

Der Strukturwandel des Aussenwirtschaftsrechts

Thomas Cottier*

Globalization, regionalisation and extensive levels of division of labour and value chains shape the context of international economic law. International trade today is mainly trade in components. The paper describes the evolution from border measures in trade, to non-tariff barriers and matters today which traditionally pertained to domestic law and legislation. Such structural changes do not remain without major impact. Firstly, the paper argues that bilateralism is not suitable to address complex regulatory affairs and plurilateral or multilateral avenues are needed except for major powers. Efforts to resume TTIP negotiations engaging transatlantic regulatory cooperation between the US, NAFTA, EU and EFTA should be made in order to address contemporary challenges, such as climate change or Big Data. They prepare the ground to take such matters up in the WTO. Secondly, the paper argues that domestic modes of decision-making need to be revised in order secure democratic legitimacy. Front-loading trade policy implies that fundamental decisions are taken at the outset, rather than at the end of negotiating processes. The paper submits the idea to create a new Swiss trade act which comprises both principles and procedures, informing subsequent negotiations.

Key words: International economic law – global value chains – regulatory cooperation – trade policy – democratic 2 of decisions-making – trade act

Schlagwörter: Wirtschaftsvölkerrecht – globale Wertschöpfungsketten – regulatorische Zusammenarbeit – Handelspolitik – demokratische Legitimation – Aussenwirtschaftsgesetz

Inhalt

- I. Einleitung
- II. Internationale Arbeitsteilung und Wertschöpfungsketten
- III. Behind-the-Border Issues
 - A. Vier Generationen der Handelsregulierung
 - B. Tiefe und flache Wirtschaftsabkommen
- IV. Die regulatorische Zusammenarbeit
 - A. Modalitäten der Zusammenarbeit
 - B. Die Erfahrungen der EU
 - C. Erfahrungen der WTO
 - D. Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

* Emeritierter Professor für Europa- und Wirtschaftsvölkerrecht an der Universität Bern, Senior Research Fellow, World Trade Institute, Bern, Adjunct Professor of Law, University of Ottawa. Schriftliche Fassung des am 23. November 2018 an der Tagung der Schweizerischen Vereinigung für Internationales Recht «Handelspolitische Autonomie der Schweiz?» an der Universität Zürich gehaltenen Vortrages. Alle URL wurden am 5.4.19 überprüft.

- V. Verfassungsrechtliche Herausforderungen im *Five Storey House*
 - A. Multilevel Governance
 - B. Vertikale Gewaltenteilung
 - C. Notwendiges *Front-Loading*
- VI. Ein neues Aussenwirtschaftsgesetz
 - A. Grundlagen
 - B. Materielle Ziele und Grundsätze
 - C. Verfahrensbestimmungen
 - D. Monitoring und Impact Assessment
 - E. Rechtsschutzbestimmungen
 - F. Schlussbestimmungen
- VII. Zusammenfassung

I. Einleitung

Seit seinen Anfängen weist das allgemeine Völkerrecht eine gewisse Beständigkeit auf. Die aus Philosophie und dem Naturrecht gebildeten Grundlagen und Grundsätze der Territorialität und des Vertragsrechts haben den Aufstieg der Nationalstaaten begleitet in einem Recht der Koexistenz. Mit dem Zusammenbruch der alten Europäischen Ordnung nach den Weltkriegen des 20. Jahrhunderts und im Prozess der Dekolonisierung bildete sich im Rahmen der Vereinten Nationen das Recht der internationalen Zusammenarbeit aus.¹ Menschenrechte und später Nachhaltigkeit traten vermehrt in den Mittelpunkt. Verschiebungen im internationalen Machtgefüge beeinflussen die Wirksamkeit und Ausgestaltung des modernen Völkerrechts immer wieder, von der Hegemonie zum Duopol hin zur multipolaren Ordnung – und allenfalls wieder zurück.² Immer geht es um Spielarten der nationalen Souveränität und deren Relativierung im Kontext internationaler Machtbeziehungen im Rahmen der nationalstaatlich geprägten Grundordnung.

Weit stärker ist indessen der Wandel im Wirtschaftsvölkerrecht und damit in den Bereichen des internationalen Handels und Investitionsrechts, die mitsamt ihren wachsenden Nebenbereichen von den Entwicklungen in der Privatwirtschaft und den Unternehmungen und deren internationalen Handelsbeziehungen geprägt werden. Die Staatenwelt sieht sich hier vor die Aufgabe gestellt, Prozesse der wirtschaftlichen Globalisierung und Regionalisierung nachzuvollziehen, zu kanalisieren und sozialverträglich auszugestalten. Im Rahmen des europäischen Integrationsprozesses bildete sich das Recht der wirtschaftlichen Integration *sui generis* aus. Beide Bereiche wirken sich auf das nationale Aussenwirtschaftsrecht aus, das gleichsam wie das Wirt-

1 WOLFGANG FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, New York/London 1964.

2 PASCAL LAMY & NICOLE GNESOTTO, *Où va le Monde? Trump et nous*, Paris 2018.

schaftsvölkerrecht einem Strukturwandel unterliegt. Denn beide sind engmaschig miteinander verwoben und können nicht getrennt voneinander verstanden werden.

Dieser Beitrag behandelt die damit verbundenen Veränderungen und regulatorischen Herausforderungen in Demokratie und Rechtsstaat. Er betont die Verlagerung auf Bereiche, die früher dem innerstaatlichen Recht unterlagen und heute vermehrt auf der internationalen Ebene geregelt werden. Diese Veränderungen rufen nach neuen innerstaatlichen Verfahren, damit Lernprozesse in komplexen Fragen ermöglicht und demokratische Legitimation immer wieder hergestellt werden kann. Sie können mit tradierten Methoden der Diplomatie und Verfahren der Staatsvertragsgestaltung nicht mehr hinreichend wahrgenommen werden.

II. Internationale Arbeitsteilung und Wertschöpfungsketten

Die Weltwirtschaft und mehr noch regionale Wirtschaftsstrukturen sind heute stark arbeitsteilig. Mehr als 60% der Güter passieren die Grenzen als Komponenten und Bestandteile.³ Endprodukte werden statistisch mehr oder weniger zufällig dem Land der letzten Verarbeitung zugeschrieben, während es sich in Tat und Wahrheit immer mehr um Produkte *Made in the World* oder einer der Weltregionen und damit auch *Made in Europe* handelt. Die internationale Wirtschaft zeichnet sich durch ausgeprägte Wertschöpfungsketten aus.⁴ Güter und Dienstleistungen – die beiden Grundpfeiler der heutigen Rechtsordnung im Rahmen der WTO – überlagern sich zunehmend, was als *Servizifizierung* des Handels bezeichnet wird. Produkte bestehen immer mehr auch als Dienstleistungskomponenten. Das Internet der Dinge und die künstliche Intelligenz werden dies noch zusätzlich verstärken. In dieser Entwicklung versteht sich auch, weshalb dem Schutz des geistigen Eigentums heute eine hohe, aber auch umstrittene Priorität zukommt. Es bildet heute die wesentliche Garantie, die Erträge der Wertschöpfung in Forschung, Entwicklung und Marketing zu sichern, während die Produktion in Tieflohnländer ausgelagert wird. Konsumentinnen und Konsumenten steht so eine Vielzahl von Konkurrenzprodukten mit hoher Qualität zu günstigen Preisen zur Verfügung. Arbeitsplätze können in Entwicklungsländern geschaffen werden und tragen zur Wohlfahrt bei.

Damit sind aber auch Auslagerungen und Arbeitsplatzverluste in den Industriestaaten verbunden, die vor allem auf eine erhöhte Automatisierung zurückzuführen sind, politisch aber dem internationalen Handel in die Schuhe geschoben werden

3 2009 betrug der Anteil von Endprodukten und Dienstleistungen weltweit 34% und in China 47%, RICHARD BALDWIN & JAVIER LOPEZ-GONZALES, «Supply-Chain Trade: A Portrait of Global Patterns and Several Testable Hypothesis», National Bureau of Economic Research, WP 18957, Cambridge Mass. 2013, 13, <<http://www.nber.org/papers/w18957.pdf>>.

4 See DEBORAH K ELMS & PATRICK LOW (Hg.), *Global Value Chains in a Changing World*, WTO, Genf 2013, <https://www.wto.org/english/res_e/booksp_e/aid4trade/globalvalue13_e.pdf>.

und populistisch geschürte Ressentiments entstehen lassen. Wertschöpfungsketten sind sodann mit einem hohen Transportaufwand von Komponenten verbunden und werfen aus ökologischer Sicht namentlich mit Blick auf den Klimawandel Fragezeichen auf. Die letzten Jahre sind daher charakterisiert durch Gegenbewegungen, die dem Erhalt von Arbeitsplätzen, Strukturprotektionismus und Umwelt Vorrang einräumen und der Globalisierung und Regionalisierung Einhalt zu gebieten suchen unter Rekurs auf tradierte Vorstellungen nationaler Souveränität und den klassischen Grundlagen des Völkerrechts. Es wird aber keine Rückkehr zu Begriff und Vorstellung der in sich geschlossenen Nationalökonomie geben, deren Ziel in Aufbau und Stärkung kriegstauglicher Nationen bestand. *Economics* ist heute zwingend international, und dies dürfe so bleiben. Man kann davon ausgehen, dass die Globalisierung Schwankungen ausgesetzt ist, aber eine arbeitsteilige Weltwirtschaft nicht grundsätzlich infrage gestellt werden wird. Denn das würde wesentliche Wohlstandsverluste mit sich bringen, die Wähler, Arbeitnehmer und Aktionäre nicht hinzunehmen bereit sind. Vielversprechender ist es, in Bildung und auch Sozialpolitik zu investieren. Denn offene Märkte bedingen soziale Absicherung⁵; deren unzureichende Ausprägung in den USA und Grossbritannien bilden wesentlich Gründe für die isolationistische Handelspolitik der Administration Trump⁶ und die gescheiterten Bemühungen Grossbritanniens, bis am 29.3.19 aus der EU auszutreten.

Welche strukturellen Auswirkungen der gegenwärtige Handelskrieg zwischen den USA und China um die Technologieführerschaft haben wird, ist derzeit offen. Er kann zur Zerstörung des multilateralen Systems und damit der Nachkriegsordnung führen. Er kann aber auch zur Einsicht führen, dass die Arbeitsteilung wesentlicher Garant des Weltfriedens und der Wohlfahrt ist, und damit mittelfristig zu einer Bestätigung der multilateralen Ordnung.

