

---

# Cassis de Dijon – Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts?

ROGER ZÄCH

## Inhaltsübersicht

I.	Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen	296
1.	Das Cassis de Dijon-Prinzip	296
2.	Aussenwirtschaftstheorie und aktuelle Situation	297
II.	Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips im Verhältnis zum EWR?	299
1.	Parlamentarische Vorstösse und Entwurf des Bundesrats zur Revision des THG	299
2.	Grundfragen	300
a)	Instrumente zur Beseitigung der durch technische Vorschriften verursachten Handelshemmnisse	300
aa)	Harmonisierung oder gegenseitige Anerkennung der technischen Vorschriften durch Vertrag?	301
bb)	Einseitige Anerkennung?	303
b)	Einfache oder doppelte «Kontrolle» von Produkten aus dem EWR?	304
c)	Vermeidung von Inländerdiskriminierungen?	306
d)	Generelle oder auf die nicht harmonisierten Bereiche beschränkte Anerkennung der technischen Vorschriften?	308
e)	Gesetzestechnische Umsetzung?	309
f)	WTO-Konformität?	310
aa)	Rechtsetzung und Rechtsanwendung gegenüber WTO-Parteien	310
bb)	Anerkennung der im EWR geltenden technischen Vorschriften	311
cc)	Doppelte oder einfache Kontrolle	312
III.	Eckpunkte für die Revision des THG	314

---

Ich danke Dr. Beat Zirlick vom Sekretariat der Wettbewerbskommission, Bern, für Anregungen und Kritik und Daniela De Marco-Lippuner für die Betreuung des Manuskripts.

## I. Wirtschaftliche und rechtliche Grundlagen

### 1. Das Cassis de Dijon-Prinzip

Das Cassis de Dijon-Prinzip wurde 1979 durch den EuGH im Rahmen seiner Praxis zum freien Warenverkehr – es ging um die Vermarktung des französischen Likörs Cassis de Dijon in Deutschland – entwickelt: Handelsregelungen der Mitgliedstaaten können – wie mengenmässige Beschränkungen auch – den zwischenstaatlichen Warenverkehr behindern. Die Gemeinschaft kann zur Vermeidung solcher Beschränkungen für einzelne Wirtschaftsbereiche die nationalen Regelungen harmonisieren; sie kann Gemeinschaftsrecht erlassen. In den zahlreichen nicht harmonisierten Bereichen stellt sich im Fall, dass eine nationale Regelung sich als eine Einfuhrbeschränkung auswirkt, die Frage, ob sie zulässig oder aber unzulässig ist. Der Beantwortung solcher Fragen dient das Cassis de Dijon-Prinzip, das zwei Komponenten enthält:

a) Die grundsätzliche, gegenseitige Anerkennung der mitgliedstaatlichen Handelsregelungen: Damit ist gemeint, dass die einzelnen Mitgliedstaaten, für die ja gleiche gemeinschaftsrechtliche Grundregeln gelten, auch verpflichtet sind, die Handelsregelungen der übrigen Mitgliedstaaten gegenseitig anzuerkennen. Die Kommission erläutert diese Verpflichtung wie folgt: «Wenn die Mitgliedstaaten in Ermangelung einschlägiger Gemeinschaftsbestimmungen die Bedingungen für die Vermarktung der einheimischen Erzeugnisse regeln können, so gilt das nicht für aus anderen Mitgliedstaaten eingeführte Waren. Jedes aus einem Mitgliedstaat eingeführte Erzeugnis ist grundsätzlich im Hoheitsgebiet der anderen Mitgliedstaaten zuzulassen, sofern es rechtmässig hergestellt worden ist, das heisst, soweit es der im Ausfuhrland geltenden Regelung oder den dortigen verkehrsüblichen Herstellungsverfahren entspricht und in diesem Land in den Verkehr gebracht worden ist»<sup>1</sup>.

b) Ausnahmen von der Anerkennung der Handelsregelungen anderer Mitgliedstaaten: Die Mitgliedstaaten dürfen Handelsregelungen erlassen, die den Binnenhandel behindern, soweit diese «notwendig sind, um zwingenden Erfordernissen gerecht zu werden, insbesondere den Erfordernissen einer wirksamen steuerlichen Kontrolle, des Schutzes der öffentlichen Gesundheit, der Lauterkeit des Handelsverkehrs und des Verbraucherschutzes»<sup>2</sup>.

Das Prinzip kann knapp wie folgt beschrieben werden: «Aus einem anderen Mitgliedstaat der EG importierte Produkte, die nach den nationalen Vorschriften des Exportlandes hergestellt worden sind, dürfen grundsätzlich überall in der EG in Verkehr

---

<sup>1</sup> Mitteilung der Kommission über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rechtssache 120/78 («Cassis de Dijon»), ABl. 1980 Nr. C 256/2.

<sup>2</sup> EuGH, Rs. 120/78, Slg. 1979, 649, Rz. 8, Rewe/Bundesmonopolverwaltung für Branntwein.

gesetzt werden. Beschränkungen sind nur zulässig, soweit sie aus übergeordneten öffentlichen Interessen zwingend erforderlich sind»<sup>3</sup>.

## 2. Aussenwirtschaftstheorie und aktuelle Situation

Jahrzehntelange Erfahrung zeigt, dass grenzüberschreitender Wirtschaftsverkehr zwischen Ländern mit ähnlichen wirtschaftlichen, rechtlichen und sozialen Rahmenbedingungen für alle Beteiligten wohlstandsfördernd ist<sup>4</sup>.

Daher sind die EU, die Schweiz und andere Länder seit längerem bemüht, den grenzüberschreitenden Warenverkehr, heute sogar allgemeiner den grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr zu gewährleisten. Zu diesem Zweck werden vor allem im Rahmen internationaler Organisationen Hindernisse des freien Warenverkehrs abgebaut bzw. beseitigt. Zu erwähnen sind GATT/WTO, die Europäische Union, der Europäische Wirtschaftsraum (EWR), die EFTA und, aus schweizerischer Sicht besonders wichtig, die Freihandelszone Schweiz-Europäische Gemeinschaft.

Auf internationaler Ebene wurden für Industrieprodukte die Zölle weitgehend beseitigt; aber auch Kontingente bzw. mengenmässige Beschränkungen wurden vermindert<sup>5</sup>. Aus schweizerischer Sicht stellen zur Zeit Massnahmen gleicher Wirkung wie mengenmässige Beschränkungen – das sind vor allem unterschiedliche (technische) Vorschriften für die Produktion, die Verpackung und den Vertrieb von Produkten –, Patente, die sich nach schweizerischem Recht national erschöpfen und daher dem Patentinhaber die Verhinderung von Parallelimporten ermöglichen, sowie «vertragliche» Exportverbote für Unternehmen, die zu Gebietsabschottungen führen, die wichtigen Hindernisse für den grenzüberschreitenden Warenverkehr dar.

Diese Hindernisse des freien Warenverkehrs beschränken einmal den Preiswettbewerb und erlauben damit, für identische Konsumgüter oder Produktionsmittel aller Art in der Schweiz höhere Preise durchzusetzen. Dies ist zum Nachteil der Kon-

---

<sup>3</sup> Erläuternder Bericht des Bundesrats zur Teilrevision des Bundesgesetzes über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 29.11.2006, S. 1, <http://www.new-service-admin.ch/NSBSubscriber/message/attachments/4803.pdf>.

<sup>4</sup> BRUNO S. FREY/GEBHARD KIRCHGÄSSNER, *Demokratische Wirtschaftspolitik*, 3. Aufl., München 2002, S. 107; HEINZ HAUSER/THOMAS A. ZIMMERMANN, *Aussenwirtschaftliche Aspekte einer kohärenten Wirtschaftspolitik – Ein ordnungspolitisches Konzept für die Schweiz unter besonderer Berücksichtigung des europäischen Integrationsprozesses*, Gutachten zuhanden des Bundesamtes für Wirtschaft und Arbeit, April 1999, S. 33 f., [http://www.siaw.unisg.ch/org/siaw/web.nsf/SysWebRessources/ML\\_Gutachten\\_BWA/\\$FILE/bwagutac.pdf](http://www.siaw.unisg.ch/org/siaw/web.nsf/SysWebRessources/ML_Gutachten_BWA/$FILE/bwagutac.pdf); RICHARD SENTI, *WTO – System und Funktionsweise der Welthandelsordnung*, Zürich/Wien 2000, Rz. 367 ff.; FREDY GUYER, *Parallelimporte patentrechtlich geschützter Güter – missbräuchliche Zustimmungsverweigerung des Schutzrechtsinhabers*, Diss. Zürich 2005, S. 196 ff.; ROGER ZÄCH, *Liberalisierung im Dienste aller*, *Unimagazin*, Die Zeitschrift der Universität Zürich, Nr. 4, Dezember 2001, S. 12–14.

