).<sup>78</sup> Das Mass des Marktzugangs ist nicht nur zwischen verschiedenen Sektoren verschieden, sondern variiert auch unter den Erbringungsarten. Umgekehrt können die Mitgliedstaaten, ausser sie haben sich beim Beitritt zur WTO gewisse Ausnahmen von der Meistbegünstigung ausbedungen, die Meistbegünstigung in ihrer Verpflichtungsliste nicht einschränken, denn die Meistbegünstigung kommt allgemein zum Tragen. Abgesehen von der Ausnahme der einmaligen Möglichkeit die Meistbegünstigung einzuschränken, von der die Schweiz für ihre Bilateralen gegenüber der EU am Ende der Uruguay Runde Gebrauch gemacht hat<sup>79</sup>, kann ein Mitgliedstaat einem Drittstaat weitergehende Zugeständnisse nur dann ohne Verletzung der Meistbegünstigung machen, wenn es sich um die Ausnahme von Zollunionen und regionalen Integrationsabkommen nach Artikel V GATS handelt. Hier soll zunächst die Verpflichtungsliste der Schweiz untersucht werden, danach befasst sich das Gutachten mit der Frage der Meistbegünstigung.

---

<sup>77</sup> Für eine Übersicht zum GATS siehe z.B. COTTIER/OESCH (FN 3), S. 816 ff.; TREBILCOCK/HOWSE (FN 3), S. 356 ff.; CHRISTIAN PITSCHAS, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in: Hans-Joachim Priß/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, S. 495 ff.;

<sup>78</sup> Eingehender dazu CHRISTIAN PITSCHAS, Allgemeines Übereinkommen über den Handel mit Dienstleistungen (GATS), in: Hans-Joachim Priß/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, S. 495 ff., N 14 ff.

<sup>79</sup> Switzerland – Final List of Article II (MFN) Exemptions, GATS/EL/83 vom 15. April 1994, nicht in AS und SR. Derselbe gilt auch für die EG, vgl. European Communities and their Member States – Final List of Article II (MFN) Exemptions, GATS/EL/31 vom 15. April 1994. Die Listen sind per Website der WTO erhältlich: <[www.wto.org/english/docs\\_e/ddf\\_e/ddf\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/ddf_e/ddf_e.htm)> (besucht am 31. Mai 2007).

Von einer faktischen Partikelfilterpflicht können potentiell die beiden letztgenannten Erbringungsarten betroffen sein. Die grenzüberschreitende Erbringung (Mode 1) ist technisch ausgeschlossen. Die Schweiz ist aus diesem Grunde diesbezüglich auch keine Bindungen eingegangen. Bauaufträge können indessen durch ein in der Schweiz ansässiges Unternehmen (Niederlassung oder Zweigstelle) ausgeführt werden (Mode 3) oder durch Einbezug von aus dem Ausland beigezogenem Personal (Mode 4). Das Abkommen findet auch auf den vorübergehenden Aufenthalt Anwendung.

### **1. Commercial Presence**

Im Falle der “Commercial Presence” (Mode 3) wird die Dienstleistung “durch einen Dienstleistungserbringer eines Mitglieds mittels kommerzieller Präsenz im Hoheitsgebiet eines andere Mitglieds” erbracht. Gemäss der Schweizerischen Verpflichtungsliste<sup>80</sup> unterliegen das Baugewerbe und dazugehörige Ingenieurdienstleistungen bezüglich spezifischer Verpflichtungen zum Marktzugang keinen Einschränkungen. Bezüglich der Inländergleichbehandlung bestehen ausser bei den Installationen im Energiebereich, im Bereich der Beheizung, des Wassers, der Kommunikation und bei der Installation von Liften keine Einschränkungen. Damit ist es einer Filiale einer fremdländischen Baufirma möglich, ohne Einschränkungen (mit Ausnahme der oben genannten Bestimmungen) in der Schweiz tätig zu sein. Es stellt sich damit die Frage, ob eine faktische Partikelfilterpflicht die Dienstleistungsfreiheit behindert.

Die schweizerische Filiale oder Niederlassung einer ausländischen Bauunternehmung ist für ihre Tätigkeiten an die schweizerische Gesetzgebung gebunden und erbringt ihre Leistungen im Rahmen der hier geltenden Rahmenbedingungen. Das gilt auch für die Ausstattung ihres Maschinenparks. Eine Benachteiligung des Marktzuganges für die Erbringung von Baudienstleistungen kann im Rahmen von Mode 3 daher nicht erblickt werden.

### **2. Presence of natural persons**

Im Falle der “Presence of natural persons” (Mode 4) wird die Dienstleistung “mittels Präsenz natürlicher Personen eines Mitglieds” erbracht. Das kann namentlich für die aus dem

---

<sup>80</sup> GATS/SC/83 (15. April 1994), Switzerland: Schedule of Specific Commitments (inkl. Suppl. 1-4), abrufbar unter <[http://www.wto.org/english/tratop\\_e/serv\\_e/serv\\_commitments\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/serv_e/serv_commitments_e.htm)>, unter „all commitments and exemptions“, Switzerland (besucht am 31. Mai 2007).

benachbarten Ausland domizilierten Unternehmungen von Interesse sein. Die Schweiz ist in diesem Bereich gemäss der Schweizerischen Verpflichtungsliste<sup>81</sup> indessen bislang keine spezifischen Verpflichtungen eingegangen. Sie unterliegt daher keinen Verpflichtungen, Dienstleistungen, die mit ausländischem Personal und damit auch Material ausgeführt werden, gleich zu behandeln wie Baudienstleistungen, die von inländischen oder im Inland domizilierten ausländischen Unternehmungen angeboten werden.

Somit ist die Schweiz nicht verpflichtet, ausländischen Anbietern den Marktzugang zu gewähren, bzw. das Gebot der Inländerbehandlung zu erfüllen. Ein ausländischer Anbieter kann sich nicht auf Zugang zum Markt und die Durchführung der Arbeiten mit den aus dem Ausland mitgeführten und dort zugelassenen Maschinen berufen. Die vom BAFU vorgeschlagenen Massnahmen verstossen daher gegen keine Verpflichtung des GATS.

### **C. Meistbegünstigung**

Der allgemeine Grundsatz der Meistbegünstigung, wie er in Art. II GATS zum Ausdruck gebracht wird, bedeutet, dass sämtliche im Geltungsbereich des Abkommens gewährten Vorteile in der Behandlung von Dienstleistungen und Dienstleistungserbringern unverzüglich und unmittelbar auch Dienstleistungen und Erbringern aus anderen Mitgliedstaaten der WTO zu gewähren sind. Vorbehalten sind Regelungen im Rahmen der regionalen Integration (Art. V GATS) und von temporären Ausnahmen (Art. II Abs. 2 GATS).

Die faktische Partikelfilterpflicht gilt allgemein und findet auf Dienstleistungen aus allen Mitgliedstaaten der WTO gleichermassen Anwendung. Eine faktische Bevorzugung entsteht gegenüber Ländern, die ebenso wie die Schweiz eine Partikelfilterpflicht einführen und so über einen bereits umgerüsteten Gerätepark verfügen. Solche Konstellationen ergeben sich indessen überall, wo Rechtsvorschriften gegenseitig angeglichen werden, nicht zuletzt um bestehende Handelshemmnisse auszuräumen. Die unterschiedlichen Auswirkungen der gleichmässigen Anwendung des eigenen Rechts nach Massgabe unterschiedlicher Rechtsordnungen des Auslandes ist nicht Gegenstand der Meistbegünstigung. Die aus unterschiedlichen Rechtsordnungen entstehenden praktischen Schwierigkeiten müssen in Kauf genommen werden.

---

<sup>81</sup> Vgl. oben FN 80.

#### **D. Ergebnis**

Die Einführung einer Partikelfilterpflicht für alle Baumaschinen ist mit den Verpflichtungen der Schweiz aus dem GATS vereinbar.

## **V. Die Vereinbarkeit mit dem Freihandelsabkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft**

### **A. Übersicht**

Das Freihandelsabkommen der Schweiz mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft vom 22. Juli 1972 (nachfolgend: FHA)<sup>82</sup> ist am 1. Januar 1973 in Kraft getreten. Durch die Ausweitung des Warenverkehrs zwischen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft und der Schweiz bezweckt das Abkommen die harmonische Entwicklung ihrer Wirtschaftsbeziehungen zu fördern und damit in der Gemeinschaft und in der Schweiz den Aufschwung des Wirtschaftslebens, die Verbesserung der Lebens- und Beschäftigungsbedingungen, die Steigerung der Produktivität und die finanzielle Stabilität zu begünstigen (Art. 1 Bst. a FHA), im Warenverkehr zwischen den Vertragsparteien gerechte Wettbewerbsbedingungen zu gewährleisten (Art. 1 Bst. b FHA) und auf diese Weise durch die Beseitigung von Handelshemmnissen zur harmonischen Entwicklung und zur Ausweitung des Welthandels beizutragen (Art. 1 Bst. c FHA). Gemäss Art. 2 FHA erfasst das Freihandelsabkommen nur den grenzüberschreitenden Warenverkehr und regelt daher nur Fragen, die damit im Zusammenhang stehen.

