



**Universität
Zürich** ^{UZH}

Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann
Telefon +41 44 634 48 65
Mail christine.kaufmann@rwi.uzh.ch

Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber
Telefon +41 44 634 48 84
Mail rolf.weber@rwi.uzh.ch

Rämistrasse 74 / 5
CH-8001 Zürich

UZH, RWI, Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann, Prof. Dr. iur. Rolf H. Weber,
Rämistrasse 74 / 5, CH-8001 Zürich

Herrn Alfred W. Kammerhofer
Bundesamt für Umwelt BAFU
Abteilung Wald

CH-3003 Bern

Zürich, 23. Juli 2013

Verwendung Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung

Sehr geehrter Herr Kammerhofer

Mit der parlamentarischen Initiative 12.477 vom 27. September 2012 hat Nationalrat Erich von Siebenthal verlangt, es seien die rechtlichen Rahmenbedingungen zu schaffen, damit vermehrt Schweizer Holz bei Bauten zum Einsatz kommt. Konkret geht die Initiative davon aus, dass wegen der Frankenstärke zu oft zur Wahl ausländischer Holzprodukte gegriffen wird, weil gemäss den heutigen Submissions- und Subventionsbestimmungen die günstigste Materialwahl berücksichtigt werden muss, was deshalb noch zu Erschwerungen führt, weil der Schweizer Wald nach sehr strengen europäischen Vorschriften bewirtschaftet wird. Die Initiative regt an, dafür zu sorgen, dass der Rohstoff Holz in jenen Projekten in der Schweiz verwendet wird, welche der Bund mit finanziellen Mitteln unterstützt.

Bezugnehmend auf unseren Mail-Austausch sowie das Gespräch vom 10. Juni 2013 nehmen wir gerne zum genannten Thema „Verwendung von Schweizer Holz in Bauten mit öffentlicher Finanzierung“, insbesondere unter Aspekten des GATT/WTO-Rechts, gemäss nachfolgender Inhaltsübersicht Stellung:



Inhaltsverzeichnis

0	Executive Summary	5
0.1	Öffentliches Beschaffungswesen	5
0.2	Subventionsrecht	9
0.3	Sonderbestimmungen im Kontext von Nachhaltigkeitszielen	11
0.4	Vorschläge zur Zielerreichung	12
1	Fragestellung und Auftrag	14
2	Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen bei Submissionen im Hinblick auf die Beschaffung von Rohstoffen aus der Schweiz mit besonderem Fokus auf Holz	14
2.1.	Allgemeines WTO-Recht und Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen	14
a)	Einleitungsbemerkungen	14
b)	Beschaffungswesen und Grundsätze des WTO-Recht	15
(i)	Doppelte Regelungsstruktur: Allgemeines WTO-Recht und GPA	15
(ii)	Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel in Art. III:8 GATT	16
(iii)	Anwendbarkeit von Transparenzvorschriften	18
c)	Architektur und Fortentwicklung des WTO-Abkommens zum Beschaffungswesen (GPA)	18
(i)	Architektur und Grundprinzipien	18
(ii)	Fortentwicklung des GPA	21
d)	Rechtfertigungs- und Ausnahmegründe im allgemeinen WTO-Recht	21
e)	Rechtfertigungsgründe im GPA	22
f)	Besondere Bedeutung der sog. „Secondary Policies“	23
2.2.	Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungen zur Umsetzung des GPA im Ausland	24
a)	Frankreich	24
b)	Japan	25
c)	Neuseeland	26
d)	Österreich	27
(i)	Bundesregelungen	27
(ii)	Regelungen im Land Vorarlberg	28
2.3.	Öffentliches Beschaffungswesen in der Schweiz	28
a)	Umsetzung des GPA im Bund	28



b)	Interkantonale Vorschriften zur Umsetzung des GPA	29
c)	Ausgewählte Kantone	29
(i)	Kanton Bern	29
(ii)	Kanton Luzern	30
(iii)	Thurgau	31
(iv)	Zürich	31
2.4.	Vorläufiges Zwischenfazit	32
3	Analyse der Grundzüge des anwendbaren Subventionsrechts	33
3.1.	Vorbemerkung: Subventionsrecht und Beschaffungswesen	33
3.2.	Grundzüge des Subventionsrechts der WTO	33
a)	Subventionen und allgemeine Grundsätze des WTO-Rechts	34
b)	Subventionsabkommen der WTO	34
3.3.	Subventionsrecht in der Schweiz	36
a)	Verfassungsgrundlagen	36
b)	Wettbewerbsrecht	37
(i)	Einfluss von Bestimmungen des EU-Rechts	37
(ii)	Schweizerisches Wettbewerbsrecht	38
c)	Subventionsgesetz (SuG)	38
d)	Ausgewählte Spezialerlasse	39
(i)	Landwirtschaftsgesetz	39
(ii)	Lärmschutzverordnung (VO zum USG)	40
3.4.	Vorläufiges Zwischenfazit	42
4	Analyse von Sonderbestimmungen im Kontext von Nachhaltigkeitszielen	43
4.1.	Allgemeines Umweltrecht	43
4.2.	Allgemeines Energierecht	44
a)	Kostendeckende Einspeisevergütung	44
b)	Holz im Kontext der Energiewende	44
4.3.	Bestimmungen im Waldrecht	45
a)	Bewirtschaftung des Waldes	45
b)	Verarbeitung von Holz	46
4.4.	Rechtliche Rahmenbedingungen für spezielle Kennzeichnungen (Labels)	46
a)	Kennzeichnungspflicht	46



b)	In der Schweiz verwendete Gütezeichen	46
(i)	FSC- und PEFC-Zertifizierung	46
(ii)	Herkunft Schweizer Holz (HSH) und AOC	48
c)	Rechtliche Einordnung	49
5	Vorschläge zur Zielerreichung	50
5.1	Vorbemerkungen	50
5.2	Anpassung gesetzlicher Grundlagen	50
a)	Übernahme des revidierten GPA	50
b)	Gesetzliche Grundlage für Gütezeichen (Labels)	51
c)	Förderung der Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten	51
d)	Förderung der Verwendung von Holz bei Lärmschutzanlagen	52
5.3	Anpassung der Ausschreibungspraxis bei öffentlichen Beschaffungen	52
6	Bibliographie	53

0 Executive Summary

Die parlamentarische Initiative Nr. 12.477, am 27.9.2012 eingereicht von Erich von Siebenthal, beantragt, die rechtliche Rahmenbedingungen zu schaffen, damit vermehrt Schweizer Holz bei Bauten zum Einsatz kommt. Die entsprechende Förderung der Verwendung von Schweizer Holz soll hinsichtlich der mit staatlichen Unterstützungsbeiträgen erstellten Bauten erfolgen, weil die heute geltenden Bestimmungen dazu führten, die günstigste Materialwahl zu berücksichtigen. Wegen der strengen Auflagen für die Waldbewirtschaftung und die einheimische Holzverarbeitungsindustrie seien die Produktionskosten automatisch höher als im Ausland; dieser Effekt werde durch die Frankenaufwertung noch verstärkt, was zu oft zur Wahl ausländischer Holzprodukte führe. Deshalb solle der Bund direkt auf jene Projekte Einfluss nehmen, die er mit finanziellen Mitteln unterstütze.

Die privilegierte Beschaffung von Rohstoffen aus der Schweiz mit besonderem Fokus auf Holz bzw. die Förderung der Verwendung von Holz in öffentlichen Bauten verursacht unter verschiedenen rechtlichen Aspekten gewisse Probleme, vor allem im Rahmen der international geltenden rechtlichen Bestimmungen, aber auch im Kontext des schweizerischen Rechts. Im Vordergrund stehen die Normen des öffentlichen Beschaffungswesens; zu beachten sind aber auch die subventionsrechtlichen Anordnungen, das Umwelt- und Energierecht sowie spezifische Bestimmungen zur Nachhaltigkeit.

Auftragsgemäss konzentriert sich dieses Gutachten auf die Vereinbarkeit von Förderungsmassnahmen für Schweizer Holz im Sinne der parlamentarischen Initiative von Siebenthal mit dem WTO-Recht. Nicht Gegenstand dieses Gutachtens sind andere relevante Bestimmungen, wie sie sich etwa aus dem Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (heute EU) über das öffentliche Beschaffungswesen, der EFTA-Konvention und mehreren bilateralen Freihandelsabkommen mit einer Zugangsverpflichtung zum Beschaffungsmarkt (insbesondere mit Chile, Mexiko, Kolumbien, Peru, Golfstaaten, Ukraine, Panama und Costa Rica) ergeben.

0.1 Öffentliches Beschaffungswesen

Für die Schweiz ist das Übereinkommen über öffentliches Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA), das im Rahmen der Schaffung der WTO als „Sonderabkommen“ verabschiedet wurde, verbindlich. Das GPA ist ein plurilaterales Abkommen, das nicht zwingend zu ratifizieren ist; die Schweiz, wie auch die meisten anderen entwickelten Staaten, haben das Abkommen aber unterzeichnet.

Das GPA will die Vergabe von Aufträgen in einem transparenten Verfahren zu möglichst effizienten (insbesondere preiswerten) Bedingungen verwirklichen. Die Ausrichtung auf Preiselemente schliesst indessen die Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Sozialpolitik (sog. „secondary policies“) nicht aus.

Über 15 Jahre nach Inkrafttreten des GPA hat die WTO-Ministerkonferenz vom Dezember 2011 eine erste grössere Revision des GPA verabschiedet; mit Entscheidung vom 2. April 2012 sind die Änderungen verbindlich geworden. Der Bundesrat bereitet derzeit eine Botschaft zur Genehmigung des revidierten GPA durch das Parlament vor, seine Bestimmungen sind deshalb derzeit noch nicht bindend. Diese Tatsache ist insoweit von Bedeutung, als die neuen GPA-Bestimmungen erhöhte Flexibilität mit sich bringen würden. Dazu zählt insbesondere eine Flexibilisierung mit Blick auf

den Miteinbezug von sog. „secondary policies“, welche auch die Erkenntnis berücksichtigen, dass Umweltschutzanliegen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens eine grössere Rolle spielen müssen. So würde Art. X Abs. 6 revGPA ausdrücklich vorsehen, dass technische Standards ausgearbeitet werden dürfen, welche „promote the conservation of natural resources or protect the environment“. Diese von den Mitgliedstaaten des GPA noch zu erarbeitenden Standards sind nicht Gegenstand dieses Gutachtens, das sich auf das *geltende* Recht beschränkt. Festhalten lässt sich indessen, dass sich diese noch zu schaffenden Ausnahmegründe an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Nichtdiskriminierung halten müssen.

Die Berücksichtigung von Aspekten des Umweltschutzes und der Nachhaltigkeiten ist nach allgemeinem WTO-Recht insoweit zulässig, als den beiden zentralen Grundsätzen des WTO-Rechts – enthalten im Warenhandelsabkommen (GATT) und im Dienstleistungsabkommen (GATS) – nämlich dem Prinzip der Inländergleichbehandlung (National Treatment) und dem Prinzip der Meistbegünstigung (Most Favoured Nation, MFN) nachgelebt wird.

Da sich die WTO-Mitglieder nicht einigen konnten, den Handel auch im Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens umfassend zu liberalisieren, finden sich heute im WTO-Recht zwei unterschiedliche Konzepte: Auf der einen Seite wird im allgemeinen, für alle Mitgliedstaaten verbindlichen WTO-Recht das öffentliche Beschaffungswesen vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung ausgenommen (Art. III:8 GATT und Art. XIII:1 GATS).

Auf der anderen Seite verpflichten sich die Mitglieder des GPA, zu denen auch die Schweiz zählt, untereinander zur Einhaltung von Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung bei öffentlichen Beschaffungen (Art. III:1 GPA).

Für Staaten, welche dem GPA nicht beigetreten sind, finden deshalb bei öffentlichen Beschaffungen die Grundsätze der Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung gemäss GATT und GATS grundsätzlich *keine* Anwendung (Art. III:8 GATT und Art. XIII:1 GATS). Immerhin sind sie zur Transparenz bei den Vergabeentscheiden angehalten. Hingegen sind für die Schweiz als Mitglied des GPA die im GPA spezifisch angeordneten Prinzipien der Inländergleichbehandlung und der Meistbegünstigung (Art. III:1 GPA) sowie die konkret vorgesehenen Ausnahmen von der Ausrichtung des Verfahrens auf Preiselemente gegenüber anderen GPA-Mitgliedern anwendbar. Gegenüber Ländern, die nicht Mitglieder des GPA sind, d.h. vor allem gegenüber Entwicklungsländern, ist die Schweiz wie erwähnt nicht an die Grundsätze von Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung gebunden, doch enthalten bilaterale Freihandelsabkommen der Schweiz teilweise Bestimmungen zum Beschaffungswesen; diese bleiben unabhängig von einer Ratifikation des GPA durch die Vertragsparteien anwendbar. Diese Abkommen sind wie die einschlägigen europarechtlichen Bestimmungen *nicht* Gegenstand dieses Gutachtens. Praktisch dürfte diese Konstellation für die hier zu behandelnde Frage allerdings kaum relevant sein.

Nach allgemeinen Grundsätzen sind nationale Bestimmungen, welche z.B. Nachhaltigkeitsziele verfolgen, mit den Grundsätzen der Inländerbehandlung und der Meistbegünstigung vereinbar, wenn sie nicht zu einer *de jure* oder *de facto* Diskriminierung führen. *De jure* diskriminierend wäre z.B. eine Bestimmung, welche anordnen würde, dass Bauherren die Baumaterialien nur von Schweizer Zulieferern beziehen dürfen. Auch die Anforderung, bei Beschaffungen durch die öffentliche Hand nur Schweizer Holz oder Holz aus den eigenen Wäldern zu verwenden, wäre WTO-rechtlich diskriminierend, weil sie ausländische Zulieferer benachteiligt. In- und ausländische

Anbieter könnten sich zwar das Holz in der Schweiz beschaffen, sie hätten aber nicht mehr die Möglichkeit, ihre Zulieferer frei zu wählen, was dem WTO-rechtlichen Grundsatz der Gleichbehandlung von in- und ausländischen Produkten widerspricht. In der Praxis sind solche offen diskriminierenden Bestimmungen selten, weil kein Land sich offensichtlich einem WTO-Streitschlichtungsverfahren aussetzen will. Schwieriger ist die Beurteilung der *de facto* Diskriminierung, z.B. einer Anordnung, welche die Verwendung einer bestimmten Holzqualität verlangt, die in der Realität nur vom Schweizer Holz erfüllt werden kann.

Von Bedeutung sind für die allgemeine Beurteilung von Diskriminierungseffekten nationaler Nachhaltigkeitsnormen insbesondere folgende Bestimmungen:

- Art. VI GPA nennt als Vergabekriterien Qualität, Leistung, Sicherheit sowie (im Unterschied zum GATT) Produktionsprozesse und -verfahren. Im Hinblick auf den Einbezug ökologischer Überlegungen können die Produktionsprozesse und -verfahren von Bedeutung sein. Entsprechende Kriterien müssen sich aber so weit als möglich auf international akzeptierte Standards abstützen und die Verfolgung von protektionistischen Zwecken bzw. eine Diskriminierung einzelner Anbieter wäre unzulässig. Das revidierte GPA 2012 sieht in Art. X:9 ausdrücklich die Umweltverträglichkeit als Vergabekriterium vor.
- Art. XXIII:2 GPA erlaubt den Staaten, zum „Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen“ von den Regeln des GPA abzuweichen, sofern dies nicht zu einer „willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung oder einer versteckten Beschränkung des internationalen Handels“ führt. Inhaltlich entspricht diese Bestimmung den Anordnungen von Art. XX lit. b GATT und Art. XIV lit. b GATS; zu diesen Normen gibt es bereits eine recht umfangreiche Rechtsprechung im Rahmen des WTO Streitbeilegungsmechanismus, die sich analog heranziehen lässt. Hingegen findet sich im geltenden GPA keine parallele Anordnung zu Art. XX lit. g GATT, der den Schutz der natürlichen Ressourcen vorsieht; dies würde sich erst durch das revidierte GPA 2012 ändern.

Bei der konkreten Beurteilung der Frage, welche einzelstaatlichen Massnahmen mit dem WTO-Recht vereinbar sein würden, ist auch die europäische Rechtsprechung zu den erwähnten sog. „secondary policies“ vergleichend in Betracht zu ziehen. Solche Sekundärziele sind soweit zulässig, als sie die Realisierung der Primärziele nicht gefährden (d.h. keine *de jure* oder *de facto* Diskriminierung bewirken). In verschiedenen Urteilen hat der Europäische Gerichtshof dafür gehalten, dass (weit verstandene) Nachhaltigkeitsziele im öffentlichen Beschaffungswesen berücksichtigt werden dürfen, sofern sie den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht aushebeln und die Anforderungen transparent formuliert sind.

Auslegungshilfen bei der Beurteilung der gutachterlichen Fragen könnten auch ausländische Regelungen bieten, welche ähnliche Ziele verfolgen. Eine Analyse der Regelungen in Frankreich, Japan, Neuseeland sowie Österreich (Regelung im Bund und im Land Vorarlberg) als den mit dem BAFU abgesprochenen Ländern hat indessen ergeben, dass keines der untersuchten Vergleichsländer eine Bevorzugung einheimischen Holzes, wie sie die parlamentarische Initiative von Siebenthal anregt, kennt. Alle untersuchten Länder beschränken die Verwendung von Holz im öffentlichen Beschaffungswesen auf legal geschlagenes Holz. Darüber hinaus bestehen unterschiedliche qualitative Kriterien (Einhaltung von spezifischen Nachhaltigkeitsstandards) und quantitative Kriterien (Vorgabe von Mindestanteilen Holz bei Bauten). Die rechtsvergleichende Analyse bringt also kaum einen wesentlichen zusätzlichen Erkenntnisgewinn.

Ein weiterer Bereich, der mögliche Auslegungsindizien bieten könnte, sind die kantonalen Regelungen zum öffentlichen Beschaffungswesen, die ebenfalls das GPA einhalten müssen. Eine Analyse der Bestimmungen in den Kantonen Bern, Luzern und Thurgau sowie in der Stadt Zürich als den gemäss Absprache mit dem BAFU für dieses Gutachten relevanten föderalen Ordnungen zeigt aber ein ähnliches Bild wie der Vergleich mit dem Ausland: Keiner der untersuchten Kantone kennt eine ausdrückliche Pflicht, einheimisches Holz bevorzugt zu verwenden. Damit halten diese Kantone das Verbot der *de jure* Diskriminierung gemäss GPA ein. Theoretisch könnte die Priorisierung bestimmter Holzarten *de facto* zu einer Bevorzugung einheimischer Hölzer und damit zu einer GPA-widrigen Diskriminierung führen; den Gutachtern liegen jedoch aus den im Rahmen dieses Gutachtens untersuchten Kantonen keine Anhaltspunkte für eine *de facto* Diskriminierung vor. Festhalten lässt sich aber jedenfalls, dass im Lichte der vom GPA verlangten Transparenz die Einführung von Nachhaltigkeitsvorgaben in internen, dem Anbieter nicht erkennbaren Vergaberichtlinien problematisch ist. Abgesehen vom Transparenzkriterium stellt sich angesichts des Eingriffes in die Wirtschaftsfreiheit auch die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage (Art. 36 BV), deren Fehlen der französischen Regelung, die einen Minimalanteil von Holz bei öffentlichen Bauten vorsehen wollte, beim Verfassungsrat zum Verhängnis geworden ist.

Im Lichte der vorerwähnten Rechtsgrundlagen und der nur sehr beschränkten Aussagekraft vergleichbarer ausländischer oder kantonaler Regelungen ist gestützt auf eine „genuine“ Auslegung der Normen davon auszugehen, dass – erstens – solche Nachhaltigkeitsziele verwirklichtbar sind, die weder *de jure* noch *de facto* diskriminieren und – zweitens – in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren neben Anforderungen, die sich auf die Eigenschaften des zu beschaffenden Holzes selbst beziehen, auch umweltfreundliche Produktionsbedingungen und Anforderungen zum Schutze des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen als Vergabekriterien grundsätzlich zulässig sind.

Voraussetzung ist indessen, dass die ökologischen Anforderungen an die Produktionsprozesse im Heimatstaat des Anbieters (d.h. des Schweizer Anbieters von Holz) geeignet sind, das verfolgte Interesse zum Schutz der Umwelt zu verwirklichen, und dass sie wettbewerbsneutral ausgestaltet sind. WTO-rechtlich erscheint überdies auch die Berücksichtigung von Transportwegen als Element des Produktionsprozesses als nicht ausgeschlossen.

Eine konkrete Beurteilung der rechtlichen Risiken bei Verwirklichung der von der Initiative von Siebenthal beantragten Massnahmen führt angesichts der vorerwähnten Überlegungen zu folgender Einschätzung:

- *Vermeidung von de facto Diskriminierungen:* Eine *de facto* Diskriminierung liegt vor, wenn die Vergabebedingungen so ausgestaltet werden, dass nur inländische Zulieferer überhaupt die Bedingungen erfüllen können, oder dass sie derartige administrative oder finanzielle Belastungen für ausländische Zulieferer nach sich ziehen, dass es für diese nicht interessant ist, sich am Vergabeprozess zu beteiligen. Die Vergabebedingungen sind also, umgekehrt formuliert, so festzulegen, dass die beschriebenen Diskriminierungseffekte nicht eintreten. Nicht wirtschaftliche Sekundärziele („secondary policies“) sind grundsätzlich zulässig, müssen aber so ausgestaltet sein, dass sie geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen und gleichzeitig das Kriterium der Wirtschaftlichkeit nicht aushebeln. Diesem Umstand ist insbesondere bei der Gewichtung von Sekundärzielen in Vergabeverfahren Rechnung zu tragen.

- *Umweltfreundliche Produktionsbedingungen*: Art. VI:GPA lässt unter dem Vorbehalt des Diskriminierungsverbots die Berücksichtigung der Produktionsbedingungen zu. Bestehende Sekundärziele, wie etwa die Förderung nachhaltiger Energien könnten so in technische Anforderungen an die Produktionsverfahren umgesetzt und als Vergabekriterien Teil des Vergabeverfahrens werden. Das revidierte GPA wird mit Art.X:6 dergestalt weiter gehen, dass technische, quantifizierbare Anforderungen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen ausdrücklich erwähnt werden und Art. X:9 die Umweltverträglichkeit als mögliches Zuschlagskriterium nennt.
- *Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen*: Die bisherige Rechtsprechung der WTO-Streitschlichtungsorgane hat zwar in einzelnen Fällen zum GATT und zum GATS diesen Ausnahmegrund anerkannt, aber meist einen recht strengen Nachweis mit Bezug auf das Vorliegen der Notwendigkeit der Massnahme verlangt. Zudem ist die Berufung auf den Ausnahmegrund, selbst wenn er als erfüllt erachtet wurde, hernach oft am Kriterium der willkürlichen bzw. ungerechtfertigten Diskriminierung gescheitert. Aus diesem Grunde dürfte es kaum möglich sein, die von der Motion beantragten Massnahmen gestützt auf den erwähnten Ausnahmegrund zu rechtfertigen. Das Vorliegen des Ausnahmegrundes der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit ist ebenfalls kaum begründbar. Erfolgsversprechender dürfte im Rahmen der Sekundärziele die erlaubte Berücksichtigung von *Produktionsmethoden und -verfahren* bei der Vergabe im Rahmen des Diskriminierungsverbots sein.

