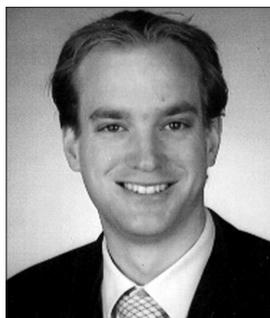


# Die Durchsetzung von WTO-Recht durch Schweizer Unternehmen

1525



**NICOLAS DIEBOLD**  
lic. iur. LL.M., Rechtsanwalt,  
wiss. Assistent Universität  
Bern, visiting Scholar Stan-  
ford Law School



**MATTHIAS OESCH**  
PD Dr. iur., LL.M., Rechts-  
anwalt, Assistenzprofessor  
an der Universität Bern,  
Lehrbeauftragter an der  
Universität Luzern

## Inhaltsübersicht

- I. Einleitung
- II. Instrumente zur Durchsetzung von WTO-Recht
  - A. Offensive Durchsetzung vor nationalen Gerichten
    - 1. Unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht
    - 2. Praxis in der EG
    - 3. Praxis in den USA
    - 4. Praxis weiterer wichtiger Handelspartner
    - 5. Praxis in der Schweiz
  - B. Offensive Durchsetzung vor dem WTO-Streitbeilegungsorgan
    - 1. Grundprinzipien des Verfahrens
    - 2. Praxis der Schweiz
  - C. Defensive Schutzmassnahmen durch die Schweiz
    - 1. Anti-Dumping-, Antisubventions- und Schutzmassnahmen
    - 2. Praxis der Schweiz
- III. Zuständigkeiten und Verfahren in der Schweiz
  - A. Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens
    - 1. Zuständigkeit
    - 2. Kontaktnahme und Entscheid
    - 3. Rechtsschutz
  - B. Defensive Schutz- und offensive Gegenmassnahmen
    - 1. Zuständigkeit
    - 2. Kontaktnahme und Entscheid
    - 3. Rechtsschutz
- IV. Als Vergleich: Zuständigkeiten und Verfahren in der EG
  - A. Offensive Durchsetzung: *Trade Barriers Regulation* und 133er Verfahren
    - 1. Trade Barriers Regulation
      - a. Antrag und Voraussetzungen
      - b. Untersuchungsverfahren
      - c. Einstellung oder Fortsetzung des Verfahrens
    - 2. Exkurs: Section 301 in den USA

- 3. Das 133er Verfahren als informell-politische Alternative
- 4. Offensivmassnahmen in der Praxis
- B. Defensive Schutzmassnahmen
  - 1. Anti-Dumping- und Antisubventionsmassnahmen
  - 2. Dringliche Schutzmassnahmen
  - 3. Defensivmassnahmen in der Praxis
- C. Rechtsschutz
  - 1. Entscheide im Rahmen der Untersuchungsverfahren
  - 2. Handelspolitische Massnahmen
- V. Würdigung

## I. Einleitung

Diskriminierende technische Vorschriften; unnötige administrative Hürden am Zoll; Verkaufsbeschränkungen; prohibitiv hohe Besteuerung; Einschränkungen im Schutz der Immaterialgüterrechte – dies sind nur einige Formen von möglichen Handelsbeschränkungen, mit denen sich Schweizer Unternehmen in Auslandsmärkten häufig konfrontiert sehen. Oft stehen solche Massnahmen nicht im Einklang mit dem multilateralen Vertragswerk der Welthandelsorganisation (WTO). Welche Instrumente stehen Schweizer Unternehmen in solchen Situationen zur Verfügung, um gegen WTO-rechtswidrige Praktiken anderer WTO-Mitglieder und privater Konkurrenzfirmen vorzugehen?

Während sich betroffene Unternehmen vor nationalen Gerichten unter Umständen direkt auf WTO-Recht berufen können, um unlautere Handelspraktiken in einem Exportstaat anzufechten, besteht keine Möglichkeit, ein formelles Streitbeilegungsverfahren vor der WTO einzuleiten. Aktivlegitimiert sind dazu nur die WTO-Mitglieder selbst. Die Schweiz trat seit der Gründung der WTO im Jahre 1995 vier Mal als Klägerin in einem Streitbeilegungsverfahren auf.<sup>1</sup> Zwei dieser Verfahren, nämlich *India – Quantitative Restrictions on Imports of Agricultural, Textile and Industrial Products*<sup>2</sup> und *Australia – Anti-Dumping Measures on Imports of Coated Woodfree Paper Sheets*<sup>3</sup> konnten nach Konsultationen im gegenseitigen Einvernehmen gelöst werden. Auch der Fall

Besonderer Dank gebührt MATHIAS SCHÄLI, Rechtsanwalt, LL.M., Leiter Rechtsdienst Internationale Handelsbeziehungen am Institut für Geistiges Eigentum, und Prof. Dr. THOMAS COTTIER, Universität Bern, für ihre wertvollen und kritischen Anmerkungen.

<sup>1</sup> Für eine länderbezogene Übersicht über alle WTO-Streitbeilegungsverfahren [http://www.wto.org/english/tratop\\_e/dispu\\_e/dispu\\_by\\_country\\_e.htm](http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/dispu_by_country_e.htm).

<sup>2</sup> DS94, Konsultationen vom 17. Juli 1997.

<sup>3</sup> DS119, Konsultationen vom 20. Februar 1998.

*Slovak Republic – Measures Concerning the Importation of Dairy Products and the Transit of Cattle*<sup>4</sup> gelangte nie bis zur Einsetzung eines Panels. Nur im Fall *United States – Definitive Safeguard Measures on Imports of Certain Steel Products* (Stahlfall)<sup>5</sup> führte die Schweiz zusammen mit sieben weiteren Klägern gegen die Vereinigten Staaten ein Panel- und Berufungsverfahren vor dem Appellate Body durch.<sup>6</sup> Im Unterschied zur Schweiz nutzen andere WTO-Mitglieder das WTO-Streitbeilegungsverfahren deutlich häufiger zur Durchsetzung ihrer handelspolitischen Interessen. So gelangten etwa die EG bis heute in 78 und die Vereinigten Staaten in 89 Fällen formell an das Streitbeilegungsorgan der WTO.

Neben Handelshemmnissen in Exportmärkten können Schweizer Unternehmen auch auf dem Heimmarkt durch unlautere Wettbewerbsvorteile ausländischer Konkurrenzprodukte geschädigt werden. Im Vordergrund stehen dabei importierte Produkte, die entweder zu einem unnatürlich tiefen, d.h. «gedumpten» Preis angeboten oder deren Produktionskosten durch unerlaubte staatliche Subventionen künstlich tief gehalten werden. Um in solchen Fällen wieder ein *level playing field* herzustellen, hat die Schweiz im Rahmen der einschlägigen WTO-Abkommen das Recht, Anti-Dumping-, Ausgleichs- oder Schutzzölle auf betroffene Einfuhren zu erheben. Auch diese handelspolitischen Instrumente werden sehr unterschiedlich in Anspruch genommen. Die Fälle, in denen die Schweiz in den letzten Jahrzehnten defensive Schutzmassnahmen ergriffen hat, lassen sich an einer Hand abzählen. Demgegenüber haben die Vereinigten Staaten von dieser Möglichkeit zwischen 1980 und 2006 in etwa 570 Fällen Gebrauch gemacht und die EG seit 1995 gar in über 670 Fällen.<sup>7</sup>

Die unterschiedlich starke Beanspruchung des WTO-Streitbeilegungsverfahrens und defensiver Schutzmassnahmen durch die Schweiz auf der einen Seite und der EG und der Vereinigten Staaten auf der anderen Seite lässt sich durchaus erklären. So verfügen die EG und die Vereinigten Staaten über ungleich grösseres politisches Gewicht, um die aussenhandelsrechtlichen Interessen ihrer Wirtschaft zu wahren. Grosse und politisch einflussreiche Wirtschaftsmächte greifen typischerweise schneller zum Instrument der Streitanehebung vor einem internationalen Gericht als kleinere Staaten. In der Schweiz zeigt sich eine traditionelle Präferenz, zwischenstaatliche Unstimmigkeiten auch im Handelsbereich unter Rekurs auf informelle Verhandlungen und einvernehmliche Schlichtung zu lösen und nur im Notfall zum Instrument der gerichtlichen Streitschlichtung zu

greifen. Gleichwohl scheint merkwürdig, dass Schweizer Exportunternehmen – im Gegensatz zu ihren europäischen und US-Konkurrenten – nur gerade vier Mal auf WTO-rechtlich problematische Handelsbeschränkungen gestossen sind, deren Lösung schliesslich dem WTO-Streitbeilegungsverfahren zugeführt werden musste. Ein zusätzlicher Grund für die zahlreichen Klagen der EG und der Vereinigten Staaten mag denn auch darin liegen, dass diese WTO-Mitglieder mit der sogenannten «Trade Barriers Regulation» (TBR)<sup>8</sup> bzw. mit der «Section 301»<sup>9</sup> formelle Verfahren etabliert haben, die den einheimischen Unternehmen erlauben, eine behördliche Untersuchung gegen Handelsbeschränkungen im Ausland zu beantragen. Gleiches gilt für das Erwirken von defensiven Schutzmassnahmen. In der Schweiz hingegen fehlt es an vergleichbaren Instrumenten. Betroffene Unternehmen haben hierzulande nur die Möglichkeit, den zuständigen Behörden handelsbeschränkende Massnahmen im Ausland über *informelle* Kanäle zur Kenntnis zu bringen. Für Schweizer Grosskonzerne etwa in der Pharmaindustrie oder Technologiebranche mag dieser pragmatische Ansatz genügen. Manche kleine und mittlere Unternehmen (KMU) sind mit dem System der WTO aber nur wenig vertraut und kennen die relevanten Instrumente zu seiner Durchsetzung kaum.

Dieser Aufsatz zeigt die verschiedenen Möglichkeiten zur Durchsetzung des WTO-Rechts auf, die Schweizer Unternehmen im Rahmen der WTO und der nationalen Gesetzgebung zur Verfügung stehen. Einleitend werden die handelsrechtlichen Instrumente dargestellt (nachfolgend II.). Sodann wird aufgezeigt, welche Behörde in der Schweiz zum Entscheid über entsprechende Massnahmen zuständig ist und welche Verfahren dabei zur Anwendung kommen (III.). Darauf folgt – als Vergleich – ein Überblick über das Verfahren, das betroffenen Unternehmen in der EG zur Verfügung steht, um die Durchsetzung von WTO-Recht zu erreichen (IV.). Die abschliessende Würdigung widmet sich schliesslich der Frage, ob das schweizerische Recht den praktischen Bedürfnissen genügt oder ob gesetzgeberischer Handlungsbedarf im Sinne einer Regelung entsprechend der EG besteht (V.).

## II. Instrumente zur Durchsetzung von WTO-Recht

Schweizerischen Unternehmen stehen verschiedene Instrumente zur Verfügung, um gegen WTO-rechtswidrige Prak-

<sup>4</sup> DS133, Konsultationen vom 7. Mai 1998.

<sup>5</sup> WT/DS253/AB/R, am 10. Dezember 2003 angenommen.

<sup>6</sup> EG, Japan, Brasilien, Südkorea, China, Norwegen und Neuseeland.

<sup>7</sup> US International Trade Commission, Office of Investigations, Import Injury Investigations Case Statistics (FY 1980–2006), 1, erhältlich auf [http://www.usitc.gov/trade\\_remedy/Report-01-08-PUB.pdf](http://www.usitc.gov/trade_remedy/Report-01-08-PUB.pdf); für die EG <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/113191.htm>.

<sup>8</sup> Verordnung (EG) Nr. 3286/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 zur Festlegung der Verfahren der Gemeinschaft im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zur Ausübung der Rechte der Gemeinschaft nach internationalen Handelsregeln, insbesondere den im Rahmen der Welthandelsorganisation vereinbarten Regeln, ABl. L 349 vom 31.12.1994.

<sup>9</sup> 19 U.S.C. § 2411, erhältlich auf [http://www.law.cornell.edu/uscode/19/uscode\\_sec\\_19\\_00002411----000-.html](http://www.law.cornell.edu/uscode/19/uscode_sec_19_00002411----000-.html).

tiken anderer WTO-Mitglieder und privater Konkurrenzfirmen vorzugehen. In gewissen Fällen können Unternehmen von sich aus tätig werden. Wenn eine staatliche Massnahme eines anderen WTO-Mitglieds die Marktzugangschancen eines schweizerischen Unternehmens beeinträchtigt und gegen WTO-Recht verstösst, bietet sich der Gang an ein nationales Gericht des entsprechenden WTO-Mitglieds an. Voraussetzung für eine erfolgreiche Klageerhebung ist diesfalls, dass das WTO-Recht vor dem nationalen Gericht unmittelbar angerufen werden kann (nachfolgend A.). In anderen Fällen sind schweizerische Unternehmen auf ein Tätigwerden der *schweizerischen Behörden* angewiesen. So steht jedem WTO-Mitglied der Gang an das Streitbelegungsverfahren der WTO offen, um eine handelsschädigende Massnahme auf ihre Konformität mit dem WTO-Recht überprüfen zu lassen. An diesem Verfahren sind nur WTO-Mitglieder beteiligt; natürliche und juristische Personen sind nicht zur Klageanhebung aktivlegitimiert (B.). Schliesslich besteht für WTO-Mitglieder unter gewissen Voraussetzungen die Möglichkeit, unilateral gegen unfaire bzw. übermässige, die einheimische Industrie schädigende ausländische Konkurrenzprodukte vorzugehen und die Marktzutrittsschranken zu erhöhen (C.).

## A. Offensive Durchsetzung vor nationalen Gerichten

Eine WTO-rechtlich problematische staatliche Massnahme kann unter Umständen durch ein nationales Gericht des Landes, in dem die Massnahme erlassen wurde, überprüft werden.

### 1. Unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht

Damit ein Schweizer Unternehmen sich vor einem nationalen Gericht auf WTO-Recht berufen kann, muss das entsprechende Rechtssystem dem WTO-Recht *unmittelbare Anwendbarkeit* gewähren.<sup>10</sup> Nach herkömmlicher Praxis müssen staatsvertragliche Normen – damit sie unmittelbar anwendbar sind – Rechte und Pflichten von Privaten zum Inhalt haben und justizierbar, d.h. genügend bestimmt und klar sein, damit sie im konkreten Einzelfall als Grundlage eines Entscheides dienen können.<sup>11</sup> Ist dies wie im Fall von

programmatischen Bestimmungen nicht gegeben, weil es zu ihrer Tauglichkeit im Gerichtsverfahren zuerst einer Ergänzung oder Konkretisierung durch den Gesetzgeber bedarf, so entfällt der self-executing Charakter einer Norm.

Das WTO-Recht beinhaltet keine Vorgaben bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit seiner Rechtsnormen.<sup>12</sup> Damit steht es jedem Mitgliedstaat frei, über die innerstaatliche Wirkung und Einordnung des WTO-Rechts im nationalen Recht zu entscheiden. Wie nachfolgend am Beispiel der EG, der Vereinigten Staaten und der Schweiz illustriert, wird die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht in der Regel abgelehnt. Die Gründe dafür liegen nicht in der fehlenden Bestimmtheit und Klarheit von WTO-Recht. Manche Bestimmungen weisen zahlreiche justiziable Gehalte auf, die sich für eine unmittelbare Anwendung durchaus eignen würden; dazu gehören typischerweise derart zentrale Grundsätze wie das Prinzip der Meistbegünstigung (Art. I GATT 1994, Art. II GATS, Art. 4 TRIPs Abkommen), der Inländerbehandlung (Art. III GATT 1994, Art. XVII GATS, Art. 3 TRIPs Abkommen) und das Verbot mengenmässiger Beschränkungen (Art. XI GATT 1994; Art. XVI GATS). Vielmehr werden für die Ablehnung primär politische Gründe ins Feld geführt. Im Vordergrund stehen dabei die fehlende Reziprozität sowie die – im Vergleich vor allem zur Exekutive – traditionell schwache Stellung der Judikative im Ausenwirtschaftsrecht.<sup>13</sup>

### 2. Praxis in der EG

Das EG-Recht kennt keine einheitliche Praxis zur Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit von Wirtschaftsvölkerrecht.<sup>14</sup>

DANIEL WÜGER, Anwendbarkeit und Justiziabilität völkerrechtlicher Normen im schweizerischen Recht: Grundlagen, Methoden und Kriterien, Bern 2005, 223 ff.; für die Praxis in der Schweiz BGE 121 V 249; BGE 124 III 90, 91 E. 3a; BGE 98 Ib 387, 387 f. E. 2 = Pra 62 Nr. 88; BGE 120 Ia 1, 11 E. 5b.

<sup>12</sup> Vgl. den Panelentscheid *United States – Sections 301–310 of the Trade Act of 1974*, WT/DS152/R, am 27. Januar 2000 angenommen, para. 7.72, wonach das WTO-Recht die unmittelbare Anwendbarkeit seiner Rechtsnormen nicht explizit regelt. Eine Ausnahme betrifft Art. XX Abs. 2 des Übereinkommens über das öffentliche Beschaffungswesen: «Die Parteien legen nichtdiskriminierende, zügige, transparente und wirksame Verfahren fest, welche den Anbietern erlauben, gegen vermutete Verletzungen des Übereinkommens im Zusammenhang mit Beschaffungen, an welchen sie ein Interesse haben oder hatten, Beschwerde zu erheben.»; zum Ganzen auch GEERT A. ZONNEKEYN, *Direct Effect of WTO Law*, London 2008.

<sup>13</sup> Zu den Argumenten für und gegen die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht COTTIER/OESCH (FN 10), 133 ff.

<sup>14</sup> Aus der reichhaltigen Literatur etwa PIETER JAN KUIJPER/MARCO BRONCKERS, *WTO Law in the European Court of Justice*, *Common Market Law Review* 2005, 1313 ff.; MARCO BRONCKERS, *Private Appeals to WTO Law: An Update*, *Journal of World Trade* 2008, 245, 255 ff.; THOMAS COTTIER/KRISTA NADAKAVUKAREN SCHEFER *The Relationship between World Trade Organization Law, National and Regional Law*, *Jour-*

<sup>10</sup> Die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit wird relevant, wenn zwischen WTO- und innerstaatlichem Recht ein Konflikt besteht, der mittels völkerrechtskonformer Auslegung nicht überbrückt werden kann; siehe zur völkerrechtskonformen Auslegung in der Schweiz, in der EG und im amerikanischen Recht THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, *Die unmittelbare Anwendbarkeit von GATT/WTO-Recht in der Schweiz*, SZIER 2004, 121, 132 f.

<sup>11</sup> Dazu etwa COTTIER/OESCH (FN 10), 129 f.; PATRICK EDGAR HOLZER, *Die Ermittlung der innerstaatlichen Anwendbarkeit völkerrechtlicher Vertragsbestimmungen*, Zürich 1998, 18 ff.;

Auf der einen Seite hat der Europäische Gerichtshof (EuGH) die unmittelbare Anwendbarkeit diverser Freihandels- und Assoziierungsabkommen zwischen der EG und Drittstaaten ausdrücklich bejaht.<sup>15</sup> Ebenso hat der EuGH die unmittelbare Anwendbarkeit des *Lomé* Abkommens zwischen der EG und diversen AKP Staaten anerkannt.<sup>16</sup>

Auf der anderen Seite hat der EuGH individuellen Klägern verschiedentlich versagt, sich direkt auf wirtschaftsvölkerrechtliche Abkommen zu stützen, obwohl diese in Bezug auf Bestimmtheit und Justiziabilität den unmittelbar angewendeten Abkommen nicht nachstehen. Im Zentrum dieser Rechtsprechung steht das Regelwerk des GATT 1947 und der WTO. Der EuGH begründete die Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT 1947 im Leiturteil *International Fruit Company* damit, dass das GATT 1947 «durch die grosse Geschmeidigkeit seiner Bestimmungen gekennzeichnet» sei.<sup>17</sup> Weiter erachtete das Gericht die Ausprägung des Konsultations- und Streitbeilegungsverfahrens nach Art. XXII und XXIII GATT 1947 sowie die Möglichkeit einseitiger Schutzmassnahmen nach Art. XIX als Grund zur Ablehnung der unmittelbaren Anwendbarkeit. Diese Praxis wurde mehrere Male explizit bestätigt; der EuGH qualifizierte das GATT 1947-Regelwerk grundsätzlich als Instrument der Handelsdiplomatie und deren Bestimmungen übers Ganze als nicht hinreichend bestimmt und klar, um unmittelbare Anwendung zu finden.<sup>18</sup> Diese Situation hat sich gemäss EuGH auch mit der Gründung der WTO nicht entscheidend geändert; er lehnte im Leiturteil *Portugal/Ministerrat*

von 1999 die unmittelbare Anwendbarkeit auch für das neue WTO-Regelwerk im Grundsatz ab.<sup>19</sup> Zusätzlich zu den altbekannten Gründen führte das Gericht aus, dass die fehlende Gegenseitigkeit bei anderen Handelspartnern zu einem Ungleichgewicht führen könnte, würde die EG-Rechtsordnung einseitig die unmittelbare Anwendbarkeit zulassen. Weiter erwähnte der EuGH zum ersten Mal die innergemeinschaftliche Machtstruktur, welche durch die unmittelbare Anwendbarkeit von WTO-Recht angetastet würde: «Hätte der Gemeinschaftsrichter unmittelbar die Aufgabe, die Vereinbarkeit des Gemeinschaftsrechts mit diesen Regelungen zu gewährleisten, so würde den Legislativ- und Exekutivorganen der Gemeinschaft der Spielraum genommen, über den die entsprechenden Organe der Handelspartner der Gemeinschaft verfügen.»<sup>20</sup> Gleichzeitig hat der EuGH zwei Fallgruppen entwickelt, in denen umstrittenes EG-Recht substantiell im Lichte relevanter WTO-Verpflichtungen geprüft wird.<sup>21</sup> Zum Einen handelt es sich dabei um Fälle über die korrekte Umsetzung *spezifischer* WTO-Verpflichtungen. Im Vordergrund stehen dabei die EG-Anti-Dumpingvorschriften, welche das relevante WTO-Recht in diesem Bereich ausdrücklich implementieren (*Nakajima*-Praxis).<sup>22</sup> Zum Anderen erlaubt der EuGH eine Berufung auf WTO-Recht, wenn im Rahmen der *Trade Barriers Regulation* die behauptete Verletzung von WTO-Recht zu beurteilen und über die allfällige Einleitung einer WTO-Klage zu entscheiden ist (*Fediol*-Praxis).<sup>23</sup>

Interessanterweise stellt es der EuGH den Mitgliedstaaten frei, WTO-Recht, das *gemischten* Abkommen entstammt, unmittelbar anzuwenden, sofern es sich um einen Bereich handelt, in dem die Gemeinschaft noch keine Rechtsvorschriften erlassen hat.<sup>24</sup> Ein nationales Gericht mag diesfalls selbständig entscheiden, ob im Rahmen des nationalen Verfassungsrechts Bestimmungen des TRIPs-Abkommens oder des GATS unmittelbar anzuwenden sind oder nicht.<sup>25</sup>

nal of International Economic Law 1998, 83, 102 ff.; SASKIA HÖRMANN/ILKA NEUGÄRTNER, § 28 Rechtsschutz Privater, in: Meinhard Hilf/Stefan Oeter (Hrsg.), WTO-Recht, Baden-Baden 2005, Rz. 32–9; ANIKA GERKEN, Rechtsschutzmöglichkeiten europäischer Wirtschaftsteilnehmer gegen GATT-widrige Wirtschaftshemmnisse, Frankfurt a.M. 2004, 109 ff.

<sup>15</sup> Rs. C-104/81, *Hauptzollamt Mainz/C.A. Kupferberg & Cie*, Slg. 1982, 3641 (Freihandelsabkommen mit Portugal); Rs. C-17/891, *Pabst & Richarz KG/Hauptzollamt Oldenburg*, Slg. 1982, 1331 (Assoziierungsabkommen mit Griechenland); Rs. C-162/96, *Racke GmbH & Co/Hauptzollamt Mainz*, Slg. 1998, I-3655 (Kooperationsabkommen mit Jugoslawien); Rs. T-155/94, *Opel Austria/Ministerrat*, Slg. 1997, II-39 (EWR-Vertrag); Rs. C-192/89, *S.Z. Sevince/Staatssecretaris von Justitie*, Slg. 1990, I-3461 (Assoziierungsabkommen mit der Türkei); Rs. C-262/96, *Sema Surul/Bundesanstalt für Arbeit*, Slg. I-2685 (Entscheidung des Assoziierungsrates EG-Türkei).

