



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2014

Förderung erneuerbarer Energien im Lichte des internationalen Wirtschaftsrechts

Weber, Rolf H

Abstract: Les mesures d'encouragement de l'Etat sont des outils efficaces pour le développement des énergies renouvelables. Toutefois, elles peuvent également nuire à la concurrence transfrontalière et être ainsi en conflit avec les principes du trafic international des marchandises (traitement national, interdiction des subventions). Bien que les organes de règlement des différends de l'OMC acceptaient jusqu'à présent ces mesures d'encouragement avec retenue, l'on peut constater un abandon de l'interprétation traditionnelle restrictive des questions de développement durable. La contribution analyse la jurisprudence récente de l'OMC et de l'UE en lien avec les énergies renouvelables (y compris les motivations) sous les deux systèmes.

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-108652>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Weber, Rolf H (2014). Förderung erneuerbarer Energien im Lichte des internationalen Wirtschaftsrechts. Jusletter, (27.10.2014):online.

Rolf H. Weber

Förderung erneuerbarer Energien im Lichte des internationalen Wirtschaftsrechts

Les mesures d'encouragement de l'Etat sont des outils efficaces pour le développement des énergies renouvelables. Toutefois, elles peuvent également nuire à la concurrence transfrontalière et être ainsi en conflit avec les principes du trafic international des marchandises (traitement national, interdiction des subventions). Bien que les organes de règlement des différends de l'OMC acceptaient jusqu'à présent ces mesures d'encouragement avec retenue, l'on peut constater un abandon de l'interprétation traditionnelle restrictive des questions de développement durable. La contribution analyse la jurisprudence récente de l'OMC et de l'UE en lien avec les énergies renouvelables (y compris les motivations) sous les deux systèmes. (sl)

Catégories d'articles: Contributions

Domaines juridiques: Droit de l'énergie et de l'environnement; OMC et droit économique international; Droit européen

Proposition de citation: Rolf H. Weber, Förderung erneuerbarer Energien im Lichte des internationalen Wirtschaftsrechts, in : Jusletter 27 octobre 2014

Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Ausgangspunkt: Rechtsprechung zu konkreten Förderungsmassnahmen
 - 1. WTO: Preisvorgaben für inländische Erzeugung erneuerbarer Energie
 - 2. EU: Schwedische Regelung zur Förderung inländischer grüner Energie
- III. Inländerbevorzugung als relevante Diskriminierung
- IV. Subventionierung als Wettbewerbsverzerrung
 - 1. Grundsätze des internationalen Subventionsrechts
 - 2. Beurteilung des Feed-in Tariff Programms von Ontario
- V. Rechtfertigung von Einschränkungen aufgrund öffentlicher Interessen
 - 1. Rechtfertigung gemäss Art. XX GATT
 - 2. Rechtfertigung gemäss Art. 36 AEUV
- VI. Ausblick

I. Einleitung

[Rz 1] Dass Umweltschutz- und Klimawandelanliegen dafür sprechen, erneuerbare Energien, insbesondere im Kontext der Produktion von Elektrizität, zu fördern, ist heute unbestritten. Kritisch zu analysieren ist indessen die Ausgestaltung einer solchen Förderung; die Gewährung von «Sondervorteilen» welcher Art auch immer bringt das Risiko von Wettbewerbsverzerrungen mit sich.

[Rz 2] Einzelstaatlich obliegt dem Kartellrecht die Aufgabe, sachgerechte Rahmenbedingungen für eine diskriminierungsfreie und nicht behinderte Wettbewerbsordnung zu schaffen. Förderungsmassnahmen haben somit die wettbewerbsrechtlichen Vorgaben einzuhalten. In der Schweiz besteht jedoch die regulatorische Besonderheit, dass die Subventionen als wichtigste Massnahmen zugunsten der erneuerbaren Energien kaum wettbewerbsrechtlichen Einschränkungen unterliegen; im Gegensatz etwa zum Wettbewerbsrecht der EU (Art. 107—110 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union, AEUV) fehlt im Schweizer Kartellrecht eine allgemeine gesetzliche Regelung zu den Subventionen bzw. zur Beschränkung ihres Einsatzes¹.

[Rz 3] Die Schweiz ist aber an eine Vielzahl internationaler Abkommen gebunden, die zumindest einen indirekten Einfluss auf die Möglichkeit der Förderung erneuerbarer Energien in ihrer Hauptart als Elektrizitätsproduktion haben. Elektrizität wird nicht nur gemäss Schweizer Recht (Art. 713 des Zivilgesetzbuchs, ZGB) und EU-Recht², sondern auch im Kontext des internationalen Handelsrechts als «Ware» qualifiziert (so etwa im WTO-Recht durch die Auflistung der Elektrizität als No. 2716.00 im «Harmonized System» der Warenklassifikation sowie durch die Aufnahme in die «GATT Schedules of Concessions»-Liste). Der grenzüberschreitende Elektrizitätsfluss hat sich also an die Rahmenordnung des General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) und an die Grundsätze der Warenverkehrsfreiheit der EU zu halten (v.a. Verbot von Diskriminierungen).