Zusammenfassend ergibt sich, dass eine Bevorzugung von Schweizer Holz bei Beschaffungsverfahren im Staatsvertragsbereich grundsätzlich gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung gemäss Art. III:1 lit.a GPA verstösst. Theoretisch lässt sich eine Verletzung des Nichtdiskriminierungsverbots zwar mit einem der im GPA genannten Ausnahmegründe, wie etwa dem Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen und Pflanzen, rechtfertigen. Eine solche Rechtfertigung darf aber nicht zum Einsatz diskriminierender Massnahmen führen und setzt überdies voraus, dass keine für den internationalen Handel weniger einschneidende Massnahme möglich ist. Diese Voraussetzungen wären bei der Bevorzugung von Schweizer Holz resp. Holz aus Schweizer Wäldern kaum zu erfüllen.

0.2 Subventionsrecht

Die parlamentarische Initiative von Siebenthal schlägt vor, bei Subventionen für Bauten und Anlagen (z.B. landwirtschaftlicher Hochbau, Lärmschutzwände, usw.) als Bedingung die (teilweise) Verwendung von Schweizer Holz zu verlangen; die Zulässigkeit einer solchen Massnahme ist mit Blick auf das geltende Subventionsrecht zu prüfen. Ähnlich wie im Beschaffungsrecht ist auch im Subventionsrecht eine Ausnahme vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsverbot) vorgesehen, d.h. Subventionen, die ausschliesslich inländischen Produzenten zugutekommen, sind zulässig, soweit die Subventionen vom GATT nicht generell ausgeschlossen sind, was im hier interessierenden Kontext nicht der Fall ist.

Das im Rahmen der Uruguay-Runde abgeschlossene Subventionsabkommen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCA) ist für alle WTO-Mitgliedsländer verbindlich. Als Subvention gilt jede dem Staat zurechenbare finanzielle Zuwendung oder jede Form von Einkommens- oder Preisstütze, soweit sie dem Empfänger einen Vorteil verschafft. Der Anwendungsbereich des SCA ist auf die Begünstigung bestimmter Marktteilnehmer beschränkt,

allgemeine Fördermassnahmen werden vom SCA nicht verboten. Weil das WTO-Recht nur zwischenstaatliche Sachverhalte erfasst, sind Subventionen unzulässig, die am Export von Waren oder Erzeugnissen anknüpfen (für die vorliegende Fragestellung nicht weiter relevant) oder die eine Bevorzugung einheimischer Güter bewirken. Schliesslich ist eine Subvention auch dann von einem WTO-Mitgliedstaat anfechtbar, wenn sie sich nachteilig auf dessen Interessen auswirkt, insbesondere indem sie seine Industrie schädigt oder mit dem GATT verbundene Vorteile beeinträchtigt.

Das SCA selber sieht keine Ausnahmeklauseln zugunsten legitimer staatlicher Interessen vor. Solche Ausnahmen sind einzig in bestimmten Sonderabkommen verankert, etwa im WTO-Landwirtschaftsabkommen. Holz und Holzprodukte fallen aber nicht in dessen Anwendungsbereich.

Im Gegensatz zum EU-Recht kennt das schweizerische Wettbewerbsrecht keine spezifischen Anordnungen zur Subventionierung. Die EU-rechtlichen Beihilferechtsnormen (Art. 107/108 AEUV) sind in der Schweiz nach verbreiteter Auffassung nicht direkt anwendbar.

Da wirtschaftslenkende Subventionen (im Gegensatz zu allgemeinen wirtschaftsfördernden Massnahmen) zu Wettbewerbsverzerrungen führen können und den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigen, bedürfen sie einer ausdrücklichen Grundlage in der Verfassung (Art. 94 Abs. 4 BV). Weil die entsprechenden Sonderbestimmungen von Art. 101 – 104 BV kaum eine genügende Grundlage für die Privilegierung von Schweizer Holz abgeben dürften, müssen sich neu einzuführende Nachhaltigkeitskriterien an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität halten.

Das bundesrechtliche Subventionsgesetz (SuG) differenziert zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen. Der Begriff der Subvention ist im Schweizer Recht umfassender als im WTO-Recht: „Finanzhilfen“ können im Unterschied zum WTO-rechtlichen Begriff der Subvention auch an öffentliche Institutionen wie die Kantone oder Gemeinden ausgerichtet werden und sie müssen nicht notwendigerweise spezifisch sein. So fallen etwa die Beiträge an die Kantone zur Hochschulförderung unter den Begriff der Finanzhilfe nach SuG, nicht aber unter den WTO-rechtlichen Subventionsbegriff.

Hingegen bleibt festzuhalten, dass das SuG allein nicht als gesetzliche Grundlage für die Ausrichtung einer Subvention genügt; vielmehr ist im Einzelfall eine spezifische gesetzliche Grundlage zu schaffen, um eine Finanzhilfe zu erlauben.

Ungeachtet der Tatsache, dass der Begriff der Subvention im WTO-Recht und im Schweizer Recht nicht identisch ist, liegt ihm in beiden Rechtsgebieten das Konzept einer geldwerten Leistung zugrunde. Setzt der Bund spezifische Nachhaltigkeitsziele mit Fördermassnahmen um, ohne dabei eine geldwerte Leistung zu erbringen (z.B. Einführung von Qualitätsstandards oder von Labels), kommt somit das Subventionsrecht grundsätzlich nicht zur Anwendung.

Liegt eine geldwerte Leistung vor, darf normhierarchisch eine nach Schweizer Recht an sich zulässige Subvention nicht den Grundsätzen des WTO-Rechts widersprechen. Kritisch ist im Kontext der parlamentarischen Initiative von Siebenthal das Kriterium der Bevorzugung einheimischer Güter: Die Privilegierung von Schweizer Holz wäre dann WTO-rechtlich sehr problematisch, wenn sie durch eine Finanzleistung (Subvention) zustande käme; zulässig sind hingegen wettbewerbsneutral formulierte Subventionen, die auch *de facto* keine wettbewerbsverzerrenden Auswirkungen haben. Die Art der Förderung von Schweizer Holz geht aus dem Text der Initiative nicht hervor. Fördert der Bund z.B.

die Jungwaldpflege der Waldeigentümer (Finanzhilfe), dürfte keine Subvention im Sinne des WTO-Rechts vorliegen, solange kein Holz vermarktet wird und damit kein Wettbewerbsvorteil für die Empfänger vorliegt. Gleiches dürfte für die Schutzwaldpflege gelten, wenn der Bund die Übernahme von (vertraglichen oder gesetzlichen) Verpflichtungen finanziell ausgleicht (Abgeltung), da verkaufbares Holz von den Nettokosten der Massnahmen abgezogen wird, so dass auch insoweit der Wettbewerb nicht beeinträchtigt wird.

Schwieriger zu beurteilen ist die von der parlamentarischen Initiative von Siebenthal anvisierte Verknüpfung von Subventionen mit der Bedingung, Schweizer Holz zu verwenden. Zwar soll auch hier eine gesetzliche Verpflichtung in Form der strengen Vorschriften zur Waldbewirtschaftung abgegolten werden, ein Kostenausgleich wie bei der Schutzwaldpflege ist aber ausdrücklich nicht beabsichtigt, weil das Ziel der Massnahme gerade darin besteht, einen Wettbewerbsnachteil der Schweizer Holzindustrie auszugleichen. Aus WTO-rechtlicher Sicht liegt darin eine geldwerte Bevorzugung von Schweizer Holz. Diese Bevorzugung erfolgt zwar nicht mit einer direkten Subvention, soll aber gemäss parlamentarischer Initiative – als Bedingung oder Auflage – mit einer Subvention verknüpft werden. Eine solche Verknüpfung ist im Hinblick auf Art. 3 SCA heikel, und es besteht das Risiko, dass sie sich in einem Streitfall nicht rechtfertigen lässt.

0.3 Sonderbestimmungen im Kontext von Nachhaltigkeitszielen

Das Umweltrecht enthält eine Reihe von Grundprinzipien zur Nachhaltigkeit. Mit Bezug auf das Schweizer Holz stehen die Prinzipien der Regeneration, Substitution und Integration im Vordergrund (Art. 73 BV), d.h. energie- und klimapolitisch betrachtet erscheint die vermehrte Nutzung des einheimischen Rohstoffs und Energieträgers Holz und damit eine bessere Wertschöpfung im Inland als sinnvoll und nachhaltig.

Das allgemeine Energierecht beruht auf dem Prinzip der nachhaltigen Energieversorgung (Art. 89 BV); die Waldbewirtschaftung und Holzverwertung spielen insbesondere im Kontext der Bestimmungen zur Förderung nachhaltiger Energien eine Rolle.

Der Bund sorgt dafür, dass der Wald seine Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen erfüllen kann (Art. 77 BV). Um die unterschiedlichen und oft auseinandergehenden Ansprüche der Gesellschaft an den Schweizer Wald miteinander in Einklang zu bringen, hat der Bundesrat die Waldpolitik 2020 erarbeitet. Eines der darin enthaltenen Ziele ist es, das nachhaltig nutzbare Holznutzungspotential des Schweizer Waldes auszuschöpfen. Um dieses Ziel zu erreichen, soll unter anderem die Nachfrage nach Holz gesteigert werden, etwa dadurch, dass im öffentlichen Beschaffungswesen des Bundes vermehrt Holz eingesetzt wird. Der Ersatz nicht erneuerbarer Energien durch Holzenergie führt zu einer vermehrten Verwendung von Holz, was einem weiteren Ziel der Waldpolitik 2020 entspricht, und trägt zugleich dazu bei, eine möglichst hohe CO₂-Reduktion zu erreichen und somit den Klimawandel zu mindern. Diese Ziele lassen sich als Sekundärziele in öffentliche Beschaffungsverfahren in Betracht ziehen.

Spezielle Kennzeichnungen in Form von Gütezeichen (Labels) und Zertifizierungen können in Vergabekriterien zur Erreichung von Nachhaltigkeitszielen bei öffentlichen Beschaffungen einfließen. Mit solchen Gütezeichen und Zertifizierungen lässt sich sowohl auf die Eigenschaften eines Produkts oder einer Dienstleistung als auch auf die Produktionsbedingungen oder die Transportwege Bezug nehmen. Bei der Verwendung von Nachhaltigkeitsstandards für Holz sind indessen, in Anlehnung an

die Rechtsprechung des EuGH, verschiedene Elemente zu berücksichtigen: (i) Der anwendbare Standard muss in den Vergabekriterien genannt und spezifiziert sein. (ii) Eine Beschränkung auf ein bestimmtes Gütezeichen ist unzulässig, wenn die gleichen Ziele auch mit anderen Mitteln erreicht werden können oder das geforderte Gütezeichen nur inländischen Anbietern zugänglich ist. (iii) Die Anforderung der Verwendung von Gütezeichen darf nicht zu einer unzulässigen Beschränkung des Handels führen.

0.4 Vorschläge zur Zielerreichung

Die von der parlamentarischen Initiative von Siebenthal angestrebten Ziele lassen sich aus Sicht der Gutachter nur teilweise WTO-konform umsetzen. Weil das Gutachten zum Schluss kommt, dass eine Bevorzugung von Holz aus Schweizer Wäldern, mit dem Ziel, neben der Förderung erneuerbarer Energien auch die Wettbewerbsnachteile von Schweizer Holzproduzenten zu mildern, WTO-rechtlich kaum zulässig ist, beziehen sich die Vorschläge auf die generelle Förderung von nachhaltig produziertem Holz, von welcher auch, aber nicht nur, die Schweizer Waldwirtschaft profitieren könnte.

In vier Bereichen könnte eine *Anpassung der gesetzlichen Grundlagen* diesbezüglich zielführend sein:

- (1) Mit der *Übernahme des revidierten GPA* ins schweizerische Recht wird die Berücksichtigung von Nachhaltigkeitskriterien bei öffentlichen Beschaffungen erleichtert (Art. X:6 und Art. X:9 revGPA). Die derzeit laufende Überprüfung des schweizerischen Beschaffungsrechts auf seine Vereinbarkeit mit dem revidierten GPA bietet die Möglichkeit, gleichzeitig Optionen zur Förderung der Verwendung von nachhaltig produziertem Holz in öffentlichen Beschaffungen zu evaluieren. Mit Blick auf eine möglichst kurzfristige Fruchtbarmachung erweiterter Nachhaltigkeitsziele wäre eine beförderliche gesetzgeberische Behandlung dieses Geschäfts erwünscht.
- (2) Die *Rechtsgrundlagen für die Verwendung von Gütezeichen (Labels)* sollten im Hinblick auf die Transparenzanforderungen der WTO gestärkt bzw. geschaffen werden. Zwar wäre es WTO-rechtlich kaum zulässig, im staatsvertraglichen Bereich von Vergabeverfahren (d.h. insbes. oberhalb der relevanten Schwellenwerte) das neu zu schaffende „AOC Schweizer Holz“- Label als Vergabekriterium zu verlangen; die an eine nachhaltige Waldbewirtschaftung gestellten, *von der geographischen Herkunft unabhängigen* Anforderungen liessen sich aber in einem *generell-abstrakten* Erlass *transparent* machen. Gütezeichen könnten dabei als ein möglicher Nachweis, dass die Vergabekriterien erfüllt sind, dienen, wären aber selber nicht direkt Vergabekriterium.

Neben den qualitativen Anforderungen ist auch die *Gewichtung* von Nachhaltigkeitskriterien transparent zu machen. Nachhaltigkeitsbezogene Vergabekriterien dürfen das für Beschaffungen geltende WTO-rechtliche Prinzip der Wirtschaftlichkeit nicht aushebeln und nicht zu einer *de facto Diskriminierung* von ausländischen Anbietern und Waren führen; ihnen darf deshalb im Vergabeverfahren kein Übergewicht zukommen.

- (3) Die *Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten* könnte mit einer Anpassung des Landwirtschaftsgesetzes gefördert werden. Optionen wären die Einführung neuer Direktzahlungen für Bauten aus Holz oder die Schaffung einer speziellen Kategorie von Ökobeiträgen für die Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten. Zu prüfen wäre



auch die Einbettung solcher Förderungsmassnahmen in die Beiträge für Strukturverbesserungsprojekte.

- (4) Zur *Förderung der Verwendung von Holz beim Bau von Lärmschutzanlagen durch Private* müsste eine gesetzliche Grundlage geschaffen werden; eine Regelung in der Lärmschutzverordnung genügt nicht. Zu prüfen wäre, ob der Bund im Umweltschutzgesetz die Kompetenz erhalten sollte, die Verwendung von Holz beim Bau von Lärmschutzanlagen finanziell zu unterstützen.

Im *Rahmen des geltenden Rechts* könnte der Einbezug von Nachhaltigkeitsüberlegungen in Vergabeverfahren WTO-konform in erster Linie durch eine *erhöhte Transparenz* gestärkt werden. Anwendbare Kriterien müssen sowohl qualitativ (Standards) als auch quantitativ (Gewichtung) objektivierbar und für die Anbieter transparent sein. Konkret liessen sich beispielsweise einzelne Anforderungen der FSC- oder PEFC-Zertifizierung losgelöst von diesen Gütezeichen in die Vergabekriterien aufnehmen. Ebenfalls könnten Transportwege als Nachhaltigkeitskriterium berücksichtigt werden. Solange solchen Anforderungen beim Vergabeentscheid kein Übergewicht gegenüber wirtschaftlichen (Primär-)kriterien zukommt und keine *de facto* Diskriminierung von ausländischen Anbietern und Waren vorliegt, wäre diese Vorgehensweise WTO-rechtlich zulässig.



1 Fragestellung und Auftrag

Die parlamentarische Initiative von Siebenthal will rechtliche Rahmenbedingungen schaffen, damit vermehrt Schweizer Holz bei Bauten zum Einsatz kommt. Zur Begründung führt der Initiant an, dass gemäss geltenden Subventionsbestimmungen in der Regel die günstigste Materialwahl berücksichtigt werden muss. Weil der Schweizer Wald nach im europäischen Vergleich strengen Vorschriften zu bewirtschaften und die einheimische Holzverarbeitungsindustrie strengen Auflagen unterstellt ist, sind Schweizer Holzprodukte im Wettbewerb mit ausländischen Produkten wegen der höheren Produktionskosten benachteiligt. Die Stärke des Schweizer Frankens erhöht diesen Effekt zusätzlich.

Die parlamentarische Initiative will beim vom Bund finanzierten und unterstützten Projekten einerseits die Verwendung des ökologisch und technisch hochwertigen Rohstoffs Holz im Inland fördern und andererseits die Benachteiligung der Schweizer Holzindustrie zumindest teilweise korrigieren.

Das Bundesamt für Umwelt (BAFU) wurde von der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie beauftragt, im Hinblick auf die Umsetzung der parlamentarischen Initiative von Siebenthal die die Möglichkeiten und Grenzen im Beschaffungsrecht der Welthandelsorganisation (WTO), die beim vermehrten Einsatz von Holz im Allgemeinen und von Holz aus dem Schweizer Wald im Besonderen zu berücksichtigen sind, in einem externen Gutachten ausloten zu lassen. Entsprechend sind die massgebenden Bestimmungen des WTO-Rechts Gegenstand dieses Gutachtens, nicht aber andere völkerrechtliche Bestimmungen, wie etwa Abkommen mit der EU, das EFTA-Übereinkommen oder bilaterale Freihandelsabkommen.

Weil das Anliegen der parlamentarischen Initiative von Siebenthal sowohl beschaffungsrechtliche als auch subventionsrechtliche Fragen aufwirft, werden die zentralen WTO-rechtlichen Bestimmungen in diesen Bereichen untersucht. Ergänzt wird die Analyse durch eine rechtsvergleichende Untersuchung anhand von durch das BAFU bezeichneten Vergleichsländern, Kantonen und Gemeinden. Das Gutachten schliesst mit Empfehlungen für das weitere Vorgehen.

2 Analyse der rechtlichen Rahmenbedingungen bei Submissionen im Hinblick auf die Beschaffung von Rohstoffen aus der Schweiz mit besonderem Fokus auf Holz

2.1. Allgemeines WTO-Recht und Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen

a) Einleitungsbemerkungen

In den Verhandlungen zum Allgemeinen Zoll- und Freihandelsabkommen von 1947 (GATT 1947) konnte keine Einigung über einen Einbezug des öffentlichen Beschaffungswesens erzielt werden. Deshalb enthielt das GATT 1947 keine effektiven Regelungen, die eine Diskriminierung ausländischer Anbieter bei Vergabeverfahren verboten hätten.

Das geltende öffentliche Beschaffungsrecht der WTO beruht vielmehr auf dem Übereinkommen über öffentliches Beschaffungswesen (Government Procurement Agreement, GPA). Dieses Abkommen entstand parallel zur Tokyo-Runde 1979 und wurde 1994 im Rahmen der Schaffung der

WTO revidiert und als „Sonderübereinkommen“ verabschiedet.¹ Das GPA hat im Jahre 2011 eine recht weitgehende Revision erfahren; der neue Text ist aber für die Schweiz noch nicht verbindlich (vgl. hinten Ziff. 2.1.c (ii)). Das Übereinkommen über das öffentliche Beschaffungswesen ist ein sog. plurilaterales Abkommen, d.h. die Mitgliedstaaten sind nicht gezwungen, bei einem Beitritt zur WTO dieses Abkommen zu übernehmen. Die meisten industrialisierten Staaten, darunter auch die Schweiz, haben sich dem GPA angeschlossen.²

Das GPA will insbesondere dazu beitragen, dass die Vergabe von Aufträgen in einem transparenten Verfahren zu möglichst effizienten (insbesondere preiswerten) Bedingungen erfolgt.

Diese Ausrichtung auf Preiselemente schliesst aber nicht aus, dass auch Aspekte des Umweltschutzes und der Sozialpolitik mitberücksichtigt werden können. Vorausgesetzt ist indessen, dass den Grundsätzen der Inländergleichbehandlung (*National Treatment*) und der Meistbegünstigung (*Most Favoured Nation*, MFN) nachgelebt wird.

Im Einzelnen ist die Debatte zu den Ausnahmen von der horizontalen und der vertikalen Gleichbehandlung aber kontrovers. WTO-rechtlich wird der Interessenabwägungsprozess zwischen Handelsliberalisierung und den gerechtfertigten Politikinteressen nationaler Regierungen dadurch sichergestellt, dass im WTO-Recht nur ausdrücklich genannte Ausnahmen zulässig sind und diese überdies verhältnismässig und nicht diskriminierend sein müssen. Nicht jedes nationale Interesse vermag deshalb Abweichungen vom Grundsatz der Nichtdiskriminierung und Meistbegünstigung zu rechtfertigen.

b) Beschaffungswesen und Grundsätze des WTO-Recht

(i) Doppelte Regelungsstruktur: Allgemeines WTO-Recht und GPA

Im internationalen Handelsrecht zählt das öffentliche Beschaffungswesen zu den Bereichen, die nur langsam und schrittweise liberalisiert wurden. Auch in der Uruguay-Runde gelang es nicht, einen Konsens zu finden, um das Beschaffungswesen für alle Mitgliedstaaten der WTO verbindlich den allgemeinen Grundsätzen der Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung zu unterstellen. Gleichzeitig drängten Industriestaaten schon seit der Tokyo-Runde auf eine Regelung, die auch für das öffentliche Beschaffungswesen zumindest in von den Regierungen definierten Bereichen diese Grundsätze für anwendbar erklärt.

Diese unterschiedlichen Perspektiven führten dazu, dass auf der einen Seite im allgemeinen, für alle Mitgliedstaaten verbindlichen WTO-Recht das öffentliche Beschaffungswesen vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung ausgenommen wurde: Art. III:8 lit.a GATT sieht eine Ausnahme vom Geltungsbereich der Inländergleichbehandlung für das öffentliche

¹ Weiss, § 5 Rz 7 ff.

² Folgende Staaten haben das GPA ratifiziert (Stand 23. Juli 2013): Belgien, Bulgarien, Dänemark, Deutschland, Estland, Finnland, Frankreich, Griechenland, Hongkong (China), Irland, Island, Israel, Italien, Japan, Korea, Kroatien, Lettland, Liechtenstein, Litauen, Luxemburg, Malta, Niederlande, Niederlande in Bezug auf Aruba, Norwegen, Österreich, Polen, Portugal, Rumänien, Schweden, Schweiz, Singapur, Slowakische Republik, Slowenien, Spanien, Taiwan (chinesisches Taipei), Tschechische Republik, Ungarn, USA, Vereinigtes Königreich, Zypern.

Beschaffungswesen vor und Art. XIII:1 des Allgemeinen Dienstleistungsabkommens von 1994 (GATS) hält fest, dass weder die Meistbegünstigung gemäss Art. II GATS noch der Grundsatz der Inländergleichbehandlung gemäss Art. XVII GATS auf das öffentliche Beschaffungswesen Anwendung finden. Relevant sind diese Ausnahmen von Nichtdiskriminierung und Meistbegünstigung nur für Staaten, welche dem GPA *nicht* beigetreten sind.³

Auf der anderen Seite schlossen Staaten, die zumindest Teile des öffentlichen Beschaffungswesens liberalisieren wollten, ein Sonderübereinkommen, das GPA ab: Dessen III:1 erklärt die für Waren und Dienstleistungen geltenden allgemeinen Grundsätze der Meistbegünstigung und Inländergleichbehandlung auch im öffentlichen Beschaffungswesen für anwendbar. Die Mitgliedstaaten des GPA, darunter auch die Schweiz, sind damit untereinander an diese Grundsätze gebunden, wenn sie öffentliche Beschaffungen durchführen und wenn es um ein Produkt oder eine Dienstleistung geht, die von diesen Staaten dem Geltungsbereich des GPA unterstellt wurde und der im GPA definierte Schwellenwert erreicht wird (sog. Staatsvertragsbereich).⁴

Holz ist ein Industrieerzeugnis und fällt somit in den Anwendungsbereich des GPA. Die Schweiz hat Holz nicht vom Geltungsbereich des GPA ausgenommen, so dass dieses auf Beschaffungen von Holz im Verhältnis zu anderen Mitgliedstaaten des GPA grundsätzlich anwendbar ist.

