

GAIiA

4 | 2011

ÖKOLOGISCHE PERSPEKTIVEN FÜR WISSENSCHAFT UND GESELLSCHAFT
ECOLOGICAL PERSPECTIVES FOR SCIENCE AND SOCIETY



- LANDSCHAFT UND GESUNDHEIT
- GESCHICHTE DER PHOTOVOLTAIK
- REGIMEKONFLIKTE

Regimekonflikte im globalisierten Recht: Erscheinungsformen und Lösungen

Im Zuge der Globalisierung von Staat und Gesellschaft gliedert sich die Einheit der Rechtsordnung mehr und mehr in Teilordnungen. Diese geraten nicht selten in Konflikt miteinander. Doch nach welchen Regeln können diese Konflikte gelöst werden? Eine Methode der bewertenden Konfliktanalyse wird vorgeschlagen, die die gesellschaftliche Basis beider Ordnungen analysiert und vergleichend bewertet. Sie wird am Beispiel von zwei Fällen – „Welthandel und gentechnisch veränderte Lebensmittel“ sowie „Klimaschutz und Luftverkehr“ – auf ihre Brauchbarkeit hin getestet.

Gerd Winter

Regime Conflicts in the Globalised Law: Phenomenology and Solutions

GAIA 20/4 (2011): 248–255

Abstract

Coinciding with the general trends towards the internationalisation and privatisation of statehood, legal orders have multiplied. As a result, in a given case, laws produced by different states, sectoral polities, governance levels, societal fora and transnational arrangements may overlap or even contradict each other. This article elaborates why the variety of legal orders has emerged and how it can be structured, in what kinds of relationship the fragments stand to each other, and how conflicts between laws can be resolved. Through a discussion of proposals of discourse and systems theory for conflict resolution, the article develops a genuine approach called conflict analysis and evaluation. This approach allows to rationalise preconceptions of relationships between conflicting laws and thus lays the groundwork for reasonable solutions. The approach is illustrated by two examples: the conflict between the World Trade Organisation and the European Union concerning genetically modified products, and the conflict between the United Nations Framework Convention on Climate Change and the International Civil Aviation Organisation on greenhouse gas emissions.

Keywords

conflict of laws, international law, legal methodology, regime theory, transnational law

Fragmentierung des Rechts

Die Globalisierung von Wirtschaft und Gesellschaft trägt innerstaatlich bekannte Konflikte in den internationalen Raum. Dazu zählen Spannungen zwischen Kapital und Arbeit, wirtschaftlicher Konkurrenz und sozialem Ausgleich, Rationalität und Religion, Dominanz und Entwicklung, staatlicher Macht und Menschenrechten, Ausbeutung und Schutz natürlicher Ressourcen und andere. Auf nationaler Ebene existieren übergeordnete Instanzen, die – oft mühsam, aber meist doch erfolgreich – einheitsstiftende Entscheidungen treffen. In dem den Staat überschreitenden Raum sind dagegen solche Instanzen kaum etabliert. In Ermangelung dessen entsteht auf diese Weise statt einer einheitlichen Rechtsordnung eine Vielfalt von Teilordnungen.¹ In großer Zahl bilden sich Regime für sektorale Politiken heraus, in denen meist die Fachministerien als Verhandlungsträger auftreten, die wiederum von ihren sektorpezifischen Klientelen beeinflusst werden. Dies führt zur Pluralisierung von Teilregimen, im Umweltbereich zum Beispiel zu Regimen für Meeresschutz, Klimaschutz, Gesundheit, Naturschutz, Abfall, Gefahrstoffe, Freihandel, Transport, Arbeit und Landwirtschaft. Die Pluralisierung der Regime erhält dadurch weiteren Schub, dass die Staaten aus unterschiedlichen Regionen, Interessenkonstellationen und Kulturen heraus agieren. So entstehen einerseits regionale Konventionen wie die Meeresschutzkonventionen für den Nordatlantik und andererseits globale Konventionen zur Repräsentanz spezifischer Interessen wie derjenigen der Industriestaaten, zum Beispiel die Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), und – deutlich schwächer ausgebildet – der Entwicklungsstaaten, zum Beispiel die United Nations Industrial Development Organisation (UNIDO).

Lange Zeit herrschte die Vorstellung vor, aus der Gleichordnung der Staaten werde langsam eine Völkerrechtsgemeinschaft entstehen, in der verfassungsartige Grundnormen gelten und Institutionen geschaffen werden, die für Einheitlichkeit und Fortschritt sorgten, indem sie mit Mehrheitsbeschluss höherrangiges Recht setzen und dessen Implementation kontrollieren (Paulus

Kontakt: Prof. Dr. Gerd Winter | Universität Bremen | Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht (FEU) | Universitätsallee, GW 1 | 28359 Bremen | Deutschland | Tel.: +49 421 21866102 | E-Mail: gwinter@uni-bremen.de

© 2011 G. Winter, licensee oekom verlag.
This is an article distributed under the terms of the Creative Commons Attribution License (<http://creativecommons.org/licenses/by/3.0>), which permits unrestricted use, distribution, and reproduction in any medium, provided the original work is properly cited.

2001, S. 220 ff.). Das Urbild dessen waren die Vereinten Nationen (United Nations, UN) mit ihren Grundregeln für Frieden, mit dem zu verbindlichen Entscheidungen befugten Internationalen Gerichtshof und dem „supra-national“ entscheidenden Sicherheitsrat.

Heute ist in Sachen Staatengemeinschaft eine Ermattung eingetreten. Es scheint sich die Auffassung durchgesetzt zu haben, man müsse sich mit der Pluralität von Regimen abfinden und könne bestenfalls für eine Kompatibilität der Fragmente sorgen. Die unterschiedlichsten Teilregime werden zwar aktiv weiterentwickelt, doch an Initiativen für übergeordnete Verträge und Organisationen mangelt es. In einer Zeit, in der die globalen Probleme immer dramatischer werden, ist das fatal. Es muss ja nicht gleich – im Beispiel der vielfältigen Umweltregime – eine Weltumweltorganisation sein, wie sie der Wissenschaftliche Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen gefordert hat (WBGU 2001). Eine neue Weltgemeinschaft der Staaten und internationalen Organisationen unter Koordinierung durch ein aufgewertetes United Nations Environment Programme (UNEP) wäre eine realistischere und arbeitsfähigere Architektur.

