

# Transnationales Recht

Stand und Perspektiven

Herausgegeben von  
Graf-Peter Calliess

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

*Gralf-Peter Calliess* ist Professor für Bürgerliches Recht, internationales und vergleichendes Wirtschaftsrecht sowie Rechtstheorie an der Universität Bremen und Direktor am Zentrum für transnationale Studien.

ISBN 978-3-16-152958-0

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2014 Mohr Siebeck Tübingen. [www.mohr.de](http://www.mohr.de)

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von Gulde-Druck in Tübingen aus der Stempel-Garamond gesetzt und auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

# Inhaltsverzeichnis

Vorwort . . . . .	V
<i>Graf-Peter Calliess</i> und <i>Andreas Maurer</i> Transnationales Recht – eine Einleitung . . . . .	1
I. Was ist transnationales Recht?	
<i>Ralf Michaels</i> Was ist nichtstaatliches Recht? Eine Einführung . . . . .	39
<i>Lars Viellechner</i> Was heißt Transnationalität im Recht? . . . . .	57
<i>Gunther Teubner</i> Transnationaler pouvoir constituant? . . . . .	77
<i>Gerd Winter</i> Transnationale informelle Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtstaatlichkeit . . . . .	95
II. Transnationales Privatrecht	
<i>Nils Jansen</i> Informelle Autoritäten in der Entwicklung des transnationalen Privatrechts . . . . .	115
<i>Jürgen Basedow</i> Komplexität der Wirtschaft, Allokation des Wissens und privates Privatrecht . . . . .	141

*Florian Möslein*

Dispositive Regeln im transnationalen Privatrechtsverkehr:  
Same same, but different? . . . . . 155

*Lorenz Kähler*

Zum Vertragsmanagement in transnationalen Unternehmen . . . . . 173

*Gerald Spindler*

Transnationalisierung und Renationalisierung des Rechts im Internet . . 193

### III. Transnationales Wirtschafts- und Finanzmarktrecht

*Moritz Renner*

Transnationalisierung in Wirtschaft, Recht und Gesellschaft . . . . . 225

*Christian Tietje*

Transnationalisierung des Wirtschaftsrechts . . . . . 239

*Stephan Meder*

Ungeschriebenes „Recht“ im transnationalen Raum am Beispiel  
der Corporate Governance Verhaltenscodices . . . . . 257

*Johannes Köndgen*

Transnationale Regel- und Standardbildung auf Finanzmärkten –  
vor und nach der Krise . . . . . 277

*Gerhard Wagner*

Die mangelhafte Haftungsverfassung der Finanzmärkte:  
Verantwortlichkeit von Wirtschaftsprüfern gegenüber  
dem Anlegerpublikum . . . . . 307

### IV. Transnationales Öffentliches Recht

*Martin Kment*

Transnationalität im Verwaltungsrecht . . . . . 331

*Myriam Senn*

Transnationales Recht und öffentliches Recht zwischen Konvergenz  
und Divergenz . . . . . 353

<i>Karl-Heinz Ladeur</i> Die Evolution des allgemeinen Verwaltungsrechts und die Emergenz des globalen Verwaltungsrechts . . . . .	369
<i>Stefan Oeter</i> Vom Völkerrecht zum transnationalen Recht – „transnational administrative networks“ und die Bildung hybrider Akteursstrukturen . . . . .	387
<i>Claudio Franzius</i> Transnationalisierung des Europarechts . . . . .	403
<i>Friedhelm Hase</i> Transnationale Standards in der gesundheitlichen Versorgung. Das Gesundheitsrecht und die Entstehung eines globalen medizinisch-gesundheitlichen Wissensmanagements . . . . .	427
<i>Andreas Fischer-Lescano</i> Mäßigung der Verhältnismäßigkeit – Whistleblowing im transnationalen Recht . . . . .	435
<b>V. Transnationales Arbeitsrecht</b>	
<i>Ulrich Mückenberger</i> Ein globales Hybridarbeitsrecht . . . . .	457
<i>Eva Kocher</i> Corporate Social Responsibility und Transnationalisierung des Arbeitsrechts . . . . .	479
<i>Katja Nebe</i> Transnationalisierung des Arbeitsrechts – eine weitreichende Tradition von der IAO zu Europäischen Sozialen Dialogen . . . . .	497
<i>Ursula Rust</i> General Comments – zu einem unbekanntem Element transnationalen Rechts am Beispiel alter(n)sgerechter und gendersensibler Modernisierung von Alterssicherungssystemen . . . . .	515