<sup>16</sup> Rs. C-469/93, *Amministrazione delle Finanze dello Stato/Chiquita Italia SpA*, Slg. 1995, I-4533.

<sup>17</sup> Rs. C-24/72, *International Fruit Company et al./Produkteschap voor Groenten en Fruit*, Slg. 1972, 1219.

<sup>18</sup> Siehe etwa Rs. 266/81, *SITO/Italienisches Finanzministerium*, Slg. 1983, 780; Rs. 267-69/81, *Finanzverwaltung/SPI*, Slg. 1981, 830; siehe auch Rs. 290/291/81, *Singer und Geigy/Finanzverwaltung*, Slg. 1983, 847; Rs. C-280/93, *Deutschland/Ministerrat*, Slg. 1994, I-4973. Alle Regierungen, die sich in diesen Fällen zur Frage geäußert haben, lehnten wie auch die EG-Kommission die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT ab (siehe etwa Slg. 1983, 744–46, 815–16, 820).

<sup>19</sup> Rs. C-149/96, *Portugal/Ministerrat*, Slg. 1999, I-8395. Die ablehnende Praxis des EuGH folgt dem politischen Willen des Ministerrats, der in der Präambel seines Beschlusses vom 22. Dezember 1994 bezüglich der Genehmigung der Verhandlungsergebnisse der *Uruguay Runde* ausführte, die WTO-Übereinkommen seien für die unmittelbare Anwendbarkeit nicht geeignet.

<sup>20</sup> *Ibid.*, Rz. 43–6.

<sup>21</sup> Zu diesen beiden Konstellationen hinten IV.A. und IV.B.

<sup>22</sup> Rs. C-69/89, *Nakajima All Precision Co. Ltd/Ministerrat*, Slg. 1991, I-2069; bestätigt in Rs. C-149/96, *Portugal/Ministerrat*, Slg. 1999, I-8395, Rz. 49; Rs. C-76/00, *Petrotub SA und Republica SA/Ministerrat*, Slg. 2003, I-79; vgl. aber auch Rs. C-351/04, *Ikea/Commissioners of Customs and Excise*, Slg. 2007, I-7723.

<sup>23</sup> Rs. C-70/87, *Fediol/Kommission*, Slg. 1989, 1781; bestätigt in Rs. C-149/96, *Portugal/Ministerrat*, Slg. 1999, I-8395, Rz. 49; siehe dazu hinten IV.C.1.

<sup>24</sup> Rs. C-300/98 und Rs. C-392/98, *Dior SA/TUK Consultancy BV und Assco Gerüste GmbH*, Slg. 2000, I-11307; Rs. C-431/05, *Merck Genéricos/Merck & Co.*, Slg. 2007, I-7001.

<sup>25</sup> Gemäss Gutachten des EuGH 1/94, Slg. 1994, I-5267, sind sowohl das TRIPs-Abkommen als auch das GATS als gemischte Abkommen zu qualifizieren.

### 3. Praxis in den USA

Das Recht der USA kennt eine traditionell grosszügige Rechtspraxis bezüglich der unmittelbaren Anwendbarkeit völkerrechtlicher Bestimmungen. Trotzdem hat sich in den letzten Jahren die Tendenz durchgesetzt, die unmittelbare Anwendbarkeit von internationalen Handelsverträgen kraft gesetzgeberischem Akt explizit auszuschliessen.<sup>26</sup> Bezüglich WTO-Recht ist die Rechtslage eindeutig: Die Einführungs-gesetzgebung des Kongresses zu den WTO-Abkommen verbietet gemäss klarem Wortlaut deren unmittelbare Anwendbarkeit.<sup>27</sup> Das *Statement of Administrative Action* bestätigt: «in sum, the language of section 102(c)(2) is intended to make clear that Congress seeks the complete preclusion of Uruguay Round agreement-related actions and defenses in respect of state law in any action or proceeding brought by or against private parties.»<sup>28</sup> Damit ist den Gerichten der USA verboten, eine Klage eines Einzelnen gestützt auf WTO-Recht zu beurteilen. Angesichts der aktuellen (wirtschafts-) politischen Stimmungslage scheint eine baldige Änderung des gesetzlich vorgeschriebenen Ausschlusses der unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht in den Vereinigten Staaten höchst unwahrscheinlich.<sup>29</sup>

### 4. Praxis weiterer wichtiger Handelspartner

Die zurückhaltende Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht lässt sich auch im Recht anderer WTO-Mitglieder beobachten. Dies gilt etwa für China, Japan, Australien, Indien oder Kanada.<sup>30</sup> In all diesen Ländern besteht für ein schweizerisches Unternehmen vor einem nationalen Gericht nur die Möglichkeit, allfällige Handelshemmnisse gestützt auf nationales Recht anzufechten. Der direkte Rekurs auf WTO-Recht bleibt ausgeschlossen.

### 5. Praxis in der Schweiz

Die schweizerische Praxis zur unmittelbaren Anwendbarkeit von Wirtschaftsvölkerrecht präsentiert sich uneinheitlich und wenig gefestigt.<sup>31</sup> So hat das Bundesgericht in seiner

früheren Rechtsprechung staatsvertragliche und innerstaatliche Normen jahrzehntelang nebeneinander angewandt, ohne sich ausdrücklich zur direkten Anwendbarkeit zu äussern. Erstmals prüfte es die direkte Anwendbarkeit völkerrechtlicher Bestimmungen 1972 im Zusammenhang mit dem Abkommen über die Errichtung der EFTA und beantwortete diese Frage positiv, wobei das Fehlen einer gerichtlichen Instanz für Private im Rahmen der EFTA wohl eine mitentscheidende Rolle gespielt hat.<sup>32</sup> Dem Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EG von 1972,<sup>33</sup> wo die fehlende Errichtung einer gerichtlichen Instanz für Private gegenteilig als negatives Indiz gewertet wurde, hat das Bundesgericht die direkte Anwendbarkeit dagegen wiederholt abgesprochen, wobei hier vor allem auf den Sinn und Zweck des Abkommens abgestellt wurde.<sup>34</sup> Immerhin hat das Bundesgericht in einem Urteil aus dem Jahr 2006 beiläufig, d.h. in einem *obiter dictum*, eine zukünftige unmittelbare Anwendung zumindest für gewisse Anwendungsbereiche nicht mehr kategorisch ausgeschlossen.<sup>35</sup> Diese Praxis des Bundesgerichts unterstreicht das Primat des Bundesrates in den Aussenwirtschaftsbeziehungen, welche der Verrechtlichung und gerichtlichen Kontrolle nicht in gleichem Masse zugänglich seien wie das innerstaatliche Recht.<sup>36</sup> Mit sehr ähnlicher Begründung – und damit immerhin konsequent vorgehend – verneinte das Bundesgericht regelmässig auch die unmittelbare Anwendbarkeit des GATT 1947.<sup>37</sup> Das Bundesgericht hat seine Zurückhaltung auch nach der Gründung der WTO und der damit einhergehenden Stärkung der institutionellen Grundlagen sowie der Verrechtlichung des Streitbeilegungsmechanismus nicht grundsätzlich aufgegeben. Die Praxis bleibt jedoch uneinheitlich. In einem Entscheid zum GATS bestätigte das Bundesgericht seine ablehnende Haltung und hielt ausdrücklich fest: «Indessen verpflichtet [das GATS] lediglich die Signatarstaaten, d.h. es schafft keine unmittelbar anwendbaren Rechte, auf die sich Fernmeldeunterneh-

Grundlagen und Perspektiven im Kontext internationaler Rechtsentwicklungen, Bern 2004; ferner COTTIER/OESCH (FN 10), 138 ff.

<sup>32</sup> BGE 98 Ib 388 = Pra 62 Nr. 88.

<sup>33</sup> Abkommen vom 22. Juli 1972 zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft und der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, SR 0.632.401.

<sup>34</sup> BGE 105 II 49 = Pra 68 Nr. 153; einzig die Ursprungsregeln hat das Bundesgericht unmittelbar angewendet, vgl. BGE 112 IV 53; BGE 114 Ib 168 = Pra 78 Nr. 31.

<sup>35</sup> Urteil 2A.593/2005 vom 6. September 2006, E. 5.4; vgl. zur unmittelbaren Anwendbarkeit des Freihandelsabkommens DANIEL WÜGER, Bundesgericht wendet Freihandelsabkommen erstmals unmittelbar an – ein Schritt vorwärts, ein Schritt zurück, Jusletter 4. April 2005.

<sup>36</sup> Dazu MATTHIAS OESCH, Gewaltenteilung und Rechtsschutz im schweizerischen Aussenwirtschaftsrecht, ZBl 2004, 285 ff. – Gleichzeitig zögert das Bundesgericht nicht, etwa das Personenfreizügigkeitsabkommen von 1999 ohne Weiteres unmittelbar anzuwenden, vgl. BGE 129 II 249, 258 E. 3.3.

<sup>37</sup> Vgl. etwa BGE 112 Ib 183 = Pra 76 Nr. 11.

<sup>26</sup> Dazu COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER (FN 14), 106 ff.

<sup>27</sup> 1994 Uruguay Round Agreements Act, 19 U.S.C. § 3511 ff., Pub.L. No. 104–305 (1996), § 102(c).

<sup>28</sup> Office of the United States President, Statement of Administrative Action Accompanying the 1994 Uruguay Round Agreement Act, 20.

<sup>29</sup> COTTIER/NADAKAVUKAREN SCHEFER (FN 14), 108, mit Verweis auf GARY HORLICK.

<sup>30</sup> Siehe dazu CAROL C. GEORGE/STEPHEN J. ORAVA (eds.), A WTO Guide for Global Business, London 2002; XIN ZHANG, Domestic Effect of the WTO Agreements: Trends and Implications, Journal of World Investment 2002, 913 ff.

<sup>31</sup> Dazu etwa WÜGER (FN 11), 233 ff., m.w.H.; zur unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht LUKAS ENGELBERGER, Die unmittelbare Anwendbarkeit des WTO-Rechts in der Schweiz:

mungen berufen könnten.»<sup>38</sup> In anderen Urteilen sowohl zum Warenhandel wie auch zum Immaterialgüter- und Dienstleistungsrecht wurde die Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des GATT 1994 bzw. des TRIPs-Abkommens und des GATS offen gelassen.<sup>39</sup> Umgekehrt haben schweizerische Gerichte wie auch Verwaltungsbehörden das Abkommen über das öffentliche Beschaffungswesen wiederholt unmittelbar angewendet.<sup>40</sup>

Die bisherige Praxis überzeugt kaum. Ihr fehlt eine hinreichende Kohärenz und Auseinandersetzung mit den grundlegenden Problemen und Herausforderungen des Wirtschaftsvölkerrechts.<sup>41</sup> Das Bundesgericht hat – wie auch andere nationale Gerichte und der EuGH – seine passende Rolle in diesem Bereich noch nicht gefunden. Die klassische Ausrichtung der Rechtsstaatlichkeit auf die Binnenbeziehungen, unter gleichzeitigem Verständnis der Aussenbeziehungen als einer Prärogative der Exekutive, lässt sich heute kaum mehr aufrechterhalten.

## B. Offensive Durchsetzung vor dem WTO-Streitbeilegungsorgan

Sofern einem Schweizer Unternehmen verwehrt ist, in einem anderen WTO-Mitglied selbständig gegen eine handelsschädigende Massnahme vorzugehen – sei es, weil keine direkte Berufung auf WTO-Recht zulässig ist, sei es, weil die nationale Gerichtsbarkeit eine Klage in der Sache abweist –, ist es auf die diplomatische Unterstützung durch die schweizerischen Behörden angewiesen. Im Zentrum steht dabei als *ultima ratio* das Recht jedes WTO-Mitglieds, eine handelsschädigende Massnahme vor dem WTO-Streitbeilegungsorgan auf ihre WTO-Konformität überprüfen zu lassen.

<sup>38</sup> BGE 125 II 293, 306 E. 4d. – Die Eidg. Kommunikationskommission hat hingegen mit Entscheidung vom 19. Februar 2004 (*TDC Switzerland AG gegen Swisscom Fixnet AG*) die Entbündelung der letzten Meile unter anderem mit der ausdrücklichen Bejahung der unmittelbaren Anwendbarkeit der spezifischen GATS-Verpflichtungsliste der Schweiz verfügt.

<sup>39</sup> Zum GATT 1994 Urteil 2A.496/1996 vom 14. Juli 1997, E. 4b, abgedruckt in JÖRG PAUL MÜLLER/LUZIUS WILDHABER, Praxis des Völkerrechts, Bern 3. A. 2001, 938; BGE 131 II 13, 27 E. 10.6; zum TRIPs-Abkommen BGE 124 III 277, 284 E. 2c; BGE 124 III 321, 330f. E. 2f; Entscheide der eidgenössischen Rekurskommission für geistiges Eigentum vom 22. September 1997, abgedruckt in sic! 1997, 581, und vom 17. November 1997, abgedruckt in sic! 1998, 51; zum GATS Urteil 2A.503/2000 und 2A.505/2000 vom 3. Oktober 2001 (*Commcare AG gegen Swisscom AG*), E. 9.

<sup>40</sup> Vgl. etwa Urteil 2P.4/2000 vom 26. Juni 2000 (*ARGE Chienbergtunnel*), E. 1d, abgedruckt in ZBl 2001, 215.

<sup>41</sup> Des Weiteren steht diese Praxis in auffälligem Gegensatz zu völkerrechtlich gewährten Freiheitsrechten (EMRK; UNO-Pakt II), die das Bundesgericht regelmässig und scheinbar selbstverständlich unmittelbar anwendet, obwohl sich etliche dieser Normen durch einen hohen Grad an Unbestimmtheit auszeichnen; dazu WÜGER (FN 11), 229 ff.

## 1. Grundprinzipien des Verfahrens

Das WTO-Streitbeilegungsverfahren beruht auf der Vereinbarung über Regeln und Verfahren zur Beilegung von Streitigkeiten (Dispute Settlement Understanding, DSU).<sup>42</sup> Sofern keine einvernehmliche Lösung gefunden wird, steht den WTO-Mitgliedern das formelle Streitbeilegungsverfahren zur Verfügung. Es ist durch folgende Prinzipien charakterisiert:

- *Einheitlichkeit*; das DSU findet auf alle Streitigkeiten Anwendung, die sich aus der richtigen Auslegung und Anwendung des WTO-Rechts ergeben. Das DSU ist Teil des *single undertaking*, womit jedes Mitglied bei seinem Beitritt zur WTO die Anwendbarkeit des DSU in seiner Gesamtheit akzeptiert hat.
- *Ausschliesslichkeit*; die WTO-Mitglieder sind, sofern sie die Unrechtmässigkeit einer Massnahme eines anderen Mitglieds feststellen und diese beseitigen lassen wollen, ausdrücklich auf das Streitbeilegungsverfahren gemäss DSU verwiesen.<sup>43</sup> Die Anrufung anderer internationaler Streitschlichtungsmechanismen ist unzulässig, sofern die Streitsache die Auslegung und Anwendung von WTO-Recht betrifft. Ebenso ist es unzulässig, durch Rückgriff auf allgemeine völkerrechtliche Regeln gemäss Art. 60 der *Wiener Vertragsrechtskonvention* einseitig Handelsanktionen zu ergreifen, ohne vom zuständigen Streitbeilegungsrat der WTO dazu ermächtigt worden zu sein.<sup>44</sup>
- *Eigenes Streitbeilegungsorgan*; mit dem Streitbeilegungsrat (Dispute Settlement Body, DSB) wurde ein eigenes Organ für die Streitbeilegung geschaffen. Dieser ist formell eigenständig, hinsichtlich seiner Zusammensetzung aber – abgesehen vom Vorsitz – identisch mit dem ständigen Allgemeinen Rat der WTO.<sup>45</sup> Gemäss Art. 2 DSU ist er zuständig für die Anwendung der Regeln und Verfahren

<sup>42</sup> Anhang 2 zum Abkommen zur Errichtung der Welthandelsorganisation, SR 0.632.20; aus der reichhaltigen Literatur dazu etwa THOMAS COTTIER/MATTHIAS OESCH, International Trade Regulation: Law and Policy in the WTO, the European Union and Switzerland, Berne/London 2005, 143 ff.; CHRISTOPH HERRMANN/WOLFGANG WEISS/CHRISTOPH OHLER, Welthandelsrecht, München 2. A. 2007, Rz. 250 ff.; STEFAN OHLHOFF, Die Streitbeilegung in der WTO, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003.

<sup>43</sup> Art. 3.7 und 23 DSU.

<sup>44</sup> Vgl. zur US-Regelung, bei Verstössen gegen internationale Handelsverträge unilaterale Retaliationsmassnahmen zu ergreifen, den Panelentscheid *US – Sections 301-310*, WT/DS152/R, am 27. Januar 2000 angenommen; ungeklärt ist die Frage, ob zusätzlich zu den WTO-Bestimmungen eine Entschädigungsforderung für (bereits vor der Streitschlichtung) erlittenen Schaden nach allgemeinem Völkerrecht zulässig ist, dazu ERNST-ULRICH PETERSMANN, From the Hobbesian International Law of Coexistence to Modern Integration Law: The WTO Dispute Settlement System, *Journal of International Economic Law* 1998, 175, 191f.; HERRMANN/WEISS/OHLER (FN 42), Rz. 260.

<sup>45</sup> Art. IV.3 WTO-Übereinkommen.

- des DSU, die Einsetzung von Panels, die Genehmigung von Entscheiden der Panels und des Appellate Body, die Überwachung der Umsetzung von Empfehlungen und die Genehmigung der Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen zur Rechtsdurchsetzung. Der Streitbeilegungsrat stellt zudem ein wichtiges Verhandlungsforum dar, in dem die Mitglieder ihre Kommentare zu einzelnen Streitfällen präsentieren und politische Spielräume für Verhandlungslösungen ausloten.
- *Annahmeautomatismus*; das WTO-Streitbeilegungsverfahren wird grundsätzlich immer noch durch das Konsensverfahren bestimmt, doch wurde dieses Prinzip für die Einsetzung eines Panels, die Annahme eines Entscheids eines Panels oder des Appellate Body und die Genehmigung der Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen zum sog. *negativen Konsens* umgekehrt.<sup>46</sup> Ein negativer Konsens schliesst notwendigerweise die Stimmen aller Parteien eines Rechtsstreits ein, womit diese Regel zur *quasi-automatischen* Einsetzung von Panels, der Genehmigung ihrer Entscheide und der Aussetzung von Zugeständnissen geführt hat. Dieser *Annahmeautomatismus* eliminiert das politische Element der Streitschlichtung weitgehend und trägt wesentlich zu ihrer *Vergerichtlichkeit* bei.
  - *Instanzenzug*; das DSU kennt zwei Instanzen, um die WTO-Konformität einer umstrittenen Massnahme zu beurteilen. Eine Empfehlung durch ein Panel kann durch Einsprache an das ständige Berufungsorgan, den Appellate Body, weitergezogen werden; dessen Überprüfung der Streitsache ist als Rechtsmittelinstanz auf Rechtsfragen beschränkt.<sup>47</sup>
  - *Durchsetzbarkeit*; nach der Annahme eines Panel- oder Appellate Body-Entscheids besteht für die obsiegende Partei das Recht, beim DSB die Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen gegenüber der unterlegenen Partei zu beantragen, sofern die unterlegene Partei die rechtswidrige Massnahme nicht innert angemessener Frist zurücknimmt oder ändert.<sup>48</sup> Die Möglichkeit, *DSU-Gegenmassnahmen* (normalerweise in der Form von Strafzöllen) zu ergreifen, dient als druckvolles Mittel, um eine säumige Partei zu einem WTO-rechtskonformen Handeln zu zwingen.<sup>49</sup>

- *Kurze Fristen*; das Verfahren ist durchwegs durch knappe Fristen gekennzeichnet. Das DSU sieht für ein Verfahren von der Einsetzung eines Panels bis zur Annahme des Entscheids des Appellate Body durch den Streitbeilegungsrat in der Regel 12 Monate und in Ausnahmefällen höchstens 16 Monate vor.<sup>50</sup> Diese Fristvorgabe ist verglichen mit anderen internationalen Streitschlichtungsbehörden, vor allem aber auch verglichen mit nationalen Gerichtsverfahren in Handelssachen, auffallend kurz.
- *Flexibilität*; trotz des hohen Grads an Verrechtlichung belässt das DSU den Parteien nach wie vor genügend Spielraum, sich auch während des Verfahrens auf eine einvernehmliche Lösung des Streitfalles zu einigen. Das DSU erlaubt bei Konsens unter den Parteien ebenfalls, den Verfahrensablauf in verschiedenen Stadien einvernehmlich zu ändern. Damit bleibt ein diplomatisches Element der Streitbeilegung erhalten.

Das Verfahren hat sich in den ersten gut zehn Jahren seines Bestehens bewährt. Die Qualität der Panel- und Appellate Body-Entscheide ist allgemein hoch. Diese Einschätzung wird von der überwiegenden Mehrheit der Beobachter geteilt. Die unerwartet hohe Zahl der erfolgreich behandelten Streitfälle spricht ebenso für das Ansehen und die Attraktivität des Verfahrens. Bis Ende 2007 wurden in 369 Fällen Konsultationen eingeleitet, von denen 105 Streitigkeiten mit einem Panel- oder Appellate Body-Entscheid endeten (wobei gegen 68 % aller Panel-Entscheide eine Beschwerde eingereicht wurde). Obwohl einige wenige *causes célèbres* wie etwa die Streitfälle zwischen der EG und den Vereinigten Staaten um Bananen, hormonbehandeltes Fleisch, Steuererleichterungen für US-amerikanische Exportfirmen oder GVO-Lebensmittel zu erheblichen Spannungen zwischen den Parteien geführt haben, ist die Rechtsbefolgung zufriedenstellend hoch. Nur in 10 Verfahren sahen sich die obsiegenden Parteien schliesslich gezwungen, die Aussetzung von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen in Form von Gegenmassnahmen als Druckmittel zur Rechtsbefolgung zu beantragen.<sup>51</sup>

## 2. Praxis der Schweiz

Die Schweiz hat das Streitbeilegungsverfahren der WTO nur wenige Male zur Durchsetzung ihrer Rechte benutzt. Davon konnten drei Fälle im formellen Konsultationsverfahren gü-

<sup>46</sup> Art. 2.4, 6.1, 16.4, 17.14, 22.6 DSU. In der Praxis wurde noch nie ein negativer Konsens erzielt.

<sup>47</sup> Art. 17 DSU.

<sup>48</sup> Solche Gegenmassnahmen sind auch nach allgemeinem Völkerrecht als Repressalien zulässig; ausführlich dazu MICHAEL J. HAHN, Die einseitige Aussetzung von GATT-Verpflichtungen als Repressalie, Berlin 1996, 73 ff., 163 ff., 234 ff., 279 ff.; THOMAS GABLER, Das Streitbeilegungssystem der WTO und seine Auswirkungen auf das Antidumping-Recht der Europäischen Gemeinschaft, Frankfurt a.M. 1997, 59.

<sup>49</sup> Der höchste je zugesprochene Schadensbetrag beläuft sich auf gut 4 Milliarden US\$ jährlich, *US – Foreign Sales Corpora-*

*tions – Arbitrators' Award* (Art. 22.6 DSU), WT/DS108/ARB, zirkuliert am 30. August 2002.

<sup>50</sup> Art. 20 DSU; in der Praxis dauert ein Verfahren gut 16 Monate, vgl. WTO Secretariat: Statistical Information on Recourse to WTO Dispute Settlement Procedures (1 January 1995-31 October 2003), WTO Dok. JOB(03)/225 of 11 December 2003, Tab. 8.