Neben dem Trend zur fragmentierten Globalisierung steht der Trend zur Vergesellschaftung von Normen und normgenerierenden Strukturen. Schon immer ruhte das staatsbasierte Recht auf informalen gesellschaftlichen Verbänden und Normkomplexen und war differenziert mit ihnen verzahnt (Ehrlich 1967, S. 31 ff.). Heute überschreiten solche informalen Strukturen mehr und mehr die staatlichen Grenzen. Da sie durch die staatliche Hülle hindurch emergieren, werden sie als „trans-national“ bezeichnet² und treten so neben die „inter-nationalen“ Strukturen. Sie nehmen Aufgaben wahr, die sich von den Staaten mangels internationaler Reichweite ihres Rechts und der Schwierigkeit internationaler Konsensbildung nicht bewältigen lassen. Sie koordinieren nicht nur Privatinteressen, sondern dienen bei geeigneter Konfiguration auch dem öffentlichen Interesse. Beispiele sind *codes of conduct* transnationaler Konzerne, Zertifizierungssysteme wie der Forest Stewardship Council, technische Normen der Internationalen Standardisierungsorganisation (ISO) und Standards der Codex Alimentarius Commission (Winter 2009).

Synergien und Kollisionen von Regimen

Gegenüber der verbreiteten Meinung, die überbordende Vielfalt der formalen und informalen Teilrechtsordnungen sei zutiefst durch „Regimekollisionen“ charakterisiert (Fischer-Lescano und Teubner 2006, passim), ist zunächst daran zu erinnern, dass viele der pluralen Regime in einem Ergänzungsverhältnis miteinander stehen. Fast alle internationalen und transnationalen Regime verfügen über solche komplementären Funktionen, weil sie Gegenstände aufgreifen und Normen enthalten, die sich rein staatlicher Kompetenz entziehen. Um einige Beispiele zu nennen: Staatliches Recht könnte mit Geltung gegen andere Staaten keine Ausschließliche Wirtschaftszone (AWZ) im Meer begründen, wenn dies nicht durch das *Seerechtsübereinkommen* der

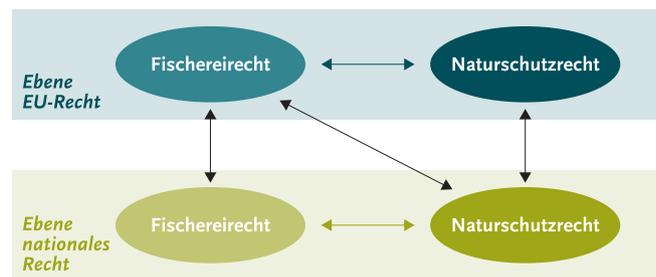


ABBILDUNG 1: Rechtsordnungen können miteinander kollidieren, wenn zum Beispiel auf einen Sachverhalt wie die Meeresfischerei sowohl nationales wie EU-Recht und sowohl Fischerei- wie Naturschutzrecht anwendbar ist.

UN (SRÜ) anerkannt würde. Grenzüberschreitend verkehrsfähige Produkte könnten nicht hergestellt und verwendet werden, wenn sie nicht durch informale Normen standardisiert würden, auf die staatliches und internationales formales Recht verweisen kann.

Aber Regimekollisionen gibt es durchaus, und dies zahlreich. Sie können so definiert werden, dass auf einen Sachverhalt mindestens zwei Regime – oder genauer: Normen – anwendbar sind und die Normen sich inhaltlich widersprechen. Zu unterscheiden ist dabei zwischen verschiedenen Dimensionen möglicher Konflikte. Fünf davon sind besonders bedeutsam. Sie können als „sektoral“, „vertikal“, „diagonal“, „horizontal“ und „modal“ bezeichnet werden. Ein Beispiel: Das EU-Fischereirecht setzt für die AWZ der EU-Staaten Fangquoten für bestimmte Fischarten fest (Regelung A). Zur AWZ gehört auch ein wertvolles Ökosystem, für welches das EU-Naturschutzrecht einen strengen Schutz vorsieht, der nahelegt, dass in ihm jede Fischerei untersagt werden sollte (Regelung B). Diese Divergenz zwischen Fangermöglichkeit und Fangverbot stellt einen *sektoralen* Konflikt zwischen europäischem Fischerei- und Naturschutzrecht dar. Hinzu tritt eine *vertikale* Dimension des Verhältnisses zwischen EU-Recht und nationalem Recht, und zwar sowohl hinsichtlich Fischerei wie hinsichtlich Naturschutz. So könnte es sein, dass das nationale Fischereirecht geringere Fangmöglichkeiten erlaubt als das europäische Fischereirecht, oder dass das nationale Naturschutzrecht einen strengeren Naturschutz vorsieht als das europäische Naturschutzrecht. Die Lage wird noch komplizierter, wenn das nationale Naturschutzrecht ein Fangverbot ausspricht, das europäische Fischereirecht dagegen Fangmöglichkeiten eröffnet. Man spricht dann von einer *diagonalen* Dimension (Abbildung 1).

Ein Konflikt in *horizontaler* Dimension tritt auf, wenn – um im Beispiel zu bleiben – die großzügigen EU-Quoten auf wandernde Fischarten bezogen werden und ein Drittstaat für die ei-

1 Ich benutze den Ausdruck „Teilordnungen“ als Oberbegriff für Normen und Regime. Der Begriff „Regime“ geht über den der Norm hinaus: Er bezieht die normsetzenden Institutionen mit ein, erstreckt sich auf ganze Normbestände einschließlich ihres Zwecks und erfasst auch die Normanwendung durch die Institutionen des Regimes. Dieser Artikel benutzt je nach Kontext beide Begriffe.

2 „Trans“ im Sinne von „durch, hindurch“.