### **B. Verstoss gegen Artikel 13 FHA?**

Art. 13 FHA verbietet die Einführung von neuen mengenmässigen Einfuhrbeschränkungen oder Massnahmen gleicher Wirkung im Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz. Art. 13 FHA entspricht somit im wesentlichen Art. 28 EGV. Bei der Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht für alle Baumaschinen, bzw. für Baumaschinen ab 37, bzw. 18 kW stellt sich daher die Frage, ob eine verbotene Massnahme gleicher Wirkung vorliegt oder nicht.

Im Freihandelsabkommen wird der Begriff „Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen“ nicht näher umschrieben. Auch die Botschaft zum

---

<sup>82</sup> Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

FHA<sup>83</sup> umschreibt den Begriff nicht näher, da „die Vertragsparteien bei den Verhandlungen zum Abschluss des Freihandelsabkommens davon ausgingen, dass die Beseitigung der sogenannten anderen Handelsschranken neben den Zöllen nicht besonders problematisch sei“.<sup>84</sup> Gemäss Botschaft gingen die Vertragsparteien davon aus, dass die Bestimmungen zu den sog. anderen Handelsschranken für das Verhältnis Schweiz-EWG von geringer Bedeutung sind.<sup>85</sup> Dabei gilt es anzumerken, dass die berühmte Dassonville-Formel des EuGH<sup>86</sup>, die den Begriff der Massnahmen gleicher Wirkung im EWG-Vertrag formuliert, sowie die Cassis-de-Dijon-Formel des EuGH<sup>87</sup> erst nach den Vertragsverhandlungen entwickelt wurden.<sup>88</sup> Im Freihandelsabkommen Schweiz-EG wird denn auch vom Erfordernis einer konkreten und aktuellen Diskriminierung ausgegangen.<sup>89</sup>

Nach gefestigter Auffassung des Bundesgerichts ist das Freihandelsabkommen „ein reines Handelsabkommen, das nicht wie der EG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen wollte. Der Schweizer Richter hat die Bestimmungen dieses Abkommens grundsätzlich autonom auszulegen und anzuwenden.“<sup>90</sup> Es besteht daher keine Pflicht zur Berücksichtigung der

---

<sup>83</sup> Botschaft des Schweizerischen Bundesrates vom 16. August 1972 zu den Abkommen mit der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft („Botschaft FHA“), BBl. 1972 II, S. 653 ff.

<sup>84</sup> BORER (FN 38), S. 95.

<sup>85</sup> Botschaft FHA (FN 83), S. 677; vgl. dazu auch WILLY ZELLER, Die Schweiz in der europäischen Freihandelsordnung, Kommentar zum Abkommen mit den Europäischen Gemeinschaften, Zürich 1972, S. 22.

<sup>86</sup> EuGH, Rs. 8/74, *Staatsanwaltschaft/Dassonville*, Slg. 1974, 837.

<sup>87</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntweine*, Slg. 1979, 649.

<sup>88</sup> Zur Entwicklung des Begriffs der Massnahmen gleicher Wirkung im Gemeinschaftsrecht siehe z.B. Peter Ulmer, Das Verbot von Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen in den Freihandelsabkommen der EFTA-Staaten mit der EWG, in: Hans-Georg Koppensteiner (Hrsg.), Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft Bd. 14, Wien 1987, S. 189 ff., 198 ff.

<sup>89</sup> JACOT-GUILLARMOD, (FN 38), S. 230; BORER (FN 38), S. 109 und 191-193; MARINO BALDI, Verbot der Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Einfuhrbeschränkungen, in: Hans-Georg Koppensteiner (Hrsg.), Rechtsfragen der Freihandelsabkommen der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft mit den EFTA-Staaten, Schriften zum gesamten Recht der Wirtschaft Bd. 14, Wien 1987, S. 159 ff., S. 812 f.

<sup>90</sup> BGE 131 II 271 E. 10.3. Vgl. dazu auch BGE 118 Ib 367 E. 6b. Vgl. dazu auch BALDI (FN 89), S. 173 ff.

Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs.<sup>91</sup> Diese Auffassung hat sich bis heute auch unter dem Eindruck der neueren Generation von Verträgen (Bilaterale I und II)<sup>92</sup> nicht wesentlich zugunsten einer dynamischen Auslegung des Freihandelsabkommens verändert.

In grundlegenden Entscheid *Omo*<sup>93</sup> stellt das Bundesgericht fest, dass „Mit Massnahmen gleicher Wirkung (...) nur solche gemeint sein [können], welche die Wareneinfuhr unmittelbar betreffen.“<sup>94</sup> In anderen Entscheiden fehlt eine Bezugnahme auf die Freihandelsabkommen gänzlich.<sup>95</sup> In einem späteren Entscheid prüfte das Bundesgericht lediglich, ob eine Bestimmung diskriminierend sei oder nicht,<sup>96</sup> d.h. ob sie sich für in- und ausländische Produkte in gleicher Weise vorteilhaft oder nachteilig auswirke. In der Beurteilung von technischen Vorschriften hat das Bundesgericht grosse Zurückhaltung geübt. So entschied es, dass Vorschriften über PVC Flaschen nach Massgabe ihres Inhaltes (Mineralwasser als Agrarprodukt) nicht unter das Abkommen falle.<sup>97</sup> Im nachstehenden Entscheid vom 6.9.2006 wird die Rechtsprechung des Gerichts zusammengefasst. Darin

---

<sup>91</sup> Siehe dazu das Urteil vom 2. März 2006 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2005.00457.

<sup>92</sup> Gemäss Lehre eignen sich ausser dem Landverkehrsabkommen alle Abkommen, die im Rahmen der Bilateralen I abgeschlossen wurden, für eine direkte Anwendung. Vgl. dazu FABRIZ FILLIEZ, Application des accords sectoriels par les juridictions suisses: quelques repères, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Accords bilatéraux Suisse UE (Commentaires), Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen), Basel et al. 2001, S. 183 ff., 194. Zur direkten Anwendung der ausländerrechtlichen Bestimmungen des Freizügigkeitsabkommens vgl. insb. auch BGE 129 II 249, 257. Darüber hinaus wird bei den Bilateralen II für das Abkommen über Pensionen und das Betrugsbekämpfungsübereinkommen sowie einzelne Abkommensteile und einzelne Bestimmungen eine direkte Anwendbarkeit bejaht. Vgl. dazu Botschaft des Bundesrates zur Genehmigung der bilateralen Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Union, einschliesslich der Erlasse zur Umsetzung der Abkommen („Botschaft Bilaterale II“) vom 1. Oktober 2004, BBl. 2004, S. 5964 ff., 6063, 6148, 6151, 6259; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im Schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, S. 185.

<sup>93</sup> BGE 105 II 49, 69.

<sup>94</sup> Siehe dazu auch das Urteil vom 2. März 2006 des Verwaltungsgerichts des Kantons Zürich, VB.2005.00457.

<sup>95</sup> BGE 122 III 469; BGE 126 III 129; BGE 124 III 321. Siehe dazu THOMAS COTTIER/CHRISTOPHE GERMANN, Bedeutung und Wirkung der Staatsverträge im Immaterialgüterrecht, in: Roland von Büren/Lucas David (Hrsg.), Schweizerisches Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Bd. I/1, 2., erweiterte und teilweise neu gefasste Aufl., Basel/München et al. 2002, S. 35 ff.

<sup>96</sup> BGE 112 Ib 183, S. 189.

<sup>97</sup> BGE 118 Ib 367, 377.

kommt auch zum Ausdruck, dass das Schweizerische Bundesgericht die Verletzung des Abkommens durchaus prüft, bisher aber eine explizite direkte Anwendung von Art. 13 FHA in zivilrechtlichen Streitigkeiten ablehnt. Es hat es offen gelassen, ob es in einem anderen, verwaltungsrechtlichen Zusammenhang oder Verfahren direkt anwendbar wäre.<sup>98</sup>

5.4 Das Bundesgericht hat das Freihandelsabkommen in ständiger Rechtsprechung als ein reines Handelsabkommen qualifiziert, das nicht wie der EG-Vertrag einen einheitlichen Binnenmarkt mit überstaatlicher Wettbewerbsordnung, sondern bloss eine Freihandelszone schaffen will. Der Schweizer Richter hat die Bestimmungen dieses Abkommens grundsätzlich autonom auszulegen und anzuwenden (BGE 131 II 271 [SOVAG] E. 10.3 S. 294 f.; 118 Ib 367 [PVC] E. 6b S. 378; 105 II 49 [OMO] E. 3a S. 59; 104 IV 175 [Adams] E. 2c S. 179). Das Bundesgericht hat festgehalten, dass Art. 13 FHA nach seinem Wortlaut klar ist. Die Art. 13 und 20 FHA begründeten keine Rechte und Pflichten, welche der schweizerische Richter in einem Entscheid über eine zivilrechtliche Streitigkeit zu beachten hätte (BGE 105 II 49 [OMO] E. 3b S. 60).

