

Besonderheiten der Rechtsetzung durch Staatsverträge

Silvio Arioli | *Völkerrechtliche Verträge regeln nicht nur die Beziehungen zwischen Staaten sondern bilden auch im innerstaatlichen Rechtsleben eine bedeutende Rechtsquelle. Die Grundfrage der Rechtsetzungslehre «Wie macht man gute Gesetze» ist deshalb auch für das Staatsvertragsrecht zu stellen. Dieses kommt aber in einem Prozess zustande, der sich vom Gesetzgebungsverfahren teilweise grundlegend unterscheidet. An einigen Beispielen wird dargestellt, dass sich deshalb einerseits die Regeln der Rechtsetzungslehre nicht einfach übertragen lassen, andererseits aber aus den zwischenstaatlichen Verfahren auch für das Landesrecht nützliche Erkenntnisse zu gewinnen sind.*

Zwischenstaatliche Verträge werden für den Rechtsalltag immer wichtiger. Damit wächst auch die Bedeutung der Forderung, dass nicht nur Gesetze, sondern auch Staatsverträge gutes Recht im Sinne der Rechtsetzungslehre sein müssen. Die Erfüllung dieser Forderung hat sich mit zwei Problembereichen besonderer Natur auseinanderzusetzen. Einerseits sind die Kriterien, was gutes Recht ist, von Land zu Land mehr oder weniger und zum Teil fundamental verschieden. Regeln der Rechtsetzungslehre eines einzelnen Landes können deshalb nicht ohne weiteres auch auf die Gestaltung von Staatsverträgen übertragen werden. Im Interesse einer landesübergreifenden Regelung von internationalen Sachverhalten ist die Rechtsetzungslehre nur mit gewissen Anpassungen und zum Teil auch Abstrichen anzuwenden. Worin diese zu bestehen haben und wie allfällige Nachteile minimiert werden können, wird hier nicht weiter untersucht.

Gegenstand des vorliegenden Aufsatzes ist vielmehr der zweite Problembereich. Was in einem Staatsvertrag geregelt werden soll und wie diese Regeln zu formulieren sind, wird in zwischenstaatlichen Verhandlungen festgelegt. Landesrecht dagegen entsteht aus den Beratungen und Beschlüssen der dafür eingesetzten Organe. Wo liegen die Unterschiede in den beiden Verfahren und welche Bedeutung haben diese Unterschiede aus der Sicht der Rechtsetzungslehre? Im Folgenden sollen diese Unterschiede skizziert und an einigen ausgewählten Fragen ihre Relevanz für die Rechtsetzungstechnik dargestellt werden.

1 Rechtsetzung im Gesetzgebungs- und im Staatsvertragsverfahren

Im Landesrecht wird das Rechtsetzungsverfahren mit einem Impuls in Gang gesetzt, der unter anderem in einem parlamentarischen Vorstoss oder einem Auftrag vom Bundesrat oder Departementschef enthalten sein kann.

Es geht dann über Expertenentwurf, Vernehmlassungsentwurf und Botschaft in die Beratung der parlamentarischen Kommissionen und endet mit den Gesamtabstimmungen der beiden Parlamentskammern, denen allenfalls eine Volksabstimmung nachfolgt (vgl. Bundesamt für Justiz 2002, 21ff.).

Im Staatsvertragsrecht geht der Impuls von einer oder mehreren Regierungen oder von Organen einer internationalen Organisation aus. Meist wird zuerst in exploratorischen Gesprächen zu erkunden versucht, was der Gegenstand von Verhandlungen sein soll und ob die Aussichten, zu einer Einigung zu kommen, Verhandlungen überhaupt sinnvoll erscheinen lassen. Dann finden – gesteuert und begrenzt durch die Verhandlungsmandate der Regierungen – Verhandlungen statt.¹ Führen sie zu einer Einigung, wird das Ergebnis den zuständigen nationalen Instanzen zur Genehmigung unterbreitet, in der Schweiz dem Bundesrat, häufig den beiden Räten und manchmal auch der Referendumsabstimmung oder der Abstimmung von Volk und Ständen.

Es geht also in zwischenstaatlichen Verhandlungen darum, ein Ergebnis zu erzielen, das die Zustimmung der zuständigen Instanzen in den beteiligten Ländern findet. In bilateralen Verträgen sind das die Instanzen zweier Länder, in multilateralen Verhandlungen die Instanzen so vieler Länder, wie für das Inkrafttreten des Übereinkommens erforderlich sind. Würden die gegenwärtig laufenden Verhandlungen der Doha-Runde in der WTO heute abgeschlossen, hätten die Behörden der 147 Mitgliedländer das Ergebnis zu genehmigen.

Um die besondere Problematik des Zusammenspiels der nationalen Verfahren und der zwischenstaatlichen Verhandlungen zu verstehen, sind vorweg einige charakteristische Elemente des Verhandlungsprozesses zu betrachten.

2 Charakteristische Elemente des Verhandlungsprozesses

2.1 Konfrontation und Kooperation

Meist werden Verhandlungen als Kampf dargestellt und wahrgenommen, in dem Interessen durchgesetzt oder verteidigt werden, in dem Druck ausgeübt und Macht eingesetzt wird und in dem mancherlei Tricks angewandt werden, um die Gegenseite zu übervorteilen. Das Ganze wirkt wenig geordnet, häufig sogar chaotisch und jedenfalls unberechenbar. Das ist alles mehr oder weniger zutreffend, und doch ist die Wirklichkeit ganz anders. Wenn schon Kämpfe stattfinden, dann jedenfalls hinter geschlossenen Türen. Wenn die Türen schliesslich aufgehen, stehen die Kontrahenten meistens allesamt friedlich vereint und jeder mit einem Siegerlächeln da. Jeder

behauptet, viel für wenig erhalten oder zumindest nicht zu viel für das Gewünschte gegeben und deshalb durch den Abschluss gewonnen zu haben. Seltener ist das gegenteilige Szenario, wo jeder eine traurige oder wütende Miene aufsetzt und sagt, wegen der Sturheit der anderen sei eine goldene Gelegenheit verpasst worden und alle seien deshalb Verlierer. Aber auch hier sind meist wenig Kampfspuren und schon gar kein Chaos zu sehen. Wie sind solche Widersprüche zu erklären?