Ermöglicht hat dieses hohe Mass an Arbeitsteilung die Liberalisierung des Handels seit dem Ende des Zweiten Weltkriegs.⁷ Die insgesamt acht Handelsrunden des GATT haben das durchschnittliche Zollniveau auf Gütern von 40% auf rund 4% gesenkt mit Ausnahme der landwirtschaftlichen Güter, deren Zollschutz stark variiert und etwa im Falle der Schweiz immer noch durchschnittlich 30,8% (2016) beträgt. Der Grundsatz der Nichtdiskriminierung durchdrang das nationale Recht und schaffte gleiche Wettbewerbsbedingungen für importierte Produkte. Eine erste

5 Dazu THOMAS COTTIER, «Poverty, Redistribution, and International Trade Regulation», in: Krista Nadakavukaren Schefer (Hg.), *Poverty and the International Economic Legal System: Duties to the World's Poor*, Cambridge 2013, 48–65.

6 Eingehend STEVE CHARNOVITZ, «How American Rejectionism Undermines International Economic Law», 10 *Trade, Law and Development* (2018), 226.

7 Zum Folgenden THOMAS COTTIER & MATTHIAS OESCH, *International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland*, Bern/London 2005; PETER VAN DER BOSSCHE & WERNER ZDOUG, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases and Materials*, 4. Auflage, Cambridge 2017.

Liberalisierung des Dienstleistungshandels erfolgte im Rahmen des GATS und festigte im Wesentlichen bestehende Marktöffnungen im Jahre 1995.

Mit dem Abbau des Zollschatzes und damit den einseitig Einfuhren auferlegten Steuern – wesentlich zum Schutz der inländischen Produktion – verlagerte sich die Aufmerksamkeit auf die sog. nicht-tarifären Handelshemmnisse. Diese traten immer mehr in den Vordergrund und führten seit der Kennedy Runde des GATT (1964–1967) zu einer Reihe von zusätzlichen Abkommen in der WTO, namentlich im Bereich der technischen Handelshemmnisse und des Lebensmittelrechts, aber mit dem Immaterialgüterrecht auch in klassischen Bereichen des nationalen Wirtschaftsrechts. Der Zollschatz verlagerte sich ausserhalb der Landwirtschaft immer mehr auf Schutzmassnahmen (*Trade Remedies*) gegen schädliches Dumping von Einfuhren, deren unrechtmässige Subventionierung oder schlicht gegen akute Gefährdungen der einheimischen Industrie.

Weit stärker noch wirken sich die Liberalisierung des Handels im Rahmen regionaler Handelsblöcke aus, namentlich in der NAFTA und der Europäischen Union. Die vier Grundfreiheiten und das gemeinsame Wettbewerbsrecht der Union und der Verzicht auf Schutzmassnahmen führten zu einer rechtlich stark integrierten europäischen Wirtschaft, deren Rechtsgrundlagen weit mehr als in anderen Teilen der Erde heute durch den vollständigen Zollabbau und die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und der Rechtsharmonisierung in zentralen Scharnierbereichen geprägt sind.⁸

III. Behind-the-Border Issues

A. Vier Generationen der Handelsregulierung

Diese Entwicklungen erklären, weshalb sich das internationale Wirtschaftsrecht immer stärker Bereichen zuwendet, die traditionellerweise weitgehend dem innerstaatlichen Gesetzgeber und Rechtssetzungsprozess vorbehalten waren. Handelspolitik hat Bürger, Arbeitnehmer und Unternehmungen immer betroffen. Jedoch waren früher und in einer ersten Generation die Massnahmen auf den Grenzschutz ausgerichtet und rechtlich noch klar von der Binnenmarktregulierung getrennt.⁹ Das gilt auch für Dumping und Massnahmen gegen Subventionen, auch wenn bei Letzterem der Bezug zur Innenpolitik schon stärker in den Vordergrund rückt. Die zweite Generation von Handelsregelungen befasste sich zusehends mit Produktstandards, die ursprünglich im innerstaatlichen Recht festgelegt wurden und durch die Arbeitsteilung nun stärker auf einander abgestimmt und harmonisiert werden

8 Statt vieler RUDOLF STREINZ, *Europarecht*, 10. Auflage, Heidelberg 2016.

9 Zu den Generationen von Handelshemmnissen s. COTTIER & OESCH, *supra*, Fn. 7 58–65.

mussten.¹⁰ In der dritten Generation wandte sich die Vertragsgestaltung nun klassischen Bereichen des Wirtschaftsrechts zu. Das gilt vor allem für das Immaterialgüterrecht, aber auch die Regelung von Dienstleistungen, wozu Zulassung, Ausbildungserfordernisse aber auch Migrationsfragen gehören. Zu dieser Generation zählt auch das öffentliche Beschaffungswesen, das etwa in der Schweiz nach der Uruguay Runde des GATT und der Gründung der WTO innerstaatlich wie kein anderes Gebiet grundlegende Veränderungen erfuhr. Zu dieser Generation gehört systematisch auch der Investitionsschutz, wie er sich im Rahmen bilateraler Verträge entwickelt hat und wesentliche Vorgaben der Rechtsstaatlichkeit und zum Recht der Expropriation und dem innerstaatlichen Gestaltungsraum (*policy space*) gegenüber ausländischen Unternehmen macht. Dazu gehören auch die Bemühungen, gemeinsame Grundlagen für das Kartellrecht zu entwickeln, die heute erneut in den Vordergrund treten. Das gleiche gilt auch für den Schutz der Arbeitnehmer und Umweltstandards, die im Zuge der Klimapolitik aber auch der Erhaltung der Biodiversität immer stärker auf das internationale Wirtschaftsrecht einwirken werden.

Die vierte Generation schliesslich bezeichnet künftige Themen, namentlich in den Bereichen Big Data, Migration und Menschenrechte und der Einfluss der Nachhaltigkeitsziele mit ihren 17 Regelungsbereichen.¹¹ Hier stehen die Entwicklungen noch ganz in den Anfängen.

Der zweiten bis vierten Generation ist damit gemeinsam, dass sie allesamt über den Grenzschutz hinausgehen und Regelungsbereiche betreffen, die traditionellerweise zum innerstaatlichen Bereich der Rechtssetzung gehören.¹² Sie werden daher als eigentliche *Behind-the-Border Issues* bezeichnet. Was früher Aussenpolitik war, wird endgültig zur Innenpolitik. Beide Bereiche lassen sich weniger denn je voneinander trennen. Das gilt zwar für das Völkerrecht ganz allgemein, wenn wir z.B. an den Schutz der Menschenrechte und die Stellung und Behandlung von Migrantinnen und Migranten denken. Im Wirtschaftsvölkerrecht ist es indessen durch das heute erreichte hohe Masse der Arbeitsteilung und internationalen Interdependenz besonders ausgeprägt. Diese Entwicklung wird in Zukunft noch zunehmen. Zwei Beispiele machen dies anschaulich. Die Regelung von Big Data und Datenschutz und weltumspannend operierenden *Social Media* und Internet Providern muss notwendigerweise transnational und global erfolgen, soll eine kontinentale und nationale Marktabschottung und damit eine Einschränkung der Meinungsfreiheit vermieden werden. Die Erreichung der Klimaziele des Pariser Abkommens lassen sich nicht allein mit nationalen Massnahmen erreichen. Sie sind auf eine starke Zusammenarbeit

10 Zu den nicht-tariffären Hemmnissen s. insbesondere WTO, World Trade Report 2012, Trade and Public Policies: A closer look at non-tariff measures in the 21st Century, Geneva 2013.

11 <https://www.un.org/sustainabledevelopment/sustainable-development-goals/>.

12 THOMAS COTTIER, «International Economic Law in Transition from Trade Liberalization to Trade Regulation», 17 Journal of International Economic Law (2014) 671–677.

namentlich im Bereich des Technologietransfers angewiesen, der global ausgestaltet und national umgesetzt werden muss.

B. Tiefe und flache Wirtschaftsabkommen

Die Regelung von Handel und Investitionen beschränkt sich nicht auf die multilaterale Ordnung der WTO. Sie findet heute wesentlich auch im Rahmen von bilateralen Verträgen statt. Das gilt in erster Linie für den Investitionsschutz, zu dem es weltweit über 2340 (2019) in Kraft stehende Abkommen gibt. Betrachtet man die zweite bis vierte Generation der Handelsregelung, so fällt auf, dass sich diese auf einige wenige Abkommen beschränkt. Sie alle finden ihre Grundlagen im WTO-Recht. Darauf aufbauend werden sie punktuell in bilateralen und regionalen Verträgen weiter vertieft.¹³ Am weitesten fortgeschritten ist hier die europäische Union, die eine eigenständige Rechtsordnung *sui generis* bildet, die im Wirtschaftsrecht heute näher bei einem Bundesstaat als einem zwischenstaatlichen Handelsvertrag liegt. Die Integration ist hier am tiefsten, während andere Verträge sich daran anlehnen. Das gilt namentlich für den EWR-Vertrag und auch die bilateralen Verträge der Schweiz mit der Europäischen Union.¹⁴ Diese bilden gewissermassen nach der Währungsunion, dem Binnenmarkt und dem Europäischen Wirtschaftsraum den vierten Kreis der europäischen Integration. Darüber hinaus nimmt indessen die Regulierungstiefe stark ab. Das gilt auch für CETA, das umfassende Wirtschaftsabkommen der EU mit Kanada, das heute als eigentlicher Goldstandard gehandelt wird.¹⁵ Hier werden einerseits neue Bereiche wie Wettbewerbsrecht und Investitionsschutz angesprochen. In komplexen Bereichen technischer Handelshemmnisse und bei allgemeinen verweist das Abkommen andererseits auf das Recht und Rechtsprechung der WTO und damit die multilaterale Handelsordnung. Noch weniger weit gehen etwa die Abkommen der EFTA und der Schweiz mit Drittstaaten. Sie beschränken sich im Wesentlichen auf den Abbau des Zollschatzes, gehen aber in schwierigen regulatorischen Fragen nicht über das Recht der WTO hinaus.¹⁶

Die beschränkte Funktion bilateralen Verträge findet ihren Grund wesentlich darin, dass ein Staat kaum bereit ist, aufgrund eines bilateralen Abkommens seine

13 THOMAS COTTIER, «The Common Law of Law of International Trade and the Future of the World Trade Organization», 18 *Journal of International Economic Law* (2015) 3–20.