Ob dies eine unmittelbare Anwendung von Art. 13 und 20 FHA in einem anderen, verwaltungsrechtlichen Zusammenhang und Verfahren von vorneherein ausschliesst, braucht hier nicht entschieden zu werden und kann dahin gestellt bleiben (vgl. dazu Marino Baldi, Freihandelsabkommen, Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung, in: Beziehungen Schweiz-EG, Abkommen, Gesetze und Richtlinien, Kommentare, Zürich 1989, Kapitel 4.1.10/VIII, S. 11; Marino Baldi, Zur Rechtsnatur des Freihandelsabkommens Schweiz/EWG, WuR 36 [1984] S. 83-103, 97; ausführlich zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Freihandelsabkommen bzw. von völkerrechtlichen Verträgen vgl. Daniel Wüger, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, S. 154 ff.; Daniel Wüger, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: Jusletter 4. April 2005; Helen Keller, Rezeption des Völkerrechts, Berlin etc., 2003, S. 588 ff., insbesondere S. 595 ff., je mit Hinweisen). Selbst wenn die Art. 13 und 20 FHA direkt Anwendung fänden, würde die Auslegung von Art. 3 Abs. 2 GebrV durch die Vorinstanz das FHA nicht verletzen.

Das Bundesgericht hält weiter fest, dass das Cassis-de-Djion Prinzip nicht Gegenstand von Art. 13 FHA ist und sich so wesentlich von Art. 28 EGV unterscheidet:

6. Zu Unrecht macht die Beschwerdeführerin zudem das sog. Cassis-de-Dijon-Prinzip geltend. Auch wenn das Bundesgericht im Zusammenhang mit dem Freihandelsabkommen die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zu vergleichbaren Bestimmungen des EG-Vertrags in seine Überlegungen mit einbezogen hat (BGE 131 II 271 [SOVAG] E. 10.3 S. 295), bedeutet dies nicht, dass das Cassis-de-Dijon-Prinzip automatisch in der Schweiz anzuwenden wäre. Ebenso wenig kann aus dem Umstand, dass das Bundesgericht bei der Auslegung des

---

<sup>98</sup> BGE vom 6. September 2006, 2A.593/2005. Siehe dazu auch BGE 118 Ib 367; BGE 105 II 49.

Binnenmarktgesetzes die Rechtsprechung des EuGH zum Cassis-de-Dijon-Prinzip mit berücksichtigt hat (vgl. BGE 128 I 295 und 92; 125 I 276 und 474), geschlossen werden, dieses Prinzip und die damit verbundene Rechtsprechung des EuGH habe in der Schweiz direkt Geltung.

Die Schweiz ist bisher keine (völkerrechtlichen) Verpflichtungen eingegangen, welche die direkte Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips gebieten würden, und eine entsprechende gesetzliche Grundlage fehlt im internen Recht. Davon geht auch der Bundesrat aus, der in seinem Bericht vom 23. September 2005 zur Cassis-de-Dijon-Thematik (abrufbar unter: [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch)) verschiedene Optionen aufzeigt und festhält, die für eine autonome Anwendung des Cassis-de-Dijon-Prinzips durch die Schweiz erforderlichen gesetzlichen Grundlagen müssten erst noch über eine Revision des THG geschaffen werden (vgl. Bundesratsbericht, a.a.O., S. 10; wohl gleicher Meinung Walter A. Stoffel, Referat an der Jahrespressekonferenz der Weko vom 4. April 2006, in: Jusletter 10. April 2006, insbes. Rz 10 und 14). Beim Erlass der Lebensmittel- und Gebrauchsgegenständeverordnung per 1. Januar 2006 hat der Bundesrat jedenfalls im vorliegenden Zusammenhang (noch) keine wesentlichen Änderungen beschlossen, auch wenn die neue Ordnung unter anderem eine Anpassung an das THG sowie an das Hygienerecht der Europäischen Union bezweckte.

Demnach kann die Beschwerdeführerin im vorliegenden Zusammenhang aus dem Cassis-de-Dijon-Prinzip nichts für sich ableiten. Dabei können die Fragen offen bleiben, ob die hier massgeblichen Vorschriften der Lebensmittelgesetzgebung, insbesondere in Bezug auf Werbeaussagen, überhaupt vom Cassis-de-Dijon-Prinzip erfasst werden und - wenn ja - zulässige Beschränkungen von Verkaufsmodalitäten darstellen würden (vgl. EuGH-Urteil vom 26. Juni 1997, Rs. C-368/95 [Vereinigte Familiapress/Bauer Verlag], Slg. 1997, I-3689, N 9).

Auch wenn sich die Praxis des Bundesgerichts durch eine grosse und von der Lehre kritisierte Zurückhaltung auszeichnet und eine unmittelbare Anlehnung an die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes aussteht, ist davon auszugehen, dass die Einführung von besonderen nationalen Vorschriften zur Partikelfilterpflicht in Bezug auf die Einfuhr von ausländischen Maschinen ohne Filter als ein technisches Handelshemmnis und in diesem Sinne als Massnahme gleicher Wirkung wie eine mengenmässige Einfuhrbeschränkung zu beurteilen ist. Wie bereits ausgeführt wurde, genügt es dabei nicht, dass dazu eine blossige Möglichkeit besteht; es müssen konkrete Hinweise dafür bestehen, dass die Einfuhr nach Annahme der Regelung effektiv beschränkt wird und ausländische Produkte in Zusammenhang mit der Nachrüstung auf Schwierigkeiten und Kosten stossen, die sie im Vergleich zu einheimischen Maschinen tatsächlich benachteiligen. Ob dies der Fall ist, wird wesentlich von den konkreten Umständen abhängen. Soweit die Umrüstung kostenneutral und für alle gleichermassen erfolgt, wird man von einer Massnahme gleicher Wirkung kaum sprechen können.

Die Rechtsprechung stellt klar, dass das Cassis-de-Djion Prinzip im Rahmen des FHA keine Anwendung findet. Die Zulassung von Baumaschinen nach Massgabe einer ausländischen Zulassung in einem der Mitgliedstaaten der EU kann unter dem Abkommen nicht geltend gemacht werden. (Vgl. dazu aber unten Kap. VIII. D. zur allfällig einseitigen Einführung der Verpflichtung).

### **C. Rechtfertigung gemäss Art. 20 FHA**

Soweit davon ausgegangen wird, dass eine Massnahme gleicher Wirkung im Sinne von Art. 13 FHA vorliegt, stellt sich die Frage, inwieweit die Einschränkung nach Massgabe von Art. 20 FHA gerechtfertigt werden kann. Diese Bestimmung erlaubt wie Art. 30 EGV Einschränkungen, welche unter anderem dem Schutz von Leben von Mensch, Tier und Pflanzen dienen. Die Bestimmung übernimmt im Wesentlichen die Einschränkungs Voraussetzungen des GATT-Rechts und setzt voraus, dass Einschränkungen weder eine willkürliche Diskriminierung noch eine verschleierte Beschränkung des Handels beinhalten. Diese Einschränkungen beziehen sich nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung auch auf Anliegen des Umweltschutzes. Obiter dictum hielt das Bundesgericht zu Einschränkungen auf Grund technischer Normen fest:

La garantie des compétences réservées par l'Art. 20 ALE au législateur national dans divers domaines, notamment dans celui de la protection de l'environnement, l'empêche, dans la pesée des intérêts, sur la réalisation des objectifs de la libre circulation des marchandises, à la condition que ces compétences ne soient pas exercées arbitrairement ou abusivement (cf. Marino Baldi, Freihandelsabkommen, Einfuhrbeschränkungen und Massnahmen gleicher Wirkung, in: Beziehungen Schweiz-EG, Abkommen, Gesetze und Richtlinien, Kommentare, Zürich 1989, p. 5 ss, p. 14-15). Ces principes pourraient conduire à la conclusion que la règle de l'Art. 3 al. 2 OEB, qui s'applique à tous les fabricants et importateurs remettant des boissons sur le marché helvétique, n'institue aucune distinction ou discrimination entre les producteurs suisses et ceux des Etats de la Communauté économique européenne (cf. ATF 112 Ib 189 consid. 3c).<sup>99</sup>

Im bereits genannten Entscheid vom 6.9.2006 setzt das Bundesgericht das Verbot des verschleierten Handels offenbar mit dem Verhältnismässigkeitsgrundsatz gleich:

5.5 Das Abkommen verbietet in Art. 13 neue mengenmässige Einfuhrbeschränkungen oder Massnahmen gleicher Wirkung. Es belässt den Staaten aber in Art. 20 FHA den sog. Ordre-public-Vorbehalt (Jürg Borer, Grundlagen des Warenverkehrs im Freihandelsabkommen Schweiz-EG,

---

<sup>99</sup> BGE 118 IB 367 S. 379.

recht 1988, S. 109-115, 113 f.). Danach sind Verbote oder Beschränkungen gerechtfertigt, wenn sie in der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, dem Schutz der Gesundheit und des Lebens von Menschen und Tieren begründet sind. Unter den Begriff der öffentlichen Ordnung fallen insbesondere der Verbraucherschutz und die Lauterkeit des Wettbewerbs (Marino Baldi, a.a.O., 1989, S. 14; vgl. auch Art. 4 Abs. 3 und 4 THG sowie die Botschaft vom 15. Februar 1995 dazu in: BBl 1995 II 521 ff., 583, wonach die in Art. 4 Abs. 4 THG genannten Motive international - und speziell im europäischen Kontext - als einzelstaatliche Vorbehalte gegenüber der Maxime des freien Warenverkehrs allgemein anerkannt sind). Das in der schweizerischen Rechtsordnung geltende Verbot, bei Kosmetika unter Bezugnahme auf Krankheiten Werbung zu betreiben, dient der Abgrenzung von Gebrauchsgegenständen gegenüber Heilmitteln und damit erheblichen öffentlichen Interessen. Das Verbot ist mithin im Schutz der menschlichen Gesundheit bzw. im Verbraucherschutz begründet. Die angefochtenen Beanstandungen sind geeignet und erforderlich, diesen Gesetzeszweck zu erfüllen. Es ist nicht ersichtlich und wird von der Beschwerdeführerin auch nicht behauptet, dass eine mögliche mildere Massnahme in Frage käme. Das Verbot ist deshalb nicht unverhältnismässig und stellt auch keine verschleierte Beschränkung des Handels dar. Eine Verletzung des FHA scheidet unter diesen Umständen aus. Damit erübrigen sich auch Überlegungen zur Frage, ob es sich bei den schweizerischen Vorschriften über die Kennzeichnung, Anpreisung und Verpackung von Gebrauchsgegenständen überhaupt um "Massnahmen gleicher Wirkung" im Sinn von Art. 13 Abs. 1 FHA handelt.