Ausgangspunkt soll die Unterscheidung zwischen distributiven und integrativen Verhandlungen sein, weil sich so einige der wichtigsten Eigenheiten des Verhandlungsprozesses am besten in Kürze erklären lassen.²

2.2 Die distributive Verhandlung: Jeder ein Gewinner

In einer distributiven Verhandlung wird nur über einen Parameter verhandelt. Der Kaufgegenstand zum Beispiel steht fest, während man sich auf den Preis noch zu einigen hat. Jede Partei hat ein Minimalziel, einen «Reservationspreis», eine «bottom line», das heisst eine Limite, jenseits welcher sie das Geschäft nicht abschliesst. Ist der Reservationspreis des Verkäufers tiefer als derjenige des Käufers, können die Parteien zu einem Preis zwischen den beiden Reservationspreisen zu einer Einigung kommen. Man nennt deshalb diese Preisspanne den Einigungsbereich. Der Reservationspreis bestimmt sich nach der Situation und der Situationseinschätzung jeder Partei. Der Verkäufer geht davon aus, dass er zum Mindestpreis in absehbarer Zeit einen anderen Käufer findet, und der Käufer denkt, entweder die gewünschte Ware anderswo zum Maximalpreis zu erhalten oder, wenn die Ware für seinen Maximalpreis nicht zu haben ist, verzichtet er auf den Kauf, weil er für das Geld anderweitig eine bessere Verwendung hat. Die Ökonomen sprechen von Opportunitätskosten, das heisst dem Nutzen, den eine Partei hat, wenn sie das Geschäft nicht abschliesst im Vergleich zum Nutzen den sie aus dem Geschäftsabschluss zieht.³ Die Harvard-Autoren Fisher und Ury unterstreichen die sorgfältige Prüfung der Opportunitätskosten als Voraussetzung jeder erfolgreichen Verhandlungsführung mit dem Merksatz «Develop your BATNA [= best alternative to a negotiated agreement]» (Fisher/Ury/Patton 1991, 97ff.).

Die Bezeichnung der eindimensionalen Verhandlung als distributiven Prozess impliziert zwar, dass dabei der Gewinn der einen Partei immer einem Verlust der Gegenseite entspricht. Es handelt sich um ein Nullsummenspiel. Da sich aber jede Partei bei der Festlegung ihres Minimalziels an ihren Opportunitätskosten orientiert, sind doch beide Seiten Gewinner, wenn die Minimalziele einen Einigungsbereich ergeben und deshalb einen

für beide vorteilhaften Abschluss erlauben. Entweder ist die Situationseinschätzung beider Parteien so, dass sie sich mit einem Abschluss des Geschäftes besser stellen oder es ist kein Einigungsbereich gegeben, so dass die eine oder andere Partei mit einem Abschluss schlechter dastehen würde als ohne und deshalb nicht abschliessen wird.

Hinterher kann es sich zwar sehr wohl herausstellen, dass die eine oder andere Partei mit einem Abschluss besser gefahren wäre. Weil die Bemessung der Opportunitätskosten in der Regel eine Einschätzung künftiger Entwicklungen voraussetzt, ist sie mit Unsicherheiten belastet. Zudem sind die Parteien in der Regel noch weit weniger gut in der Lage, die Opportunitätskosten der Gegenseite zu beurteilen als ihre eigenen, weshalb sie nie sicher sein können, wie weit der Einigungsbereich wirklich geht. Aus solchen Informationsdefiziten können sehr wohl Gewinne der einen und Verluste der anderen Partei entstehen, die bei einer – allerdings meist nicht erreichbaren – vollständigen Information vermeidbar wären.

2.3 Druck, Härte und Hartnäckigkeit

Am Modell der distributiven Verhandlung lässt sich auch erklären, was es bedeutet, in einer Verhandlung Druck auszuüben und Härte zu zeigen. Häufig werden Unterhändler kritisiert, mit mehr Härte oder Druck hätten sie ein besseres Ergebnis erzielen können. Meistens verbinden sich mit einer solchen Kritik allerdings Darstellungen einer Stärke der eigenen Verhandlungsposition, die in Tat und Wahrheit nicht gegeben ist. Vor allem aber geht die Kritik von einem falschen Verständnis des Verhältnisses von Machtausübung und kooperativer Lösungssuche aus. In einer Verhandlung Druck ausüben oder Härte zeigen kann nur darin bestehen, der Gegenseite die Folgen eines Scheiterns so darzulegen, dass diese ihre Einschätzung der Opportunitätskosten zu Gunsten der «harten» Partei verändert, indem sie ihre Vorteile eines Abschlusses und ihre Nachteile eines Scheiterns höher bewertet. Eine derartige Beeinflussung kann durch die bloße Darstellung des Zustandes nach einer Einigung oder einem Scheitern geschehen. Es kann aber auch dadurch erfolgen, dass für den Fall einer Abschlussverweigerung zusätzlich Handlungen angedroht werden, welche der Gegenpartei Nachteile zufügen. Der Verkäufer wird sein Angebot als ein durch besondere Umstände ausserordentlich günstige Gelegenheit darstellen. Nicht zu kaufen, sei eine verpasste Chance, denn jederzeit könne ein klügerer Käufer daherkommen, der sich ein so vorteilhaftes Angebot nicht entgehen lasse. Der Käufer seinerseits wird dartun, er hätte sich schon bei der Konkurrenz umgesehen. Da seien bessere Angebote vorhanden. Wenn die eine oder

andere Partei indessen den Eindruck erhält, die Gegenseite lasse sich durch solche Argumente nicht beeinflussen, kann sie auch mit einem sofortigen, endgültigen Abbruch der Verhandlungen oder gar der Verweigerung zukünftiger Geschäftsbeziehungen drohen.

In zwischenstaatlichen Verhandlungen sind Hinweise auf die Folgen eines Scheiterns zwar häufig, mit der Androhung von Nachteilen, von eigentlichen Retorsionsmassnahmen ist man aber sehr zurückhaltend. Erstens weil es schwierig ist, Retorsionsmassnahmen zu finden, die einem selbst nicht mindestens ebenso sehr schaden wie der Gegenseite und zweitens weil die Gefahr besteht, dass die Gegenseite ebenfalls Retorsionsmassnahmen ergreift und man so in eine Spirale der gegenseitigen Schädigungen gerät, die nur wachsende Nachteile für alle Beteiligten bringen und die Lösung des Problems noch weiter in die Ferne rücken.