<sup>51</sup> Zu diesen Statistiken KARA LEITNER/SIMON LESTER, WTO Dispute Settlement 1995–2007 – A Statistical Analysis, *Journal of International Economic Law* 2008, 179 ff.

lich beigelegt werden; einzig im *Stahlfall* trat die Schweiz aktiv als klägerische Partei vor dem WTO-Streitbeilegungsorgan auf, nachdem die Konsultationen mit den Vereinigten Staaten zu keiner Einigung geführt hatten.<sup>52</sup> Dieser Fall betraf Schutzzölle der USA von 8 % bis 30 % auf elf verschiedenen Stahlproduktgruppen. Die Schutzzölle wurden am 20. März 2002 durch präsidiale Proklamation eingeführt und sollten für eine Dauer von drei Jahren in Kraft bleiben, wobei eine jährliche progressive Senkung vorgesehen war. Sie galten weltweit für entsprechende Stahlimporte; ausgenommen waren einzig Importe aus den NAFTA-Staaten Kanada und Mexiko, aus den Gebieten der Freihandelspartner Jordanien und Israel sowie aus gewissen Entwicklungsländern. Die Schutzzölle betrafen auch schweizerische Stahlunternehmen und deren Exporte in die USA. Überdies hatten sie zur Folge, dass ein gewisser Teil der weltweit betroffenen Produkte in andere Märkte umgeleitet wurde, was zu einer erhöhten Angebotssituation mit entsprechenden Konsequenzen für die Preisentwicklung führte. In der Folge erhöhte mehrere betroffene Länder – wie etwa die EG, nicht aber die Schweiz – ihrerseits die Zölle auf Stahlimporte.

Das Panel urteilte mit Entscheidung vom 11. Juli 2003 zu Gunsten der sieben klägerischen Parteien. Es hielt fest, dass für keine der elf umstrittenen Stahlproduktgruppen die Voraussetzungen für die Verhängung von Schutzzöllen gemäss Art. XIX GATT 1994 und dem Abkommen über Schutzmassnahmen erfüllt waren. Der Appellate Body bestätigte mit Entscheid vom 12. November 2003 den erstinstanzlichen Panelentscheid praktisch vollumfänglich. Die USA leisteten dem Urteil des Appellate Body Folge und hoben die dringlichen Schutzmassnahmen am 4. Dezember 2003 vollständig auf. Damit wurde die Anündigung einiger der obsiegenden Parteien (inklusive der Schweiz) hinfällig, in der Höhe des erlittenen Schadens ihrerseits Gegenmassnahmen (in der Form von Strafzöllen) auf verschiedene Produkte der USA zu erheben.

Trotz des eindeutigen Verdikts des WTO-Streitbeilegungsorgans hinterliess dieser Fall auf Seiten der obsiegenden Parteien einen schalen Nachgeschmack. Er offenbarte illustrativ eine Schwachstelle des geltenden Systems der Rechtsdurchsetzung in der WTO. Die unrechtmässigen Schutzzölle schotteten den US-Markt von März 2002 bis Dezember 2003 ab, ohne dass die schliesslich obsiegenden WTO-Mitglieder etwas dagegen hätten unternehmen können. Ihnen waren während des ganzen Verfahrens die Hände gebunden. Das WTO-Recht kennt keinen Anspruch, von einer unterlegenen Partei rückwirkend Schadenersatz für erlittene Handelseinbussen zu verlangen.<sup>53</sup> Ebenso wenig besteht die Möglichkeit, provisorische Massnahmen zugunsten der involvierten

WTO-Mitglieder bzw. der durch die handelsschädigende Massnahme betroffenen Unternehmen zu beantragen. Je länger die Verfahren dauern, desto länger bleiben WTO-rechtswidrige Massnahmen *sanktionslos* in Kraft. Im vorliegenden Fall traf dies nicht nur auf die unzulässigen Schutzzölle der USA zu, sondern auch auf jene Massnahmen, welche die EG zur Verhinderung einer Umleitung der Stahlexporte beschlossen hatte – letztere trafen die schweizerischen Stahlimporte besonders stark.

### C. Defensive Schutzmassnahmen durch die Schweiz

Schliesslich erlaubt das WTO-Recht unter gewissen Voraussetzungen *defensiv* den Schutz der einheimischen Wirtschaft auf dem inländischen Markt. Dabei handelt es sich um Anti-Dumping- und Antisubventionsmassnahmen (*anti-dumping and countervailing measures*) sowie um dringliche Schutzmassnahmen (*safeguard measures*); diese Massnahmen werden üblicherweise unter dem Titel *trade defences measures* oder *trade remedies* zusammengefasst. In solchen Fällen handeln die WTO-Mitglieder – unter strikter Einhaltung der Voraussetzungen des einschlägigen WTO-Rechts – unilateral, um die betroffene einheimische Industrie vor ausländischen Produkten zu schützen. Entsprechend attraktiv sind solche Schutzinstrumente auch für Schweizer Unternehmen, die sich auf dem einheimischen Markt gegen unfaire bzw. übermässige Konkurrenz schützen wollen.<sup>54</sup>

#### 1. Anti-Dumping-, Antisubventions- und Schutzmassnahmen

*Anti-Dumping-* und *Antisubventionsmassnahmen* richten sich gegen unlautere Handelspraktiken und tragen zur Durchsetzung des WTO-Rechts bei. Sie ermöglichen als Folge künstlich verfälschten Wettbewerbs protektionistische Eingriffe zugunsten der einheimischen Industrie. Demgegenüber reagieren *dringliche Schutzmassnahmen* nicht auf die Feststellung eines unrechtmässigen oder unfairen Handelsgeschehens. Vielmehr erfolgt der Import eines bestimmten Produkts diesfalls plötzlich in einem derart erheblichen Ausmass, dass es legitim erscheint, die einheimische Industrie durch höhere Marktzutrittschranken temporär zu schützen.<sup>55</sup>

<sup>52</sup> Siehe die Verweise vorne I.; zu diesem Fall ANNE-SOPHIE DREYFUS-ROTH/MATTHIAS OESCH, Amerikanische Schutzzölle auf Stahl: Die Schweiz als Klägerin vor der WTO, Die Volkswirtschaft 2004(3), 59 ff.

<sup>53</sup> Diese Frage ist in der Lehre allerdings umstritten, siehe FN 44.

<sup>54</sup> Eine spezielle Form defensiver Schutzmassnahmen stellen *Gegenmassnahmen* gemäss Art. 8 des Abkommens über Schutzmassnahmen dar, wie sie etwa die Schweiz gegenüber den Vereinigten Staaten im Nachgang zum Stahlfall androhte, dazu DREYFUS ROTH/OESCH (FN 52), 62; zu Gegenmassnahmen im Allg. GEORG M. BERRISCH, Übereinkommen über Schutzmassnahmen, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, Rz. 26 ff.

<sup>55</sup> Zu diesen Schutzinstrumenten und den WTO-rechtlichen Vorgaben etwa COTTIER/OESCH (FN 42), 486 ff., 990 ff.; HERRMANN/WEISS/OHLER (FN 42), Rz. 629 ff.

- Als Dumping wird das Verkaufen von Produkten zu einem unnatürlich tiefen, d.h. «gedumpten» Preis bezeichnet. Es handelt sich um die Geschäftspraxis von *privaten* Firmen, die sich in gewissen Marktsituationen als wirtschaftlich sinnvoll erweisen kann. Art. VI GATT 1994 verurteilt Dumping, sofern es einem inländischen Wirtschaftszweig eine bedeutende Schädigung zufügt oder zuzufügen droht. Das WTO-Recht verbietet Dumping dabei nicht *per se*. Es erlaubt den WTO-Mitgliedern aber, Schutzmassnahmen gegen gedumpte Produkte zu ergreifen und Anti-Dumpingzölle zu erheben (*anti-dumping duties*). Die einschlägigen Voraussetzungen finden sich in Art. VI GATT 1994 und im Abkommen über die Durchführung von Art. VI GATT 1994.
- Im Gegensatz zu Dumping handelt es sich bei Subventionen um *staatliche* Massnahmen zu Gunsten einzelner Wirtschaftsteilnehmer. Art. VI und XVI GATT 1994 sowie das Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen beinhalten detaillierte Regeln über verbotene Subventionen (z.B. Exportsubventionen, deren Ausschüttung von der Ausfuhrleistung abhängig gemacht wird) und anfechtbare Subventionen.<sup>56</sup> Sofern eine staatliche Beihilfe, die nicht *per se* verboten ist, dazu führt, dass dem inländischen Wirtschaftszweig des Importlandes eine bedeutende Schädigung zugefügt wird, so ermächtigt das WTO-Recht, entweder direkt gegen die unerlaubte Subvention vorzugehen und ein WTO-Streitbeilegungsverfahren zu initiieren oder unilateral Ausgleichszölle auf die subventionierten Waren zu erheben (*countervailing duties*).
- Dringliche Schutzmassnahmen werden erlassen, um die einheimische Industrie vor übermässigen Importen durch ausländische Konkurrenz zu schützen, die schlicht wettbewerbsfähiger produziert. Art. XIX GATT 1994 und das Abkommen über Schutzmassnahmen erlauben Kontingente und Schutzzölle, sofern ein ausländisches Erzeugnis als Ergebnis von Zollzugeständnissen und unvorhergesehenen Entwicklungen in derart gesteigerten Mengen eingeführt wird, dass für die einheimischen Produzenten gleichartiger Erzeugnisse ein erheblicher Schaden entsteht oder zu entstehen droht. Diese Notstandsklausel (*escape clause*) stellt ein politisch notwendiges Sicherheitsventil dar, damit sich WTO-Mitglieder überhaupt zu Marktöffnungen und Zollzugeständnissen bewegen lassen. Gleichzeitig betrifft sie einen neuralgischen Punkt der Welthandelsordnung; häufig ist es schwierig, zwischen dem berechtigten Schutz in echten Notsituationen und dem missbräuchlichen Schutz einheimischer Unternehmen zu unterscheiden.

<sup>56</sup> Bis 1999 existierte zusätzlich die Kategorie der *nicht anfechtbaren Subventionen* (wie Beihilfen für kommerzielle Forschung oder zur Entwicklung benachteiligter Regionen). Über die Wiedereinführung dieser Kategorie wird zurzeit verhandelt.

Weltweit ist die Erhebung von Anti-Dumpingzöllen das mit Abstand am häufigsten verbreitete Instrument zum Schutz der einheimischen Industrie. Zwischen 1995 und 2002 wurden 2160 Anti-Dumpingverfahren initiiert. In der gleichen Zeitspanne wurden demgegenüber «nur» 153 nationale Verfahren zum Erlass von Ausgleichsmassnahmen und 103 Verfahren zum Erlass dringlicher Schutzmassnahmen gemeldet.<sup>57</sup> All diese defensiven Schutzinstrumente spielen in zwei als besonders sensibel geltenden Bereichen des Welt Handels traditionell eine wichtige Rolle, nämlich im Handel mit Textilien und mit landwirtschaftlichen Gütern.<sup>58</sup> Für letztere sieht Art. 5 des Abkommens über die Landwirtschaft als *lex specialis* besondere Voraussetzungen zum Erlass von Schutzmassnahmen vor.

## 2. Praxis der Schweiz

Die schweizerische Praxis bezüglich defensiver Schutzmassnahmen präsentiert sich äusserst zurückhaltend. Unter dem alten GATT 1947 erliess die Schweiz vereinzelt *ad hoc* Anti-Dumpingmassnahmen gegen handelsschädigende Importe aus Ländern, in denen keine funktionierende Marktwirtschaft existierte. Seit 1995, d.h. unter dem geltenden WTO-Recht, hat die Schweiz bis heute noch nie eine Anti-Dumpinguntersuchung eingeleitet, geschweige denn Anti-Dumpingzölle auf bestimmte Einfuhren erhoben.<sup>59</sup> Ebenso wenig hat die Schweiz je Ausgleichszölle gegen unrechtmässig subventionierte Produkte erhoben.<sup>60</sup> Nicht grundlegend anders präsentiert sich die Praxis in Bezug auf den Erlass dringlicher Schutzmassnahmen. Unter dem GATT 1947 hat die Schweiz einige wenige Male die Schutzklausel nach Art. XIX GATT angerufen, um gegen übermässige Importe im Landwirtschaftsbereich (u.a. Pflirsiche) vorzugehen. Unter geltendem WTO-Recht hat die Schweiz bis anhin ein einziges Mal dringliche Schutzmassnahmen angeordnet; gestützt auf Art. 5 des Abkommens über die Landwirtschaft erliess das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement im Jahr 1999 Schutzmassnahmen gegen den Import von Schweinefleisch (Erhöhung des Ausserkontingentszollansatzes in Abhängigkeit vom jeweiligen Einfuhrpreis), nachdem der Preiszerfall auf dem EG-Schweinemarkt auch die schweizerische Schweineproduktion ernsthaft unter Druck setzte.<sup>61</sup> Die in diesem Zusammenhang gemachten Erfahrungen hin-

<sup>57</sup> Zu diesen statistischen Angaben MICHAEL J. TREBILCOCK/ROBERT HOWSE, *The Regulation of International Trade*, London 2. A. 2005, 232 f., 262 f., 300.

<sup>58</sup> HERRMANN/WEISS/OHLER (FN 42), Rz. 631.

<sup>59</sup> COTTIER/OESCH (FN 42), 1034.

<sup>60</sup> *Ibid.*, 1007.

<sup>61</sup> Verordnung vom 30. April 1999 über die Anwendung der WTO-Sonderschutzklausel im Bereich Schweinefleisch, SR 632.249.163, AS 1999 1660; für die Notifikation zuhanden der WTO Dok. G/AG/N/CHE/41 vom 26. Mai 1999; COTTIER/OESCH (FN 42), 505.

terliessen laut Angaben des Bundesrates jedoch einen zwiespältigen Eindruck; dies galt insbesondere hinsichtlich der Wirksamkeit der Schutzklauseln.<sup>62</sup> Gleichwohl ist gerade im Handel mit landwirtschaftlichen Gütern durchaus vorstellbar, dass die Schweiz auch in Zukunft von der Möglichkeit Gebrauch macht, dringliche Schutzmassnahmen gegen übermässige Importe zu erlassen.

### III. Zuständigkeiten und Verfahren in der Schweiz

In all denjenigen Fällen, in denen eine staatliche Behörde tätig wird – und nicht ein Schweizer Unternehmen selbständig gegen eine handelsschädigende Massnahme vorgeht –, stellt sich die Frage nach den Zuständigkeiten und den Verfahren, die beim Entscheid über allfällige Massnahmen relevant sind.

Im vertikalen Verhältnis zu den Kantonen ist in der Schweiz der *Bund* gemäss Art. 54 BV ausdrücklich für auswärtige Angelegenheiten zuständig. Art. 101 Abs. 1 BV ergänzt, dass der Bund die Interessen der schweizerischen Wirtschaft im Ausland wahr. Die vertikale Kompetenzverteilung sieht im Bereich des Aussenwirtschaftsrechts damit eine umfassende Zuständigkeit des Bundes vor.<sup>63</sup> Weitere, die Wirtschaft direkt oder indirekt betreffende *Sachkompetenznormen* ergänzen die umfassende Zuständigkeit des Bundes.<sup>64</sup> Diese Zuständigkeit dient als Grundlage für den Erlass geeigneter Massnahmen im Aussenwirtschaftsrecht, das wesentlich durch bi- und multilaterale Handelsverträge normiert wird. Gleichzeitig betrifft diese Zuständigkeit auch das autonome, nicht-vertragliche Aussenwirtschaftsrecht. So ermächtigt etwa Art. 101 Abs. 2 BV den Bund ausdrücklich, in besonderen Fällen entgegen dem Grundsatz der Wirt-

schaftsfreiheit Massnahmen zum Schutz der inländischen Wirtschaft zu treffen.<sup>65</sup> Damit sind *defensive Schutzmassnahmen* angesprochen. Gleichzeitig umfasst die offene Formulierung von Art. 101 BV auch andere autonome Massnahmen wie etwa die *offensive Durchsetzung von WTO-Recht* durch die Einleitung eines Streitbeilegungsverfahrens sowie nötigenfalls den Erlass handelspolitischer *DSU-Gegenmassnahmen*.

Für die Beurteilung der Zuständigkeiten und Verfahren auf Stufe des Bundes gilt es zu unterscheiden zwischen dem Entscheid über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens (nachfolgend A.) und dem Erlass defensiver Schutz- und offensiver Gegenmassnahmen (B.).

#### A. Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens

##### 1. Zuständigkeit

Die horizontale Kompetenzverteilung zwischen der exekutiven und legislativen Gewalt des Bundes richtet sich nach der Bundesverfassung. Demnach besorgt der Bundesrat nach Art. 184 Abs. 1 BV die auswärtigen Angelegenheiten unter Wahrung der Mitwirkungsrechte der Bundesversammlung; er vertritt die Schweiz nach aussen. Der Bundesrat übernimmt die operative Führungsfunktion, wobei die Bundesversammlung über wichtige aussenpolitische Grundsatzfragen und Entscheide regelmässig informiert oder konsultiert werden muss.<sup>66</sup> Die Beteiligung der Bundesversammlung an der Gestaltung der Aussenpolitik ergibt sich gestützt auf Art. 166 BV; sie zeichnet für die «demokratische Leitent-scheidung»<sup>67</sup> verantwortlich. Im Hinblick auf den Abschluss von völkerrechtlichen Verträgen ist die Kompetenzverteilung zwischen Bundesrat und Parlament ausführlich geregelt. Der Bundesrat unterzeichnet und ratifiziert die Abkommen und unterbreitet sie der Bundesversammlung zur Genehmigung, sofern er nicht zum alleinigen Abschluss ermächtigt ist (Art. 184 Abs. 2 i.V.m. 166 Abs. 2 BV).<sup>68</sup>

Im Gegensatz zur Regelung über den Abschluss von Staatsverträgen sieht die Bundesverfassung im Bereich der Durchsetzung von Handelsabkommen keine ausdrückliche Regelung über die horizontale Kompetenzverteilung vor.

<sup>62</sup> REMO ARPAGAU, Zollrecht, Basel 2. A. 2007, Rz. 654, mit Verweis auf die Antwort des Bundesrates vom 6. März 2000 auf die Interpellation Ehrler zur WTO-Schutzklausel (IP 99.3631).

<sup>63</sup> GIOVANNI BIAGGINI, Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft: Kommentar, Zürich 2007, Art. 54 Rz. 5 ff.; ASTRID EPINEY, § 55 Beziehungen zum Ausland, in: Daniel Thürer/Jean-François Aubert/Jörg Paul Müller, Verfassungsrecht der Schweiz, Zürich 2001, Rz. 20; OESCH (FN 36), 287 f.; RENÉ RHINOW, Die Bundesverfassung 2000, Basel 2000, 305 f. – Art. 54 Abs. 3 und Art. 55 BV (konkretisiert im Bundesgesetz über die Mitwirkung der Kantone in der Aussenpolitik des Bundes, SR 138.1) verpflichten den Bund, die Kantone in die aussenpolitische Mitverantwortung durch Partizipation einzubeziehen. Zudem können die Kantone im Rahmen ihrer Zuständigkeit gemäss Art. 56 Abs. 1 BV eigenständig völkerrechtliche Verträge eingehen, sofern der Bund in diesem Bereich selbst keine Verträge abgeschlossen hat (*kleine Aussenpolitik*).

<sup>64</sup> THOMAS COTTIER/REMO ARPAGAU/MATTHIAS OESCH, Grundlagen in Verfassung und Staatsvertragsrecht, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2. A. 2007, Rz. 42 f.

<sup>65</sup> Art. 104 Abs. 2 BV normiert eine spezielle Verfassungsgrundlage für Schutzmassnahmen im Bereich der Landwirtschaft zugunsten der inländischen Wirtschaft, dazu BIAGGINI (FN 63), Art. 104 Rz. 10.

<sup>66</sup> Vgl. Art. 24, 148 Abs. 3 und 152 des Bundesgesetzes vom 13. Dezember 2002 über die Bundesversammlung, SR 171.10 (Parlamentsgesetz, ParlG). Der Austausch findet vorwiegend in den Aussenpolitischen Kommissionen (APK) statt.

<sup>67</sup> BERNHARD EHRENZELLER, in: Bernhard Ehrenzeller et al. (Hrsg.), Kommentar zur schweizerischen Bundesverfassung, Lachen/Zürich 2002, Art. 166 Rz. 8.

<sup>68</sup> EPINEY (FN 63), Rz. 23.

Damit ist bezüglich der Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens die allgemeine Kompetenzverteilung über die Beziehungen zum Ausland gemäss Art. 166 und 184 BV heranzuziehen. Der Entscheid über das Vorgehen im Rahmen des WTO-Streitbeilegungsmechanismus liegt folglich allein beim Bundesrat.

## 2. Kontaktnahme und Entscheid

Im schweizerischen Recht besteht *kein formalisiertes Verfahren*, das einem privaten Wirtschaftsteilnehmer erlauben würde, den Bundesbehörden eine handelsschädigende Massnahme formell zur Kenntnis zu bringen. Schweizer Unternehmen haben nur die Möglichkeit, die zuständigen Behörden *aufzufordern*, ihre Interessen gegenüber anderen WTO-Mitgliedern offensiv zu wahren und entsprechende diplomatische Schritte einzuleiten, d.h. als *ultima ratio* ein Streitbeilegungsverfahren vor der WTO zu initiieren. Einen Hinweis darauf, welche Behörden diesfalls als primärer Ansprechpartner zu kontaktieren ist, enthält soweit ersichtlich einzig die Organisationsverordnung für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement, deren Art. 5 Abs. 1 die Aussenwirtschaftspolitik ganz allgemein dem Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco) zuweist.<sup>69</sup> Gemäss Art. 5 Abs. 2 lit. d dieser Verordnung strebt das Seco «die Verbesserung des Zugangs zu den ausländischen Märkten an und wirkt mit bei der Gestaltung einer an der Marktwirtschaft orientierten Weltwirtschaftsordnung.»<sup>70</sup> In der Praxis stellt das Seco in der Tat die erste Anlaufstelle für behauptete WTO-Rechtsverstösse durch andere WTO-Mitglieder dar.<sup>71</sup> Darüber hinaus ist ebenso möglich, sich an eine andere Bundesbehörde zu wenden, wenn dies mit Blick auf die behauptete WTO-Rechtsverletzung und die fachliche Kompetenz und Zuständigkeit des entsprechenden Amtes Sinn macht. Dies gilt etwa für das Institut für geistiges Eigentum (IGE), das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW), das Bundesamt für Gesundheit (BAG) oder das Bundesamt für Veterinärwesen (BVET). Es ist politisch zweifelsohne von Vorteil, vor der Kontaktnahme mit den Bundesbehörden die Unterstützung einflussreicher Branchenverbände und Interessenvertreter zu gewinnen und damit die Kräfte sinnvoll zu bündeln. Darüber hinaus ist vorstellbar, den Bundesrat mittels einer parlamentarischen Eingabe (Interpellation, Anfrage) auf handelsschädigende Mass-

nahmen aufmerksam zu machen, sofern dafür ein Mitglied der Bundesversammlung gewonnen werden kann. Gestützt auf Art. 125 ParlG wird der Bundesrat diesfalls aufgefordert, allfällige Massnahmen zu prüfen und darüber Auskunft zu geben.