Der Vollständigkeit halber sei erwähnt, dass die Verpflichtungen auf der Basis von Art. VIII:1 GATT auf den Bereich des öffentlichen Beschaffungswesens ebenfalls nicht anwendbar sind, mit Ausnahme der Aufgabe gemäss Art. VIII:2 GATT, zur weiteren Entwicklung der entsprechenden Regulierungen beizutragen.

Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Abkommen zwischen der Schweiz und der Europäischen Gemeinschaft (heute EU) über bestimmte Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens⁵ und die gleichzeitig in Kraft getretenen beschaffungsrechtlichen Bestimmungen des EFTA-Übereinkommens⁶ auf dem GPA basieren; auftragsgemäss äussert sich dieses Gutachten nicht zu diesen Abkommen.

(ii) Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel in Art. III:8 GATT

Für die Schweiz spielt Art. III:8 GATT dann eine Rolle, wenn es um Produkte oder Dienstleistungen aus Ländern geht, die nicht Mitglied des GPA sind, oder gegenüber einem Mitgliedstaat des GPA eine Ausnahme für ein bestimmtes Produkt oder eine bestimmte Dienstleistung besteht.

Auch wenn eine solche Konstellation vorliegt, müssen nach einem neuen Entscheid des Appellate Body verschiedene Voraussetzungen erfüllt sein, damit die Ausnahmebestimmung in Art. III:8 GATT im Einzelfall und insbesondere auf die vorliegend interessierenden Fragen zur Anwendung kommt:

³ Weiss, § 5 Rz 7.

⁴ Die in den Anwendungsbereich des GPA fallenden öffentlichen Beschaffungen von Waren durch die Schweiz und die Schwellenwerte sind in Annex I zur Schweiz, Anhang I zum GPA, enthalten: WT/Let/356, 29 September 2000. Die Schwellenwerte betragen aktuell für Lieferungen und Dienstleistungen an Bundes- und kantonale Stellen SZR 300'000 (CHF 350'000) und für Bauaufträge (gesamtes Bauvorhaben) von Bund und Kantonen SZR 8'000'000 (CHF 8'700'000). Vgl. auch Anhang 1 IVöB.

⁵ SR 0.172.052.68.

⁶ SR 0.632.31, Art. 37 und Anhang R Öffentliches Beschaffungswesen.

- Die Massnahmen haben „rules for the process by which government purchases products“ zu enthalten. Dies wäre bei der Beschaffung von Holz durch eine Regierung zweifellos der Fall.
- Bei der beschaffenden Institution muss es sich um eine „governmental agency“ handeln, d.h. „an entity performing functions of government and acting for or on behalf of government“. Auch dieses Kriterium dürfte bei der Beschaffung von Holz durch die öffentliche Hand regelmässig erfüllt sein.
- Die Ausnahmebestimmung von Art. III:8(a) kommt nur auf Produkte im Sinne von Art. III zur Anwendung, d.h. „the product of foreign origin must be in a competitive relationship with the product purchased“. Bei den in- und ausländischen Produkten müsste es sich also um Holzarten oder Holzprodukte handeln, die in einem direkten Konkurrenzverhältnis stehen und deshalb im Markt substituierbar sind
- Zudem ist der Anwendungsbereich von Art. III:8(a) beschränkt auf „products purchased for the use of government, consumed by government, or provided by government to recipients in the discharge of its public functions“. Vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung ausgenommen sind demnach nur Beschaffungen, die zur Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe dienen. Solange sich schweizerische Behörden auf einen Auftrag in der Verfassung oder in einem Gesetz stützen könnten, wäre dies unproblematisch. Soweit die parlamentarische Initiative von Siebenthal Schweizer Holz im Rahmen bestehender öffentlicher Aufgaben fördern will, wäre dieses Kriterium erfüllt, d.h. inländisches Holz dürfte gegenüber Holz aus Staaten, die nicht Mitglieder des GPA sind, bevorzugt behandelt werden.
- Nicht unter Art. III:8(a) fallen „purchases made by governmental agencies with a view to reselling the purchased products in an arm's-length sale and it does not cover purchases made with a view to using the product previously purchased in the production of goods for sale at arm's length.“⁷ Im vorliegenden Kontext bedeutet dies, dass eine Diskriminierung von Anbietern und Waren aus einem Nichtmitgliedstaat des GPA nur dann zulässig ist, wenn die geförderten Produkte nicht weiterverkauft werden.

Art. III:8(a) GATT wirft bei der Umsetzung der Initiative von Siebenthal gegenüber Nichtmitgliedern des GPA kaum Probleme auf. Die Bestimmung lässt die Bevorzugung von Schweizer Holzprodukten und Anbietern gegenüber Holzprodukten und Anbietern aus WTO-Mitgliedstaaten, die nicht Mitglieder des GPA sind, bei öffentlichen Beschaffungen zu, sofern drei Voraussetzungen erfüllt sind: Es muss sich um auf dem Markt ersetzbare Produkte handeln, wie beispielsweise gleichartige Holzfenster. Die Förderung der Schweizer Produkte muss im Rahmen der Erfüllung einer öffentlichen Aufgabe erfolgen. Dies wäre z.B. bei der Errichtung von Lärmschutzwänden gegeben. Schliesslich dürfen die von der Schweiz geförderten Waren nicht dem Weiterverkauf oder der Produktion von Waren, die anschliessend weiter verkauft werden, dienen.

Dieses an sich positive Zwischenergebnis ist allerdings praktisch wohl kaum relevant, da Holz und Holzprodukte eher aus dem europäischen Raum und damit aus Vertragsstaaten des GPA beschafft

⁷ Appellate Body Report, Canada – Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector / Canada – Measures Relating to the Feed-In Tariff Program, (WT/DS412/AB/R, WT/DS426/AB/R), 24. Mai 2013, Ziff. 5.74.

werden dürften. Im europäischen Raum sind neben dem GPA insbesondere das in diesem Gutachten auftragsgemäss nicht behandelte Abkommen zwischen der Schweiz und der (damaligen) Europäischen Gemeinschaft über besondere Aspekte des öffentlichen Beschaffungswesens⁸ und das EFTA-Übereinkommen mit den entsprechenden Regeln für die EFTA-Mitgliedstaaten zu beachten. Beide Abkommen bauen auf dem GPA auf, gehen teilweise aber darüber hinaus⁹. Die in diesem Gutachten angesprochenen möglichen Unvereinbarkeiten mit dem GPA sind deshalb auch im Kontext der beiden Europäischen Abkommen zu beachten.

(iii) *Anwendbarkeit von Transparenzvorschriften*

Wichtig ist die Feststellung, dass gewisse Transparenzvorschriften des allgemeinen WTO-Rechts auch auf das öffentliche Beschaffungswesen Anwendung finden. So müssen insbesondere die auf öffentliche Beschaffungen anwendbaren Regulierungen zum öffentlichen Beschaffungswesen publiziert werden (Art. X GATT und Art. III GATS). Anlässlich der Ministerkonferenz von Singapur (1996) wurde zwar eine „Working Group on Transparency in Government Procurement“ ins Leben gerufen, mit dem Ziel, ein umfassende Transparenzregeln zu formulieren. Es gelang der Arbeitsgruppe aber nicht, sich auf einen Text für ein „Transparency Agreement“ zu einigen. Am Ministertreffen in Cancún wurde deshalb 2004 beschlossen, die Arbeiten einzustellen. Damit bleibt es im Wesentlichen bei den allgemeinen Transparenzpflichten gemäss Art. X GATT und Art. III GATS, die für alle WTO-Mitglieder bei öffentlichen Beschaffungen anwendbar sind. Für die Mitgliedstaaten des GPA enthält das GPA in Art. XVII spezifische Verfahrensvorschriften zur Transparenz.

c) **Architektur und Fortentwicklung des WTO-Abkommens zum Beschaffungswesen (GPA)**

(i) *Architektur und Grundprinzipien*

Das GPA als plurilaterales Übereinkommen, rechtlich eingeführt als Anhang 4 zum Marrakesh-Abkommen zur Gründung der WTO, ist nur verbindlich für diejenigen Staaten, die sich diesem Abkommen angeschlossen haben. Für solche Staaten gilt im Streitfall auch der Streitbeilegungsmechanismus der WTO (*Dispute Settlement Mechanism*). Jeder Mitgliedstaat des GPA nennt entweder in einer Aufzählung oder einer Ausschlussliste die Produkte und Dienstleistungen, die dem GPA unterstellt sind. Diese Listen werden für jeden Mitgliedstaat als fünfteiliger „Appendix zum Abkommenstext publiziert; sie enthalten auch die anwendbaren Schwellenwerte. Die Schweiz hat zum einen für den Dienstleistungssektor spezifische Verpflichtungen und Ausnahmen definiert, zum anderen auch Ausnahmen für bestimmte Produkte und Dienstleistungen gegenüber Ländern, die kein Gegenrecht kennen, formuliert. Schliesslich wurden die Beschaffung von landwirtschaftlichen Produkten im Rahmen von Förderungsprogrammen zugunsten der Landwirtschaft und Nahrungsmittelhilfe vom Geltungsbereich ausgenommen.¹⁰ Ausnahmebestimmungen, die für die Förderung von Schweizer

⁸ SR 0.172.052.68.

⁹ Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz 10-15.

¹⁰ Die Schweiz hat in ihrem Annex 4 die unter das GPA fallenden Dienstleistungen spezifiziert: 1 March 2000 WT/Let/330, 1 March 2000. Zudem finden sich in den sog. General Notes, die ebenfalls als Annex beigefügt wurden, verschiedene Ausnahmebestimmungen: WT/Let/437, 7 February 2003.

Holz relevant wären, sind nicht ersichtlich. Das GPA ist deshalb gegenüber anderen GPA-Mitgliedstaaten für die Beschaffung von Holz und Holzprodukten grundsätzlich anwendbar.

Die wesentlichen Grundprinzipien des GPA sind die Inländergleichbehandlung und die Meistbegünstigung. Art. III:1(a) GPA verbietet eine Diskriminierung ausländischer Anbieter, d.h. Waren, Dienstleistungen und Anbieter anderer Vertragspartner dürfen nicht ungünstiger behandelt werden als inländische Anbieter. Das Diskriminierungsverbot gilt sowohl für *de jure* als auch für *de facto* Diskriminierungen. Eine rechtliche Diskriminierung lässt sich meist den anwendbaren Normierungen entnehmen, eine faktische Diskriminierung kann sich aus den Gegebenheiten des Marktes ergeben; dabei muss im Einzelfall nicht nur ein theoretischer, sondern ein effektiver Einfluss auf internationale Handelsgeschäfte vorliegen.

Art. III:1(b) GPA hält den Grundsatz der Meistbegünstigung fest, indem die Bevorzugung gewisser ausländischer Anbieter aus anderen Vertragsstaaten, bzw. deren Waren und Dienstleistungen, gegenüber anderen ausländischen Anbietern untersagt wird.

Mit Ausnahme des Rechtfertigungsgrundes in Art. XXIII:2 (dazu hinten Ziff. 2.1.e) äussert sich das GPA nicht zur nachhaltigen Beschaffung. Art. VI GPA nennt als Vergabekriterien Qualität, Leistung, Sicherheit sowie – im Unterschied zum GATT – *Produktionsprozesse und -verfahren*. Insbesondere Produktionsprozesse und -verfahren sind im Hinblick auf den Einbezug ökologischer Überlegungen von Bedeutung. So wäre es denkbar, dass Transportwege oder das mit der Waldbewirtschaftung verbundene Ziel der Förderung nachhaltiger Energien unter diese Bestimmung subsumiert werden könnten. Alle Kriterien müssen sich indessen so weit als möglich auf international akzeptierte Standards abstützen und dürfen nicht zu protektionistischen Zwecken oder diskriminierend eingesetzt werden.

Diese bestechend einfach klingende Formel ist in der praktischen Umsetzung allerdings schwierig; die kantonale Rechtsprechung ist denn auch uneinheitlich.¹¹ Zum einen müssen solche Kriterien im Vergabeverfahren transparent und objektivierbar sein. Instrumente dazu sind die Ökobilanzierung und Umweltbelastungspunktberechnung. Für Holz enthält etwa die unabhängige, öffentlich zugängliche Datenbank *ecoinvent* Datensätze, die sich als Bezugsgrösse eignen können.¹² Zum andern ist eine mögliche *de facto* Diskriminierung im Zusammenhang mit formell neutralen Kriterien, wie etwa Transportwegen, zu vermeiden. Eine solche könnte etwa dann vorliegen, wenn insbesondere eine Kombination von Beschaffungskriterien wie kurze Transportwege und bestimmte Holzarten dazu führt, dass faktisch nur Holz aus Schweizer Wäldern diese Anforderungen zu erfüllen vermag und ausländische Waren und Anbieter bzw. nicht Ortsansässige dadurch benachteiligt werden. Entsprechend ist das Kriterium der Transportwege zu relativeren resp. angemessenen zu gewichten. Das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich fasste die wesentlichen Elemente für die Zulässigkeit von Umweltkriterien wie folgt zusammen:¹³

E.3.2.1 „[...] Nach diesen Grundsätzen ist eine Bevorzugung lokaler Anbieter, wie sie der Beschwerdeführer für sich fordert, von vornherein unzulässig. Die höhere Bewertung eines

¹¹ Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz 944ff. mit weiteren Verweisen. Abgelehnt vom Verwaltungsgericht Zürich in einem Verfahren zur Beschaffung von Holzschnitzeln zu Heizzwecken, u.a. mit der Begründung, es lägen keine einheitlichen und anerkannten Zertifikate vor: VB 1998.369.

¹² <http://www.ecoinvent.org/database/> (besucht am 23. Juli 2013).

¹³ VB.2007.388 vom 12. November 2008.

Angebots, welches ausschliesslich Holz aus gemeindeeigenen Wäldern verwenden will, kommt aus diesem Grund nicht in Frage. Zwar dürfen die Transportdistanzen des verwendeten Holzes in einem gewissen Rahmen berücksichtigt werden [...], doch sind diese nicht von Gemeinde- oder Kantons Grenzen abhängig. [...]

3.2.2 Nach der Rechtsprechung dürfen Gesichtspunkte des Umweltschutzes als Zuschlagskriterien herangezogen werden, soweit dies sachgerecht erfolgt und die Gewichtung ein für die fragliche Beschaffung vertretbares Mass nicht überschreitet. Die Umweltschutzkriterien dürfen jedoch zu keiner ungerechtfertigten Benachteiligung auswärtiger Anbieter führen; [...]"

Auch das Bundesgericht¹⁴ und die herrschende Lehre¹⁵ folgen diesen Überlegungen.

Das Abstellen auf internationale Standards ist für die Formulierung von Sekundärzielen (dazu hinten Ziff. 2.1.f) relevant: Je mehr sich solche Ziele auf international anerkannte Standards abstützen können, desto höher ist ihre WTO-rechtliche Akzeptanz.

Zusammenfassend bedeutet dies für die hier interessierende Frage konkret, dass in einem öffentlichen Beschaffungsverfahren neben Anforderungen, die sich auf die *Eigenschaften* des zu beschaffenden Holzes selbst beziehen, auch *Produktionsbedingungen* als Vergabekriterien grundsätzlich zulässig sind. Bei der Umsetzung stellen sich aber verschiedene Herausforderungen:

Anforderungen an die Produktionsprozesse im Heimatstaat des Anbieters müssen *geeignet* sein, das verfolgte Interesse – etwa den Schutz der Umwelt, die nachhaltige Bewirtschaftung des Waldes oder die Förderung nachhaltiger Energien – zu verwirklichen, sie müssen *verhältnismässig* und *wettbewerbsneutral* ausgestaltet sein.¹⁶ WTO-rechtlich erscheint demnach die Berücksichtigung von *Transportwegen* als Element des Produktionsprozesses grundsätzlich als nicht ausgeschlossen.¹⁷

Die parlamentarische Initiative von Siebenthal ist im Hinblick auf das GPA insofern heikel, als sie umweltpolitische Zielsetzungen mit der Förderung der einheimischen Holzindustrie verbindet. Ein GPA-konformes Vergabekriterium Holz müsste nicht nur *de jure* neutral sein, d.h. keine Unterscheidung von ausländischem und Schweizer Holz vornehmen, sondern auch so ausgestaltet sein, dass es nicht zu einer *de facto* Bevorzugung von inländischen Waren und Anbietern führt. So kann insbesondere eine Kombination an sich zulässiger Beschaffungskriterien wie Transportwege und bestimmte Holzarten zu einer faktischen Benachteiligung oder gar einem Ausschluss ausländischer Anbieter führen.

Um diesen Herausforderungen zu begegnen, stehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten offen: Staaten können zum einen aktiv versuchen, WTO-konforme Sekundärziele („secondary policies“) zu formulieren (dazu hinten Ziff. 2.1.f) Ist dies nicht möglich, besteht allenfalls die Möglichkeit, eine Verletzung des Gebots der Inländergleichbehandlung – passiv – mit einem Ausnahmetatbestand des GPA zu rechtfertigen (dazu hinten Ziff. 2.1.e).

¹⁴ BGer 2P.342/1999.

¹⁵ Steiner, Nachhaltige Beschaffung, S. 57 f; Trüeb, Art. 4 BöB, Rz 6 und Art. 21 BöB, Rz 15.

¹⁶ Galli/Moser/Lang/Steiner, Rz 944. Abgelehnt vom Verwaltungsgericht Zürich in einem Verfahren zur Beschaffung von Holzschnitzeln zu Heizzwecken, u.a. mit der Begründung, es lägen keine einheitlichen und anerkannten Zertifikate vor: VB 1998.369.

¹⁷ BGer 2P.342/1999.



(ii) Fortentwicklung des GPA

Die Verhandlungen zu einer Anpassung des GPA 1994 sind anlässlich der Ministerkonferenz vom Dezember 2011 erfolgreich abgeschlossen worden. Diese Einigung enthält insbesondere Konzessionen der Signatarstaaten in den „Schedules of Commitment“, vor allem mit Bezug auf Marktzugangsrechte. Die entsprechenden Änderungen sind mit Entscheidung GPA/113 vom 2. April 2012 verbindlich geworden. Im Vordergrund stehen als Neuerungen die erhöhten Flexibilitäten, welche der revidierte Text zum GPA gibt, und die Einigung auf ein künftiges „Work Program of the WTO Committee on Government Procurement“. Bereits in der Präambel wird darauf hingewiesen, dass die Flexibilisierung der Abkommensbestimmungen von grosser Bedeutung ist („that the procedural commitments on this Agreement should be sufficiently flexible to accommodate the specific circumstances of each party“).

Der revidierte Text enthält auch weitere Möglichkeiten der Flexibilisierung mit Blick auf den Miteinbezug von sog. „Secondary Policies“; angesprochen ist insbesondere die Erkenntnis, dass Umweltschutzanliegen im Rahmen des öffentlichen Beschaffungswesens eine immer grössere Rolle spielen müssten. Der revidierte Art. X Abs. 6 GPA sieht denn auch ausdrücklich vor, dass die Vertragsstaaten technische Standards ausarbeiten können „to promote the conservation of natural resources or protect the environment“. Eine Konkretisierung erfolgt in 7 Annexen.

Art. IV Abs. 1 des revidierten GPA-Abkommens lautet wie folgt (noch nicht offiziell übersetzt):

„With respect to any measure regarding covered procurement, each Party, including its procuring entities, shall accord immediately and unconditionally to the goods and services of any Party and to the suppliers of any other Party offering the goods or services of any Party, treatment no less favourable than the treatment to Party for including its procuring entities accords to:

- (a) domestic goods, services and suppliers; and
- (b) goods, services and suppliers of any other Party.“

Der Bundesrat beabsichtigt, dem Parlament die Genehmigung des revidierten GPA zu beantragen. Die entsprechende Botschaft ist in Arbeit. Die Europäische Kommission hat bereits einen Vorschlag für einen Beschluss des Rates vorgelegt, mit dem das revidierte GPA für die EU ratifiziert werden soll.¹⁸

d) Rechtfertigungs- und Ausnahmegründe im allgemeinen WTO-Recht

Nachhaltige Entwicklung und Umweltschutz werden in der Präambel des Marrakesh-Abkommens ausdrücklich als Ziele der WTO genannt. Neben dieser allgemeinen und primär als Auslegungshilfe zu verstehenden Bestimmung nennen die verschiedenen Abkommen spezifische Gründe, die ein Abweichen von den WTO-Regeln rechtfertigen können. Im Vordergrund stehen dabei Anliegen, welche vornehmlich im öffentlichen Interesse liegen, wie die öffentliche Moral, Ordnung und Sicherheit sowie der Schutz menschlichen, tierischen und pflanzlichen Lebens.

In den letzten Jahren erhielt insbesondere der Begriff der öffentlichen Moral (entsprechend Art. XX (a) GATT und Art. XIV (a) GATS) und Ordnung (Art. XIV (a) GATS) sowie der Gesundheit und des

¹⁸ KOM(2013) 143 endg. vom 22. März 2013.

Ressourcenschutzes (entsprechend Art. XX (b) und (g) GATT und Art. XIV (b) GATS) zunehmende Bedeutung. Wichtig ist dabei die Rechtsprechung der WTO-Streitbeilegungsorgane, die es den Mitgliedstaaten überlässt, das adäquate nationale Schutzniveau zu definieren, so lange damit keine Diskriminierung verbunden ist (*EC-Asbestos*,¹⁹ *US-Gambling*,²⁰ *Brazil-Retreaded Tires*²¹).

Der Nachhaltigkeitsaspekt lässt sich insbesondere unter den Begriff der Vermeidung eines ungerechtfertigten Verbrauchs („exhaustion“) von Ressourcen subsumieren.

Weiter von Bedeutung sind auch die gesundheitlichen Überlegungen als legitime Staatsziele, wie sie in den allgemeinen WTO-Verfahren zur Inländergleichbehandlung und Meistbegünstigung schon angesprochen worden sind, etwa mit Bezug auf den Schutz von Delfinen und Meerschildkröten, den Schutz vor dem Genuss von mit Hormonen bearbeitetem Fleisch oder den Schutz der Menschen vor Asbest oder Abgasen aus der Wiederaufbereitung von Autoreifen.

e) Rechtfertigungsgründe im GPA

Rechtfertigungsgründe greifen erst, wenn eine Verletzung des GPA vorliegt, indem etwa Holz aus Schweizer Wäldern bei Beschaffungen gegenüber ausländischem Holz bevorzugt würde.

Die Rechtfertigungsgründe von GATT und GATS sind zwar nicht direkt auf das öffentliche Beschaffungswesen anwendbar, teilweise wurden sie aber in das GPA übernommen. So erlaubt Art. XXII:2 GPA 1994 den Staaten, zum „Schutze der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit, des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen oder zum Schutze des geistigen Eigentums oder in bezug auf von Behinderten, Wohltätigkeitseinrichtungen oder Strafgefangenen hergestellte Waren“ von den Regeln des GPA abzuweichen, sofern dies nicht zu einer „willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung“ oder einer „versteckten Beschränkung des internationalen Handels“ führt.