Viel eher als Retorsionsmassnahmen fürchtet man daher nach einem Scheitern von Verhandlungen eine allgemeine Verschlechterung der Beziehungen. Man spricht in der Terminologie der Klimatologen von einer Abkühlung oder gar einem Einfrieren. Konkret heisst das, dass die Parteien eine geringere oder gar keine Bereitschaft zur Kooperation mehr haben, und deshalb Problemlösungen, die man nur gemeinsam oder gemeinsam jedenfalls besser verwirklichen kann, unterbleiben. Dies hätte zum Beispiel eintreten können, wenn das Abkommen über die Zinsbesteuerung mit der EU nicht zustande gekommen wäre. Es war offensichtlich, dass der Abschluss einer Vereinbarung für die EU sehr wichtig war. Der zuständige Kommissar hat auch von Retorsionsmassnahmen gesprochen. Worin diese bestanden hätten, war aber nie ersichtlich, was die Vermutung nahe legt, dass die Verärgerung gegenüber der Schweiz erst wirksam geworden wäre, wenn die Schweiz die Kooperation der EU zur Lösung eines sie belastenden Problems gesucht hätte.

In zwischenstaatlichen Verhandlungen meint aber Druck ausüben oder Härte zeigen in der Regel etwas sehr viel weniger Dramatisches: Meistens bekommt man in einer Verhandlung nach einiger Zeit das Gefühl, es sei ein Einigungsbereich vorhanden, aber man weiss nicht, wo ungefähr eine für beide Teile faire Lösung liegt. In dieser Situation werden die Beteiligten bestrebt sein, die Verhandlungen nicht scheitern zu lassen, aber auch nicht einfach nachzugeben. Eigentlich hat das weniger mit Druck oder Härte als vielmehr mit Hartnäckigkeit zu tun. Da geht es dann darum, nicht mehr Positionen zu markieren, sondern Interessen auszuloten und alle denkbaren Lösungen ins Gespräch zu bringen. Die Harvard Autoren haben dies in den Merksatz gefasst: «Focus on interests, not positions» (Fisher/Ury/Patton

1991, 40ff.). In Kaufverhandlungen wird man nicht Druck auszuüben versuchen, indem man mit Behauptungen zu beeindrucken versucht und mit dem Abbruch der Verhandlungen oder gar der Geschäftsbeziehung droht, sondern man wird sich über die Marktlage, Qualitätsmerkmale, Vergleichspreise oder allenfalls auch den Beizug eines Sachverständigen unterhalten.

2.4 Die integrative Verhandlung: Vermehrung der Gewinnchancen

Vielleicht werden aber die Parteien auch versuchen, auf einem anderen Weg zu einem Abschluss zu kommen: Der Verkäufer wird die Zahlungskonditionen zur Sprache bringen oder ein kleines oder grösseres Extra anbieten. Wenn er Glück hat, trifft er damit genau einen zusätzlichen Wunsch seines Kunden, während er auf diesem Wege einen längst entbehrlichen Ladenhüter los wird. Gleich wie beim ursprünglichen Verhandlungsgegenstand kann auch bei zusätzlich in die Verhandlung eingeführten Leistungen die Interessenlage der Parteien sehr unterschiedlich sein, was die Chancen einer für beide Seiten vorteilhaften Einigung erhöht.

Das ist die so genannte integrative Verhandlung. Selten wird eine Verhandlung nur in einer Dimension geführt, und jeder Unterhändler ist bestrebt, solche Verhandlungen zu vermeiden, indem er nach Erweiterungen des Verhandlungsgegenstandes sucht. Zum Beispiel waren die Strassentransitverhandlungen in den Bilateralen I zwar über weite Strecken eine eindimensionale Verhandlung über die fiskalische Belastung des Strassentransits, welcher für die Benutzung der NEAT Tarife möglich machen sollte, die für den Transporteur attraktiv und für die Bahn Kosten deckend sind. Die Schweiz begannen mit einem Betrag von 650 Franken (für eine Transithfahrt eines Lastwagens von 40 t) und endeten mit 325 Franken. Je mehr die Schweiz bei der fiskalischen Belastung entgegenkam, desto wichtiger wurde für sie die Schutzklausel, welche die Voraussetzungen regelte, unter denen der vereinbarte Betrag erhöht werden durfte, um das von der Schweiz angestrebte Ziel der Verlagerung zu erreichen.⁴ Je leichter die Schutzklausel eine spätere Erhöhung des vereinbarten Betrages oder zusätzliche Massnahmen zur Förderung der Verlagerung erlaubte, desto eher konnte die Schweiz einen tieferen Betrag akzeptieren.

Mit der Vermehrung der Verhandlungsgegenstände werden die Gewinnchancen der Parteien erhöht. Die Harvard Autoren raten deshalb: «Invent options for mutual gain» (Fisher/Ury/Patton 1991, 56ff.). In der Spieltheorie spricht man von der Suche nach dem Nash-Gleichgewicht, das ein Maximum an Vorteilen für beide Parteien mit einer fairen Verteilung dieser Vorteile verbindet (Saner 1997, 95). Nicht immer gibt es ein solches Nash-Gleich-

gewicht und in der Regel lässt es sich nicht genau definieren, denn die Vorteile von zwischenstaatlichen Vereinbarungen lassen sich nicht in objektiv eindeutigen Grössen messen. Es ist aber eine Grundgegebenheit jeglicher auf Kooperation ausgerichteten Verhandlung, dass sich die Gewinne aller Beteiligten durch die Vermehrung der Verhandlungsgegenstände vergrössern lassen und dies deshalb in Verbindung mit einer fairen Lastenverteilung wenn immer möglich angestrebt werden sollte.

Damit sind einige der wichtigsten Eigenheiten des Verhandlungsprozesses benannt. Im Folgenden soll an Hand von vier ausgewählten Fragebereichen der Rechtsetzungslehre gezeigt werden, inwiefern Eigenheiten des Verhandlungsprozesses zu Besonderheiten rechtsetzungstechnischer Natur führen können.