Der Entscheid, ob und in welcher Form sich eine staatliche Massnahme gegen unlautere Handelspraktiken aufdrängt, obliegt – wie oben dargelegt – dem Bundesrat. In der Praxis entscheidet in aller Regel eine dem Bundesrat unterstellte Behörde. Manche Fälle, in denen ein betroffenes Unternehmen zwar an die Behörden gelangt, sodann aber keine Massnahmen ergriffen werden (weil beispielsweise keine Verletzung von WTO-Recht vorliegt), werden im Seco bzw. im zuständigen Fachamt selbst erledigt. In anderen Fällen interveniert die zuständige Behörde auf Ersuchen schweizerischer Unternehmen – in der Regel auf diplomatischem Weg via Botschaft – bei den entsprechenden Stellen im Zielland. Unklar bleibt, welche Behörde über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens entscheidet. Während im Stahlfall gegen die Vereinigten Staaten der damalige Vorsteher des Eidgenössischen Volkswirtschaftsdepartements, Pascal Couchepin, dem Antrag des Seco zustimmte, die Einsetzung eines WTO-Panels zu verlangen, ist durchaus vorstellbar, dass zukünftige Fälle im Gesamtbundesrat behandelt werden, wenn Fragen der aussenpolitischen Opportunität auch andere Departemente (vor allem das Eidgenössische Departement für auswärtige Angelegenheiten) betreffen.<sup>72</sup>

Als Entscheidungsgrundlagen stehen die Interessen der involvierten Unternehmen, d.h. ihre Interessen an einem möglichst diskriminierungsfreien Zugang zu ausländischen Exportmärkten, zwar offenkundig im Vordergrund. Darüber hinaus beeinflussen aber mannigfaltige weitere Erwägungen den Entscheid, ein WTO-Streitbeilegungsverfahren einzuleiten. Zu den relevanten Faktoren zählen die wirtschaftliche Bedeutung der betroffenen Branche, die politische Opportunität, gegen ein anderes WTO-Mitglied vorzugehen und sich damit aussen(wirtschafts)politisch stark zu exponieren, die Aussicht, mit weiteren WTO-Mitgliedern gemeinsam als klägerische Partei aufzutreten, die Erfolgchancen und der veranschlagte Aufwand der involvierten Behörden. Kurzum: Der Bundesrat muss bei diesem Entscheid «die Interessen des ganzen Landes im Auge behalten.»<sup>73</sup> Im Rahmen der Beurteilung über das Vorgehen der Schweiz kann es darüber hinaus von Vorteil sein, wenn betroffene Unternehmen

<sup>69</sup> Organisationsverordnung für das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement (OV-EVD) vom 14. Juni 1999, SR 172.216.1.

<sup>70</sup> Innerhalb des Seco beschäftigt sich das Ressort «WTO» im Leistungsbereich «Welthandel» der Direktion für Aussenwirtschaft hauptsächlich mit WTO-Recht.

<sup>71</sup> COTTIER/OESCH (FN 42), 151; SERGE PANNATIER/PHILIPPE REICH, in: Carol C. George/Stephen J. Orava (eds.), A WTO Guide for Global Business, London 2002, 328; für das Vorgehen der involvierten Unternehmen im Stahlfall gegen die Vereinigten Staaten DREYFUS ROTH/OESCH (FN 52), 59 f.

<sup>72</sup> Zur Entscheidfindung im Stahlfall DREYFUS ROTH/OESCH (FN 52), 60. Des Weiteren hört der Bundesrat zu wesentlichen Fragen der Aussenwirtschaftspolitik regelmässig die *Kommission für Wirtschaftspolitik* an. Diese wurde mit Verordnung vom 9. Dezember 2005 über die Kommission für Wirtschaftspolitik (SR 172.327.9) geschaffen (für die Zusammensetzung [http://www.admin.ch/ch/d/cf/ko/index\\_10103.html](http://www.admin.ch/ch/d/cf/ko/index_10103.html)).

<sup>73</sup> BGE 81 I 159, 170 E. 3, bez. einer Intervention zugunsten von Schweizer Bürgern im Ausland im Allgemeinen.

oder Branchenvertreter das Seco mit Fragen tatbeständlicher oder auch rechtlicher Natur tatkräftig unterstützen. Ebenso ist vorstellbar, dass sich involvierte Unternehmen oder Branchen an den Kosten beteiligen, die etwa eine externe anwaltliche Unterstützung nach sich ziehen.<sup>74</sup> Im Stahlfall gegen die Vereinigten Staaten verzichtete das Seco auf externe Unterstützung. Dabei zeigte sich, dass das Seco gerade bei umfangreichen Fällen mit schwierigen Sachverhalts- und Rechtsfragen aufgrund seiner beschränkten Ressourcen bald an praktische Grenzen stösst.

Der Entscheid der zuständigen Behörde, ein WTO-Streitbeilegungsverfahren einzuleiten, erinnert augenfällig an das völkerrechtliche Institut des *diplomatischen Schutzes*.<sup>75</sup> Es scheint im Licht traditioneller Definitionen und typischer Anwendungsfälle des diplomatischen Schutzes zwar fraglich, ob die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens in der Tat unter diesen Terminus zu subsumieren ist.<sup>76</sup> Gleichzeitig erlaubt ein Blick auf die schweizerische Praxis zur Gewährung bzw. Nichtgewährung von diplomatischem Schutz, *mutatis mutandis* auch den Entscheid über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens rechtlich einzufangen. So besteht in der Schweiz *kein Anspruch* darauf, dass die schweizerischen Behörden zum Schutz der eigenen Bürger gegen völkerrechtswidriges Handeln eines anderen Staates tätig werden *müssen*.<sup>77</sup> Der Bundesrat verfügt über ein beinahe unbeschränktes Ermessen, ob und in welcher Form er gegen völkerrechtswidriges Handeln vorzugehen und die Interessen der involvierten natürlichen und iuristischen Personen zu wahren gedenkt. Immerhin besteht ein

Anspruch darauf, dass die zuständige Behörde einen *Entscheid in der Sache* – d.h. bezüglich der zu ergreifenden Massnahmen oder bezüglich des Nichttätigwerdens – trifft.<sup>78</sup> Diese Entscheidung erfolgt in der Form einer *Verfügung* und muss sachlich angemessen begründet werden. Damit wird sichergestellt, dass die Entscheidung inhaltlich einsehbar und überprüfbar wird. Diese Anforderungen gelten auch für die Wahrung privater Interessen im Bereich des Wirtschaftsvölkerrechts und damit für den Antrag, gegen handelsschädigende Massnahmen anderer WTO-Mitglieder diplomatisch vorzugehen.<sup>79</sup>

### 3. Rechtsschutz

Der Entscheid, ein WTO-Streitbeilegungsverfahren zu initiieren bzw. nicht zu initiieren, ergeht – wie soeben dargelegt – in der Form einer Verfügung, wobei bei informellen oder nicht direkt an die Betroffenen gerichteten Verlautbarungen eine anfechtbare Feststellungsverfügung verlangt werden kann. Der Rechtsschutz folgt sodann den allgemeinen Bestimmungen der Bundesrechtspflege; dazu gehören insbesondere das Bundesgesetz über das Verwaltungsverfahren (VwVG), das Bundesgesetz über das Bundesverwaltungsgericht (VGG) und das Bundesgesetz über das Bundesgericht (BGG). Dabei schliessen Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG die Verwaltungsgerichts- bzw. Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten gegen «Entscheide auf dem Gebiet der inneren oder äusseren Sicherheit des Landes, der Neutralität, des diplomatischen Schutzes und der übrigen auswärtigen Angelegenheiten» ausdrücklich aus, soweit das Völkerrecht nicht einen Anspruch auf gerichtliche Beurteilung einräumt.<sup>80</sup> Diese Ausnahmeklauseln folgen der traditionellen Auffassung, wonach sich politisch brisante Entscheidungen der Exekutive im Rahmen ihrer Leitfunktion in der Aussenpolitik für eine gerichtliche Überprüfung nicht eignen. Es wird gemeinhin argumentiert, dass solche nicht justiziablen Regierungsakte (*actes de gouvernement*) ihrer Natur nach einer gerichtlichen Kontrolle entzogen seien, da die Verantwortung für aussenpolitische Massnahmen und die Wahrung guter und korrekter völkerrechtlicher Beziehungen

<sup>74</sup> Ebenso PANNATIER/REICH (FN 71), 328. In den Vereinigten Staaten ist es durchaus üblich, dass involvierte Unternehmen Parteieingaben zuhanden von WTO-Panels vorbereiten bzw. durch externe Anwälte auf eigene Kosten vorbereiten lassen.

<sup>75</sup> Dazu etwa WALTER KÄLIN/ASTRID EPINEY/MARTINA CARONI/JÖRG KÜNZLI, *Völkerrecht: Eine Einführung*, Bern 2. A. 2006, 242 ff.; MÜLLER/WILDHABER (FN 39), 545 ff.; ANDREAS R. ZIEGLER, *Einführung in das Völkerrecht*, Bern 2006, Rz. 568 ff.; Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung über die Ergänzung der Bundesverfassung durch einen Artikel 45<sup>bis</sup> betreffend die Schweizer im Ausland, BBl 1965 II 385, 434 f.

<sup>76</sup> Bejahend etwa BRONCKERS (FN 14), 246; HÖRMANN/NEUGÄRTNER (FN 14), Rz. 6 f.; siehe auch MARC IYNEJIAN, *Les moyens à disposition des particuliers en cas de violation par la Suisse des règles de l'OMC*, AJP/PJA 2003, 1353, 1354. Dagegen spricht etwa, dass bei der Verneinung der unmittelbaren Anwendbarkeit der Staat sein *eigenes* Recht geltend macht und nicht das Recht seines Staatsbürgers.

<sup>77</sup> So zum diplomatischen Schutz BGE 130 I 312 = pra 95 (2006) Nr. 37, E1.1; BGE 81 I 159, 170 E. 3, m.w.H.; Entscheid des Bundesrates vom 14. Januar 2004, E. 4, VPB 68.78; Entscheid des Bundesrates vom 30. Oktober 1996, E. 2, VPB 61.75; MÜLLER/WILDHABER (FN 39), 566 ff.; ferner ANNE PETERS/MYRIAM JUNG, *Öffentlich-rechtlicher Rechtsschutz im Zusammenhang mit den Bilateralen II*, AJP/PJA 2005, 954 ff., 958, wonach sich aus der Schutzdimension der Grundrechte «im Extremfall» ein Anspruch auf Tätigwerden auch im diplomatischen Kontext ergeben könnte.

<sup>78</sup> Vgl. Entscheid des Bundesrates vom 14. Januar 2004, Regeste, VPB 68.78: «Wenn eine Partei ein Recht auf diplomatischen Schutz geltend macht, so muss die Behörde eine Entscheidung treffen.»

<sup>79</sup> Vgl. dazu auch COTTIER/OESCH (FN 42), 151; PANNATIER/REICH (FN 71), 329.

<sup>80</sup> Dazu THOMAS HÄBERLI, in: *Basler Kommentar zum Bundesgerichtsgesetz*, Basel 2008, Art. 83 Rz. 17 ff.; vgl. Botschaft zur Totalrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, 4387: «Es handelt sich hierbei um Anordnungen mit vorwiegend politischem Charakter, die sich für eine richterliche Überprüfung nicht eignen. Aus diesem Grund ist eine Ausnahme vom Anspruch auf richterliche Beurteilung nach Artikel 29a BV zulässig.»

zum Ausland regelmässig der Exekutive obliegen.<sup>81</sup> Weiter wird vorgebracht, der Regierung komme in der Aussenpolitik traditionell ein grosser Spielraum zu; entsprechende Verfügungen stellten regelmässig Ermessensentscheide dar, die von einer gerichtlichen Überprüfung ohnehin weitgehend ausgeschlossen seien. Diese Erwägungen treffen auch auf den Entscheid über die Einleitung oder Verweigerung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens zu. Es handelt sich hier somit um einen typischen *acte de gouvernement*, der von der gerichtlichen Anfechtbarkeit ausgenommen ist.<sup>82</sup>

Ebenso wenig ist eine völkerrechtliche (Gegen-)Ausnahme einschlägig. Art. 6 Ziff. 1 EMRK verlangt, dass die Einschränkung zivilrechtlicher Ansprüche von einem unabhängigen und unparteiischen, auf Gesetz beruhenden Gericht in einem fairen Verfahren überprüft werden kann. Voraussetzung für die Anwendbarkeit von Art. 6 Ziff. 1 EMRK bildet das Bestehen von (aus dem innerstaatlichen Recht abzuleitenden) zivilrechtlichen Ansprüchen.<sup>83</sup> Dies dürfte im Fall von handelsschädigenden Massnahmen anderer Staaten nicht erfüllt sein. Das WTO-Recht begründet keine Rechte zugunsten natürlicher und juristischer Personen, sondern richtet sich grundsätzlich an die Mitgliedstaaten.<sup>84</sup> Auch das schweizerische Recht verleiht keine subjektiven zivilrechtlichen Ansprüche darauf, dass staatsvertragliche Marktzugangsregeln tatsächlich eingehalten werden.

Folglich ist gegen einen behördlichen Entscheid über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens gestützt auf Art. 72 lit. a VwVG letztinstanzlich allein die Verwaltungsbeschwerde an den *Bundesrat* zulässig. Entscheide des Bundesrats – seien es Entscheide als zuständige Behörde, seien es Beschwerdeentscheide gegen Verfügungen ihm unterstellter Behörden – sind nicht weiter anfechtbar. Dabei beschränken sich die möglichen Rügegründe gemäss ständiger Praxis zur Überprüfung behördlicher Entscheide auf dem diplomatischen Gebiet im Allgemeinen auch im Aussenwirtschaftsbereich auf das *Willkürverbot* gemäss Art. 9 BV.<sup>85</sup>

<sup>81</sup> Zur Lehre der *actes de gouvernement* ANDREAS KLEY-STRULLER, *Der richterliche Rechtsschutz gegen die öffentliche Verwaltung*, Zürich 1995, 267 ff.

<sup>82</sup> Vgl. BGE 121 II 248, 251 E. 1 (bez. Verletzung des Spezialitätsprinzips in Auslieferungssachen): «Le législateur a considéré que, dans ce domaine, le gouvernement doit demeurer seul responsable des décisions prises puisque les mesures tendant à protéger l'intégrité de l'Etat et à maintenir de bonnes relations avec l'étranger font partie de ses tâches essentielles; en outre, les décisions à prendre dans ce domaine sont d'ordinaire une question d'appréciation. Les décisions relatives à la protection diplomatique sont aussi considérées comme des mesures discrétionnaires soustraites au contrôle judiciaire.»; ähnlich BGE 81 I 159, 170 E. 3; HÄBERLI (FN 80), Art. 83 Rz. 27.

<sup>83</sup> Zu Art. 6 Ziff. 1 EMRK im Bereich des diplomatischen Schutzes BGE 130 I 312 = pra 95 (2006) Nr. 37.

<sup>84</sup> COTTIER/OESCH (FN 42), 77; HÖRMANN/NEUGÄRTNER (FN 14), Rz. 2.

<sup>85</sup> Vgl. BGE 130 I 312 = pra 95 (2006) Nr. 37, E. 1.1: «Der Bund ist frei, [diplomatischen Schutz] zu gewähren oder zu verwei-

## B. Defensive Schutz- und offensive Gegenmassnahmen

Sodann stellt sich die Frage nach den Zuständigkeiten und den Verfahren, die beim Erlass defensiver Schutzmassnahmen und offensiver DSU-Gegenmassnahmen relevant sind. Gegenmassnahmen sind von Schutzmassnahmen (Anti-Dumping- und Ausgleichszölle, dringliche Schutzmassnahmen) systemisch zwar zu unterscheiden.<sup>86</sup> Aufgrund ihrer ähnlichen Form werden die Fragen der Zuständigkeit und des Verfahrens im Folgenden für beide Massnahmen gleichwohl zusammen erläutert.

### 1. Zuständigkeit

Während die Zuständigkeit für die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens den allgemeinen Grundsätzen der Gewaltenteilung im Verfassungsrecht folgt, gelten für den Erlass weiterer handelspolitischer Massnahmen die Kompetenzdelegationen auf *Gesetzesstufe*. Als Präzisierung der Generalklausel von Art. 184 BV schreiben Art. 1 des Aussenwirtschaftsgesetzes (AWG) und Art. 7 des Zolltarifgesetzes (ZTG) die Zuständigkeit zum Ergreifen von handelspolitischen Massnahmen ausdrücklich dem *Bundesrat* zu.<sup>87</sup> Gemäss Art. 1 AWG hat der Bundesrat die Möglichkeit, schweizerische Wirtschaftsinteressen zu schützen, wenn diese durch ausländische Massnahmen oder ausserordentliche Verhältnisse im Ausland beeinträchtigt werden. Als Schutzmassnahmen können gemäss Art. 1 lit. a AWG die Einfuhr, Ausfuhr und Durchfuhr von Waren und Dienstleistungen überwacht, bewilligungspflichtig erklärt, beschränkt oder verboten werden. Nicht Bestandteil dieses Massnahmenkatalogs ist gemäss bundesrätlicher Botschaft die Erhebung von Abgaben an der Grenze; solche Abgaben richten sich ausschliesslich nach Art. 7 ZTG.<sup>88</sup> Für dringliche Schutzmassnahmen im Agrarbereich enthält Art. 11 ZTG eine Spezialregelung. Gemäss dessen Abs. 2 entscheidet in dringenden Fällen das Eidgenössische Volkswirtschaftsdepartement.<sup>89</sup> Je nach Wahl

gern, entsprechend den Umständen und aufgrund einer politischen Einschätzung der Situation, was aber nicht bedeutet, dass er in diesem Bereich willkürlich verfahren könnte. Dem Staat steht diesbezüglich ein weites Ermessen zu, das nur durch das Willkürverbot im Sinne der ständigen Rechtsprechung zu diesem Begriff (...) begrenzt wird (...).»

<sup>86</sup> Zu defensiven Schutzmassnahmen vorne II.C.1; zu DSU-Gegenmassnahmen vorne II.B.1.

<sup>87</sup> Bundesgesetz vom 25. Juni 1982 über aussenwirtschaftliche Massnahmen, SR 946.201 (Aussenwirtschaftsgesetz, AWG); Zolltarifgesetz vom 9. Oktober 1986, SR 632.10 (ZTG).

<sup>88</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen vom 7. Dezember 1981, BBl 1982 I 61, 70; dazu ARPAGAU (FN 62), Rz. 648 ff.; ferner auch BIAGGINI (FN 63), Art. 101 Rz. 6.

<sup>89</sup> Die bereits erwähnte Verordnung über Schutzmassnahmen gegen den Import von Schweinefleisch (FN 61) wurde vom EVD-

des handelspolitischen Instruments bestimmt sich somit die rechtliche Grundlage: Anti-Dumping- bzw. Ausgleichszölle zur Abwehr von gedumpten bzw. unrechtmässig subventionierten Produkten sowie dringliche Schutzzölle stützen sich auf Art. 7 ZTG, währenddem etwa mengenmässige Beschränkungen gemäss Art. 1 AWG erlassen werden.<sup>90</sup> In beiden Fällen besitzt der Bundesrat aber keine ausschliessliche Kompetenz, sondern ist auf die *Zustimmung des Parlaments* angewiesen. Gestützt auf Art. 10 Abs. 2 AWG und Art. 13 ZTG ist der Bundesrat verpflichtet, der Bundesversammlung über entsprechende Massnahmen Bericht zu erstatten; die Bundesversammlung entscheidet sodann, ob die Massnahme in Kraft bleibt bzw. ergänzt oder abgeändert werden soll.<sup>91</sup> Die Nachkontrolle und allfällige Korrektur durch die Bundesversammlung rechtfertigt sich mit Blick darauf, dass der Bundesrat durch den Erlass von Schutzmassnahmen unter Umständen schwerwiegende Einschränkungen von Grundrechten (Wirtschaftsfreiheit) in Kauf nimmt.<sup>92</sup>

Diese Regelungen über die Kompetenzverteilung im AWG und ZTG beziehen sich primär auf Abwehrmassnahmen, die unilateral und ohne vorgängiges WTO-Verfahren ergriffen werden. Dieser Schluss folgt mit Blick auf die verfassungsrechtliche Grundlage der gesetzlichen Bestimmungen, die mit Art. 101 Abs. 2 BV eine ausdrückliche Bundeskompetenz für *Schutzmassnahmen* vorsieht. Ähnlich wird Art. 1 AWG als «Schutz gegen Auswirkungen ausländischer Massnahmen oder ausserordentliche Verhältnisse im Ausland» betitelt, währenddem Art. 7 ZTG keinen Hinweis auf den Begriff «Schutz» enthält.<sup>93</sup> Entsprechend stellt sich die Frage, auf welche Grundlage DSU-Gegenmassnahmen zu stützen sind, die im Anschluss an ein Obsiegen vor dem WTO-Streitbeilegungsorgan erlassen werden können. Zwar handelt es sich dabei ebenfalls um Einfuhrbeschränkungen bestimmter Produkte im Sinne des AWG und ZTG, doch bezweckt die Aussetzung von Zugeständnissen in diesem Fall nicht primär den Schutz der inländischen Wirtschaft, sondern dient vielmehr als Druckmittel gegen den fehlbaren WTO-Mitgliedstaat, den Panel- oder Appellate Body-Entscheid zu akzeptieren und die unrechtmässigen Handelshemmnisse

zurückzunehmen. Es handelt sich somit um eine Form von Strafzöllen, denen höchstens eine indirekte Schutzwirkung zugunsten der inländischen Wirtschaft zukommt. Konkret profitieren von den DSU-Gegenmassnahmen nämlich nicht die durch unzulässige Handelsschranken geschädigten Exportunternehmen, sondern inländische Hersteller, die ihre Produkte auf dem Schweizer Markt anbieten und deren ausländische Konkurrenz von den Strafzöllen betroffen sind.

Aufgrund des Fehlens einer eigentlichen Schutzwirkung stellt sich die Frage, ob Art. 7 ZTG oder allenfalls Art. 1 AWG als Grundlage einer DSU-Gegenmassnahme dienen kann. Beide Bestimmungen gehen auf den Bundesbeschluss über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 28. September 1956 zurück, der – im Gegensatz zu noch älteren Vorläufer-Bundesbeschlüssen, die auf allgemeine wirtschaftspolitische Ziele ausgerichtet waren – als ausschliessliches Verteidigungsinstrument konzipiert war.<sup>94</sup> Die relevanten Bestimmungen des Bundesbeschlusses dienten als Vorbild für das ZTG von 1959, das bereits eine identische Regelung zum heutigen Art. 7 ZTG statuierte.<sup>95</sup> Auch die Botschaft zum ZTG von 1986 enthält keine Hinweise darauf, dass der Geltungsbereich von Art. 7 ZTG auf offensive Gegenmassnahmen hätte erweitert werden sollen.<sup>96</sup> Erstaunlich ist diesbezüglich jedoch die Botschaft zum AWG; obwohl auch Art. 1 AWG dem erwähnten Bundesbeschluss von 1956 bzw. dessen Verlängerungen von 1962 und 1972 entspricht, wird in der Botschaft ausgeführt: «Dieses Instrumentarium aufzugeben würde die schweizerische Wirtschaft der Gefahr aussetzen, protektionistischen Massnahmen ausgeliefert zu sein, die andere Staaten selbst in Abweichung von vereinbarten Liberalisierungen, treffen könnten».<sup>97</sup> Als protektio-

erlassen. Auch Art. 24 Abs. 3 des Bundesgesetzes vom 29. April 1998 über die Landwirtschaft, SR 910.1 (LWG), verweist auf Art. 11 ZTG.

<sup>90</sup> Diese Zuständigkeitsregelungen gelten auch für Gegenmassnahmen gestützt auf das Abkommen über Schutzmassnahmen (siehe FN 54).

<sup>91</sup> Dazu KARL WEBER, Das Bundesgesetz über ausserwirtschaftliche Massnahmen, in: Thomas Cottier/Matthias Oesch (Hrsg.), Allgemeines Aussenwirtschafts- und Binnenmarktrecht, Basel 2. A. 2007, Rz. 8 ff.

<sup>92</sup> GIOVANNI BIAGGINI/GEORG MÜLLER/PAUL RICHLI/ULRICH ZIMMERLI, Wirtschaftsverwaltungsrecht des Bundes, Basel 4. A. 2005, 93; die Wirtschaftsfreiheit gilt gemäss BGE 124 III 321, 331 E. 2g, auch im grenzüberschreitenden Wirtschaftsverkehr, dazu OESCH (FN 36), 294 ff.

<sup>93</sup> WEBER (FN 91), Rz. 4 ff., spricht von «Abwehrvorkehrungen».