## VI. Transnationales Strafrecht

*Florian Jeßberger*Transnationales Strafrecht, Internationales Strafrecht, Transnationale  
Strafrechtsgeltung – eine Orientierung . . . . . 527*Ingeborg Zerbes*Transnationales Korruptionsstrafrecht: Gestaltungsmacht privater  
Akteure hinter staatlichem Regelungsanspruch . . . . . 539

## VII. Transnationales Recht als Methode

*Peer Zumbansen*Methodologie und Legitimation: Transnationales Recht als Politische  
Rechtstheorie . . . . . 557

Autorenverzeichnis . . . . . 585

# Transnationale informelle Regulierung: Gestalt, Effekte und Rechtstaatlichkeit\*

*Gerd Winter*

Die Globalisierung der Wirtschaft setzt die Staaten unter den Druck mannigfacher Probleme. Mit der Öffnung ihrer Märkte ging viel an nationaler Regulierungskapazität verloren. Zudem sind international vereinbarte Problemlösungen wegen der souveränen Gleichheit der Staaten und der Unterschiedlichkeit ihrer Konzepte und Interessen nur langsam und mühsam zu erreichen. Das politische und wissenschaftliche Interesse richtet sich deshalb auf den „transnationalen“ Raum zwischen staatlichem und internationalem Recht. In ihm entstehen informelle Strukturen in privater und administrativer Trägerschaft. Sie erarbeiten Regeln, die zwar als *soft law* unverbindlich sind, aber gleichwohl von vielen Regelungsadressaten beachtet werden. Der Beitrag untersucht an Beispielen, ob die transnationale Regulierung Probleme löst, und ob sie rechtsstaatlichen Geboten entspricht, d.h. demokratisch legitimiert und durch Grundrechte gebunden ist.

## I. Grenzen formeller nationaler und internationaler Regulierung

Die Befreiung von Investitionen, Warenproduktion, Handel und Kapitaltransfers aus den Fesseln des nationalen Rechts hat vielen Menschen zu Wohlstand verholfen und vielen Unternehmen Gewinne eingebracht. Sie hat aber auch Probleme geschaffen. Die Standortkonkurrenz hat in vielen Volkswirtschaften und Branchen das Lohnniveau gesenkt und die Arbeit prekariert; die Produktkonkurrenz hat die Preise gedrückt und gefährdet die Qualität der Produkte; die Besteuerungskonkurrenz vermindert die Staatseinnahmen und damit die Mittel für Bildung und sozialen Ausgleich; der freie Kapitalverkehr macht ganze

---

\* Der Beitrag ist aus dem DFG-Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“ der Universität Bremen hervorgegangen, in dem der Autor das Teilprojekt „Transnational Governance und Verfassungsrecht“ leitet. Es handelt sich um eine stark überarbeitete Fassung des gleichbetitelt Aufsatzes in: *Aus Politik und Zeitgeschichte* 2009, S. 9–15. Für kritische Lektüre danke ich Olaf Dilling, Martin Herberg und Alexandra Lindenthal.

Währungen und Staatsbudgets zum Spielball von Großanlegern; der Ausbau der Infrastruktur und Siedlungsräume verkleinert die Naturräume und verarmt ihre Biodiversität; das Wachstum der Produktion, des Warentransports und des Konsums steigert den Materialverbrauch und verursacht Abfall und Schadstoffemissionen; die wachsende Ungleichheit der Lebenschancen treibt entwurzelte Menschen in die Migration; die Entgrenzung der Kapitalrenditen verführt zu Steuerflucht und Spekulation; mangelnde Alterssicherung motiviert zu Kinderreichtum und provoziert Bevölkerungswachstum; und all dies wird durchzogen von einem Energieverbrauch, der das Weltklima und mit ihm das natürliche Erdsystem aus dem Gleichgewicht zu bringen droht.