[Rz 4] Die jüngsten Entwicklungen in der Rechtsprechung der WTO und der EU sind deshalb auch für die Schweiz von Bedeutung. Zwei Entscheide verdienen dabei besondere Beachtung; nicht nur stellt sich jeweils das Problem, welche Förderungsmassnahmen mit den völkerrechtlich vereinbarten wirtschaftsrechtlichen Geboten (z.B. Diskriminierungsverbot) vereinbar sind,

¹ Das Subventionsgesetz (SuG) regelt nur die Rahmenbedingungen der Vergabe behördlicher Subventionen, nicht deren wettbewerbsrechtliche Legitimation.

² Urteil des EuGH C-393/92 vom 27. April 1994, Gemeente Almelo u.a. / Energiebedrijf IJsselmij NV, Rn. 27 ff.

sondern auch die Frage, ob sich eine Nichtbeachtung dieser Gebote durch höherrangige Rechtfertigungsgründe «heilen» lässt.

II. Ausgangspunkt: Rechtsprechung zu konkreten Förderungsmassnahmen

1. WTO: Preisvorgaben für inländische Erzeugung erneuerbarer Energie

[Rz 5] Im Mai 2013 fällte die Berufungsinstanz der WTO (Appellate Body) erstmals einen Entscheid betreffend Massnahmen zur Förderung erneuerbarer Energien. Basierend auf einer Klage von Japan und der Europäischen Union hatten die WTO-Streitbeilegungsorgane zu beurteilen, ob ein System zur Energieeinspeisevergütung Kanadas mit dem WTO-Grundsatz der Gleichbehandlung (Art. III:4 GATT) vereinbar ist.

[Rz 6] Streitgegenstand war eine Regelung der kanadischen Provinz Ontario, welche inländischen Erzeugern erneuerbarer Energie preisliche Vorteile beim Angebot von Elektrizität einräumte. Das sogenannte «Feed-in tariff program» (FIT-Programm) erlaubte es qualifizierten Produzenten aus Ontario, als Gegenleistung für die Netzeinspeisung grüner Energie langfristige Energielieferungsverträge mit festen Preisen zu besonders günstigen Bedingungen abzuschliessen. Konkret war folgende Rahmenordnung vorgesehen³:

[Rz 7] Gemäss dem FIT-Programm erhielten Produzenten von Wind-, Biomasse-, Biogas-, Wasserkraft und Solarenergie einen Mindestpreis (pro Kilowattstunde) für Strom, den sie in das Elektrizitätsnetz Ontarios einspielen. Die entsprechenden Lieferverträge dauerten 20 oder 40 Jahre. Die Regulierung sah indessen vor, dass nur solche Unternehmen von dieser Vorzugsbehandlung profitieren können, welche «minimum required domestic content levels» erreichen, d.h. deren Energieerzeugungs-Anlagen ganz oder teilweise aus Ontario stammen. Diese Herkunftsvorgaben führten zu einer Benachteiligung von ausländischen Produzenten, welche keine lokalen Anlagen (d.h. von Gütern, nicht Dienstleistungen) verwendeten (und praktisch auch nicht verwenden konnten)⁴.

[Rz 8] Kanada berief sich darauf, dass das FIT-Programm eine Massnahme im Rahmen einer öffentlichen Beschaffung im Geltungsbereich der Ausnahmeklausel von Art. III:8(a) GATT und deshalb als solches vom Diskriminierungsverbot (Art. III:4 GATT) ausgenommen sei. Eine Bevorzugung lokaler Unternehmen sei deshalb mit dem WTO-Recht vereinbar; dieses Verteidigungsargument wurde jedoch von den WTO-Streitbeilegungsorganen verworfen und die FIT-Regelungen von Ontario für nicht WTO-kompatibel befunden⁵.

³ Dieser Sachverhalt war Grundlage des Canada — Renewable Energy Falles: Appellate Body Reports, 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 (6. Mai 2013) (angenommen am 24. Mai 2013) [nachfolgend Appellate Body Reports]; Panel Reports, Canada — Certain Measures Affecting the Renewable Energy Generation Sector; Canada — Measures Relating to the Feed-in Tariff Program, WT/DS412/R, WT/DS426/R (19. Dezember 2012) (angenommen am 24. Mai 2013) [nachfolgend Panel Reports].

⁴ Appellate Body Reports (Fn. 3), para. 5.85 und Panel Reports (Fn. 3), paras. 8.2 und 8.6.

⁵ Vgl. AB Reports (Fn. 3), paras. 5.79, 5.84, 6.1; Panel Reports (Fn. 3), paras. 8.6 und 8.7.