<sup>5</sup> RICHARD SENTI, *WTO, Die heute geltende Welthandelsordnung*, 5. Aufl., ETH Zürich 2005, S. 48–50, 61.

summentenschaft. Es führt aber auch zu höheren Produktionskosten für die in der Schweiz produzierenden Unternehmen, die angesichts der weit vorangetriebenen, internationalen Arbeitsteilung auf Produktionsmittel aus dem Ausland angewiesen sind. Unterschiedliche technische Vorschriften zwingen viele in der Schweiz produzierende Unternehmen aber auch, für Exportmärkte nach anderen Vorschriften zu produzieren als für den Heimmarkt Schweiz. Dies verhindert die Erzielung von Skaleneffekten bzw. eine Senkung der Stückkosten. Hindernisse für den freien Warenverkehr, insbesondere unterschiedliche technische Vorschriften, beeinträchtigen somit die Wettbewerbsfähigkeit der in der Schweiz produzierenden Unternehmen.

Dass dies für Unternehmen im globalen Wettbewerb von Nachteil ist, wird klar, wenn berücksichtigt wird, dass unter den Mitgliedstaaten des EWR alle diese Hindernisse beseitigt wurden. Zu erwähnen ist die Einführung regionaler Erschöpfung für die Immaterialgüterrechte, die Harmonisierung der technischen Vorschriften und, soweit dies nicht geschehen ist, die Anwendung des Cassis de Dijon-Prinzips als subsidiär geltendes Prinzip, um in diesem Bereich allfällige Lücken zu schliessen, sowie die strikte Bekämpfung von wettbewerbsbeschränkenden Marktaufteilungen durch private Unternehmen gestützt auf die Art. 81 und 82 EGV.

Bezüglich der Freihandelszone Schweiz-Europäische Gemeinschaft ist dies anders: Die Schweiz und die EG haben sich zwar im Freihandelsabkommen Schweiz-EWG (FHA)<sup>6</sup> bereits 1972 verpflichtet, die bestehenden Handelshemmnisse im gegenseitigen Wirtschaftsverkehr abzubauen (Art. 13 FHA). Diese Verpflichtung wurde indes von der schweizerischen Verwaltung nicht ernst genommen und die schweizerischen Gerichte haben – beispielhaft ist das OMO-Urteil des Bundesgerichts aus dem Jahr 1979 – die Chance verpasst, dieser Bestimmung im wirtschaftlichen Interesse des Landes – wie dies zuvor der EuGH getan hatte – unmittelbare Wirkung<sup>7</sup> zu verleihen, sodass das Verordnungsrecht auf seine Vereinbarkeit mit Art. 13 FHA überprüft worden und Gesetzesrecht verstärkt im Sinn des Freihandelsabkommens ausgelegt worden wäre<sup>8</sup>.

1995 wurde mit dem Bundesgesetz vom 6. Oktober 1995 über die technischen Handelshemmnisse (THG)<sup>9</sup> ein weiterer Versuch unternommen, Handelshemmnisse, insbesondere im Verhältnis zu unserer wichtigsten Handelspartnerin, der EU, zu vermeiden (Art. 4 THG). Allein der Versuch scheiterte: Viele der heute bestehenden Handelshemmnisse wurden nach Erlass des THG in Kraft gesetzt und widersprechen

---

<sup>6</sup> SR 0.632.401.

<sup>7</sup> Vgl. dazu ROGER ZÄCH, Grundzüge des Europäischen Wirtschaftsrechts, 2. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2005, Rz. 47 ff.

<sup>8</sup> BGE 105 II 49, 58 ff.; kritisch und differenzierend zu dieser Praxis und deren Entwicklung: CHRISTINE BREINING-KAUFMANN, Internationales Verwaltungsrecht, ZSR 2006 II, S. 61–63; vgl. auch ROGER ZÄCH, Recht auf Parallelimporte und Immaterialgüterrecht, SJZ 1995, S. 309 f.

<sup>9</sup> SR 946.51.

dessen Wortlaut und Sinn<sup>10</sup>. Und wiederum haben es die schweizerischen Gerichte unterlassen, diesem Gesetz Wirkung zu verleihen, obwohl es gestützt auf das Freihandelsabkommen, ein WTO-Übereinkommen über technische Handelshemmnisse sowie die Verfassungsbestimmung über die Wirtschaftsfreiheit, die neben der Freiheit der Exporte auch die Importfreiheit gewährleistet<sup>11</sup>, erlassen wurde<sup>12</sup>, und zwar mit dem Zweck, nach dem Nein des Souveräns zum EWR-Abkommen mit *internen* Mitteln zur Revitalisierung der schweizerischen Wirtschaft beizutragen<sup>13</sup>.

## II. Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips im Verhältnis zum EWR?

### 1. Parlamentarische Vorstösse und Entwurf des Bundesrats zur Revision des THG

Die Hochpreisinsel Schweiz war eine der Ursachen dafür, dass mit der Kartellgesetzrevision 2003 das Instrumentarium zur Unterbindung der Abschottung schweizerischer Märkte, insbesondere von Märkten der EU bzw. dem Europäischen Wirtschaftsraum (EWR), durch Private verstärkt wurde. Zu verweisen ist auf den neuen Art. 5 Abs. 4 sowie die Ergänzungen der Art. 3 Abs. 2 durch einen Satz 2 und Art. 4 Abs. 2 KG<sup>14</sup>. Nach der Revision rückten die immer noch bestehenden staatlichen Handelshemmnisse, welche den Warenverkehr und damit den Wettbewerb bezüglich vieler Produkte zwischen der Schweiz und dem EWR beschränken, vermehrt ins Blickfeld. Daher wurde vorgeschlagen, «dass die Schweiz – entsprechend dem

---

<sup>10</sup> ROGER ZÄCH, Schweizerisches Kartellrecht, 2. Aufl., Bern 2005, Rz. 236.

<sup>11</sup> BGE 122 III 469, 480, Chanel/EPA.

<sup>12</sup> Ingress zum THG.

<sup>13</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über die technischen Handelshemmnisse (THG) vom 15. Februar 1995, BBl 1995 II 521 ff., 541; vgl. zur gegenwärtigen Rechtslage insbesondere BGE 131 II 271 sowie THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, International Trade Regulation – Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, Bern/London 2005, S. 324; THOMAS COTTIER/ERIK EVTIMOV, Die sektoriellen Abkommen der Schweiz mit der EG: Anwendung und Rechtsschutz, ZBJV 2003, S. 94, 103 f.; CHRISTA TOBLER/PASCAL GROLIMUND, Gilt für die Schweiz bereits das Cassis-de-Dijon-Prinzip, NZZ vom 12. Juli 2005, Nr. 106, S. 25; CHRISTA TOBLER, Cassis-de-Dijon für die Schweiz: Pur oder on the Rocks?, SZIER 4/2005, S. 571; DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, S. 161 f.; grundlegend und zur Tendenz der Rechtsentwicklung YVO HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit völker- und verfassungsrechtlicher Norm, ZSR 2007 I, S. 137 ff., 149 f., 153.

<sup>14</sup> Vgl. dazu ROGER ZÄCH, Querverbindungen bzw. «Harmonisierung» des schweizerischen mit dem europäischen Kartellrecht, in: Cottier/Breuss/Müller-Graff (Hrsg.), Die Schweiz und Europa, Baden-Baden 2007, Ziff. 1.2 und 2.2.

Cassis de Dijon-Prinzip – zulässt, dass Produkte, die sich erstens in einem Mitgliedstaat der EU ordnungsgemäss im Verkehr befinden und die zweitens zwischen den Mitgliedstaaten der EU und damit auch des EWR frei zirkulieren dürfen, auch in der Schweiz ohne weiteres vertrieben werden dürfen»<sup>15</sup>.

In der Folge kam es zu zwei parlamentarischen Vorstössen: Mit einem Postulat verlangte die damalige Nationalrätin Leuthard am 16. Juni 2004 die allgemeine Prüfung einer Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips ins schweizerische Recht<sup>16</sup>. Konkreter forderte Ständerat Hess mit einer Motion am 29. September 2004 den Bundesrat auf, dem Parlament eine Vorlage zur Teilrevision des Bundesgesetzes über technische Handelshemmnisse (THG) zu unterbreiten, mit dem Hauptziel, dass Produkte, die innerhalb der Europäischen Union bzw. des Europäischen Wirtschaftsraums frei zirkulieren dürfen, auch in der Schweiz grundsätzlich zugelassen sind<sup>17</sup>.