Inhaltlich entspricht diese Bestimmung Art. XX lit. b GATT und Art. XIV lit. b GATS. Eine parallele Bestimmung zu Art. XX lit. g GATT, die den Schutz der natürlichen Ressourcen vorsieht, fehlt aber im GPA 1994. Inwieweit der Schutz und die nachhaltige Bewirtschaftung des Schweizer Waldes als durch die öffentliche Ordnung *geforderte* Massnahmen gerechtfertigt werden könnten, scheint zwar nicht gänzlich ausgeschlossen, aber angesichts der Rechtsprechung der WTO Streitbeilegungsorgane zumindest fraglich.²²

Erfolgsversprechender dürfte im Rahmen der erwähnten aktiven Massnahmen die erlaubte Berücksichtigung von *Produktionsmethoden und -verfahren* bei der Vergabe im Rahmen des Diskriminierungsverbots sein. Sie erlaubt auch den Einbezug ökologischer Kriterien. Mit dem

¹⁹ Appellate Body Report, European Communities – Measures Affecting Asbestos and Asbestos-containing Products, (WT/DS135/AB/), 12. März 2001.

²⁰ Appellate Body Report, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, (WT/DS285/AB/R), 7. April 2005, Ziff. 308 ff.

²¹ Appellate Body Report, Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres, (WT/DS332/AB/R), 3. Dezember 2007, Ziff. 145.

²² Appellate Body Report, United States – Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services, (WT/DS285/AB/R), 20. April 2005, Ziff. 300-303.

revidierten GPA 2012 wird dies deutlicher zum Ausdruck gebracht, indem Art. X:9 ausdrücklich die Umwelteigenschaften einer Offerte als Zuschlagskriterium nennt.

f) Besondere Bedeutung der sog. „Secondary Policies“

Neben den Primärzielen des Beschaffungswesens – Transparenz, Stärkung des Anbieterwettbewerbs, wirtschaftlicher Einsatz der öffentlichen Mittel und Gleichbehandlung aller Anbieter – werden zunehmend und vor allem in der europäischen Rechtsprechung nicht wirtschaftliche Ziele als sog. „secondary“ oder „horizontal policies“ thematisiert.²³ Sekundärziele sind jedoch grundsätzlich nur zulässig, so lange sie die Primärziele nicht gefährden.

Zentral ist diesbezüglich das Urteil des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) zum Max Havelaar-Label.²⁴ Gegenstand des Verfahrens war die Ausschreibung eines öffentlichen Auftrags über die Lieferung und Bewirtschaftung von Kaffeeautomaten, inkl. Kaffee und Tee durch eine holländische Provinz. In den Ausschreibungsunterlagen war festgehalten, dass die Angebote, „sowohl anhand der Qualitäts- und Umweltkriterien als auch anhand des Preises bewertet“ würden.²⁵ Das Anforderungsprofil enthielt den als Anforderung – im Unterschied zu einem Wunsch – bezeichneten Hinweis: „Die Provinz [...] verwendet beim Kaffee- und Teeverzehr das Max Havelaar- und das EKO-Gütezeichen“. Als „Wunschkriterium“ (mit einer Bewertung von max. 15 Punkten) sollten die „Zutaten möglichst dem EKO- und/oder dem Max Havelaar-Gütezeichen entsprechen.“²⁶

In seiner Entscheidung bestätigt der EuGH seine neuere, mit dem Urteil *EVN AG und Wienstrom* begründete Praxis, wonach Nachhaltigkeitskriterien zulässig seien, wenn sie einen Bezug zum Auftrag hätten.²⁷ Diesen Auftragsbezug hielt der EuGH für gegeben, wenn für die Zutaten der Kaffeeautomaten Fair Trade-Anforderungen gestellt würden.²⁸ Hingegen erachtete der EuGH es im Hinblick auf – das auch im Recht der WTO zentrale – Kriterium der Transparenz als unzulässig, ein bestimmtes Gütezeichen zu verlangen, ohne dessen konkreten Gehalt zu kommunizieren. Vielmehr hätte die Provinz detaillierte Spezifizierungen verwenden und alle Angebote, welche diese Anforderungen erfüllen, zulassen sollen.²⁹

Der EuGH hat sich in seiner jüngeren Rechtsprechung intensiv mit Nachhaltigkeitszielen im öffentlichen Beschaffungswesen befasst und diese sowohl aus der Perspektive des GPA als auch des einschlägigen europäischen Beschaffungsrechts beurteilt. Demnach dürfen Nachhaltigkeitsziele in öffentlichen Beschaffungen berücksichtigt werden, solange sie den Grundsatz der Wirtschaftlichkeit nicht aushebeln und die Anforderungen transparent formuliert sind.

Übertragen auf das GPA bedeutet dies, dass insbesondere eine faktische Diskriminierung vermieden werden muss. Dies kann etwa dadurch geschehen, dass Nachhaltigkeitskriterien im Vergabeverfahren nicht stärker gewichtet werden als wirtschaftliche Kriterien.

²³ Vgl. Weber/Menoud; Steiner 2012.

²⁴ Europäische Kommission v. Königreich der Niederlande, EuGH Urteil vom 10. Mai 2012, C-368-10.

²⁵ EuGH Urteil (Fn 24), Rz 19.

²⁶ EuGH Urteil (Fn 24), Rz 29.

²⁷ EVN AG und Wienstrom GmbH v. Österreich, EuGH Slg. 2003, I-14527, Rz 34.

²⁸ EuGH Urteil (Fn 24), Rz 103.

²⁹ EuGH Urteil (Fn 24), Rz 109-112.

2.2. Rechtsvergleichende Analyse ausgewählter Regelungen zur Umsetzung des GPA im Ausland

Allen nachfolgend beschriebenen ausländischen Programmen gemeinsam ist die Überlegung, dass die Verwendung von Holz aus ökologischen Gründen wünschbar ist, weil die Ressource Holz einen wichtigen Beitrag zu einer Grünen Wirtschaft leistet, d.h. weil sie nachhaltig produziert und geerntet werden kann und vielfältig einsetzbar ist. Dank der günstigen Auswirkungen auf Graue Energie und Treibhausgasemissionen hat Holz das Potential, erdölbasierte Materialien zu substituieren und energieintensive Produktionsprozesse zu reduzieren. Mit dem Einsatz von lokal verfügbarem Holz lassen sich energie- (Graue Energie) und emissionsintensive (Treibhausgase) Transporte reduzieren.³⁰ Dies schont das Klima und reduziert Kosten sowie negative externe Effekte.

Eine aktuelle Untersuchung in Rahmen eines EU Forschungsprojektes kommt offenbar zum Schluss, dass die Wald- und Holzwirtschaft in Europa den höchsten Einfluss auf das BIP im ländlichen Raum hat.³¹

a) Frankreich

Als Mitgliedsstaat der EU hat Frankreich zunächst die EU-Verordnungen zu beachten, die direkt anwendbar und bindend sind. Die sog. Holzhandelsverordnung der EU (EUTR)³² verbietet die Einfuhr von illegal geschlagenem Holz und verlangt gemäss Art. 6 Abs. 1 lit. a von den Marktteilnehmern gewisse Sorgfaltspflichten. So müssen diese etwa umfangreichen Dokumentationspflichten über die verkauften Produkte nachkommen. Eine Bevorzugung von inländischem Holz für öffentliche Bauten ist in der EUTR nicht vorgesehen.

Frankreich ist als Vergleichsland deshalb interessant, weil der französische Gesetzgeber versucht hat, nichtdiskriminierende Förderungsmassnahmen für die Verwendung von Holz umzusetzen. Im *Code de l'environnement* hatte der französische Gesetzgeber festgelegt, dass ein Dekret des *Conseil d'État* eine Mindestmenge an Holz als Baustoff in Neubauten vorsehen müsse. Am 15. März 2010 erliess der *Conseil d'État* dieses Dekret³³, welches vorsah, dass Neubauten bis zu 0.035 Kubikmeter Holz pro Quadratmeter Fläche als Baustoff beinhalten müssen. Diese Norm bevorzugte französisches Holz höchstens indirekt, da keine Unterscheidung nach dem Ursprung des Baustoffes getroffen wurde. Am 24. Mai 2013 hatte der *Conseil Constitutionnel* über eine Klage der Zement- und Betonindustrie zu entscheiden, welche die gesetzliche Grundlage für das Dekret vom 15. März 2010³⁴ als

³⁰ Erwähnt wird vom BAFU in diesem Zusammenhang die vielfältige Verwendbarkeit von Holz und Holzprodukten, z.B. Keramikholz, Carbonholz, Flüssigholz, Woodplasticcomposites, Holzschäum, Hochwertige Textilien (z.B. für Funktionsbekleidung), Kunststoffe aus CO₂ neutraler anstelle aus CO₂ belastenden Ressourcen, CO₂ neutrale Energieproduktion.

³¹ Die Quelle wird derzeit vom BAFU geprüft.

³² EU Verordnung 995/2010 vom 20. Oktober 2010.

³³ Dekret Nr. 2010-273 vom 15. März 2010. Einsehbar unter:

<http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000021979658&dateTexte=&categorieLi en=id> (besucht am 23. Juli 2013).

³⁴ Art. 5, I, 40°, de l'ordonnance n° 2000-914 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de l'environnement.

ungenügend und damit verfassungswidrig rügte und deshalb die Aufhebung des Dekrets verlangte.³⁵ Der *Conseil Constitutionnel* gab den Klägern Recht.³⁶ Er beanstandete, dass der Gesetzgeber die Festlegung der Minimalanteile von zu verwendendem Holz dem Verordnungsgeber überlassen habe, statt diese im Gesetz selbst festzulegen.³⁷ Hätte der Gesetzgeber selber die Minimalanteile festgelegt, hätte der *Conseil Constitutionnel* die Massnahme wohl als zulässigen, auf einem öffentlich anerkannten Interesse beruhenden Eingriff in die verfassungsrechtliche Wirtschaftsfreiheit beurteilt.

Somit lässt sich festhalten, dass Frankreich *keine* Normen erlassen hat, welche französisches Holz in der Beschaffung bevorzugen. Frankreich hat zwar versucht, dem Holz als Baustoff auf Gesetzesebene eine Vorzugsstellung einzuräumen, scheiterte damit aber am Widerstand der Konkurrenten, d.h. Produzenten anderer Baustoffe, die erfolgreich die für einen Eingriff in die Wirtschaftsfreiheit ungenügende gesetzliche Grundlage rügten

b) Japan

2000 hat das japanische Parlament das „Green Purchasing Law“ erlassen, welches öffentliche Stellen dazu anhält, ökologische Produkte zu berücksichtigen. Japan hat gestützt auf dieses Gesetz 2006 eine Holzeinkaufsstrategie entworfen, welche besagt, dass nur legal geschlagenes Holz eingekauft werden darf. Nachhaltigkeit wird im Zusammenhang mit Holz lediglich als *wünschenswertes* Kriterium erwähnt.³⁸

Nachdem die japanische Regierung 2009 hatte verlauten lassen, dass sie die inländische Holzproduktion stark fördern würde (mit dem Ziel, 50% der inländischen Nachfrage zu befriedigen),³⁹ wurde am 19. Mai 2010 das „Gesetz zur Förderung von Holz in öffentlichen Bauten erlassen“.⁴⁰ Das Gesetz hat gemäss Art. 1 eine nachhaltige Holzwirtschaft zum Ziel. Dies soll dadurch erreicht werden, dass öffentliche Bauvorhaben zu einem Teil mit Holz realisiert werden. Betroffen sind zum einen öffentliche Bauten auf nationaler und auf regionaler Ebene, zum andern auch private Bauten,

³⁵ Im Gegensatz zum Bundesgericht ist der *Conseil Constitutionnel* als französisches Verfassungsgericht befugt, eine konkrete Normenkontrolle vorzunehmen und Gesetze auf ihre Übereinstimmung mit der Verfassung zu prüfen.

³⁶ Conseil Constitutionnel, Urteil Nr. 2013-317 QPC vom 24. Mai 2013. Abrufbar unter: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-137109.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

³⁷ Conseil Constitutionnel (Fn 36), Ziff. 10.

³⁸ Lopez-Casero/Scheyvens.

³⁹ Dieses Ziel wurde in der sog. „Neuen Wachstumsstrategie“ festgehalten. Informationen finden sich hierzu allerdings nur auf Japanisch: <http://www.kantei.go.jp/jp/sinseichousenryaku/sinseichou01.pdf> (besucht am 23. Juli 2013). Das Holzproduktionsförderungsziel wurde im WTO Trade Policy Review Japan Report 2013 (WT/TPR/S/276) wiedergegeben. Siehe insbesondere N. 39.

⁴⁰ Auf der offiziellen Website des Ministeriums für Landwirtschaft und Forst, finden sich nur Gesetzestexte auf Japanisch: <http://www.rinya.maff.go.jp/j/riyou/koukyou/index.html> (besucht am 23. Juli 2013). Eine inoffizielle Übersetzung findet sich hier: http://homepage2.nifty.com/fujiwara_studyroom/english/policy/woodproact/wodproact.pdf (besucht am 23. Juli 2013).

sofern sie einem öffentlichen Zweck dienen (Art. 3 i.V.m. Art. 1). Neben den zuständigen Ministerien (Ministerien für Landwirtschaft, Wald und Fischerei sowie für Land, Infrastruktur, Transport und Tourismus) ist es den einzelnen Präfekturen und Gemeinden überlassen, die konkrete Umsetzung dieser Norm vorzunehmen (Art. 7-9).⁴¹

Wie in Frankreich wird in Japan gefordert, dass nur legal geschlagenes Holz von öffentlichen Stellen eingekauft wird. Das Gesetz zur Förderung von Holz in öffentlichen Bauten hält im Vergleich zum französischen Dekret nicht in Zahlen fest, wie viel Holz in öffentlichen Bauten verwendet werden soll. In einer für einen typischen Zentralstaat⁴² eher unüblichen Weise, überlässt es das Gesetz vielmehr den unteren Verwaltungsebenen, ihre eigene Strategie zu entwickeln.

c) Neuseeland

Das massgebende Gesetz zum neuseeländischen Beschaffungswesen sind die „Government Rules of Sourcing“, welche in ihrer revidierten Version am 1. Oktober 2013 in Kraft treten werden.⁴³ In diesen „Rules“ findet sich in der Kategorie Holz unter „Rule 65“ die Vorschrift für öffentliche Beschaffungsprojekte, sich an die „New Zealand Timber and Wood Products Procurement Policy (TWPP)“⁴⁴ zu halten. Diese „Policy“ schreibt vor, dass nur legal geschlagenes Holz beschafft werden darf. Ferner hält sie fest, dass bei öffentlichen Beschaffungsprojekten von den Einkäufern nachhaltig geschlagenes Holz bevorzugt werden soll. Den einkaufenden öffentlichen Stellen obliegen ausführliche Dokumentationspflichten über die legale Herkunft des Holzes.

2008 hat die Neuseeländische Regierung eine Richtlinie publiziert, welche öffentlichen Stellen dazu dienen soll, ihre Beschaffungsprojekte nachhaltig zu gestalten. Diese Richtlinie ist nach einzelnen Produktkategorien aufgegliedert.⁴⁵ So finden sich in der Kategorie Holz verschiedene Grundsätze, welche sich auch an Dritte richten (z.B. Generalunternehmer). Richtlinie Nr. 6 hält fest, dass bereits im Planungsstadium für Gebäude, welche bis zu vier Stockwerke aufweisen sollen, immer eine Holzbau-Alternative vorgeschlagen werden muss.⁴⁶ Diese Vorgabe gilt als zusätzliches verbindliches

⁴¹ Eine Übersicht der einzelnen Umsetzungsstrategien in den japanischen Präfekturen findet sich hier (nur auf Japanisch): <http://www.rinya.maff.go.jp/j/riyou/koukyou/pdf/todoufukenhousin.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

⁴² Haller/Kölz/Gächter, S. 140.

⁴³ New Zealand Government Rules of Sourcing. Abrufbar unter: <http://www.business.govt.nz/procurement/pdf-library/agencies/rules-of-sourcing/government-rules-of-sourcing-April-2013.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

⁴⁴ New Zealand Timber and Wood Products Procurement Policy. Abrufbar unter: <http://www.mpi.govt.nz/portals/0/documents/forestry/forestry-nz/illegal-log/twpp.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

⁴⁵ Ministry of Economic Development of New Zealand, Sustainable Government Procurement Project Category Reviews: Standards, guidelines, and targets for core Public Service departments, 2008. Abrufbar unter: http://www.business.govt.nz/procurement/pdf-library/agencies/Category_reviews.pdf (besucht am 23. Juli 2013).

⁴⁶ Die Richtlinie fusst auf der „Cabinet Minute (07) 22/9“. Sitzungsprotokolle des neuseeländischen Kabinetts sind nicht grundsätzlich öffentlich. Diese Richtlinie wurde allerdings durch ein Informationspapier des Ministeriums für Landwirtschaft und Forst konkretisiert: Government Initiatives for Building in Wood,

Vergabekriterium für die beschaffenden Behörden. Im Sinne dieser Richtlinie sind Holzbauoptionen so zu verstehen, dass der Hauptbaustoff und die tragenden Strukturen eines Gebäudes aus Holz sein müssen.

Neuseeland verfolgt somit einen anderen Ansatz als Japan und Frankreich, indem nicht vorgeschrieben wird, dass ein bestimmter Anteil des Gebäudes aus Holz sein muss, sondern dass Holzbauoptionen bis zu einem gewissen Grad zu berücksichtigen sind. Damit wird auch sichergestellt, dass andere Baustoffe nicht diskriminiert werden. Eine Bevorzugung inländischen Holzes kennt Neuseeland nicht.

d) Österreich

(i) Bundesregelungen

Wie in Frankreich ist zunächst die EU-Verordnung EUTR anwendbar,⁴⁷ welche vorschreibt, dass nur legal geschlagenes Holz verwendet werden darf. Somit reiht sich Österreich zu den anderen Vergleichsländern ein, welche dieses Kriterium verlangen.

2010 erliess die österreichische Regierung einen Aktionsplan zur nachhaltigen Beschaffung; in diesem Plan wird Holz im Innenausbau als nachwachsender ökologischer Baustoff besonders empfohlen.⁴⁸ Der Plan betont auch nochmals die Wichtigkeit, auf legal geschlagenes Holz zurückzugreifen. Dieser Aktionsplan richtet sich an sämtliche öffentliche Stellen mit einem Beschaffungsauftrag.

Nach dem aktuellen Regierungsprogramm der österreichischen Regierung (Legislaturperiode 2008-2013) soll österreichischem Holz grössere Beachtung als Baustoff geschenkt werden.⁴⁹ Bislang hat das Regierungsprogramm allerdings noch keinen Einfluss auf verbindliche Erlasse des Parlaments entfaltet.

Österreich scheint demnach weniger weit zu sein als andere Länder und auch die Förderung von österreichischem Holz nicht in verbindlichen Normen festzuhalten. Inwiefern diese Strategie zu einer tatsächlichen Bevorzugung von österreichischem Holz führt, bleibt offen.

abrufbar unter:

<http://www.nzwood.co.nz/images/fck/File/Government%20Initiatives%20for%20Building%20in%20Wood4.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

⁴⁷ Siehe Fn. 32.

⁴⁸ Österreichischer Aktionsplan zur nachhaltigen öffentlichen Beschaffung TEIL II, Abrufbar unter: <http://www.nachhaltigebeschaffung.at/sites/default/files/Aktionsplan%20nachhaltige%20Beschaffung%20Teil%20II.pdf> (besucht am 23. Juli 2013). Siehe insbesondere Seite 56.

⁴⁹ Regierungsprogramm für die XXIV. Gesetzgebungsperiode (2008-2013), S. 76. Abrufbar unter: <http://www.bka.gv.at/DocView.axd?CobId=32966> (besucht am 23. Juli 2013).

(ii) *Regelungen im Land Vorarlberg*

Wesentlich weiter geht das Land Vorarlberg. Mit der Forststrategie 2018⁵⁰ soll die Holznutzung im Land Vorarlberg um 30% gesteigert werden.

Ein wesentliches Element zur Umsetzung dieser Strategie ist die Förderung von Biomasse-Fernheizwerken. In den bestehenden 120 Vorarlberger Biomasse-Fernheizwerken wurden in der Heizperiode 2011/2012 rund 417.000 Schüttraummeter (SRm) Holz eingesetzt.⁵¹

Zudem sieht die Energierichtlinie 2013 die Förderung von Holzheizungen in Wohnungen vor:⁵²

§ 4 Förderbare Massnahmen

(2) Holzheizungen (Heizungssysteme auf Basis emissionsarmer, biogener Brennstoffe) und Hausanschluss an Nahwärmesysteme:

- a) Stückholzheizungen (Vergaserkessel mit Gebläseunterstützung) in Verbindung mit Pufferspeicher als Zentralheizung
- b) Automatische Hackgut- und Pelletsheizanlagen als Zentralheizung
- c) Kachel- und Kaminöfen als Zentralheizung
- d) Hausanschluss an Nahwärmesysteme

De jure sieht das Land Vorarlberg keine Privilegierung von einheimischem Holz vor, de facto führen die Förderungsmassnahmen aber zu einer Steigerung des Verbrauchs an einheimischem Holz. Ob darin eine de facto Diskriminierung von ausländischem Holz liegt, ist Gegenstand von Abklärungen für die Endversion des Gutachtens; die Frage dürfte wohl zu verneinen sein.

2.3. Öffentliches Beschaffungswesen in der Schweiz

a) Umsetzung des GPA im Bund

Die föderale Struktur der Schweiz bringt es mit sich, dass das GPA nicht nur durch Erlasse auf Bundesebene, sondern auch durch eine Vielzahl kantonaler Regelungen umgesetzt wird.

Die massgebenden Erlasse auf Bundesebene sind das Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen vom 16. Dezember 1994 (BöB) und die dazugehörige Verordnung über das öffentliche Beschaffungswesen vom 11. Dezember 1995 (VöB).

Nach Art. 21 Abs. 1 BöB erhält das wirtschaftlich günstigste Angebot den Zuschlag. Nach dem Wortlaut dieses Artikels wird das wirtschaftlich günstigste Angebot unter anderem auch durch das

⁵⁰ Forststrategie des Landes Vorarlberg, März 2009.

http://www.vorarlberg.at/pdf/forststrategie201805_03_2.pdf (besucht am 23. Juli 2013).

⁵¹ Amt der Vorarlberger Landesregierung, Landwirtschaft – Forstwirtschaft 2013 (Agrarbericht 2013), S. 25. <http://www.vorarlberg.at/pdf/agrarbericht2013.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

⁵² Richtlinie des Landes Vorarlberg zur Förderung von thermischen Solaranlagen, Holzheizungen, Wärmepumpen, Lüftungsanlagen mit Wärmerückgewinnung (WRG) und Anschluss an Nahwärme in Wohnbauten vom 1.1.2013. <http://www.vorarlberg.at/pdf/energiefoerderungsrichtl9.pdf> (besucht am 23. Juli 2013).

Kriterium der Umweltverträglichkeit ermittelt. Die Aufzählung der Kriterien in Absatz 1 ist nicht abschliessend; andere Zuschlagskriterien können somit ebenso in Betracht fallen.

Gemäss Art. 27 Abs. 2 VöB kann neben den in 21 Abs. 1 BöB genannten Zuschlagskriterien insbesondere auch das Kriterium der Nachhaltigkeit Anwendung finden. Die Aufzählung in Art. 21 Abs. 1 BöB, welche auch die Umweltverträglichkeit enthält, ist allerdings nicht abschliessend.