2. EU: Schwedische Regelung zur Förderung inländischer grüner Energie

[Rz 9] Einen ähnlich gelagerten Fall zu beurteilen hatte der Europäische Gerichtshof (EuGH) im Juli 2014. Gegenstand des Entscheids war eine schwedische Regelung, die den Staat befugte, Stromzertifikate für schwedische Anlagen zur Erzeugung grünen Stroms zu erteilen⁶. Diese Zertifikate lassen sich an Versorger und bestimmte Nutzer verkaufen, die eine Sonderabgabe zahlen müssten, wenn sie der Verpflichtung, eine ihrem Anteil an ihrem gesamten Stromverkauf entsprechende Zahl von Zertifikaten zu halten, nicht anderweitig nachkommen. Der Verkauf dieser Zertifikate bringt den Erzeugern grüner Energie zusätzliche Einnahmen (neben den Einnahmen aus dem Stromverkauf). Letztlich führt dieses Regime dazu, dass die im Vergleich zu herkömmlichen Energiequellen höheren Produktionskosten von grünem Strom durch die Erlöse aus dem Verkauf der Zertifikate mitfinanziert, d.h. dass die Mehrkosten aus der Produktion von den Versorgern und den Verbrauchern getragen werden.

[Rz 10] Diese Regelung rügte ein finnischer Produzent grünen Stroms, dem die Zertifikate aufgrund seiner Nationalität verwehrt wurden, vor dem EUGH mit Klage auf Verletzung von Unionsrecht, insbesondere des Grundsatzes des freien Warenverkehrs gemäss Art. 34 AEUV.

[Rz 11] Vorerst stellte sich dem EuGH im Verfahren die vorliegend nicht weiter zu diskutierende Frage, ob die schwedische Regelung mit der EU-Richtlinie 2009/28/EG zur Förderung der Nutzung grüner Energie aus dem Jahre 2009⁷ vereinbar sei, was der Gerichtshof der EU mit Entscheid vom 1. Juli 2014 bejaht hat⁸. Hernach war zu beurteilen, ob diese Regelung den Grundsätzen der Warenverkehrsfreiheit der EU gemäss Art. 34 AEUV entspreche und ob, falls dies verneint werden müsste, die Regelung dennoch durch einen Rechtfertigungsgrund legitimiert werden könne.

III. Inländerbevorzugung als relevante Diskriminierung

[Rz 12] Im jüngsten WTO-Fall argumentierten Japan und die Europäische Union als Kläger im Verfahren gegen Kanada, die Bevorzugung der einheimischen Produzenten erneuerbarer Energie in Ontario verstosse gegen das Inländer-Gleichbehandlungsgebot gemäss Art. III:4 GATT und Art. 2.1 TRIMS (Agreement on Trade-Related Investment Measures). Die Ursprungserfordernisse («local content requirements») der Regulierung von Ontario lassen sich nach Auffassung des Panel und des Appellate Body (d.h. der beiden Streitbeilegungsorgane der WTO) in der Tat nicht mit dem Inländer-Gleichbehandlungsgebot vereinbaren⁹. Die Ausführungen stellen klar, dass die zentrale Verpflichtung der WTO-Mitglieder, In- und Ausländer gleich zu behandeln (Unzulässigkeit einer vertikalen Diskriminierung), streng einzuhalten ist.

[Rz 13] Auch im EU-Fall stellte sich bei der Beurteilung einer nationalen Regelung die Frage der Inländer-Gleichbehandlung bzw. die Frage, ob die strittige schwedische Regelung, welche einheimische Stromproduzenten begünstigte, geeignet sei, Stromeinfuhren (insbesondere aus grünem Strom) aus anderen EU-Mitgliedstaaten zu behindern. Wie der EuGH ausführte, beinhaltete die

⁶ Dieser Sachverhalt war Grundlage des Schweden — Erneuerbare Energien Falles: Urteil des EuGH C-573/12 vom 1. Juli 2014, Ålands Vindkraft AB/Energimyndigheten [nachfolgend EuGH C-573/12].

⁷ *Id.*, Rn. 11—21.

⁸ *Id.*, Rn. 56—75.

⁹ Appellate Body Reports (Fn. 3), para. 5.85 und Panel Reports (Fn. 3), paras. 8.2 und 8.6.

Regelung die Verpflichtung der Stromversorger und -nutzer, für die eingeführte Elektrizität eine bestimmte Anzahl Zertifikate zu erwerben. Kamen die Stromversorger und -nutzer dieser Verpflichtung nicht nach, hatten sie eine Sonderabgabe zu bezahlen¹⁰. Weiter führte der EuGH aus, die Möglichkeit der Produzenten von grünem Strom schwedischen Ursprungs, die Zertifikate zusammen mit dem von ihnen erzeugten Strom zu verkaufen, sei geeignet, um die Aufnahme von Verhandlungen bzw. die Eingehung vertraglicher Beziehungen zur Lieferung von inländischem Strom zu fördern¹¹. Beide Elemente der Regelung stellen gemäss EuGH eine Beschränkung des freien Warenverkehrs dar und verletzen demgemäss den Grundsatz in Art. 34 AEUV¹².