3 Beispiele von Auswirkungen der Verhandlungstechnik auf die Rechtsetzungstechnik

3.1 Die Einheit der Materie

Der Konflikt zwischen dem verhandlungstechnischen Postulat der Erweiterung der Verhandlungsmasse («invent options for mutual gain») und dem verfassungsrechtlichen Erfordernis der Einheit der Materie erscheint auf den ersten Blick offensichtlich, und es wird in der Literatur auch darauf hingewiesen (Cottier/Germann 2001, 79). Die Bundesverfassung nennt das Prinzip allerdings nur als ein Erfordernis bei Verfassungsänderungen (Art. 139 Abs. 2 und 194 Abs. 2 BV). Hangartner/Kley 2000, 984⁵ erklären es aber auch als sinngemäss anwendbar bei Gesetzen und Staatsverträgen, die dem Referendum unterstehen. Sie fügen jedoch bei, die Einheit der Materie sei «in diesem Bereich naturgemäss stark relativiert». Sie halten deshalb selbst ein aus innenpolitischer Sicht so heterogenes Paket wie die Bilateralen Abkommen I mit der EG als mit dem Erfordernis der Einheit der Materie vereinbar.

Nun waren aber die sieben Abkommen durch die von der EU geforderte «Guillotine Klausel» untrennbar miteinander verknüpft worden, so dass bei einer Aufteilung des Genehmigungsverfahrens die Ablehnung eines einzelnen Abkommens alle anderen ebenfalls hinfällig gemacht hätte.⁶

Gleich verhielt es sich zum Beispiel auch in der Welthandelsorganisation (WTO) mit den Ergebnissen der Uruguay-Runde, die – von wenigen Ausnahmen abgesehen – als Ganzes angenommen werden mussten, wollte ein Land nicht seine Mitgliedschaft aufs Spiel setzen. Dies, obwohl die Übereinkommen bekanntlich ganz verschiedene Bereiche erfassten (unterschiedlicher Marktzugang für industrielle und landwirtschaftliche Produkte, technische Handelshemmnisse, Dienstleistungen, Geistiges Eigentum und vie-

les andere mehr).⁷ Dieser so genannte «single undertaking approach» machte innenpolitisch sehr wohl Schwierigkeiten, weil Vorteile und Lasten nicht dieselben trafen, war aber gerade deshalb gewählt worden. Hätten die Länder sich nach Belieben nur für einzelne Teile entscheiden können, wären andere Länder benachteiligt worden, was das für den Abschluss erforderliche allgemeine Gleichgewicht der Interessen aller Mitglieder zum Einsturz gebracht hätte.

Die beiden Beispiele zeigen, dass das Erfordernis der Einheit der Materie in zwischenstaatlichen Verhandlungen nicht relevant sein kann. Was die Stimmbürger und Stimmbürgerinnen in der Schweiz als sachlich nicht zusammenhängend ansehen mögen, mag aus der Sicht des ausländischen Verhandlungspartners ein unerlässlicher Bestandteil eines ausgewogenen Ergebnisses sein. Ohne die Verbindung der verschiedenen Gegenstände käme eine Einigung nicht zustande. Die Entscheidungsfreiheit der Stimmbürgerin und des Stimmbürgers ist sicher besser gewahrt, wenn er ja oder nein zu einem solchen Paket sagen kann als wenn er gar nichts zu entscheiden hat, weil ein «deal» nicht zustande gekommen ist, da das «package» wegen des Grundsatzes der Einheit der Materie mit zu wenig Attraktivem für die Gegenseite angereichert werden durfte.

Eine andere Frage ist es dagegen, ob das Erfordernis der Einheit der Materie auf das Genehmigungsverfahren Anwendung finden soll. Bestimmt sich nach diesem Erfordernis, ob verschiedene Abkommen, die jedes für sich allein genehmigt oder verworfen werden können, in einem einzigen Genehmigungsbeschluss gesamthaft einer Volksabstimmung unterstellt werden dürfen? Diese Frage wurde und wird im Hinblick auf das Genehmigungsverfahren der Bilateralen Abkommen II mit der EG diskutiert. Dabei wurden allerdings vor allem abstimmungstaktische Erwägungen angestellt. Gerade solche Motive sollten aber durch den Grundsatz der Einheit der Materie eingeschränkt oder ausgeschlossen werden zum Schutze der grösstmöglichen Entscheidungsfreiheit des Stimmbürgers und der Stimmbürgerin.⁸ Sind die acht ausgehandelten Abkommen rechtlich nicht verknüpft und jedes für sich allein funktionsfähig, lässt sich ihre Unterstellung unter einen einzigen Genehmigungsbeschluss nicht rechtfertigen.

Allerdings sind die Abkommen durch ihre Entstehung sehr wohl miteinander verbunden. Der Bundesrat hat den Begehren der EU um Vereinbarungen über die Zinsbesteuerung und die Betrugsbekämpfung die Forderung einer schweizerischen Beteiligung an der Schengen/Dublin-Zusammenarbeit entgegengesetzt und insofern eine Parallelität verlangt, als er auf einem gleichzeitigen Abschluss aller Abkommen beharrte. Ohne diese

Parallelität wären die Verhandlungen insbesondere über Schengen/Dublin möglicherweise gar nicht in Gang gekommen und jedenfalls anders verlaufen. Nach Abschluss der Verhandlungen können nun aber die einzelnen Abkommen unabhängig voneinander in Kraft gesetzt und angewendet werden. Wenn der Stimmbürger die Ergebnisse, die der Bundesrat in den Verhandlungen dank der Parallelität erreicht hat, anders bewertet und beispielsweise die Beteiligung an Schengen/Dublin – ungeachtet der für die Schweiz vorteilhaften und in späteren Verhandlungen nicht mehr erhältlichen Modalitäten – ablehnen möchte, sollte ihm dies nicht verwehrt werden. Die bloss verhandlungstaktische Parallelität und die in den Verhandlungen genutzte Gunst des Augenblicks reichen nicht aus, um die Einheit der Materie zu begründen. Die rechtliche Selbständigkeit der Abkommen lässt den Genehmigungsinstanzen die Wahl, und es ist an ihnen zu entscheiden, welche der Abkommen sie annehmen wollen, wobei sie sicher gut daran tun, dabei auch die Entstehungsgeschichte und damit die Tatsache zu berücksichtigen, dass die Abkommen so nur gleichzeitig zustande kommen konnten und die Nachteile einer Ablehnung sehr wohl irreparabel sein mögen.

3.2 Unbestimmte Rechtsbegriffe und Regelungsdichte

Die Motive, allgemeine, sehr weit gefasste Regeln aufzustellen, unbestimmte Rechtsbegriffe zu verwenden oder gar unklare Rechtsätze zu schaffen, sind im Staatsvertragsrecht dieselben wie im nationalen Recht: Man will den nachgeordneten Rechtsetzungs- und den Rechtsanwendungsbehörden Spielräume in der Konkretisierung der Norm belassen oder man kann sich auf eine konkretere oder eindeutige Norm nicht einigen, möchte aber gleichwohl nicht auf eine Regelung verzichten. Die Wirkungsweise der Unbestimmtheit aus dem einen oder anderen Motiv ist aber in den beiden Bereichen oft gänzlich verschieden, weshalb auch die Situationen, in denen man die Unbestimmtheit sucht oder als geringeres Übel akzeptiert, sehr verschieden sind.