<sup>94</sup> Der Bundesbeschluss findet sich in BBl 1956 II 267; vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 27. April 1956, BBl 1956 I 941, 947 f.: «Diese Beschränkung ergibt sich zwangsläufig daraus, dass die Massnahmen, für welche der Bundesbeschluss die Grundlage abgeben soll, als reine Verteidigungswaffe gedacht sind. Sie sollen ausschliesslich dem Schutze unserer wirtschaftlichen Interessen gegenüber vom Ausland angeordneten Massnahmen oder im Ausland bestehenden ausserordentlichen Verhältnissen dienen und nur für solange, als diese Abwehr notwendig ist.» – Zur Vor- und Entstehungsgeschichte des AWG BIAGGINI/MÜLLER/RICHLI/ZIMMERLI (FN 92), 92; WEBER (FN 91), Rz. 3.

<sup>95</sup> Bundesgesetz über den schweizerischen Zolltarif vom 19. Juni 1959, BBl 1959 II 80 ff.; vgl. Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zur Zolltarifrevision und den dazugehörigen internationalen Vereinbarungen vom 20. März 1959, BBl 1959 I 625, 678.

<sup>96</sup> Botschaft betreffend das Internationale Übereinkommen über das Harmonisierte System zur Bezeichnung und Codierung der Waren (HS) sowie über die Anpassung des schweizerischen Zolltarifs vom 22. Oktober 1985, BBl 1985 III 357, 373 ff.

<sup>97</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über ausserwirtschaftliche Massnahmen vom 7. Dezember 1981, BBl 1982 I 61, 63.

nistische Massnahmen gelten primär offensiv anzugehende Handelsschranken, weniger aber Dumping oder Exportsubventionen.

Werden schliesslich nur die materiellen Voraussetzungen von Art. 7 ZTG bzw. Art. 1 AWG betrachtet, so steht einer Anwendung auf offensive Zollerhöhungen grundsätzlich nichts im Wege. Eine WTO-rechtswidrige Handelsschranke ist durchaus als «ausländische Massnahme» zu betrachten, welche die Aussenhandelsbeziehungen der Schweiz derart beeinflusst, dass wesentliche schweizerische Wirtschaftsinteressen beeinträchtigt sein können. Unter Berücksichtigung des Wortlauts sowie der Entwicklungen der schweizerischen Handelsbeziehungen dient Art. 7 ZTG nach der hier vertretenen Auffassung folglich auch als Rechtsgrundlage zur Erhebung von DSU-Gegenmassnahmen in Form von Strafzöllen. Der Vorteil einer solchen Lösung liegt darin, dass auf diese Weise die Kompetenzverteilung zum Erlass offensiver Massnahmen zwischen Bundesrat und Parlament entsprechend dem ZTG klar geregelt ist. Würde hingegen die Anwendung von Art. 7 ZTG in diesem Zusammenhang verneint, so diene Art. 184 Abs. 3 BV als alleinige Grundlage des Bundesrats, Strafzölle in Form einer selbständigen Verordnung zu erlassen. Die Bundesversammlung wäre diesfalls nicht aufgerufen, gestützt auf Art. 13 ZTG über die Weiterführung oder Änderung der Massnahme zu bestimmen.

Schliesslich stellt sich die Frage, gestützt auf welche Rechtsgrundlage DSU-Gegenmassnahmen zu treffen sind, wenn diese nicht den Warenhandel, sondern den Dienstleistungshandel oder den Schutz der Immaterialgüterrechte betreffen. Was den *Dienstleistungsverkehr* anbelangt, so kann dieser nach Art. 1 lit. a AWG gemäss denselben Voraussetzungen wie der Warenverkehr überwacht, bewilligungspflichtig erklärt, beschränkt oder verboten werden. Auch diese Bestimmung gilt – analog zu Art. 7 ZTG bezüglich Schutz- und Gegenmassnahmen im Bereich der Zölle – nach der hier vertretenen Auffassung für Defensiv- wie auch für Offensivmassnahmen.<sup>98</sup> Diesen Schluss unterstützt auch die Botschaft, wonach im Bereich der Dienstleistungen weniger die Beeinträchtigung schweizerischer Unternehmen durch ausländische Massnahmen das Problem darstelle, sondern vielmehr der Zugang zu Auslandmärkten.<sup>99</sup> Hingegen ist die Aussetzung von Zugeständnissen im Bereich des internationalen *Immaterialgüterrechts*, d.h. im Bereich des TRIPs-Abkommens, auf Gesetzesstufe nicht vorgesehen. Eine solche Verordnung hätte der Bundesrat folglich direkt auf Art. 184 Abs. 3 BV zu stützen und entsprechend ohne Beteiligung des Parlaments zu erlassen.

## 2. Kontaktnahme und Entscheid

Analog zur Anhebung einer WTO-Klage besteht im schweizerischen Recht kein formalisiertes Verfahren, um den Erlass einer Schutz- oder Gegenmassnahme zu beantragen. Ebenso wenig enthalten das AWG oder andere spezialgesetzliche Bestimmungen Hinweise darauf, welche Behörde diesbezüglich zuständig ist. Auch in diesem Fall ist in der Praxis das Seco der erste Ansprechpartner. Dieses bereitet sodann in enger Zusammenarbeit mit der Eidgenössischen Zollverwaltung (EZV) entsprechende Massnahmen in Form einer Verordnung vor, sofern sich solche aufdrängen. Im Fall von Schutzmassnahmen gegen landwirtschaftliche Produkte übernimmt das BLW die Federführung.

Der Bundesrat kann nur dann ausserordentliche Zölle (Art. 7 ZTG) erheben oder andere Massnahmen (Art. 1 AWG) ergreifen, wenn die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllt sind. Im schweizerischen Recht sind dafür Art. 1 AWG bzw. Art. 7 ZTG relevant. Als erste Voraussetzung wird verlangt, dass «ausländische Massnahmen» oder «ausserordentliche Verhältnisse im Ausland» vorliegen. Gemäss der Botschaft zum Bundesbeschluss von 1956 handelt es sich dabei vor allem um Ein- und Ausfuhrbeschränkungen, Devisenbewirtschaftungsmassnahmen, offene Währungszerüttungen oder um künstliche Exportförderungsmassnahmen mit Dumpingcharakter. Weiter führt der Bundesrat aus: «Die Rückwirkung solcher Massnahmen und Zustände können natürlich nicht nur schweizerische Exportzweige betreffen, sondern ebenso gut reine Inlandbranchen».<sup>100</sup> Als zweite Voraussetzung (die allerdings nur in Art. 7 ZTG enthalten ist) muss eine «Beeinflussung der Aussenhandelsbeziehungen» vorliegen, was in der Regel ohne Weiteres zu bejahen sein dürfte. Problematischer ist schliesslich die dritte Voraussetzung, welche eine «Beeinträchtigung wesentlicher schweizerischer Wirtschaftsinteressen» verlangt. Die Prüfung dieser Voraussetzung impliziert gemäss bundesrätlicher Botschaft eine umfassende Interessen- und Güterabwägung:

«Es versteht sich, dass die in Artikel I des Entwurfes vorgesehenen Einschränkungen des grenzüberschreitenden Waren- und Zahlungsverkehrs nicht leichthin angeordnet werden dürfen. Bei der Beurteilung der Frage, ob eine Beeinträchtigung wesentlicher schweizerischer Wirtschaftsinteressen im Sinne von Artikel I des Entwurfes vorliegt, wird nicht nur auf die Situation des von den ausländischen Massnahmen oder ausländischen Verhältnissen betroffenen schweizerischen Wirtschaftszweiges abgestellt werden können. Vielmehr sind auch die Auswirkungen der Abwehrmassnahmen auf andere Wirtschaftszweige und auf die Konsumenten in Betracht zu ziehen. Der Entscheid darüber, ob ein wesentliches und damit auch schützenswertes Interesse beeinträchtigt ist, hängt

<sup>98</sup> So wohl auch BIAGGINI/MÜLLER/RICHLI/ZIMMERLI (FN 92), 93.

<sup>99</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über ausenwirtschaftliche Massnahmen vom 7. Dezember 1981, BBl 1982 I 61, 70.

<sup>100</sup> Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Entwurf eines Bundesbeschlusses über wirtschaftliche Massnahmen gegenüber dem Ausland vom 27. April 1956, BBl 1956 I 941, 948 f.

somit vom Ergebnis der Abwägung dieser oftmals gegenläufigen Interessen von Produzenten oder Exporteuren einerseits und Konsumenten und Importeuren andererseits ab.»<sup>101</sup>

Zusätzlich zu den landesrechtlichen Voraussetzungen setzt das WTO-Recht die relevanten Leitplanken und regelt in detaillierter Weise verfahrens- und materiellrechtliche Bedingungen. Im Falle von defensiven Schutzmassnahmen sind neben den einschlägigen Normen des GATT 1994 je nach Tatbestand das Abkommen über die Durchführung von Art. VI GATT 1994 (Anti-Dumping), das Abkommen über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen oder das Abkommen über Schutzmassnahmen einschlägig.<sup>102</sup> Wird demgegenüber der Erlass einer DSU-Gegenmassnahme angestrebt, so muss die Schweiz im Anschluss an ein Panel- oder Appellate Body-Verfahren vom Dispute Settlement Body (DSB) formell dazu ermächtigt werden.

Analog zur Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens besteht auch im Rahmen defensiver Schutz- und Gegenmassnahmen *kein Anspruch* auf ein entsprechendes Tätigwerden der schweizerischen Behörden.<sup>103</sup> Es liegt letztlich im Ermessen des Bundesrates, ob und – allenfalls – in welcher Form er gegen gedumpte oder unrechtmässig subventionierte bzw. übermässige Warenimporte vorzugehen gedenkt. Wiederum besteht immerhin ein Recht darauf, dass die Behörden einen negativen Entscheid förmlich im Rahmen einer *Verfügung* erlassen und sachlich begründen. Zudem gewähren die relevanten WTO-Abkommen in nationalen Verfahren, die zum Erlass defensiver Schutzmassnahmen führen, «allen interessierten Parteien» umfassende Akteneinsichts- und Parteirechte.<sup>104</sup>

### 3. Rechtsschutz

Die Erwägungen zum Rechtsschutz gegen den Entscheid, ein WTO-Streitbeilegungsverfahren zu eröffnen, gelten grundsätzlich auch im Bereich defensiver Schutz- und offensiver Gegenmassnahmen.<sup>105</sup> Der Entscheid, *keine* solchen Massnahmen zu treffen, stellt einen *acte de gouvernement* dar. Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG schliessen die Verwaltungsgerichts- bzw. Einheitsbeschwerde in öffentlich-rechtlichen Angelegenheiten diesfalls aus. Gestützt auf Art. 72 lit. a VwVG verbleibt letztinstanzlich allein die

Verwaltungsbeschwerde an den Bundesrat. Auch hier ist der Ermessensspielraum der Behörden einzig durch das Willkürverbot gemäss Art. 9 BV begrenzt.

Anders präsentiert sich die Situation, wenn der Bundesrat entscheidet, *defensive Schutzmassnahmen* (Anti-Dumpingzölle, Ausgleichsmassnahmen und Schutzzölle) zu erlassen. Diesfalls sind diverse Unternehmen – etwa einheimische Importeure, für die sich höhere Marktzutrittsschranken nachteilig auswirken oder ausländische Exporteure, deren Produkte mit höheren Zöllen belastet werden – persönlich und unmittelbar betroffen. Sie haben ein legitimes Interesse, eine Verordnung bzw. einen Entscheid, der gestützt darauf ergeht und sodann erlaubt, die Unrechtmässigkeit der Verordnung vorfrageweise zu rügen, durch ein unabhängiges Organ überprüfen zu lassen.<sup>106</sup> In der Tat finden die Ausnahmebestimmungen von Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG in dieser Konstellation keine Anwendung. Zwei Gründe sprechen für eine solche Lesart. Zum einen wird in der Lehre und Praxis zu Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG (bzw. zu seiner identisch lautenden Vorgängerbestimmung in Art. 100 Abs. 1 lit. a OG) mehrheitlich und zu Recht darauf hingewiesen, dass nur Anordnungen mit überwiegend politischem Charakter, die *ausschliesslich* auswärtige Angelegenheiten betreffen, *actes de gouvernement* darstellen. Folglich sei der Residualbegriff der «übrigen auswärtigen Angelegenheiten» eng auszulegen.<sup>107</sup> Die Entscheidung, *ob* defensive Schutzmassnahmen erlassen werden, stellt als solche zwar einen *acte de gouvernement* dar. Dies schliesst gleichzeitig aber nicht aus, dass bei der konkreten Ausgestaltung einer Massnahme die Einhaltung der einschlägigen rechtlichen Bestimmungen gerichtlicher Nachkontrolle zugeführt wird. Es geht um die korrekte Auslegung und Anwendung der Vorgaben im nationalen und im WTO-Recht, nicht um die Wahrung guter und korrekter völkerrechtlicher Beziehungen zum Ausland oder qualifiziert politische Interessen, die in einem justizfreien Raum gegeneinander abgewogen werden müssten.<sup>108</sup> Zum anderen verlangen Art. 13 des Abkommens zur Durchführung des Artikels VI des GATT

<sup>101</sup> Botschaft zu einem Bundesgesetz über aussenwirtschaftliche Massnahmen vom 7. Dezember 1981, BBl 1982 I 61, 69 f.; vgl. auch BIAGGINI/MÜLLER/RICHLI/ZIMMERLI (FN 92), 92, wonach das schweizerische Abwehrdispositiv für den Erlass von Schutzmassnahmen denn auch «lediglich für pathologische Fälle gedacht» ist.

<sup>102</sup> Vorne II.C.1.

<sup>103</sup> Ebenso BIAGGINI (FN 63), Art. 101 Rz. 6.

<sup>104</sup> Vgl. Art. 6 des Abkommens zur Durchführung des Artikels VI des GATT 1994 (Anti-Dumping), Art. 12 des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen, Art. 3 des Abkommens über Schutzmassnahmen.

<sup>105</sup> Vorne III.A.3.

<sup>106</sup> Anti-Dumping-, Ausgleichsmassnahmen und Schutzzölle wirken generell-abstrakt und werden in Verordnungsform erlassen; dies gilt auch dann, wenn sich eine solche Massnahme nachweislich nur gegen einen oder einige wenige Produkte richtet. Gemäss Art. 190 Abs. 4 BV sind Verordnungen nicht direkt anfechtbar (vgl. BVGE C-7589/2007 vom 14. März 2008, E. 9.2 ff., bez. der Nichtanfechtbarkeit einer Verordnung gestützt auf Art. 184 Abs. 3 BV auch im Licht von Art. 29a BV und Art. 6 EMRK).

<sup>107</sup> BGE 104 Ib 129, 131f. E. 1; HANSJÖRG SEILER/NICOLAS VON WERDT/ANDREAS GÜNGERICH, Bundesgerichtsgesetz (BGG): Handkommentar, Bern 2007, Art. 95 Rz. 20; OESCH (FN 36), 312 ff.; Botschaft zur Teilrevision der Bundesrechtspflege vom 28. Februar 2001, BBl 2001 4202, 4387 f.

<sup>108</sup> Ähnlich in Bezug auf *Ausfuhrbeschränkungen* gestützt auf das AWG HÄBERLI (FN 80), Art. 83 Rz. 28; SEILER/VON WERDT/GÜNGERICH (FN 107), Art. 95 Rz. 18.

1994 (Anti-Dumping) und Art. 23 des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen ausdrücklich die Möglichkeit einer unabhängigen Überprüfung, wenn Anti-Dumpingzölle oder Ausgleichsmassnahmen in Kraft gesetzt werden. Im schweizerischen Rechtsmittelsystem kommt als unabhängige Beschwerdeinstanz zur Überprüfung einer bundesrätlichen Verordnung (bzw. einer Verfügung gestützt auf eine Verordnung) nur das Bundesverwaltungsgericht bzw. das Bundesgericht in Frage.<sup>109</sup>

Als mögliche *Rüegegründe* stehen zwei Kategorien im Vordergrund. Zum einen ist möglich, die Verletzung von schweizerischem Verfassungs- und Gesetzesrecht zu rügen, insbesondere grundrechtlicher Gewährleistungen (Wirtschaftsfreiheit, allenfalls Verfahrensgrundrechte) sowie die gesetzlichen Voraussetzungen des AWG und ZTG. Zum anderen hängt die Legitimität defensiver Schutzmassnahmen entscheidend davon ab, ob sie in Einklang mit dem WTO-Recht erlassen werden. Aus diesem Grund drängt sich auf, zumindest im Bereich defensiver Schutzmassnahmen die Überprüfung staatlicher Hoheitsakte im Licht von WTO-Recht zuzulassen und seine unmittelbare Anwendbarkeit punktuell zu bejahen.<sup>110</sup> Eine solche Lösung scheint rechtstaatlich umso zwingender, als dass der schweizerische Gesetzgeber – im Gegensatz zu den meisten anderen WTO-Mitgliedern – diese staatsvertraglichen Vorgaben nicht ins nationale Recht umgesetzt hat und die Exekutive entsprechend über rechtstaatlich bedenklich grosse Ermessensspielräume verfügt.

Auch im Falle von *DSU-Gegenmassnahmen* entscheidet der Bundesrat letztinstanzlich, ob Strafzölle erhoben werden sollen oder nicht; dieser Entscheid unterliegt als *acte de gouvernement* keiner gerichtlichen Prüfung. Hingegen sind einmal erlassene DSU-Gegenmassnahmen bzw. auf entsprechende Verordnungen gestützte Einzelakte grundsätzlich gerichtlich anfechtbar. Analog zu den Erwägungen zum Rechtsschutz gegen defensive Schutzmassnahmen finden die Ausnahmebestimmungen von Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG keine Anwendung. Diesfalls beschränken sich die möglichen *Rüegegründe* praktisch auf die Verletzung von Bundesrecht (grundrechtliche Gewährleistungen und Art. 7 ZTG). Das WTO-Recht verlangt demgegenüber nur, dass der DSB das obsiegende Land förmlich zur Aussetzung

von Zugeständnissen und sonstigen Verpflichtungen gegenüber der unterlegenen Partei ermächtigt hat. Darüber hinaus sieht das WTO-Recht keine weiteren nennenswerten Voraussetzungen vor. Entsprechend entfällt praktisch der Rüegegrund, Staatsvertragsrecht sei verletzt.

#### IV. Als Vergleich: Zuständigkeiten und Verfahren in der EG

Im Gegensatz zur Schweiz haben andere WTO-Mitglieder formalisierte Verfahren geschaffen, die dazu dienen, Handelsbeschränkungen im Ausland zugunsten der eigenen Exportindustrie zu beseitigen sowie unfaire Handelspraktiken auf dem eigenen Markt abzuwehren. Als Beispiel werden im Folgenden die handelspolitischen Instrumente der EG erläutert, wobei einzelne Quervergleiche zur Regelung in den Vereinigten Staaten die verschiedenen Ansätze aufzeigen.<sup>111</sup>

Die gemeinsame Handelspolitik der EG richtet sich gemäss Art. 133 EGV nach einheitlichen Grundsätzen. Dieser Einheitlichkeitsgrundsatz gilt nicht nur für die Gestaltung des Aussenhandels durch den Abschluss von Handelsabkommen, sondern erfasst auch handelspolitische Schutzmassnahmen wie die in Art. 133 Abs. 1 EGV beispielhaft genannte Abwehr von Dumping und Subventionen. Darüber hinaus kann der Grundsatz von Art. 133 EGV auch für die Bekämpfung von unzulässigen Handelshemmnissen in Drittstaaten herangezogen werden. Art. 133 EGV begründet für diese Massnahmen eine ausschliessliche Kompetenz zugunsten der Gemeinschaft.<sup>112</sup> Gleichwohl sah sich die damalige EWG erst im Jahre 1984 veranlasst, mit der Verordnung (EWG) Nr. 2641/84 das sogenannte *Neue Handelspolitische Instrument* (NHI) zur Bekämpfung von unzulässigen Handelsbeschränkungen zu schaffen.<sup>113</sup> Dieses Instrument entstand vor dem Hintergrund, dass nach fortlaufenden Zollsenkungen im Rahmen des GATT 1947 Staaten vermehrt versuchten, die einheimische Wirtschaft durch nichttarifäre Handelshemmnisse zu schützen. Der Erfolg des NHI wird allgemein als mässig beurteilt. Von sieben Anträgen zwischen 1984 und 1994 gab die Kommission fünf statt. In vier Fällen beseitig-

<sup>109</sup> Damit besteht bezüglich der *direkten* – und nicht bloss akzessorischen – Anfechtbarkeit einer Verordnung ein Widerspruch zu Art. 190 Abs. 4 BV, wonach Akte des Bundesrates unanfechtbar sind.

<sup>110</sup> Auch der Bundesrat beurteilte in einer Antwort auf einen Antrag bez. Einführung von Anti-Dumpingzöllen zur Walderhaltung (Amtl. Bull. NR 1988, 693 ff.) das noch unter der *Tokyo*-Runde ausgehandelte Abkommen über Dumping und Ausgleichsmassnahmen ausdrücklich als ein direkt anwendbares Instrument; vgl. COTTIER/OESCH (FN 42), 505, wonach die unmittelbare Anwendbarkeit gestützt auf den Verweis in Art. 11 ZTG zumindest im Agrarbereich ausdrücklich normiert wird.

<sup>111</sup> Mittlerweile verfügt auch China – nach der EG und den USA als drittes WTO-Mitglied – über ein formelles Verfahren zur Durchsetzung der WTO-Rechte, dazu BRONCKERS (FN 14), 255.

<sup>112</sup> WOLFGANG MÜLLER-HUSCHKE, Vorbem. Artikel 131–134 EGV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Rz. 9 f.

<sup>113</sup> Verordnung (EWG) Nr. 2641/84 des Rates vom 17. September 1984 zur Stärkung der gemeinsamen Handelspolitik und insbesondere des Schutzes gegen unerlaubte Handelspraktiken, ABl. L 252 vom 20.9.1984; MARCO C.E.J. BRONCKERS, Private Participation in the Enforcement of WTO Law: The New EC Trade Barriers Regulation, *Common Market Law Review* 1996, 299, 301 f.

ten die betroffenen Drittstaaten die beanstandeten Handelshemmnisse sodann, während in einem Fall der GATT-Streitbeilegungsmechanismus beansprucht wurde.<sup>114</sup>

Die Gründung der WTO im Jahre 1995 und die damit verbundene Ausdehnung des Vertragswerks auf Bereiche wie Dienstleistungen und Immaterialgüterrechte führte zur Ablösung des NHI durch die *Trade Barriers Regulation* (TBR).<sup>115</sup> Die TBR verfügt über einen auf die WTO ausgerichteten Geltungsbereich und ist speziell auf das WTO-Streitbeilegungsverfahren zugeschnitten (nachfolgend A.1.). Ein ähnliches Verfahren kennt das US-amerikanische Recht mit der *Section 301*. Darauf ist im Rahmen eines Exkurses kurz einzugehen (A.2.). Es gilt zu betonen, dass die EG auch ohne vorgängiges Verfahren nach der TBR die Möglichkeit hat, direkt gestützt auf Art. 133 EGV von Amtes wegen handelspolitische Massnahmen zu ergreifen (A.3.). Neben der TBR, die sich gegen staatliche Handelshemmnisse auf Exportmärkten richtet, verfügt die EG über Instrumentarien zur Abwehr unlauterer Handelspraktiken von privaten Unternehmen, die ihre Waren in den EG-Markt importieren. Im Vordergrund stehen hier Schutzmassnahmen gegen gedumpte Waren (Anti-Dumpingzölle; *anti-dumping duties*) und gegen unrechtmässig subventionierte Waren (Ausgleichszölle; *countervailing measures*) sowie dringliche Schutzmassnahmen gegen übermässige Importe (*safeguard measures*) (B.). Diese handelspolitischen Instrumentarien binden die betroffenen Unternehmen mit in die Untersuchung ein und gestehen ihnen verschiedene Verfahrensrechte zu. Entsprechend besteht auch die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit der durch die Kommission im Rahmen der Untersuchungsverfahren getroffenen Entscheide sowie teilweise auch der handelspolitischen Massnahmen als solche gerichtlich überprüfen zu lassen (C.).