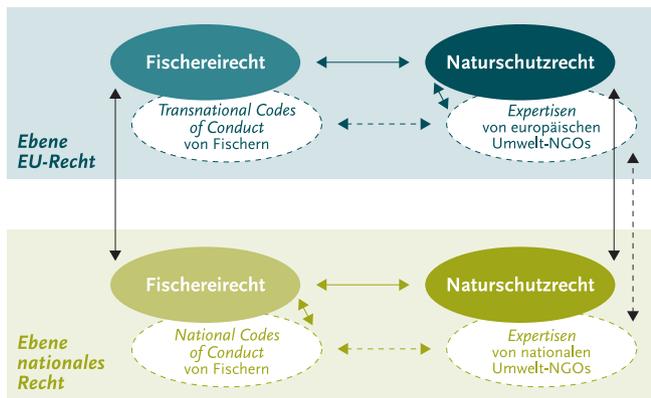


ABBILDUNG 2: Unterhalb der staatsbasierten formalen Rechtsordnungen existieren informale gesellschaftliche Ordnungen (gestrichelte Ovale). Diese bilden sich nicht nur innerhalb von Staaten, sondern auch grenzüberschreitend.

genen Quoten in seiner AWZ keine Basis mehr hat, weil alles in der EU weggefischt wird. In der Abbildung ließe sich das so darstellen, dass außerhalb der EU-Ebene ein weiteres Oval gezeichnet wird, das das Fischereirecht des Drittstaates repräsentiert.

Will man auch die erwähnten informalen Teilordnungen – also die *modale* Dimension – einbeziehen, muss unter die Abbildung ein Schattenbild gelegt werden, das die informalen Ordnungen erfasst (Abbildung 2). Auch in dieser „Schattenwelt“ gibt es Normensysteme auf nationaler und EU-Ebene sowie Normensysteme verschiedener Sektoren. So können sich beispielsweise Fischer einer bestimmten Art innerhalb eines transnationalen Netzwerks auf bestimmte Fangregeln einigen, die aber den Regeln eines transnationalen Naturschutzverbands widersprechen. Regeln zur Lösung solcher Kollisionen sind nicht im formalen Recht zu suchen. Dennoch dürften solche Regeln existieren. Sie müssten mit sozialwissenschaftlichen Methoden aus der Praxis heraus rekonstruiert werden.³

Bleiben noch die Kollisionen zwischen der formalen Welt und der Schattenwelt. So ist vorstellbar, dass die staatlichen Fangregeln weniger streng sind als die des Marine Stewardship Council (MSC). Ein Produkt, das nach staatlichen Standards auf den Markt gebracht werden kann, hätte dann geringe Absatzchancen bei denjenigen Lebensmittelketten, die ausschließlich MSC-zertifizierte Produkte im Sortiment haben.

Überwindung von Normkonflikten

Normkonflikte werden dadurch überwunden, dass die konfligierenden Normen in ein kooperatives Verhältnis gebracht werden oder einer Norm Vorrang vor der anderen eingeräumt wird. Dafür gibt es Metaregeln, klassische und neuerlich diskutierte.

Klassische Regeln

Voraussetzung für die Koordinierung konfligierender Normen ist, dass ihr Text in wechselseitiger Richtung offen und interpretationsfähig ist. Manchmal helfen auch Tricks weiter, wenn die

Texte zu wenig *pastos* sind, wie das Theorem, dass schrankenlos statuierte Grundrechte (wie die Kunstfreiheit) durch konkurrierende Grundrechte „immanent“ beschränkt seien. Ist eine Koordinierung textlich nicht möglich, müssen Vorrangregeln angewendet werden. Hiervon gibt es einen klassischen Kanon, der kurz skizziert werden soll.

In der *vertikalen* Dimension sind die Vorrangregeln meist aus den nationalen Verfassungen abzuleiten. Für das Verhältnis von nationalem zu internationalem Recht ergibt sich dies aus dem völkergewohnheitsrechtlich anerkannten Grundsatz staatlicher Souveränität. Die nationalen Verfassungen optieren teils für Vorrang, teils für Nachrang, teils für Gleichrang des Völkerrechts im Verhältnis zu ihrem eigenen Recht. Im EU-System mit seiner zwischen EU und Mitgliedstaaten geteilten Souveränität gilt der Vorrang des EU-Rechts kraft Verfassung der Mitgliedstaaten *und* der EU. Hat die höhere Ebene Vorrang, ist weiter zu prüfen, ob sie in einem gegebenen Bereich eine ausschließende oder nur eine konkurrierende Kompetenz besitzt⁴ und im letzteren Fall, ob sie die Kompetenz ausgeschöpft oder nur teilweise ausgeübt hat. Je nach Fall ergeben sich daraus verbleibende Kompetenzen der „unteren“ Ebene.

In der *sektoralen* Dimension, also im Verhältnis zwischen verschiedenen sektoralen Teilordnungen, gelten die Regeln, dass die speziellere Norm die allgemeinere und die jüngere die ältere verdrängt (*Lex-specialis-* und *Lex-posterior-Regel*) (Matz 2005, S. 329 ff.). Jedoch müssen die Rechtssetzer dieselben sein, was bei konkurrierenden völkerrechtlichen Verträgen nur selten gegeben ist.⁵

In der *diagonalen* Dimension sind keine speziellen Regeln erforderlich, wenn die Lösung in der sektoralen und vertikalen Dimension zu finden ist. Im Fischereibeispiel müsste auf sektoraler Ebene geklärt werden, ob Fischerei- oder Naturschutzrecht vorgeht, und auf vertikaler, welches Recht Vorrang hat. Ist dies geschehen, ist also etwa der Vorrang des Fischereirechts vor dem Naturschutzrecht und der Vorrang des EU-Rechts gegenüber dem nationalen Recht anzunehmen, bleibt keine Regelungskompetenz für die Mitgliedstaaten übrig. Anders verhält es sich, wenn auf der höheren Ebene kein konkurrierendes Regime existiert, wohl aber ein Mitgliedstaat die Kompetenz dafür in Anspruch nimmt. Im Beispiel: Will der Mitgliedstaat über das einen engen Ansatz verfolgende EU-Naturschutzrecht hinaus Naturschutzgebiete ausweisen, steht dies in echter diagonalen Spannung zum EU-Fischereirecht. Doch auch hier hilft eine zunächst sektorale Betrachtung: Die EU hat das Feld nicht besetzt. Daher muss der Mitgliedstaat wie ein gleichberechtigter Partner der EU angesehen werden. Der Konflikt löst sich also nach sektoralen Regeln, nicht nach vertikalen Regeln des Vorrangs des EU-Rechts.

3 „Normhierarchische Elemente“ sind zum Beispiel im informalen transnationalen Wirtschaftsrecht festgestellt worden (Renner 2011, S. 270 ff.).