14 THOMAS COTTIER, NICOLAS DIEBOLD, ISABEL KÖLLIKER, RACHEL LIECHTI-MCKEE, MATTHIAS OESCH, TETYANA PAYOSOVA & DANIEL WÜGER, *Die Rechtsbeziehungen der Schweiz und der Europäischen Union*, Bern 2014.

15 Comprehensive Economic and Trade Agreement, vom 30.10.16, vorläufig in Kraft seit 21.9.17, <<https://international.gc.ca/trade-commerce/trade-agreements-accords-commerciaux/agr-acc/ceta-aecg/text-texte/toc-tdm.aspx?lang=eng>>.

16 ANA CRISTINA MOLINA & VIRA KHORESHVINA, «TBT Provisions in Regional Trade Agreements: To what extent do they go beyond the WTO TBT Agreement?», WTO Secretariat, Dezember 2015, <https://www.wto.org/english/res_e/reser_e/crsd201509_e.pdf>.

Rechtsordnung mit Blick auf erhaltene Zugeständnisse anzupassen, diese Wirkung aber praktisch oder auch rechtlich ohne Gegenleistung auch allen übrigen Staaten zugutekommen zu lassen. Werden etwa im Bereich des geistigen Eigentums zusätzliche Standards vereinbart, so müssen diese rechtlich auch allen andern WTO-Staaten aufgrund der Meistbegünstigungsklausel des TRIPS-Abkommens zugutekommen. In andern Bereichen, etwa technischer Regelungen, ergibt sich diese Wirkung aus praktischen Gründen. Denn ein Staat kann nicht sinnvollerweise zweierlei Produktionsvorschriften für das gleiche Produkt allein aufgrund dessen Herkunft vorschreiben. Das gilt mit Blick auf die Einheit der Rechtsordnung für alle allgemeinen Regelungen. Sie lassen praktisch eine nach Staaten und Herkunft unterschiedliche Behandlung nur in bestimmten Bereichen zu, namentlich bei Dienstleistungen und der Arbeitsmigration.

Darin zeigt sich, dass *Behind-the-Border Issues* sich nur sehr beschränkt in bilateralen Verträgen regeln lassen. Sie müssen multilateral oder plurilateral angegangen werden. Anders ist es allein, wenn sich ein Staat einseitig an eine Wirtschaftsmacht anpasst, wie im Falle der Schweiz an die Europäische Union oder künftig an die USA, sollte sich mit diesen ein bilaterales Handelsabkommen aushandeln lassen. Hier zeigt sich auch, dass die Idee einer autonomen Handelspolitik Grossbritanniens nach Brexit eine Illusion bleiben muss: Denn das Vereinigte Königreich müsste sich den Standards der EU, der USA oder Chinas und Indiens anpassen und setzt damit den eigenen Produktionsstandards unterschiedlichen Normen und damit einem Standortnachteil aus.¹⁷ Das Königreich wie alle anderen mittleren und kleineren Länder hat ein Interesse, diese Fragen im grösseren Rahmen zu regeln.

Hierin zeigt sich auch die grosse Wichtigkeit eines transatlantischen Abkommens zwischen den USA und der EU, allenfalls unter Beizug der NAFTA- und EFTA-Partner und von Grossbritannien. Nur auf dieser Grundlage können sich *Behind-the-Border*-Regelungen als globale Standards durchsetzen und Ausgangspunkt für multilaterale Verhandlungen in der WTO bilden. Setzen westliche Staaten weiterhin auf bilaterale Verträge, werden sie ihren Einfluss gegenüber den parallelen Bemühungen Chinas im Rahmen der RCEP-Verhandlungen und den Bemühungen um einen Rechtsrahmen für die Road and Belt Initiative verlieren.¹⁸ Das gilt auch für die schweizerische Aussenhandelspolitik. Mit der Betonung bilateraler Handelsverträge der ersten und zweiten Generation in den letzten Jahren konnten keine wesent-

17 THOMAS COTTIER, «Trade Policy in the Age of Populism: Why the New Bilateralism will not Work», CIGI/BIICL, Brexit: The International Legal Implications, Paper # 12, Waterloo/London, Januar 2018.

18 Regional Comprehensive Economic Partnership, <<https://www.china-briefing.com/news/cptpp-rcep-impact-china-asia-pacific-trade/>>.

lichen *Behind-the-Border Issues* aufgenommen und geregelt werden.¹⁹ Von den möglichen Vorteilen eines EU-US-Abkommens (TTIP) konnte sie bislang nicht profitieren.²⁰ Sie muss daher ihre Energie vermehrt in der WTO oder in plurilateralen transatlantischen Verhandlungen einsetzen. Das ist eine erste und wesentliche Auswirkung des Strukturwandels des Wirtschaftsvölkerrechts auf die Aussenhandelspolitik.

IV. Die regulatorische Zusammenarbeit

Behind-the-Border Issues sind traditionelle Domänen der innerstaatlichen Rechtssetzung. Die internationale regulatorische Zusammenarbeit stösst damit auf grosse Herausforderungen und Widerstände. Gesetzgeber und Regulatoren laufen Gefahr, ihre nationale Definitionsmacht zu verlieren. Dazu kommt, dass unterschiedliche Ansätze und Traditionen bestehen, welche eine gegenseitige Anpassung und Angleichung erschweren. Regulatorische Zusammenarbeit ist daher ein höchst komplexes Feld, das in unterschiedlichsten Formen, Verfahren und vor allem Stufen der Intensität vorliegt.

A. Modalitäten der Zusammenarbeit

Die Zusammenarbeit in regulatorischen Bereichen variiert in hohem Masse und unterscheidet sich von Sektor zu Sektor, und von Land zu Land. Sie ist auch nicht notwendigerweise staatlich, sondern kann delegiert auch durch die Privatwirtschaft und internationale Normenvereinigungen erfolgen.²¹ Am stärksten fortgeschritten sind gemeinsame Regulierungen und Standards, wo diese für die Interkonnektion und die Sicherstellung der Kommunikation erforderlich sind, namentlich im Bereich der Telekommunikation und des Internet oder der Aviatik. In andern Bereichen spiegeln sich weiterhin nationale und teilweise protektionistische Interessen. Sektoren und Staaten sind daran interessiert, ihre eigenen Standards als internationale Standards zu verankern und damit zu exportieren. Regulierung ist damit auch eine Frage der

19 Die Freihandelsverträge der Schweiz der zweiten Generation gehen über den Warenverkehr hinaus und umfassen auch zusätzliche Regeln zum geistigen Eigentum, Dienstleistungen, Investitionen und öffentliche Beschaffungen, ohne aber auf Produkte und Produktionsstandards in einzelnen Sektoren einzugehen; SECO, Freihandelsabkommen, <https://www.seco.admin.ch/seco/de/home/Aussenwirtschaftspolitik_Wirtschaftliche_Zusammenarbeit/Wirtschaftsbeziehungen/Freehandelsabkommen.html>.

20 See Thomas Cottier & Joseph Francois (Hg.), *The Potential Impact of a EU-US Free Trade Agreement on the Swiss Economy and External Relations*, Bern, WTI/SECO Juli 2014, <<https://www.news.admin.ch/newsd/message/attachments/35611.pdf>>.

21 Dazu Panagiotis Delimatsis (Hg.), *The Law, Economics and Politics of International Standardisation*, Cambridge 2015.

Macht und erklärt die weitgehende einseitige Anpassung der Schweiz an Regulierungen der EU im Rahmen der Politik der Europakompatibilität.

Für die regulatorische Zusammenarbeit besteht eine Vielzahl von Instrumenten und Ansätzen. Die OECD unterscheidet in aufsteigender Reihenfolge nicht weniger als zwölf Stufen, vom losen Informationsaustausch zur vollen Harmonisierung und Integration eines Regelungsbereiches:²²

- Regulatorischer Dialog und Informationsaustausch
- Soft Law, Richtlinien und Prinzipien
- Anerkennung internationaler Standards
- Vorschriften für die Abfassung von Regulierungen
- Transnationale Netzwerke (Experten, *peer-to-peer*, *MoUs*)
- Internationale Organisationen, internationale Zusammenarbeit im Bereich von Steuern, Gesundheit und Sicherheit chemischer Produkte (z.B. OECD)
- Konformitätsabkommen (Mutual Recognition Agreements, MRA)
- Regulatorische zwischenstaatliche Partnerschaft (z.B. ASEAN)
- Spezifische Abkommen mit verbindlichen Standards
- Gegenseitige Anerkennung und Äquivalenz
- Wirtschaftlicher Regionalismus mit regulatorischen Bestimmungen
- Harmonisierung und regionale Integration

Das Wirtschaftsvölkerrecht bewegt sich regelmässig in der ersten Hälfte dieser Stufenleiter, während sich das Integrationsrecht durch die drei letztgenannten Formen auszeichnet.

B. Die Erfahrungen der EU

Die regulatorische Zusammenarbeit und Rechtsharmonisierung sind klassische Aufgaben des Bundesstaates und haben dessen Rechtsentwicklung wesentlich geprägt.²³ Im Völkerrecht ist sie in der Europäischen Union am weitesten fortgeschritten. Die europäische Erfahrung in Föderalismus, Devolution und Subsidiarität legt die Grundlagen für ein neues Verständnis der Mehr-Ebenen-Gouvernanz (*Multi-level Governance*). Sie umfasst nicht nur technische Bereiche, sondern auch zentrale Gebiete des Rechts, die mittels Richtlinien und Verordnungen teilweise oder ganz harmonisiert werden. Die europäische Union verfügt über eine lange Erfahrung, die das Feld als zeitraubend und mühsam charakterisieren lässt. Zwei Schritten nach vorn folgt ein Schritt zurück. Die anfänglichen Hoffnungen auf Harmonisierung machten

22 OECD, International Regulatory Cooperation – Better rules of Globalisation, <<http://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/irc.htm>>.

23 S. George Anderson (Hg.), Internal Markets and Multi-level Governance. The Experience of the European Union, Australia, Canada, Switzerland, and the United States, Oxford 2012.