## A. Offensive Durchsetzung: *Trade Barriers Regulation* und 133er Verfahren

### 1. Trade Barriers Regulation

Die TBR verfolgt gemäss Art. 1 das *Ziel*, mit der Festlegung eines Verfahrens im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik gegen Handelshemmnisse vorzugehen, die mit internationalen Handelsregeln, insbesondere der WTO, nicht im Einklang stehen. Im Rahmen dieser allgemeinen Zielsetzung unterscheidet die TBR zwischen zwei Arten von Handelshemmnissen, nämlich solche mit nachteiliger Auswirkung (i) auf den Markt eines Drittlandes einerseits sowie (ii) auf den Markt der EG andererseits. Der Begriff «Markt eines Drittlands» bezieht sich auf den Exportmarkt und umfasst

jegliche Behinderung von Ausfuhren aus den Mitgliedstaaten der EG. Eine Beeinträchtigung des EG-Markts liegt hingegen dann vor, wenn beispielsweise ein Drittstaat die Einfuhr von Grunderzeugnissen in die EG verhindert oder erschwert. Der *Anwendungsbereich* der TBR ist sehr weit gefasst, indem er im Einklang mit dem Regelungsbereich der WTO nicht auf den Warenhandel beschränkt ist. Der konkrete Umfang der TBR ergibt sich aus den handelspolitischen Kompetenzen der EG gemäss Art. 133 EGV und umfasst auch gewisse Bereiche des geistigen Eigentums und der Dienstleistungen (vgl. z.B. Art. 2 Abs. 8 TBR).<sup>116</sup> Das von der TBR vorgesehene *Verfahren* lässt sich grundsätzlich in drei Stufen unterteilen, namentlich das Antragsverfahren auf Einleitung einer Untersuchung (nachfolgend a.), die Untersuchung (b.) sowie das Ergreifen einer handelspolitischen Massnahme bzw. die Einstellung des Verfahrens (c.).

#### a. Antrag und Voraussetzungen

Zu Beginn jedes Verfahrens steht ein Antrag auf Einleitung einer Untersuchung. Grundsätzlich immer antragsberechtigt sind nach Art. 6 die Mitgliedstaaten, wobei je nach Art des Handelshemmnisses weitere Antragsberechtigte vorgesehen sind. Handelt es sich um eine Beschränkung mit *Auswirkung auf den Exportmarkt* (handelschädigende Auswirkung gemäss Art. 1 lit. b), so kann der Antrag gemäss Art. 4 von jedem «Unternehmen der Gemeinschaft» gestellt werden. Als solche gelten im Sinne der Legaldefinition von Art. 2 Abs. 6 Firmen, die im Einklang mit dem Recht eines Mitgliedstaates gegründet wurden und ihren Sitz, ihre Hauptverwaltung oder den Schwerpunkt ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in der Gemeinschaft haben. Bis anhin beschränkte sich die Antrags- und Durchsetzungsmöglichkeit auf multi- und plurilaterale Handelsabkommen. Folglich konnten Unternehmen nicht gegen Handelshemmnisse vorgehen, die gegen bilaterale Abkommen wie etwa das Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz und der EG von 1972 verstiesen. Mit Revision vom 12. Februar 2008 wurde diese Einschränkung der TBR nun aber aufgehoben.<sup>117</sup> Ist ein Handelshemmnis mit *Auswirkungen auf den EG-Markt* (Schädigung gem. Art. 1 lit. a) Gegenstand des Verfahrens, so beschränkt sich die Antragsberechtigung neben den Mitgliedstaaten auf «Wirt-

<sup>114</sup> HANS-JOACHIM PRIESS/GEORG M. BERRISCH, Durchsetzung und Überwachung des WTO-Rechts, in: Hans-Joachim Priess/Georg M. Berrisch (Hrsg.), WTO-Handbuch, München 2003, Rz. 34; GERKEN (FN 14), 40 ff.

<sup>115</sup> Siehe FN 8.

<sup>116</sup> GEORG M. BERRISCH/HANS-GEORG KAMANN, Rechtsschutz gegen handelspolitische Schutzmassnahmen, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hrsg.), Das Recht der Europäischen Union, München 2003, E. 10, Rz. 33; bez. Dienstleistungen ROBERT M. MACLEAN, The EU Trade Barrier Regulation: Tackling Unfair Foreign Trade Practices, 2. A. London 2006, 43 f.

<sup>117</sup> Verordnung des Rates (EG) Nr. 125/2008 vom 12. Februar 2008 zur Änderung der Verordnung (EG) Nr. 3286/94 zur Festlegung der Verfahren der Gemeinschaft im Bereich der gemeinsamen Handelspolitik zur Ausübung der Rechte der Gemeinschaft nach internationalen Handelsregeln, insbesondere den im Rahmen der Welthandelsorganisation vereinbarten Regeln, ABl L 040 vom 14.2.2008.

schaftszweige der Gemeinschaft» (Art. 3). Dieser Begriff ist in Art. 2 Abs. 5 definiert und bezieht sich auf Hersteller und Dienstleistungserbringer, die im Verhältnis zur gesamten Gemeinschaftsproduktion einen erheblichen Anteil gleichartiger oder konkurrierender Waren bzw. Dienstleistungen ausmachen.

Der Antrag ist schriftlich bei der zuständigen Generaldirektion Handel der Europäischen Kommission einzureichen (Art. 5). Dabei müssen die Antragsteller nachweisen (vgl. Art. 10), dass (i) ein Handelshemmnis vorliegt, welches (ii) gegen internationale Verpflichtungen verstösst und (iii) eine Schädigung bewirkt bzw. eine handelsschädigende Auswirkung hat. Der Begriff der «Schädigung» bezieht sich auf Handelshemmnisse mit Auswirkung auf den Gemeinschaftsmarkt und umfasst gemäss Art. 2 Abs. 3 jede bedeutende (tatsächliche oder drohende) Schädigung eines Wirtschaftszweigs der Gemeinschaft. Demgegenüber bezieht sich die «handelsschädigende Auswirkung» auf ausfuhrhemmende Massnahmen von Drittstaaten. Verlangt wird hier nach Art. 2 Abs. 4 eine negative Auswirkung für das betroffene Gemeinschaftsunternehmen sowie erhebliche Folgen für die Wirtschaft, eine Region oder einen Wirtschaftssektor der Gemeinschaft. Nach Eingang des Antrags bei der Kommission wird dieser im Rahmen einer Konsultation gemäss Art. 7 dem *beratenden Ausschuss* vorgelegt, der sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten und der Kommission zusammensetzt. Im Vordergrund steht dabei neben der Prüfung der Beweise die Frage, ob eine Untersuchung im «Interesse der Gemeinschaft» steht; nur wenn dies der Fall ist, wird ein Untersuchungsverfahren überhaupt eingeleitet (vgl. Art. 8 Abs. 1). Diese Voraussetzung wird von der Kommission grosszügig gehandhabt, indem sie regelmässig bereits in der Einhaltung internationaler Handelsregeln durch Drittstaaten ein Gemeinschaftsinteresse erkennt.<sup>118</sup> Dennoch verfügt die Kommission über ein gewisses Ermessen, aus aussen-, handels- und wirtschaftspolitischen Gründen kein Verfahren einzuleiten.<sup>119</sup> Wird das Gemeinschaftsinteresse bejaht und hat

der Antragsteller den Nachweis der übrigen Voraussetzungen erbracht, so beschliesst die Kommission innerhalb einer Frist von 45 Tagen (Art. 5 Abs. 4), ein Untersuchungsverfahren einzuleiten. Andernfalls lehnt die Kommission den Antrag ab und unterrichtet die Antragsteller entsprechend.

#### b. Untersuchungsverfahren

Das Untersuchungsverfahren nach Art. 8 hat zum Ziel, den relevanten Sachverhalt zu ermitteln. Dazu arbeitet die Kommission mit den Mitgliedstaaten sowie den Akteuren der betroffenen Wirtschaftszweige zusammen. Weiter kann die Kommission im Hinblick auf eine einvernehmliche Lösung mit den betroffenen Drittstaaten Konsultationen führen. Nach einer erstreckbaren Frist von fünf Monaten erlässt die Kommission einen Abschlussbericht zuhanden des beratenden Ausschusses.

Im Rahmen der Untersuchung gewährt die TBR dem Antragsteller, den betroffenen Unternehmen sowie dem Drittland, dessen Massnahme Gegenstand der Untersuchung bildet, verschiedene Parteirechte. Dazu zählen das Recht auf Akteneinsicht, das Recht, über wesentliche Tatsachen und Untersuchungsergebnisse unterrichtet zu werden, sowie das Konfrontationsrecht.<sup>120</sup>

#### c. Einstellung oder Fortsetzung des Verfahrens

Wie bereits die Einleitung des Untersuchungsverfahrens verlangt auch dessen Fortsetzung ein «Interesse der Gemeinschaft», andernfalls das Verfahren gemäss Art. 11 Abs. 1 eingestellt wird. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn nach dem Ergebnis der Untersuchung kein Handelshemmnis vorliegt, das gegen ein internationales Abkommen verstösst und den EG-Markt bzw. den Handel schädigt. Darüber hinaus kann ein Gemeinschaftsinteresse aber auch dann verneint werden, wenn übergeordnete aussenpolitische Interessen oder andere Gründe gegen ein weiteres Vorgehen sprechen.<sup>121</sup> Neben der Einstellung besteht nach Art. 11 Abs. 2 zudem die Möglichkeit, das Verfahren auszusetzen, wenn das betroffene Drittland die Aufhebung des Handelshemmnisses in Aussicht stellt.

Erfordert das Gemeinschaftsinteresse ein Eingreifen, so kommt es zum Erlass von handelspolitischen Gegenmass-

<sup>118</sup> Siehe z.B. Beschluss der Kommission vom 18. Februar 1997 über die Einleitung eines internationalen Konsultations- und Streitbeilegungsverfahrens betreffend die Änderung der Ursprungsregeln der Vereinigten Staaten von Amerika für Textilwaren und die sich daraus ergebende Nichtanerkennung des Gemeinschaftsursprungs bestimmter in der Europäischen Gemeinschaft verarbeiteter Waren, ABl. 1997 L 62/43 vom 4.3.1997, Rz. 10: «Durch die Änderung der amerikanischen Ursprungsregeln werden nicht nur die Interessen einzelner Unternehmen bedroht, sondern die eines gesamten Wirtschaftszweigs der Gemeinschaft und folglich einer Vielzahl von Unternehmen, die in mehreren Regionen der Europäischen Gemeinschaft angesiedelt sind. Ausserdem gehört es zu den vorrangigen Aufgaben der Europäischen Kommission, die Einhaltung der multilateralen Verpflichtungen durch die Drittländer sicherzustellen.»

<sup>119</sup> STEFAN OHLHOFF/HANNES SCHLOEMANN, Durchsetzung internationaler Handelsregeln durch Unternehmen und Verbän-

de, Recht der internationalen Wirtschaft 1999, 649, 653; in der Literatur wird die Ansicht vertreten, dass ein Antrag nur aus schwerwiegenden Gründen abgelehnt werden kann und dem Ermessen bereits mit der Begründungspflicht gewisse Grenzen gesetzt ist, siehe PRIESS/BERRISCH (FN 114), Rz. 63, mit Hinweis auf Schlussanträge des Generalanwalts VAN GREVEN, Rs. 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)/Kommission der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 1989 1781, Rz. 18.

<sup>120</sup> BERRISCH/KAMANN (FN 116), Rz. 116 ff.; MACLEAN (FN 116), 50 f.; JEAN CHARLES VAN EECKHAUTE, Private Complaints against Foreign Unfair Trade Practices – The EC's Trade Barriers Regulation, *Journal of World Trade* 1999, 199, 206.

<sup>121</sup> Vgl. dazu bereits vorne IV.A.1.a.

nahmen. Beispielhaft nennt Art. 12 Abs. 3 die Aussetzung von vereinbarten Zugeständnissen, die Anhebung von Zöllen oder die Einführung von mengenmässigen Beschränkungen. Sieht das anwendbare Vertragswerk ein Streitbeilegungsverfahren vor, so sind solche Massnahmen erst nach Abschluss und in Übereinstimmung mit dem Ausgang dieses Verfahrens möglich (Art. 12 Abs. 2). Im Vordergrund steht hier das WTO-Streitbeilegungsverfahren. Gleichzeitig ist die EG bestrebt, ihre bi- und plurilateralen Handelsbeziehungen allgemein mit Streitschlichtungsmechanismen zu stärken.<sup>122</sup>

Die Beschlüsse über die *Verfahrenseinstellung* wie auch über die *Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens* werden nach dem Ausschussverfahren von Art. 14 gefasst. Dabei trifft die Kommission ihre Entscheidung nach Konsultation mit dem Beratenden Ausschuss und teilt diese den Mitgliedstaaten mit. Die Entscheidung wird rechtsgültig, sofern kein Mitgliedstaat innerhalb von 10 Tagen den Rat anruft; geschieht dies, so kann der Rat die Entscheidung innerhalb von 30 Tagen mit qualifizierter Mehrheit ändern, andernfalls die Entscheidung der Kommission rechtskräftig wird (sog. Guillotine-Verfahren). Beabsichtigt die Kommission im Anschluss an ein WTO-Streitbeilegungsverfahren den Erlass von *DSU-Gegenmassnahmen*, so entwirft sie einen Vorschlag zuhanden des Rats, der nach Art. 133 EGV mit qualifizierter Mehrheit darüber beschliesst (Art. 13 Abs. 3).

## 2. Exkurs: Section 301 in den USA

Die Section 301 des US Trade Act von 1974<sup>123</sup> ist quasi das Gegenstück der europäischen TBR und diente zu weiten Teilen als dessen Vorbild.<sup>124</sup> Neben den vielen Ähnlichkeiten dieser beiden Instrumente bestehen auch markante Unterschiede, welche hier kurz aufgezeigt werden.

Der Anwendungsbereich der Section 301 beschränkt sich entgegen der TBR nicht nur auf die Durchsetzung von Rechten aus multi- und bilateralen Handelsabkommen (lit. a), sondern findet darüber hinaus auch Anwendung auf die Bekämpfung von unverhältnismässigen oder diskriminierenden Handelsmassnahmen von Drittstaaten, die nicht gegen wirtschaftsvölkerrechtliche Bestimmungen verstossen (lit. b).<sup>125</sup>

Die «Special 301» bezweckt die Durchsetzung der handelsvertraglichen Immaterialgüterrechte (z.B. TRIPs-Abkommen); die «Telecom 301» zielt auf die Marktöffnung im Telekommunikationssektor ab. Entgegen der TBR trifft die Section 301 keine Unterscheidung zwischen Handelshemmnissen, die sich auf den Exportmarkt oder den US-Markt auswirken.<sup>126</sup>

Das Antragsverfahren richtet sich nach Section 302<sup>127</sup>, welche im Gegensatz zur TBR ein wesentlich ausgedehnteres Antragsrecht auf Einleitung einer Untersuchung vorsieht. Mit dem Begriff «interessierte Partei» sind beispielsweise auch Konsumenten oder Arbeitnehmer antragsberechtigt.<sup>128</sup> Der Antragsteller hat lediglich den Verstoß gegen ein Handelsabkommen durch den Drittstaat bzw. das Vorliegen einer unverhältnismässigen oder diskriminierenden Massnahme darzulegen. Die Frist zur Prüfung des Antrags durch die Behörde beträgt entsprechend dem TBR-Verfahren 45 Tage; ein negativer Beschluss ist dem Antragsteller mit einer Begründung zu eröffnen.<sup>129</sup> Wie unter der TBR stehen den Parteien verschiedene Verfahrensrechte zu, so zum Beispiel das Recht auf Stellungnahme und Teilnahme an Konsultationen. Die Section 301 sieht ausdrücklich vor, dass neben den Privatpersonen auch der Handelsbeauftragte (United States Trade Representative, USTR) von Amtes wegen eine Untersuchung einleiten kann.

Nach Abschluss der Untersuchung muss der Handelsbeauftragte nach Section 304<sup>130</sup> entscheiden, ob je nach Gegenstand der Untersuchung ein WTO-Streitbeilegungsverfahren eingeleitet wird bzw. ob und welche Gegenmassnahmen zu treffen sind. Der Ermessensspielraum der Behörde ist gegenüber der TBR insofern eingeschränkt, als der Handelsbeauftragte im Falle einer Verletzung eines Handelsabkommens nach Section 301(a) unter Vorbehalt gewisser Ausnahmen *verpflichtet* ist, Gegenmassnahmen zu ergreifen. Ist hingegen eine unverhältnismässige oder diskriminierende Massnahmen gemäss Section 301(b) Gegenstand des Verfahrens, so verfügt der Handelsbeauftragte über ein umfassendes Ermessen bezüglich der Wahl allfälliger Gegenmassnahmen.

<sup>122</sup> So verhandelt die EG derzeit etwa über ein Streitbeilegungsverfahren im Rahmen der EuroMed Abkommen, siehe <http://www.euromedinfo.eu/site.168.news.en.2329.html>.

<sup>123</sup> Siehe FN 9.

<sup>124</sup> Für einen Vergleich der beiden Instrumente PETROS C. MAVROIDIS/WERNER ZDOUC, Legal means to protect private parties' interests in the WTO – The case of the EC new trade barriers regulation, *Journal of International Economic Law* 1998, 407 ff.; OHLHOFF/SCHLOEMANN (FN 119), 657 f.; GERKEN (FN 14), 43 ff.; zur Section 301 GREGORY C. SHAFFNER, *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, Washington D.C. 2003, 20 ff.

<sup>125</sup> Section 301(b): «If the Trade Representative determines (...) that (1) an act, policy, or practice of a foreign country is unreasonable or discriminatory and burdens or restricts United States

commerce, and (2) action by the United States is appropriate, the Trade Representative shall take all appropriate and feasible action (...).»

<sup>126</sup> Vgl. aber Section 301(d)(3)(B), wonach Massnahmen zur Abschottung von ausländischen Märkten als «unreasonable» i.S.v. Section 301(b) gelten.

<sup>127</sup> 19 U.S.C. § 2412.

<sup>128</sup> Section 301(d)(9) definiert den Begriff «interested persons» im Hinblick auf die Verfahrensrechte nach Section 302(a)(4)(B) wie folgt: «The term «interested persons» (...) includes, but is not limited to, domestic firms and workers, representatives of consumer interests, United States product exporters, and any industrial user of any goods or services that may be affected by actions taken under subsection (a) or (b) of this section.»

<sup>129</sup> Section 302(a)(2) und (3).

<sup>130</sup> 19 U.S.C. § 2414.

### 3. Das 133er Verfahren als informell-politische Alternative

Als Alternative zur Untersuchung im Sinne der TBR hat die EG auch die Möglichkeit, direkt gestützt auf Art. 133 EGV ein WTO-Streitbeilegungsverfahren einzuleiten und handelspolitische Massnahmen zu ergreifen.<sup>131</sup> Dieser Weg wird in Art. 15 Abs. 1 sowie in der Präambel der TBR explizit vorbehalten. Ein solches Verfahren kann durch ein privates Unternehmen mit Hilfe eines Mitgliedstaats oder der Kommission über den sogenannten «133er Ausschuss» initiiert werden. Dieses Gremium verdankt seinen Namen Art. 133 Abs. 3 Satz 2 EGV, wonach der Rat einen Ausschuss zur Beratung der Kommission bestellt.<sup>132</sup> Der 133er Ausschuss setzt sich aus Vertretern der Mitgliedstaaten sowie der Kommission zusammen und dient der Koordinierung der gemeinsamen Handelspolitik im Rahmen der Kompetenzen von Art. 133 EGV. In dieser Funktion ist er auch zuständig für die Durchsetzung internationaler Handelsabkommen und kann diesbezüglich Entscheide zuhanden des Rats vorbereiten.

Im Unterschied zur TBR handelt es sich hier um ein informell-politisches Verfahren, welches aufgrund fehlendem Rechtsanspruch auf Einleitung einer Untersuchung nur mit einer durchsetzungsfähigen Lobby erfolgversprechend ist. Selbst nach Überzeugung der Kommission und des 133er Ausschusses kann die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens nach Art. 133 Abs. 4 EGV nur mit qualifizierter Mehrheit im Rat erreicht werden, währenddessen nach Art. 14 TBR der Kommissionsentscheid zur Einreichung einer WTO-Klage nur mit qualifiziertem Mehr des Rats verhindert werden kann. Es kam bereits verschiedentlich vor, dass Unternehmen aufgrund zu schwacher Lobby oder zu starkem Widerstand gewisser Mitgliedstaaten im 133er Ausschuss scheiterten, anschliessend aber die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens über die TBR bewirken konnten.<sup>133</sup>

Für den Beschluss zum Erlass von Gegenmassnahmen wird nach Art. 133 Abs. 4 EGV wie auch unter der TBR – die auf Art. 133 EGV verweist – eine qualifizierte Mehrheit im Rat benötigt.

### 4. Offensivmassnahmen in der Praxis

Unter der TBR wurden zwischen 1995 und 2005 24 Anträge eingereicht.<sup>134</sup> In allen Fällen eröffnete die Kommission eine Untersuchung; in 21 Fällen empfahl sie, Massnahmen

gegen die Handelshemmnisse zu ergreifen, und nur einmal wurde das Verfahren nach abgeschlossener Untersuchung eingestellt.<sup>135</sup> Ungefähr die Hälfte der untersuchten Handelshemmnisse konnten zufolge einvernehmlicher Lösung beseitigt werden. Andere Handelshemmnisse sind Gegenstand weiterer Prüfungen bzw. Überwachungen und einige TBR-Fälle mündeten in ein WTO-Streitbeilegungsverfahren.<sup>136</sup>

Auch wenn 24 Untersuchungen in 10 Jahren auf den ersten Blick als wenig erscheinen mag, so ist diese Zahl im Lichte des grossen Aufwands zu messen, den ein TBR-Verfahren erfordert. Wie das Beispiel *Brazil – Measures Concerning Imports of Retreaded Tyres* zeigt, ist allein der zeitliche Rahmen enorm: Am 5. November 2003 stellte das *Bureau International Permanent des Associations de Vendeurs et Rechapeurs de Pneumatiques* einen Antrag auf Untersuchungseröffnung. Die Kommission gab dem Antrag statt und stellte mit Abschlussbericht vom 13. August 2004 einen Verstoss gegen WTO-Recht fest. Nach erfolglosen Konsultationen mit Brasilien leitete die EG am 2. Mai 2005 ein WTO-Streitbeilegungsverfahren ein, worauf das Panel am 12. Juni 2007 und der Appellate Body am 3. Dezember 2007 ihre jeweiligen Entscheidungen erliessen.<sup>137</sup> Somit dauerten die TBR- und WTO-Verfahren zusammen etwas über vier Jahre. Des Weiteren ist die Relevanz der TBR vor dem Hintergrund zu betrachten, dass trotz des formalisierten Verfahrens weiterhin ein nicht zu unterschätzender informeller Kontakt zwischen der Kommission und den betroffenen Unternehmen besteht. Die Kommission empfiehlt sogar explizit, vor Einreichen eines Antrags auf Eröffnung eines Untersuchungsverfahrens den Fall mit dem zuständigen Referat F.2 der GD Handel zu besprechen.<sup>138</sup> Diese Vorprüfung ermöglicht der Kommission, aussichtslose Fälle vor Einreichen des Antrags abzuwenden, was mithin der Grund dafür sein dürfte, dass bis anhin sämtliche Anträge gutgeheissen wurden. Weiter ist davon auszugehen, dass vor allem die Mitgliedstaaten ihre

<sup>131</sup> CHRISTOPH HERRMANN/WALTHER MICHL, Grundzüge des europäischen Aussenwirtschaftsrechts, ZEuS 2008, 83, 138 f.; SHAFFNER (FN 124), 74 f.

<sup>132</sup> JAN-PETER HIX, Art. 209 EGV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Rz. 2.

<sup>133</sup> MACLEAN (FN 116), 21 f.

<sup>134</sup> Für eine Übersicht [http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/tbr/cases/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/tbr/cases/index_en.htm).

<sup>135</sup> Crowell & Moring, Interim Evaluation of the European Union's Trade Barrier Regulation (TBR), Final Report 2005, 33 f., erhältlich auf [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/october/tradoc\\_125451.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/october/tradoc_125451.pdf).