Ein entscheidender Unterschied liegt in der Korrekturmöglichkeit, sollte sich die Konkretisierung durch die nachgeordneten Behörden für den Normsetzer als unbefriedigend herausstellen. Der Gesetzgeber kann jederzeit auf seinen Entscheid zurückkommen und die Norm im gewünschten Sinn stärker konkretisieren. Staatsvertragsverhandlungen setzen dagegen immer zuerst einmal eine Einigung darüber voraus, dass überhaupt verhandelt wird, und diese ist erfahrungsgemäss nicht jederzeit und nicht ohne weiteres zu erzielen. Die Interessenlage und die Prioritäten gehen oft auseinander.

der, was Neuverhandlungen verzögert oder gänzlich verhindert.

Das spricht eigentlich für eine grössere Zurückhaltung vor unbestimmten Rechtsbegriffen und geringerer Regelungsdichte in Staatsverträgen. Aber schon de Talleyrand soll gesagt haben: «Nützliche Unklarheit in Staatsverträgen ist eine hohe Kunst», und auch heute noch sprechen Unterhändler gerne von der «konstruktiven Zweideutigkeit», die als Preis der Einigung in Kauf zu nehmen ist und als Chance einer inskünftig intensivierten Zusammenarbeit angesehen werden kann.

Solche akzeptierten Unklarheiten sind Einigungen auf eine Teillösung in dem Sinne, dass man gewisse Regelungsinhalte vereinbart, gleichzeitig aber feststellt oder stillschweigend hinnimmt, dass gewisse damit eigentlich verbundene Regeln streitig bleiben. Sie entspringen der beiderseitigen Meinung der Vertragsparteien, dass das Interesse an der teilweisen Einigung überwiegt und man sich darin einig ist, die Auswirkungen der Uneinigkeit zuerst einmal praktisch zu erproben, bevor man die Lösung insgesamt für gescheitert erklärt.

Ähnlich verhält es sich mit den unbestimmten Rechtsbegriffen und der geringen Regelungsdichte, wenn die Parteien konkretere Regeln im Interesse des guten Funktionierens des Abkommens zwar gerne hätten, sich aber nicht darauf einigen können. Auch hier überwiegt das beiderseitige Interesse an der Regelung unter Inkaufnahme ihrer Mangelhaftigkeit und des Risikos, dass die Vereinbarung später aufgelöst wird, weil die Diskrepanzen bei der Konkretisierung für die eine oder andere Seite zu gewichtig geworden sind.

Ein Beispiel: In den Verhandlungen von 1971 über ein Freihandelsabkommen zwischen der Schweiz – und mit gleichen Inhalt gleichzeitig auch den anderen EFTA-Ländern – und der EWG bestand die EWG darauf, dass in der Freihandelszone für den grenzüberschreitenden Warenverkehr dieselben Wettbewerbsregeln gelten sollten wie innerhalb der EWG. Die Schweiz akzeptierte – wenn auch angesichts ihres damals viel mildereren Kartellrechts nur sehr widerwillig –, dass im Abkommen gleich lautende Wettbewerbsregeln aufgenommen wurden wie im EWGV. Um von Anfang keine Zweifel über den Inhalt dieser Bestimmungen aufkommen zu lassen, fügte die EWG dem Vertrag eine einseitige Erklärung an, wonach sie bei deren Anwendung die gleichen Kriterien wie bei den entsprechenden Regeln des EWGV als massgeblich betrachten werde. Die Schweiz äusserte sich zur Auslegung nicht und traf auch zur Anwendung dieser Bestimmungen vorerst keine besonderen Vorkehrungen.⁹ Angesichts der sehr unterschiedlichen Wettbewerbspolitik der Vertragsparteien bestand sehr wohl die Möglichkeit,

dass es in konkreten Fällen zu Meinungsverschiedenheiten und in der letzten Konsequenz zu einer eskalierenden Spirale von Strafzöllen kommen würde. Bis heute ist nichts derartiges passiert, abgesehen vom Fall Adams, der aber nur die Informationsbeschaffung für ein Untersuchungsverfahren nach dem EWG-Recht und nicht den materiellen Gehalt der im Freihandelsabkommen vereinbarten Wettbewerbsregeln betraf.¹⁰ Auch die gleichen Regeln in den zahlreichen europäischen Assoziationsabkommen mit den mittelosteuropäischen Ländern haben meines Wissens nicht zu Anwendungs- oder gar Streitfällen geführt.

Es kann somit durchaus im Interesse beider Parteien liegen, ein Abkommen – trotz offenem Dissens in einer wichtigen Frage – abzuschliessen und es der Erfahrung mit der Anwendung zu überlassen, ob der Dissens so gewichtig wie anfänglich angenommen ist und wie er allenfalls gelöst werden kann oder ob man das Abkommen deswegen hinterher doch noch scheitern lässt.

Nicht nur die unterschiedlichen Korrekturmöglichkeiten des Normsetzers sind bei der Wahl der Regelungsdichte und der Hinnahme von Lücken zu bedenken. Auch die Frage, wer die Regeln zu konkretisieren und die Lücken auszufüllen hat, ist von entscheidender Bedeutung. Dies kann ebenfalls am Beispiel des Wettbewerbsrechts erläutert werden. Nationale Kartellgesetze enthalten äusserst weite Konkretisierungsspielräume, in denen die Anwendungsbehörden Entscheide von grosser strukturpolitischer Tragweite zu fällen haben. Wie das Beispiel der Freihandels- und Assoziationsabkommen der EG zeigt, ist es zwar durchaus möglich, gleich weit gefasste Regeln in internationale Abkommen aufzunehmen. Diese sind aber in der Regel nicht oder nur eingeschränkt unmittelbar anwendbar. Die Konkretisierung bleibt Behörden vorbehalten, welche die Anwendung in den Vertragskontext stellen und auf das Verhalten der anderen Vertragspartei abstimmen können.¹¹ Damit kann sichergestellt werden, dass bei jedem Konkretisierungsschritt das Gleichgewicht der Interessen gewahrt bleibt.