Nach Überweisung der Motion Hess wurde ein Entwurf zur Revision des THG ausgearbeitet und ein Vernehmlassungsverfahren durchgeführt. In der Vernehmlassung wurde das Vorhaben mehrheitlich begrüsst. Die Botschaft des Bundesrats an das Parlament ist für das Frühjahr 2008 vorgesehen. Auf offene Grundfragen wird im Folgenden eingegangen.

## 2. Grundfragen

### a) Instrumente zur Beseitigung der durch technische Vorschriften verursachten Handelshemmnisse

Gelten in zwei Ländern unterschiedliche technische Vorschriften bezüglich der Zulassung von Produkten zum Markt, so wird dadurch im Regelfall der grenzüberschreitende Warenverkehr behindert. Zur Beseitigung solcher Handelshemmnisse bestehen grundsätzlich drei Instrumente: 1) Die Harmonisierung der technischen Vorschriften mit der Folge, dass diese in beiden Ländern gleich sind und deshalb keine Handelshemmnisse verursachen. 2) Die gegenseitige Anerkennung der unterschiedlichen technischen Vorschriften; die unterschiedlichen Vorschriften bleiben bestehen; sie verlieren aber – durch die gegenseitige Anerkennung – ihre handelshemmenden Wirkungen. 3) Die einseitige Anerkennung der in einem Land bestehenden technischen Vorschriften durch ein anderes Land; die unterschiedlichen technischen Vorschriften bleiben bestehen; sie verlieren aber – durch die einseitige Anerkennung für das betreffende Land – bezüglich der Importe ihre handelshemmenden Wirkungen;

---

<sup>15</sup> ROGER ZÄCH, Die sanktionsbedrohten Verahltensweisen nach Art. 49a Abs. 1 KG, insbesondere der neue Vermutungstatbestand für Vertikalabreden, in: Stoffel/Zäch (Hrsg.), Kartellgesetzrevision 2003, Zürich/Basel/Genf 2004, S. 65.

<sup>16</sup> Postulat von Nationalrätin Leuthard vom 16. Juni 2004, Nr. 04.3390.

<sup>17</sup> Motion von Ständerat Hans Hess vom 29. September 2004, Nr. 04.3473.

wird die einseitige Anerkennung dahingehend umgesetzt, dass den Produzenten im Inland erlaubt wird, nach ihrer Wahl für den inländischen Markt nach den anerkannten, ausländischen technischen Vorschriften zu produzieren (Lösung ohne Inländerdiskriminierung), so wird einseitig, also ohne Vertrag, praktisch die gleiche Rechtslage herbeigeführt wie im Fall der Harmonisierung oder aber der gegenseitigen Anerkennung durch Vertrag.

Im Folgenden werden nun zunächst die drei Instrumente im Verhältnis EU-Schweiz beurteilt. Dabei werden die Instrumente der Harmonisierung und der gegenseitigen Anerkennung zusammen behandelt. Denn beide machen – von der faktischen Anerkennung der gegenseitigen Vorschriften abgesehen – einen Vertrag mit der EG erforderlich.

aa) Harmonisierung oder gegenseitige Anerkennung der technischen Vorschriften durch Vertrag?

Zur Liberalisierung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs ist der Vertrag grundsätzlich ein geeignetes Instrument, um bestehende Hindernisse zu beseitigen. Zu erwähnen sind beispielsweise die vertragliche Verminderung oder Beseitigung von Zöllen und Kontingenten. Sind Zölle und Kontingente zwischen zwei Staaten beseitigt, sind keine weiteren gesetzlichen Massnahmen erforderlich. Anders ist dies bei Regelungen der wirtschaftlichen Tätigkeiten, beispielsweise bei technischen Vorschriften, die laufend den sich wandelnden Verhältnissen angepasst werden müssen<sup>18</sup>.

Zwei Parteien können vertraglich auf einen bestimmten Zeitpunkt hin die technischen Vorschriften harmonisieren oder die im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses geltenden Normen *gegenseitig* anerkennen. Beide Lösungen machen wegen der Änderung der Verhältnisse häufige Nachverhandlungen bzw. Vertragsanpassungen erforderlich. Für einzelne Sachbereiche mögen solche Lösungen praktikabel sein. Sie sind jedoch nicht praktikabel, wenn es – wie vorliegend – darum geht, ganz generell die im Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz bestehenden, durch unterschiedliche technische Vorschriften verursachten Handelshemmnisse zu beseitigen<sup>19</sup>. Daher werden diese beiden Lösungen hier nicht weiter in Betracht gezogen.

Die Vertragsparteien können aber auch – entsprechend dem Cassis de Dijon-Prinzip – auf der Grundlage grundsätzlich harmonisierter bzw. gegenseitig anerkannter technischer Vorschriften weitergehend die künftigen Rechtsänderungen, welche eine der Vertragsparteien autonom vornimmt, grundsätzlich im Voraus, also unbesehen, anerkennen. Diese Möglichkeit ist grundsätzlich zielführend und praktikabel.

---

<sup>18</sup> Vgl. Botschaft des Bundesrats zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum vom 18. Mai 1992, 2 Bände, Sonderdruck, I/123.

<sup>19</sup> Art. 13 Abs. 2 FHA; vgl. BREINING-KAUFMANN, *Verwaltungsrecht* (Fn. 8), S. 61–63, 65 f.; Motion Hess vom 29. September 2004, Nr. 04.3473; ANDREAS KELLERHALS/TOBIAS BAUMGARTNER, *Das «Cassis de Dijon»-Prinzip und die Schweiz*, SJZ 2006, S. 335 f.

Sie ist indes im Verhältnis Schweiz-EU aus folgenden Gründen für die EU kaum gangbar:

1) Innerhalb der EU ist das Recht der technischen Vorschriften nur teilweise harmonisiert. Die EG ist für diesen Bereich auch nicht ausschliesslich zuständig. Eine Zuständigkeit ergibt sich auch nicht aus der Verpflichtung der Gemeinschaft zur Vollendung des Binnenmarkts (vgl. insbesondere Art. 14 und 95 EGV). Denn die Erreichung dieses Ziels wird durch technische Handelshemmnisse im Warenverkehr zwischen der Gemeinschaft und der Schweiz nicht vereitelt. Ein Vertrag mit der Schweiz über die grundsätzliche Harmonisierung oder gegenseitige, grundsätzliche Anerkennung der heute und inskünftig geltenden technischen Vorschriften bedürfte daher nicht nur der Zustimmung der EG, sondern auch derjenigen der Mitgliedstaaten. Dies führt dazu, dass nicht nur die EG, sondern auch die Mitgliedstaaten für die nicht harmonisierten Bereiche je selbständig Ausnahmen vorsehen könnten. Das könnte die Übersichtlichkeit der geltenden Rechtslage so stark vermindern, dass eine solche Lösung möglicherweise auch für die Schweiz nicht mehr sinnvoll wäre.

2) Die unbeschene, gegenseitige Anerkennung künftigen Rechts – wie dies dem zwischen den Mitgliedstaaten der EU geltenden Cassis de Dijon-Prinzip entspricht – setzt ein gegenseitiges Vertrauen der Vertragsstaaten auch in die künftige «Gesetzgebung» des anderen Vertragsstaats voraus.

Solches Vertrauen ist unter den Mitgliedstaaten der EU begründet; denn unter sich selbst sind diese an die Prinzipien der Gründungsverträge und den heute bestehenden *Acquis Communautaire* gebunden, die der mitgliedstaatlichen Gesetzgebung inhaltliche Leitlinien sowie inhaltliche Schranken setzen.

Solches Vertrauen können die EG bzw. deren Mitgliedstaaten der künftigen Gesetzgebung von Drittstaaten jedoch nicht entgegenbringen. Denn für souveräne Drittstaaten wie die Schweiz gelten ja für die Gesetzgebung keine inhaltlichen Leitlinien und Schranken, die – wie innerhalb der EU – ein gegenseitiges Vertrauen auch in die künftige Gesetzgebung rechtfertigen. Daher dürfte die EG mit Drittstaaten wie der Schweiz nicht über die Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips bezüglich technischer Vorschriften verhandeln<sup>20</sup>.