<sup>136</sup> Zu einem WTO-Verfahren führten z.B. *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres* (DS332), *India – Measures Affecting the Importation and Sale of Wines and Spirits from the European Communities* (DS352), *Korea – Measures Affecting Trade in Commercial Vessels* (DS273), *Argentina – Measures Affecting the Export of Bovine Hides and the Import of Finished Leather* (DS155), *United States – Anti-Dumping Act of 1916* (DS136).

<sup>137</sup> *Brazil – Measures Affecting Imports of Retreaded Tyres*, WT/DS332/AB/R, genehmigt am 17. Dezember 2007; siehe dazu MATTHIAS OESCH, The Jurisprudence of WTO Dispute Resolution (2007), SZIER 2007, 665, 672 ff.

<sup>138</sup> European Commission, DG Trade, Trade Barriers Regulation [TBR] – Opening Markets for European Exporters (2005), S. 7, erhältlich auf [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc\\_122567.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2005/april/tradoc_122567.pdf).

Anliegen nach wie vor auf informellem Weg im Rahmen des 133er Ausschusses der Kommission zur Kenntnis bringen und die EG in diesen Fällen direkt gestützt auf Art. 133 EGV und ohne vorgängiges TBR-Verfahren tätig wird.<sup>139</sup>

Die TBR wird allgemein als erfolgreich beurteilt und findet seitens der europäischen Handelsverbände weitgehend Anerkennung.<sup>140</sup> Ihr Hauptvorteil liegt darin, dass den privaten Unternehmen ein geregeltes Verfahren zur Durchsetzung der WTO-Abkommen zur Verfügung steht und diese von gesetzlich klar stipulierten Verfahrensrechten und Rechtsmitteln profitieren. Auf diese Weise wird eine gewisse Gleichstellung erreicht, indem auch kleinere Unternehmen ohne grosse Lobby in Brüssel die Möglichkeit haben, unzulässige Handelsschranken der Kommission vorzutragen. Hinzu kommt, dass die Kommission die Voraussetzungen der TBR grosszügig auslegt und zeitweise auch schon vor Abschluss der Untersuchung Massnahmen einleitet.<sup>141</sup> Als negativ beurteilen europäische Handelsverbände unter anderem die Komplexität des TBR-Verfahrens (im Vergleich zur alternativen Möglichkeit, über die Mitgliedstaaten an den 133er Ausschuss zu gelangen) sowie die lange Dauer und hohen Kosten des Verfahrens.<sup>142</sup> Ein weiteres Problem liegt darin, dass die Erwartungen der Gemeinschaftsunternehmen an die TBR nicht immer der Realität entsprechen. Tatsächlich bewegt sich die Wirksamkeit der TBR letztlich im Rahmen der Möglichkeiten der WTO-Streitschlichtung. Demnach kann die EG im Falle einer erfolgreichen WTO-Klage lediglich DSU-Gegenmassnahmen gegen den fehlbaren Staat ergreifen, nicht jedoch die Beseitigung der Handelsschranke durchsetzen oder Schadenersatz für das geschädigte Unternehmen geltend machen. Ein solcher Ausgang ist für das betroffene Gemeinschaftsunternehmen unbefriedigend.<sup>143</sup> In diesem Sinne liegt die Stärke der TBR nicht darin, schliesslich zum Erlass von DSU-Gegenmassnahmen ermächtigt zu werden. Vielmehr kann bereits mit der Durchführung einer internen Untersuchung aussenpolitisch ein gewisser Verhandlungsdruck gegenüber dem fehlbaren Staat aufgebaut und damit unter Umständen eine einvernehmliche Lösung erreicht werden.<sup>144</sup>

<sup>139</sup> Ähnlich macht auch die USA die meisten Klagen direkt und ohne vorgängiges 301-Verfahren bei der WTO anhängig, was allerdings der Bedeutsamkeit der Section 301 keinen Abbruch tut, siehe SHAFFNER (FN 124), 51f.

<sup>140</sup> PRIESS/BERRISCH (FN114), Rz. 74 ff; Crowell & Moring (FN 135), 62 ff.

<sup>141</sup> PRIESS/BERRISCH (FN114), Rz. 74.

<sup>142</sup> Crowell & Moring (FN 135), 64 ff.

<sup>143</sup> Vgl. auch oben II.B.2. zum schalen Nachgeschmack der obsiegenden Parteien im Stahlfall gegen die Vereinigten Staaten.

<sup>144</sup> VAN EECKHAUTE (FN 120), 209; BRONCKERS (FN 14), 254.

## B. Defensive Schutzmassnahmen

Neben der TBR verfügt die EG mit den Anti-Dumping-(ADV)<sup>145</sup> und Antisubventionsverordnungen (ASV)<sup>146</sup> über ein System handelspolitischer Schutzinstrumente, die darauf ausgerichtet sind, unlautere Handelspraktiken im EG-Markt zu bekämpfen. Darüber hinaus besteht die Möglichkeit, bei Vorliegen einer ernsthaften Schädigung der einheimischen Industrie Importbeschränkungen vorzusehen, auch wenn die ausländische Konkurrenz keineswegs unlauter handelt; die relevanten Einfuhrverordnungen<sup>147</sup> sehen auch den Erlass dringlicher Schutzmassnahmen ausdrücklich vor.<sup>148</sup>

### 1. Anti-Dumping- und Antisubventionsmassnahmen

Die EG-internen Verfahren zur Erhebung eines Anti-Dumping- bzw. Ausgleichszolles sind unter den ADV und ASV ähnlich geregelt. Antragsberechtigt sind alle natürlichen und juristischen Personen sowie Vereinigungen ohne Rechtspersönlichkeit (Art. 5 Abs. 1 ADV; Art. 10 Abs. 1 ASV). Die Anträge auf Eröffnen einer Untersuchung unterliegen in beiden Fällen den Voraussetzungen, dass die gedumpten bzw. subventionierten Einfuhren kausal eine «bedeutende Schädigung» verursachen (Art. 5 Abs. 2 i.V.m. 3 Abs. 1 ADV; Art. 10 Abs. 2 i.V.m. 8 Abs. 1 ASV). Die Untersuchung wird nur dann eingeleitet, wenn ein gewisser Anteil des betroffenen Wirtschaftszweigs der Gemeinschaft dieses Vorgehen unterstützt (Art. 5 Abs. 4 ADV; Art. 10 Abs. 8 ASV). Hingegen spielt das Erfordernis des Gemeinschaftsinteresses – im Gegensatz zur TBR – nicht bereits bei der Eröffnung der Untersuchung eine Rolle, sondern erst bei der Frage, ob im Verlaufe oder am Ende der Untersuchung vorläufige oder endgültige Anti-Dumping- oder Ausgleichszölle erhoben werden

<sup>145</sup> Verordnung (EG) Nr. 384/96 des Rates vom 22. Dezember 1995 über den Schutz gegen gedumpte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern, ABl. L 56 vom 6.3.1996.

<sup>146</sup> Verordnung (EG) Nr. 2026/97 des Rates vom 6. Oktober 1997 über den Schutz gegen subventionierte Einfuhren aus nicht zur Europäischen Gemeinschaft gehörenden Ländern, ABl. L 288 vom 21.10.1997.

<sup>147</sup> Verordnung (EG) Nr. 3285/94 des Rates vom 22. Dezember 1994 über die gemeinsame Einfuhrregelung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 518/94, ABl. L 349 vom 31.12.1994 (für WTO-Mitglieder); Verordnung (EG) Nr. 519/94 des Rates vom 7. März 1994 über die gemeinsame Regelung der Einfuhren aus bestimmten Drittländern und zur Aufhebung der Verordnungen (EWG) Nrn. 1765/82, 1766/82 und 3420/83, ABl. L 67 vom 10.3.1994 (für Nicht-WTO-Mitglieder ohne Marktwirtschaft); sowie weitere Verordnungen für bestimmte Waren (z.B. Textil- und landwirtschaftliche Produkte) und länderbezogene Verordnungen (z.B. China).

<sup>148</sup> Zu Anti-Dumping- und Antisubventionsmassnahmen sowie dringlichen Schutzmassnahmen vorne II.C.1.

sollen (Art. 7 Abs. 1 und 9 Abs. 4 ADV; Art. 12 Abs. 1 lit. d und 15 Abs. 1 ASV). Die Untersuchung wird in Zusammenarbeit mit den Mitgliedstaaten durchgeführt, wobei das Anhörungsrecht allen «interessierten Parteien» zusteht (Art. 6 Abs. 5 ADV; Art. 11 Abs. 5 ASV). Als solche gelten neben den Antragstellern mitunter auch die betroffenen Unternehmen, deren repräsentative Verbände sowie das Ursprungs- bzw. Ausfuhrland.

Wird eine Untersuchung eingeleitet, so können bereits nach 60 Tagen vorläufige Zölle zum Schutz der einheimischen Industrie eingeführt werden (Art. 7 ADV; Art. 12 ASV). Die Untersuchung soll wenn möglich nicht länger als ein Jahr dauern. Je nach Ausgang wird das Verfahren entweder eingestellt (Art. 9 ADV; 14 ASV) oder es werden endgültige Zölle erhoben (Art. 9 ADV; 15 ASV). Die Kommission entwirft nach Konsultationen mit dem Beratenden Ausschuss einen Vorschlag; dieser wird rechtskräftig, sofern der Rat nicht innerhalb von 30 Tagen dagegen entscheidet. Im Gegensatz zur für die Ausübung der gemeinsamen Handelspolitik (Art. 133 Abs. 4 EGV) und für das Ergreifen von Gegenmassnahmen notwendigen qualifizierten Mehrheit genügt für Anti-Dumping- und Ausgleichszölle bereits ein *absolutes Mehr* im Rat (Art. 9 Abs. 4 ADV; Art. 15 Abs. 1 ASV).<sup>149</sup>

## 2. Dringliche Schutzmassnahmen

Dringliche Schutzmassnahmen unterscheiden sich systemisch von Anti-Dumping- und Antisubventionsmassnahmen. Letztere richten sich gegen wettbewerbsverzerrende und unfaire Handelspraktiken, währenddessen Überwachungs- und dringliche Schutzmassnahmen im Sinne der Einfuhrverordnungen die an sich zulässige Überschwemmung des einheimischen Markts verhindern sollen.<sup>150</sup> Entsprechend richten sich die dringlichen Schutzmassnahmen in Form von Zoll-erhöhungen und mengenmässigen Beschränkungen gegen Importe aus allen Ländern und nicht nur gegen Waren von einzelnen Herstellern.

Diese konzeptionellen Unterschiede führen dazu, dass der Entscheidungsprozess zum Erlass von Schutzmassnahmen eher politisch ausgeprägt ist, was sich durch weniger Mitwirkungsrechte privater Unternehmen manifestiert. So steht Privaten beispielsweise kein Antragsrecht zu. Gemäss Art. 2 und 3 Verordnung 3285/94<sup>151</sup> unterrichten die Mitgliedstaaten die Kommission über Entwicklungen der Einfuhren, die eine Schutzmassnahme erfordern. Der verlangte Schädigungsgrad ist für Schutzmassnahmen mit einer «ernsthaften

Schädigung»<sup>152</sup> höher angesetzt als das Erfordernis einer «bedeutenden Schädigung» für Anti-Dumping- und Antisubventionszölle. Das anschliessende Untersuchungsverfahren ähnelt in weiten Teilen den Verfahren der ADV und ASV; dies gilt auch für die Anhörung der betroffenen Parteien.

Bejaht die Kommission eine drohende Schädigung der Gemeinschaftshersteller, so hat sie die Möglichkeit, Überwachungs-massnahmen zur Beobachtung und Kontrolle der Einfuhrentwicklungen zu ergreifen (Art. 11 ff.). Schliesslich sehen Art. 16 ff. bestimmte Schutzmassnahmen vor – z.B. die Schaffung von Einfuhrkontingenten –, falls die Gemeinschaftshersteller tatsächlich einer ernsthaften Schädigung ausgesetzt sind. Der Beschluss des Rats über Schutzmassnahmen erfordert im Gegensatz zum Erlass von Anti-Dumping- und Ausgleichszöllen ein *qualifiziertes Mehr* im Rat (Art. 16 Abs. 8). Wird diese Mehrheit nicht erreicht, so gilt der Entscheid der Kommission als aufgehoben. Das Verfahren präsentiert sich grundsätzlich ähnlich im Falle von Schutzmassnahmen gegen Einfuhren aus nicht-marktwirtschaftlichen Ländern gemäss Verordnung 519/94.<sup>153</sup> Die materiellen Voraussetzungen sind lediglich insofern angepasst, als Überwachungs-massnahmen auch ohne drohenden Schaden der Gemeinschaftsunternehmen möglich sind und die Kommission über mehrere Abwehrmittel verfügt.<sup>154</sup>

## 3. Defensivmassnahmen in der Praxis

Die handelspolitischen Schutzinstrumente erfreuen sich – was die Häufigkeit ihrer Verwendung anbelangt – wesentlich grösserer Beliebtheit als die TBR.<sup>155</sup> Die Zahl aller Anti-Dumping- und Antisubventionsverfahren beträgt bereits über 600.<sup>156</sup> Ende März 2008 waren 131 Anti-Dumping- und 9 Antisubventions-massnahmen in Kraft und ca. 40 laufende Untersuchungen im Gange. Die EG macht weltweit am meisten Gebrauch von Anti-Dumping-massnahmen; die Anzahl der neu verhängten Massnahmen blieb in der EG über die letzten Jahre hinweg konstant, während sich auf der übrigen Welt eine allgemein rückläufige Tendenz bemerkbar macht.<sup>157</sup> Die starke Beanspruchung dieser Schutzinstrumente – im

<sup>149</sup> Die Ablehnung des Entscheids der Kommission benötigt eine einfache Mehrheit im Rat; entsprechend kann ein Ablehnungsentscheid nicht gelingen, wenn die absolute Mehrheit des Rats den Entscheid befürwortet.

<sup>150</sup> Vgl. vorne II. C.1.

<sup>151</sup> Vgl. vorne FN 147.

<sup>152</sup> Dieser Begriff entspricht den Voraussetzungen von Art. 4 Abs. 1 lit. a des WTO-Abkommens über Schutzmassnahmen.

<sup>153</sup> Vgl. vorne FN 147; als solche gelten gemäss Anhang I der Verordnung Armenien, Aserbaidschan, Belarus (Weissrussland), Kasachstan, Nordkorea, Russland, Tadschikistan, Turkmenistan, Ukraine, Usbekistan und Vietnam.

<sup>154</sup> Vgl. HERRMANN/MICHL (FN 131), 119 f.

<sup>155</sup> Mayer, Brown, Rowe & Maw LLP, Evaluation of EC Trade Defence Instruments, Final Report, Dezember 2005, Section 2, 35 f., erhältlich auf [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc\\_127382.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/february/tradoc_127382.pdf).

<sup>156</sup> Für eine Übersicht [http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/anti\\_dumping/stats.htm](http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/anti_dumping/stats.htm).

<sup>157</sup> CHRISTIAN TIETJE/BERNHARD KLUTTIG, Aktuelle Entwicklungen im EU-Aussenwirtschaftsrecht – Ausgewählte Sachbe-reiche und übergreifende Strukturen, EuZ 2007, 82, 84.

Vergleich zur TBR – ist wohl darauf zurückzuführen, dass defensive Handelsmassnahmen wesentlich zügiger ergriffen werden können als DSU-Gegenmassnahmen. Zudem profitieren die betroffenen Unternehmen unmittelbar von Anti-Dumping- und Ausgleichszöllen. Demgegenüber sind bis anhin nur 10 Verfahren betreffend dringlicher Schutzmassnahmen durchgeführt worden, wobei sich diese insbesondere gegen Textil- und Schuhimporte aus China gerichtet haben.

Die Kommission hat mit einem Grünbuch Ende 2006 eine umfassende Umfrage über die Regelung der handelspolitischen Schutzmassnahmen gestartet (unter anderem betreffend Effizienz der Verfahren, Prüfung des Gemeinschaftsinteresses, Untersuchungseinleitung und Transparenz der Verfahren).<sup>158</sup> Darin kommt etwa zum Ausdruck, dass eine Mehrheit der EG-Staaten und beteiligten Unternehmen die Notwendigkeit eines «Gemeinschaftsinteresses» befürwortet, aber auch eine Verbesserung der Rechtssicherheit durch die Schaffung einer Wegleitung vorschlägt.<sup>159</sup>

## C. Rechtsschutz

Die Anfechtung von Entscheidungen im Rahmen der Untersuchungsverfahren (nachfolgend 1.) sowie über den Erlass handelspolitischer Massnahmen (2.) erfolgt nach Massgabe der allgemeinen Rechtsschutzvorschriften des EGV. Möglich sind verschiedene Rechtswege, wobei die Nichtigkeitsklage nach Art. 230 Abs. 4 EGV im Vordergrund steht. Gemäss dieser Bestimmung haben natürliche und juristische Personen die Möglichkeit, an sie gerichtete Entscheide mit der Nichtigkeitsklage anzufechten. Ebenfalls anfechtbar sind Verordnungen oder Entscheide an Dritte, sofern die Kläger unmittelbar und individuell betroffen sind. Für die Klagen natürlicher und juristischer Personen ist das Europäische Gericht erster Instanz (EuG) erstinstanzlich zuständig; als Beschwerdeinstanz entscheidet sodann der Europäische Gerichtshof (EuGH) endgültig (Art. 225 EGV). Für Schweizer Unternehmen von Relevanz ist dabei die Tatsache, dass die Parteifähigkeit keinen Sitz im EG-Raum voraussetzt.<sup>160</sup>

### 1. Entscheide im Rahmen der Untersuchungsverfahren

Gegen die meisten Beschlüsse, welche unter der TBR oder den Anti-Dumping- und Antisubventionsverfahren gefällt

werden, steht die Nichtigkeitsklage zur Verfügung.<sup>161</sup> Als Anfechtungsobjekte kommen vor allem Entscheide über die Ablehnung der Einleitung einer Untersuchung sowie über die Einstellung des Verfahrens nach abgeschlossener Untersuchung in Frage.<sup>162</sup> Dies gilt aufgrund fehlendem Antragsrecht und beschränkter Parteirechte nicht für Entscheide im Verfahren über Schutzmassnahmen gemäss Verordnung 3285/94. Ebenfalls kein Klagerecht besteht mangels unmittelbarer und individueller Betroffenheit und mangels Rechtswirkung für den Einzelnen gegen Entscheide über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens nach Art. 13 Abs. 2 i.V.m. Art. 14 TBR.<sup>163</sup>

Als mögliche Rügen stehen einerseits die Verletzung der *Verfahrensrechte* zur Verfügung, wie beispielsweise die Ablehnung einer verlangten Akteneinsicht oder Anhörung. Andererseits ist das Gericht grundsätzlich auch befugt, die korrekte Auslegung und Anwendung der *materiellen Voraussetzungen* zu prüfen. Praktisch beschränken sich die möglichen Rügegründe dabei aber auf offensichtliche Fehler bei der Sachverhaltsfeststellung und -würdigung sowie Ermessensmissbrauch,<sup>164</sup> da der Kommission insbesondere betreffend des Vorliegens eines Gemeinschaftsinteresses ein grosser Beurteilungsspielraum eingeräumt wird und nur eine beschränkte gerichtliche Prüfung möglich ist:

«Im Grunde haben wir es hier [Interesse der Gemeinschaft] mit dem bekannten Problem der richterlichen Kontrolle über eine hoheitliche Befugnis zu tun, die durch einen bedeutenden Ermessens- oder sogar politischen Spielraum gekennzeichnet ist. (...) Erst wird geprüft, ob die Behörde sich im Rahmen der Materie hält, für die ihr eine Ermessensbefugnis eingeräumt wurde, dann wird untersucht, ob die tatsächlichen und rechtlichen Umstände, von denen die Ausübung der Befugnis abhängig gemacht wurde, feststehen und richtig qualifiziert worden sind, und schliesslich wird die eigentliche Ausübung der Ermessensbefugnis anhand allgemeiner Rechtsgrundsätze geprüft (...), insbesondere anhand der Grundsätze der ordnungsgemässen Verwaltung und des Gleichheitsgrundsatzes, des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes und der Begründungspflicht.»<sup>165</sup>

<sup>158</sup> Europäische Kommission, Mitteilung der Kommission, Das globale Europa – Die handelspolitischen Schutzinstrumente der EU in einer sich wandelnden globalen Wirtschaft, Grünbuch für die öffentliche Konsultation, KOM/2006/0763 vom 6.12.2006, erhältlich auf [http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc\\_131502.pdf](http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2006/december/tradoc_131502.pdf).

<sup>159</sup> Auswertung der Umfrage erhältlich auf [http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/anti\\_dumping/comu061206\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/issues/respectrules/anti_dumping/comu061206_en.htm).

<sup>160</sup> JÜRGEN SCHWARZE, Art. 230 EGV, in: Jürgen Schwarze (Hrsg.), EU-Kommentar, Baden-Baden 2000, Rz. 9.

<sup>161</sup> Des Weiteren steht bei Rechtsverweigerung oder -verzögerung der zuständigen Behörden auch die Untätigkeitsklage nach Art. 232 Abs. 4 EGV offen.

<sup>162</sup> Nicht anfechtbar ist der Entscheid über die *Untersuchungseröffnung* mangels Schaffung einer endgültigen Rechtslage.

<sup>163</sup> GEORG M. BERRISCH/HANS-GEORG KAMANN, Die Handelshemmnis-Verordnung – Ein neues Mittel zur Öffnung von Exportmärkten, EuZW 1999, 101, 104.

<sup>164</sup> So ausdrücklich der EuG in Rs. T-164/94 *Ferchimix SA/Rat der Europäischen Union*, Slg. 1995, II-2681, 2707, erwähnt in BERRISCH/KAMANN (FN 116), Rz. 45; siehe auch MAVROIDIS/ZDOUC (FN 124), 421.

<sup>165</sup> Schlussanträge des Generalanwalts Van Geven in Rs. 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)/Kommission*, Slg. 1989 1781, 1812, Rz. 19; vgl. auch OHLHOFF/SCHLOEMANN (FN 119), 656 f.

Bildet ein auf die TBR gestützter Entscheid Gegenstand der Nichtigkeitsklage, so kann das Gericht im Zusammenhang mit der materiellen Kontrolle des Handelshemmnisses zudem prüfen, ob die Massnahme des Drittstaats tatsächlich gegen WTO-Recht oder andere internationale Handelsregeln verstösst.<sup>166</sup>

## 2. Handelspolitische Massnahmen

Neben den Beschlüssen im Untersuchungsverfahren besteht teilweise die Möglichkeit, die handelspolitische Massnahme selbst vor dem EuG anzufechten. Zentral ist hier die Frage der individuellen und unmittelbaren Betroffenheit privater Unternehmen, was der EuGH vor allem für Anti-Dumping- und Antisubventionszölle unter gewissen Voraussetzungen bejaht.<sup>167</sup> Klageberechtigt sind in der Regel diejenigen Unternehmen, die in der Rechtsakte über den Schutzzoll namentlich genannt sind oder die sich an der vorhergehenden Untersuchung beteiligt haben.<sup>168</sup> Darüber hinaus hat der EuGH unterschiedliche Anforderungen an die individuelle und unmittelbare Betroffenheit für verschiedene Kategorien von Wirtschaftsteilnehmern entwickelt, wobei grundsätzlich die geschädigten Gemeinschaftsunternehmen wie auch die Exportunternehmen des Drittlands klageberechtigt sein können.<sup>169</sup> Entsprechend besteht unter Umständen auch für Schweizer Exportunternehmen die Möglichkeit, die Rechtmässigkeit von Schutzzöllen der EG durch den EuGH überprüfen zu lassen. Eine zweiter Rechtsweg besteht darin, die Massnahme vor den nationalen Gerichten der Mitgliedstaaten anzufechten. Erheben die nationalen Gerichte Zweifel über die Rechtmässigkeit der Massnahme, so sind sie verpflichtet, über den Weg des Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 234 Abs. 1 lit. b EGV an den EuGH zu gelangen.