Was zu tun wäre, steht deutlich vor Augen: die Einrichtung von weltweiten Rahmenordnungen, die durch Regelung von Arbeitsbedingungen, Produktionsprozessen, Produktkreisläufen, Infrastrukturbau, Besteuerung und Kapitalverkehr Mindestbedingungen für sozialen Wohlstand und Umweltschutz festlegt. Es ist indes ungemein schwierig, die dafür notwendigen Regelungen zustande zu bringen.

Der Staat ist dadurch gehemmt, dass seine Hoheitsmacht an der Grenze endet und zudem faktisch durch die Standortkonkurrenz untergraben ist. Er hat den Zauberlehrling des Weltmarktes gerufen und zugleich seine Meisterschaft verloren. Er wird noch gebraucht, um die sozialen Kosten zu begleichen und die soziale Frustration zu befrieden, aber ihm fehlen dafür die Finanzmittel und das Personal.

Bleibt die internationale Ebene. Vieles ist auf ihr erreicht worden, aber die wirksamsten Regime sind diejenigen, die die Globalisierung der Märkte erst ermöglicht haben, so insbesondere die Bretton Woods Abkommen von 1944 (Einrichtung der Weltbankgruppe zum Zweck der Investitionsförderung und Einrichtung des Internationalen Währungsfonds zur Erleichterung des Kapital- und Zahlungsverkehrs); das GATT von 1949 und die WTO-Handelsabkommen von 1994 (Liberalisierung des Welthandels, bewehrt durch eigene Streitschlichtungsorgane); die grenzüberschreitende Harmonisierung und Anerkennung von geistigem Eigentum durch eine Kette von internationalen Übereinkommen (insbes. Pariser Patentübereinkommen, UPOV, das WIPO-Abkommen und das WTO-Abkommen über Handelsaspekte des geistigen Eigentums, TRIPS); zahlreiche bilaterale Investitionsschutzabkommen sowie einige multilaterale Abkommen mit sektorialem Investitionsschutz (z. B. Energiecharta-Vertrag), die ebenfalls durch eine eigene staatlich abgestützte Schlichtungsinstanz, das ICSID, bewehrt sind; grenzüberschreitender Vollstreckungsschutz für nationale Gerichtsentscheidungen; und ganz allgemein die Anerkennung eines internationalen Individualrechtsschutzes für Unternehmen in Ablösung der Calvo-Doktrin, die lediglich Inländergleichbehandlung garantierte.<sup>1</sup>

---

<sup>1</sup> *Krajewski*, Wirtschaftsvölkerrecht, 2012, S. 182f.

Weniger und nur partiell erfolgreich sind trotz ihrer großen Zahl die markt-begrenzenden Abkommen zum Schutz der Arbeit, Gesundheit und Umwelt. Oft ist der Text nur vage formuliert – man vergleiche einmal das präzise GATT mit der wolkigen Klimarahmenkonvention – und es fehlt an Durchsetzungsmechanismen. Zwar haben sich Instrumente der Beschleunigung und Effektivierung des Völkerrechts entwickelt, wie die Annahme von konkretisierenden Protokollen auf Grundlage einer Rahmenkonvention, die Erleichterung der Beschlussfassung von internationalen Organisationen etwa durch *opting out*-Verfahren und die Einsetzung von Instanzen der Vollzugsüberwachung und -sanktionierung.<sup>2</sup> Aber davon sind bisher nur einzelne sektorale Politiken betroffen. Gemessen am enormen Regelungsbedarf schreitet das Völkerrecht nur sehr langsam voran, weil angesichts der Divergenz von Kulturen und Interessen das völkerrechtliche Prinzip der souveränen Gleichheit der Staaten Einigungen erschwert.