3) Im Unterschied zur Schweiz sind im grossen Wirtschaftsraum der EU die internen Wettbewerbskräfte sehr wirksam und ein Abbau technischer Handelshemmnisse im Verkehr mit Drittstaaten trägt viel weniger zu deren Förderung bei als dies in der Schweiz der Fall ist. Daher ist die EU an deren Abbau auch nicht besonders interessiert. Dazu kommt, dass viele Unternehmen der EU von den durch die Schweiz durch unterschiedliche technische Vorschriften verursachten Handelshemmnissen finanziell profitieren. Denn in vielen Fällen verhindern diese Hemmnisse, dass Unternehmen aus der Schweiz Produktionsmittel oder Handelswaren direkt in der EU billiger einkaufen können, und sie erlauben Unternehmen aus der EU, Sonderanfer-

---

<sup>20</sup> Vgl. Botschaft EWR Abkommen, 1992, I/44; KELLERHALS/BAUMGARTNER (Fn. 19), S. 327.



tigungen für die Schweiz zu produzieren, die – weil der Wettbewerb durch staatliche Vorschriften der Schweiz beschränkt wird – mit entsprechend höherem Gewinn verkauft werden können. Falls die Schweiz der EG eine gegenseitige Lösung vorschlägt, ist daher zu erwarten, dass die EG angesichts der unterschiedlichen Interessenlage für ein Entgegenkommen entsprechende Gegenforderungen stellen wird, etwa im Bereich der zur Zeit aktuellen Steuerfragen.

Zusammenfassend ist zur Frage der grundsätzlichen Harmonisierung oder der gegenseitigen, also vertraglichen Anerkennung der heute geltenden technischen Vorschriften unter Einschluss künftiger einseitiger Rechtsänderungen im Verhältnis Schweiz-EU Folgendes festzuhalten:

- Eine solche Lösung ist wegen der Vielzahl der Parteien auf Seiten der EU für die EU kaum praktikabel und für die Schweiz wegen der unklaren Rechtslage über Ausnahmeregelungen in den einzelnen Mitgliedstaaten kaum von Interesse.
- Zu einer Anerkennung auch künftiger einseitiger Änderungen technischer Vorschriften, sei es auch nur grundsätzlich, wird sich die EU gegenüber souveränen Drittstaaten kaum bereit erklären.
- Angesichts des geringeren Interesses der EU an einer gegenseitigen Beseitigung der bestehenden technischen Handelshemmnisse ist zu erwarten, dass die EG im Fall, dass es auf Wunsch der Schweiz zu Vertragsverhandlungen kommt, entsprechende Gegenforderungen stellen wird.

#### bb) Einseitige Anerkennung?

Der Weg der einseitigen Anerkennung entspricht moderner Aussenwirtschaftstheorie: «Unilateraler Freihandel ist wirtschaftlich sinnvoll (...), weil man nur die Importe freigeben muss, statt langwierige Verhandlungen über Gegengeschäfte zu führen (...). Ausserdem sollte der Freihandel im einundzwanzigsten Jahrhundert weniger auf dem ‚Liberalismus von oben‘ des zwanzigsten Jahrhunderts beruhen, sondern mehr auf dem ‚Liberalismus von unten‘ des neunzehnten Jahrhunderts. Aus dieser Sicht sind es die nationalen Regierungen, die unilateral Liberalisierungen einleiten»<sup>21</sup>.

Zudem weist der Weg der einseitigen Anerkennung folgende Vorteile auf:

- Eine einseitige Anerkennung kann rasch eingeführt werden.
- Die Schweiz kann über Ausnahmeregelungen selbst frei bestimmen. Das ist besonders für sensible Konsumgüter wichtig.
- Bei Änderungen der im EWR geltenden technischen Vorschriften sind auch über allfällige zusätzliche Ausnahmeregelungen keine Verhandlungen mit der EG erforderlich. Auch diesbezüglich kann die Schweiz frei selbst bestimmen.
- Der einseitige Weg erfordert keine Vereinbarung mit der EG. Das hat den Vorteil, dass von Seiten der EG keine Gegenforderungen gestellt werden können und die

---

<sup>21</sup> SALLY RAZEEN, Das Dreigestirn Freiheit, Wohlstand, Sicherheit – Welche Zukunft hat der Freihandel in den nächsten fünfzig Jahren?, NZZ vom 30. April/1./2. Mai 2004, Nr. 100, S. 31; BREINING-KAUFMANN, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 31 f. mit Nachweisen.

staatliche Handlungsfreiheit bzw. Souveränität nicht – wie das bei Staatsverträgen immer der Fall ist – beschränkt wird.

- Der einseitige Weg schliesst nicht aus, dass mit der EG punktuell über eine gegenseitige Anerkennung technischer Vorschriften, vor allem in Bereichen, wo auch die EG an einer gegenseitigen Anerkennung interessiert ist, verhandelt wird.

b) Einfache oder doppelte «Kontrolle» von Produkten aus dem EWR?

Werden die im EWR geltenden technischen Vorschriften, das sind in der Regel Vorschriften bezüglich der Beschaffenheit, der Beschriftung usw. sowie Vorschriften betreffend die Prüfung und Zulassung von Produkten zum Markt (vgl. die Legaldefinition von Art. 3b THG), durch die Schweiz grundsätzlich anerkannt, sei das einseitig, gegenseitig oder auf dem Weg der Harmonisierung, stellt sich bezüglich der Inverkehrbringung von Produkten aus dem EWR in der Schweiz die weitere Frage, ob solche Produkte in der Schweiz grundsätzlich ohne weiteres in Verkehr gebracht werden dürfen oder ob vorgängig den schweizerischen Behörden nachzuweisen ist, dass die betreffenden Produkte im EWR rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind bzw. dass sie den im EWR geltenden technischen Vorschriften betreffend Beschaffenheit bis hin zur Inverkehrbringung entsprechen (vgl. Art. 18 THG-Entwurf).

Die beiden Lösungen charakterisieren sich wie folgt: Beide Lösungen setzen voraus, dass die technischen Vorschriften über die Beschaffenheit, die Beschriftung usw., die im EWR gelten, durch die Schweiz grundsätzlich anerkannt werden. Die beiden Lösungen unterscheiden sich indes wie folgt: Dürfen Produkte, die im EWR im Verkehr sind, von Ausnahmen abgesehen, *ohne weiteres* auch in der Schweiz in den Verkehr gebracht werden, so bedeutet dies, dass sich die Schweiz mit dem im EWR gehandhabtem Kontrollsystem bzw. mit der im EWR stattfindenden Kontrolle durch die dort zuständigen Behörden begnügt, auf eine «doppelte Kontrolle» also verzichtet. Muss demgegenüber den schweizerischen Behörden vor der Inverkehrbringung von Produkten aus dem EWR nachgewiesen werden, dass diese Produkte im EWR rechtmässig in Verkehr gebracht worden sind, so bedeutet dies, dass die Schweiz eine doppelte Kontrolle für Produkte aus dem EWR für erforderlich hält.

Nach dem zur Zeit vorliegenden Entwurf des Bundesrats zur Revision des THG ist vor der Inverkehrbringung von Produkten aus dem EWR gegenüber der zuständigen schweizerischen Behörde «der Nachweis zu erbringen, dass das Produkt im betreffenden EG- oder EWR-Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr gebracht worden ist» (Art. 18a Abs. 1 THG-Entwurf). Gemäss diesem Entwurf ist somit – jedenfalls grundsätzlich – eine Lösung gewählt worden, die eine doppelte Kontrolle vorsieht. Im Folgenden soll dargetan werden, warum dies nicht erforderlich und eine Lösung mit einfacher Kontrolle vorzuziehen ist.

Die «Sicherheit» der im Verkehr befindlichen Produkte aller Art wird im EWR durch ein System von präventiv und kompensatorisch wirkenden Massnahmen in

hohem Mass gewährleistet. Zu erwähnen sind hier beispielsweise die Richtlinie 2001/95/EG über die allgemeine Produktesicherheit, die Richtlinie 85/374/EWG über die Produkthaftpflicht sowie die gestützt auf Recht der EG in den Mitgliedstaaten geschaffenen Behörden zur Marktüberwachung. Gestützt auf die Richtlinie 2001/95/EG wurden sodann in den Mitgliedstaaten das Alarmsystem für gefährliche Produkte, RAPEX, eingerichtet. So wurde denn auch bezüglich eines in der Schweiz produzierten Verdickungsmittels, das bei der Herstellung von Lebensmitteln verwendet wird, von einem Kunden in Deutschland bei dessen Wareneingangskontrolle festgestellt, dass das Verdickungsmittel mit Dioxin verunreinigt war, und zwar in einem Mass, das weit «über dem in Europa geltenden Grenzwert» liegt; in der Folge wurden auch in der Schweiz verschiedene Lebensmittel aus den Regalen genommen und zurückgerufen<sup>22</sup>. Den (zu hohen) Dioxingehalt des aus Indien in die Schweiz importierten Zusatzstoffs hätten eigentlich schon der Importeur und Produzent bzw. die Weiterverarbeiter in der Schweiz bei deren Wareneingangskontrollen erkennen sollen!