1984 dem sog. *New Approach* Platz, dem der Grundsatz der Äquivalenz und gegenseitigen Anerkennung (Cassis-de-Dijon²⁴) folgte und der in eine Politik der teilweisen Harmonisierung des Rechts mündete, in dem Masse eben – und nur in dem Masse – als sie für die Überwindung legitimer Handelsbeschränkungen und damit die gemeinsame Wahrnehmung öffentlicher Schutzbedürfnisse erforderlich ist. Viele der oft kritisierten Detailregelungen in der EU finden ihre Grundlage in diesem Befund.

C. Erfahrungen der WTO

Rechtsharmonisierung ist aber nicht auf die regionale Ebene beschränkt. In der WTO bildet das Abkommen über handelsbezogene Aspekte des geistigen Eigentums (TRIPS-Abkommen) das weltweit weitgehendste Abkommen der Rechtsanpassung.²⁵ Das Abkommen legt in materieller und auch verfahrensrechtlicher Hinsicht im Zivil-, Verwaltungsverfahren detaillierte Minimalstandards fest, welche die Mitgliedstaaten der WTO in ihrer nationalen Gesetzgebung und Rechtspraxis umzusetzen haben.²⁶ Der Ansatz war vor 25 Jahren höchst umstritten. Heute ist er weitgehend anerkannt. Das Abkommen gilt als ausgewogen. Die Sorge gilt heute vielmehr den Entwicklungen in bilateralen Handelsabkommen, wo das Gleichgewicht des TRIPS-Abkommens durch sog. TRIPS-plus-Bestimmungen zulasten der Entwicklungsländer verschoben wird. Die Lehre hat daraus die Schlussfolgerung gezogen, dass künftige Abkommen nicht nur minimale Standards, sondern auch maximale Standards enthalten müssen, welche ein Staat nicht überschreiten darf.²⁷ Das Abkommen zeigt, dass eine weitgehende Annäherung des Rechts auch auf globaler Ebene möglich ist, wo ein entsprechendes gegenseitiges Interesse und ein Regelungswille bestehen. Es zeigt, dass vergleichende Ansätze auch in anderen Bereichen durchaus möglich wären, z.B. im Bereich des Kartellrechts oder eines multilateralen Investitionsschutzes, oder in der Regulierung von Big Data. Die Regelung muss nicht notwendigerweise alle Staaten umfassen. Es genügt, wenn sie eine kritische Masse des Wirtschaftsverkehrs abdeckt, und sie kann auch in plurilateralen Abkommen angegangen werden, wie sie im Bereich der Dienstleistungen bislang noch ohne Er-

24 Rs. 120/78 *Rewe Zentral c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*, Slg. 1979 S. 649.

25 WTO, Agreement on Trade-related Aspects of Intellectual Property Rights, in Kraft 1.1.1195 <https://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips.pdf>.

26 THOMAS COTTIER, «The Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights», in: Patrick F.J. Macrory, Arthur E. Appleton & Michael G. Plummer (Hg.), *The World Trade Organization: Legal, Economic and Political Analysis*. Band I. New York 2005, 1041–1120.

27 HENNING RUSE KHAN & ANNETTE KUR, «Enough is Enough: The Notion of Binding Ceilings in International Intellectual Property Protection», Max Planck Institute for Intellectual Property, Competition & Tax Law Research Paper Series No. 09–01 (2008), <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1326429>.

folg versucht wurde (TISA-Verhandlungen). Abgesehen vom TRIPS-Abkommen beschränkt sich das WTO-Recht auf negative Integration, d.h., es legt Spielräume und Grenzen für das nationale Recht fest (negative Integration).

D. Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)

Das bislang ehrgeizigste Projekt systematischer Zusammenarbeit bildet die angestrebte Transatlantische Partnerschaft zwischen den USA und der EU (*Transatlantic Trade and Investment Partnership*).²⁸ Die EU und US vereinen rund 50% des globalen Bruttosozialproduktes und 30% des Welthandels. Gemeinsame Standards vermögen damit – und anders als bei bilateralen Verträgen mittlerer und kleiner Staaten – den Massstab für globale Standards zu setzen. Sie führen zu einem starken Anpassungsdruck und wirken sich so auch positiv für Drittstaaten aus. Die Schweiz würde von einem solchen Abkommen wesentliche Wachstumsschübe erfahren aus dem einfachen Grund, dass fortan für ihre Haupthandelspartner gemeinsame Produktionsstandards und Regeln bestehen, die Verfahren vereinfachen und zu Kostensenkungen in der Produktion und Export von Gütern und Komponenten beitragen.²⁹

Vor allem die Europäische Union drängte in ihren TTIP-Vorschlägen auf die formelle Einführung einer systematischen und regelmässigen regulatorischen Kooperation.³⁰ Sie schlug vorerst einen gemeinsamen Rat (*Regulatory Cooperation Council*) vor, der in verschiedenen Punkten zu Annäherung und Harmonisierung des Rechts führen würde. Die Idee musste in der Folge auf ein *Regulatory Cooperation Program* reduziert werden. Im Wesentlichen ging es um die Ausdehnung der innerhalb des Binnenmarktes gemachten Erfahrungen und Instrumente, einschliesslich der gegenseitigen Anerkennung und Äquivalenz. Es ist kein Zufall, dass diese Initiative vonseiten der EU als Integrationsmotor kommt und in den USA auf Skepsis und Widerstand stiess. Die starken zentralen regulatorischen Behörden der USA fürchteten um Verlust von Macht und Kontrolle und zeigten sich auch kritisch gegenüber dem dezentralen europäischen Modell der Rechtsdurchsetzung, das unübersehbare Schwächungen aufweist, wie dies der VW-Dieselskandal an den Tag brachte. Es ist kein Zufall, dass dieser in den USA und nicht in der EU aufgedeckt worden ist. Vonseiten der Privatwirtschaft, deren Bereiche Automobilbau und Pharmazie beidseits des Atlantiks stark vernetzt ist und teilweise gemeinsam kontrolliert sind, kam indessen eine starke Unterstützung für eine verstärkte regulatorische Kooperation.

28 Dazu THOMAS COTTIER, «The Changing Structure of International Trade Law», 21 Zeitschrift für europarechtliche Studien (2018), 421–336.

29 Supra, Fn. 20.

30 Für die Entwürfe der EU Kommission zur regulatorischen Zusammenarbeit mit den USA s. <<http://trade.ec.europa.eu/doclib/press/index.cfm?id=1230#institutions>>.

Hinter diesen unterschiedlichen Einschätzungen stehen unterschiedliche verwaltungsrechtliche und auch zivilrechtliche Traditionen in den USA und Europa. Während in den USA die Produkthaftpflicht mit präventiv wirksamen hohen Schadensersatzleistungen an geschädigte Personen im Vordergrund steht, baut der europäische Ansatz eher auf Regulierung und Produktvorschriften. Dazu kommen verfahrensrechtliche Unterschiede. So ist das Wettbewerbsrecht in den USA strafrechtlich, in Europa verwaltungsrechtlich ausgestaltet mit einer weit schwächeren zivilrechtlichen Komponente. Die Durchsetzung von Bundesrecht erfolgt in den USA zentral und durch von den Gliedstaaten unabhängige Bundesgerichte. In Europa und auch in der Schweiz herrscht demgegenüber eine dezentrale Durchsetzung des Rechts vor, mit der auch weit mehr Unterschiede und Abweichungen in der Umsetzung verbunden sind.

Diese unterschiedlichen Traditionen schränken die Möglichkeiten der regulatorischen Zusammenarbeit ein und erklären auch den punktuellen Ansatz, der von umfassenden gemeinsamen Regelungen notwendigerweise absteht. Indessen kann gerade mit punktuellen Kooperationen Erfahrung gesammelt werden und gegenseitiges Vertrauen aufgebaut werden, aufgrund dessen sich weitere Bereiche in die Kooperation einbeziehen lassen. Aus diesem Grunde ist auch der Aufbau gemeinsamer Institutionen wie in der EU von grosser Wichtigkeit. Das Gleiche gilt nicht nur bilateral, sondern auch weltweit. Abgesehen vom Immaterialgüterrecht und einzelnen technischen Bereichen, namentlich der Telekommunikation und der Luftfahrt, steht dies in den Anfängen. Die hohe Arbeitsteilung und Verschränkung der wirtschaftlichen Tätigkeit zwingt indessen zunehmend, diesen Weg zu beschreiten. Allein die Herausforderungen des Klimaschutzes und des Schutzes vor Machtmissbräuchen in den sozialen Medien zeigen, dass zumindest punktuelle Harmonisierungen und gemeinsame Anstrengungen in der Durchsetzung aufgrund gemeinsamer Verfahren und gegenseitiger Abstimmung erforderlich sind, um die entsprechenden öffentlichen Güter für die Wohlfahrt des Einzelnen in der Gesellschaft sicherzustellen.

Die seitens der Administration Trump stillgelegten TTIP-Verhandlungen zeigen bedeutsame strukturelle Implikationen des Strukturwandels des Wirtschaftsvölkerrechts. Sie haben sachliche und verfahrensrechtliche Gründe.

Die Öffentlichkeit befürchtete weitum, dass die Anpassung von Standards zu einer weitgehenden Deregulierung und Absenkung von Standards führen wird. Der Begriff Freihandel impliziert dies semantisch, vor allem nach den Erfahrungen der Finanzkrise und Grossen Rezession, die auf übermässige Deregulierung der Finanzbranche zurückzuführen sind. Immer wieder musste betont werden, dass mit TTIP keine Absenkung von Standards einhergehen werden; vielmehr geht es um eine Anpassung und Regulierung zur Wahrnehmung von legitimen Schutzziele. Es zeigte

sich hier, dass der Begriff des Freihandels heute irreführend ist. Staatssekretärin Ineichen-Fleisch hat dies wie folgt treffend zum Ausdruck gebracht:³¹

Das Wort Freihandel ist irreführend. Denn es geht ja nicht um Handel frei von jeglichen Regeln. Jedes Freihandelsabkommen, das wir als Schweiz abschliessen, richtet sich nach unseren Standards. Somit bedeutet Freihandel nie offene Märkte ohne irgendwelche Grenzen und Regeln.