## II. Transnationale informelle Regulierung

Die Probleme jenseits der Reichweite staatlicher und völkerrechtlicher Regulierung befinden sich dennoch nicht in einem Status rechtlicher Anomie. Eine Vielfalt informeller, d. h. nicht durch nationales oder internationales formelles Recht beherrschter Strukturen steht bereit, sich der Probleme anzunehmen und sie durch unverbindliche, aber doch folgenreiche Regelungen einer Lösung zuzuführen. Der Umstand, dass sie weder durch „inner-nationales“ Gesetz noch durch „inter-nationale“ Verträge noch gar durch „supra-nationale“ Organisationen determiniert werden, sondern durch die Hülle der Souveränität hindurch gesellschaftliche Akteure und öffentliche Verwaltungen vernetzen, veranlasst viele Autoren dazu, sie als „trans-national“ zu bezeichnen.<sup>3</sup>

Es empfiehlt sich, im Hinblick auf den Gegenstand transnationaler Normbildung zwischen einem Feld der „hohen Politik“ (wie etwa Fragen von Krieg und Frieden) und einem Feld des Fachlich-Politischen zu unterscheiden. Die Unter-

---

<sup>2</sup> *Chayes/Chayes*, *The New Sovereignty: Compliance with International Regulatory Agreements*, 1998.

<sup>3</sup> Das lateinische „trans“ bedeutet zum Einen „hinüber“ (wie in *transcendere* – überschreiten). „Trans-national“ ist danach alles, was über den staatlichen Bereich hinausführt, einschließlich des Inter- und Supranationalen. Zum Zweiten bedeutet „trans“ „hindurch“ (wie in *transparere* – durchscheinen). Danach ist „trans-national“ alles, was durch die staatliche Souveränität durchdringt, m. a. W. sie unterläuft. In der älteren Völkerrechtslehre war die erstgenannte Bedeutung verbreitet (*Jessup*, *Transnational Law*, 1956). Neuerdings setzt sich aber die zweitgenannte Bedeutung durch. Manche Autoren konzentrieren sich dabei auf Formationen von Bürgern und/oder Unternehmen, andere zählen auch administrative Formationen dazu, weil auch Verwaltungspersonal mehr und mehr direkt und informell grenzüberschreitend interagiert. Im Folgenden wird die zweite Bedeutung von „trans“ zu Grunde gelegt. Einbezogen werden sowohl private wie auch administrative Formationen.

scheidung ist im öffentlichen Recht üblich, nämlich als Scheidelinie zwischen Regierung und Verwaltung,<sup>4</sup> und hat im transnationalen Diskurs zur Entstehung der Lehre vom *global administrative law* geführt.<sup>5</sup> Nur der Bereich des Fachlich-Politischen interessiert im Folgenden.

Die Akteure und Energien, die in den Strukturen informeller Normbildung wirken, kommen einerseits aus der Gesellschaft, andererseits aus staatlichen Bürokratien.

Sie haben alte Tradition im innerstaatlichen Bereich: Bürger gründen Vereine und Genossenschaften für mannigfaltige Leistungen, die der Staat nicht erbringt, und Berufssparten und Unternehmen bilden Verbände, um sich selbst zu regulieren und den Staat herauszuhalten. Auf der anderen Seite vernetzen sich Verwaltungsbehörden, um durch Verwaltungsvorschriften technische Regeln festzulegen; sie gerieren sich damit als Nebengesetzgeber. Eine dritte Struktur stellen sog. hybride oder gemischte Formationen dar, in denen Bürger, Unternehmen und Verwaltungen zusammenwirken.

Im transnationalen Raum sind solche informellen Strukturen dagegen eine (quantitativ)<sup>6</sup> neue Erscheinung. Sie bilden sich dort unter anderen, schwierigeren Voraussetzungen. Im innerstaatlichen Bereich sind die Initiativen in eine gemeinsame Kultur der Wahrnehmungsmuster, Werthaltungen, Ideale und Strategien eingebettet. Auch ist der Staat dort immer mit dabei, weil er den spontanen Bildungen durch Organisationsformen, Handlungsermächtigungen und Aufsichtsbefugnisse einen verbindlichen Rahmen setzen und sie auf diese Weise kontrollieren, aber auch initiieren und fördern kann. Im transnationalen Raum ist die kulturelle Kulisse heterogener und der Staat weniger präsent.<sup>7</sup>

Welches sind nun diese informellen Strukturen? Betrachten wir die hauptsächlichsten Varianten.