Gemäss Art. 9 BöB darf die Auftraggeberin vom Anbieter einen Nachweis seiner finanziellen, wirtschaftlichen und technischen Leistungsfähigkeit verlangen. Der Wortlaut enthält also bei den Eignungskriterien keinen Hinweis auf ökologische Aspekte. In Art. 3 Abs. 2 lit. b BöB findet sich aber eine Ausnahmebestimmung, wonach ein Auftrag nicht nach den Bestimmungen des BöB vergeben werden muss, „wenn der Schutz von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen dies erfordert“. Diese Vorschrift ist an Art. XXIII:2 GPA angelehnt und setzt diesen ins innerstaatliche Recht um.

b) Interkantonale Vorschriften zur Umsetzung des GPA

Das Beschaffungswesen der Kantone richtet sich neben dem GPA nach der Rahmenordnung der Interkantonalen Vereinbarung über das öffentliche Beschaffungswesen (IVöB) und den Vorschriften des Binnenmarktgesetzes (BGBM).

Die IVöB soll gemäss Art. 1 Abs. 2 unter anderem „die Vergaberegeln durch gemeinsam bestimmte Grundsätze [...] harmonisieren sowie die Verpflichtungen insbesondere aus dem Government Procurement Agreement (GPA) ins kantonale Recht umsetzen“. Als Modellerlass für die Ausführungsbestimmungen der Kantone dient die Mustervorlage für Vergaberichtlinien zur IVöB.

Gemäss Art. 13 lit. f IVöB bestimmen die kantonalen Ausführungsbestimmungen die Kriterien, welche den Zuschlag „an das wirtschaftlich günstigste Angebot“ gewährleisten. Für weitgehend standardisierte Güter kann der Zuschlag auch ausschliesslich nach dem Kriterium des niedrigsten Preises erfolgen (§ 32 II VRöB). Art. 10 Abs. 2 lit. b IVöB setzt indessen die Ausnahmeklausel von Art. XXIII Ziff. 2 GPA ins kantonale Recht um: Ein Auftrag muss demnach nicht nach den Bestimmungen dieser Vereinbarung vergeben werden, „wenn der Schutz von Gesundheit und Leben von Mensch, Tier und Pflanzen dies erfordert“. Im Unterschied zum GPA fehlt eine Chapeau-Klausel, welche eine Diskriminierung resp. eine „versteckte Beschränkung des internationalen Handels“ verbietet.

In § 21 Abs. 2 VRöB werden als Eignungskriterien insbesondere die fachliche, finanzielle, wirtschaftliche, technische und organisatorische Leistungsfähigkeit genannt. § 32 Abs. 1 VRöB nennt ausdrücklich Nachhaltigkeit als ein mögliches Zuschlagskriterium.

c) Ausgewählte Kantone

(i) Kanton Bern

Das Amt für Grundstücke und Gebäude des Kantons Bern (AGG) bewirtschaftet Gebäude und Grundstücke, die der Kanton Bern nutzt oder im Eigentum hat, mit dem Ziel der nachhaltigen Entwicklung. Das AGG orientiert sich an der SIA Empfehlung 112/1 „Nachhaltiges Bauen - Hochbau“. Als verbindliche Standards werden u.a. die „eco-bau Merkblätter ökologisches Bauen“ angewandt.

Holz bzw. Holzwerkstoffe sollen demnach aus nachhaltiger Produktion mit FSC⁵³- oder PEFC-Label⁵⁴ stammen, die Verwendung aussereuropäischer Hölzer ohne FSC-, PEFC oder gleichwertigem Label wird nicht empfohlen. Die beiden empfohlenen Gütezeichen beziehen sich sowohl auf die Eigenschaften des zu beschaffenden Holzes als auch auf dessen Produktionsweise. Zudem wird bei Aussenbekleidungen die Priorität auf Holzbekleidungen aus besäumtem Brettholz oder Schindeln (Fichte/Tanne, Lärche, Douglasie) gelegt. Den Gutachtern liegen keine Anhaltspunkte vor, dass diese Kriterien zu einer de facto Bevorzugung einheimischen Holzes führen.

Neben diesen qualitativen Vorgaben hat das AGG im Jahr 2007 *intern* verbindliche quantitative Ziele zum Einsatz von Holz festgelegt. Bei Kantonsbauten wurde das Ziel gesetzt, dass im Jahr 2009 mindestens 750 m³ und ab 2010 jährlich mindestens 1'500 m³ Holz als Baustoff bei Konstruktionen, Fassaden und Innenausbauten verwendet wird. Dieses Ziel ist in einer AGG-internen Vorgabe festgehalten, die Einhaltung liegt in der Verantwortung der Abteilungsleitung.

Faktisch führt diese Zielvorgabe dazu, dass jedes Bauvorhaben, das sich in Holz realisieren lässt, auch mit Holz umgesetzt werden muss. Diese Holzvorgabe wird damit im Beschaffungsverfahren zum Kriterium für den Anbieterentscheid. Bei Bauprojekten, die in konventioneller Bauweise realisiert werden müssen, wird darauf geachtet, dass möglichst viele Bauteile wie zum Beispiel Fenster, Böden, Fassaden und Innenausbauten in Holz realisiert werden. Diese Anforderung ist Teil der Ausschreibung.⁵⁵

Damit wendet der Kanton Bern ein ähnliches Modell an, wie es in Frankreich hätte umgesetzt werden sollen (dazu vorne Ziff. 2.2.a). Rechtlich heikel ist die Formulierung der Ziele in einer *internen* Vorgabe. Angesichts der Auswirkungen auf Bauherren und die Transparenzvorschriften im GPA stellt sich die Frage, ob nicht eine ausdrückliche Rechtsgrundlage notwendig wäre (dazu hinten Ziff. 2.4.).

(ii) Kanton Luzern

Der Kanton Luzern hält die Förderung der Verwendung von Holz im kantonalen Waldgesetz fest:

§29 Holzförderung

¹Der Kanton fördert die Verwendung von einheimischem Holz als Bau- und Werkstoff sowie als Energieträger bei allen seinen Tätigkeiten. Er unterstützt Massnahmen zur Förderung der Holzverwendung und der Holzforschung.

²Bei der Projektierung von kantonalen und kommunalen sowie vom Kanton subventionierten Bauten ist die Holzbauweise und die Nutzung der Holzenergie in die Evaluation einzubeziehen. Dabei sind auch ökologische Kriterien zu gewichten.

⁵³ Forest Stewardship Council. <http://www.fsc-schweiz.ch> (vgl. hinten Ziff. 4.4.b (i)).

⁵⁴ Programme for the Endorsement of Forest Certification. <http://www.pefc.ch> (vgl. hinten Ziff. 4.4.b (i)).

⁵⁵ Gemäss den Gutachtern zur Verfügung gestelltem email von Marcel Herzog, Leiter Projektmanagement 2, AGG vom 17.12.2012.

Im Leitfaden zur Umsetzung dieser Ziele wird festgehalten, dass Holz bei der Materialevaluation thematisiert, aber „nicht generell gegenüber anderen Materialien bevorzugt, sondern als gleichwertiger Baustoff und Energieträger als Variante in Betracht gezogen werden“ soll.⁵⁶

(iii) Thurgau

Alternative: § 30 des Waldgesetzes des Kt. Thurgau verpflichtet den Regierungsrat, dafür zu sorgen, dass staatliche Stellen die Verwendung einheimischen Holzes im Rahmen der Möglichkeiten fördern.⁵⁷ Die ausführende Verordnung des Regierungsrates zum Waldgesetz enthält in § 32 eine Pflicht, bei der Planung von kantonalen und vom Kanton subventionierten Bauvorhaben die Möglichkeiten für die Verwendung von Holz zu prüfen.⁵⁸

Im Unterschied zu ähnlich angelegten Bestimmungen in Neuseeland und Österreich verzichtete der Kanton Thurgau bislang darauf, die Förderung von einheimischem Holz in transparente Beschaffungskriterien zu fassen. In seiner Antwort auf eine parlamentarische Anfrage führte der Regierungsrat im Juni 2012 aus, dass die Verwendung von Holz zwar bei der Planung und Vergabe von allen Bauten geprüft und wenn möglich mit dem FSC-Gütezeichen gekennzeichnetes Holz (dazu hinten Ziff. 4.4.b (i)) verwendet werde. Ausschreibungen, die unter die Regeln des öffentlichen Beschaffungswesens fallen, würden jedoch produktneutral – und damit gesetzeskonform – ausgeschrieben. Um die vom Regierungsrat anerkannten Vorteile des Baustoffes Holz in Vergabeverfahren besser berücksichtigen zu können, prüft der Kanton Thurgau derzeit deren Einbau in das Bewertungsschema.⁵⁹

(iv) Zürich

Der Stadtrat (Exekutive) erliess 2010 eine „Richtlinie Soziale Nachhaltigkeit“, die für alle Departemente, Dienstabteilungen und Beschaffungsstellen als verbindliche Weisung gilt, Holz aber nicht ausdrücklich erwähnt.⁶⁰ Im Zuge der Umsetzung der 2000 Watt-Gesellschaft verstärkt die Stadt Zürich ihre Bestrebungen zur nachhaltigen Nutzung des Waldes. Gemäss den 2012 verabschiedeten „Grundsätzen der Holzenergieposition der Stadt Zürich“ soll der gesamte Stadtwald mit Ausnahme der stadteigenen Flurbewirtschaftung nach den Kriterien des FSC-Labels bewirtschaftet werden.⁶¹ Die Grundsätze der Holzenergieposition haben den Charakter einer Leitlinie resp. Orientierungshilfe. Sie sind damit rechtlich nicht verbindlich. Bei der Verwendung von Holz legt die Stadt Zürich den Schwerpunkt auf den gezielten Einsatz von Holzenergie. Für Wärme-Kraft-Kopplungs-Anlagen ist eine finanzielle Unterstützung durch den Stromsparerfonds der Stadt Zürich möglich. Eine Bevorzugung von lokalem Holz ist nicht vorgesehen, dieses soll vielmehr im Rahmen allgemein gehaltener Beschaffungskriterien (Energieeffizienz etc.) berücksichtigt werden.

⁵⁶ PIRMIN JUNG, Promotion von Holz bei öffentlichen Bauherren: Fachordner Hochbau mit Holz – Arbeitshilfen für Impuls und Projektabwicklung, Luzern 2004, Ziff. 3.1. Leitfaden zum Einbezug von Holzvarianten bei Wettbewerben.

⁵⁷ Waldgesetz vom 14. September 1994, RB 921.1.

⁵⁸ Verordnung des Regierungsrates vom 26. März 1996, RB 921.11.

⁵⁹ Einfache Anfrage von Paul Koch vom 9. Mai 2012 „Holzverwendung bei kantonalen und vom Kanton subventionierten Bauten“, Beantwortung des Regierungsrates des Kantons Thurgau vom 26. Juni 2012.

⁶⁰ Auszug aus dem Protokoll des Stadtrates von Zürich vom 17. März 2010, Nr. 459.

⁶¹ Stadtratsbeschluss vom 12. September 2012, StRB 1166/2012.

2.4. Vorläufiges Zwischenfazit

Der Rechtsvergleich zeigt, dass keines der untersuchten Vergleichsländer eine Bevorzugung einheimischen Holzes, wie sie die parlamentarische Initiative anregt, kennt. Alle untersuchten Länder beschränken die Verwendung von Holz im öffentlichen Beschaffungswesen auf legal geschlagenes Holz. Darüber hinaus bestehen unterschiedliche qualitative (Einhaltung von spezifischen Nachhaltigkeitsstandards) und quantitative Kriterien (Vorgabe von Mindestanteilen Holz bei Bauten).

Ein ähnliches Bild zeigt auch der Vergleich verschiedener Kantone. Keiner der vorliegend untersuchten Kantone kennt eine ausdrückliche Pflicht, einheimisches Holz bevorzugt zu verwenden. Inwieweit die Priorisierung bestimmter Holzarten *de facto* zu einer Bevorzugung einheimischer Hölzer führt, ist noch Gegenstand von Abklärungen.

Im Hinblick auf die vom GPA verlangte Transparenz problematisch könnten Vorgaben sein, die lediglich als interne Vergabekriterien ausgestaltet und so für die Anbieter nicht erkennbar sind. Weil solche Vorgaben überdies in die Wirtschaftsfreiheit der Bauherren eingreifen können, stellt sich zudem die Frage der genügenden gesetzlichen Grundlage gemäss Art. 36 BV. Insoweit könnten ähnliche Überlegungen wie bei der angefochtenen französischen Regelung in Betracht fallen. Der Conseil Constitutionnel kam zum Schluss, dass Vorgaben für einen Minimalanteil von Holz bei öffentlichen Bauten so einschneidend in die Wirtschaftsfreiheit eingreifen, dass sie nicht in einer Verordnung, sondern im Gesetz selber vorgesehen werden müssten. Für das Schweizer Recht würde wohl die vergleichbare Argumentation greifen, d.h. es ist eine ausreichende gesetzliche Grundlage für Massnahmen zur Förderung von Schweizer Holz zu schaffen.

Eine konkrete Beurteilung der rechtlichen Risiken bei Verwirklichung der von der Initiative von Siebenthal beantragten Massnahmen führt angesichts der vorerwähnten Überlegungen zu folgender Einschätzung:

- *Vermeidung von de facto Diskriminierungen:* Eine *de facto* Diskriminierung liegt vor, wenn die Vergabebedingungen so ausgestaltet werden, dass nur inländische Zulieferer überhaupt die Bedingungen erfüllen können, oder dass sie derartige administrative oder finanzielle Belastungen für ausländische Zulieferer nach sich ziehen, dass es für diese nicht interessant ist, sich am Vergabeprozess zu beteiligen. Die Vergabebedingungen sind also, umgekehrt formuliert, so festzulegen, dass die beschriebenen Diskriminierungseffekte nicht eintreten. Nicht wirtschaftliche Sekundärziele („secondary policies“) sind grundsätzlich zulässig, müssen aber so ausgestaltet sein, dass sie geeignet sind, das angestrebte Ziel zu erreichen und das Kriterium der Wirtschaftlichkeit nicht aushebeln. Diesem Umstand ist insbesondere bei der Gewichtung von Sekundärzielen in Vergabeverfahren Rechnung zu tragen.
- *Umweltfreundliche Produktionsbedingungen:* Art. VI:GPA lässt unter dem Vorbehalt des Diskriminierungsverbots die Berücksichtigung der Produktionsbedingungen zu. Bestehende Sekundärziele, wie etwa die Förderung nachhaltiger Energien könnten so in technische Anforderungen an die Produktionsverfahren umgesetzt und als Vergabekriterien Teil des Vergabeverfahrens werden. Das revidierte GPA wird mit Art.X:6 dergestalt weiter gehen, dass technische, quantifizierbare Anforderungen zum Schutz der Umwelt und der natürlichen Ressourcen ausdrücklich erwähnt werden und Art. X:9 die Umweltverträglichkeit als mögliches Zuschlagskriterium nennt.

- *Schutz des Lebens und der Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen:* Die bisherige Rechtsprechung der WTO-Streitschlichtungsorgane hat zwar in einzelnen Fällen zum GATT und zum GATS diesen Ausnahmegrund anerkannt, aber meist einen recht strengen Nachweis mit Bezug auf das Vorliegen der Notwendigkeit der Massnahme verlangt. Zudem ist die Berufung auf den Ausnahmegrund, selbst wenn er als erfüllt erachtet wurde, hernach oft am Kriterium der willkürlichen bzw. ungerechtfertigten Diskriminierung gescheitert. Aus diesem Grunde dürfte es kaum möglich sein, die von der Motion beantragten Massnahmen gestützt auf den erwähnten Ausnahmegrund zu rechtfertigen. Das Vorliegen des Ausnahmegrundes der öffentlichen Sittlichkeit, Ordnung und Sicherheit ist ebenfalls kaum begründbar. Erfolgsversprechender dürfte im Rahmen der Sekundärziele die erlaubte Berücksichtigung von *Produktionsmethoden und -verfahren* bei der Vergabe im Rahmen des Diskriminierungsverbots sein.

3 Analyse der Grundzüge des anwendbaren Subventionsrechts

3.1. Vorbemerkung: Subventionsrecht und Beschaffungswesen

Wird die Förderung von Holz im Allgemeinen oder von Schweizer Holz im Speziellen mit finanziellen Anreizen verbunden, z.B. durch eine bevorzugte Behandlung bei öffentlichen Beschaffungen oder Beiträgen an den Einbau von Holzheizungen (Vorarlberg), stellt sich die Frage, ob eine staatliche Beihilfe in Form einer Subvention vorliegt. Subventionsrecht und Beschaffungsrecht sind deshalb zwar oft eng miteinander verknüpft, von der Sache her aber zu unterscheiden, denn bei den Subventionen steht, im Gegensatz zum Beschaffungsverfahren, der Aspekt einer finanziellen Zuwendung im Vordergrund.

3.2. Grundzüge des Subventionsrechts der WTO

Durch die Gewährung von Subventionen kann der Staat Anreize schaffen, um das Verhalten privater Wirtschaftssubjekte entsprechend seiner politischen Zielsetzungen und Strategien zu lenken.⁶² Von einem wirtschaftlichen Standpunkt aus betrachtet können Subventionen dazu dienen, Fehlentwicklungen in Teilmärkten dann entgegenzuwirken, wenn z.B. einzelne Konkurrenten aus Gründen, die ausserhalb der üblichen ökonomischen Parameter liegen, einen ungerechtfertigten Vorteil haben, der durch die Subvention ausgeglichen werden soll, oder wenn ökologische bzw. soziale Überlegungen (z.B. Landwirtschaft) mit Bezug auf die Überlebensfähigkeit eines Wirtschaftszweiges von Bedeutung sind. Weil Subventionen aber den Handelsverkehr beeinträchtigen und zu verzerren vermögen, hat sich das Welthandelsregime mit der Regulierung von Subventionen beschäftigt und ein spezielles Subventionsabkommen verabschiedet.

Subventionen spielen insbesondere im Landwirtschafts- und im Dienstleistungssektor sowie damit in den entsprechenden Abkommen⁶³ eine Rolle. Diese sind aber für die Holzindustrie von geringer Relevanz und werden deshalb im vorliegenden Gutachten nicht weiter thematisiert.

⁶² Vgl. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 16, Rz. 44.

⁶³ *Agreement on Agriculture*, AoA (Landwirtschaftsabkommen), Annex 1A des Abkommens zur Errichtung der Welthandelsorganisation (Übereinkommen von Marrakesch), verabschiedet am 15. April 1994, SR 0.632.20;

a) Subventionen und allgemeine Grundsätze des WTO-Rechts

Ähnlich wie im Beschaffungsrecht sieht Art. III:8(b) GATT auch im Subventionsrecht eine Ausnahme vom Grundsatz der Inländergleichbehandlung (Diskriminierungsverbot) vor. Demnach sind Subventionen, die ausschliesslich inländischen Produzenten zugutekommen, zulässig, soweit das GATT Subventionen nicht generell ausschliesst, was im hier interessierenden Kontext nicht der Fall ist. Die zentrale Bestimmung ist in diesem Bereich Art. XVI GATT, der im Wesentlichen Berichterstattungspflichten für Mitgliedstaaten, welche Subventionen anwenden, umfasst. Abs. 1 hält dabei allgemeine Bestimmungen für alle Subventionsarten fest, während sich die Absätze 2-5 speziell den sogenannten Ausfuhrsubventionen widmen. Letztere werden nicht weiter thematisiert, da die Ausfuhr von Holzprodukten nicht Gegenstand dieses Gutachtens ist.

Die in Art. III:8(b) GATT enthaltenen Vorschriften werden durch das nachfolgend erläuterte spezielle Subventionsabkommen der WTO konkretisiert und ergänzt.

b) Subventionsabkommen der WTO

Das im Rahmen der Uruguay-Runde abgeschlossene Subventionsabkommen (*Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCA*)⁶⁴ ist Teil eines Gesamtpakets von Abkommen, das für alle WTO-Mitgliedsstaaten verbindlich ist. Im Unterschied zum GATT enthält es in Art. 1 Abs. 1 zunächst eine Legaldefinition des Begriffs Subvention. Als Subvention im Sinne des SCA gelten

- jede dem *Staat* zurechenbare *finanzielle Zuwendung*⁶⁵
- sowie jede Form einer *Einkommens- oder Preisstütze* nach Art. XVI GATT
- soweit sie dem Empfänger einen *Vorteil* verschaffen.

Subventionen, welche diese Kriterien erfüllen, müssen überdies *spezifisch* sein, damit sie in den Anwendungsbereich des SCA fallen (Art. 2 SCA). Damit sollen allgemeine Fördermassnahmen ausgeschlossen und der Anwendungsbereich des SCA auf die Begünstigung bestimmter Marktteilnehmer beschränkt werden.⁶⁶ Direkt ausgenommen sind demnach allgemein zugängliche Vorteile eines Wirtschaftszweiges, beispielsweise im Rahmen des Bildungssystems oder der Infrastruktur,⁶⁷ so dass an diese nicht-spezifischen Subventionen auch keine materiellen Rechtsfolgen gemäss Art. 1.2 i.V.m. 2 SCA geknüpft werden können. Inwieweit Massnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien „spezifisch“ im Sinne des SCA sind, ist umstritten und im Einzelfall zu beurteilen.⁶⁸

General Agreement on Trade in Services, GATS (Allgemeines Abkommen über den Handel mit Dienstleistungen), Annex 1B zum Übereinkommen von Marrakesch, SR 0.632.20.

⁶⁴ *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures, SCA* (Übereinkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen), 14. April 1994, Annex 1A zum Übereinkommen von Marrakesch, SR 0.632.20.

⁶⁵ Zuwendungen im Sinne des SCA können in Direktzahlungen, in einem Verzicht auf Abgaben oder in der Bereitstellung von Waren oder Dienstleistungen, die über die allgemeine Infrastruktur hinausgehen sowie im Aufkauf von Waren bestehen; Art. 1.1 lit. a Ziff. 1 SCA; vgl. Seitz/Breitenmoser, S. 144; Oesch, S. 258.

⁶⁶ Rubini, S. 532 f.

⁶⁷ Rodi, S. 128 m.w.N.

⁶⁸ Rubini, S. 547-549.

Das WTO-Recht befasst sich seiner Natur gemäss mit zwischenstaatlichen Sachverhalten. Damit eine Subvention WTO-rechtlich relevant ist, muss sie den zwischenstaatlichen Handel beeinträchtigen. Art. 3 SCA verbietet deshalb Subventionen, die an den – für dieses Gutachten nicht relevanten – Export von Waren und Erzeugnissen anknüpfen oder eine Bevorzugung einheimischer Güter bewirken (*prohibited subsidies*).⁶⁹ Typische Tatbestände von Exportsubventionen werden in Anhang I des Abkommens aufgeführt. Das Verbot von Subventionen, die mit dem Erfordernis einhergehen, einheimische Erzeugnisse für die Produktion zu verwenden, oder die eine sogenannte einfuhrsubstituierende Wirkung haben, geht auf das Prinzip der Inländergleichbehandlung von Art. III:4 GATT zurück (die in Art. III:8 GATT enthaltene Ausnahme zum Prinzip der Inländergleichbehandlung für Subventionen wird also durch das SCA relativiert). Solche Subventionen können von anderen Mitgliedstaaten angefochten werden, ohne dass diese einen Schaden geltend zu machen brauchen. Darüber hinaus ist nach Art. 5 SCA eine Subvention auch dann durch einen anderen Mitgliedstaat anfechtbar, wenn sie sich nachteilig auf dessen Interessen auswirkt, insbesondere indem sie seine Industrie schädigt oder mit dem GATT verbundene Vorteile beeinträchtigt (*actionable subsidies*).