Die Verlagerung des Wirtschaftsvölkerrechts auf regulatorische Fragen und BBIs legt nahe, dass wir künftig schlichter von Handels- und Wirtschaftsverträgen sprechen und die mit dem Begriff und Eindruck von Freihandel assoziierte neoliberale Tradition der Deregulierung und Staatsbeschränkung vermeiden sollten.

Als zweite Herausforderung stellte sich die Frage der Mitbestimmung und demokratischen Legitimation der Rechtsetzung innerhalb des TTIP.³² Die Verlagerung auf regulatorische Agenden führte zum Protest der Zivilgesellschaft, aber auch staatlicher Behörden und Parlamente auf einen stärkeren Einbezug und Einschluss in die Verhandlungen. Das zwang die Kommission erstmals, ihre Verhandlungsvorschläge auf der Website der Kommission zu veröffentlichen und alte diplomatische Traditionen der Verschwiegenheit aufzugeben. Die Agenda des TTIP verlangte zunehmend nach einer proaktiven Information und dem laufenden Einbezug der innerstaatlichen Akteure in der Meinungsbildung. Die parallel geführten und schliesslich erfolgreich zum Abschluss gebrachten Verhandlungen mit Kanada bestätigten diesen Befund. Auch wenn in diesem Abkommen die regulatorische Zusammenarbeit kaum thematisiert wird, führte der fehlende Einbezug regionaler Parlamente während des Verhandlungsprozesses zu Schwierigkeiten und Verzögerungen im Abschluss des Vertrages. Einwände des wallonischen Parlaments in Belgien nach Abschluss der Verhandlungen führten zu Unsicherheit und Verzögerung der Unterzeichnung. Die Verlagerung auf regulatorische Fragen ist damit mit wesentlichen strukturellen Veränderungen verbunden, die berücksichtigt werden müssen.

V. Verfassungsrechtliche Herausforderungen im *Five Storey House*

Die entscheidende Frage ist immer, auf welcher Stufe des Gemeinwesens und wie eine Frage am besten geregelt wird, um die erwünschten öffentlichen Güter und Wohlfahrtseffekte zu erzielen. Das ist keine neue Fragestellung. Sie ist im Kontext von Föderalismus und Bundesstaatlichkeit bestens bekannt. Ein Grossteil der politischen Arbeit besteht darin, diese Zuweisungen zu debattieren und zu entscheiden. Dabei werden Vor- und Nachteil aufgearbeitet und gegeneinander abgewogen und letztlich

31 «Trump kann sogar neue Dynamik bringen», Neue Zürcher Zeitung, 1. April 2017, S. 34.

32 Eingehend dazu THOMAS COTTIER, «Front-loading Trade Policy-Making in the European Union: Towards a Trade Act», *European Yearbook of International Economic Law* (2017), 35–60.

einer Entscheidung zugeführt. Zahlreiche Verfassungsabstimmungen in der Schweiz dienten diesem Zweck und haben auf längere Gesicht gesehen zur Verlagerung von Aufgaben auf die Bundesebene geführt über die ursprünglichen Bereiche von Aussenpolitik, Kommunikation und Verteidigung hinaus. Das Gleiche lässt sich wohl in allen Bundesstaaten beobachten.

Die gleichen Fragen stellen sich immer wieder im Rahmen der Europäischen Union. Sie stellen sich aber auch auf globaler Ebene, in der Handelsregulierung namentlich in Bezug auf die WTO. Welcher zusätzlichen Aufgaben und Themen soll und muss sie sich annehmen? Es handelt sich allemal um Grundentscheidungen der Politik, die umstritten sind und zu der es bei Vor- und Nachteilen immer Raum für vernünftige Meinungsverschiedenheiten (*reasonable disagreement*) im Rahmen des gesamten Verfassungsgefüges gibt.³³

A. Multilevel Governance

In dieser Konfiguration entstand in der Politologie die Lehre der Mehr-Ebenen-Regierung, die ich aus rechtlicher Sicht als ein *Five Storey House* bezeichnet möchte: Von der Gemeinde, über den Kanton zum Bund, von der europäischen zur globalen Ebene stellt sich strukturell die gleiche Frage der optimalen Allokation von Aufgaben und Ressourcen für die Herstellung öffentlicher Güter und von Wohlfahrtseffekten.³⁴ Alle Ebenen sind dabei von gleicher Bedeutung. Keine ist wichtiger als die andere. Es besteht ein logisches Ordnungsprinzip, dass die höhere Ebene der nachstehenden vorgeht. Rechtlich ist dies aber als Vermutung gedacht, die widerlegt werden kann, wenn es um die Verteidigung fundamentaler Werte geht. Werden Grundrechte auf der globalen Ebene nicht hinreichend geschützt, so muss dieser Schutz auf der europäischen oder nationalen Ebene sichergestellt werden.³⁵ Das Gleiche gilt nach dieser Auffassung auch im Verhältnis von Bund, Kantonen und Gemeinden. Wesentlich ist, dass Grundrechte und Ansprüche des Einzelnen gesichert werden. Nur so kann das erforderliche Vertrauen in die verschiedenen Stufen des Gemeinwesens gesichert und stabilisiert werden.

33 Die Theorie der vernünftigen Meinungsverschiedenheit (*reasonable disagreement*) wurde von SAMANTHA BESSON, *The Morality of Conflict: Reasonable Disagreement and the Law*, Oxford 2005, entwickelt.

34 JOHN H. JACKSON, *Sovereignty, the WTO, and Changing Fundamentals of International Law*, Cambridge 2006; THOMAS COTTIER & MAYA HERTIG, «The Prospects of 21st Century Constitutionalism», in: Max Planck United Nations Yearbook (2003) 261–328; THOMAS COTTIER, «Towards a Five Storey House», in: Christian Joerges & Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.), *Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and International Economic Law*, Oxford 2011, 495–532.

35 Dieses Denken zeigt sich nicht nur in der sog. *Solange*-Praxis des deutschen Bundesverfassungsgerichts gegenüber dem EU-Recht und seinem Schutz der Grundrechte, sondern auch in der *Kadi*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofes gegenüber dem Völkerrecht. S. JULIANE KOKOTT & CHRISTOPH SOBOTTA, «The Kadi Case: Constitutional Core Values and International Law – Finding the Balance?», 23 *European Journal of International Law* (2012), 1015–1024.

B. Vertikale Gewaltenteilung

Die Allokation von Regelungsaufgaben auf die verschiedenen Stufen und die damit verbundene Frage der Mitentscheidung auf den verschiedenen Stufen des *Five Storey House* führt die Grundsätze des bundesstaatlichen Föderalismus über den Nationalstaat hinaus und strukturiert die Herstellung öffentlicher Güter und die Wahrnehmung von Aufgaben auf gleiche Weise auch auf der europäischen und globalen Ebene. Dabei geht es auch um vertikale Gewaltenteilung und gegenseitige Kontrolle, unter Berücksichtigung der demokratischen Legitimation und Rechtsstaatlichkeit, die auf globaler Ebene durch notwendige Funktionen der Friedenswahrung und der Durchsetzung des Gewaltverbotes kompensiert werden. Nach wie vor steht die nationale Ebene als Machtzentrum im Vordergrund. Die anderen Ebenen unterscheiden sich indessen nicht mehr grundsätzlich von ihr, sondern graduell. Die grundlegende Unterscheidung von Staats- und Völkerrecht verliert sich zugunsten einer gesamthaften Betrachtung in der Regelungstheorie.

C. Notwendiges *Front-Loading*

Der Strukturwandel des Wirtschaftsvölkerrechts und seine Betonung von *Behind-the-Border Issues* bleibt nicht ohne Auswirkungen auf das Aussenwirtschaftsrecht und seine traditionellen Entscheidungsverfahren in Gesetzgebung und Staatsvertragsgestaltung.³⁶ In der Schweiz war die Aussenwirtschaftspolitik hergebrachterweise eine Domäne der Exekutive. Aufgrund allgemein formulierter Verfassungsbestimmungen (Art 101 BV) und Gesetze, namentlich das Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen (SR 946.201), lag die Führung der Aussenwirtschaftspolitik wesentlich in den Händen des Bundesrates, die er mit Unterstützung der Wirtschaftsverbände gestaltete. Er verhandelte die Staatsverträge und schloss diese ab. Er bestimmte in internationalen Verhandlungen deren Inhalte mit, lange bevor sie, wenn überhaupt, dem Parlament zur Genehmigung und allenfalls dem Volk im Rahmen obligatorischer und fakultativer Referenden vorgelegt wurden. Das ist umso bedeutsamer, als die zentralen und oft detaillierten Rechtsnormen sich weit stärker in den Staatsverträgen als in Gesetzen und Ausführungsbestimmungen finden und in der Schweiz durch Behörden und Gerichte unmittelbar angewendet werden können.

Der Gesetzgeber konzentrierte sich demgegenüber früher auf die Innenpolitik. Mit der Verlagerung auf regulatorische Bereiche auf die internationale Ebene und damit in traditionell innerstaatliche Bereiche der Gesetzgebung ist damit ein Machtverlust des Parlamentes verbunden und damit auch der vom Volk gewählten Vertretung. Umgekehrt nimmt der Einfluss von Verwaltung und Diplomatie zu. Das

³⁶ Eingehend dazu für die EU COTTIER, *supra*, Fn. 32.

Gleiche gilt auch für die Justiz, soweit diese wie in der Schweiz Staatsverträge unmittelbar anwenden kann.³⁷

Gegenüber diesen Entwicklungen hat das Parlament mit einer Verstärkung seiner Mitsprache reagiert. Das Parlamentsgesetz (SR 171.10) sieht heute gestützt auf Art. 24 eine verstärkte Einbindung des Parlaments in die Aussenpolitik vor. Die Kommissionen werden heute vorgängig zu wichtigen aussenpolitischen Fragen angehört. Sie äussern dazu auch ihre Meinungen. Der Bundesrat konsultiert sodann vor der Verabschiedung eines Verhandlungsmandates auch die Vertreter der Bundesratsparteien und die Kantone. Konnte er früher Handelsverträge weitgehend im Alleingang abschliessen, vorzeitig in Kraft treten und einer nachträglichen Zustimmung des Parlaments unterstellen, nehmen die Räte heute früher Einfluss auf die Ausgestaltung der Aussenwirtschaftspolitik. Gleichwohl vermag die heutige Zuordnung von Kompetenzen den effektiven Verlagerungen nicht hinreichend Rechnung zu tragen. Anders als im innerstaatlichen Gesetzgebungsprozess setzt der innenpolitische Meinungsbildungsprozess zu spät ein. Die Zivilgesellschaft bleibt bis zu einem Referendum weitgehend ausgeschlossen. Vor und während der Verhandlungen finden informelle Gespräche mit interessierten Kreisen statt, oft auf deren Anfrage und ohne formale Struktur und Transparenz. Das ist nicht nur problematisch unter Aspekten der demokratischen Legitimation, sondern gefährdet auch erreichte Verhandlungsmandate. Zwei jüngere Beispiele mögen dies veranschaulichen.