### 1. Gesellschaftliche Selbstregulierung

Funktional gesehen erzeugen transnationale Formationen hauptsächlich zwei Arten von Normen, nämlich (1) Verkehrsformen, die für die grenzüberschreitenden Interaktionen Rechtssicherheit schaffen, wie zum Beispiel, indem durch

<sup>4</sup> Vgl. bereits von *Stein*, Die Verwaltungslehre Teil 1, Abt. 1: Die vollziehende Gewalt, Abt. 1: Allgemeiner Teil: Das verfassungsmäßige Verwaltungsrecht, 1869.

<sup>5</sup> *Krisch/Kingsbury*, Introduction: Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, 17 *European Journal of International Law* (2006), 1–13.

<sup>6</sup> Zur historischen Entwicklung im Bereich der privaten Normung am Beispiel DIN *Scheffel*, The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets, 2005, S. 112ff. und im Bereich der transnationalen Administration *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, S. 29ff.

<sup>7</sup> Ausführlicher dazu *Dilling*, Grenzüberschreitende Produktverantwortung. Zum prozeduralen Recht zwischenbetrieblicher Risikobewältigung, 2010, S. 25–27.

die Lex Mercatoria bestimmte Haftungsregeln für Produktmängel vereinbart werden, und (2) technische Normen, die die Absetzbarkeit von Produkten steigern, wie zum Beispiel normierte Stecker für Elektrogeräte. Streitfälle werden häufig nicht zu den staatlichen Gerichten getragen, sondern zu einer eigens geschaffenen staatsfreien Schiedsgerichtsbarkeit. Diese entwickelt ihre eigenen Rechtsgrundsätze.<sup>8</sup> Ihre Entscheidungen werden von den Parteien meist respektiert, können aber auch über den staatlichen Vollstreckungsapparat durchgesetzt werden, wenn bestimmte Verfahrensregeln und der *ordre public* eingehalten wurden.<sup>9</sup> Die genannten Verkehrsformen und technischen Normen haben wechselseitigen Charakter, d.h. sie betreffen Situationen (wie die des Verkäufers und Käufers, des Produktherstellers und -verwenders), in denen alle Beteiligten ständig selbst stehen.

Während die genannten Regeln die Interaktionen der Marktteilnehmer unterstützen, bildet sich in privaten Formationen auch Marktregulierung heraus, d.h. Regeln, die dem Schutz Dritter und der Allgemeinheit dienen, etwa Regeln des Wettbewerbs-, Arbeits-, Verbraucher- und Umweltschutzes.<sup>10</sup> Sie orientieren sich am öffentlichen Interesse, während die marktstützenden Regeln auf den Ausgleich von Privatinteressen gerichtet sind. Beide Regulierungsmengen überschneiden sich. So dient eine marktstützende Regel wie z.B. die über Schuldnerverzug, indem sie Rechtssicherheit stiftet, zugleich auch dem öffentlichen Interesse an Güterversorgung. Solche Überschneidungen veranlassen manche Autoren, die Unterscheidbarkeit zwischen funktional privaten und öffentlichen Normen überhaupt zu bestreiten.<sup>11</sup> Durch Aufgabe dieser Unterscheidung würde jedoch Erkenntnispotential verspielt, etwa hinsichtlich der Frage, welches die geeigneten Strukturen für private und öffentliche Interessenverfolgung sind. Ein mögliches Kriterium der Differenzierung zwischen privat und öffentlich scheint mir in der Unmittelbarkeit der Verfolgung öffentlicher Interessen zu liegen. Im genannten Beispiel ist die Bedienung des öffentlichen Interesses an Güterversorgung nur eine mittelbare Folge eines unmittelbaren Ausgleichs zwischen zwei Privaten. Davon sind solche Normen zu unterscheiden, die ein

---

<sup>8</sup> Für den Bereich des Vertragsrechts s. *Renner*, Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, 2011.

<sup>9</sup> Die Regeln und die Vollstreckungsvorbehalte sind in nationalen Gesetzen niedergelegt, die meist nach dem 1985 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration gebildet sind. Zur Auslegung dieses Model Law s. die Zusammenstellung in United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Digest of Case Law on the Model Law on International Commercial Arbitration, 2012, im Internet abrufbar unter <http://www.uncitral.org/pdf/english/clout/MAL-digest-2012-e.pdf> (Stand 05.08.2013).