Mitgliedstaaten, die sich gegen eine verbotene oder anfechtbare Subvention wehren möchten, stehen grundsätzlich zwei Instrumente zur Verfügung:⁷⁰ Zum einen können sie ein multilaterales Streitbeilegungsverfahren nach WTO-Recht eröffnen, wenn sie aufzuzeigen vermögen, dass es sich um eine verbotene Subvention i.S.v. Art. 3 SCA handelt oder um eine anfechtbare Subvention, die sich negativ auf den Handel auswirkt. Andererseits vermögen sie Kompensationszölle (*countervailing measures*) in der Höhe des geschätzten Wertes der Subvention auf das subventionierte Produkt zu erheben, um den wirtschaftlichen Schaden der Subvention auszugleichen.

Das Landwirtschaftsabkommen der WTO (*Agreement on Agriculture*, AoA), das wie das Subventionsabkommen für alle WTO-Mitglieder verbindlich ist, erlaubt gewisse Ausnahmen zum SCA. Es befasst sich mit internen Stützungsmaßnahmen, Fragen des Marktzugangs und Exportsubventionen von landwirtschaftlichen Produkten. Im Bereich der internen Stützung lässt das AoA auf die von ihm erfassten Produkte teilweise Subventionen zu, soweit diese nur eine minimale wettbewerbsverzerrende Wirkung aufweisen (sog. *green box*, Annex 2 AoA). Darunter fallen auch Subventionen, die im Rahmen von Umweltschutzprogrammen gewährt werden, solange sie keine Preisstütze darstellen und nicht an die Produktionsmenge gekoppelt sind. Sie gelten als Ausnahme zu Art. XVI GATT und dem dritten Teil des SCA und sind damit nicht anfechtbar (Art. 13 lit. a Ziff. ii AoA).⁷¹ Holz und Holzprodukte fallen aber nicht in den Anwendungsbereich des AoA (Art. 2 AoA),⁷²

⁶⁹ Seitz/Breitenmoser, S. 142.

⁷⁰ Man spricht in diesem Zusammenhang auch von dem *two-track approach* des SCA: Clarke/Horlick, S. 687; vgl. WTO, World Trade Report 2006, S. 192.

⁷¹ Trotz des Verweises in Art. 3.1 SCA auf allfällige Ausnahmen im Landwirtschaftsabkommen, hat der *Appellate Body* als oberstes Streitschlichtungsorgan der WTO entschieden, dass Agrarsubventionen, die nicht von Annex 2 AoA gedeckt sind und daher nicht in die grüne Box fallen, keine Ausnahmen zum Subventionsabkommen darstellen. Er hat damit die parallele Anwendbarkeit der beiden Abkommen bejaht, soweit kein Konflikt zwischen ihnen besteht; United States — Subsidies on Upland Cotton, (WT/DS267/AB/R), 3. März 2005, Ziff. 342, 394.

⁷² Art. 2 AoA beschränkt die Anwendbarkeit des Abkommens auf die in Annex 1 aufgeführten Produkte, die sich nach einem harmonisierten System zur Bezeichnung und Nummerierung von Waren richten

d.h. die für die Landwirtschaft geltenden Ausnahmeregeln lassen mit Bezug auf die Beurteilung der im vorliegenden Kontext der Waldwirtschaft sich stellenden Fragen nicht heranziehen.

Das SCA selber sieht keine Ausnahmeklauseln zugunsten legitimer staatlicher Interessen und Ziele vor. Zwar waren in Teil IV des Abkommens nicht anfechtbare Subventionen vorgesehen, die es den Mitgliedstaaten unter anderem erlaubten, ökologische Faktoren unter bestimmten Umständen zu berücksichtigen, doch die entsprechenden Bestimmungen im SCA liefen Ende 1999 aus und wurden mangels Einigkeit unter den Mitgliedsstaaten bisher nicht erneuert.⁷³

3.3. Subventionsrecht in der Schweiz

a) Verfassungsgrundlagen

Da wirtschaftslenkende Subventionen (im Gegensatz zu allgemein wirtschaftsfördernden Massnahmen) zu Wettbewerbsverzerrungen führen können und damit die Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigen, bedürfen sie einer verfassungsrechtlichen Rechtfertigung (Art. 94 Abs. 4 BV). Die Gründe, für welche der Bund vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen darf, sind demnach abschliessend in der Verfassung aufgelistet und umfassen den Schutz der inländischen Wirtschaft (Art. 101 BV), die Sicherstellung der Landesversorgung (Art. 102 BV), die Unterstützung wirtschaftlich bedrohter Landesgegenden, Wirtschaftszweigen oder Berufen (Art. 103 BV) sowie die Förderung bodenbewirtschaftender bäuerlicher Betriebe (Art. 104 BV). Der Schutz des Waldes und die Erhaltung seiner Funktionen oder weiter gefasste ökologische Zielsetzungen stellen zum heutigen Zeitpunkt keinen verfassungsmässigen Rechtfertigungsgrund für wirtschaftslenkende Massnahmen dar.

Art. 101 BV erlaubt es dem Bund, in besonderen Fällen Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft zu treffen und dabei nötigenfalls vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Ähnlich kann er zur Sicherstellung der Landesversorgung (Art. 102 BV), zur Unterstützung wirtschaftlich bedrohter Landesgegenden, Wirtschaftszweigen oder Berufen (Art. 103 BV) sowie zur Förderung bodenbewirtschaftender bäuerlicher Betriebe (Art. 104 BV) Massnahmen ergreifen, welche dem Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit entgegenstehen.

Massnahmen im Rahmen von Art. 103 BV müssen stets auf die Förderung ganzer Wirtschaftszweige oder Berufe ausgerichtet sein und somit grundsätzlich allen Marktteilnehmern offen stehen, da eine Förderung blosser Teilbereiche zulasten der Allgemeinheit nicht mit Art. 94 BV vereinbar wäre.⁷⁴

Im Rahmen von Art. 104 BV hat der Bund dafür zu sorgen, dass die Landwirtschaft durch eine nachhaltige und auf den Markt ausgerichtete Produktion ihre multifunktionalen Aufgaben erfüllen kann. Er fördert besonders naturnahe und umweltfreundliche Betriebe und schützt die Umwelt vor Beeinträchtigungen durch überhöhten Einsatz von Düngstoffen und Chemikalien. Mit Ausnahme dieser Bestimmung sind Nachhaltigkeitskriterien nicht als Rechtfertigung für eine Abweichung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit und der Wettbewerbsneutralität vorgesehen.

(*Harmonized System*, HS) und insbesondere Tiere und tierische Produkte, Gemüse und Nahrungsmittel umfassen.

⁷³ Vgl. WTO, World Trade Report 2006, S. 192. Früher oder später ist wohl mit der (Wieder-)Einführung einer Kategorie international akzeptabler Subventionen zu rechnen, vgl. Oesch, S. 262.

⁷⁴ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 27, Rz. 12.

Weder eine verfassungsrechtliche Ermächtigung des Bundes, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen und, soweit nötig, wirtschaftslenkende Subventionen zu gewähren, noch entsprechende gesetzliche Grundlagen vermögen die Pflichten, die der Schweiz im Rahmen der WTO oder bilateraler Freihandelsabkommen obliegen, zu beeinträchtigen. Insbesondere einzelbetrieblich ansetzende Fördermassnahmen sind in dieser Hinsicht problematisch.⁷⁵ Stehen die innerstaatlichen Regelungen diesen Pflichten entgegen, können betroffene Staaten die vorne erwähnten Massnahmen ergreifen.

b) Wettbewerbsrecht

(i) Einfluss von Bestimmungen des EU-Rechts

Vorerst stellt sich die Frage, ob sich gegebenenfalls beihilferechtliche Bestimmungen des EU-Rechts in der Schweiz auswirken können. Mitgliedschaftliche Beihilfen bedürfen im EU-Recht einer vorherigen Genehmigung durch die EU-Kommission (Art. 107 Abs. 1 AEUV, früher Art. 87 Abs. 1 EGV); das Beihilferecht ist streng ausgestaltet, wenn zwar im Nachgang zur Finanzkrise für den Finanzsektor praktisch etwas gelockert. Die Normen von Art. 107/108 AEUV sind indessen angesichts der Geltung des Territorialitätsprinzips in der Schweiz nicht direkt anwendbar.

Art. 23 des Freihandelsabkommens zwischen der Schweiz und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft von 1972 (FHA)⁷⁶ enthält materielle Vorschriften, die den europarechtlichen Wettbewerbsvorschriften grundsätzlich entsprechen. Gemäss Art. 23 FHA soll die Freiheit des Warenverkehrs nicht nur vor missbräuchlichen kartellgesetzlichen Vorkehren, sondern auch vor staatlichen Beihilfen geschützt werden; solche Praktiken sind unvereinbar mit dem guten Funktionieren des FHA, „soweit sie geeignet sind, den Warenverkehr zwischen der EU und der Schweiz zu beeinträchtigen“. Nach Art. 23 Abs. 1 lit. iii FHA ist jede Beihilfe unvereinbar, „die den Wettbewerb durch Begünstigung bestimmter Unternehmen oder Produktionszweige verfälscht oder zu verfälschen droht“.

Wie im WTO-Recht ist indessen Zwischenstaatlichkeit verlangt. Im Falle der Beeinträchtigung eines ausländischen Unternehmens vermag die entsprechende Vertragspartei (EU oder Schweiz) gemäss den in Art. 27 FHA festgelegten Voraussetzungen und Verfahren geeignete Massnahmen zu treffen (Art. 23 Abs. 2 FHA); solche Schutzmassnahmen können insbesondere die Rücknahme von Zollzugeständnissen sein. Bei Vorliegen einer spürbaren Beeinträchtigung des Handels zwischen den Parteien des FHA ist die Konsultierung des Gemischten Ausschusses angeordnet. Eine direkte Durchsetzung von Art. 23 FHA ist indessen nicht vorgesehen, die Überwachung und Durchsetzung bleibt der aussenpolitischen Ebene vorbehalten. Aus diesem Grunde sind z.B. die Meinungsverschiedenheiten zur Frage, ob kantonale Steuerprivilegien, wie sie bei der direkten Besteuerung von juristischen Personen in der Schweiz bestehen, unerlaubte staatliche Beihilfen darstellen, Gegenstand aussenpolitischer Gespräche.

⁷⁵ Vgl. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 27, Rz. 4; Oesch, S. 255 f.

⁷⁶ SR 0.632.401

(ii) *Schweizerisches Wettbewerbsrecht*

Das Kartellgesetz⁷⁷ enthält keine Bestimmungen zu den Subventionen bzw. zur Handhabung sog. staatlicher Beihilfen. Der Aspekt einer unzulässigen Quersubventionierung liesse sich nur prüfen, wenn ein missbräuchliches Verhalten eines marktbeherrschenden Unternehmens zur Diskussion stünde.

Mangels Vorliegens einer marktbeherrschenden Stellung eines Unternehmens in der Holzindustrie ist auch das Preisüberwachungsgesetz⁷⁸ nicht anwendbar.

Im Falle der Gewährung von Subventionen (Beihilfen) hält die Lehre (im Kontext der Finanzkrise) aber dafür, dass das begünstigte Unternehmen nicht durch Tiefpreisangebote die nicht begünstigten Konkurrenten unterbieten darf; solche Vorgehensweisen würden gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG)⁷⁹ verstossen. Dieses Problem stellt sich im Rahmen des vorliegenden Gutachtens aber nicht, weshalb darauf nicht weiter einzugehen ist.

c) **Subventionsgesetz (SuG)**

Als generelle Regelung wurde in der Schweiz im Jahre 1990 das Subventionsgesetz (SuG) verabschiedet.⁸⁰ Dieses soll sicherstellen, dass der Bund Subventionen nur gewährt, wenn diese hinreichend begründet sind, ihren Zweck auf wirtschaftliche und wirkungsvolle Art erreichen, einheitlich und gerecht geleistet und nach finanzpolitischen Erfordernissen ausgestaltet werden (Art. 1 SuG).⁸¹ Das SuG enthält allgemeine Vorgaben bezüglich der Voraussetzungen zur Gewährung von Subventionen, deren Bemessung sowie des anwendbaren Verfahrens.

Im SuG wird zwischen Finanzhilfen und Abgeltungen unterschieden. Mit *Finanzhilfen* fördert der Bund Tätigkeiten Dritter, an deren Unterstützung ein öffentliches Interesse besteht und deren Ausübung ohne seine Unterstützung eventuell nicht möglich wäre. Nach Art. 3 Abs. 1 SuG sind Finanzhilfen „geldwerte Vorteile, die Empfängern ausserhalb der Bundesverwaltung gewährt werden, um die Erfüllung einer vom Empfänger gewählten Aufgabe zu fördern oder zu erhalten“. Geldwerte Vorteile sind insbesondere nichtrückzahlbare Geldleistungen, Vorzugsbedingungen bei Darlehen, Bürgschaften sowie unentgeltliche oder verbilligte Dienst- und Sachleistungen.⁸² Die Gewährung einer Finanzhilfe ist stets zweckgebunden und erfolgt nur, wenn der Empfänger eine bestimmte Aufgabe erfüllt. Sie stellt in diesem Sinne einen Anreiz für ein bestimmtes Verhalten dar.

Abgeltungen hingegen sind Leistungen des Bundes, die zur Milderung oder zum Ausgleich von finanziellen Lasten dienen, die sich aus bundesrechtlichen Pflichten (durch Vertrag oder Gesetz)

⁷⁷ Bundesgesetz über Kartelle und andere Wettbewerbsbeschränkungen (Kartellgesetz, KG) vom 6. Oktober 1995 (Stand am 1. Mai 2013), SR 251.

⁷⁸ Preisüberwachungsgesetz (PüG) vom 20. Dezember 1985 (Stand am 1. Januar 2013), SR 942.20.

⁷⁹ Bundesgesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) vom 19. Dezember 1986 (Stand am 1. Januar 2013), SR 241.

⁸⁰ Bundesgesetz über Finanzhilfen und Abgeltungen (Subventionsgesetz, SuG), vom 5. Oktober 1990, SR 616.1.

⁸¹ Vgl. Botschaft zum SuG, BBl 1987 I 369, 370 ff.

⁸² Poltier, Rz 81 ff.

ergeben (Art. 3 Abs. 2 SuG).⁸³ Ob sie zu den Subventionen zählen, ist umstritten, wird aber wohl mehrheitlich zurückhaltend beurteilt.⁸⁴

Die Begrifflichkeiten, wie sie im WTO-Recht, auf europarechtlicher Ebene und in der Schweiz verwendet werden, sind nicht deckungsgleich: Die Abkommen der WTO erfassen Subventionen nur dann, wenn sie den zwischenstaatlichen Handel verzerren oder zu verzerren drohen. Insbesondere sind unspezifische und allgemeine Förderungsmassnahmen WTO-rechtlich ausgeschlossen. Demgegenüber ist der schweizerische Begriff der Finanzhilfe weiter, er umfasst auch nicht spezifische Leistungen und Leistungen an öffentliche Gebilde wie die Kantone oder Gemeinden. So fallen etwa die Beiträge an die Kantone zur Hochschulförderung unter den Begriff der Finanzhilfe nach SuG, nicht aber unter den WTO-rechtlichen Subventionsbegriff. Das Subventionsgesetz regelt zudem Abgeltungen, die lediglich Lasten ausgleichen und so in der Regel keine finanziellen Vorteile gegenüber Konkurrenten schaffen.

Neben einer Rechtfertigung in der Verfassung bedürfen Subventionen einer gesetzlichen Grundlage; das SuG allein reicht als solche nicht aus. Auf Bundesebene sind deswegen in einer Vielzahl von Gesetzen und Verordnungen Bestimmungen über die Gewährung von Subventionen enthalten, die sich an den Vorgaben des SuG orientieren.⁸⁵ Sie betreffen unterschiedliche Bereiche, insbesondere die soziale Wohlfahrt, die Bildung und Forschung, den Verkehr und die Landwirtschaft.⁸⁶

d) Ausgewählte Spezialerlasse

(i) Landwirtschaftsgesetz

Damit die Landwirtschaft in der Schweiz ihre Funktionen nachhaltig zu erfüllen vermag (vgl. Art. 1 LwG), kann der Bund Direktzahlungen an bäuerliche Betriebe leisten (Art. 2 Abs. 1 lit. b LwG). In diesem Rahmen unterstützt er die nachhaltige Nutzung natürlicher Ressourcen (Art. 2 Abs. 1 lit. b^{bis} LwG). Um Direktzahlungen durch den Bund zu erhalten, müssen die bäuerlichen Betriebe einen ökologischen Leistungsausweis erbringen (Art. 70 Abs. 1 LwG). Allgemeine Direktzahlungen (3. Titel, 2. Kapitel) vermag der Bund insbesondere in Form von Flächenbeiträgen, Beiträgen für die Haltung rauhfuttermittelverzehrender Nutztiere oder für die Tierhaltung unter erschwerenden Produktionsbedingungen zu leisten. Besonders naturnahe und umweltfreundliche Produktionsformen kann er zudem mit Ökobeiträgen fördern (Art. 76 Abs. 1 LwG). Schliesslich sieht das LwG vor, dass der Bund unter bestimmten Voraussetzungen Beiträge an regionale und branchenspezifische Projekte zu einer Verbesserung der Nachhaltigkeit in der Nutzung natürlicher Ressourcen auszurichten berechtigt ist (Art. 77a LwG).

⁸³ Als Abgeltungen gelten beispielsweise die Leistungen des Bundes an Transportunternehmen für die nicht gedeckten Kosten nach Art. 49 ff. Eisenbahngesetz (EBG) vom 20. Dezember 1957, SR 742.101.

⁸⁴ Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 16, Rz. 46.

⁸⁵ Siehe z.B.: Art. 2 Abs. 1 Bst. b Bundesgesetz über die Landwirtschaft (Landwirtschaftsgesetz, LwG) vom 29. April 1998, SR 910.1; vgl. Rhinow/Schmid/Biaggini/Uhlmann, § 16, Rz. 48.

⁸⁶ Diese Bereiche machten 2012 zusammen 89% der gesamten Bundessubventionen aus; Eidgenössisches Finanzdepartement EFD, Ausgabenpolitik, Subventionen des Bundes im Jahr 2012, abrufbar unter: http://www.efv.admin.ch/d/dokumentation/finanzpolitik_grundlagen/subv_subvueberpruefung.php, (besucht am 23. Juli 2013).

Im Rahmen von Strukturverbesserungsprojekten kann der Bund neben Direktzahlungen Beiträge und Investitionskredite gewähren, um zur Verwirklichung ökologischer, tierschützerischer und raumplanerischer Ziele beizutragen (Art. 87 Abs. 1 lit. c LwG). Die Massnahmen sind im unmittelbaren Einzugsgebiet wettbewerbsneutral zu gestalten (Abs. 2) und können sich unter anderem auf landwirtschaftliche Gebäude beziehen (Art. 93 Abs. 1 lit. b LwG). Insbesondere ist der Bund ermächtigt, Beiträge für den Neubau, den Umbau und die Verbesserung von landwirtschaftlichen Gebäuden zu gewähren (Art. 96 Abs. 1 LwG).

Möchte der Bund die Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten fördern, ist das Landwirtschaftsgesetz ein mögliches Gefäss für eine gesetzliche Grundlage, die der Bund zu schaffen hätte. Er könnte entweder die Möglichkeit von Direktzahlungen für Bauten aus Holz als neue Kategorie im 3. Titel des Gesetzes oder eine spezielle Kategorie von Ökobeiträgen für die Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten vorsehen (Ergänzung in Art. 76 LwG). Entsprechende Anreize liessen sich alternativ auch im Rahmen der Beiträge für Strukturverbesserungsprojekte platzieren, beispielsweise durch eine ausdrückliche Erwähnung in Art. 96 LwG.

Die innerstaatliche Eingliederung der Massnahmen in das Landwirtschaftsgesetz qualifiziert diese jedoch nicht als landwirtschaftliche Subventionen im Sinne des WTO-Rechts. Da Holz als subventioniertes Produkt nicht in den Anwendungsbereich des Landwirtschaftsabkommens AoA fällt, kommen die entsprechenden Ausnahmeregelungen nicht zum Tragen;⁸⁷ das Subventionsabkommen hat volle Geltung. Subventionsrechtliche Massnahmen zur Förderung von *Schweizer* Holz im Speziellen sind demnach nicht gestattet (Art. 3 SCA), selbst wenn sie auf nationaler Ebene eine gesetzliche Grundlage im Landwirtschaftsgesetz finden.

(ii) *Lärmschutzverordnung (VO zum USG)*

Für den Schutz vor schädlichen oder lästigen Einwirkungen im Sinne von Art. 1 USG hält die Lärmschutzverordnung (LSV)⁸⁸ Belastungsgrenzwerte für Lärm verschiedener Quellen (insbesondere für Strassen-, Eisenbahn- und Flugverkehrslärm) fest (sog. Immissionsgrenzwerte, geregelt in den Anhängen 3 ff. LSV). Bei bestehenden Strassen oder öffentlichen Gebäuden, welche diese Werte überschreiten, nimmt der Bund im Rahmen seiner Möglichkeiten Sanierungen vor (Art. 13 LSV). Lassen sich die Werte trotz der Sanierungen oder beim Neu- oder Umbau solcher Anlagen nicht einhalten, kann der Bund die Eigentümer der lärmbelasteten Gebäude dazu verpflichten, Schallschutzmassnahmen zu ergreifen (Art. 10 und 15 Abs. 1 und 2 LSV). Der Eigentümer der Anlagen trägt in der Regel die Kosten für den Bau der Massnahmen, die Gebäudeeigentümer hingegen für den Unterhalt und die Erneuerung (Art. 11 und 16 LSV).

Als allfällige Schallschutzvorkehrungen kommen Lärmschutzwände als Massnahmen, die auf dem Ausbreitungsweg der Lärmemission angebracht werden, in Frage. Die Schutzwände gelten als sinnvoll, wenn Massnahmen an der Quelle (wie eine Verkehrsumleitung oder die Verwendung von Flüsterbelegen) nicht möglich sind, nicht genügen oder unverhältnismässig sind, und sind gegenüber Massnahmen beim Empfänger zu bevorzugen. Lärmschutzwände bestehen in der Regel aus Stahlstützen und dämmenden Flächenelementen mit absorbierender Verkleidung aus Holz, Beton,

⁸⁷ Vgl. vorne S. 35.

⁸⁸ Lärmschutz-Verordnung (LSV) vom 15. Dezember 1986, SR 814.41.

Glas, Kunststoff oder Metall. Holz als Baustoff von Lärmschutzwänden bietet viele Gestaltungsmöglichkeiten und passt sich in der Regel gut ins Ortsbild ein. Die raue Oberfläche lässt sich zudem leicht durch Kletterpflanzen begrünen.⁸⁹

Möchten sich Private schon vor Ablauf der Sanierungsfristen für den Bund vor Lärm schützen und selbst eine Schutzwand errichten, ist dies mit dem Einverständnis des Anlagehalters⁹⁰ grundsätzlich möglich. Will der Bund auf die Materialwahl privater Dritter beim Bau von Lärmschutzanlagen Einfluss nehmen, kommen Subventionen grundsätzlich als Mittel in Frage, zumal sie es dem Bund erlauben, gezielt Anreize zu schaffen und so das Verhalten der Betroffenen in die gewünschte Richtung zu steuern. Diesbezüglich sind aber folgende Punkte zu bedenken:

Zum einen kann der Bund nicht ohne spezielle Ermächtigung in der Verfassung vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen. Sollten sich allfällige Subventionen in diesem Bereich also handelsverzerrend auswirken oder die Wirtschaftsfreiheit einzelner Anbieter beeinträchtigen, indem diese durch die Massnahmen im Wettbewerb benachteiligt werden, muss eine Bestimmung in der Verfassung den Bund dazu ermächtigen, genau zu dem Zweck, den er mit der Gewährung der Subventionen verfolgen möchte, vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen.