4 Vergleiche für die EU Artikel 2 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union (AEUV).

5 Zu Differenzierungen siehe Artikel 30, 40, 41, 59 Wiener Vertragsrechtskonvention vom 23. Mai 1969.

In der *horizontalen* Dimension, also hinsichtlich der konkurrierenden Rechtsnormen verschiedener Staaten, haben wir es mit der klassischen Situation des internationalen Privat-, Verwaltungs- und Strafrechts zu tun. Die Regeln der Konfliktlösung sind eigentlich solche des nationalen Rechts, werden aber durch Abkommen und durch Völkergewohnheitsrecht harmonisiert. Im Privatrecht herrschen Kriterien der Sachnähe und der Rechtswahl durch die Streitenden, bei Vorbehalt einer Letztkontrolle des *ordre public*, das heißt grundlegender inländischer Wertvorstellungen. Im internationalen Verwaltungsrecht gilt ein Trennungsgrundsatz, der regelt, dass das nationale Recht und Verwaltungshandeln an die Gebietshoheit gebunden ist und nicht ins Ausland überwirkt, außer es gibt begründbare Anknüpfungspunkte dafür; zum Beispiel wirkt der gesetzliche und administrative Schutz vor Gefahren innerstaatlicher Anlagen auch im Ausland. Betroffene im Ausland können daraus Rechte ableiten und im Inland geltend machen.

In der *modalen* Dimension gilt traditionell der klare Vorrang des formalen Rechts vor dem informalen, weil im Verfassungsstaat nur das formale Recht demokratisch legitimiert ist. Das formale Recht kann auf informales Recht verweisen. Beispielsweise kann es, statt selbst einen technischen Standard zu formulieren, DIN-Normen explizit in Bezug nehmen oder durch Öffnungsklauseln wie „allgemein anerkannte Regeln der Technik“ oder „die im Verkehr übliche Sorgfalt“ für maßgeblich erklären.

Wege zu neuen Konkordanz- und Vorrangregeln

Dieser tradierte Kanon von Metaregeln wird zunehmend grundsätzlich infrage gestellt. Systemtheoretische und postmoderne Strömungen halten eine systematische Klärung der Verhältnisse für letztlich vergeblich. Die vielfältigen Teilordnungen wüchsen autopoietisch und könnten sich nur durch eine Selbstreferenz koordinieren, in der Erfahrungen mit anderen als „Rauschen“ wahrgenommen und verarbeitet werden (Ladeur 1992, S. 77 f., S. 211 f.). Allenfalls könne es um eine pragmatische Kompatibilisierung gehen, die lediglich Schadensbegrenzung betreibt. Eine Integration mit dem Ziel größerer Einheitlichkeit sei jedenfalls illusorisch: „Also: ‚lasciate ogni speranza‘. Jede Hoffnung auf eine hierarchisch-organisatorische oder eine begrifflich-dogmatische Einheit des internationalen Rechts dürfte damit vergeblich sein“.⁶

Demgegenüber ist daran zu erinnern, dass der Normalfall der Normkollision gegenwärtig und wohl auch in Zukunft durch die tradierten Metaregeln verlässlich und legitim gelöst wird. Dies gilt gerade auch für vertikale Überordnungsverhältnisse, die von Anhängern flacher Hierarchien und sektoraler Koordinierung oft für überholt angesehen werden. Dennoch ist einzuräumen, dass das tradierte Regelwerk in vielerlei Hinsicht nicht mehr genügt. Einige Fallkonstellationen mögen dies illustrieren:

■ sektorale Dimension:

- Die *Lex-posterior-Regel* passt im Verhältnis unterschiedlicher völkerrechtlicher Regime zueinander oft nicht, denn spätere Regime können ältere nicht verdrängen, wenn die Vertragsstaaten der kollidierenden Regime und damit die

Geltungsgründe verschiedene sind. Außerdem ist häufig fraglich, ob die Erzeuger der neuen Norm die ältere wirklich mitbedacht haben und ablösen wollten.

- Die *Lex-specialis-Regel* hilft – namentlich auf völkerrechtlicher, aber auch auf europäischer und nationaler Ebene – häufig nicht weiter, weil die sektoralen Regime oft beide speziellen Charakter besitzen.

■ vertikale Dimension:

Mit Vorrängen wird in vielen Fällen eher strategisch und ad hoc umgegangen statt nach den allgemeinen Regeln. So werden rechtsdogmatisch an sich klare Verhältnisse nicht selten in der Praxis unterlaufen, wenn der Vorrang des höheren Rechts politisch nicht passt. Beispielsweise weigerte sich der Europäische Gerichtshof, der an sich die direkte Anwendbarkeit und den Vorrang des Völkerrechts vor Sekundärrecht annimmt, dies auf die Freihandelsregeln der World Trade Organization (WTO) zu erstrecken (vergleiche Boysen und Oeter 2010, Paragraph 32, Randziffer 32).⁷

■ modale Dimension:

Im Verhältnis zwischen formalem und informalem Recht wird der scheinbar klare Satz, dass bei Kollisionen das formale – weil parlamentarisch legitimierte – Recht vorgeht, der Tatsache nicht gerecht, dass das informale Recht oft einen faktischen Einfluss hat, den das formale Recht kaum steuern kann. Zum Beispiel verhalten sich Unternehmen nach internationalen Handelsbräuchen (*lex mercatoria*), ohne dass dies von staatlichem oder internationalem Recht vorgeschrieben oder zumindest anerkannt wird.

Es gibt zwei gedankliche Schulen, die in solchen Situationen Lösungen anbieten. Die eine Schule propagiert die Methode der „praktischen Konkordanz“. Sie wurde unter anderen von Konrad Hesse in das deutsche Verfassungsrecht eingeführt (Hesse 1991, Randziffer 77) und ist unter der Bezeichnung „koordinierende Vertragsauslegung“ auch im Völkerrecht gebräuchlich.⁸ Joerges empfiehlt sie in Habermas'scher Diskurstradition als Metaregel für alle denkbaren Normkollisionen (Joerges 2010, S. 40). Sie bedeutet, dass eine Auslegung gefunden werden soll, die beiden Normen eine größtmögliche Verwirklichung ermöglicht. Nun ist eine Harmonisierung durch Kompromiss aber nicht immer die

>

⁶ Siehe Fischer-Lescano und Teubner (2006, S. 57), die Überschrift zu Dantes *Hölle* zitierend.