[Rz 14] Dass die Bevorzugung inländischer Produzenten oder Dienstleistungsanbieter von erneuerbaren Energien im internationalen und regionalen (grenzüberschreitenden) Handelsrecht gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung verstösst, ist offensichtlich: Es stellt also keine Überraschung dar, dass sowohl die Streitschlichtungsorgane der WTO im Fall Ontario als auch der Gerichtshof der EU im Fall Schweden einen Verstoss gegen die Grundsätze des anwendbaren Regelwerks angenommen haben; der Verstoss gegen den Grundsatz der Nichtdiskriminierung wurde denn von Kanada im Berufungsverfahren auch nicht angefochten¹³. Solche diskriminierenden staatlichen Vorgaben können nur dann aufrecht erhalten werden, wenn ein besonderer Rechtfertigungsgrund zur Anwendung kommt¹⁴.

IV. Subventionierung als Wettbewerbsverzerrung

1. Grundsätze des internationalen Subventionsrechts

[Rz 15] Im Gegensatz zum Gerichtshof der EU, der sich im Fall der schwedischen Förderungsregelungen zur Stärkung der Produktion erneuerbarer Energien nicht mit dem Thema der Subventionen beschäftigen musste, haben sich die Streitschlichtungsorgane der WTO im Falle des FIT-Programmes von Ontario (wegen der geltend gemachten Ersatzansprüche) eingehend mit der Anwendung und Auslegung des WTO-Subventionsrechts auseinandergesetzt.

[Rz 16] Allgemeine Grundsätze zur Subventionierung sind im WTO-Recht in den Art. VI und Art. XVI GATT vorgesehen. Die konkreten Regelungen finden sich jedoch im Subventions-Abkommen (Agreement on Subsidies and Countervailing Measures), das als Annex zum GATT mit der Marrakesch-Akte im Jahre 1994 multilateral verabschiedet worden ist. Das Subventions-Abkommen definiert, welche öffentlichen Beiträge als Subventionen gelten, bestimmt verschiedene Arten von Subventionen und sieht Regelungen für die entsprechenden Subventionskategorien vor. Ursprünglich unterschied das Subventions-Abkommen «rote» (verbotene), «gelbe» (anfechtbare) und «grüne» (zulässige) Subventionen; die Kategorie der «grünen» Subventionen haben die WTO-Mitgliedstaaten indessen nicht über das Ende des Jahres 1999 hinaus verlängert¹⁵. Ebenso ist der Ausnahme-

¹⁰ EuGH C-573/12(Fn. 6),Rn. 69.

¹¹ *Id.* Rn. 72.

¹² *Id.*, Rn. 11—21.

¹³ Appellate Body Reports (Fn. 3), para. 5.85.

¹⁴ Vgl. hinten Ziff. 5.

¹⁵ See ROLF H. WEBER, Designing Trade Rules to Promote Climate Sustainability, *Journal of Energy and Power Engineering* 8 (2014), 617; CHING-WEN HSUEH, A greener trade agreement: Approaches to environmental issues in the TPP negotiations, *Asian Journal of WTO and International Health Law and Policy* 8 (2013), 530/31; BRADLEY J. CONDON, Climate change and unresolved issues in WTO Law, *Journal of International Economic Law* 12 (2009), 901/02.

katalog (ehemals Art. 8 Subventions-Abkommen), der die Zulässigkeit von Subventionen unter anderem zugunsten von Umweltschutzmassnahmen vorsah, auf den Beginn des Jahres 2000 entfallen¹⁶. Heute unterscheidet das Subventions-Abkommen lediglich noch zwischen verbotenen Export-Subventionen (Art. 3.1. Subventions-Abkommen) und anfechtbaren Subventionen (Art. 5 ff. Subventions-Abkommen). Letztere gelten nur dann als verboten, wenn sie sich negativ auf den Handel anderer WTO-Mitgliedstaaten auswirken.

[Rz 17] Das Subventions-Abkommen definiert den Begriff der «Subvention» als (direkte oder indirekte) finanzielle Zuwendungen einer Regierung bzw. einer öffentlichen, dem Staat zurechenbaren Einheit, die zu einer Vorzugsbehandlung des Empfängers führen (Art. 1.1 Subventions-Abkommen). Um das Vorliegen einer Subvention gemäss WTO-Recht zu bejahen, muss in einem ersten Schritt geprüft werden, ob eine finanzielle Zuwendung einer öffentlichen Einheit vorliegt. Der Begriff der «öffentlichen Einheit» ist weit auszulegen und umfasst auch solche Organisationen, die nicht unmittelbar zur Verwaltung gehören, aber deren Einfluss unterstehen¹⁷. Die finanzielle Zuwendung kann in einer direkten finanziellen Leistung (beispielsweise in Form von Zuschüssen oder Krediten), im Verzicht auf die Eintreibung einer Schuld (zum Beispiel Befreiung der Steuerpflicht) oder in einer Zurverfügungstellung von Gütern oder Dienstleistungen bestehen (Art. 1.1(a)(1) Subventions-Abkommen). In einem zweiten Schritt ist kumulativ zu prüfen, ob diese finanzielle Zuwendung dem Empfänger auch zum Vorteil gereicht («a benefit is thereby conferred», Art. 1.1(b) Subventions-Abkommen).