Im Ergebnis beschränkt sich die Rechtsprechung damit auf ein Verbot von de jure Diskriminierungen, welche unterschiedliche Regelungen für in- und ausländische Produkte festlegen, ohne dass dabei de facto Diskriminierungen ausgeschlossen werden. Sodann muss die Regelung verhältnismässig sein; sie müssen notwendig und geeignet sein, den Zweck der Norm zu erreichen und dürfen nicht einschneidender als notwendig sein. Dem Gesetzgeber kommt nach dieser Lesart ein grosser Gestaltungsspielraum zu, zumal das Gericht die unmittelbare Anwendung dieser Bestimmungen nach wie vor ausschliesst.

Gestützt auf die vorherrschende Auslegung von Art. 20 FHA kommt man zum Ergebnis, dass die unterschiedslos eingeführte Partikelfilterpflicht ohne weiteres gerechtfertigt ist und damit allfällig verbundene de facto Diskriminierungen nicht als verschleierte Beschränkung des Handels verstanden werden. Massgebend ist letztlich die Verhältnismässigkeit. Auf Grund der bundesgerichtlichen Praxis besteht auch kein Anlass, die Beschränkung der Filterpflicht auf Baumaschinen und unter Ausschluss von andern Geräten, wie insbesondere die in der Landwirtschaft verwendeten Fahrzeuge als eine willkürliche Diskriminierung und damit eine Verletzung des Abkommens zu beurteilen. Wie im Recht der WTO bezieht sich das Verbot willkürlicher Unterscheidung auf die Ungleichbehandlung von gleichen Produkten aus Ländern mit vergleichbaren Bedingungen; das Verbot sagt nichts über die in die Regelung einzubeziehenden Produkte aus.

#### **D. Exkurs: Unmittelbare Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens?**

Gemäss ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes sind Staatsverträge unmittelbar anwendbar, wenn sie inhaltlich hinreichend bestimmt und klar sind. Wie oben kurz dargestellt, verneinte das Bundesgericht trotz Kritik aus der Lehre<sup>100</sup> bisher mit Ausnahme von Protokoll 3 zu den Ursprungsbestimmungen<sup>101</sup> eine direkte Anwendbarkeit des FHA.<sup>102</sup> In einem Entscheid aus dem Jahre 2005 bejahte das Bundesgericht zum ersten Mal die direkte Anwendbarkeit einer Norm des FHA.<sup>103</sup> Allerdings ging es in diesem Entscheid nicht um die unmittelbare Anwendbarkeit von Art. 13 FHA, sondern um die von Art. 7, 18 und 20 FHA. Das Bundesgericht bejahte hier, ohne auf die bisherige Rechtsprechung einzugehen, eine direkte Anwendung von Art. 7 und 18 FHA.<sup>104</sup> Im neusten Entscheid zu Art. 13 FHA verneinte das Bundesgericht aber wiederum eine direkte Anwendbarkeit der Norm, zumindest in zivilrechtlichen Streitigkeiten.<sup>105</sup> Das Bundesgericht liess in diesem Entscheid offen, ob Art. 13 in einem anderen, verwaltungsrechtlichen Zusammenhang oder Verfahren direkt anwendbar wäre. Anders als das Bundesgericht hat der Europäische Gerichtshof die unmittelbare Anwendung bilateraler Freihandelsabkommen anerkannt.<sup>106</sup>

---

<sup>100</sup> COTTIER/OESCH (FN 3), S. 323 f.; CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Internationales Verwaltungsrecht, in: ZSR 125 (2006) II, S. 5 ff., 62; WÜGER, (FN 92), S. 154 ff.; DANIEL WÜGER, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, in: Jusletter 4. April 2005; HELEN KELLER, Rezeption des Völkerrechts, Berlin et al., 2003, S. 588 ff., insb. 595 ff.; BALDI (FN 89), S. 178 f.

<sup>101</sup> Vgl. dazu BGE 111 Ib 323 und BGE 114 Ib 168; sowie WÜGER (FN 92), S. 162 mit weiteren Verweisen.

<sup>102</sup> THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Probleme des Rechtsschutzes bei der Anwendung der sektoriellen Abkommen mit der EG, in: Thomas Cottier / Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Ausgewählte Fragen zur Rezeption und Umsetzung der Verträge vom 21. Juni 1999 im schweizerischen Recht, Bern 2002, S. 190 ff; Ausführlich dazu BORER (FN 38), S. 157 ff.

<sup>103</sup> BGE 131 II 271, 293 ff.; siehe dazu auch WÜGER (FN 100); WÜGER (FN 92), S. 161 f.; Zurückhaltender ANDREAS R. ZIEGLER, Die Bedeutung der völker- und europarechtskonformen Auslegung für das öffentliche Wirtschaftsrecht in der Schweiz, in: Jusletter 20. März 2006, Rz. 25.

<sup>104</sup> BGE vom 8. März 2005, 1A.71/2004; WÜGER (FN 92), S. 162.

<sup>105</sup> BGE vom 6. September 2006, 2A.593/2005.

<sup>106</sup> Siehe z.B. EuGH, Rs. 104/81, *Hauptzollamt Mainz/C.A. Kupferberg & Cie.*, Slg. 1982, 3641 (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

Selbst wo von einer (künftigen) direkten Anwendbarkeit von Art. 13 des Freihandelsabkommens in der Schweiz ausgegangen wird, hätte dies aber auf die Frage der Zulässigkeit einer faktischen Partikelfilterpflicht bei allen Baumaschinen, bzw. bei Baumaschinen ab 37, bzw. 18 kW keine einschränkenden Auswirkungen. Zunächst ist es offen, ob das Bundesgericht bei einer direkten Anwendung von Art. 13 FHA den Begriff der „Massnahmen gleicher Wirkung“ in Analogie zur Gerichtspraxis des EuGH auslegen würde.<sup>107</sup> Würde das Bundesgericht einerseits eine direkte Anwendbarkeit bejahen sowie den Begriff „Massnahmen gleicher Wirkung“ europakompatibel auslegen, würde sie die Dassonville-Formel und das Cassis-de-Dijon-Prinzip mittels Rechtsprechung in der Schweiz einführen. Dies wird zwar von einem Teil der Lehre gewünscht;<sup>108</sup> es ist aber nicht wahrscheinlich, dass das Bundesgericht Art. 13 FHA derart weit auslegen würde. In der Schweizer Rechtstradition werden derart weitgehende Entscheidungen eher der Gesetzgebung überlassen. Selbst wenn das Bundesgericht eine faktische Partikelfilterpflicht für alle Baumaschinen unter Art. 13 FHA subsumieren würde, wäre eine solche Massnahme wie oben dargestellt gemäss Art. 20 FHA gerechtfertigt.<sup>109</sup>

## **E. Fazit**

Eine faktische Partikelfilterpflicht ist vereinbar mit den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Freihandelsabkommen Schweiz-EG von 1972, da sie, sofern sie überhaupt als eine Massnahme gleicher Wirkung beurteilt wird, gemäss Art. 20 FHA gerechtfertigt ist.

---

Kooperationsabkommens mit Jugoslawien); Rs. Rs. T-155/94, *Opel Austria/Rat*, Slg. 1997, II-39 (Unmittelbare Anwendbarkeit des EWR-Abkommens).

<sup>107</sup> Vgl. Botschaft vom 15. Februar 1995 zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse („Botschaft THG“), BBl. 1995 II, S. 521 ff., 537.

<sup>108</sup> Vgl. dazu z.B. CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Internationales Verwaltungsrecht, in: ZSR 125 (2006) II, S. 5 ff., 62 f. und 73; FILLIEZ (FN 92), S. 198 ff.; GUILLARMOD (FN 38), S. 230.

<sup>109</sup> Vgl. dazu auch Botschaft THG (FN 107), S. 536 f.

## **VI. Die Vereinbarkeit mit dem bilateralen Abkommen Schweiz-EG über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen**

### **A. Inhalt des Abkommens**

Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen<sup>110</sup> regelt die Voraussetzungen, unter denen die Vertragsparteien Konformitätsbewertungen und Zulassungsentscheide durch Stellen anerkennen, die dem Recht der anderen Vertragspartei unterstehen.