Auch im Hinblick auf die Zuständigkeit zur Rechtsanwendung und die Art der Rechtsdurchsetzung kann somit die angemessene Regelungsdichte durchaus sehr verschieden beurteilt werden. Was im nationalen Recht als akzeptable und – wie zum Beispiel im Wettbewerbsrecht – sogar als weitgehend unvermeidliche Unbestimmtheit der Norm angesehen wird, ist vielleicht in einem Staatsvertrag eine wegen ihrer mangelnden Regelungsdichte gänzlich undiskutable Lösung.

3.3 Die Transparenz des Rechtsetzungsprozesses

In der Rechtsetzungslehre werden Transparenz und Partizipationsmöglichkeiten im Rechtsetzungsprozess als unerlässlich erachtet, soll das Recht seine Legitimations- und Integrationsfunktion erfüllen (Müller 1999, 14ff.). Verhandlungen finden dagegen unter Ausschluss der Öffentlichkeit statt. Die Autoren des Harvard Verhandlungskonzepts halten lakonisch fest: «Ganz gleich wie viele Leute an einer Verhandlung beteiligt sind – die wichtigen Entscheidungen kommen bezeichnenderweise dann zustande, wenn nur zwei Personen im Raum sind» (Fisher/Ury/Patton 1997, 64; vgl. Saner 1997, 201ff.).

Geheim sind zwar internationale Verhandlungen nur in seltenen Ausnahmefällen. Man weiss in der Regel, wer wo worüber verhandelt. Die Verhandlungen selbst dagegen finden hinter verschlossenen Türen statt. Cotter (1997, 229) zum Beispiel spricht kritisch von einer «Diplokratie», und die Forderung nach mehr Transparenz in internationalen Verhandlungen ist weit verbreitet und wird zum Teil – etwa von Globalisierungskritikern und -kritikerinnen gegenüber der WTO – mit grösster Heftigkeit vorgetragen.

Nun ist aber die Nichtöffentlichkeit von Verhandlungen und meist auch die Beschränkung der schwierigen Phasen auf einen kleinen Personenkreis eine unverzichtbare Voraussetzung des Erfolgs. Das gilt nicht nur für diplomatische, sondern jegliche Art von Verhandlungen. Jeder kann das in seinem persönlichen Umfeld nachprüfen. Wer in einem Konflikt in die Öffentlichkeit geht, sucht nicht die Einigung mit der Gegenseite, sondern Unterstützung für seine Position. Er will die Gegenseite durch die Reaktionen des Publikums und den Druck der öffentlichen Meinung zum Einlenken zwingen. Eine Verhandlungslösung suchen, heisst dagegen auf die Situation und die Begehren der Gegenseite eingehen, sich gemeinsam auf eine Entdeckungsreise zur Annäherung an das Nash-Gleichgewicht begeben und dabei Ideen ins Gespräch bringen und gemeinsam weiter entwickeln oder auch als untauglich verwerfen. Dass die Öffentlichkeit ein solches Verfahren nicht nur be-, sondern verhindert, liegt einerseits in sozialpsychologisch erklärbaren Verhaltensmustern und andererseits in der Funktionsweise der medial vermittelten Meinungsbildung, die sich auszeichnet durch ein sehr eng begrenztes Fassungsvermögen, ein kurzes Gedächtnis, eine geringe Differenzierung und eine hohe emotionale Erregbarkeit.

Im nationalen Gesetzgebungsverfahren, wo die Parlaments- oder Volksmehrheit entscheidet, was Gesetz wird, liegt in jeder Verfahrensphase der Gang an die Öffentlichkeit auf der Hand und erscheint zweckmässig, um Mehrheiten zu beschaffen und zu testen. Nichtöffentliche Verhandlungen

sind zwar durchaus üblich, entweder informell unter Meinungsbildnern einzelner Gruppen als Vorbereitung oder Begleitung der Beratungen in Kommissionen und Plenarien oder auch reglementarisch als vertraulich vorgeschrieben, wie vor allem die Bundesrats- und Kommissionsberatungen. Solche «Geheimphasen» werden aber weniger als unverrückbare Festlegungen angesehen und deshalb auch weniger kritisiert als die Nichtöffentlichkeit der Verhandlungen in internationalen Organisationen.

Übersehen wird dabei allerdings, dass mit der gelobten Transparenz gerade die Funktion der Öffentlichkeit auch ins Gegenteil pervertiert werden kann: Mit der Möglichkeit, in jeder Verfahrensphase die Öffentlichkeit einzuschalten, wird das Potential der Suche nach Lösungen durch Verhandlungen eingeschränkt und der Spielraum für das Diktat von Mehrheiten gegenüber Minderheiten vergrößert. Damit wird die Legitimations- und Integrationswirkung des Prozesses vermindert, denn was in einer bestimmten Phase als Minderheitsmeinung erscheint, wird nicht in einen Optimierungsprozess einbezogen, der alle zu Gewinnern machen würde, sondern unter Berufung auf Mehrheiten der veröffentlichten Meinung kurzerhand eliminiert.

Es ist deshalb zu einfach, wenn Transparenz im Rechtsetzungsverfahren als gut und Nichtöffentlichkeit als schlecht eingestuft wird. Vielmehr ist zu differenzieren: Phasen der inhaltlichen Gestaltung sind vertraulich zu halten, weil es um Verhandlungsprozesse geht, während Entscheidungen öffentlich zu begründen sind, wobei auch verworfene Alternativen und Minderheitsmeinungen dargelegt werden sollten (vgl. Arioli 1997, 240ff.). So finden auch im nationalen Gesetzgebungsverfahren die Phasen der Inhaltsgestaltung, nämlich die Beratungen in Experten- und Parlamentskommissionen hinter verschlossenen Türen statt, während die Entscheidungen der Parlamente nach einer öffentlichen Darlegung der Gründe pro und contra sowie allfälliger Alternativen gefällt werden.