Besonders hohe Sicherheit ist bei Produkten gewährleistet, die innerhalb der EU frei zirkulieren. Denn wird ein Produkt, das sich nach den Vorschriften eines Mitgliedstaats ordnungsgemäss im Verkehr befindet, in einem anderen Mitgliedstaat vermarktet, so können die Behörden dieses Mitgliedstaats, meist auf Grund von Anzeigen nationaler Produzenten, überprüfen lassen, ob es gerechtfertigt ist, aus zwingenden Erfordernissen des Gemeinwohls oder aus Schutzinteressen im Sinn von Art. 30 EGV den betreffenden Import zu unterbinden<sup>23</sup>. Im Streitfall ist die Sache dem Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften zur Vorabentscheidung zu unterbreiten. An solchen Verfahren können sich die Regierungen aller Mitgliedstaaten sowie die Kommission beteiligen<sup>24</sup>. Daher unterliegen Produkte, die innerhalb der EU frei zirkulieren dürfen, einer weltweit einzigartigen Kontrolle und sind deshalb besonders sichere Produkte. Jedenfalls bezüglich solcher Produkte ist daher eine doppelte Kontrolle nicht erforderlich.

Innerhalb des EWR stellt sich das Problem des Nachweises, dass sich ein aus einem EWR-Staat zu importierendes Produkt dort «im freien Verkehr» befindet (Art. 23 Abs. 2 EGV) ebenfalls. Nach dem dort geltenden Recht, das mit der Dassonville-Praxis begründet wurde<sup>25</sup>, darf dieser Nachweis nicht an Formalitäten geknüpft werden, die schwer zu erfüllen sind: So ist es etwa unzulässig, Echtheitsbestätigungen zu

---

<sup>22</sup> NZZ vom 31. Juli 2007, Nr. 175, S. 11; die Rückrufaktionen von Spielzeugen aus China dürften den Forderungen eines Beitritts der Schweiz zum RAPEX-System Auftrieb verleihen, NZZ vom 25./26. August 2007, Nr. 196, S. 25.

<sup>23</sup> PETER-CHRISTIAN MÜLLER-GRAFF, in: von der Groeben/Schwarze, Kommentar zum Vertrag über die Europäische Union und zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft, 6. Aufl., Baden-Baden 2003, Art. 28 EG Rz. 12, 190, 203; ASTRID EPINEY, in: Beutler/Bieber/Pipkorn/Streil (Hrsg.), Die Europäische Union, 5. Aufl., Baden-Baden 2001, Rz. 753, 1152 ff.

<sup>24</sup> MÜLLER-GRAFF, Kommentar (Fn. 23), Art. 28 EG Rz. 14, 315–317.

<sup>25</sup> MÜLLER-GRAFF, Kommentar (Fn. 23), Art. 28 EG Rz. 39.

verlangen, «die sich der Importeur eines in einem anderen Mitgliedstaat ordnungsgemäss im freien Verkehr befindlichen echten Erzeugnisses schwerer zu beschaffen vermag als der Importeur, der das gleiche Erzeugnis unmittelbar aus dem Ursprungsland einführt»<sup>26</sup>. Die sogenannte Dassonville-Regelung geht zu Recht davon aus, dass Produzenten den Vertrieb ihrer Produkte unter Kontrolle halten wollen und daher nicht geneigt sind, Händlern, die ihre Produkte bei Dritten, zumal in anderen Mitgliedstaaten erwerben, Echtheitsbescheinigungen auszustellen, bzw. dass Händler die Produkte nicht im Erzeugerland erwerben, wenn diese in einem anderen Land billiger sind, was innerhalb der EU wegen unterschiedlicher Wettbewerbsintensität häufig der Fall ist.

Die Schweiz sollte eine Regelung wählen, die mindestens dem heute im EWR geltenden Recht entspricht. Das ist gemäss den Vorschriften von Art. 17–18b THG-Entwurf nicht der Fall. Diese Vorschriften wurden denn auch in der Vernehmlassung kritisiert. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission führen diese Regelungen zu einem grossen bürokratischen Aufwand. Sie stellen neue Importhindernisse dar, die eigentlich abgebaut werden sollten. Nach Auffassung der Wettbewerbskommission muss es genügen, dass ein Dokument, z.B. eine Rechnung, vorgelegt wird, aus dem hervorgeht, dass das zu importierende Produkt im EWR erworben worden ist<sup>27</sup>.

Soll die Revision des THG zu einer Preis- bzw. Kostensenkung in der Schweiz führen, ist es entscheidend, dass den Unternehmen in der Schweiz ermöglicht wird, dort einzukaufen, wo es am günstigsten ist. Dies setzt voraus, dass die für den Import von Produkten aus dem EWR «erforderlichen Nachweise» – nach dem Vorschlag der Wettbewerbskommission – möglichst einfach gestaltet werden.

Daher wird hier die Meinung vertreten, dass die Art. 17–18b THG-Entwurf nach dem Vorbild des Rechts der EG durch eine Bestimmung ersetzt werden sollten, wonach beim Import von Produkten aus dem EWR grundsätzlich höchstens nachzuweisen ist, dass es sich um Produkte handelt, die sich im EWR im freien Verkehr befanden und dort erworben wurden. Eine solche Lösung entspräche effizienter wirtschaftsrechtlicher Gesetzgebung.

### c) Vermeidung von Inländerdiskriminierungen?

Sind die technischen Vorschriften in zwei Ländern mangels Harmonisierung unterschiedlich, so kommt es im Bereich des grenzüberschreitenden Warenverkehrs zu sogenannten Inländerdiskriminierungen, wenn für Geschäftstätigkeiten in der Schweiz

---

<sup>26</sup> EuGH, Rs. 8/74, Slg. 1974, 837, Rz. 7/9, Dassonville; vgl. MÜLLER-GRAFF, Kommentar (Fn. 23), Art. 28 EG Rn 40 ff.; ASTRID EPINEY, in: Callies/Ruffert (Hrsg.), Kommentar EUV/EGV, 2. Aufl., Neuwied/Kriftel 2002, Art. 28, Rz. 36; EPINEY (Fn. 23), Rz. 730.

<sup>27</sup> Vernehmlassung der Weko zur Teilrevision THG vom 26. Februar 2007, <http://www.seco.admin.ch/themen/00513/0073/01220/02090/index.html>; a.M. wohl KELLERHALS/BAUMGARTNER, Cassis de Dijon (Fn. 19), S. 328 f.

für Inländer strengere Vorschriften gelten als für Ausländer<sup>28</sup>. Das ist beispielsweise der Fall, wenn etwa für die Produktion eines Lebensmittels in der Schweiz strengere Vorschriften gelten als beispielsweise in Deutschland, beide Produkte aber in der Schweiz vermarktet werden dürfen. Eine solche «Inländerdiskriminierung», eigentlich geht es um eine Benachteiligung im Sinne von Art. 8 Abs. 1 BV und nicht um eine Diskriminierung im Sinne von Art. 8 Abs. 2 BV, wird vermieden, wenn den Unternehmen in der Schweiz erlaubt wird, nach ihrer Wahl – um beim Beispiel zu bleiben – nach den in der Schweiz oder den in Deutschland geltenden Vorschriften zu produzieren.

Die Anwendung strengerer Regeln für die Produktion in der Schweiz, die zu «Inländerdiskriminierungen» führt, wird formal damit begründet, dass es ein souveräner Staat nicht hinnehmen dürfe, dass innerhalb seines Territoriums ausländisches öffentliches Recht massgebend sei bzw. angewendet werde<sup>29</sup>. Ein solches staatliches Verhalten wäre indes widersprüchlich: Wenn nach ausländischen Vorschriften produzierte Produkte in der Schweiz vermarktet werden dürfen, ist nicht einzusehen, wieso sie nicht auch nach diesen Vorschriften für den Schweizer Markt produziert werden dürfen.

Inländerdiskriminierungen benachteiligen eine Gruppe direkter Konkurrenten und verstossen daher nach der hier vertretenen Meinung einmal gegen das im Bereich der Wirtschaft traditionell anerkannte Gebot, Gewerbetreibenden gleich zu behandeln<sup>30</sup>. Sie verstossen aber auch gegen das allgemeine Gleichbehandlungsgebot von Art. 8 Abs. 1 BV. Im EU-Recht kommt es zu Inländerdiskriminierungen, weil das EG-Recht dem Recht der Mitgliedstaaten vorgeht und die Behörden der EG zur Zeit nicht zuständig sind, sich daraus ergebende Inländerdiskriminierungen zu verhindern<sup>31</sup>.