Je nachdem ob sich die Schweizer Gesetzgebung von der europäischen unterscheidet oder gleich ist, gestaltet sich auch das Verfahren der Konformitätsbewertungen unterschiedlich.<sup>111</sup> Unterscheidet sich die Schweizer Gesetzgebung von derjenigen der EG, sind gemäss Art. 1 Abs. 1 des Abkommens die Prüfberichte, Konformitätsbescheinigungen sowie die Zulassungen von den Konformitätsbewertungsstellen der einen Vertragspartei auf der Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen der anderen Vertragspartei auszustellen. Werden die Anforderungen hingegen als gleichwertig anerkannt, werden gemäss Art. 1 Abs. 2 Prüfberichte, Konformitätsbescheinigungen sowie Zulassungen von den Konformitätsbewertungsstellen der einen Vertragspartei auf der Grundlage der eigenen Gesetzgebung ausgestellt und dann von der anderen Vertragspartei ohne neue Bewertung anerkannt.

Das Übereinkommen erfasst zurzeit fünfzehn Produktesektoren, u.a. auch die Baumaschinen. Das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen deckt für

---

<sup>110</sup> Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen, SR 0.945.526.81.

<sup>111</sup> Ausführlicher: Botschaft zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG vom 23. Juni 1999 („Botschaft Bilaterale I“), BBl. 1999 VII, S. 6128 ff., 6212 ff.; SILVIO ARIOLI, Der Abbau von technischen Handelshemmnissen, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Die sektoriellen Abkommen Schweiz-EG, Bern 2002, S. 123 ff.; HEINZ HERTIG, Grundzüge des Abkommens über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen, in: Daniel Felder/Christine Kaddous (Hrsg.), Bilaterale Abkommen Schweiz-EU (Erste Analysen), Basel 2001, S. 555 ff.; NINA MERKT-MATTHEY, Les entraves non tarifaires au commerce: les obstacles techniques et les mesures sanitaires et phytosanitaires, in: Heinrich Koller/Georg Müller/René Rhinow/Ulrich Zimmerli, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, Stand: Frühjahr 1999, S. 15 ff.

diese Produkte „alle für das Inverkehrbringen erforderlichen Verfahren ab“.<sup>112</sup> Das Abkommen gilt aber nur für „die durch die Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Anhang 1 verbindlich vorgeschriebenen Konformitätsbewertungsverfahren“<sup>113</sup>. Alle Verfahren, welche nicht in Anhang 1 erwähnt sind, unterstehen daher nicht der gegenseitigen Anerkennung. Es ist daher zu untersuchen, ob die Vorschriften bezüglich Baumaschinen ein Hindernis für die Einführung einer Partikelfilterpflicht für Baumaschinen darstellen.

## **B. Vorschriften für die gegenseitige Anerkennung von Baumaschinen**

Gemäss Botschaft des Bundesrates regelt Kapitel 10 im Anhang 1 des Abkommens lediglich den Lärmschutz von Baumaschinen, wofür die Schweiz keine eigenen Vorschriften kennt.<sup>114</sup> So führt Kapitel 10 von Anhang 1 auch nur die Richtlinie 2000/14/EG über umweltbelastende Geräuschemissionen auf. Die anderen in Kapitel 10 Anhang 1 aufgeführten Richtlinien (RL 84/532/EWG, 84/533/EWG, 84/534/EWG, 84/535/EWG, 84/536/EWG, 84/537/EWG, 84/538/EWG und 86/662/EWG) wurden durch Art. 21 Abs. 1 der Richtlinie 2000/14/EG<sup>115</sup> auf den 3. Januar 2002 aufgehoben. Weitere technischen Vorschriften bezüglich Baugeräten und Baumaschinen sind im Anhang nicht aufgeführt, womit sich die Gesetzgebung der Schweiz und der EG in diesen Bereich auch unterscheiden kann. Insbesondere ist die Richtlinie 97/68/EG (gemäss Fassung nach Änderung durch die Richtlinie 2004/26/EG) der Europäischen Gemeinschaft, welche die Massnahmen zur Bekämpfung der Emission von gasförmigen Schadstoffen und luftverunreinigenden Partikeln aus Verbrennungsmotoren für mobile Maschinen und Geräte regelt, nicht in Kapitel 10 in Anhang 1 des Abkommens aufgeführt. Verfahren, die nicht den Lärmschutz betreffen, unterstehen daher nicht der gegenseitigen Anerkennung. Dementsprechend verstösst eine Vorschrift, die vorsieht, dass alle Baumaschinen oder Baumaschinen ab 37 kW, bzw. ab 18 kW in der Schweiz einen Partikelfilter benötigen, nicht gegen das Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen.

---

<sup>112</sup> HERTIG (FN 111), S. 559.

<sup>113</sup> Art. 3 Abs. 1 des bilateralen Abkommens Schweiz-EG über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen.

<sup>114</sup> Botschaft Bilaterale I (FN 111), S. 6220.

<sup>115</sup> ABl. L162 vom 3. Juli 2000, S. 1.

### **C. Fazit**

Die Einführung einer faktischen Partikelfilterpflicht ist mit den Verpflichtungen der Schweiz aus dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Gemeinschaft über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen vereinbar.

## **VII. Die Vereinbarkeit mit der EFTA-Konvention**

### **A. Gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewertungen**

Gemäss Art. 15 der EFTA-Konvention anerkennen die Schweiz einerseits, und andererseits Island, Liechtenstein sowie Norwegen unbeschadet des Artikels 7 der Konvention, gegenseitig Berichte, Bescheinigungen, Zulassungen, Konformitätskennzeichen und Konformitätserklärungen der Hersteller gemäss den Bestimmungen des Anhangs I.

Der Anhang I der EFTA-Konvention entspricht gemäss Botschaft zur Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA) inhaltlich dem Anhang 1 zwischen der Schweiz und der EG im Rahmen der bilateralen Verträge abgeschlossenen Abkommen über die gegenseitige Anerkennung von Konformitätsbewegungen.<sup>116</sup> Dementsprechend kann auf das oben in Kapitel VI. gesagte verwiesen werden.

### **B. Verbot von mengenmässigen Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten**

Gemäss Art. 7 der EFTA-Konvention sind mengenmässige Ein- und Ausfuhrbeschränkungen sowie Massnahmen mit gleicher Wirkung zwischen den Mitgliedstaaten verboten. Gemäss Art. 13 der EFTA-Konvention sind aber Vorschriften davon ausgenommen, sofern sie aus Gründen der öffentlichen Sittlichkeit, der öffentlichen Ordnung oder öffentlichen Sicherheit, zum Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren oder Pflanzen und der Umwelt, zum Schutz des nationalen Kulturgutes mit künstlerischem, historischem oder archäologischem Wert, oder zum Schutz des Eigentums gerechtfertigt sind. Solche Verbote oder Beschränkungen dürfen weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung noch eine versteckte Beschränkung des Handels zwischen Mitgliedstaaten darstellen.

---

<sup>116</sup> Botschaft vom 12. September 2001 zur Genehmigung des Abkommens vom 21. Juni 2001 zur Änderung des Übereinkommens vom 4. Januar 1960 zur Errichtung der Europäischen Freihandelsassoziation (EFTA), BBl. 2001 I, S. 4963 ff., 4976.

### **C. Fazit**

Weil die hier relevanten Vorschriften der EFTA-Konvention gleich wie die entsprechenden Vorschriften des FHA lauten, kann auf eine gesonderte Prüfung verzichtet werden. Die Bestimmungen führen zu parallelen Ergebnissen wie in der Behandlung des Freihandelsabkommens, mit der Ausnahme, dass das Bundesgericht die EFTA-Konvention im Unterschied zum FHA schon früh unmittelbar angewendet hat.<sup>117</sup>

---

<sup>117</sup> BGE 98 Ib 385, 388; BGE 116 Ib 299, 303; BGE 133 V 137. Vgl. dazu auch COTTIER/EVTIMOV (FN 102); WÜGER (FN 92), S. 129 und 154; Botschaft EFTA-Übereinkommen 2001 (FN 116), S. 5007; BALDI (FN 89), S. 179; BLAISE KNAPP, Les particuliers et les traités internationaux devant le Tribunal fédéral suisse, in: Cahier de droit européen, Nr. 1/2 1974, S. 187 ff.

## VIII. Die Vereinbarkeit mit dem Bundesgesetz über technische Handelshemmnisse

### A. Übersicht

Gemäss Art. 1 Abs. 1 THG schafft das THG einheitliche Grundsätze, damit technische Handelshemmnisse vermieden, beseitigt oder abgebaut werden.<sup>118</sup> Das Gesetz schafft einen Rahmen, die vielfältige und oft protektionistisch motivierte Ausgestaltung nationaler Normen zu überprüfen und wo immer möglich mit den Normen der wichtigsten Handelspartner, insbesondere der EG, in Einklang zu bringen. Gemäss Art. 4 Abs. 2 THG müssen die technischen Vorschriften auf die Vorschriften der wichtigsten Handelspartner der Schweiz abgestimmt werden. Mit diesem Grundsatz lässt sich eine Vielzahl von unnötig abweichenden schweizerischen Vorschriften dem EG Recht anpassen, womit gleichzeitig der Wettbewerb gestärkt und so auch das wesentliche Ziel von Preissenkungen und damit einer Stärkung des Standortes Schweiz erreicht werden kann. Soweit ausländische Normen in einem Bereich bestehen, werden schweizerische Sondernormen zur Ausnahme, die einer besonderen Begründung bedürfen. Sie sind indessen mit dem Gesetz nicht ausgeschlossen und können unter den in den internationalen Instrumenten bereits diskutierten Voraussetzungen auch im Rahmen des THG Bestand haben.