Von 2014–2018 haben Bundesrat und Bundesverwaltung über ein Rahmenabkommen mit der EU verhandelt.³⁸ Diese Verhandlungen fanden aufgrund eines Verhandlungsmandates statt, zu dem Kommissionen und auch die Kantone angehört wurden. Die Verhandlungen wurden indessen alle hinter verschlossenen Türen geführt. Bundesrat und EDA informierten kaum über Ansätze und veröffentlichten Vorschläge und Entwürfe nicht. Anders als die EU-Kommission im Rahmen von TTIP und CETA folgten beide Parteien traditionell diplomatischen Verfahren der Vertragsverhandlung. Die fehlende Informationspolitik hatte zur Folge, dass sich eine negative öffentliche Meinung entwickelte und breit machte, die sich an Schlagworten wie «Fremde Richter» und Souveränitätsverlust und Fremdbestimmung aufhängte. Als der Bundesrat den Vertragstext als Entwurf im Dezember 2018 veröffentlichte, waren die Meinungen im Sinne eines klassischen Vorurteils weitgehend gemacht. Was vorher versäumt wurde, musste nun mühsam und schrittweise nachgeholt werden. Der Bundesrat öffnete entgegen verfassungsrechtlichen Bestimmungen der Kompetenzverteilung einen breiten Konsultationsprozess, noch bevor er selbst überhaupt im Juni 2019 Stellung zum Entwurf bezog. Dieses in hohem Masse

37 Dazu THOMAS COTTIER. «The Impact from Without, International Law and the Structure of Federal Government in Switzerland», in: Peter Knoepfel & Wolf Linder (Hg.), *Verwaltung, Regierung und Verfassung im Wandel*. Gedächtnisschrift für Raimund E. Germann, Basel 2000, 213–230.

38 EDA, Institutionelles Rahmenabkommen, <<https://www.eda.admin.ch/dea/de/home/verhandlungen-offene-themen/verhandlungen/institutionelles-abkommen.html>>.

aussergewöhnliche Vorgehen geht auf wesentliche Versäumnisse im Vorfeld des Abschlusses und der Verhandlungen zurück. Hätte der Bundesrat während der Verhandlungen eine politische Meinungsbildung gefördert und die damit verbundenen Lernprozesse begleitet, hätte er das Verfahren in der Folge im Rahmen des bestehenden Verfassungsrechts und der vorgesehenen Verfahren der Vertragsgenehmigung durchführen können. Die Überwindung vorgefasster Meinungen und Vorurteile im klassischen Sinne erweist sich im Nachhinein als ein mühsamer Weg, dessen Ausgang derzeit offensteht.

Das zweite Beispiel ist die Behandlung des Migrationspaktes.³⁹ Wesentlich unter Beteiligung der schweizerischen Diplomatie entstand 2018 im Rahmen der Vereinten Nationen ein Soft-Law-Instrument mit dem Fragen der Arbeitsmigration erstmals multilateral angegangen wurden – wesentlich mit dem Ziel, die Grundlage für ein stärkeres Vertrauen und eine Zusammenarbeit zwischen Sendee- und Empfängerstaaten zu legen und so die Frage der Rechtsstellung von Migranten erstmals auf der völkerrechtlichen Ebene zu thematisieren. Vor und während der Verhandlungen fanden keine Prozesse im Rahmen breiterer innenpolitischer Konsultationen statt. Zwar wurden die parlamentarischen Kommissionen periodisch orientiert. Das Thema wurde trotz oder wegen seiner politischen Brisanz in Zeiten der europäischen Flüchtlingskrise aber nicht einer breiteren Debatte in der Öffentlichkeit zuführt. Es fanden keine Lernprozesse statt. Nach der Veröffentlichung des Textes konnte dies in der kurzen bis zur Unterzeichnung zur Verfügung stehenden Zeit nicht nachgeholt werden. Unter populistischem Druck sprachen sich die aussenpolitischen Kommissionen der Räte gegen den Migrationspakt aus. Sie folgten damit der Administration Trump sowie den Regierungen Ungarns und Österreichs. Der Bundesrat wich erneut von seinen verfassungsrechtlichen Kompetenzen und Verantwortungen ab und verzichtete entgegen seinem Beschluss vom 10.10.2018 darauf, das Soft-Law-Instrument in Marrakesch im Dezember 2018 zu unterzeichnen. Es wird sich zeigen, welche Auswirkungen dies auf die aussenpolitische Stellung der Schweiz in bilateralen und multilateralen Migrationsfragen haben wird. Die Chance, aussenpolitisches Kapital, Vertrauen und Goodwill aufzubauen, wurde jedenfalls gründlich verpasst.

Beiden Beispielen ist gemeinsam, dass die öffentliche Meinungsbildung und Debatte viel zu spät einsetzte. Wie in der EU mit TTIP und CETA zeigt sich auch in der Schweiz eine Notwendigkeit, grundlegende innenpolitische Entscheidungen im Prozess der regulatorischen Vertragsgestaltung viel früher zu treffen. Auch hier besteht, mit anderen Worten, die Notwendigkeit, grundlegende Entscheidungen in der Aussenwirtschaftspolitik nicht am Schluss, sondern am Anfang der Entwicklung zu treffen. Ich habe dies im Rahmen der EU als *Front-loading* bezeichnet.⁴⁰

39 EDA, Die Schweiz und der Migrationspakt, <<https://www.eda.admin.ch/dam/eda/de/documents/aktuell/news/Haltung%20der%20Schweiz%20Migrationspakt.pdf>>.

40 Supra, Fn. 30.

VI. Ein neues Aussenwirtschaftsgesetz

Mit dem Strukturwandel des Wirtschaftsvölkerrechts und seiner Verlagerung auf regulatorische Fragen müssen die Entscheidungsprozesse im Aussenwirtschaftsrecht viel stärker dem innerstaatlichen Diskurs und Gesetzgebungsverfahren nachgebildet werden. Ebenso wie sich ein komplexes Gesetzgebungsprojekt von Anregung, Konzeptgesprächen bis hin zu ausformulierten Bestimmungen und Vernehmlassungen schrittweise verdichtet, müssen auch Entscheidungen in der Staatsvertragsgestaltung konzipiert werden. Input und Grundanliegen müssen zu Beginn eingeholt werden, nicht erst am Schluss des Prozesses im Rahmen der Genehmigungsverfahren. Dabei lässt sich freilich nicht einfach das Gesetzgebungsverfahren heranziehen aus dem einfachen Grunde, dass Inhalte mit Dritten ausgehandelt werden müssen und deren Interessen entsprechend Berücksichtigung finden müssen. An der Grundidee ändert dies indessen nichts.

A. Grundlagen

Aus dieser Sicht ergibt sich der Vorschlag, grundlegende Anliegen und Verfahren vorab eingehend in einem neuen Aussenwirtschaftsgesetz zu regeln. Der Gedanke findet seine Grundlage im US-amerikanischen Recht, wo die Handelspolitik seither in der Kompetenz des Kongresses und damit des Gesetzgebers liegt und Aufgaben und Zuständigkeiten des Präsidenten auf Delegation beruhen (*Art I Sec 8 US Constitution*).⁴¹ Mit der weitgehenden Delegation von Kompetenzen ist indessen im Trade Act von 1974 und seinen Anpassungen sichergestellt, dass Senat und Repräsentantenhaus vor und während der Verhandlungen angemessen konsultiert werden. Das Gesetz legt sodann die Ziele fest, welche die Administration wenn immer möglich in Verhandlungen zu erreichen hat. So werden grundlegende Entscheidungen, ob etwa in der Handelspolitik Anliegen der Umweltpolitik oder des Arbeitnehmerschutzes zu verfolgen sind, im Gesetzgebungsprozess und nicht in laufenden Verhandlungen mit Drittstaaten getroffen. Die Administration hat Verhandlungen im Rahmen ihres gesetzlichen Auftrages zu führen, und Resultate werden auch daran gemessen. In den USA kommt die sog. *Trade Promotion Authority*, früher *fast track* genannt, dazu. Unterliegt eine Verhandlung aufgrund der getroffenen Ziele und Vorgaben diesem Verfahren, so verpflichten sich Repräsentantenhaus und Senat, die Ergebnisse einer Verhandlung als Paket anzuerkennen und nicht auf dem Wege der gesetzlichen Umsetzung zu unterlaufen. Das ist vor allem für Drittstaaten von hoher Bedeutung. Denn diese sind nicht bereit, den USA Zugeständnisse zu machen, wenn sich Sonderinteressen im Nachhinein innenpolitisch erneut in der Gesetzgebung durchsetzen können. *Sec 301 Trade Act* legt auch die Grundlagen für ein Recht der

⁴¹ Eingehender zum Folgenden COTTIER, *supra*, Fn. 28 und Fn. 32.

Industrie, die Regierung zur Aufnahme einer Streitbeilegung in der WTO zu veranlassen.⁴²

Es geht in der Schweiz wie auch in der EU nicht darum, das US-Verfahren zu übernehmen und zu kopieren. Es geht vielmehr darum, den Grundgedanken demokratischer Legitimation aufzunehmen und den Dialog von Regierung, Parlament, Kantonen, Städten und auch Zivilgesellschaft vor und während der Verhandlungen durch geeignete Konsultationsmechanismen in den einzelnen Etappen sicherzustellen. Materiell geht es darum, die Grundsätze und Grundanliegen der Aussenpolitik im Rahmen des Gesetzgebungsverfahrens zu debattieren und festzulegen und nicht erst im Rahmen konkreter Vertragsverhandlungen aufzugreifen und häufig erst im Nachhinein zur Diskussion zu stellen.