Im Fall der Anerkennung der in der EU geltenden technischen Vorschriften durch die Schweiz – ob dies einseitig oder gegenseitig erfolgt, ist dabei irrelevant – ist die Schweiz somit nach geltendem, schweizerischen Recht verpflichtet, Inländerdiskriminierungen zu verhindern. Gesetzestechisch lässt sich dies durch Aufnahme etwa folgender Bestimmung ins THG erreichen:

---

<sup>28</sup> ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht (Fn. 7), Rz. 314, Rz. 179.

<sup>29</sup> Kritisch dazu BREINING-KAUFMANN, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 72, These 7 ff.; die Anwendung ausländischen Privatrechts ist demgegenüber grundsätzlich kein Problem, vgl. Art. 13 und Art. 17 Bundesgesetz vom 18. Dezember 1987 über das internationale Privatrecht (IPRG, SR 291).

<sup>30</sup> Vgl. YVO HANGARTNER, Grundzüge des schweizerischen Staatsrecht, Band II: Grundrechte, Zürich 1982, S. 187; ULRICH HÄFELIN/WALTER HALLER, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, 6. Aufl., Zürich 2005, Rz. 692–699.

<sup>31</sup> ZÄCH, Europäisches Wirtschaftsrecht (Fn. 7), Rz. 179, 314, 316, 391, 397, 483, 514; zu Bestrebungen, Inländerdiskriminierungen und dadurch verursachte Wettbewerbsbehinderungen zu vermeiden, vgl. MÜLLER-GRAFF, Kommentar (Fn. 23), Art. 28 EG Rn 319–321, 349 f.; EPINEY (Fn. 23), Rz. 749.

«Personen in der Schweiz dürfen – abgesehen von den Ausnahmen, die sich auf Art. 4 dieses Gesetzes stützen – auch für den schweizerischen Markt nach den technischen Vorschriften, die im EWR gelten, produzieren, wenn sie nachweisen, dass im betreffenden Land Produkte nach diesen Vorschriften produziert und in Verkehr gebracht werden und dass solche Produkte auch in mindestens einem weiteren Mitgliedstaat des EWR in Verkehr gebracht werden dürfen.»

Wird eine Inländerdiskriminierung – wie hier vorgeschlagen – vermieden, führt dies nicht nur zu einer erwünschten Lockerung der heute bestehenden Regulierungsdichte sondern erhöht wohl auch die Attraktivität der Schweiz als Produktionsstandort.

d) Generelle oder auf die nicht harmonisierten Bereiche beschränkte Anerkennung der technischen Vorschriften?

Für verschiedene Bereiche sind die technischen Vorschriften in der EU und der Schweiz harmonisiert<sup>32</sup>. Dies dürfte erklären, dass die Vorlage zur Änderung des THG, die der Bundesrat am 29. November 2006 zur Vernehmlassung unterbreitete, zwischen dem zwischen der Schweiz und der EG harmonisierten und dem nicht harmonisierten Bereich unterscheidet und vorsieht, die Anerkennung der in der EU geltenden technischen Vorschriften auf die nicht harmonisierten Bereiche zu beschränken<sup>33</sup>. Zur Begründung wird ausgeführt, dass die Geltung des Cassis de Dijon-Prinzips im EG-Recht ebenfalls auf die nicht harmonisierten Bereiche beschränkt sei und in den harmonisierten Bereichen eine Geltung dieses Prinzips bzw. die Anerkennung der technischen Vorschriften «definitionsgemäss» nicht erforderlich sei. Denn die Harmonisierung von Normen schliesse deren gegenseitige Anerkennung ein.

Ziel der Motion Hess ist nicht, das Cassis de Dijon-Prinzip, so wie es in der EU gilt, ins schweizerische Recht einzuführen. Ziel ist vielmehr, das schweizerische Recht so zu ändern, dass «die Produkte, die innerhalb der EU bzw. des EWR frei zirkulieren dürfen, auch in der Schweiz grundsätzlich zugelassen sind»<sup>34</sup>. Für die Zulassung eines Produkts in der Schweiz ist irrelevant, ob das betreffende Produkt in der EU wegen harmonisierten Vorschriften oder wegen des dort geltenden Cassis de Dijon-Prinzips verkehrsfähig ist.

Dazu kommt, dass trotz Harmonisierung unterschiedliche Detailregelungen bestehen können, die Importe behindern. Die folgenden Beispiele belegen dies<sup>35</sup>: Bei

---

<sup>32</sup> Art. 16a Bst. b. THG-Entwurf.

<sup>33</sup> Art. 16b Abs. 1 i.V.m. 16a Bst. b. THG-Entwurf.

<sup>34</sup> Nr. 04.3473., Motion Hess Hans, Eingereichter Text, Ziffer 2.

<sup>35</sup> Interessengemeinschaft Detailhandel Schweiz (IG DHS), Cassis de Dijon-Prinzip, Positionspapier, Zürich, 28. November 2006, AG 5, S. 2 f., [http://www.igdhs.ch/index.php?option=com\\_docman&task=doc\\_download&gid=59](http://www.igdhs.ch/index.php?option=com_docman&task=doc_download&gid=59).

Lebensmitteln ist die Angabe des Produktionslandes nach schweizerischem Recht immer erforderlich, nach EG-Recht nur bei Täuschungsgefahr. Bei Käse ist der Fettgehalt nach schweizerischem Recht in Prozenten oder verbal anzugeben, im EG-Recht besteht keine Regelung. Bei Spraydosen, Farblacken und Reinigern ist nach schweizerischem Recht eine zweisprachige Deklaration erforderlich, im EG-Recht besteht keine Regelung. Bezüglich toxischer Werte in Bedarfsgegenständen wie z.B. Tinte sieht das schweizerische Recht eine strengere Regelung vor als das EG-Recht.

Sodann wäre für die Unternehmen oft nicht klar, ob ein Produkt zum harmonisierten oder zum nicht harmonisierten Bereich gehört. Solche Rechtsunsicherheiten können dazu führen, dass Gelegenheiten zu günstiger Beschaffung in der EU nicht genutzt werden; beschafft wird in solchen Fällen bei den offiziellen Vertriebskanälen in der Schweiz, zwar meist zu höheren Preisen, aber ohne rechtliche Probleme.

Falls an der Unterscheidung zwischen harmonisiertem und nicht harmonisiertem Bereich festgehalten werden sollte, so können die sich daraus in der Praxis ergebenden Rechtsunsicherheiten dadurch behoben werden, dass die Verwaltung eine einzige Ausnahmeliste für Produkte oder Produktbereiche erstellt, die nicht ohne weiteres in die Schweiz eingeführt und hier verwendet werden dürfen. Anders gewendet: Ein Unternehmen darf dann aus der EU alles frei einführen, was nicht auf der Ausnahmeliste aufgeführt ist.

#### e) Gesetzestechnische Umsetzung?

Nach Art. 4a THG-Entwurf müssen Produkteinformationen «in mindestens einer schweizerischen Landessprache abgefasst sein» (Amtssprachenerfordernis). Nach Art. 16b Abs. 2 Bst. b. THG-Entwurf gilt die «einseitige Marktöffnung», wonach Produkte, die im EWR rechtmässig im Verkehr sind, in der Schweiz angeboten, hier in Verkehr gebracht und in Betrieb genommen werden dürfen, nicht für «zulassungspflichtige Produkte und anmeldepflichtige Stoffe gemäss der Chemikaliengesetzgebung».

Beide Bestimmungen gelten generell und stellen potenziell Handelshemmnisse für alle Produkte bzw. für eine generell definierte zahlenmässig bedeutende Produktgruppe aus dem EWR dar.

Diese Regelungstechnik widerspricht dem Sinn und Geist der Motion Hess und dem dort geforderten gesetzestechnischem Regel-Ausnahme Konzept, wonach die technischen Vorschriften, die in der EG- bzw. den EWR-Mitgliedstaaten gelten, *grundsätzlich* anzuerkennen, Produkte aus dem EWR also grundsätzlich unkontrolliert auch in der Schweiz zuzulassen sind und «Abweichungen von diesem Grundsatz im Einzelfall ausdrücklich (...) geregelt werden»<sup>36</sup>. Mit dem Regel-Ausnahme Konzept

---

<sup>36</sup> 04.3473 – Motion Hans Hess, Eingereichter Text, Ziffern 1 und 3.

wird zudem erreicht, dass Ausnahmen nicht generell und daher meist zu weit gehend, sondern nur soweit vorgesehen werden, als dies in Einzelfällen erforderlich ist.

Eine solche, grundsätzlich unkontrollierte Zulassung von Produkten aus dem EWR in der Schweiz ist gerechtfertigt, weil die im EWR geltenden technischen Vorschriften die öffentlichen Interessen im Sinne von Art. 4 Abs. 4 THG grundsätzlich ebenso gewährleisten wie die diesbezüglichen schweizerischen Vorschriften und die Konformität jedenfalls der frei zirkulierenden Produkten mit den im EWR geltenden Vorschriften im besonderen Mass sicher gestellt ist.