Das THG richtet sich als Gesetz an den Verordnungsgeber. Das Bundesgericht hat eine unmittelbare Berufung auf die vorgenannten Prinzipien in seiner Rechtsprechung ausgeschlossen: Im Entscheid vom 9. Juni 2006 hielt es fest:

5.6 Aus den gleichen Gründen stehen die Beanstandungen, soweit sie sich als technische Handelshemmnisse auswirken (Art. 4 Abs. 1 THG), auch nicht im Widerspruch zu Art. 4 Abs. 3 und 4 THG. Im Übrigen richtet sich Art. 4 THG an den Gesetz- und Verordnungsgeber und ist - schon nach seinem Wortlaut - nicht direkt anwendbar (vgl. Botschaft vom 15. Februar 1995, BBl 1995 II 521 ff., 582). Die Beschwerdeführerin kann sich deshalb nicht darauf berufen.

---

<sup>118</sup> Zum THG allgemein vgl. Botschaft THG (FN 107); Erläuternder Bericht Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG), abrufbar unter <<http://www.news-service.admin.ch/NSBSubscriber/message/de/8594>> (besucht am 31. Mai 2007); Staatssekretariat für Wirtschaft (SECO), THG – Leitfaden für die Ämter der Bundesverwaltung, Juli 2003, abrufbar unter <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00730/00731/index.html?lang=de>> (besucht am 31. Mai 2007).

Die Vorschriften des Gesetzes richten sich so an die Behörden, insbesondere an den Verordnungsgeber, der über die Voraussetzungen für Sonderregelungen zu entscheiden hat. Das gilt auch für die Partikelfilterpflicht.

## **B. Technisches Handelshemmnis**

Gemäss Art. 4 Abs. 1 THG müssen technische Vorschriften so ausgestaltet sein, dass sie sich nicht als technische Handelshemmnisse auswirken.<sup>119</sup> Die Einführung eines faktischen Partikelfilterobligatoriums stellt eine technische Vorschrift gemäss Art. 4 Abs. 1 i.V.m. Art. 3 Bst. b THG dar, da sie eine rechtsverbindliche Regel darstellt, deren Einhaltung Voraussetzung bildet, damit Baumaschinen in Betrieb genommen werden dürfen.<sup>120</sup> Sollte die Massnahme in der Baurichtlinie Luft aufgenommen werden und diese als nicht rechtsverbindlich beurteilt werden<sup>121</sup>, handelt es sich bei der Massnahme um eine technische Norm gemäss Art. 3 Bst. c THG. Für die rechtliche Beurteilung hat dies keine Auswirkungen, da gemäss Art. 3 Bst. a THG auch technische Normen technische Handelshemmnisse darstellen können. Es stellt sich die Frage, ob diese Massnahmen ein technisches Handelshemmnis darstellt.

Das THG definiert technische Handelshemmnisse in Art. 3 Bst. a THG als Behinderung des grenzüberschreitenden Verkehrs von Produkten durch technische Vorschriften oder Normen, die sich in ihrer Formulierung oder ihrer Anwendung von den Regelungen anderer Rechtsgebiete unterscheiden oder die unabhängig von den im Ausland durchgeführten Verfahren nochmalige Prüfungen, Konformitätsbewertungen, Anmeldungen oder Zulassungen verlangen. Gestützt auf die vorgenommene Beurteilung einer Partikel-Emissionsbegrenzung als eine verbindliche Norm handelt es sich vorliegend um eine Vorschrift, die sich im Sinne des Gesetzes als Handelshemmnis auswirkt. Das gilt umso mehr, als entsprechende regionale Normen im Rahmen der ECE bestehen, die mit ihren tieferen Schwellenwerten Grundlage für die Ausrüstung von Baugeräten in den Mitgliedstaaten der ECE Kommission bilden.

---

<sup>119</sup> Vgl. dazu Botschaft THG (FN 107) sowie Erläuternder Bericht THG (FN 118), S. 20.

<sup>120</sup> Vgl. dazu auch Botschaft THG (FN 107), S. 526.

<sup>121</sup> Vgl. dazu die Ausführungen unter Kapitel II.B.2.

## C. Nationale Bestimmungen

Gemäss Art. 4 Abs. 3 THG sind Abweichungen vom Grundsatz von Art. 4 Abs. 1 THG zulässig, sofern überwiegende öffentliche Interessen es erfordern und sie weder ein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung, noch eine verschleierte Beschränkung des Handels darstellen. Die Kriterien des Gesetzes knüpfen wesentlich an den relevanten und bereits vorstehend diskutierten Kriterien des Staatsvertragsrechts an.<sup>122</sup> In diesem Zusammenhang darf auch an den Grundsatz der staatsvertragskonformen Auslegung des Gesetzesrechts erinnert werden. Soweit wie möglich sind Erlasse im Sinne und unter Berücksichtigung der staatsvertraglichen Verpflichtungen anzuwenden und auszulegen.<sup>123</sup> Das gilt vorliegend im besonderen Masse, namentlich auch mit Blick auf die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Freihandelsabkommen Schweiz-EG.

### 1. Überwiegend öffentliche Interessen

Öffentliche Interessen im Sinne von Art. 4 Abs. 3 Bst. a THG sind insbesondere der Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen und der natürlichen Umwelt (Art. 4 Abs. 4 THG). Ein faktisches Partikelfilterobligatorium dient primär dem Schutz der Gesundheit von Menschen, womit das Vorhandensein eines öffentlichen Interessens bejaht werden kann. Das Gesetz verlangt, dass dieses Interesse gegenüber den Interessen der Angleichung und damit des freien Handels im konkreten Regelungsbereich überwiegen muss. Das ist eine Abwägung und Entscheidung, welche der zuständigen Behörde

---

<sup>122</sup> Vgl. Botschaft THG (FN 107), S. 549; siehe dazu auch ARIOLI (FN 111), S. 134 ff.

<sup>123</sup> Das Bundesgericht hat im grundlegenden Entscheid *Frigerio c. EVED*, BGE 94 I 669, 678 festgehalten: „Im Zweifel muss innerstaatliches Recht völkerrechtskonform ausgelegt werden; d. h. so, dass ein Widerspruch mit dem Völkerrecht nicht besteht. Diese Auslegungsregel erlaubt es, Konflikte zwischen den beiden Rechtsordnungen meistens zu vermeiden.“ Dieser Grundsatz wurde wiederholt in darauf folgenden Entscheidungen des Bundesgerichts bestätigt. Siehe z.B. BGE 122 II 234, 239. Dazu JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, *Praxis des Völkerrechts*, 3. Aufl., Bern 2001, S. 127 ff.; ERNST-ULRICH PETERSMANN, *Die Verfassungsentscheidung für eine völkerrechtskonforme Rechtsordnung als Strukturprinzip der Schweizer Bundesverfassung*, *Archiv des öffentlichen Rechts (AöR)* 1990, S. 537 ff.; DANIEL THÜRER, *Perspektive Schweiz. Übergreifendes Verfassungsdenken als Herausforderung*, Zürich 1998, S. 71 ff.; DIETRICH SCHINDLER, *Die Schweiz und das Völkerrecht*, in: Alois Riklin/Hans Haug/Raymond Probst (Hrsg.), *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik*, Bern et al. 1992, S. 113 ff.; PAUL SIEGENTHALER, *Völkerrecht und Landesrecht nach schweizerischer Rechtsordnung*, *Zeitschrift der bernischen Juristenvereinigung (ZbJV)* 1984, S. 201 ff.

obliegt. Angesichts der nachgewiesenen Schädigungen und Handlungsbedarf bestehen hinreichende Gründe, dieses Interesse als überwiegend zu beurteilen.

## **2. Keine Willkürliche Diskriminierung noch verschleierte Beschränkung des Handels**

Gemäss Art. 4 Abs. 3 Bst. b THG sind Abweichungen vom Grundsatz nur erlaubt, wenn sie kein Mittel zur willkürlichen Diskriminierung darstellen. Nationale Sonderregelungen sollen daher jede willkürliche Diskriminierung ausländischer Produkte unterlassen.<sup>124</sup> Art. 4 THG ist im Lichte der staatsvertraglichen Verpflichtungen der Schweiz, namentlich um Licht des TBT-Übereinkommens und des FHA anzuwenden.<sup>125</sup> In diesem Zusammenhang kann auf die bereits im Rahmen des TBT-Übereinkommens und des FHA gemachten Ausführungen verwiesen werden. In der Anwendung des Gesetzes müssen hier die gleichen Kriterien und Überlegungen zum Tragen kommen. Eine abweichende Beurteilung unter den allgemein formulierten Bestimmungen des THG lässt sich nicht rechtfertigen.

## **3. Verhältnismässigkeit**

Gemäss Botschaft zum THG unterliegen Art. 4 Abs. 3 und 4 THG dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit. Auch hier kann auf die Ausführungen im Rahmen von TBT-Übereinkommen und FHA verwiesen werden.