⁷ Über Beispiele in der deutschen Rechtsprechung siehe Schweitzer und Weber (2004, S. 104 ff.). So nahm das Bundesverwaltungsgericht an, das Londoner Schuldenabkommen, das die Klärung von Reparationsforderungen aufschiebt, sei unmittelbar anwendbar und stehe einem Anspruch eines Zwangsarbeiters entgegen, während das Bundesverfassungsgericht die unmittelbare Anwendbarkeit des Auslieferungsabkommens zwischen dem Deutschen Reich und Griechenland, das die Auslieferung politischer Straftäter ausschloss, auf einen mutmaßlichen Terroristen der Roten-Armee-Fraktion ablehnte.

⁸ Vergleiche Matz (2005, S. 274 ff.). Matz fügt institutionelle Koordinierungsmechanismen (gegenseitige Informationspflichten, *Memoranda of Understanding*, gemeinsame Steuerungs- und Arbeitsgruppen etc.) hinzu, die für die hiesige Thematik der Abgleichung von Texten nicht zu behandeln sind.

der Sache angemessene Lösung. Es kann auch sein, dass sich eine Norm so weit wie möglich an die andere anpassen sollte. Dies ist zum Beispiel in der vertikalen Dimension der Fall, wenn eine niederrangige Norm verfassungskonform interpretiert werden soll oder wenn eine informale Norm sich einer formalen Norm anzupassen hat. Die praktische Konkordanz muss sich deshalb ihrer eigenen Parteinahme vergewissern, bevor sie zur harmonisierenden Auslegung schreitet. Wie dies geschehen kann, ist in der Methode nicht systematisch ausgearbeitet.

Eine andere, systemtheoretische Richtung, wie sie von Fischer-Lescano vorgeschlagen wurde, empfiehlt in einem Zwischenschritt eine Analyse der in Kollision stehenden gesellschaftlichen Autonomiebereiche und die Anwendung von „Kompatibilisierungstechniken“ (Fischer-Lescano 2008, S. 172 ff.). Meines Erachtens ist der erste Schritt überzeugend, weil er sich auf die Sache einlässt und einen vorschnellen Rekurs auf Wertungen verhindert. Der zweite Schritt verzichtet dagegen ganz auf normative Bezüge und begnügt sich mit einem „Irgendwie-sinnvoll-zum-Ausgleich-Bringen“ (Fischer-Lescano 2008, S. 173). Das ist systemtheoretisch durch die Annahme geschlossener Systeme begründet, aber eher Glaubenssache als empirisch gesättigt.

Ein dritter Weg: die bewertende Konfliktanalyse

Ich möchte einen anderen Weg gehen, der über den Positivismus des tradierten Kanons hinausführt und zugleich sowohl den systemtheoretisch/postmodernen Minimalismus wie auch die Kompromissbereitschaft der praktischen Konkordanz vermeidet.

Vorgeschlagen wird hier eine bewertende Analyse des jeweiligen Konflikts. Sie besteht aus einem analytischen Durchgang durch die den Konflikt hervorbringenden Interessen und Machtkonstellationen sowie einer vergleichenden Bewertung von beiden (oder mehrerer) Konfliktpositionen, und zwar anhand von zwei grundlegenden Maßstäben: dem Legitimationsniveau und dem ethischen Gewicht beider Seiten. Eine so gestrickte bewertende Konfliktanalyse führt zu einem besseren Vorverständnis aufseiten der Beurteilenden. Danach können diese anhand der anerkannten und vielfältigen Kollisionsregeln den Konflikt lösen. Erfahrungsgemäß kann die auf dem Vorverständnis beruhende Lösung leicht begründet werden.

Es empfiehlt sich also ein intensives Eintauchen in den Konflikt, um ihn zu verstehen. Aus der Konfliktanalyse kann methodisch gesehen zwar nicht auf normative Lösungen geschlossen werden. Aber hinter Begründungszusammenhängen stehen Entdeckungszusammenhänge⁹, die Ideen für eine Konfliktlösung generieren. Sollen diese begründet werden, sind allerdings normative Maßstäbe erforderlich. Sie müssen allgemeiner Art sein, damit ihnen die Konfliktparteien zustimmen können.

Der Maßstab des vergleichenden Legitimationsniveaus bezieht sich auf die Verfahren der Entscheidungsbildung und fragt nach dem Grad von Transparenz und Partizipationsmöglichkeit bei der Erzeugung der jeweiligen Ordnungen. Das vergleichende ethische Gewicht ist ein materialer Maßstab, der sich an den

fundamentalen Menschenrechten orientiert; im ökologischen Bereich könnte darauf abgestellt werden, ob Grundfunktionen von Ökosystemen oder nur einzelne Komponenten oder Individuen gefährdet sind. Beide Maßstäbe entsprechen dem, was mit der Staatengemeinschaft angestrebt worden ist und seit der Finanz- und Klimakrise wieder auf der Tagesordnung steht: ein globales übergreifendes Interesse an bestimmten Grundwerten menschlichen Umgangs und an der Erhaltung der den Menschen tragenden Natur. Dient die Konfliktlösung diesen Zielen, kann in Anlehnung an ein völkerrechtliches Interpretationsprinzip von einem *effet utile* im Interesse des globalen Gemeinwohls gesprochen werden.¹⁰

Die hier empfohlene bewertende Konfliktanalyse arbeitet lediglich am Vorverständnis und strebt nicht den Status einer neuen Metaregel der Auslegung an. Sie ist als informale Kunstregel, nicht als Regel mit Verbindlichkeitsanspruch gemeint, denn die Verbindlichkeit würde schon daran scheitern, dass Auslegungsregeln in manchen Rechtsordnungen – insbesondere im Völkerrecht¹¹ – kodifiziert sind.

Mein Vorschlag liegt übrigens nahe bei dem, was Fischer-Lescano und Teubner in ihren exemplarischen Analysen von Regimekollisionen selbst praktizieren (Fischer-Lescano und Teubner 2006, S. 87 ff.). Der Unterschied zum hier vertretenen Ansatz liegt allerdings darin, dass sie die Bewertung des Konflikts – die unvermeidlich ist, wenn man zu Lösungen kommen will – kaschieren, indem sie sie in funktionsorientierte Operationen (*re-entry*, Kompatibilität) übersetzen. Der ganze Duktus der Fallanalysen atmet dagegen den Geist der Kritik, und die ist nicht ohne Wertung zu haben. Er steht auch in eigenartigem Kontrast zu der minimalistischen Erwartung, das Recht könne keine Integration, sondern nur einen losen Zusammenhang zwischen fragmentierten Teilordnungen herstellen (Fischer-Lescano und Teubner 2006, S. 57).