<sup>10</sup> *Calliess* unterscheidet ähnlich zwischen koordinierenden und regulativen Dimensionen, vgl. *Calliess*, Transnational Civil Regimes: Economic Globalization and the Evolution of Commercial Law, in: Gessner (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade. Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchange, 2009, S. 215 ff. (218 ff.).

<sup>11</sup> *Calliess*, Transnational Civil Regimes (Fn. 10), S. 215 ff. (222 f.).

öffentliches Interesse unmittelbar verfolgen. Erkennbar ist der Unterschied auch daran, ob Kosten externalisierbar sind. Wichtig ist festzuhalten, dass private Strukturen auch Normen im (unmittelbaren) öffentlichen Interesse hervorbringen können. Es kann also „a public role of the private sector“ geben.<sup>12</sup> Geschieht dies, kann man von einer Entwicklung des *private law* zum *civil law* sprechen.<sup>13</sup>

Einige Formationen solcher Art sollen im Folgenden exemplarisch genannt werden.

#### a) *Transnationale Unternehmen*

Trans- oder multinationale Unternehmen bestehen normalerweise aus einer Muttergesellschaft und Tochtergesellschaften in aller Welt. Wenn nun Töchter in Staaten mit Substandards im Arbeits- und Umweltschutz angesiedelt sind, stellt sich die Frage, ob sie das Regulierungsgefälle zwischen ihrem Sitzstaat und dem Sitzstaat der Mutter als Kostenvorteil ausnutzen, oder ob das organisatorische Potential des Konzerns, das ja primär Produktivität sichern soll, auch zur Pflege sozialer und ökologischer Belange eingesetzt wird. Viele Multis haben sich öffentlich verpflichtet, bestimmte *Codes of Conduct* einzuhalten, und werden dabei von viel akademischer Rhetorik über Unternehmensethik gefeiert. Um aber zu beurteilen, ob die Versprechen nur „*greenspeak*“ oder ernst gemeint sind, muss man genauer hinschauen. Einige Multis veröffentlichen konkrete Ziele, setzen sie in spezifische Regeln für ihre Tochtergesellschaften um und beaufsichtigen ihre Einhaltung durch regelmäßiges unternehmensinternes Auditing.<sup>14</sup> Warum tun sie dies, und warum verhalten sich andere rücksichtslos? Faktoren, die hier einwirken, sind: in welcher Rechtskultur der Konzern seinen Sitz hat, ob er seinen Ingenieuren technische Professionalität erlaubt, ob er ökonomisch langfristig kalkuliert, ob er Produkte herstellt, die leicht in schlechten Ruf geraten können, ob er mit Arbeits- und Umweltschutz vielleicht sogar Kosten einsparen kann, und nicht zuletzt, ob sein Verhalten im Visier kritischer Öffentlichkeit im Sitz- und Tätigkeitsland steht.

#### b) *Unternehmensverbände*

Ein Beispiel für transnationale Unternehmensverbände ist die internationale Standardisierungsorganisation (ISO). Sie ist eine Nicht-Regierungs-Organisation, deren Mitglieder aus der jeweils wichtigsten Standardisierungsorganisation der beteiligten Staaten bestehen.<sup>15</sup> Diese stellen teils Verbände mit privaten

<sup>12</sup> So der Titel eines Buches von *Haufler*, erschienen 2001.

<sup>13</sup> *Calliess*, *Transnational Civil Regimes* (Fn. 10), S. 215 ff. (223).

<sup>14</sup> *Herberg*, *Globalisierung und private Selbstregulierung: Umweltschutz in multinationalen Unternehmen*, 2007.

<sup>15</sup> *Sander*, *International Organization for Standardization (ISO)*, 2013.