### **D. Abstimmung auf die wichtigsten Handelspartner der Schweiz**

Gemäss Art. 4 Abs. 2 THG müssen die technischen Vorschriften auf die technischen Vorschriften der wichtigsten Handelspartner der Schweiz abgestimmt werden. Davon abweichende nationale Regelungen sind daher nur insoweit möglich, als das als erforderlich anerkannte Schutzziel nicht ebenso oder besser durch den Rekurs auf die Normen der wichtigsten Handelspartner erreicht werden können. Sodann müssen die Normen möglichst einfach und transparent sein und zu einem möglichst geringen Verwaltungs- und Kontrollaufwand führen. Zu den wichtigsten Handelspartner der Schweiz gehört im Sinne des

---

<sup>124</sup> Botschaft THG (FN 107), S. 582.

<sup>125</sup> Überprüfung der Abweichungen im schweizerischen Produktrecht vom in der EG geltenden Recht, Beilage zur Vernehmlassungsunterlagen zur Revision des THG vom 31.10.2006, abrufbar unter <<http://www.evd.admin.ch/aktuell/00120/index.html?lang=de&msg-id=8594>> (besucht am 31. Mai 2007), S. 8.

Gesetzes in erster Linie die EU.<sup>126</sup> Es stellt sich daher die Frage, ob die technischen Vorschriften der Schweiz mit den technischen Vorschriften der EU abzustimmen sind.

### **1. Rechtslage in der EU**

Emissionsvorschriften bei Baumaschinen sind in der EG in der Richtlinie 97/68/EG vom 16. Dezember 1997 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massnahmen zur Bekämpfung der Emission von gasförmigen Schadstoffen und luftverunreinigenden Partikeln aus Verbrennungsmotoren für mobile Maschinen und Geräte und deren Ergänzungen in den Richtlinien 2001/63/EG, 2002/88/EG und 2004/26/EG festgehalten. Gemäss diesen Vorschriften werden die Grenzwerte in der EG bei mobilen Maschinen mit Kompressionszündung wie z.B. Baumaschinen bis ins Jahr 2014 stufenweise verschärft:

---

<sup>126</sup> Vgl. dazu <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00730/00734/index.html?lang=de>> (besucht am 31. Mai 2007); REKO UVEK, *Beschwerdeführerin gegen Bundesamt für Kommunikation (BAKOM) betreffend Nichtkonformität von Fernmeldeanlagen*, F-2005-235, N 5.2.; MERKT-MATTHEY (FN 111), S. 18.

### EG Stufe I/II Emissions-Standards für Nonroad-Dieselmotoren<sup>127</sup>

Kat.	Leistungsklasse (kW)	Frist	CO	HC	NOx	PM
			(g/kWh)			
<b>Stufe I</b>						
A	$130 \leq P \leq 560$	01.1999	5.0	1.3	9.2	0.54
B	$75 \leq P < 130$	01.1999	5.0	1.3	9.2	0.70
C	$37 \leq P < 75$	04.1999	6.5	1.3	9.2	0.85
<b>Stufe II</b>						
E	$130 \leq P \leq 560$	01.2002	3.5	1.0	6.0	0.2
F	$75 \leq P < 130$	01.2003	5.0	1.0	6.0	0.3
G	$37 \leq P < 75$	01.2004	5.0	1.3	7.0	0.4
D	$18 \leq P < 37$	01.2001	5.5	1.5	8.0	0.8

### EG Stufe III A Emissions-Standards für Nonroad-Dieselmotoren

Kat.	Leistungsklasse (kW)	Frist	CO	HC und NOx	PM
				(g/kWh)	
<b>Stufe III A</b>					
H	$130 \leq P \leq 560$	01.2006	3.5	4.0	0.2
I	$75 \leq P < 130$	01.2007	5.0	4.0	0.3
J	$37 \leq P < 75$	01.2008	5.0	4.7	0.4
K	$19 \leq P < 37$	01.2007	5.5	7.5	0.6

<sup>127</sup> Die Tabellen wurden der Seite <<http://www.dieselnet.com/standards/eu/offroad.html>> (besucht am 31. Mai 2007) entnommen.

## EG Stufe III B/IV Emissions-Standards für Nonroad-Dieselmotoren

Kat.	Leistungsklasse (kW)	Frist	CO				HC				NOx				PM			
			(g/kWh)				(g/kWh)				(g/kWh)				(g/kWh)			
<b>Stufe III B</b>																		
L	130 ≤ P ≤ 560	01.2011	3.5	0.19	2.0	0.025												
M	75 ≤ P < 130	01.2012	5.0	0.19	3.3	0.025												
N	56 ≤ P < 75	01.2012	5.0	0.19	3.3	0.025												
P	37 ≤ P < 56	01.2013	5.0	4.7				0.025										
<b>Stufe IV</b>																		
Q	130 ≤ P ≤ 560	01.2014	3.5	0.19	0.4	0.025												
R	56 ≤ P < 130	10.2014	5.0	0.19	0.4	0.025												

Um Partikel-Grenzwerte zwischen 0.2 und 0.6 g/kWh erreichen zu können, brauchen Dieselmotoren noch keinen Partikelfilter. Eine faktische Partikelfilterpflicht wird in der EG daher mit der Massnahme III B frühestens ab dem 01.01.2011 und nur für Baumaschinen ab 37 kW eingeführt.

### 2. Rechtslage in anderen wichtigen Handelspartner-Staaten der Schweiz

Auch die anderen wichtigen Handelspartner der Schweiz haben Grenzwertvorschriften für Nonroad-Dieselmotoren. Allerdings schreibt zurzeit kein Land einen solch tiefen Grenzwert vor, der einer faktischen Partikelfilterpflicht gleichkommt. In den Vereinigten Staaten z.B. wird eine faktische Partikelfilterpflicht frühestens ab 2013 für Maschinen mit hoher Leistung und 2015 für die anderen Dieselmotoren Realität sein.<sup>128</sup>

### 3. Pflicht zur Abstimmung mit den wichtigsten Handelspartnern?

Wie oben gezeigt wurde, wird in der EG eine faktische Partikelfilterpflicht erst mit der Massnahme III B frühestens ab dem 1. Januar 2011 und nur für für Baumaschinen ab 37 kW eingeführt. Es stellt sich daher die Frage, ob die Schweiz bis dann keinen strengeren Grenzwert als die EG vorschreiben darf, da es sich bei der EU um den wichtigsten

---

<sup>128</sup> Nähere Angaben zu den Emissionsvorschriften der Vereinigten Staaten unter <http://www.dieselnet.com/standards/us/offroad.html> (besucht am 31. Mai 2007).

Handelspartner handelt. Gemäss dem THG-Leitfaden des SECO könnte neben einer vollständigen Angleichung an das Recht des wichtigsten Handelspartners auch eine (teilweise) „liberalere“ Regelung mit dem THG vereinbar sein. Dies findet seine Begründung darin, dass Importe nicht behindert, sondern „nur“ die Exporte erschwert werden, weil die Schweizer Produkte nicht den Anforderungen des wichtigsten Handelspartners entsprechen.<sup>129</sup>

Diese Auffassung bedeutet, dass die Schweiz sich selber verpflichtet hat, im Bereich der technischen Vorschriften in keinem Falle mehr strengere Vorschriften erlassen darf als die EU. Dies kann indessen nicht Sinn und Zweck des Gesetzes sein. Denn sie müsste dazu führen, dass überall da, wo EU Normen bestehen, die andern Bestimmungen des Gesetzes zur Zulässigkeit und Begründung nationaler Bestimmungen nicht zur Anwendung kommen können und somit die in den staatsvertraglichen Verpflichtungen bestehenden Spielräume autonom nicht mehr genutzt werden können, selbst wo ein überwiegendes öffentliches Interesse dies eigentlich verlangt und die Schweiz innovativ neue Wege gehen will. Vielmehr ist davon auszugehen, dass die Berücksichtigung bestehender EU Normen ein Aspekt unter andern ist, der im Rahmen einer Güterabwägung allenfalls zurücktreten muss. Das ist im vorliegenden Fall zu bejahen. Wie bereits gezeigt wurde, dient eine faktische Partikelfilterpflicht dem Schutz der Gesundheit und der Umwelt, womit ein überwiegend öffentliches Interesse vorliegt.

Zudem handelt es sich bei der vom BAFU gewünschten Massnahme, sofern sie nur Baumaschinen ab 37 kW betrifft, lediglich um eine vorzeitige Einführung einer Massnahme, die die EU mit der Massnahme III B frühestens ab dem 1. Januar 2011 ebenso einführt. Es kann damit nicht argumentiert werden, dass eine vorzeitige Einführung der Schweiz den Handel unnötig erschwert, europäische Bauunternehmen müssen sich so oder so in den nächsten Jahren auf strengere Grenzwerte einrichten.