Dem schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht fehlen heute diese Grundlagen noch weitgehend. Namentlich ist die Stellung von Zivilgesellschaft, von Städten und Verbänden im Prozess der Willensbildung nicht geregelt. Das Bundesgesetz über ausenwirtschaftliche Massnahmen gibt dem Bundesrat weitgehend Kompetenzen, die Interessen der Schweiz zu wahren und Schutzmassnahmen zu treffen, wobei die Schweiz die im WTO-Recht vorgesehenen Schutzmassnahmen verfahrensrechtlich nie konkretisiert hat. Es regelt sodann die nachträgliche Genehmigung von Staatsverträgen. Die Ausarbeitung von Verhandlungsrichtlinien erfolgt durch den Bundesrat nach Konsultation von Parteien und Kommissionen und den Kantonen. Sie sind nicht öffentlich, und die weitere Zivilgesellschaft, Verbände und die Städte sind nicht eingeschlossen.

Die materiellen Bestimmungen des schweizerischen Aussenwirtschaftsrechts finden sich in erster Linie im Recht der WTO und weiteren Staatsverträgen. Sie finden sich in zahlreichen Spezialgesetzen, vom Zollrecht, Steuerrecht über die Landwirtschaftsgesetzgebung, technische Handelshemmnisse, Embargorecht, Dual-Use-Güter, Rüstungsausfuhr, öffentliche Beschaffungen, Handelsmonopole, Kartellrecht, Immaterialgüterrecht, Finanzmarktrecht und viele Erlasse mehr, deren Anwendung potenziell unter die Regeln ausenwirtschaftlicher Verträge und namentlich die Grundätze der Nichtdiskriminierung und der Transparenz im WTO fallen.⁴³ Viele Regelungskompetenzen liegen sodann bei den Kantonen im Bereich der Dienstleistungen und im Steuerrecht. Durch den Strukturwandel des Wirtschaftsvölkerrechts ist das Aussenwirtschaftsrecht zur Querschnittsmaterie geworden. Binnen- und Aussenwirtschaftsrecht lassen sich nicht mehr klar trennen und überschneiden sich in zahlreichen Regelungsbereichen.

42 In der EU wurde diese über den diplomatischen Schutz hinausgehende Möglichkeit in der sog. *Trade Barriers Regulation* geregelt: Verordnung 3286/94; dazu <<http://ec.europa.eu/trade/policy/accessing-markets/dispute-settlement/trade-barrier-investigations/>>; dazu COTTIER & OESCH, supra, Fn. 7, 147–150.

43 Eingehend dazu Thomas Cottier & Matthias Oesch (Hg.), *Schweizerisches Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht*, XI Schweizerisches Bundesverwaltungsrecht, 3. Auflage, erscheint in Basel 2019.

Es kann daher nicht darum gehen, eine umfassende Kodifikation des Aussenwirtschaftsrechts an die Hand zu nehmen. Diese Zeiten sind längst vorbei. Vielmehr geht es darum, in einem Erlass die verfassungsrechtlichen Grundlagen zu konkretisieren, grundlegende Zielbestimmungen aufzunehmen und vor allem das Verfahren der Meinungsbildung zwischen den verschiedenen Akteuren im Einzelnen Rechtsschutzinstrumente zu regeln. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das Wirtschaftsvölkerrecht heute weit über Handel von Gütern und Dienstleistungen und den Investitionsschutz hinausreicht und auch Fragen des Umweltschutzes, der Nachhaltigkeit, des Arbeitsrechts, der Arbeitsmigration, und der Menschenrechte sowie steuerrechtliche Fragen mitumfasst. Diese Themen können nicht mehr isoliert angegangen werden, zumal ihre Umsetzung häufig mit Mitteln der Handelspolitik erfolgt. Zunehmend greift es über *Corporate Social Responsibility* auch auf die privaten Akteure über. Ein allgemeines Aussenwirtschaftsgesetz müsste daher einen breiten Anwendungsbereich und alle Gebiete umfassen, wo wirtschaftliche Tätigkeiten und Sachverhalte mit Aussenwirkungen staatsvertraglich geregelt werden und wo entsprechend innerstaatliche Massnahmen zu tragen kommen.

B. Materielle Ziele und Grundsätze

Front-loading besteht einmal darin, dass die Debatte um grundlegende Ziele und Komponenten der Aussenwirtschaftspolitik angesichts normativ schwacher Verfassungsbestimmungen nicht allein in Vertragsverhandlungen mit dem Ausland geführt werden, sondern frühzeitig einer innenpolitischen Debatte und Auseinandersetzung zugeführt werden, die Klärung zu umstrittenen Grundfragen bringt. Diese Klärung entlastet in der Folge die Aushandlung von konkreten Verhandlungsmandaten, indem sie geklärte Grundentscheidungen berücksichtigen müssen. Sie bilden in der Folge gemeinsam mit den gesetzlichen Bestimmungen die operativen Verhandlungsgrundlagen für Bundesrat und Verwaltung, die es in den Verhandlungen zu berücksichtigen gilt.

Die Debatte um materielle Ziele und Grundsätze des Gesetzes dient ebenso dem Ziel, die öffentliche Meinung und Kenntnisse aussenwirtschaftlicher Fragen und Probleme frühzeitig in Parlament und Öffentlichkeit zu bilden und ein stärkeres allgemeines Bewusstsein für anstehende Probleme zu schaffen. Sie dienen auch dazu, eine bessere Transparenz zu erreichen und die namentlich im Recht der WTO enthaltenen Grundsätze einer breiteren Öffentlichkeit zugänglich zu machen. Transparenz bedeutet hier, dass über Verhandlungen regelmässig berichtet wird und Vorstösse und Vorschläge auch intern zur Diskussion gestellt werden und somit über die Presse auch die Öffentlichkeit verstärkt engagiert wird.

Internationale Verhandlungen sollen weiterhin von Regierung, Diplomatie und Verwaltung gegebenenfalls unter Einschluss von Kantonsvertretern hinter verschlossenen Türen geführt werden. Es geht nicht darum, Parlament und Zivilgesellschaft

daran direkt zu beteiligen. Denn ohne diplomatische Diskretion lassen sich keine Fortschritte erzielen. Allein sie ermöglicht es, Zugeständnisse ohne Gesichtsverluste zu machen und dann gegenüber Innen zu begründen. Das muss durch eine pro-aktive Information und Debatte während der Verhandlungen ergänzt werden, was sich wiederum auf die innenpolitische Meinungsbildung auswirkt. Ein Unterhändler und seine Equipe haben notwendigerweise zwei Aufgaben: die diplomatische Verhandlung und die Überzeugungs- und Öffentlichkeitsarbeit im Inland. Beide sind von gleicher Wichtigkeit. Die zweite Aufgabe ist dabei oft die grössere Herausforderung. Bereits getroffene Grundentscheidungen im Aussenwirtschaftsgesetz können hier Erleichterungen bringen, da sich die Verhandlung auf anerkannte Grundlagen berufen kann. Verfahrensrechtliche Bestimmungen strukturieren Konsultationsprozesse und machen diese transparent.

Gesetzliche Bestimmungen und Verhandlungsmandate bilden sodann die Grundlage für die Beurteilung eines ausgehandelten Vertrages und in Verhandlungen mit andern Regierungen erzielten Ergebnissen. Diese sollen an den Vorgaben gemessen werden. Abweichungen sind möglich, bedürfen aber einer Begründung. Abweichungen und nicht erreichte Ziele sind sachlich im Kontext der gesamten Vertragsverhandlung und Machtverhältnissen zu begründen. Damit wird Transparenz hergestellt. Es versteht sich, dass es sich damit rechtlich bei Grundsätzen im Wesentlichen um Zielbestimmungen handelt, die im Rahmen des Möglichen angestrebt und eingehalten werden sollen. Das schliesst rote Leitlinien mit Bezug auf bestimmte Zielsetzungen nicht aus, solange sich diese nicht auf Modalitäten der Zielerreichung beziehen. Aber weder Ziele noch das konkrete Verhandlungsmandat können in einem Verhandlungsprozess absolut gesetzt werden.

Materielle Bestimmungen können im Aussenwirtschaftsgesetz umfassender oder auch nur punktuell aufgenommen werden. Das wird wesentlich vom politischen Willen abhängen, eine Debatte zu führen und sich in Grundfragen vorgängig Klarheit verschaffen zu wollen oder diese offenzulassen. An Themen fehlt es nicht. So könnte das Gesetz unter Berücksichtigung und Berufung einschlägiger Verfassungsbestimmungen die folgenden Bereiche ansprechen:

- Grundsätze einer offenen Handelsordnung im Rahmen der multilateralen Ordnung der WTO: Nichtdiskriminierung (MFN, Inländerbehandlung), Wettbewerb, Nachhaltigkeit und Transparenz
- Grundsätze der Zollpolitik (vgl. alt Art. 29 BV 1848)⁴⁴
- Grundsätze zu Monopolen und Staatshandel

⁴⁴ Art. 29 der BV von 1848/1874 lautete:

1. Bei Erhebung der Zölle sollen folgende Grundsätze beachtet werden:

1. Eingangsgebühren:

a. die für die inländische Industrie und Landwirtschaft erforderlichen Stoffe sind im Zolltarife möglichst gering zu taxieren;
b. ebenso die zum nötigen Lebensbedarf erforderlichen Gegenstände;

- Grundsätze über die regulatorische Zusammenarbeit auf internationaler Ebene und Koordination zwischen Bund und Kantonen
- Grundsätze über die Regelung von Nicht-tarifären Handelshemmnissen und von Herstellungsmethoden (*Product and Process Methods*, PPMs)
- Grundsätze der Europapolitik und des Verhältnisses zur Europäischen Union und Integration, namentlich zu Zielen des Marktzuganges und der institutionellen Anbindung
- Grundsätze zur Freihandelspolitik mit Drittstaaten, in Bezug auf regionale Schwergewichte und Prioritäten
- Grundsätze zur Politik des Investitionsschutzes und der Verantwortung der Schweiz als Heimatstaat für das Verhalten schweizerischer Unternehmungen im Ausland
- Grundsätze zum Verhältnis von Handel, Investitionen und Entwicklungszusammenarbeit
- Grundsätze zum Verhältnis von Handel, Investitionen und Arbeitsmigration
- Grundsätze zur Berücksichtigung von Zielen der Nachhaltigkeit, zur Berücksichtigung von Arbeitnehmerrechten und Menschenrechten
- Grundsätze zur Stärkung des Produktionsstandortes Schweiz für Güter und Dienstleistungen; Grundsätze der Handelsförderung
- Grundsätze zu den Beschaffungsmärkten
- Grundsätze über Handelsanktionen und Embargomassnahmen
- Grundsätze zur Waffenausfuhr und von militärischen Material und Dual-Use-Gütern