Mitgliedern dar, wie z.B. das Deutsche Institut für Normung (DIN). Teils sind sie staatliche Einrichtungen wie insbesondere in den früheren sozialistischen Staaten, wo sie inzwischen weitgehende Autonomie besitzen und sich eher als Sprachrohr der Industrie verstehen. Insofern kann insgesamt von wirtschaftlicher Selbstregulierung gesprochen werden. In Entscheidungsverfahren, die fachlichen *input* und gleiche nationale Repräsentanz sicherstellen sollen, hat die ISO bisher Normen verabschiedet, die von der einfachen Berechnung der Maschengröße von Fischernetzen bis zum komplexen Produktqualitätsmanagement von Unternehmen reichen. Die Normen dienen primär dazu, Produkte verkehrsfähig zu machen. Oft ist mit ihnen aber untrennbar verbunden, dass öffentliche Interessen an der Qualität der Produkte und ihrer Herstellung tangiert sind. Besonders deutlich wird dies bei ISO 14001 ff. über Zertifizierung des Umweltmanagements von Betrieben.

### c) *Unternehmensnetzwerke*

Mit der globalisierten Arbeitsteilung in Produktions- und Handelsprozessen haben sich mehr und mehr Unternehmensnetzwerke herausgebildet. Sie sorgen dafür, dass die vielen weltweit verstreuten einzelnen Teile und Arbeitsprozesse koordiniert und zusammengefügt werden, so dass ein Endprodukt entstehen kann. Während die Netzwerke primär auf die Herstellung eines marktfähigen Produkts gerichtet sind, haben sie doch auch das Potential zur Regulierung im öffentlichen Interesse. In Fallstudien über die Elektro- und die Automobilindustrie wurde zum Beispiel festgestellt, dass die einschlägigen Netzwerke – charakteristischerweise unter Anleitung eines im Netzwerk dominanten Unternehmens – Regeln über die Verwendung gefährlicher Chemikalien aufgestellt haben, die in gewisser, wenn auch nicht sehr tiefgreifender Weise über den rechtlich gesetzten Rahmen hinausgehen.<sup>16</sup> Ohne diese Regeln würde ein Unternehmen, wenn ein Schaden verursacht wird, wohl nicht haften müssen. Mit der Aufstellung der Regel riskiert es, an seinem eigenen Versprechen festgehalten zu werden. Auch dies ist ein Hinweis auf die Verfolgung eines öffentlichen Interesses.

---

<sup>16</sup> *Lindenthal*, Transnational Management of Hazardous Chemicals by Interfirm Cooperation and Associations, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), *Responsible Business. Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions*, 2008, S. 123–149, sowie *Dilling*, Grenzüberschreitende Produktverantwortung (Fn. 7), S. 78–99. *Dilling* hebt hervor, dass die weitergehenden Normen letztlich doch im Wechselspiel mit staatsbasierten Regulierungsinitiativen – sie vorwegnehmend – entstanden sind (S. 99f.). Damit relativiert sich das Bild des öffentlich verantwortlichen Unternehmens.

#### d) Nachfragegesteuerte Formationen

*Stewardships* sind nicht-staatliche Organisationen, die sich für die Erhaltung eines öffentlichen Gutes einsetzen und dafür die Nachfragemacht mobilisieren. Sie errichten ein das Gut schützendes Regelsystem in Konkurrenz zu staatlicher und internationaler Regulierung, die sie für unzureichend halten.<sup>17</sup> Beteiligt sind meist NGOs und Unternehmen mit Interesse an langfristiger Erhaltung und Nutzung des Gutes. Im Forest Stewardship Council (FSC) zum Beispiel kooperieren Unternehmen des Holzhandels mit Umwelt- und Verbraucherorganisationen. Der FSC erarbeitet Normen über nachhaltige Waldbewirtschaftung und wacht durch ein Zertifizierungssystem über deren Einhaltung. Indem er ermöglicht, dass Produkte als aus nachhaltiger Waldwirtschaft stammend gekennzeichnet werden, wendet er sich direkt an den aufgeklärten Konsumenten und tritt damit in die Lücke zwischen regulierungsunwilligem Ressourcenstaat und regulierungsgehindertem Verbraucherstaat. Grenzen der Problemlösungskapazität zeigen sich allerdings daran, dass trotz gewisser Erfolge vor allem in den Industriestaaten, zertifiziertes Holz weltweit immer noch einen vergleichsweise kleinen Teil des Gesamtvolumens des Holzmarktes ausmacht.