[Rz 18] Die Auslegung des letzten Elements der Subventionsprüfung, des Begriffs der Vorzugsbehandlung («benefit»), wird regelmässig in extensiver Weise vorgenommen: Das Vorliegen einer Vorzugsbehandlung wird bejaht, wenn der Empfänger durch die finanzielle staatliche Zuwendung im Vergleich zu seinen Konkurrenten im betreffenden Markt besser gestellt wird, als wenn die Zuwendung nicht erfolgt wäre¹⁸. Wie im Wettbewerbsrecht erweist es sich deshalb als notwendig, den anwendbaren Markt zu umschreiben, um die vergleichende Beurteilung vornehmen zu können; oft erfolgt die entsprechende Beurteilung gestützt auf sog. Benchmarks.

2. Beurteilung des Feed-in Tariff Programms von Ontario

[Rz 19] Im Fall der Regulierungen von Ontario haben die Streitbelegungsorgane der WTO gestützt auf die bisherige Praxis¹⁹ zur Auslegung der «öffentlichen Einheit» dafür gehalten, dass zwar eine fallbezogene Auslegung vorzunehmen sei, dass aber bei Vorliegen eines hybriden Systems, das verschiedene regierungsnahen Regulierungskommissionen und staatsbezogene Körperschaften umfasse, die ein weitreichendes Förderungsprogramm zur Stützung der Industrie zu verwirklichen versuchen, von einer «öffentlichen» Einheit auszugehen sei²⁰. Ebenso haben die Streitbelegungsorgane der WTO das Vorliegen einer finanziellen Zuwendung bejaht (wenn zwar

¹⁶ WEBER (Fn. 15), 617.

¹⁷ Vgl. z.B. Appellate Body Report, United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, para. 317 (angenommen am 11. März 2011).

¹⁸ Vgl. z.B. Appellate Body Report, Canada — Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft, WT/DS70/AB/R, para. 157 (angenommen am 2. August 1999).

¹⁹ Vgl. z.B. Appellate Body Report, United States — Definitive Anti-Dumping and Countervailing Duties on Certain Products from China, WT/DS379/AB/R, para. 320 (angenommen am 11. März 2011).

²⁰ SHERZOD SHADIKHODJAEV, First WTO Judicial Review of Climate Change Subsidy Issues, *The American Journal of International Law* 107 (2013), 870.

in der Begründung nicht ganz identisch vom Panel und vom Appellate Body): Die im FIT-Programm enthaltene Preisunterstützung wurde als einkommensrelevanter Kauf von Gütern durch die Regierung (i.S.v. Art. 1.1 (a)(1)(iii) Subventions-Abkommen) klassifiziert²¹.

[Rz 20] Bei der Prüfung der Vorzugsbehandlung haben sich das Panel und der Appellate Body eingehend mit der Marktabgrenzung beschäftigt, die notwendig ist, um eine vergleichende wettbewerbliche Analyse vornehmen zu können. Der Appellate Body hat dabei zwischen einem «neuen» Markt für grüne Energie, der durch die staatliche Intervention geschaffen wurde, und den bisherigen Märkten, in welche durch die staatliche Intervention eingegriffen wird, unterschieden²². Folge dieser Festlegung des relevanten Marktes als «neu geschaffener Markt» ist, dass eine Wettbewerbsverzerrung bzw. eine Vorzugsbehandlung grundsätzlich nicht angenommen werden kann: Der Markt würde gar nicht bestehen, wenn die Verwaltung ihn nicht geschaffen hätte.

[Rz 21] Die Annahme, dass es sich beim Markt für erneuerbare Energien um einen «neuen Markt» handelt, verunmöglicht insbesondere die Prüfung des vergleichbaren Gutes («likeness test»), weil sich nicht zwei Güter aus zwei verschiedenen Märkten vergleichen lassen. Im Ergebnis hat im vorliegenden Fall der Appellate Body zwar die Vergleichbarkeit der Anbieter verschiedener Produkte aus erneuerbaren Energien bejaht²³; die Argumentation des «neuen Marktes» könnte sich indessen als problematisch erweisen, weil sich mit diesem Argument in Zukunft versuchen liesse, protektionistische Massnahmen der Anwendbarkeit der handelsrechtlichen Disziplinen des WTO-Rechts zu entziehen.

[Rz 22] Weil das FIT-Programm von Ontario bereits an der Verletzung des Prinzips der Inländergleichbehandlung scheiterte, konnte der Appellate Body letztlich die Frage offen lassen, ob eine unzulässige Subventionierung vorliege. Diese Tatsache verursacht derzeit eine gewisse Rechtsunsicherheit, auch wenn sich dem Entscheid einzelne Indizien zur Auslegung der Vorzugsbehandlung entnehmen lassen. Neben der schon erwähnten nicht unproblematischen Umschreibung des Marktes durch die Möglichkeit, einen «neuen» Markt zu schaffen, lässt sich auch hinterfragen, ob die Streitbeilegungsorgane der WTO ausreichend in Betracht gezogen haben, dass Märkte für erneuerbare Energien zumindest unter den heutigen Gegebenheiten kaum mit den traditionellen fossilen Energiemärkten konkurrenzfähig sind²⁴.