#### **E. Exkurs: Rechtslage bei einer Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips**

Die Rechtslage unter dem THG kann sich ändern, sollte das Gesetz geändert und die einseitige Einführung des Cassis-de-Dijon Prinzips beschlossen werden. Der Bundesrat hat am 29. November 2006 einen Vorschlag für die Revision des Bundesgesetzes über die

---

<sup>129</sup> THG-Leitfaden (FN 118), S. 7.

technischen Handelshemmnisse in die Vernehmlassung geschickt.<sup>130</sup> Mit dieser Revision soll das bestehende Instrumentarium zur Beseitigung technischer Handelshemmnisse durch ein zusätzliches Instrument, das Cassis-de-Dijon-Prinzip, ergänzt werden.

Im "Cassis de Dijon"-Urteil<sup>131</sup> statuierte der EuGH erstmals den Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung nationaler Handelsregelungen (sog. Ursprungslandprinzip). Nach diesem Grundsatz darf jedes Produkt, das in einem Mitgliedstaat rechtmässig hergestellt und in Verkehr gebracht worden ist, in die übrigen Mitgliedstaaten eingeführt werden und dort grundsätzlich frei zirkulieren, auch wenn es nicht den nationalen Anforderungen an entsprechende Produkte entspricht. In der Folge dürfen die Mitgliedstaaten zwar eigene nationale Handelsvorschriften erlassen, soweit keine harmonisierten EG-Vorschriften bestehen; im Hinblick auf Importware treten diese Vorschriften allerdings zurück, soweit diese Ware bereits den Vorschriften des Herkunftsstaates genügt.

Der EuGH räumte allerdings ein, dass das Verbot des Art. 28 EGV nicht jegliche Handelsbeschränkungen ausschliesse und benannte gesetzesimmanente Schranken ("zwingende Erfordernisse des Allgemeininteresses"), bei deren Vorliegen die Mitgliedstaaten – unabhängig von einer besonderen Rechtfertigung nach der Ausnahmenvorschrift des Art. 30 EGV – nichtdiskriminierende und zum Schutz von anerkannten Allgemeinbelangen erforderliche Handelsbeschränkungen vorsehen können; dazu zählen u.a. der Schutz der öffentlichen Gesundheit. Soweit eine Massnahme demnach gerechtfertigt und daneben auch verhältnismässig ist, stellt sie kein Handelshemmnis im Sinn des Art. 28 EGV dar.

Für die Beurteilung der Partikelfilterpflicht wird es darauf ankommen, inwieweit die Ausnahmen vom Prinzip durch den Bundesrat selbst und abschliessend geregelt werden oder nicht. Das EG Recht selbst formuliert keine abschliessende Regelung, sondern belässt die Beurteilung der zwingenden öffentlichen Interessen der Einzelfallentscheidung. Soweit der Bundesrat eine abschliessende Liste beschliessen wird, muss dieser Nachweis bereits im Rahmen der Ausarbeitung der Massnahme erbracht werden können. Wesentlich ist hier allein, dass ein solcher Nachweis rechtlich nicht ausgeschlossen ist. Soweit auch in der Schweiz eine Einzelfallentscheidung vorgesehen wird und die Gerichte entsprechende Kompetenzen

---

<sup>130</sup> Die Vorlage ist abrufbar unter <<http://www.admin.ch/ch/d/gg/pc/documents/1336/Vorlage.pdf>> (besucht am 31. Mai 2007); siehe dazu auch <<http://www.seco.admin.ch/themen/00513/00730/01220/index.html?lang=de>> (besucht am 31. Mai 2007) und Erläuternder Bericht THG (FN 118).

<sup>131</sup> EuGH, Rs. 120/78, *Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntweine*, Slg. 1979, 649.

erhalten, wird der Bestand der Partikelfilterpflicht davon anhängen, ob ein stark überwiegendes Interesse an uniform durchzusetzenden Sondernormen für die effektive Bekämpfung der Luftverschmutzung in der Schweiz erforderlich ist.

## **ANHANG: Begründung zur geografischen Lage<sup>132</sup>**

Das ECE-Reglement Nr. 96 schreibt Emissions-Höchstwerte zwischen 0.2 und 0.8 g/kWh vor. Das BAFU erachtet demgegenüber eine maximale Belastung von 0.0125 g/kWh für die Schweiz und ihre Topographie erforderlich, damit das angestrebte Schutzziel überhaupt in nützlicher Frist unterstützt und jedenfalls teilweise erreicht werden kann.

Die Belastung der Luft durch Feinstaub ist eine der grössten Herausforderungen für die schweizerische Umweltpolitik. Vor allem Städte und verkehrsnaher Gebiete leiden unter zu hohen Feinstaub-Belastungen. Die geltenden Immissionsgrenzwerte werden regelmässig und deutlich überschritten. Jedes Jahr sterben in der Schweiz über 3'700 Menschen frühzeitig an den Folgen der Feinstaubbelastung. Dadurch gehen mehr als 40'000 Lebensjahre verloren – doppelt so viele wie durch tödliche Unfälle im Strassenverkehr. Die Luftverschmutzung mit Feinpartikeln verursacht in der Schweiz Gesundheitskosten in der Höhe von 4.2 Milliarden Franken.

Vor allem während den Wintermonaten hat die Schweiz ein massives Feinstaub-Problem. Die spezielle topografische und klimatische Lage des Landes führt zu lange andauernden Inversionslagen mit stabiler Hochnebeldecke und wenig Luftaustausch. Diese treten besonders häufig im schweizerischen Mittellandbecken auf, welches fast gänzlich von Bergen (Alpen- und Jurakette) umgeben ist. Das Mittelland erstreckt sich mit einer Länge von rund 300 km vom Genfersee bis zum Bodensee, die Breite schwankt zwischen etwa 40 km im Westen und 70 km gegen Osten. Obwohl das Mittelland nur 30% der Gesamtfläche der Schweiz ausmacht, leben hier rund 60% der Gesamtbevölkerung. Grössere Städte, Industrie und ein beträchtlicher Teil des Verkehrsaufkommens konzentrieren sich auf diesem engen Gebiet. In den Räumen Winterthur-Zürich-Olten, Bern-Thun und Montreux-Lausanne-Genf existiert gar eine Tendenz zu Bandstädten<sup>133</sup>. Die das Mittelland umgebenden Bergzüge verhindern während den winterlichen Inversionslagen den horizontalen Austausch von Luftmassen. Da auch in der vertikalen Richtung kein Austausch durch die Inversionsschicht hindurch erfolgen kann, ist das Luftvolumen über dem Mittelland bei tief liegender Hochnebeldecke fast vollständig isoliert von der restlichen Atmosphäre. Alle im Mittelland emittierten Schadstoffe verbleiben im kleinen Luftvolumen unterhalb der Hochnebeldecke

---

<sup>132</sup> Autor dieses Anhangs ist das Bundesamt für Umwelt, 2007.

<sup>133</sup> Quelle: Historisches Lexikon der Schweiz, 2005.

und führen zu sehr hohen Schadstoffkonzentrationen, die während langen Perioden anhalten können.

Ein besonders gefährlicher Teil des Feinstaubes ist der Dieseleruss. Rund 20 Prozent des landesweit ausgestossenen Dieselerusses stammt von Baumaschinen. Dieser Dieseleruss hat gravierende Auswirkungen auf die Volksgesundheit. Er ist Krebs erregend und bereits in kleinsten Mengen schädlich. Die schweizerische Umweltgesetzgebung sieht deshalb für Dieseleruss keinen Grenzwert, sondern ein striktes Minimierungsgebot vor. Die technischen Möglichkeiten zur Reduktion von Dieseleruss sind heute vorhanden: Die Ausrüstung von Diesel-Fahrzeugen und -maschinen mit guten Partikelfiltern erlaubt es, die Dieseleruss-Emissionen um über 95% zu verringern. Im Bereich Dieselpersonenwagen und leichte Nutzfahrzeuge sind mittlerweile fast alle gängigen Modelle mit Partikelfilter erhältlich. Bei Baumaschinen und Traktoren ist eine ähnliche Entwicklung absehbar: Bereits heute haben einige schweizerische Importeure ihre neuen Maschinen mit Partikelfilter im Angebot. Damit sich die vorhandene Technik auch auf dem Markt rasch durchsetzen kann, braucht es gezielte Anreize, wie die Einführung von strengeren Partikel-Grenzwerten.

Die Gefährlichkeit von Dieseleruss ist auch in der EU anerkannt. Voraussichtlich ab September 2009 wird in der EU für leichte Dieselmotorfahrzeuge der strenge Partikel-Grenzwert der Stufe Euro-5 gelten, der für alle Fahrzeuge einen effizienten Partikelfilter notwendig macht. Diesen Entscheid hat das EU-Parlament gefällt; er soll demnächst vom EU-Rat bestätigt werden.

Bei Baumaschinen findet im Gegensatz zu Motorfahrzeugen keine Verdünnung der Motorenabgase statt, weil die Maschinen während längerer Zeit an einem stationären Einsatzort eingesetzt werden. Das Problem wird sodann zusätzlich noch dadurch verschärft, dass diese Einsatzorte der Baumaschinen oft besonders schlecht durchlüftet sind und sich in den meisten Fällen in dicht besiedelten Städten und Agglomerationen befinden. Direkt betroffen sind damit sowohl grosse Teile der Bevölkerung, die sich in unmittelbarer Nähe aufhalten, als auch die Bauarbeiter selbst, die auf Baustellen und in Baugruben den Dieselerussemissionen unmittelbar und ungeschützt ausgesetzt sind.

\*\*\*\*