Der Vorschlag entspricht auch dem, was in der Praxis der großen Kollisionsentscheidungen vermutlich üblich ist. Allerdings wird die Fundierung des Vorverständnisses meist nicht in der Entscheidungsbegründung dargelegt, sondern bleibt unausgesprochen. Die Entscheidungsbegründung besteht dann nur aus einer nachgeschobenen rechtsdogmatischen Absicherung. Tatsächlich pflegen reflektierte Entscheider, die neue Kollisionsregeln einführen, die dahinterstehende Realität der gesellschaftlichen Probleme, Kämpfe und schlussendlichen Einigungsbereitschaften zur Kenntnis zu nehmen. Man denke im Hinblick auf die vertikale Dimension daran, dass das faschistische Desaster

9 Zu dieser Unterscheidung siehe Reichenbach (1951), besonders S. 32: „The act of discovery escapes logical analysis; (...)“.

10 Der Grundsatz besagt, dass diejenige Auslegung eines Rechtstextes vorzuziehen ist, die das Ziel der Regelung am besten erfüllt. Er ist bisher allerdings nur auf die Auslegung eines einzelnen völkerrechtlichen Vertrags bezogen worden (siehe Urteil des Internationalen Gerichtshofs vom 27. Juni 1986 [ICJ 1986, 14, Randziffer 272 f.]). Im EU-Recht wird er dagegen auf die Gesamtheit des Primär- und Sekundärrechts erstreckt (vergleiche Streinz 2005, Randziffer 570, mit weiteren Nachweisen).

11 Vergleiche Artikel 31 bis 33 der *Wiener Vertragsrechtskonvention* vom 23. Mai 1969.



© Eraxion/istockphoto

Die Nervenzellen des Gehirns sind durch Synapsen verbunden, die Erregungen weiterleiten („feuern“) oder inhibieren. Metaphorisch verwendet, repräsentieren sie Teilordnungen, deren Interaktion durch Metaregeln geordnet wird.

in Deutschland die Überzeugung wachsen ließ, den Grundrechten gebühre der Vorrang vor dem einfachen Recht; dass die Suprematie des Gemeinschaftsrechts gegenüber dem mitgliedstaatlichen Recht behauptet werden musste, wenn das Ziel der europäischen Wirtschaftsgemeinschaft erreichbar gemacht werden sollte; und dass die Erfindung des völkerrechtlichen *ius cogens*, das den Vorrang der fundamentalen Menschenrechte und Friedensnormen begründet, dem Willen zu einem zivilisatorischen Fortschritt der Menschheit geschuldet ist. In der sektoralen Dimension ist es der – anfechtbare – Siegeszug des Marktprinzips, das die Dominanz des WTO-Rechts erklärt – aber nicht notwendig auch begründet. In der modalen Dimension ist es die Frustration über die Langsamkeit formaler Mechanismen (wie bei Vertragsstaatenkonferenzen), die die informalen Regulierungsformationen so einflussreich gemacht haben.

Zwei Beispiele sollen zeigen, dass der Ansatz funktionieren kann. Das erste Beispiel bezieht sich auf den Maßstab des vergleichenden Legitimationsniveaus, das zweite auf den Maßstab des vergleichenden ethischen Gehalts.

Praxisbeispiel 1: Freihandel und Sorgen der Gesellschaft

Die Freihandelsregeln der WTO stehen vielfach im Widerspruch zu Teilordnungen des Gesundheits- und Umweltschutzes. Ein Beispiel dafür bietet der Beschluss des WTO-Panels über die Praxis der Europäischen Gemeinschaft (EG) für die Zulassung gentechnischer Produkte. Auf Antrag der USA, Kanadas und Argentiniens hatte das Panel festgestellt, dass die EG nach dem *WTO-Abkommen über Sanitäre und Phytosanitäre Maßnahmen (SPS-Abkommen)* ein faktisches Genehmigungsmoratorium für gentechnisch modifiziertes Saatgut anwende und damit gegen das Gebot zügigen Entscheidens verstoße. Weiterhin verletzen verschiedene Ausbringungsverbote einiger Mitgliedstaaten das Gebot, dass Restriktionen zum Gesundheits- und Umweltschutz auf wissenschaftlicher Basis beruhen müssen.

Damit stand ein klassischer vertikaler Konflikt zwischen WTO-Recht und EU-Recht zur Debatte, nämlich der zwischen Freihandel und Gesundheits-/Umweltschutz. In der verzögerten und durch nationale Verbote unterlaufenen Anwendung des Freihandelsrechts verbirgt sich aber ein tieferer Konflikt: Die

>

WTO vertritt die reine Lehre des Freihandels, der nur bei Vorliegen wissenschaftlich fundierter Risiken beschränkt werden darf. Die Bevölkerungen der gentechnisch-kritischen Mitgliedstaaten hingegen lehnen aus unterschiedlichen Motiven Lebensmittel aus gentechnisch veränderten Organismen ab und fordern von ihrem jeweiligen Staat Anbauverbote. Man kann diesen Konflikt so charakterisieren, dass unterhalb der formalen Rechtsordnung sowohl der WTO wie der EG (heute EU) in einigen renitenten Mitgliedstaaten eine informale gesellschaftliche Ordnung der Konsument(inn)en existiert. Diese lehnt gentechnische Lebensmittel ab, und zwar nicht nur wegen der Gesundheits- und Umweltrisiken, sondern auch, weil sie den sozio-ökonomischen Nutzen von Gentechnik bezweifelt und befürchtet, dass Gentechnik zulasten der bäuerlichen die industrialisierte Landwirtschaft vorantreibt und durch Monokulturen zur weiteren Verarmung der Biodiversität beiträgt. Es bestehen zudem moralische Bedenken im Hinblick auf die Störung der Schöpfungsordnung. Dies sind Gründe, die die WTO nicht anerkennt, weil sie holistisch, langfristig und ethisch orientiert sind. Mit Protektionismus im Sinne des Schutzes interner Wirtschaft vor externer Konkurrenz – dem eigentlichen Anliegen der WTO – haben sie dagegen nichts zu tun.