Kein Klagerecht besteht nach ständiger Praxis gegen handelspolitische Gegenmassnahmen, die als Resultat einer TBR-Untersuchung und im Anschluss an ein WTO-Streitbeilegungsverfahren erlassen werden.<sup>170</sup> Die exportierenden Unternehmen der Drittländer sind von der Gegenmassnahme anders als im Falle eines Anti-Dumping- oder Ausgleichszolls nicht unmittelbar und individuell betroffen. Ebenfalls

nicht anfechtbar sind in der Regel Schutzmassnahmen, die gestützt auf die Verordnung 3285/94 erlassen werden.

## V. Würdigung

Das gemeinschaftsrechtliche System formeller handelsrechtlicher Instrumentarien steht in markantem Gegensatz zur Situation in der Schweiz, wo betroffene Unternehmen auf informelle Kontakte bzw. auf den politischen Weg und entsprechende Lobbyarbeit angewiesen sind. Erfüllt der pragmatische Ansatz in der Schweiz seine Zwecke oder drängt sich die Schaffung analoger Instrumentarien wie in der EG auf? Nachfolgende Erwägungen stützen die Annahme, dass die Interessen der Schweizer Unternehmen auch ohne formelle Verfahren ausreichend gewahrt sind bzw. dass die Schaffung formeller Verfahren nicht der diplomatischen Tradition der Konfliktregelung in der Schweiz entspricht:

1. *Status quo*: Das gegenwärtige System funktioniert grundsätzlich gut. Die schweizerischen Behörden – also insbesondere das Staatssekretariat für Wirtschaft (Seco), fallweise auch andere Ämter wie etwa das Bundesamt für Landwirtschaft (BLW) oder das Institut für geistiges Eigentum (IGE) – prüfen WTO-rechtlich problematische Handelshemmnisse, die ihnen von privaten Wirtschaftsteilnehmern zur Kenntnis gebracht werden, regelmässig sorgfältig und intervenieren bei den zuständigen Behörden im Zielland diplomatisch, sofern sich ein solches Vorgehen aufdrängt. Vor allem grössere Unternehmen sowie wirtschaftliche Interessen, die durch einflussreiche Verbände gebündelt und artikuliert werden, erleiden durch das Fehlen eines formellen Verfahrens keinen Nachteil. Alternativ besteht für Schweizer Unternehmen, die an einen europaweiten Wirtschaftsverband oder Konzern angeschlossen sind, allenfalls die Möglichkeit, über den jeweiligen Verband oder die Muttergesellschaft ein TBR-Verfahren bei der Europäischen Kommission in Brüssel anzustreben.
2. *Druckmittel*: Ein gewichtiges Argument zugunsten eines formalisierten Antrags- und Untersuchungsverfahrens im nationalen Recht besteht in der Möglichkeit, dieses als politisches Druckmittel in den Verhandlungen über eine gütliche Einigung mit den Handelspartnern einzusetzen. Dies trifft – wie die Erfahrungen mit der *Trade Barriers Regulation* zeigen – für eine wirtschaftliche Grossmacht wie die EG zu. Dasselbe gilt für die USA und China, während das Argument des politischen Druckmittels im Fall eines Kleinstaats wie der Schweiz kaum stichhaltig ist.
3. *Schweiz in der WTO*: Die Etablierung formalisierter Verfahren im nationalen Recht korrespondiert häufig mit einer traditionell aktiven Haltung des entsprechenden Landes, das Recht auf internationaler Ebene offensiv durchzusetzen. So verfolgt die EG seit jeher eine konsequente Politik der Marktöffnung (*market access strategy*) und der Einhaltung von WTO-Verpflichtungen durch

<sup>166</sup> Rs. 70/87, *Fédération de l'industrie de l'huilerie de la CEE (Fediol)/Kommission*, Slg. 1989, 1781, Rz. 19; zur unmittelbaren Anwendbarkeit von WTO-Recht in der EG vorne II.A.2.

<sup>167</sup> Die Natur des Rechtsakts (Verordnung oder Entscheidung) ist dabei unbedeutend, siehe etwa Rs. C-358/89, *Extramet Industrie SA/Rat der Europäischen Gemeinschaften*, Slg. 1991, I-2501, Rz. 13 ff.

<sup>168</sup> Rs. T-161/94, *Sinochem Heilongjiang/Rat der Europäischen Union*, Slg. 1996, II-695, Rz. 45 ff.; verbundene Rs. 239/82 und 275/82, *Allied Corporation u. a./Kommission*, Slg. 1984, 1005, Rz. 12.

<sup>169</sup> Ausführlich zum Ganzen BERRISCH/KAMANN (FN 116), Rz. 18 ff.

<sup>170</sup> *Ibid.*, Rz. 117.

andere Mitglieder. Im Rahmen der *Trade Barriers Regulation* zeigt sich dies anschaulich darin, dass ein Gemeinschaftsinteresse in der Regel ohne Weiteres bejaht wird, wenn es um die Einhaltung der WTO-Verpflichtungen durch Drittstaaten geht. Auch der Unterhalt einer umfassenden *market access database* zur Sicherstellung des Informationsflusses zwischen EG-Institutionen, Mitgliedstaaten und privaten Unternehmen durch Veröffentlichungen von Marktzugangsinformationen und Hilfestellungen bei Zugangshindernissen manifestiert die aktive Haltung der EG.<sup>171</sup> Demgegenüber pflegt die Schweiz in den Aussenbeziehungen traditionell eine Politik der Vorherrschaft und möglichst neutralen Zurückhaltung. Diese Haltung schlägt ebenso in Angelegenheiten des Aussenhandels durch. Typischerweise stellt in der Schweiz die bilaterale Intervention und diplomatische Verhandlung das bevorzugte Instrument der Konfliktregelung dar. Der Gang vor ein quasi-gerichtliches WTO-Panel wird von einigen WTO-Mitgliedern als ein feindseliger Akt betrachtet, der – wenn überhaupt – nur als *ultima ratio* in Frage kommt.<sup>172</sup> Diese Zurückhaltung findet ihren prominenten Niederschlag im bilateralen Verhältnis der Schweiz zur EG. Unter Betonung der besonders engen politischen und wirtschaftlichen Bande – Kooperation statt Konfrontation – wird die Einleitung eines WTO-Streitbelegungsverfahrens gegen die EG handelspolitisch kategorisch als nicht opportun betrachtet.<sup>173</sup> Alles in allem ist die Schweiz

mit dieser defensiven Haltung bis heute durchaus gut gefahren. Sie strebt keine Wächterrolle für die Einhaltung der WTO-Verträge an, überlässt – opportunistisch, aber realpolitisch klug – die gerichtliche Austragung von Streitigkeiten anderen WTO-Mitgliedern und profitiert von den dadurch erstrittenen Marktzugangsrechten schliesslich ebenso wie die obsiegenden Parteien selber.<sup>174</sup>

4. *Schweizerische Aussenwirtschaftspolitik*: Die Schweiz verfolgt im Allgemeinen eine liberale Aussenhandelspolitik, was insbesondere darin zum Ausdruck kommt, dass die Schweiz kaum je defensive Schutzmassnahmen erlässt. Es ist symptomatisch, dass die Schweiz – im Gegensatz zu den meisten anderen WTO-Mitgliedern – seit jeher darauf verzichtet hat, die WTO-relevanten Vorgaben zum Erlass von Anti-Dumping-, Ausgleichs- und dringlichen Schutzmassnahmen überhaupt ins nationale Recht zu überführen. Die Schweiz ist ein gutes Beispiel dafür, dass die regelmässige Inanspruchnahme von Anti-Dumping- und Ausgleichszöllen keinen notwendigen Bestandteil einer funktionierenden Aussenwirtschaftspolitik darstellt.<sup>175</sup> Vor diesem Hintergrund würde die Schaffung eines formellen Verfahrens zum Erlass defensiver Schutzmassnahmen nur das politisch kaum erwünschte Signal aussenden, vermehrt den Erlass von Schutzmassnahmen zu beantragen.
5. *Ressourcen*: Die aktive Teilnahme an einem Streitbelegungsverfahren vor der WTO verlangt einen enormen Einsatz an finanziellen und personellen Ressourcen. In der GD Handel der EG-Kommission beschäftigen sich im Referat F.2 *Legal Aspects of Trade Policy* ca. zehn Handelsrechtsexperten ausschliesslich mit der Austragung von Handelsstreitigkeiten; diese Spezialisten werden in forensischen Angelegenheiten zudem aktiv durch den Rechtsdienst unterstützt.<sup>176</sup> Noch grössere Abteilungen beschäftigen sich mit defensiven Schutzmassnahmen gegen Drittstaaten und der Beobachtung von gegen die EG gerichteten Schutzmassnahmen in Drittstaaten. Darüber hinaus mandatieren die Kommission und betroffene Unternehmen in vielen Fällen private Anwaltskanzleien. Demgegenüber fehlt es in der Schweiz an Know-how und Erfahrung, um regelmässig aktiv an Streitbelegungsverfahren teilzunehmen. Die entsprechenden Ämter sind personell nicht in der Lage, grosse und komplizierte Fälle selbständig durchzuführen. Ebenso fehlt es politisch an der Bereitschaft, zur Austragung von Handelsstreitigkeiten entsprechende Kredite vorzusehen, um externe anwaltliche Hilfe in Anspruch zu nehmen. Offenbar beste-

<sup>171</sup> <http://madb.europa.eu/mkaccdb2/indexPubli.htm>.

<sup>172</sup> So empfindet beispielsweise China eine WTO-Klage in der Regel als feindseligen Akt und reagiert gegen die Kläger und beteiligten Drittparteien etwa mit der Aussetzung bilateraler Verhandlungen. Dies mag für die Schweiz ein zusätzlicher Grund gewesen sein, sich im April 2007 nicht an der Klage der USA gegen China betreffend unzureichender Schutz der Immaterialgüterrechte (*China – Measures Affecting the Protection and Enforcement of Intellectual Property Rights*, DS362) zu beteiligen, war doch die Schweiz gerade im Begriff, die chinesisch-schweizerische Arbeitsgruppe im Bereich des geistigen Eigentums aufzubauen (<http://www.ige.ch/d/jurinfo/j131.shtm>). Auf diese Weise profitiert die Schweiz einerseits vom Ausgang des WTO-Verfahrens zwischen den USA und China und ist andererseits in der Lage, die Interessen der Schweizer Wirtschaft über bilaterale Verhandlungen in China zu vertreten.

<sup>173</sup> Dazu THOMAS COTTIER, Die Bedeutung des GATT im Prozess der europäischen Integration, in: Olivier Jacot-Guillarmod/Dietrich Schindler/Thomas Cottier (Hrsg.), *EG-Recht und schweizerische Rechtsordnung*, ZSR-Beiheft Nr. 10, 1990, 139, 181 f. Interessanterweise würde die Möglichkeit der quasi-gerichtlichen Streitbeilegung im Rahmen der WTO gerade im bilateralen Verhältnis mit der EG an Bedeutung gewinnen, da die verschiedenen bilateralen Abkommen (FHA, bilaterale Abkommen I und II) kein gerichtsförmiges Streitbelegungsverfahren kennen, dazu MATTHIAS OESCH, Regionale Integration Schweiz – Europäische Union und die Welthandelsorganisation (WTO), in: Fritz Breuss/Thomas Cottier/Peter-Christian Müller-Graff (Hrsg.), *Die Schweiz im europäischen Integrationsprozess*, Baden-Baden 2008, 207, 238 ff.

<sup>174</sup> Obwohl ein Panel- oder Appellate Body-Urteil nur zwischen den Streitparteien bindend ist und unmittelbare Rechtswirkungen entfaltet, hat seine präjudizierende Wirkung umfassende Bedeutung.

<sup>175</sup> COTTIER/OESCH (FN 42), 1034.

<sup>176</sup> Für eine Übersicht der GD Handel [http://ec.europa.eu/trade/whatwedo/whois/index\\_en.htm](http://ec.europa.eu/trade/whatwedo/whois/index_en.htm).

hen zurzeit keine Bestrebungen, daran grundlegend etwas zu ändern.

Gleichzeitig offenbart die Absenz formeller handelsrechtlicher Instrumente zur Durchsetzung von WTO-Recht in der Schweiz rechtsstaatliche Defizite und praktische Hindernisse, die eigentlich beseitigt werden sollten. Mit Blick auf die nachfolgenden Erwägungen ist die Schaffung formeller Verfahren *de lege ferenda* bedenkenswert. Auch *de lege lata* sind bereits gewisse Verbesserungen möglich:

1. *Ermessensbegrenzung*: Unter dem geltenden Recht sind betroffene Unternehmen dem beinahe grenzenlosen Ermessen der zuständigen Behörden ausgesetzt. Dieser Ermessensspielraum ist – in Anlehnung an die Praxis zur Gewährung bzw. Verweigerung des diplomatischen Schutzes – einzig durch das Willkürverbot begrenzt. Es ist fraglich, ob ein derart weitgehendes Ermessen der Behörden den Ansprüchen und Besonderheiten des modernen Wirtschaftsvölkerrechts zu genügen vermag. Schliesslich vermittelt das WTO-Recht Rechte und Pflichten, die – auch wenn sie formell nur die Mitglieder binden und durch die Mitglieder eingefordert werden können – den internationalen Waren- und Dienstleistungshandel von privaten Unternehmen regulieren. Diese vertrauen bei Entscheidungen über Angebote, Produktionsstandorte, Investitionen und Partnerschaften guten Glaubens auf die Rahmenbedingungen, die durch das WTO-Recht gesetzt werden. Da die meisten WTO-Mitglieder dem WTO-Recht in fragwürdiger Weise die unmittelbare Anwendbarkeit absprechen, sind betroffene Unternehmen zur Durchsetzung ihrer Interessen unter Umständen existentiell auf ein aktives Tätigwerden ihrer Behörden angewiesen.
2. *Verfahrensrechte*: Ein Entscheid, aus politischen Gründen kein WTO-Verfahren einzuleiten bzw. keine defensiven Schutzmassnahmen zu erlassen, obwohl die umstrittenen Massnahmen gegen WTO-Recht verstossen, hinterlässt bei einem betroffenen Unternehmen einen schalen Nachgeschmack. Legitime wirtschaftliche Partikularinteressen (Marktzugangsrechte) werden übergeordneten Gemeinwohlanliegen (Wahrung guter internationaler Beziehungen) geopfert. Umso zentraler wäre, dass ein negativer Entscheid in einem formell einwandfreien Verfahren zustande kommt, in dem die involvierten Interessen transparent gemacht und schliesslich in nachvollziehbarer Weise gegeneinander abgewogen werden. Dies gilt sowohl für den Entscheid über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens als auch für die Ausgestaltung der Verfahrensrechte im Rahmen des Entscheides über den Erlass defensiver Schutzmassnahmen. *De lege lata* ist zu fordern, dass die relevanten verfahrensrechtlichen Vorgaben des Abkommens über die Durchführung von Art. VI GATT 1994 (Anti-Dumping), des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen sowie des Abkommens über Schutzmassnahmen direkt anwendbar sind. *De lege ferenda* erlaubte ein formelles Verfahren zur Durchsetzung von WTO-Recht, die einschlägigen Ver-

fahrensrechte gesetzlich einwandfrei zu verankern (Verfahrensgerechtigkeit). Auch wenn die erwähnten WTO-Abkommen detaillierte Regelungen über die materiellen Voraussetzungen wie auch über das Verfahren enthalten, bedürfen manche Bestimmungen einer Präzisierung und Konkretisierung im nationalen Recht. Dies gilt etwa für die WTO-rechtlich verlangte öffentliche Bekanntmachung über wesentliche Verfahrensschritte (Einleitung, Aussetzung oder Beendigung einer Untersuchung),<sup>177</sup> wofür in der Schweiz wohl das Schweizerische Handelsamtsblatt in Frage käme. Gleichzeitig bestünde mit der Umsetzung ins nationale Recht die Möglichkeit, den Untersuchungsbehörden zur Erleichterung der Sachverhaltsermittlung Instrumente in die Hand zu geben, mit welchen die betroffenen Schweizer Unternehmen zur Zusammenarbeit verpflichtet bzw. zur Herausgabe der notwendigen Informationen gezwungen werden könnten.

3. *Rechtsschutz*: Dasselbe gilt grundsätzlich auch für den *de lege lata* beschränkten Rechtsschutz. Während gegen *actes de gouvernement* lediglich die Beschwerde an den Bundesrat zulässig ist, vermag eine restriktive Auslegung von Art. 32 Abs. 1 lit. a VGG und Art. 83 lit. a BGG immerhin sicherzustellen, dass die konkrete Ausgestaltung von Schutz- und DSU-Gegenmassnahmen einer gerichtlichen Nachkontrolle zugeführt werden kann. Zentraler Massstab für die inhaltliche Nachprüfung stellt dabei das relevante WTO-Recht dar. Es bleibt *de lege lata* zu hoffen, dass das Bundesgericht zumindest in diesem Bereich eine punktuelle Ausnahme von der traditionellen Ablehnung der direkten Anwendbarkeit von WTO-Recht akzeptiert. *De lege ferenda* wäre zu fordern, dass der gerichtliche Rechtsschutz ausgeweitet wird. Es sind keine stichhaltigen Argumente ersichtlich, weshalb negative Entscheide über die Einleitung eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens bzw. über den Erlass von Schutz- und DSU-Gegenmassnahmen einer gerichtlichen Überprüfung nicht zugänglich wären. Der Exekutive verbliebe ein weiter Ermessensspielraum, über den sie im Aussenwirtschaftsrecht traditionellerweise ohnehin verfügt.<sup>178</sup> Gleichzeitig garantierte die Nachprüfung *durch ein unabhängiges Organ*, dass der Entscheid mit den relevanten Vorgaben des WTO-Recht wie auch des schweizerischen Verfassungs- und Gesetzesrechts tatsächlich vereinbar ist. Sie gewänne an Legitimation und Akzeptanz.
4. *Chancengleichheit*: Für politisch gut vernetzte, wirtschaftlich bedeutende Unternehmen ist es offenkundig nicht allzu schwierig, Massnahmen zur Durchsetzung von WTO-Recht zu fordern.<sup>179</sup> Demgegenüber sind vor

<sup>177</sup> Vgl. Art. 12 des Abkommens zur Durchführung des Artikels VI des GATT 1994 (Anti-Dumping), Art. 22 des Abkommens über Subventionen und Ausgleichsmassnahmen.

<sup>178</sup> Dazu OESCH (FN 36), 299 ff.

<sup>179</sup> Vgl. dazu auch IYNEDJIAN (FN 76), 1354.

allem KMU auf die Unterstützung einflussreicher Wirtschaftsverbände angewiesen. Dieses System funktionierte in früheren Jahren relativ gut; die meisten Unternehmen fühlten sich durch ihre jeweiligen Verbände angemessen vertreten. Zunehmend besteht jedoch die Tendenz, wonach grosse Wirtschaftsverbände die Interessen ihrer Mitglieder nicht mehr konsistent wahrzunehmen in der Lage sind. Entsprechend schwieriger wird es für KMU, auf notwendige Unterstützung und breit abgestützte Lobbyarbeit zählen zu können. Es besteht eine erhebliche Gefahr der Ungleichbehandlung durch eine privilegierte Behandlung bestimmter politiknaher Interessengruppen. Des Weiteren sind Unternehmen aus Gründen der Vertraulichkeit zunehmend weniger bereit, Verbandsvertretern und damit indirekt auch Konkurrenzunternehmen vertrauliche Daten und Statistiken, die etwa zum Beweis für eine handelschädigende Massnahme im Ausland oder zur Berechnung von Schutzzöllen im Inland notwendig sind, zur Verfügung zu stellen. *De lege ferenda* vermag auch hier ein formelles Verfahren Abhilfe zu schaffen. Es erlaubt privaten Unternehmen, unter strikter Geheimhaltung sensibler Daten an das Seco zu gelangen, ohne sich vorgängig die Unterstützung einer entsprechenden Lobbymacht sichern zu müssen.

5. *Hilfestellung und Informationszugang*: Auch wenn die Schweiz zukünftig auf institutionalisierte Verfahren verzichtet und die Kontaktnahme und Entscheidungsfindung weiterhin rein informell erfolgen, besteht für die Behörden gleichwohl die Verpflichtung, die Interessen betroffener Unternehmen angemessen zu wahren. Dazu gehört die Information darüber, welches Amt als primärer Ansprechpartner fungiert und zum Entscheid über allfällige Massnahmen zuständig ist. Zurzeit findet sich auf der Homepage des Seco kein Hinweis darauf.<sup>180</sup>
6. *Kompetenzregelung*: Die gesetzlichen Grundlagen im AWG und ZTG für den Erlass handelspolitischer Massnahmen wie etwa Zollerhöhungen oder mengenmässige Beschränkungen sind uneinheitlich und lückenhaft. So liesse sich entgegen der hier vertretenen Auffassung durchaus das Argument vertreten, dass für DSU-Gegenmassnahmen nicht die gleichen rechtlichen Grundlagen einschlägig sind wie für defensive Schutzmassnahmen. Des Weiteren fehlt im Bereich des geistigen Eigentums scheinbar eine gesetzliche Grundlage für den Erlass von DSU-Gegenmassnahmen, womit solche ohne parlamentarische Beteiligung direkt auf Art. 184 Abs. 3 BV zu stützen wären. *De lege ferenda* könnten diese Unzulänglichkeiten mit einer Erweiterung des AWG auf Immateri-

algüterrechte sowie einer Konkretisierung des AWG und ZTG im Hinblick auf Gegenmassnahmen behoben werden.

Schweizer Unternehmen steht zur Durchsetzung von WTO-Recht nur ein limitiertes Instrumentarium zur Verfügung. Eine *offensive Durchsetzung* gegen ausländische Handelsschranken ist mangels unmittelbarer Anwendbarkeit von WTO-Recht lediglich im Rahmen eines WTO-Streitbeilegungsverfahrens möglich. Zur Klageanhebung sind dabei nur die WTO-Mitglieder selbst aktivlegitimiert, womit Schweizer Unternehmen auf die Unterstützung der zuständigen Bundesbehörden angewiesen sind. Ähnliches gilt für die Durchsetzung von defensiven Schutzmassnahmen, beispielsweise zur Abwehr von Dumping oder von unrechtmässig subventionierten Importen. Im Gegensatz zur Schweiz haben die EG und die Vereinigten Staaten mit der *Trade Barriers Regulation* bzw. der *Section 301* formalisierte Verfahren zur Durchsetzung von WTO-Recht geschaffen. Diese ermöglichen betroffenen Unternehmen, Verstösse gegen WTO-Recht den zuständigen Behörden formell zur Kenntnis zu bringen und dabei Verfahrensrechte und Rechtsschutz wahrzunehmen. In der Schweiz sind die Unternehmen demgegenüber auf informelle Kontakte mit den zuständigen Bundesbehörden sowie auf die Unterstützung einflussreicher Wirtschaftsverbände angewiesen. Immerhin sind dem behördlichen Ermessen in Anlehnung an den diplomatischen Schutz mit dem Willkürverbot und den fundamentalen Verfahrensgarantien gewisse Grenzen gesetzt. Dieser pragmatische Ansatz im schweizerischen Recht entspricht der zurückhaltenden und liberalen Tradition der schweizerischen Aussen(wirtschafts)politik. Das gegenwärtige System funktioniert grundsätzlich gut. Gleichzeitig birgt es eine gewisse Rechtsunsicherheit sowie die Gefahr einer problematischen Privilegierung bestimmter politiknaher Interessengruppen. *De lege lata* ist insbesondere eine aktivere Informationspolitik der zuständigen Bundesbehörden zu fordern. *De lege ferenda* wäre die Schaffung eines formalisierten «Minimal»-verfahrens aus Gründen der Rechtssicherheit, der Transparenz, der Kompetenzverteilung sowie der Chancengleichheit wünschenswert.

<sup>180</sup> Vgl. [www.seco.admin.ch](http://www.seco.admin.ch). Im Unterschied dazu ermöglicht etwa die *market access database* der EG, festgestellte Handelshemmnisse elektronisch mitzuteilen ([http://mkacddb.eu.int/madb\\_barriers/complaint\\_register\\_form.htm](http://mkacddb.eu.int/madb_barriers/complaint_register_form.htm)).