Gestützt auf dieses Regel-Ausnahme Konzept können Produkte, die zunächst in der Schweiz zugelassen sind, später im Fall auftretender Gefahren vom schweizerischen Markt ausgeschlossen werden. Die Ausnahmeliste muss daher nicht bereits bei Inkraftsetzung einer allfälligen Gesetzesrevision möglichst vollständig sein, sondern kann nach Bedarf von Fall zu Fall ergänzt werden.

Wird das gesetzestechnische Regel-Ausnahme Konzept in diesem Sinn umgesetzt, wird bezüglich des Warenverkehrs Schweiz-EWR eine ähnlich vorteilhafte Rechtslage geschaffen wie sie bestünde, wenn der EWR-Beitritt stattgefunden hätte, allerdings *ohne* Übernahme der mit einem solchen Beitritt verbundenen Verpflichtungen<sup>37</sup>.

#### f) WTO-Konformität?

##### aa) Rechtsetzung und Rechtsanwendung gegenüber WTO-Parteien

Zunächst ist grundsätzlich festzuhalten, dass das Recht der WTO, insbesondere die beiden WTO-Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländergleichbehandlung<sup>38</sup>, die Freiheit der Schweiz, technische Vorschriften im Sinne von Art. 3 Bst. b THG inhaltlich nach ihrem Gutdünken zu gestalten, nicht einschränken (vgl. beispielsweise Art. 4 THG). Dies gilt auch für die Art und Weise, wie diese Rechtsgestaltung erfolgt (vgl. etwa Art. 38 LMG, SR 817.0; Art. 2 Abs. 2 LGV, SR 817.02). Gemäss bisher unbeanstandeter Praxis kann die Gestaltung technischer Vorschriften durch die Schweiz einseitig – zu erwähnen ist insbesondere der sogenannte autonome Nachvollzug von EG-Recht – oder gegenseitig oder durch vertragliche Harmonisierung des Rechts zwischen der Schweiz und einem anderen Staat oder der EG erfolgen<sup>39</sup>.

Die Meinung, die *einseitige* Anerkennung der im EWR geltenden Normen verstösse gegen das Recht der WTO, wird daher durch die bisherige Praxis widerlegt. Dazu kommt, dass einseitige, gegenseitige oder vertragliche Harmonisierung für Drittstaaten zur gleichen Rechtslage führen können. Aus der hier relevanten Sicht von Dritt-

---

<sup>37</sup> Botschaft EWR Abkommen, 1992, I/2 f., I/44 f.

<sup>38</sup> Art. I, II GATT, SR 0.632.21.

<sup>39</sup> BREINING-KAUFMANN, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 48–55; vgl. auch HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 13), S. 141–144.



staaten<sup>40</sup> ist einzig die entstehende Rechtslage entscheidend. Daher erscheint die Meinung, eine einseitige Anerkennung der im EWR geltenden technischen Vorschriften durch die Schweiz verstosse gegen das Recht der WTO, nicht jedoch eine gegenseitige, in sich widersprüchlich.

Das Recht der WTO setzt der Schweiz allerdings insofern Schranken, als bei der Anwendung technischer Vorschriften gegenüber Ausländern nicht gegen die Prinzipien der Meistbegünstigung und der Inländergleichbehandlung verstossen werden darf. Im Folgenden wird kurz dargelegt, dass sowohl die Anerkennung der im EWR geltenden Normen als auch die doppelte oder einfache Kontrolle importierter Produkte nicht gegen das Recht der WTO verstossen.

bb) Anerkennung der im EWR geltenden technischen Vorschriften

Die einseitige Anerkennung der im EWR geltenden technischen Normen durch die Schweiz führt für Unternehmen aus allen anderen Staaten, die Produkte nach den im EWR geltenden Vorschriften produzieren, rechtlich dazu, dass die so produzierten Produkte ohne weiteres auch in die Schweiz exportiert werden dürfen. Rechtlich werden somit die Unternehmen aller Parteien des GATT-Abkommens gleich behandelt.

Faktisch bestehen folgende Unterschiede: Im EWR produzieren praktisch alle Unternehmen (auch) nach den im EWR geltenden Vorschriften. Diese Unternehmen könnten ihre Produkte ohne Produktionsänderungen auch in die Schweiz exportieren. Dies ist für diese Unternehmen faktisch ein Vorteil. In einem Drittstaat gibt es unter den Exportunternehmen, für welche die technischen Vorschriften der Schweiz allenfalls relevant sind, prozentual weniger Unternehmen als im EWR, die bereits heute nach den im EWR geltenden Vorschriften produzieren. Wollen diese in den EWR oder in die Schweiz exportieren, müssen sie Produktionsänderungen vornehmen. Das ist faktisch ein Nachteil gegenüber Unternehmen, die bereits heute nach solchen Vorschriften produzieren. Solche faktischen Vor- und Nachteile würden auch entstehen, wenn ein WTO-Mitgliedstaat nicht – wie vorliegend bewusst – sondern zufällig und unbewusst etwa im Lebensmittelrecht für gewisse Zusatzstoffe die gleichen Toleranzgrenzen festsetzen würde wie diese in einem andere Staat bereits bestehen. Solche faktischen Vor- bzw. Nachteile für Unternehmen aus verschiedenen Staaten folgen aus der Tatsache, dass die Mitgliedstaaten der WTO beim Erlass technischer Vorschriften nicht beschränkt sind. Sie sind daher nicht zu vermeiden. Solche faktischen Vor- bzw. Nachteile würden nur dann nicht entstehen, wenn die technischen Vorschriften inhaltlich und bezüglich der Durchführung weltweit harmonisiert wären.

Dazu kommt, dass es in Drittstaaten nur wenige Unternehmen geben dürfte, die ausschliesslich in die Schweiz, nicht aber auch mindestens in ein EWR-Land exportieren möchten. Die grosse Mehrzahl von Unternehmen, die bereits heute nicht nur

---

<sup>40</sup> BREINING-KAUFMANN, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 60.

in die Schweiz, sondern auch in den EWR exportieren, müsste inskünftig nicht zusätzlich die schweizerischen technischen Vorschriften beachten: EWR-Konformität würde genügen. Aus der Sicht solcher Unternehmen wäre dies von Vorteil gegenüber der derzeitigen Lösung.

Die vorgesehene Anerkennung der im EWR geltenden technischen Vorschriften durch die Schweiz führt sodann dazu, dass ausländische Unternehmen – im Unterschied zu den schweizerischen Unternehmen – in der Schweiz auch Produkte auf den Markt bringen dürfen, die «nur» den im EWR geltenden technischen Vorschriften entsprechen. Das stellt für ausländische Anbieter oder Waren im Vergleich zu inländischen eine Vorteilseinräumung und keine Benachteiligung dar. Die vorgesehene Anerkennung dieser Vorschriften führt daher nicht zu einem Verstoß gegen das Prinzip der Inländergleichbehandlung.

Die vorgesehene Anerkennung führte im Gegenteil zu einer Benachteiligung der inländischen Unternehmen. Dies ist allerdings nach WTO-Recht irrelevant. Eine solche Inländerdiskriminierung sollte indes aus Gründen des nationalen Rechts vermieden werden<sup>41</sup>.

Aus diesen Überlegungen wird hier die Meinung vertreten, dass eine einseitige Anerkennung der im EWR geltenden Vorschriften nicht gegen das Recht der WTO verstossen würde<sup>42</sup>.

#### cc) Doppelte oder einfache Kontrolle

Nach dem zur Zeit vorliegenden Entwurf des Bundesrats zur Revision des THG ist eine doppelte Kontrolle vorgesehen: Von einem Importeur ist «der Nachweis zu erbringen, dass das Produkt im betreffenden EG- oder EWR-Mitgliedstaat rechtmässig in Verkehr gebracht worden ist» (Art. 18a Abs. 1 THG-Entwurf)<sup>43</sup>. Diese Vorschrift würde für alle Importeure gleichermassen gelten, für Unternehmen aus der Schweiz, dem EWR oder anderen Staaten. Ein Verstoß gegen das Meistbegünstigungsprinzip oder das Prinzip der Inländergleichbehandlung läge daher nicht vor. Die vom Bundesrat zur Zeit vorgeschlagene Bestimmung von Art. 18a Abs. 1 THG-Entwurf ist daher mit dem WTO-Recht vereinbar.