Versucht man trotzdem, durch Regeln mehr Transparenz zu schaffen – wie das gegenüber internationalen Organisationen gefordert wird –, bewirkt man zweierlei: Einerseits wird das Verhandlungspotential vermindert, weil jeder mit Blick auf seine «constituency» nur noch Positionen verteidigt und niemand mehr bereit ist, nach allseits akzeptablen Lösungen zu suchen, und andererseits wird die Intransparenz erhöht, weil die effektiven Verhandlungen – soweit sie doch noch stattfinden – informell geführt und der Öffentlichkeit Ergebnisse präsentiert werden, von denen sie meistens nicht erfährt, wer diese wann und wo mit welchem Mandat ausgehandelt hat. An internationalen Konferenzen gleich wie in nationalen Parlamenten

bietet sich häufig das Bild, dass die Reden im öffentlichen Plenum wenig beachtet dahinplätschern, während irgendwo in der Umgebung die wirklichen Wortführer oder -führerinnen sich treffen, um nach Lösungen zu suchen. Durch das Verbot nichtöffentlicher Verhandlungen fördert man also das paradoxe Ergebnis von tatsächlich geheimen Verhandlungen.

3.4 Die inhaltliche Strukturierung des Verhandlungsprozesses

Zwischenstaatliche Verhandlungen zeichnen sich im Vergleich zum nationalen Rechtsetzungsprozess unter anderem dadurch aus, dass Zwischen- und Endergebnisse schwerer zu ändern sind. Das führt zu einem stärkeren Druck auf einen inhaltlich strukturierten Ablauf. Am Anfang werden Ziele definiert, Lösungsalternativen ausgearbeitet und – was von grösster Bedeutung ist – es wird versucht, eine Vorstellung über die Grenzen der Akzeptanz zu erhalten. Natürlich wird dabei bei weitem nicht alles offen gelegt und jeder behält sich wenn immer möglich bis zur letzten Minute einen Spielraum offen. Jeder weiss aber auch, dass ein Erfolg nur durch eine Annäherung der Positionen und die gemeinsame Suche nach neuen Lösungen zu erreichen ist. Daraus entsteht ein Prozess, in dem fortlaufend Zwischenentscheide getroffen werden, die meistens verlässliche Stufen zum Gesamtergebnis bilden. Sie werden später nur äusserst selten in Frage gestellt, obwohl dies rechtlich durchaus möglich wäre, denn damit würde das ganze Vorhaben gefährdet und darüber hinaus die Kooperationsbereitschaft wegen des geschädigten Vertrauens in die Zuverlässigkeit des Verhandlungspartners ganz allgemein herabgesetzt.

Die Vorzüge einer solchen Strukturierung konnte die Schweiz beispielsweise in den zwei grossen Verhandlungen, die sie mit der EG führte, erfahren. Sowohl in den Verhandlungen über ein Freihandelsabkommen von 1971/1972 als auch in denjenigen von 1989–1991 über den EWR-Vertrag wurde zuerst ein Konzept ausgearbeitet und angenommen, das in der Folge trotz der zahlreichen Begehren nach Ausnahmeregelungen nicht nur der EFTA-Verhandlungspartner, sondern auch der EG-Mitgliedstaaten, konsequent realisiert wurde.¹² Beim Freihandelsabkommen bestand das Konzept in der vollständigen Abschaffung von Zöllen und mengenmässigen Beschränkungen für Industrieprodukte; im EWRV in der Erweiterung des Binnenmarktes der EG auf die EFTA-Länder durch die Ausdehnung des Anwendungsbereichs des für den Binnenmarkt relevanten Rechts auf die EFTA-Länder. Allfällige Härten wurden lediglich durch Übergangsfristen abgefedert. Hart – oder genauer hartnäckig – verhandelt wurde nur über Fragen, die durch das Konzept nicht klar entschieden waren, wie der

Umfang der Liberalisierung des Handels mit Landwirtschaftsprodukten oder speziell im EWR die Mitwirkung der EFTA-Länder bei der Weiterentwicklung des für den Binnenmarkt relevanten EG-Rechts.

Die Verhandlungen über die Bilateralen Abkommen I und II¹³ zeichneten sich dagegen dadurch aus, dass es an einem solchen Konzept fehlte. Beide Parteien eröffneten die Verhandlungen mit Listen von Problemen, an deren vertraglicher Lösung sie in der gegebenen Situation gerade interessiert waren, und beide versuchten, durch die Auswahl der Verhandlungsthemen ein Gleichgewicht der Interessen zu finden. Die Schweiz musste dabei die schmerzliche Erfahrung machen, dass die EU eine schwierige und schwerfällige Verhandlungspartnerin ist, wenn sie nicht nach einem Konzept arbeitet, sondern nur die Interessen ihrer Mitgliedstaaten aufaddiert und sich nicht darum bemüht, diese Interessen nach einem Gemeinschaftsinteresse zu selektionieren und zu harmonisieren.

Je systematischer ein Verhandlungsprozess strukturiert ist, desto schneller führt er zu guten Ergebnissen. In zwischenstaatlichen Verhandlungen entwickelten sich deshalb allgemein anerkannte und in der Regel respektierte Verhaltensregeln, welche die Effizienz des Prozesses wesentlich fördern. Im nationalen Gesetzgebungsverfahren herrscht dagegen oftmals eine Beliebigkeit vor, wann Begehren angemeldet, im Verlauf des Verfahrens geändert und wieder neu aufgelegt werden, so dass erkannte Probleme zu lange ungelöst bleiben und die schliesslich gefundene Lösung weit von den angestrebten Zielen entfernt ist. Zum Beispiel brach das Parlament in der Dezembersession 2003 die mehrjährigen Beratungen der Revision des Krankenversicherungsgesetzes ab, ohne dass mehr Klarheit als am Anfang darüber erreicht worden wäre, wie das als wichtig und dringlich anerkannte Ziel einer Milderung des Kosten- und Prämienanstiegs anzugehen ist.

Wie in den vorangehenden Abschnitten gezeigt wurde, unterscheiden sich nationale und internationale Rechtsetzungsverfahren in mancher Hinsicht. Die im nationalen Recht entwickelte Rechtsetzungslehre lässt sich deshalb nicht einfach übertragen. Mit der erforderlichen Rücksichtnahme auf unverzichtbare Eigenheiten können aber sehr wohl in jedem der Bereiche aus den Erfahrungen des anderen rechtsetzungstechnisch nützliche Lehren gezogen werden.