C. Verfahrensbestimmungen

Front-loading besteht zum anderen darin, dass die Verfahrensbeteiligung bei der Festlegung von Zielsetzungen und Verhandlungsmandaten frühzeitig einsetzt. Die Ausarbeitung und periodische Revision eines Aussenwirtschaftsgesetzes stellt dies für Zielsetzungen und Grundsätze im Rahmen des demokratischen Rechtssetzungsverfahrens, einschliesslich des Referendums sicher. Verfahrensbestimmungen des

- c. die Gegenstände des Luxus unterliegen den höchsten Taxen. Diese Grundsätze sind, wenn nicht zwingende Gründe entgegenstehen, auch bei Abschliessung von Handelsverträgen mit dem Auslande zu befolgen.
2. Die Ausgangsgebühren sind möglichst mässig festzusetzen.
3. Durch die Zollgesetzgebung sind zur Sicherung des Grenz- und Marktverkehrs geeignete Bestimmungen zu treffen.
2. Dem Bunde bleibt immerhin das Recht vorbehalten, unter ausserordentlichen Umständen, in Abweichung von vorstehenden Bestimmungen, vorübergehend besondere Massnahmen zu treffen, <<https://www.bj.admin.ch/dam/data/bj/staat/gesetzgebung/archiv/bundesverfassung/bv-alt-d.pdf>>.

Gesetzes sichern dies für die Aufnahme von Verhandlungen, die Ausarbeitung von Verhandlungsmandaten, die Begleitung von Verhandlungen und die Überprüfung der Ergebnisse. Anders als die materiellen Bestimmungen gelten sie uneingeschränkt. Sie legen Vorgehen und innerstaatliche Verfahrensschritte und Konsultationsverpflichtungen für Verhandlungen, aber auch für die Wahrnehmung einseitiger Massnahmen wie Schutzvorkehrungen oder den Erlass von wirtschaftlichen Sanktionen verbindlich fest. Verfahrensbestimmungen bilden so den harten Kern des Aussenwirtschaftsgesetzes und müssten die folgenden Elemente aufweisen:

- Verfahrensregeln für die Aufnahme und Aushandlung von internationalen Verträgen
- Ausarbeitung, Diskussion und Verabschiedung und Veröffentlichung von Verhandlungsmandaten
- Stellung der Kantone im Verhandlungsprozess
- Regeln zur Veröffentlichung von Verhandlungsvorschlägen, Anhörung von Zivilgesellschaft und Wirtschaft, Parlament, Kantonen und Städten während der Verhandlungen
- Zuständigkeit zur Führung von Verhandlungen (Bundesrat, Departemente, Ämter)
- Aufgabe der Parlamentarischen Kommissionen und Regelung des gegenseitigen Verhältnisses in den Anhörungen
- Antragsrechte und Wirkung von Beschlüssen von parlamentarischen Kommissionen während der Verhandlungen
- Regeln über die vorläufige Anwendung und Inkraftsetzung von Staatsverträgen

D. Monitoring und Impact Assessment

Das Aussenwirtschaftsgesetz legt sodann fest, ob und in welchem Masse die Aussenwirtschaftspolitik einer periodischen Überprüfung unterzogen werden soll und inwieweit die Wirksamkeit von Verträgen überprüft werden muss. Die folgenden Bereiche sind umstritten und würden durch das Gesetz geklärt:

- Regeln über die vorgängige Prüfung von Vertragsprojekten auf Nachhaltigkeit und Menschenrechte
- Regeln zur periodischen nachträglichen Überprüfung und Berichterstattung über die Funktionsweise und Wirkung von internationalen Handelsverträgen zuhanden des Parlaments und allfälliger Kommissionen mit Überwachungsfunktionen

E. Rechtsschutzbestimmungen

Eine weitere Gruppe von Bestimmungen beschlägt den Rechtsschutz. Die Rechtstaatlichkeit des Aussenwirtschaftsrechts ist zufolge der Aussenpolitik als Domäne des Politischen historisch in der Schweiz noch wenig ausgeprägt und traditionell stark vom Ermessen geprägt. Entsprechende Verfahren für Schutzmassnahmen sind bis heute nicht konkretisiert, und Massnahmen unterstehen allein dem Ermessen des Bundesrates. Folgende Elemente lassen sich im Gesetz thematisieren:

- Verfahren zur Beantragung von Unternehmungen zur Aufnahme von Streitbeilegungsverfahren in internationalen Organisationen, insbesondere WTO und EU in Anlehnung an die *Trade Barriers Regulation* der EU und *Sec. 301 US Trade Act*
- Unterstützung und Beratung schweizerischer Unternehmungen in Rechtsstreitigkeiten im Ausland, einschliesslich vor Gerichten der EU und ihrer Mitgliedstaaten
- Grundsätze des Verfahrens zur Erhebung von Ausgleichszöllen gegenüber unrechtmässig subventionierten und gedumpten Einfuhren sowie von zeitlich beschränkten Schutzmassnahmen (*safeguards*)
- Regelung des innerstaatlichen Rechtsweges soweit nicht ordentliche Verfahren zur Anwendung kommen
- Bestärkung des Grundsatzes der völkerrechtskonformen Auslegung und der direkten Anwendung von Staatsverträgen, wo sich Gerichte dazu eigenen (Justiziabilität)

F. Schlussbestimmungen

Das Gesetz regelt schliesslich eine Reihe von Koordinationsproblemen, insbesondere:

- Regelung des Verhältnisses des Aussenwirtschaftsgesetzes zu Spezialgesetzen, z.B. Zollrecht (*Lex specialis*). Überprüfung, inwieweit Spezialgesetze und ihre Verfahren angepasst werden müssen in Hinblick auf eine grössere Kohärenz
- Regelung der Rechtsmittel bei Verstössen gegen das Aussenwirtschaftsgesetz und allfällige Strafbestimmungen

Einzelne Aspekte des Aussenwirtschaftsgesetzes können mittels Verordnungen weiter konkretisiert und ausführt werden. Das gilt namentlich für die *Trade Remedy*-Verfahren und das Antragsrecht auf Aufnahme einer internationalen Streitbeilegung.

VII. Zusammenfassung

Der Strukturwandel des Wirtschaftsvölkerrechts und damit auch des Aussenwirtschaftsrechts besteht darin, dass sich das Schwergewicht auf regulatorische Fragen verlagert, die früher Gegenstand des innerstaatlichen Rechts waren und heute infolge einer ausgeprägten internationalen Arbeitsteilung und von globalen und regionalen Wertschöpfungsketten zunehmend auf internationaler Ebene und durch regulatorische Zusammenarbeit angegangen werden müssen. Diese Aufgaben müssen in erster Linie multilateral und plurilateral angegangen werden. Bilaterale Verträge sind dazu wenig geeignet, es sei denn dass es sich um eine einseitige Anpassung an die Regeln des grösseren Wirtschaftsraumes handelt oder neue Regeln auf Augenhöhe zwischen zwei Wirtschaftsmächten ausgehandelt werden. Das Schwergewicht der Bemühungen muss künftig auf Arbeiten in der WTO, in Fachorganisation der UNO und auf plurilateralen Initiativen liegen, die im transatlantischen Verhältnis erneut die Anliegen des TTIP im Rahmen von NAFTA, EU und EFTA aufgreifen.

Die Verlagerung auf regulatorische Fragen auf die internationale Ebene, die früher innerstaatlich geregelt wurden, bedarf einer Überprüfung und Anpassung tradierter Kompetenzzuweisungen und Entscheidungsverfahren. Massgebend im Sinne der Lehre der *Multilevel Governance* ist die Zuweisung an die Ebene, welche sich für die Herstellung öffentlicher Güter und Wohlfahrtseffekte im Kontext der globalisierten Wirtschaft in den einzelnen Sektoren am besten eignet. Das kann, muss aber nicht länger der Nationalstaat sein. In vielen Bereichen drängt sich die Verlagerung auf die europäische oder globale Ebene zumindest in Teilfragen auf. Damit rückt die regulatorische Kooperation auf internationaler Ebene in den Mittelpunkt des Aussenwirtschaftsrechts.

Damit müssen auch innerstaatliche Verfahren der Rechtsgestaltung angepasst werden. Es geht im Wesentlichen darum, durch und mit dem Gesetzgebungsprozess Parlament, Kantone, Städte, Zivilgesellschaft und Volk eine frühzeitige Einflussnahme bei der Ausgestaltung von Zielen und Grundsätzen des Aussenwirtschaftsrechts zu ermöglichen. Es geht darum, deren Stellung im Verhandlungsprozess zu definieren. Ein neues Aussenwirtschaftsgesetz kann dazu beitragen, Ziele, Grundsätze und vor allem Verfahren der Entscheidungsfindung festzulegen und ein *Frontloading* in der Aussenwirtschafts- und europäischen Integrationspolitik herbeizuführen und sicherzustellen. Damit kann in der Folge die Debatte nach Abschluss von Verträgen entlastet und die Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit der Schweiz als Handelspartnerin gestärkt werden.

Während für die materiellen Bestimmungen im Gesetz ein weiter Spielraum besteht, sind die verfahrensrechtlichen Bestimmungen zu Rechtsschutz von Branchen und Unternehmungen und zu Transparenz und Teilhabe von Parlament, Kantonen, Wirtschaft und Zivilgesellschaft vor und während der Verhandlungen von zentraler Bedeutung. Das Gleiche gilt auch für nachträgliche Überprüfungen und Monitoring.

Sie stellen notwendige Lernprozesse und Transparenz sicher. Sie schliessen die heute bestehenden Lücken und Gaps zwischen demokratischem Gesetzgebungsverfahren und Staatsvertragsverhandlungen in einer Zeit, wo sich beide inhaltlich durch den Strukturwandel des Wirtschaftsvölkerrechts nicht mehr trennen lassen. Rechtstaatliche und demokratische Legitimation rufen nach einer breiteren und geordneten Partizipation aller Akteure im Prozess der Rechtsgewinnung.