Wendet man das Kriterium des vergleichenden Legitimationsniveaus an, um den Konflikt zu bewerten, lassen sich WTO-Panels als diplomatische Foren einstufen, die weder demokratisch legitimiert sind noch gerichtlichen Status besitzen (Weiler 2001). Dagegen stellt das mehrheitliche Votum der EU-Bürger(innen) gegen gentechnisch veränderte Lebensmittel (Europäische Kommission 2010, S. 17 ff.) eine Art Basislegitimation dar. Hinzu kommt die eigene (doppelte) Legitimationsbasis der EU im Europäischen Parlament und den nationalen Parlamenten. Der Grad der Legitimation der Gentechnikkritik ist folglich größer als derjenige des Freihandels. Mit anderen Worten: Das Welthandelsystem übernimmt sich legitimatorisch, wenn es der Weltbevölkerung sozial tief verwurzelte Konsummuster austreiben will.

Hat man so eine gewisse Orientierung des Vorverständnisses gewonnen, geht es im Weiteren um die Darstellbarkeit und Darstellung der Konfliktlösung im Rahmen der zur Verfügung stehenden Metaregeln. Der Weg führt zu einer genaueren Betrachtung der Anwendungsbereiche der kollidierenden Ordnungen. Welche Sachverhalte werden von dem einschlägigen Abkommen erfasst? Dies sind staatliche Maßnahmen, die Gesundheits- und Umweltschutz bezwecken. Die Gegenstrategien, die die gentechnikkritischen Mitgliedstaaten verfolgten, zielen aber gerade nicht auf Gesundheits- und Umweltschutz, sondern auf Lebensmittelqualität, Agrarökonomie und -ökologie. Diese Anliegen hätten im Panel-Verfahren so dargestellt werden können, dass sie vom Anwendungsbereich des *SPS-Abkommens* gar nicht erfasst werden. Mangels sich überschneidender Anwendungsbereiche liegt dann gar keine Kollision zweier Rechtsnormen vor.

Alternativ hätte vorgetragen werden können, dass Gesundheits- und Umweltschutz in einem sehr weiten Sinn verstanden werden muss, der die genannten Besorgnisse abdeckt. Auf dieser Linie würde die *Prima-facie*-Kollision durch harmonisieren-

de Auslegung überbrückt, wobei jedoch nicht auf einen Kompromiss abgezielt wird, sondern auf die Anpassung der WTO-Regeln an die informellen Normen der Konsument(inn)en.

Eine dritte Möglichkeit besteht darin, die informellen Normen der Konsument(inn)en auf die Ebene souveräner staatlicher Politik zu heben und eine Auslegung des WTO-Rechts zu fordern, die die interne Willensbildung in den Vertragsstaaten (hier: der EG) schont.¹² So hätte die EG geltend machen können, dass den Vertragsstaaten der WTO ein weiter Beurteilungsspielraum bei der Ausfüllung und Anwendung des Begriffs Gesundheits- und Umweltschäden zukomme. Hieraus hätte sich eine richterliche Zurückhaltung (*judicial self-restraint*) ergeben, die dem WTO-Streitschlichtungsmechanismus bisher ganz allgemein fremd ist. Eine solche Zurückhaltung hätte sich auch empfohlen, weil es um die Einschätzung komplexer technischer Probleme geht.

Die Chance, dies alles oder zumindest etwas davon vorzutragen, ist von EG-Seite versäumt worden. Stattdessen hat sich die EG ganz auf den engeren Diskurs der wissenschaftlichen Nachweisbarkeit spezifischer Schäden eingelassen und ist dadurch in eine Falle geraten. Herausgekommen ist der Versuch eines „Durchregierens“ der WTO auf die gesellschaftliche Ebene, der keinen dauerhaften Frieden gestiftet hat.

Praxisbeispiel 2: Klimaschutz und Luftverkehr

In diesem Beispiel geraten zwei Abkommen in Konflikt, die mit Emissionsreduktionen im Luftverkehr befasst sind: das Kyoto-Protokoll zur *Klimarahmenkonvention (United Nations Framework Convention on Climate Change, UNFCCC)* und das Abkommen über die internationale Zivilluftfahrt mit ihrer International Civil Aviation Organisation (ICAO).

Das Kyoto-Protokoll verpflichtet seine Vertragsstaaten in Artikel 2, Absatz 2: „Die in Anlage I aufgeführten Vertragsparteien setzen ihre Bemühungen um eine Begrenzung oder Reduktion der Emissionen (...) aus dem Luftverkehr (...) im Rahmen der Internationalen Zivilluftfahrt-Organisation (...) fort.“ Die 16. *Conference of Parties (COP)* der UNFCCC erkannte die Zuständigkeit der ICAO an, erwartete von ihr aber eine Emissionsreduktion, die mit dem von der COP beschlossenen Zwei-Grad-Ziel übereinstimmt und bis 2050 mehr als 50 Prozent des Stands von 1990 betragen soll.¹³ Ganz im Gegensatz dazu beschloss die Generalversammlung der ICAO, das für 2020 faktisch zu erwartende Emissionsniveau als erstrebenswertes Ziel zu deklarieren und in der Zeit danach einzuhalten.¹⁴

Auf der Suche nach geeigneten Kollisionsregeln empfiehlt sich erneut ein Durchgang durch die Sache selbst. Das der ICAO zugrundeliegende Abkommen dient in erster Linie der Erleich-

12 Dies entspricht der Vertragsauslegungsregel *in dubio pro mitius*, die derjenigen Interpretation den Vorzug gibt, die der verpflichteten Partei mehr Spielraum gewährt (vergleiche Oppenheim und Lauterpacht 1947, S. 859).

13 Download des Dokuments *FCCC/AWG/LCA/2010/CRP.2* unter <http://unfccc.int/resource/docs/2010/awglca13/eng/crp02.pdf>.

14 Download der *Resolution A37-19 No. 6, FCCC/SBSTA/2010/MISC.14* unter <http://unfccc.int/resource/docs/2010/sbsta/eng/misc14.pdf>.

terung des internationalen Luftverkehrs durch Harmonisierung der Qualifikation des Personals, der technischen Anforderungen an Flugzeuge, der Entwicklung von Luftverkehrsregeln, der Erleichterung des Überflugs und der Abschaffung hinderlicher Abgaben. Im Laufe der Zeit kam ein deutliches Engagement für Umweltschutz durch Verbesserung der Flugzeugtechnik hinzu. Es bleibt aber bei einer grundsätzlichen Orientierung auf das Wachstum des Luftverkehrs. Die Emissionen sollen nach dem Willen der ICAO zwar durch beste verfügbare Technik minimiert werden, doch das Wachstumsziel selbst wird nicht angetastet.