Anmerkungen

- Am 16. März 2004 fand unter der Leitung von Prof. Dr. Georg Müller am Zentrum für Rechtssetzungslehre der Universität Zürich eine Tagung statt zum Thema «Wie macht man gute Staatsverträge? Die Rechtssetzung in internationalen Verhandlungen: Besonderheiten, Erfahrungen und Lehren». Der vorliegende Text ist eine überarbeitete Fassung eines an dieser Tagung gehaltenen Referats.
- 1 Vgl. z.B. die Darstellung von Explorations- und Verhandlungsphasen in der Botschaft vom 18. Mai 1992 zur Genehmigung des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum, BBl 1992 IV 8ff. oder in der Botschaft vom 19. September 1994 zur Genehmigung der GATT/WTO-Übereinkommen (Uruguay-Runde), BBl 1994 IV 15ff.
 - 2 Die folgende Darstellung des Verhandlungsprozesses stützt sich auf Saner (1997), weil dieses Buch einen wissenschaftlich fundierten, umfassenden Überblick gibt, im Unterschied einerseits zur verbreiteten Ratgeberliteratur und andererseits zu den wissenschaftlichen Darstellungen, die sich auf einzelne Aspekte des Verhandlungsprozesses oder auf die Sichtweise eines einzelnen Wissenschaftszweiges, wie etwa der Zeitgeschichte, der Psychologie oder der Spieltheorie, beschränken. Zitiert werden zudem auch einige der Merksätze aus Fisher/Ury/Patton (1991). Dieses Buch nimmt in der Literatur insofern eine Sonderstellung ein, als es wie ein Ratgeber für jedermann geschrieben ist, aber auf der Forschung und der breiten praktischen Tätigkeit des «Program on Negotiation» der Harvard Law School aufbaut und daher wesentliche Elemente des Verhandeln präzise wiedergibt. Zu den Besonderheiten der Rechtssetzung durch Staatsverträge vgl. auch Arioli 1997, S. 239ff.
 - 3 Zum Begriff der Opportunitätskosten vgl. z.B. Mankiw 2004, S. 6 und 26.
 - 4 Vgl. Botschaft vom 23. Juni 1999 zur Genehmigung der sektoriellen Abkommen zwischen der Schweiz und der EG, BBl 1999, 6128ff., 6263, 6279.
 - 5 Ähnlich Hugenschmidt 2001, S. 42 und 100ff. Vgl. auch Grisel 2004, S. 391. Unter Berufung auf den Verfassungstext und was die Anwendbarkeit des Grundsatzes auf die Genehmigung von Staatsverträgen angeht, ist Hurst (2002, S. 134) anderer Meinung.
 - 6 Vgl. Botschaft vom 23. Juni 1999 (Anm. 4), S. 6156.
 - 7 Vgl. Botschaft vom 19. September 1994 (Anm. 1), S. 117; Stoll/Schorkopf 2002, S. 13.
 - 8 Bei der Redaktion dieses Textes lag die Botschaft über die Bilateralen Abkommen II

noch nicht vor und der Bundesrat hat erst in einem Vernehmlassungsverfahren – allerdings ohne Begründung – separate Genehmigungsbeschlüsse für jedes der acht Abkommen vorgeschlagen. Die Botschaft soll im September erscheinen.

- 9 Vgl. Botschaft vom 16. August 1972 über die Genehmigung der Abkommen zwischen der Schweiz und den Europäischen Gemeinschaften, BBl 1972 II 702.
- 10 BGE 104 IV 175.
- 11 Vgl. Kartellgesetz Art. 58, 59; SR 251.
- 12 Vgl. Botschaft vom 16. August 1972 (Anm. 9) S. 661ff.; Botschaft vom 18. Mai 1992 (Anm. 1) S. 8ff.
- 13 Vgl. Anm. 4 und 8.

Literatur

- Arioli, Silvio, 1997, Der Unterhändler als Gesetzgeber, in: Corti, Mario, A./Ziegler, Peter (Hgg.), *Diplomatische Negotiation*, Festschrift für Franz A. Blankart, Bern.
- Bundesamt für Justiz, 2002, *Das Ablaufschema im Gesetzgebungsleitfaden des Bundesamtes für Justiz*, 2. Aufl., Bern. Auch im Internet unter www.ofj.admin.ch publiziert.
- Cottier, Thomas, 1997, *Die Globalisierung des Rechts – Herausforderungen für Praxis, Ausbildung und Forschung*, ZBJV.
- Cottier, Thomas/Germann, Christophe, 2001, *Die Partizipation bei der Aushandlung neuer völkerrechtlicher Bindungen*, in: Thüerer/Aubert/Müller, 2001, *Verfassungsrecht der Schweiz*, Zürich.
- Fisher, Roger/Ury, William/Patton, Bruce, 1991, *Getting to Yes*, 2. Aufl., New York, deutsche Übersetzung: *Das Harvardkonzept*, 1997, Frankfurt.
- Grisel, Etienne, 2004, *Initiative et référendum populaire*, 2004, 3. Aufl., Bern.
- Hangartner, Yvo/Kley, Andreas, 2000, *Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft*, Zürich.
- Hugenschmidt, Crispin F.M., 2001, *Einheit der Materie – überholtes Kriterium zum Schutz des Stimmrechts?*, Basel.
- Hurst, Robert, 2002, *Der Grundsatz der Einheit der Materie*, Zürich.
- Mankiw, Gregory, N., 2004, *Grundzüge der Volkswirtschaftslehre*, 3. Aufl., Stuttgart.
- Müller, Georg, 1999, *Elemente einer Rechtssetzungslehre*, Zürich.
- Saner, Raymond, 1997, *Verhandlungstechnik*, Bern.
- Stoll, Peter-Tobias/Schorkopf, Frank, 2002, *WTO – Welthandelsordnung und Welthandelsrecht*, Köln.

Résumé

Le droit des traités a pris une telle importance dans le quotidien du droit que la question fondamentale de la doctrine législative : « Comment faire de bonnes lois ? » se pose légitimement à ce sujet également. Les postulats de légistique développés autour de la procédure législative nationale ne peuvent simplement être transposés tels quels, car la genèse des traités de droit public est fondamentalement différente de la genèse des lois, dans la mesure où le contenu des traités est le fruit de négociations internationales. Ce processus se caractérise par la recherche d'un résultat optimal et équitable pour tous les Etats impliqués, ce qu'en théorie du jeu on définit comme l'équilibre de Nash. La manière dont les postulats de légistique doivent prendre en compte cette particularité est illustrée ici au moyen de quatre exemples : le principe de l'unité de la matière, de la densité normative, de la transparence des procédures et de la structure interne du processus. Il en ressort que dans le processus de création d'un traité entre Etats, il faut respecter les règles de la légistique, avec certaines modifications, mais aussi que la pratique des négociations internationales offre des enseignements utiles pour la procédure qui s'inscrit dans le droit national.