[Rz 23] Als weitere Problembereiche bedürfen in künftigen Verfahren folgende Fragen einer genaueren Beurteilung²⁵: Wie lässt sich feststellen, ob ein Markt für erneuerbare Energien im Entstehen begriffen oder schon vorhanden ist? Sind frühere oder konkurrierende Programme zur Förderung alternativer Energien mit ähnlichen Zielsetzungen in Betracht zu ziehen? Sollen temporäre Aspekte, etwa die Dauer des Programms, eine Rolle spielen können?

²¹ Appellate Body Reports (Fn. 3), paras. 5.118—5.139.

²² *Id.*, para. 5.196.

²³ *Id.*, para. 5.188.

²⁴ LISBETH CASIER/TOM MOERENHOUT, WTO Members, Not the Appellate Body, Need to Clarify Boundaries in Renewable Energy Support, International Institute for Sustainable Development, July 2013, 2/3; verfügbar <http://www.iisd.org>.

²⁵ Vgl. auch SHADIKHODJAEV(Fn. 20), 877.

V. Rechtfertigung von Einschränkungen aufgrund öffentlicher Interessen

[Rz 24] Sowohl das WTO- als auch das EU-Recht enthalten Bestimmungen, die eine Rechtfertigung von wettbewerbswidrigen gesetzgeberischen Massnahmen der Einzelstaaten aus Gründen von überwiegenden öffentlichen Interessen ermöglichen, nämlich (mit zwar unterschiedlichen Formulierungen) Art. XX GATT und Art. 36 AEUV.

1. Rechtfertigung gemäss Art. XX GATT

[Rz 25] Art. XX GATT («General Exceptions») ist eine komplexe Norm: Sie enthält eine detailliert aufgeführte Liste möglicher Rechtfertigungsgründe (Art. XX lit. a—j GATT) sowie zwei zusätzliche allgemeine Voraussetzungskataloge. Die einzelnen Prüfkriterien werden gemäss WTO-Rechtsprechung in der Regel restriktiv ausgelegt, damit nicht die Gefahr besteht, dass das Regelwerk des internationalen Warenverkehrs, insbesondere das Diskriminierungsverbot oder die Meistbegünstigungsklausel, unterminiert wird²⁶.

[Rz 26] Aus der Liste der möglichen Rechtfertigungsgründe fallen im Kontext der Förderung erneuerbarer Energien insbesondere die «Erhaltung erschöpfbarer natürlicher Ressourcen» (lit. g) und der «Schutz von Menschen, Tieren oder Pflanzen mit Blick auf Leben und Gesundheit» (lit. b) in Betracht²⁷. Theoretisch vermögen beide Ausnahmegründe zur Anwendung zu kommen, doch dürfte der direkte Bezug zwischen der erneuerbaren Energie und der Erhaltung natürlicher Ressourcen (fossile Brennstoffe) ebenso schwierig nachzuweisen sein wie der direkte Bezug der erneuerbaren Energie zu Leben und Gesundheit von Menschen, Tieren und Pflanzen. Die bisherige Rechtsprechung der Streitbeilegungsorgane der WTO ist jedenfalls eher zurückhaltend bei der Annahme der Erfüllung dieser Kriterien gewesen²⁸.

[Rz 27] Obwohl nicht ausdrücklich aufgeführt, bedingt der Wortlaut der einzelnen Rechtfertigungsgründe («*necessary to protect human, animal or plant life or health*» in lit. b bzw. «*relating to the conservation of exhaustible natural resources*» in lit. g) die Beachtung des Verhältnismässigkeitsprinzips («*necessity-test*») als allgemeine Voraussetzung²⁹: Konkret muss ein Abwägungsprozess stattfinden mit Blick auf die Frage, ob die staatliche Intervention (finanzielle Zuwendung) geeignet ist, die angestrebten Ziele zu erreichen und ob sie zur Erreichung dieses Ziels (Schutz der natürlichen Ressourcen) auch notwendig ist, d.h. keine weniger einschneidenden (bzw. handelshemmenden) obrigkeitlichen Massnahmen in Frage kämen³⁰.

[Rz 28] Schliesslich enthält Art. XX GATT eine Einleitungsklausel («Chapeau») mit zwei weite-

²⁶ ROLF H. WEBER/MIRA BURRI, *Classification of Services in the Digital Economy*, Zürich (2012), 129.

²⁷ Vgl. auch BRADLEY J. CONDON/TAPEN SINHA, *The Role of Climate Change in Global Economic Governance*, Oxford 2013, 61/62.