Die Frage, ob und inwiefern entsprechende Subventionen eine wirtschaftsverzerrende Wirkung aufweisen, ist wirtschaftlicher Natur und beantwortet sich nach Massgabe der realen Marktgegebenheiten. Denkbar ist, dass Anbieter, die Lärmschutzwände aus Beton, Glas, Stein oder Metall vermarkten und dadurch von den Subventionen ausgeschlossen sind, schlechter gestellt werden. Auch ihre Zulieferer könnten betroffen sein. Ist dies zu bejahen, ist die Gewährung von Subventionen dieser Art nicht verfassungskonform.

Werden die Massnahmen aber als verfassungskonform qualifiziert (insbesondere im Fall, dass keine wettbewerbsverzerrende Wirkung zu erwarten ist), bedürfen sie als zweites einer gesetzlichen Grundlage, die als solche bisher nicht besteht. Sie muss in einem formellen Gesetz, also Bundesgesetz, enthalten sein; die LSV wäre damit unzureichend. Die Ermächtigung des Bundes, Subventionen in diesem Bereich zu gewähren, könnte allenfalls im USG, welches der LSV zugrunde liegt, verankert werden, soweit deren Zweck es ist, die natürlichen Lebensgrundlagen zu erhalten (vgl. Art. 1 USG) und nicht primär den Absatz von Holz zu erhöhen.

⁸⁹ Fachstelle Lärmschutz, Lärminfo 3: „Privater Bau einer Lärmschutzwand“, Baudirektion Kanton Zürich, September 2012, S. 2 ff.

⁹⁰ In der Regel ist dies der Bund (bei Nationalstrassen), der Kanton (bei Hauptstrassen) oder das zuständige Bahnunternehmen. Im Rahmen laufender Lärmsanierungsprojekte prüft der Bund bzw. der Kanton eine Kostenrückerstattung für das Erstellen von Lärmschutzwänden durch Private, sofern an den betroffenen Strassen die Immissionsgrenzwerte gemäss LSV überschritten werden; Fachstelle Lärmschutz, Lärminfo 3: „Privater Bau einer Lärmschutzwand“, Baudirektion Kanton Zürich, September 2012, S. 6.

3.4. Vorläufiges Zwischenfazit

Zunächst ist festzuhalten, dass der Begriff der Subvention im WTO-Recht und im schweizerischen Recht nicht deckungsgleich ist. Beiden Begriffen liegt aber das Konzept einer geldwerten Leistung zugrunde. Setzt der Bund spezifische Nachhaltigkeitsziele mit Förderungsmassnahmen um, ohne dabei eine geldwerte Leistung zu erbringen (z.B. Einführung von Qualitätsstandards oder von Labels), kommt somit das Subventionsrecht grundsätzlich nicht zur Anwendung.

Ausfuhr-Subventionen gemäss WTO-Terminologie stehen wohl vorliegend nicht zur Debatte. Gleiches gilt für die Sonderordnung für die Landwirtschaft. Des weiteren ist das europäische Beihilferecht in der Schweiz nicht anwendbar.

Relevant können hingegen die Regeln betr. Bevorzugung einheimischer Güter sein, wenn, wie von der Parlamentarischen Initiative angeregt, vermehrt Schweizer Holz bei Bauten zum Einsatz kommen soll. Als WTO-rechtlich problematisch erscheint die Bevorzugung von Schweizer Holz dann, wenn sie durch eine Finanzleistung (Subvention) zustande kommt. Aus der parlamentarischen Initiative geht nicht hervor, wie die Verwendung von Schweizer Holz gefördert werden soll. Subventionen können nach SuG grundsätzlich zwei Formen annehmen: Will der Bund generell Anreize für ein gewünschtes Verhalten schaffen, z.B. für die Jungwaldpflege durch Waldeigentümer oder Forstbetriebe, vermag er zum einen *Finanzhilfen* zu gewähren. Zum andern kann er auch vertragliche oder gesetzliche Verpflichtungen ins Auge fassen, die er mit *Abgeltungen* ausgleicht.⁹¹ So wäre es theoretisch denkbar, dass die mit der Verwendung von Schweizer Holz einhergehenden Mehrkosten vom Bund entschädigt werden. Dies wäre mit WTO-Recht kaum vereinbar (Art. 3 SCA), weil damit Schweizer Holz mittels einer staatlichen Finanzleistung bevorzugt würde. Zulässig wären allenfalls wettbewerbsneutral formulierte Subventionen, die auch faktisch keine handelsverzerrenden Auswirkungen haben. Diesem Umstand ist bei der Formulierung der Lösungsmöglichkeiten (Ziff. 4) für die Endversion des Gutachtens Rechnung zu tragen.

Damit ergibt sich zusammenfassend, dass finanzielle Unterstützungsmassnahmen zur Förderung von Schweizer Holz unter dem Subventionsrecht der WTO problematisch wären.

⁹¹ Beispiele für Abgeltungen mit umweltrechtlichem Hintergrund sind: die Entschädigung der Landwirtschaft für Massnahmen zur Verhinderung der Abschwemmung und Auswaschung von Böden nach Art. 62a Bundesgesetz über den Schutz der Gewässer (Gewässerschutzgesetz, GSchG) vom 24. Januar 1991, SR 814.20; die Entschädigung von Wassernutzungsberechtigten durch den Bund für erhebliche Einbussen, die aus der Erhaltung und Unterschutzstellung schützenswerter Landschaften von nationaler Bedeutung resultieren (Art. 22 Bundesgesetz über die Nutzbarmachung der Wasserkräfte (Wasserrechtsgesetz, WRG) vom 22. Dezember 1916.

4 Analyse von Sonderbestimmungen im Kontext von Nachhaltigkeitszielen

4.1. Allgemeines Umweltrecht

Die verfassungsrechtliche Grundlage für gesetzliche Nachhaltigkeitsziele im Umweltrecht findet sich in Art. 2 Abs. 2 und 4 BV und in Art. 73 und 74 BV.

Ausdrückliche gesetzliche Nachhaltigkeitsbestimmungen sind in Art. 20 Waldgesetz, in Art.1 Abs. 1 lit. c und Art. 3 Abs. 1 Fischereigesetz (BGF),⁹² in Art. 33 Abs. 2 Umweltschutzgesetz (USG) und in verschiedenen Bestimmungen des Landwirtschaftsgesetzes (LwG) enthalten.⁹³

Die vorgenannten Bestimmungen stützen sich auf folgende Grundprinzipien der Nachhaltigkeit:⁹⁴

- (1) Regeneration: Die Nutzungsrate darf die Regenerationsrate nicht übersteigen.
- (2) Substitution: Nichterneuerbare Ressourcen dürfen nur insofern verbraucht werden, als dafür funktional adäquater Ersatz geschaffen werden kann.
- (3) Integration: Nachhaltigkeit ist keine Spezialdisziplin, sondern integrierender Bestandteil aller wirtschaftlichen Aktivitäten.

Gemäss der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist der Grundsatz der Nachhaltigkeit ein Verfassungsprinzip, nicht aber ein verfassungsmässiges Recht.⁹⁵

Für die Fragestellung dieses Gutachtens kommt Art. 73 BV besondere Bedeutung bei der Auslegung von Gesetzesrecht, wie etwa dem Begriff der Umweltverträglichkeit in Art. 21 BöB, zu.⁹⁶ Aus dem Element der Integration folgt, dass Nachhaltigkeitsüberlegungen bei allen wirtschaftlichen Tätigkeiten aus einer holistischen, nicht einzelnen Disziplinen verpflichten Perspektive zu berücksichtigen sind.

Bezüglich der Nutzung von Holz aus dem Schweizer Wald folgt aus Art. 73 BV und den darin enthaltenen Grundsätzen der Regeneration, Substitution und Integration, dass in der Schweiz derzeit nicht der Schutz der Wälder vor Übernutzung im Vordergrund stehen muss, sondern aus energie- und klimapolitischen Gründen die vermehrte Nutzung des einheimischen Rohstoffs und Energieträgers Holz und damit eine bessere Wertschöpfung im Inland sinnvoll und aus einer holistischen Perspektive nachhaltiger ist.⁹⁷

⁹² Bundesgesetz über die Fischerei vom 21.6.1991, SR 923.0.

⁹³ Bundesgesetz über die Landwirtschaft vom 29.4.1998, SR 910.1: Art. 1 Abs. 1, Art. 5 Abs. 1, Art. 7 Abs. 1, Art. 70 Abs. 3 lit. c, Titel 3a: Nachhaltige Nutzung natürlicher Ressourcen (Art. 77a-77b), 103 Abs. 1 lit. a, Art. 113.

⁹⁴ Bernd Marquardt, Die Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips im Recht Deutschlands und der Schweiz, URP 2003, 201, 217 f.

⁹⁵ BGer 1A.115/2003.

⁹⁶ Dazu vorne Ziff. 2.3.a), S. 28.

⁹⁷ Bundesrat, Strategie Nachhaltige Entwicklung 2012-2015, S. 23.

4.2. Allgemeines Energierecht

Grundlage für eine nachhaltige Energieversorgung ist Art. 89 BV. Auf Gesetzesstufe sind im Zusammenhang mit einer nachhaltigen Holzbewirtschaftung insbesondere die Bestimmungen zur Förderung nachhaltiger Energien relevant.

a) Kostendeckende Einspeisevergütung

2007 beschloss das Parlament mit der Revision des Energiegesetzes (EnG),⁹⁸ bis zum Jahr 2030 eine jährliche Mehrproduktion von 5'400 GWh Elektrizität aus erneuerbaren Energien zu erreichen.⁹⁹ Wichtigstes Instrument, um dieses Ziel zu realisieren, ist die kostendeckende Einspeisevergütung (KEV). Für die Verwendung von Holz relevant ist insbes. Art. 7a EnG, der unter dem Titel „erneuerbare Energien“ die Netzbetreiber verpflichtet, in ihrem Netzgebiet die gesamte Elektrizität, die aus Neuanlagen durch u.a. die Nutzung Biomasse und Abfällen aus Biomasse gewonnen wird, in einer für das Netz geeigneten Form abzunehmen und zu vergüten, sofern diese Neuanlagen sich am betreffenden Standort eignen.¹⁰⁰ Die Vergütung erfolgt in Form der KEV. Als Neuanlagen gelten Anlagen, die nach dem 1. Januar 2006 in Betrieb genommen, erheblich erweitert oder erneuert worden sind. Holzverbrennungsanlagen gelten als „Biomassenanlagen“ gemäss Art. 1 lit. f der Energieverordnung (EnV)¹⁰¹ und Anhang 1.5, Ziff. 6 EnV.

Voraussetzung für einen Anspruch auf KEV ist bei einem Holzkraftwerk, dass es die energetischen Mindestanforderungen erfüllt.

b) Holz im Kontext der Energiewende

Mit dem Beschluss von Bundesrat und Parlament zur Energiewende von 2011 wird die Nachfrage nach erneuerbaren Energieträgern und damit auch nach Holz steigen.¹⁰² Diese Entwicklungen fliessen in die Ressourcenpolitik Holz ein, welche eng mit der Waldpolitik 2020 des Bundesrates verknüpft ist und in ihrer aktualisierten Fassung noch eingehender auf die Rolle der Ressource Holz als erneuerbarer Energie im Konzept einer Grünen Wirtschaft eingeht.

Die Energiestrategie 2050 sieht verschiedene Massnahmen vor, um nachhaltige erneuerbare Energien zu fördern. Die Vernehmlassung wurde im Januar 2013 abgeschlossen. Der erläuternde Bericht zur Energiestrategie 2050 führt zwar aus, dass die Förderung erneuerbarer Energien im Vordergrund stehen muss und insbesondere Wasserkraft und Sonnenlicht als Ressource besser genutzt werden sollen. Die in der Waldpolitik 2020 postulierten Überlegungen zur Förderung von Holz als Energieträger scheinen aber keinen Eingang in die Energiestrategie gefunden zu haben. Die vorgesehenen Änderungen bei der KEV sind für die Verwendung von Holz als Energieträger nicht zentral.

⁹⁸ Energiegesetz (EnG) vom 26. Juni 1998, SR 730.0.

⁹⁹ Dazu Hans Ulrich Schärer, Förderinstrumente für erneuerbare Energien, URP 2010, 13, 23.

¹⁰⁰ Weber/Kratz, § 10 Rz 14 ff.

¹⁰¹ Energieverordnung vom 7. Dezember 1998, SR 730.01.

¹⁰² BAFU, Ressourcenpolitik Holz, S. 30.

4.3. Bestimmungen im Waldrecht

a) Bewirtschaftung des Waldes

Der Bund ist zuständig für die Erhaltung der Schutz-, Nutz- und Wohlfahrtsfunktionen des Waldes, für die Festlegung von Grundsätzen über dessen Schutz und für die Förderung von Massnahmen zu dessen Erhaltung (Art. 77 BV). Er hat in dieser Kompetenz das Waldgesetz (WaG)¹⁰³ und die Waldverordnung (WaV)¹⁰⁴ erlassen, welche die Bewirtschaftung des Waldes den Grundsätzen der Nachhaltigkeit unterstellen.¹⁰⁵

Gestützt auf Art. 77 BV und das Waldgesetz hat der Bundesrat die Waldpolitik 2020 verabschiedet. Die Waldpolitik 2020 enthält das Ziel, das nachhaltig nutzbare Holznutzungspotenzial des Schweizer Waldes auszuschöpfen,¹⁰⁶ indem neue Verarbeitungs- und Vermarktungswege für das Laubholz gesucht werden, die Nachfrage nach Holz gesteigert wird und fachliche Entscheidungsgrundlagen für eine optimale Bewirtschaftung zur Verfügung gestellt werden.¹⁰⁷

Nach dem WaG soll die Bewirtschaftung des Waldes so ausgestaltet sein, dass sie die Funktionen des Waldes nicht beeinträchtigt (Art. 20 Abs. 1 WaG) werden. Für die Planungs- und Bewirtschaftungsvorschriften sind die Kantone zuständig (Art. 20 Abs. 2 WaG; Art. 18 WaV). Soweit es die Schutzfunktion des Waldes erfordert, stellen sie eine minimale Pflege sicher (Abs. 5). Die Kantone haben auch die Aufgabe, die Erhaltung des Waldes und seine natürliche Verjüngung sicherzustellen und den Wildbestand entsprechend zu regulieren (Art. 27 Abs. 2 WaG). Der Bund kann seinerseits Vorschriften über forstliche Massnahmen zur Behebung von Waldschäden und Folgen von Waldkatastrophen erlassen (Art. 26 WaG). Bei Waldkatastrophen kann er selbst Massnahmen zur Erhaltung der Wald- und Forstwirtschaft ergreifen (Art. 28 WaG).

Das WaG erlaubt dem Bund, Finanzhilfen zur Erforschung des Waldes und insbesondere auch zur Entwicklung von Massnahmen zur Verbesserung des Holzabsatzes und der Holzverwertung zu leisten (Art. 31 Abs. 1 WaG). Er kann Vereinigungen von gesamtschweizerischer Bedeutung Finanzhilfen ausrichten, damit diese Aufgaben im Interesse der Walderhaltung wahrnehmen können (Art. 32 Abs. 1 WaG). Darüber hinaus hat er die Möglichkeit, den Kantonen Abgeltungen zuzusprechen für Massnahmen zur Gewährleistung der Schutzfunktion des Waldes (Art. 37 WaG;

¹⁰³ Bundesgesetz über den Wald (Waldgesetz, WaG) vom 4. Oktober 1991, SR 921.0.

¹⁰⁴ Verordnung über den Wald (Waldverordnung, WaV) vom 30. November 1992, SR 921.01.

¹⁰⁵ So sieht das Waldgesetz vor, dass der Wald als naturnahe Lebensgemeinschaft in seiner Fläche und räumlichen Verteilung erhalten bleibt und geschützt werden soll, damit er seine Schutz-, Wohlfahrts- und Nutzfunktionen weiterhin erfüllen kann (Art. 1 WaG). Unter Vorbehalt von wichtigen Gründen, zu denen insbesondere finanzielle Interessen nicht gehören, sind Rodungen verboten (Art. 5 WaG). Auch Nutzungen, welche die Funktionen oder Bewirtschaftungen des Waldes gefährden, sind unzulässig (Art. 16 ff. WaG). Ausserdem kann die Zugänglichkeit zum Wald eingeschränkt werden, wenn es die Erhaltung des Waldes oder der Schutz von Pflanzen und Tieren erfordert (Art. 14 WaG).

¹⁰⁶ Waldpolitik 2020, S. 18 ff.

¹⁰⁷ Dadurch sollen die Leistungsfähigkeit der Schweizer Waldwirtschaft und damit die Betriebsstrukturen sowie die eigentumsübergreifende Zusammenarbeit verbessert werden. Die damit verbundenen Mehraufwendungen der Bewirtschafter für die Erbringung der gewünschten Waldleistungen, respektive die entsprechenden Mindererlöse, sollen abgegolten werden. Da diese Aspekte aus Sicht des BAFU im vorliegenden Kontext nicht relevant sind, werden sie nicht weiter vertieft.

Art. 40 WaV) und Finanzhilfen für Massnahmen zum Schutz der biologischen Vielfalt im Wald (Art. 38 WaG; Art. 41 WaV). In dieser Hinsicht kann er insbesondere Massnahmen zur Jungwaldpflege fördern (Art. 38 Abs. 1 lit. b WaG). Schliesslich vermag er bei aussergewöhnlichem Holzanfall Finanzhilfen an befristeten gemeinsamen Massnahmen der Wald- und Holzwirtschaft für Werbung und Absatzförderung zu gewähren (Art. 38a Abs. 1 lit. c WaG).

b) Verarbeitung von Holz

Die Produktepalette rund um das Holz ist breit: Holz wird im Bauwesen, Möbeln, der Verpackungsindustrie, als Zellstoff in Papier und Kleidung und nicht zuletzt als Energieträger verwendet. Es kann als Vollholz, homogene Holzwerkstoffe oder Zellulose verwendet werden. Für die verschiedenen Produkte gibt es ausserdem teilweise mehrere Verarbeitungsstufen. Entsprechend sind viele Akteure in die Holzverarbeitungsindustrie involviert.¹⁰⁸

Massnahmen zur Förderung des Holzabsatzes können so grundsätzlich an verschiedenen Stellen ansetzen, sei es bei den (privaten oder öffentlichen) Waldeigentümern, den Forstbetrieben und -unternehmen, Säge- und Holzplattenwerken oder anderen Holzverarbeitungsindustrien, bei den Erzeugern von Produkten für den Endverbrauch oder den Abnehmern.

4.4. Rechtliche Rahmenbedingungen für spezielle Kennzeichnungen (Labels)

a) Kennzeichnungspflicht

Seit dem 1. Januar 2012 gilt gestützt auf das Konsumentinformationsgesetz¹⁰⁹ für Holz eine Deklarationspflicht: Holz muss nach *Holzart* und *Holzherkunft* deklariert werden.¹¹⁰ Diese Pflicht gilt für alle Unternehmen in der Schweiz, die Holz handeln und verarbeiten.

Spezielle Kennzeichnungsvorschriften in Form von Gütezeichen (Labels) und Zertifizierungen können in Vergabekriterien bei öffentlichen Beschaffungen einfließen. Mit solchen Gütezeichen und Zertifizierungen lässt sich – neben der gesetzlich verlangten Herkunftsbezeichnung – sowohl auf die Eigenschaften eines Produkts oder einer Dienstleistung als auch auf die Produktionsbedingungen oder die Transportwege Bezug nehmen.

b) In der Schweiz verwendete Gütezeichen

(i) FSC- und PEFC-Zertifizierung

In der Schweiz sind die Gütezeichen FSC und PEFC für Waldflächen weit verbreitet.¹¹¹ Beide Initiativen sind nicht-staatlich, d.h. sie wurden von privaten Organisationen geschaffen. Damit Holz

¹⁰⁸ Eingehend dazu: Schmithüsen/Kaiser/Schmidhauser/Mellinghoff/Kammerhofer, S. 60 ff.

¹⁰⁹ Bundesgesetz über die Information der Konsumentinnen und Konsumenten, vom 5. Oktober 1990, SR 944.0, Art. 2.

¹¹⁰ Verordnung über die Deklaration von Holz und Holzprodukten vom 4. Juni 2010, SR 944.021, Art. 2 und 3.

¹¹¹ Rund 59% der Schweizer Waldflächen sind sowohl FSC- als auch PEFC-zertifiziert, 37% sind nur FSC- und rund 4% nur PEFC-zertifiziert. KBOB, Empfehlung, S. 2.

mit diesen Labeln gekennzeichnet werden darf, ist ein Zertifizierungsprozess erforderlich. Wird diese Zertifizierung zum Vergabekriterium bei öffentlichen Beschaffungen (wie etwa im Kanton Bern), erlangen diese Labels trotz ihrer privaten Natur eine gewisse rechtliche Verbindlichkeit (vgl. nachfolgend lit. c).

FSC und PEFC orientieren sich an identischen Grundprinzipien, setzen diese aber teilweise unterschiedlich um.¹¹²

Die Grundprinzipien lassen sich wie folgt zusammenfassen:

- (1) *Einhaltung der Gesetze und Prinzipien*: Die Waldbewirtschaftung respektiert alle relevanten Gesetze des Landes sowie internationale Verträge und Abkommen, welche das Land unterzeichnet hat und erfüllt die Prinzipien und Kriterien von FSC und/oder PEFC.
- (2) *Besitzansprüche, Landnutzungsrechte und Verantwortlichkeiten*: Langfristige Besitzansprüche und Nutzungsrechte an Land- und Forstressourcen müssen klar definiert, dokumentiert und rechtlich verankert sein.
- (3) *Rechte indigener Völker*: Die gesetzlichen und gewohnheitsmässigen Rechte der indigenen Gruppen hinsichtlich Besitz, Nutzung und Bewirtschaftung von Land, Territorien und Ressourcen sind anzuerkennen und zu respektieren.
- (4) *Beziehungen zur lokalen Bevölkerung und Arbeitnehmerrechte*: Die Waldbewirtschaftung erhält oder vergrössert das soziale und ökonomische Wohlergehen der im Wald Beschäftigten und der örtlichen Bevölkerung.
- (5) *Nutzen aus dem Walde*: Die Waldbewirtschaftung fördert die effiziente Nutzung der vielfältigen Produkte und Leistungen des Waldes, so dass sie wirtschaftlich tragbar wird und eine breite Palette von ökologischen und sozialen Vorteilen gewährleisten kann.
- (6) *Auswirkungen auf die Umwelt*: Die Waldbewirtschaftung erhält die biologische Vielfalt und die damit verbundenen Werte, die Wasserressourcen, die Böden sowie einzigartige und empfindliche Ökosysteme und Landschaften, und gewährleistet dadurch die ökologischen Funktionen und die Unversehrtheit des Waldes.
- (7) *Betriebsplan*: Ein für die Bewirtschaftungseinheit und die Bewirtschaftungsintensität des Forstbetriebes angemessenes Planungswerk ist zu erstellen, anzuwenden und zu aktualisieren. Es beschreibt deutlich die langfristigen Bewirtschaftungsziele und die Mittel zu deren Verwirklichung.
- (8) *Kontrolle und Bewertung*: Eine der Betriebsstruktur angemessene Dokumentation und Bewertung stellt den Waldzustand, die Erträge der geernteten Waldprodukte, die Handels- und Verwertungskette, die Bewirtschaftungsmassnahmen sowie deren soziale und ökologische Auswirkungen fest.
- (9) *Erhaltung von Wäldern mit hohem Schutzwert* (High Conservation Value Forests – HCVF): Bewirtschaftungsmassnahmen in Wäldern mit hohem Schutzwert erhalten oder vermehren

¹¹² FSC Principles and Criteria for Forest Stewardship, FSC-STD-01-001 (Version 4.0), 1996 und der dazu gehörige Nationale FSC-Standard Schweiz 2008. <http://www.fsc-schweiz.ch/de/die-standards/wald-standards> (besucht am 23. Juli 2013).

deren Merkmale. Diese Wälder betreffende Entscheidungen werden immer im Sinne einer vorbeugenden Herangehensweise erwogen.