Nach der hier vorgeschlagenen einfachen «Kontrolle» erübrigt sich eine doppelte Kontrolle durch die Schweiz, weil Produkte – sofern erforderlich – vor ihrer Inver-

---

<sup>41</sup> Vorne, c).

<sup>42</sup> Vgl. zur Vereinbarkeit der einseitigen Einführung der regionalen Erschöpfung durch die Schweiz mit dem Recht der WTO: ANDREAS ZIEGLER, Regionale Erschöpfung und Meistbegünstigung im Rahmen der WTO, Jusletter, 9. Juli 2007; CHRISTOPHE RAPIN, avocat, DEA, Etude Pestalozzi Lachenal Patry Avocats, Genève, Avis de droit établi à l'intention de l'entreprise Oriphram: «Regionale Erschöpfung und Meistbegünstigung im Rahmen der WTO – Zur Frage der Vereinbarkeit der einseitigen Umstellung von der nationalen auf die regionale Erschöpfung im Patentrecht durch die Schweiz mit den anwendbaren Meistbegünstigungsbestimmungen der WTO (Art. 4 TRIPS-Abkommen und Art. I GATT 1994)»; ZÄCH, Kartellrecht (Fn. 10), Rz. 322–326.

<sup>43</sup> Vorne, b).

kehrbringung im EWR durch die dort zuständigen Behörden auf ihre Konformität mit dem im EWR geltenden Recht überprüft werden<sup>44</sup>.

Zu prüfen ist, ob die Anerkennung der Konformität von Produkten mit dem im EWR geltenden Recht durch die im EWR zuständigen Behörden eine handelspolitische Konzession gegenüber den Mitgliedstaaten des EWR darstellt, die gegenüber anderen Parteien des GATT verweigert würde. Die Überprüfung von Produkten auf EWR-Konformität hin, womit beträchtlicher Aufwand verbunden ist, wird grundsätzlich nur durch die EWR-Mitgliedstaaten, allenfalls durch die Schweiz vorgenommen. Andere Staaten, etwa Brasilien oder Japan, überprüfen Produkte auf die Konformität mit ihren eigenen Vorschriften und grundsätzlich nicht auf ihre EWR-Konformität. Eine solche Überprüfung müsste eigens vorgesehen werden. Mit der hier vorgeschlagenen, einfachen Kontrolle würde die Schweiz bei ihrer Rechtsetzung diese Tatsachen berücksichtigen: Das Erfordernis der Bescheinigung der EWR-Konformität ist beim Import von Produkten aus dem EWR zum vornherein erfüllt, beim Import von Produkten aus anderen Staaten ist dies dagegen nicht der Fall. Eine solche Bescheinigung müsste daher eigens beigebracht werden. Dazu kommt: Der vorgeschlagene Verzicht auf eine doppelte Prüfung diene der Vermeidung unnötiger Verwaltungskosten und entspreche der Forderung moderner Lehre, Hoheitsakte von Vertragsparteien wie der Mitgliedstaaten des EWR (FHA, EFTA-Übereinkommen) anzuerkennen<sup>45</sup>. Zudem wären entsprechende rechtliche Vorschriften jedenfalls nicht diskriminierend oder protektionistisch motiviert<sup>46</sup>.

Aus diesen Überlegungen wird hier die Meinung vertreten, dass eine einfache Kontrolle – wie hier vorgeschlagen – nicht gegen das Recht der WTO verstossen würde.

Endlich ist darauf hinzuweisen, dass Integrationsräume wie Zollgemeinschaften oder Freihandelszonen mit dem Ziel, die Handelsschranken für annähernd den gesamten Handel innerhalb eines solchen Raumes zu beseitigen, nach dem WTO-Recht ausdrücklich zulässig sind<sup>47</sup>. Zur Beseitigung von Handelsschranken zwischen der EU und der Schweiz sind beide Vertragsparteien durch die Art. 13 und 13A FHA verpflichtet. Die Erfüllung dieser Verpflichtung darf vertraglich erfolgen. Gemäss dem Text dieser Bestimmungen hat dies indes eher einseitig zu erfolgen<sup>48</sup>. Da das FHA und die damit begründeten Verpflichtungen mit dem GATT übereinstimmen<sup>49</sup>, kann auch deren einseitige Erfüllung nicht gegen das WTO-Recht verstossen. Dazu kommt, dass die Schweiz auf Grund der bestehenden Bilateralen Verträge mit der EG und des

---

<sup>44</sup> Vorne, b).

<sup>45</sup> BREINING-KAUFMANN, *Verwaltungsrecht* (Fn. 8), S. 66.

<sup>46</sup> BREINING-KAUFMANN, *Verwaltungsrecht* (Fn. 8), S. 60.

<sup>47</sup> Art. XXIV GATT; SENTI, *WTO* (Fn. 5), S. 39 f.

<sup>48</sup> Vgl. auch den Text von Art. 3 Abs. 2, 7 Abs. 2 FHA betreffend die Verpflichtung der Beseitigung von Ein- und Ausfuhrzöllen.

<sup>49</sup> Präambel FHA.

EFTA-Übereinkommens weit stärker in den Europäischen Wirtschaftsraum integriert ist als dies bei Freihandelszonen üblicherweise der Fall ist<sup>50</sup>.

### III. Eckpunkte für die Revision des THG

Alle hier besprochenen Vorschläge zur Einführung des Cassis de Dijon-Prinzips<sup>51</sup> sind nach der hier vertretenen Meinung mit dem Recht der WTO vereinbar<sup>52</sup>. Daher sollten zur Verbesserung der wirtschaftlichen Rahmenbedingungen und damit des Wirtschaftsstandorts Schweiz bei der Revision des THG folgende Eckpunkte möglichst beachtet werden:

- 1) Die im EWR geltenden technischen Vorschriften sind – von Ausnahmen abgesehen – *einseitig* anzuerkennen. Dies hätte auch den Vorteil, dass die Handlungsfreiheit bzw. die Souveränität der Schweiz nicht durch einen Staatsvertrag (weiter) beschränkt würde (vorn, II.2.a.bb).
- 2) Beim Import von Produkten aus dem EWR ist – von Ausnahmen abgesehen – eine «doppelte Kontrolle» durch die Schweiz nicht erforderlich; von einer doppelten Kontrolle ist jedenfalls bei Produkten, die innerhalb der EU frei zirkulieren, abzusehen. Beim Import von Produkten aus dem EWR sollte höchstens nachzuweisen sein, dass die betreffenden Produkte im EWR erworben wurden; dazu sollte beispielsweise die Vorlage einer Rechnung genügen. Das entspräche effizienter wirtschaftsrechtlicher Gesetzgebung (vorn, II.2.b).
- 3) Eine Inländerdiskriminierung ist zu vermeiden; den in der Schweiz produzierenden Unternehmen ist also jedenfalls zu erlauben, nach ihrer Wahl auch für den schweizerischen Markt Produkte nach den im EWR geltenden technischen Vorschriften zu produzieren. Dies führte zu einer Lockerung der bestehenden Regulierungsdichte und erhöhte wohl auch die Attraktivität der Schweiz als Produktionsstandort (vorn, II.2.c).
- 4) Wird die Anerkennung der in der EU geltenden technischen Vorschriften auf den nicht harmonisierten Bereich beschränkt, ist gleichwohl für beide Bereiche eine einzige Ausnahmenliste zu erstellen. Die Unternehmen dürften dann aus der EU alles frei einführen, was nicht auf der Ausnahmenliste aufgeführt ist (vorn, II.2.d).
- 5) Um zu vermeiden, dass unbegründet Produkte aus dem EWR vom schweizerischen Markt ferngehalten werden, sollte im Gesetz der Grundsatz der Verkehrs-

---

<sup>50</sup> BREINING-KAUFMANN, Verwaltungsrecht (Fn. 8), S. 61; vgl. zum Funktionswandel von Staatsverträgen als Folge internationaler und regionaler (wirtschaftlicher) Verflechtung HANGARTNER, Unmittelbare Anwendbarkeit (Fn. 13), S. 153.

<sup>51</sup> Vorne, II.2.a)-e).

<sup>52</sup> Vorne, II.2.f).

fähigkeit von Produkten aus dem EWR verankert und diesbezügliche Ausnahmen nicht generell, sondern im Einzelfall bestimmt werden. Dies führte – ohne EWR-Beitritt – für die Schweiz bezüglich des Warenverkehrs zu einer ähnlich vorteilhaften Rechtslage wie sie bestünde, wenn der EWR-Beitritt stattgefunden hätte (vorn, II.2.e).

Je konsequenter die vorgesehene Revision des THG nach diesen Eckpunkten gestaltet wird, desto eher wird das neue THG zu einem Meilenstein des schweizerischen Wirtschaftsrechts.