²⁸ CONDON/SINHA(Fn. 27), 71—73; im Kontext des sog. Border Tax Adjustments vgl. CHRISTINE KAUFMANN/ROLF H. WEBER, *Carbon-related border tax adjustment: mitigating climate change or restricting international trade?*, *World Trade Review* 10 (2011), 511—513.

²⁹ CONDON/SINHA(Fn. 27), 75; KAUFMANN/WEBER(Fn. 28), 513/514. Für eine umfassende Verhältnismässigkeitsprüfung vgl. auch die jüngste Rechtsprechung in Appellate Body Report, *European Communities — Measures Prohibiting the Importation and Marketing of Seal Products*, WT/DS400/AB/R, WT/DS401/AB/R(angenommen am 18. Juni 2014), paras. 5207—5.230.

³⁰ Vgl. auch Appellate Body Report, *Brazil — Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R(angenommen am 17. Dezember 2007), para. 101.

ren Prüfkriterien: Einerseits verlangt der «Chapeau», dass die staatlichen Interventionen nicht zu einer willkürlichen oder ungerechtfertigten Diskriminierung ausländischer Anbieter führt; andererseits darf die staatliche Massnahme keine verschleierte Handelsbeschränkung darstellen³¹.

[Rz 29] Im Lichte der bisherigen zurückhaltenden Praxis der WTO-Streitbeilegungsorgane³² haben weder Kanada als Beschwerdeführer noch Panel und Appellate Body im Ontario-Fall (FIT-Programm) die Rechtfertigungsklausel von Art. XX GATT vertieft thematisiert und insbesondere die Einhaltung des Verhältnismässigkeitsprinzips geprüft³³.

2. Rechtfertigung gemäss Art. 36 AEUV

[Rz 30] Ähnlich wie Art. XX GATT auf internationaler Ebene beinhaltet Art. 36 AEUV auf regionaler Ebene einen Ausnahmekatalog für Eingriffe in die Warenverkehrsfreiheit: So führt Art. 36 AEUV etwa die Gesundheit, die Steueranordnungen, die Lauterkeit des Handelsverkehrs oder den Verbraucherschutz als Rechtfertigungsgrund auf. Der Umweltschutz ist in Art. 36 AEUV nicht ausdrücklich erwähnt, doch von der EU-Rechtsprechung seit Jahrzehnten als Rechtfertigungsgrund anerkannt³⁴.

[Rz 31] Auch die Legitimationsgründe zur Beschränkung der Warenverkehrsfreiheit der EU in Art. 36 AEUV unterliegen nach ständiger Rechtsprechung des EuGH einer Verhältnismässigkeitsprüfung. Die fragliche nationale Massnahme muss also jeweils zur Erreichung des erstrebten Ziels geeignet sein und darf den Handel nicht mehr beschränken als unbedingt erforderlich³⁵.

[Rz 32] Im konkreten Fall zum schwedischen Gesetz zur Förderung erneuerbarer Energien hat der Gerichtshof der EU dafür gehalten, die gesetzlich verursachte Diskriminierung ausländischer Produzenten erneuerbarer Energie und damit die Beschränkung des grenzüberschreitenden Warenverkehrs sei durch das im Allgemeininteresse liegende Ziel gerechtfertigt, die Nutzung erneuerbarer Energiequellen zu fördern, um die Umwelt zu schützen und Klimaveränderungen zu bekämpfen³⁶. Insbesondere hält es der Gerichtshof für sachgerecht, dass die Förderungsmassnahmen zugunsten erneuerbarer Energien bei der Produktion und nicht beim Verbrauch ansetzen³⁷.

[Rz 33] Die Begrenzung auf die Förderung inländischer erneuerbarer Energiequellen ist gemäss Auffassung des Gerichtshofes dadurch legitimiert, dass eine solche Förderungsregelung erforderlich sei, um Anreize für langfristige Investitionen in grüne Energie zu schaffen³⁸. Die Begründung für den Entscheid ist indessen bei der Beurteilung des Diskriminierungsverbotes nicht sehr stringent. Vielmehr besteht der Eindruck, dass (rechts-)politische Überlegungen eine massgebliche Rolle gespielt haben. Deshalb bleibt für die Wissenschaft die Aufgabe, die Begründung der angenommenen Rechtfertigung besser zu untermauern.

³¹ WEBER/BURRI(Fn. 26), 134 mit weiteren Hinweisen.

³² Für weitere Einzelheiten vgl. KAUFMANN/WEBER(Fn. 28), 515—520.

³³ Appellate Body Reports (Fn. 3), paras. 5.245 und 5.246.

³⁴ Vgl. z.B. Urteil des EuGH 302/86 vom 20. September 1988, (Kommission/Dänemark, Slg. 1988, 4607, Rn. 8 f. (Dänische Pfandflaschen).

³⁵ Vgl. EuGH C-573/12(Fn. 6), Rn. 76 mit Referenz auf Urteil des EuGH C524/07 vom 11. Dezember 2008, Kommission/Österreich.