Genau dieses Wachstum ist aber das Hauptproblem des Luftverkehrs im Hinblick auf Klimaschutz. Technische Fortschritte etwa durch verbesserte Energieeffizienz der Flugzeuge werden durch das Mengenwachstum schnell überholt. Daher ist eine Reduktion der Menge von Transportleistungen erforderlich. Wenn die ICAO nicht auf eine Umorientierung ihrer Ziele eingestellt ist und sich im Bereich ihrer Maßnahmen auf Verbesserungen der Technik beschränkt statt auch Mengenpolitik zu betreiben, kommt in Betracht, dass Zielsetzungen und Maßnahmen durch das konkurrierende Regime des Klimaschutzes festgesetzt werden. Muss in dieser Situation auf die Lernprozesse im Rahmen der ICAO gewartet werden oder kann das Klimaschutzregime die Initiative übernehmen? Bewertet man dieses Ergebnis der Rekonstruktion des Konflikts am Maßstab des vergleichenden ethischen Gehalts der Regime, sind die ökonomischen Leistungen des Luftverkehrs dem Schutz des Klimas gegenüberzustellen. Es liegt auf der Hand, dass das Klima als Lebensgrundlage aller Menschen den gewichtigeren Belang darstellt.

Im Anschluss an diese Grundorientierung wendet sich der Blick wieder auf die konkreten Kollisionsregeln. Bei genauer Lektüre entspricht die Lösung auch dem zitierten Artikel des Kyoto-Protokolls. Denn diese Bestimmung entlässt die Vertragsstaaten ja nicht aus ihrer Verpflichtung, die Emissionen zu reduzieren. Nur sollen die Vertragsstaaten dies, instrumentell gesehen, im Rahmen der ICAO tun. Sie müssen also ihre Verpflichtungen aus dem Kyoto-Protokoll beziehungsweise aus Beschlüssen im Rahmen der UNFCCC in die ICAO hineintragen. Sie können sich im UNFCCC-Rahmen aber auch zu bestimmten Maßnahmen verpflichten, die im ICAO-Rahmen nicht behandelt werden können, wie insbesondere der Steuerung der Nachfrage nach Transportleistungen.

Die Problemanalyse und die Bewertung am Maßstab des vergleichenden ethischen Gewichts der kollidierenden Normen bietet demnach eine Lösung an, die sich durch genauere Textinterpretation auch rechtsdogmatisch darstellen lässt. Im Ergebnis müssen beide Regime so koordiniert werden, dass die quantifizierten Ziele und die ICAO-fremden Maßnahmen im UNFCCC-Rahmen beschlossen werden können, wobei die ICAO für die Technik zuständig bleibt. Zugleich müssen die ICAO-Vertragsstaaten, die zugleich UNFCCC-Vertragsstaaten sind, auf solche Technikentwicklung drängen, die zur Erreichung der Reduktionsziele geeignet sind. Nachfragesteuernde Maßnahmen können im Klimaschutzregime eigenständig präzisiert werden, weil die ICAO dafür nicht zur Verfügung steht. Diesem Muster ent-

sprechend hat die EU übrigens den Emissionshandel für den Luftverkehr im Rahmen des Klimaschutzrechts geregelt, nicht im Rahmen des Luftverkehrsrechts.

Ich danke *Hans-Jochen Luhmann* für den Hinweis zum Praxisbeispiel „Klimaschutz und Luftverkehr“.

Literatur

- Boysen, S., S. Oeter. 2010. Außenwirtschaftsrecht. In: *Europarecht. Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*. Herausgegeben von R. Schulze, M. Zuleeg, S. Kadelbach. Baden-Baden: Nomos. 1736–1786.
- Ehrlich, E. 1967. *Grundlegung der Soziologie des Rechts*. 3. Auflage. Berlin: Duncker & Humblot.
- Europäische Kommission (Hrsg.). 2010. *Biotechnologie*. Eurobarometer Spezial 328. http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_341_de.pdf (abgerufen 22.11.2011).
- Fischer-Lescano, A. 2008. Kritik der praktischen Konkordanz. *Kritische Justiz* 41/2: 166–177.
- Fischer-Lescano, A., G. Teubner. 2006. *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hesse, K. 1991. *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*. 18. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller.
- ICJ (International Court of Justice). 1986. *Report of the International Court of Justice*. New York, NY: United Nations.
- Joerges, C. 2010. *Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte*. TranState Working Papers 146. Bremen: Universität Bremen.
- Ladeur, K.-H. 1992. *Postmoderne Rechtstheorie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Matz, N. 2005. *Wege zur Koordinierung völkerrechtlicher Verträge. Völkervertragsrechtliche und institutionelle Ansätze*. Heidelberg: Springer.
- Oppenheim, L., H. Lauterpacht. 1947. *International law. A treatise*. Band 1. 6. Auflage. London: Longmans, Green and Co.
- Paulus, A. 2001. *Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht*. München: C. H. Beck.
- Reichenbach, H. 1951. *The rise of scientific discovery*. Berkeley, CA: University of California Press.
- Renner, M. 2011. *Zwingendes transnationales Recht*. Baden-Baden: Nomos.
- Schweitzer, M., A. Weber. 2004. *Handbuch der Völkerrechtspraxis in der BRD*. Baden-Baden: Nomos.
- Streinz, R. 2005. *Europarecht*. 7. Auflage. Heidelberg: C. F. Müller.
- Weiler, J. 2001. The rule of law and the ethos of diplomats. Reflections on the internal and external legitimacy of WTO dispute settlement. *Journal of World Trade* 35/2: 191–207.
- WBGU (Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen). 2001. *Neue Strukturen globaler Umweltpolitik*. Berlin: Springer.
- Winter, G. 2009. Transnationale Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtsstaatlichkeit. *Aus Politik und Zeitgeschichte* 8: 9–15.

Eingegangen am 2. August 2011; überarbeitete Version angenommen am 16. November 2011.

Gerd Winter



Geboren 1943 in Diepholz, Niedersachsen. Forschungsprofessor im Sonderforschungsbereich 597 *Staatlichkeit im Wandel* der Universität Bremen, der Jacobs University Bremen sowie der Universität Oldenburg. Ko-Direktor der Forschungsstelle für Europäisches Umweltrecht (FEU) der Universität Bremen.