- (10) *Plantagen*: Plantagen sind in Übereinstimmung mit den Prinzipien 1 – 9, dem Prinzip 10 und deren Kriterien zu bewirtschaften. Auch wenn Plantagen eine Reihe sozialer und ökonomischer Vorteile liefern und dazu beitragen können, den globalen Bedarf an Forstprodukten zu befriedigen, sollen sie die Bewirtschaftung von Naturwäldern ergänzen, den Druck auf diese reduzieren und ihre Wiederherstellung und Erhaltung fördern.

Die Umsetzung dieser allgemein gehaltenen Standards in Schweizer Standards durch FSC Schweiz wurde vom BAFU unterstützt. FSC Schweiz ist ein Verein nach ZGB. Produkte werden nicht vom FSC selbst zertifiziert, sondern durch ein von diesem autorisiertes (zertifiziertes) Unternehmen. In der Schweiz sind dies aktuell sieben Beratungsunternehmen.

PEFC Schweiz ist ebenfalls privatrechtlich als Verein organisiert und hat für die Schweiz spezifische Standards formuliert.¹¹³

Das Verhältnis der beiden Standards ist Gegenstand von kontroversen Diskussionen. Oft kommen sie in öffentlichen Beschaffungen gleichberechtigt zur Anwendung.

(ii) *Herkunft Schweizer Holz (HSH) und AOC*

Das *Herkunftszeichen Schweizer Holz (HSH)* stellt die Rückverfolgung eines Holzproduktes von dessen Ursprung bis zum Endverbraucher sicher. Indem es an die Schweizer Herkunft anknüpft, will es die im internationalen Vergleich sehr strengen ökologischen Anforderungen an, die gemäss WaG an die Bewirtschaftung des Schweizer Waldes gestellt werden, sichtbar machen.¹¹⁴ Als Herkunftszeichen kann es von Anbietern dazu verwendet werden, die Kennzeichnungspflichten gemäss Konsumentenschutzgesetz zu erfüllen.

Träger des HSH ist die als privatrechtlicher Verein konstituierte Dachorganisation für Schweizer Wald- und Holzwirtschaft, Lignum. Sie vergibt und kontrolliert das Label für Produkte mit einem reglementarisch vorgegebenen Mindestanteil von verwendetem, rückverfolgbarem Schweizer Holz.¹¹⁵ Mit Bezug auf die zugelassenen Anteile an ausländischem Holz werden zudem qualitative

¹¹³ <http://www.pefc.ch/pefc-initiative/pefc-national.html> (besucht am 23. Juli 2013); PEFC Schweiz, Standards für die Waldbewirtschaftung, Normatives Dokument 5, 2. Dezember 2008.

¹¹⁴ „Mit dem Herkunftszeichen Schweizer HOLZ wird bezweckt, den Holzabsatz aus dem Schweizer Wald zu fördern und zu erhöhen. Durch die Förderung des Verbrauchs von Holz aus Schweizer Wäldern soll diese Marke dazu beitragen, die Überalterung und den Vitalitätsverlust des Waldes zu bremsen, diesen nachhaltig aufzubauen und als ausgewogenes leistungsfähiges Ökosystem zu fördern. Das Herkunftszeichen Schweizer HOLZ soll die schweizerische Wald- und Holzwirtschaft stärken, die Nutzung neuer Marktchancen fördern und die mit dem Namen Schweiz positiv verbundenen Werte in den Bereichen Produkteigenschaften, Herstellungsmethoden, Umwelt und allgemeine Rahmenbedingungen kommunizieren.“ Lignum, Reglement Herkunftszeichen Schweizer Holz, Version 14. Juni 2011. http://www.lignum.ch/uploads/media/HSH_Reglement_110614.pdf (besucht am 23. Juli 2013).

¹¹⁵ Reglement HSH (Fn 114), Ziff. 2.1.1.

Anforderungen gestellt, indem ausländisches Holz entweder mit den schweizerischen Bestimmungen vergleichbaren rechtlichen Standards unterliegt oder FSC- oder PEFC-zertifiziert ist.

Einen Schritt weiter als das private Herkunftszeichen Schweizer Holz soll die gesetzlich *geschützte Ursprungsbezeichnung* (GUB, *appellation d'origine contrôlée*, AOC) *Schweizer Holz* gehen.¹¹⁶ Das Parlament hat in der Sommersession 2013 im Rahmen der Revision des Markenschutzgesetzes („Swissness-Vorlage“)¹¹⁷ eine Änderung des Waldgesetzes beschlossen, um ein solches AOC-Gütezeichen für Holz und Holzprodukte einführen zu können. Der neue Art. 41a Abs. 1 hält fest:

Art. 41a

¹ Zur Förderung von Qualität und Absatz kann der Bundesrat Vorschriften über die freiwillige Kennzeichnung der Herkunft von waldwirtschaftlichen Erzeugnissen und deren Verarbeitungsprodukten erlassen.

Ziel der Bestimmung ist es, die bislang landwirtschaftlichen Produkten vorbehaltene Bezeichnung AOC auch für die Vermarktung von waldwirtschaftlichen Erzeugnissen und deren Verarbeitungsprodukten (Holz und Holzprodukte) aus noch zu bestimmenden Regionen zu verwenden. Das Verfahren soll nach den Bestimmungen der Landwirtschaftsgesetzgebung durchgeführt werden. Im Unterschied zu privaten Gütezeichen genießt eine AOC-Bezeichnung einen gerichtlich durchsetzbaren Schutz gemäss Markenschutzgesetz.

c) Rechtliche Einordnung

Die bislang existierenden Nachhaltigkeitsstandards für Holz wurden von privaten Organisationen initiiert. Durch die Verwendung in öffentlichen Beschaffungen erhalten diese privaten Standards normative Wirkung. Damit unterliegen sie auch bestimmten rechtlichen Anforderungen gemäss BV, GPA und schweizerischem Beschaffungsrecht. Im Vordergrund stehen Legalitätsprinzip, Transparenz und Nichtdiskriminierung.

Die gleichen Anforderungen gelten ebenso für gesetzlich geschützte Ursprungsbezeichnungen, wie sie neu im Rahmen der Swissness-Vorlage für Holz- und Holzprodukte geschaffen werden sollen.

¹¹⁶ Auslöser war die Motion Favre (08.3247). Vgl. Bericht der Kommission für Umwelt, Raumplanung und Energie vom 25. Juni 2009.

¹¹⁷ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des Markenschutzgesetzes und zu einem Bundesgesetz über den Schutz des Schweizerwappens und anderer öffentlicher Zeichen („Swissness“-Vorlage) vom 18. November 2009, BBl 2009 8533, 8620.

Bei der Verwendung von Nachhaltigkeitsstandards für Holz sind deshalb folgende Elemente zu berücksichtigen:

- Der anwendbare Standard muss in den Vergabekriterien genannt und spezifiziert werden
- Eine Beschränkung auf ein bestimmtes Gütezeichen ist unzulässig,
 - wenn die gleichen Ziele auch mit anderen Mitteln erreicht werden können;
 - das geforderte Gütezeichen nur inländischen Anbietern zugänglich ist.
- Das Verlangen von Gütezeichen darf nicht zu einer unzulässigen Beschränkung des Handels führen.

5 Vorschläge zur Zielerreichung

5.1 Vorbemerkungen

Die mit der parlamentarischen Initiative von Siebenthal angestrebte Bevorzugung von Holz aus Schweizer Wäldern mit dem Ziel, neben der Förderung erneuerbarer Energien auch die Wettbewerbsnachteile von Schweizer Holzproduzenten zu mildern, lässt sich aus Sicht der Gutachter mit dem WTO-Recht kaum vereinbaren. Näher zu prüfen ist hingegen die Förderung von nachhaltig produziertem Holz, von der auch, aber nicht nur, die Schweizer Waldwirtschaft profitieren könnte. Die nachfolgend formulierten Vorschläge beziehen sich auf dieses Szenario.

5.2 Anpassung gesetzlicher Grundlagen

a) Übernahme des revidierten GPA

Mit einer raschen Übernahme des revidierten GPA könnten die rechtlichen Grundlagen gestützt auf Art. X:6 und Art. X:9 revGPA für die Berücksichtigung von nachhaltig produziertem Holz unter Beachtung des Diskriminierungsverbots gestärkt werden. Bevor das Abkommen ratifiziert werden kann, sind allerdings neben den Flexibilisierungen und Modernisierungen auch die rechtsverbindlichen Verpflichtungen auf den Stufen Bund, Kantone und Gemeinden umzusetzen. Bund und Kantone haben am 30. Oktober 2012 mit der Zusammenarbeit zur Anpassung der Rechtsgrundlagen begonnen.¹¹⁸

Weil für die Beschaffung von nachhaltig produziertem Holz europäische Länder im Vordergrund stehen dürften, ist die Abstimmung in der Schweiz anvisierter Massnahmen mit den Bestrebungen der EU zur Anpassung des europäischen Beschaffungsrechts an das revidierte GPA zentral.¹¹⁹ Dies

¹¹⁸ Referat Patrick Leduc, Revision des Staatsvertragsrechts (GPA): Der Entstehungsprozess und die neuen Inhalte (Herbstversammlung des SVöB, 2. November 2012, Paul Klee Zentrum, Bern).

¹¹⁹ Vgl. vorne Fn 18 und dazugehöriger Text.

gilt umso mehr, als davon auszugehen ist, dass mittelfristig auch das Abkommen zwischen der Schweiz und der EU über das öffentliche Beschaffungswesen sowie die relevanten Kapitel des EFTA-Übereinkommens dem revidierten GPA angepasst werden.

b) Gesetzliche Grundlage für Gütezeichen (Labels)

Mit der Anpassung des Waldgesetzes im Rahmen der Swissness-Vorlage wurde die gesetzliche Grundlage für die Einführung einer gesetzlich geschützten Ursprungsbezeichnung (AOC) für Holz und Holzprodukte geschaffen. Bei Beschaffungsverfahren im staatsvertraglichen, d.h. insbes. die relevanten Schwellenwerte übersteigenden Bereich¹²⁰ darf jedoch ein Label „AOC Schweizer Holz“ nicht als Vergabekriterium verlangt werden, weil dies zu einer Diskriminierung ausländischer Waren und Anbieter führen würde.

Hingegen wäre es WTO-rechtlich zulässig, qualitative Anforderungen für eine nachhaltige Waldbewirtschaftung als *Vergabekriterien* zu formulieren, sofern deren Erfüllung allen Anbietern und Waren *unabhängig von der geographischen* Herkunft offen steht. Ähnlich wie beim bestehenden privaten HSH-Gütezeichen¹²¹ könnten die für Schweizer Holz geltenden Nachhaltigkeitskriterien allgemein formuliert und bei Beschaffungen als Vergabekriterien angewandt werden.

Um eine *de facto* Diskriminierung ausländischer Anbieter und Waren zu vermeiden, sind nicht wirtschaftliche Vergabekriterien wie etwa die nachhaltige Waldbewirtschaftung sorgfältig zu *gewichten*, so dass sie das Kriterium der Wirtschaftlichkeit nicht aushebeln. Ihnen darf deshalb im Rahmen der Gesamtbeurteilung *kein Übergewicht* gegenüber anderen wirtschaftlichen Kriterien wie etwa dem Preis-/Leistungsverhältnis zukommen. Auch dürfen solche Kriterien nicht zu unzumutbaren administrativen Hürden oder finanziellen Belastungen für ausländische Anbieter führen.

Gemäss GPA gelten für Beschaffungsverfahren besondere *Transparenzvorschriften*. Vergabekriterien müssen offengelegt und für alle Anbieter zugänglich und nachvollziehbar sein. Mit der Schaffung entsprechender generell-abstrakter Regelungen wird diesem Anliegen entsprochen. Weil das schweizerische Beschaffungsrecht mit der Übernahme des GPA ohnehin einer Gesamtüberprüfung unterzogen werden muss, würde es sich anbieten, die Förderung nachhaltigen Holzes in diese Überlegungen miteinzubeziehen und die notwendigen Rechtsgrundlagen zu schaffen.

c) Förderung der Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten

Um die Verwendung von Holz in landwirtschaftlichen Bauten zu fördern, müsste der Bund die entsprechenden Rechtsgrundlagen schaffen. Eine Möglichkeit bestünde in einer *Anpassung des Landwirtschaftsgesetzes*. Denkbar wäre die Einführung neuer Direktzahlungen für Bauten aus Holz oder die Schaffung einer speziellen Kategorie von Ökobeiträgen für die Verwendung von Holz in

¹²⁰ Vgl. vorne Fn 4 und dazugehöriger Text.

¹²¹ Das HSH-Gütezeichen kann auch vergeben werden, wenn innerhalb einer Maximalgrenze ausländisches Holz verwendet wird, sofern dieses dem Schweizer Recht vergleichbaren Regeln untersteht oder FSC- bzw. PEFC zertifiziert ist; dazu vorne Ziff. 4.4.b (ii).

landwirtschaftlichen Bauten, etwa durch eine Ergänzung von Art. 76 LwG. Zu prüfen wäre auch die Einbettung solcher Massnahmen in die Beiträge für Strukturverbesserungsprojekte gemäss Art. 96 LwG.¹²²

d) Förderung der Verwendung von Holz bei Lärmschutzanlagen

Will der Bund die Verwendung von Holz beim Bau von Lärmschutzanlagen durch Private fördern und damit subventionieren, ist eine Grundlage in einem formellen Gesetz notwendig; eine Regelung in der Lärmschutzverordnung genügt nicht. Zu prüfen wäre, den Bund im Umweltschutzgesetz zu ermächtigen, die Verwendung von Holz bei Lärmschutzanlagen finanziell zu unterstützen. Voraussetzung wäre, dass diese Massnahme sich im Anwendungsbereich des USG (Art. 1) bewegt, d.h. dem Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen dient und nicht primär den wirtschaftlichen Zweck verfolgt, den Absatz von Holz zu erhöhen.

5.3 Anpassung der Ausschreibungspraxis bei öffentlichen Beschaffungen

Im Rahmen des geltenden Rechts liesse sich der Einbezug von Nachhaltigkeitsüberlegungen in Vergabeverfahren WTO-konform verbessern, indem die Transparenz erhöht wird. Anwendbare Standards müssen sowohl qualitativ als auch quantitativ (Gewichtung) objektivierbar und transparent sein. Sie dürfen überdies nicht zu einer Bevorzugung schweizerischer Anbieter und Waren führen. Labels können beispielhaft, aber nicht ausschliesslich, als Möglichkeit für den Nachweis der Erfüllung solcher Kriterien dienen. Konkret liessen sich beispielsweise einzelne Anforderungen der FSC- oder PEFC-Zertifizierung losgelöst von diesen Gütezeichen in die Vergabekriterien aufnehmen. Denkbar wäre auch die Berücksichtigung eines möglichst tiefen Energieverbrauchs auf dem Transportweg. Solange solchen Anforderungen beim Vergabeentscheid kein Übergewicht gegenüber wirtschaftlichen (Primär-)kriterien zukommt und keine *de facto* Diskriminierung von ausländischen Anbietern und Waren vorliegt, wäre dies WTO-rechtlich zulässig.

¹²² Vgl. vorne Ziff. 3.3.d (i).



6 Bibliographie

- Anderson, Robert, „The Conclusion of the Renegotiation of the World Trade Organization Agreement on Government Procurement: What It Means for the Agreement and for the World Economy“, *Public Procurement Law Review* 3, no. 2012 (2012), S. 83-94.
- Anderson, Robert, und Sue Arrowsmith, „The WTO Regime on Government Procurement: Past, Present and Future“, in: Robert Anderson und Sue Arrowsmith (Hrsg.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, S. 3-58.
- Anderson, Robert D., „The WTO Agreement on Government Procurement: An Emerging Tool of Global Interaction and Good Governance“, *Law in Transition Online* 1, no. 8 (2010) (www.ebrd.com)
- Anderson, Robert D., Philippe Pelletier, Kodjo Osei-Lah, und Anna Caroline Mueller, „Assessing the Value of Future Accessions to the WTO Agreement on Government Procurement (GPA): Some New Data Sources, Provisional Estimates and an Evaluative Framework for Individual WTO Members Considering the Accession“, in: *WTO Working Paper ERSD-2011-15*, Genf: WTO Economic Research and Statistics Division 2011.
- Anderson, Robert D., Steven L. Schooner, and Collin D. Swan, „The WTO's Revised Government Procurement Agreement – an Important Milestone toward Greater Market Access and Transparency in Global Procurement Markets“, *Government Contractor* 54, no. 1 (2012) S. 1-6
- Arrowsmith, Sue, *Government Procurement in the WTO*, Den Haag: Kluwer Law International 2003.
- Bundesamt für Umwelt (BAFU), „Ressourcenpolitik Holz. Strategie, Ziele und Aktionsplan Holz“ Bundesamt für Umwelt, Bern, 2008: 30 S.
- Bundesamt für Umwelt (BAFU), „Waldpolitik 2020. Visionen, Ziele und Massnahmen für eine nachhaltige Bewirtschaftung des Schweizer Waldes“ Bundesamt für Umwelt, Bern, 2013: 66 S.
- Calster, Geert Van, „Green Procurement and the WTO – Shades of Gray“, *Review of European Community & International Environmental Law* 11, no. 3 (2003), S. 298-305.
- Clarke, Peggy A. und Gary N. Horlick, „The Agreement on Subsidies and Countervailing Measures“, in: Patrick F. J. Macrory et al. (Hrsg.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*, o.O.: Springer 2005, S. 679-734.
- Evenett, Simon, „Multilateral Disciplines and Government Procurement“, in: Philip English, Bernard Hoekman und Aaditya Mattoo (Hrsg.), *Development, Trade and the WTO. A Handbook*, Washington DC: The World Bank Publication 2002, S. 417-27.
- Galli, Peter, André Moser, Elisabeth Lang und Marc Steiner, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, 3. Aufl., Zürich 2013.
- Haller, Walter, Alfred Kölz und Thomas Gächter, *Allgemeines Staatsrecht*, 4. Aufl., Basel 2008.
- Jiang, Lili, „Developing Multilateral Rules on Government Procurement: The Value of Soft Law“, in: Sue Arrowsmith und Robert Anderson (Hrsg.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, S. 719-45.



- Koordinationskonferenz der Bau- und Liegenschaftsorgane der öffentlichen Bauherren (KBOB), Empfehlung Nachhaltiges Bauen: Nachhaltig produziertes Holz beschaffen, 2012/1.
- Lopez-Casero, Federico und Henry Scheyvens, „Public procurement policies for legal and sustainable timber: How to strengthen Japan’s policy“, *IGES Policy Brief* 7, 2008.
- Lester, Simon, Bryan Mercurio, und Arwel Davies, *World Trade Law. Text, Materials and Commentary*, 2. Aufl., Oxford und Portland: Hart Publishing 2012.
- Marquardt, Bernd, „Die Verankerung des Nachhaltigkeitsprinzips im Recht Deutschlands und der Schweiz“, *URP* 2003, S. 201-234.
- McCrudden, Christopher, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement and Legal Change*, New York: Oxford University Press 2007.
- McCrudden, Christopher, „International Economic Law and the pursuit of Human Rights: A Framework for Discussion of the Legality of ‘Selective Purchasing’ Law Under the WTO Government Procurement Agreement“, *Journal of International Economic Law* 2 (1999), S. 3-48.
- Muller, Anna Caroline, „Special and Differential Treatment and Other Special Measures for Developing Countries under the Agreement on Government Procurement: The Current Text and New Provisions“, in: Sue Arrowsmith und Robert Anderson (Hrsg.), *The WTO Regime on Government Procurement: Challenge and Reform*, Cambridge: Cambridge University Press 2011, S. 339-76.
- Oesch, Matthias, „Staatliche Subventionen und auswärtige Wirtschaftsteilnehmer“, *ZSR* 2012 I, S. 255-284.
- Poltier, Etienne, „Les subventions“, in: Andreas Lienhard (Hrsg.), *Finanzrecht*, Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht Band X, Basel 2011, S. 343-442.
- Rhinow, René, Gerhard Schmid, Giovanni Biaggini und Felix Uhlmann, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, 2. Aufl., Basel 2011.
- Rodi, Michael, *Die Subventionsrechtsordnung: Die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht*, Tübingen 2000.
- Rubini, Luca, „Ain’t Wastin’ Time no more: Subsidies for Renewable Entergy, The SCM Agreement, Policy Space, and Law Reform“, *Journal of International Economic Law* 15 (2012), S. 525-579.
- Schärer, Hans Ulrich, „Förderinstrumente für erneuerbare Energien“, *URP* 2010, S. 13-32.
- Schmithüsen, Franz, Bastian Kaiser, Albin Schmidhauser, Stephan Mellinghoff und Alfred W. Kammerhofer, *Unternehmerisches Handeln in der Wald- und Holzwirtschaft*, 2. Aufl., Gernsbach: Deutscher Betriebswirteverlag 2009.
- Seitz, Claudia und Stephan Breitenmoser, „Das Subventionsrecht der Schweiz im Lichte des Beihilferechts der EU und des Subventionsrechts der WTO“, in: Astrid Epiney und Nina Gammethaler (Hrsg.), *Schweizerisches Jahrbuch für Europarecht (SJER)* 2009/2010, Bern 2010, S. 139-165.



- Steiner, Marc, „Sekundärziele im öffentlichen Beschaffungswesen: In welche Richtung schwingt das rechtspolitische Pendel?“, in: *Jusletter* 16. Januar 2012.
- Steiner, Marc, „Nachhaltige Beschaffung – vergaberechtliche Möglichkeiten und Grenzen“, *Baurecht* 2004, S. 54-61.
- Trepte, Peter, *Regulating Procurement: Understanding the Ends and Means of Public Procurement Regulation*, Oxford: Oxford University Press 2005.
- Trüb, Hans Rudolf, „Kommentar zum Bundesgesetz über das öffentliche Beschaffungswesen“, in: Matthias Oesch, Rolf H. Weber, Roger Zäch (Hrsg.) *Wettbewerbsrecht II*, Zürich 2011 (zit. Art. und Rz).
- Weber, Rolf H. und Mira Burri, *Classification of Services in the Digital Economy*, Zürich 2012.
- Weber, Rolf H. und Brigitta Kratz, *Stromversorgungsrecht*, Ergänzungsband Elektrizitätswirtschaftsrecht, Bern 2009.
- Weber Rolf H., und Valérie Menoud, „Development Promotion as a Secondary Policy in Public Procurement? An Answer in the Light of the Digital Solidarity Clause“, *Public Procurement Law Review* 2009, S. 184-200.
- Weiss Friedl, „Internationales öffentliches Beschaffungswesen“, in: Christian Tietje (Hrsg.), *Internationales Wirtschaftsrecht*, Berlin: De Gruyter 2009, S. 243-265.

Freundliche Grüsse

Universität Zürich
Rechtswissenschaftliches Institut

Prof. Dr. iur. Christine Kaufmann

Prof. Dr. jur. Rolf H. Weber