³⁶ EuGH C-573/12(Fn. 6), Rn. 69.

³⁷ *Id.*, Rn. 95.

³⁸ *Id.*, Rn. 99.

VI. Ausblick

[Rz 34] Die Förderung erneuerbarer Energien gehört je länger je mehr zu den grössten politischen Herausforderungen der einzelnen Länder und der Weltgemeinschaft. Global nimmt der Strombedarf rapide zu, gleichzeitig wächst das Bewusstsein für die Gefahren des Klimawandels und die Sensibilität für Stromfragen in der Bevölkerung. Um diese Herausforderungen bewältigen zu können, ist eine Erhöhung des Anteils der erneuerbaren Energien am Gesamtstromverbrauch unabdingbar. Angesichts der hohen Kosten von erneuerbaren Energien können sich diese kaum ohne staatliche Unterstützung auf dem Markt durchsetzen. Solche Förderungsmassnahmen bergen aber das Risiko, den grenzüberschreitenden Warenverkehr zu hemmen und sich negativ auf den internationalen Wettbewerb auszuwirken. Vor diesem Hintergrund stellt sich für Staaten und Investoren die grundsätzliche Frage, wie staatliche Förderungsregeln auszugestalten sind, um den Regeln des internationalen Wirtschaftsrechts nicht zu widersprechen.

[Rz 35] Der erste WTO-Fall, der sich mit der staatlichen Förderung erneuerbaren Energie befasste, vermag diesen Zustand der Rechtsunsicherheit nur bedingt zu beseitigen. Im Fall «Canada — Renewable Energy» verurteilten die WTO-Streitbeilegungsbehörden lediglich die Verwendung von bevorzugenden Ursprungserfordernissen («local content requirements»). Die Frage, ob es sich bei den staatlichen Schutzmassnahmen zudem um Subventionen handelte, wurde offen gelassen. Dies lässt Raum für die Annahme, dass Förderungsregelungen (ohne «local content»-Erfordernisse) nicht generell als WTO-widrig zu beurteilen sind, selbst wenn sie den grenzüberschreitenden Handel beeinträchtigen. Zugleich müsste umweltpolitisch motivierten Anliegen in Zukunft (wie in der Europäischen Union) ein grösseres Gewicht beigemessen werden.

[Rz 36] Angesichts der zunehmenden Relevanz erneuerbarer Energien ist es wahrscheinlich, dass sich die internationalen und regionalen Rechtsinstanzen zukünftig vermehrt mit Fragen der Kompatibilität zwischen staatlichen Förderungsmassnahmen und dem internationalen Wirtschaftsrecht auseinandersetzen haben. Allerdings sind die Möglichkeiten der WTO-Streitbeilegungsorgane limitiert; ihre Kernaufgabe ist die Auslegung von bestehendem WTO-Recht, eine Ausweitung oder Einschränkung der Rechte und Pflichten der Mitgliedstaaten ist gesetzlich ausgeschlossen (Art. 3.2 und 19.2 Dispute Settlement Understanding).

[Rz 37] Längerfristig können die herrschenden Spannungen zwischen Umwelt- und Handelsrecht also nicht nur durch Rechtsprechung gelöst werden. Endgültige Rechtssicherheit und Kohärenz zwischen internationalem Umwelt- und Handelsrecht lässt sich nur durch verbindliche Spielregeln in Form eines möglichst umfassenden Übereinkommens erreichen. Die Verhandlungen für ein solches Übereinkommen über den Handel umweltrelevanter Güter auf plurilateraler Ebene haben am 8. Juli 2014 begonnen. Trotz des plurilateralen Charakters des Übereinkommens (die Unterzeichnung ist den WTO-Mitgliedstaaten freigestellt) würden die involvierten Länder mit 86% einen Grossteil der betroffenen ökologischen Güter abdecken. Ziel der Verhandlungen ist es, Importzölle auf die entsprechenden Güter abzubauen, den Marktzugang für Mitglieder zu verbessern und das Handelsvolumen dieser Güter entsprechend zu erhöhen; das mögliche Handelsvolumen beläuft sich auf geschätzt eine Billion USD pro Jahr.

[Rz 38] Selbst wenn sich im jüngsten Fallrecht (insbesondere in der EU, aber auch in der WTO) eine Annäherung zwischen internationalem Handels- und Umweltrecht abzeichnet, bleiben dennoch die Verhandlungen des plurilateralen Umweltabkommens abzuwarten. Der richtige Weg zur Gewährleistung der gegenseitigen Unterstützung von Handels- und Umweltrecht hängt auch von dessen konkreter Ausgestaltung und insbesondere später dessen Effektivität in der Durch-

setzung ab.

Prof. Dr. iur. ROLF H. WEBER ist Ordinarius für internationales Wirtschaftsrecht an der Universität Zürich, Visiting Professor an der Hong Kong University und Rechtsanwalt in Zürich. Der Autor dankt Frau MLaw Rika Koch für die wertvolle Unterstützung bei der Vorbereitung dieses Beitrages.