## 2. Administrative Regulierung

Fachbehörden, die grenzüberschreitend wirken wollen, müssen nach herkömmlichem Verwaltungsrecht ihre Vorschläge ihrem Minister unterbreiten, der sie – über die Kanzlerin oder den Außenminister oder sich selbst als Staatsrepräsentanten – der ausländischen Hierarchiespitze zuleitet, die sie wiederum bis zur zuständigen Behörde herunterreicht. Effektiver ist es, wenn die Behörden verschiedener Ebenen und Sektoren in direkten (internetgestützten, mündlichen und persönlichen) Kontakt miteinander treten. Statt in umwegigen vertikalen agieren sie dann in unvermittelt horizontalen Beziehungen. Sie organisieren sich in unterschiedlicher Dichte, die von wenig verfestigten Netzwerken bis zu komplexen Systemen aus Leitungsgremien, Arbeitsgruppen und Prozeduren reicht.

Von gesellschaftlicher Selbstregulierung unterscheidet sich administrative Regulierung dadurch, dass die Regelsetzer auf der staatlichen Seite stehen, also nicht zugleich auch die Adressaten sind und somit Fremdregulierung hervorbringen. Dies verschafft ihnen eine gewisse Unabhängigkeit von den Interessen der Regulierten. Andererseits, da Staaten oft die Position ihrer Hauptindustrien übernehmen und die transnationalen Verwaltungsexperten in gewisser Weise an die *policy* ihres Heimatstaat gebunden sind, ergibt sich im internationalen

<sup>17</sup> S. dazu *Meidinger*, Multi-Interest Self-Governance through Global Product Certification Programmes, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.), Responsible Business Self-Governance and Law in Transnational Economic Transactions, 2008, S. 259–292.

Abwägen doch eine Schlagseite. Immerhin werden die Experten aber häufig „at arm's length“ geführt und besitzen deshalb einen eigenen Verhandlungsspielraum, der ihnen Sachhaltigkeit ermöglicht. Dieser Unterschied wirkt sich vermutlich auf die Problemlösungsqualität und Legitimität der jeweiligen Regulierung aus.<sup>18</sup>

Strukturell gesehen können unterschiedliche Grade von Verdichtungen von Kooperationen unterschieden werden. Signifikant erscheinen drei Konstellationen: ad hoc-Kooperationen, die sich nur zu einer Problemlösung bilden und dann wieder auflösen; relativ stabile Netzwerke, die auf Dauer ein größeres Thema bearbeiten; und Verbände mit Gremien und Arbeitsgruppen, die nach selbstgesetzten Verfahrensregeln routinemäßig Regelungen produzieren. Unter einem anderen Aspekt ließe sich unterscheiden, dass manche dieser Formationen eher *bottom up* aus Verwaltungen einzelner Staaten entspringen, während andere eher von internationalen Organisationen wie etwa der OECD oder der WHO angestoßen werden.<sup>19</sup> Ein Beispiel für ad hoc-Kooperation ist die OECD-basierte Initiative zur Festlegung von Regeln guter Laborpraxis bei der Chemikalienbewertung, eines für dauerhafte Netzwerke das Basel Komitee zur Bankenregulierung, und eines für administrative Verbände die Codex Alimentarius Commission.<sup>20</sup>

Funktional gesehen widmen sich transnationale administrative Formationen vor allem der Marktregulierung und weniger der Erzeugung von marktermöglichenden Verkehrsformen und technischen Normen.

Dabei bietet es sich an, unterschiedliche Mischungsverhältnisse von Fachlichkeit und politischer Orientierung zu unterscheiden. Drei Typen scheinen charakteristisch zu sein: Formationen mit eher fachlichem, solche mit fachlich-politischem und solche mit eher politischem Gehalt. Die drei Varianten prägen sowohl den Gegenstand wie die praktizierten Verfahren und Organisationsformen. Fachliche Gegenstände werden eher von Wissenschaftlern bearbeitet; die Legitimation der gefundenen Lösungen wäre in der Beachtung wissenschaftlicher Kriterien zu suchen. Fachlich-politische Gegenstände ziehen meist die Beteiligung sowohl von Wissenschaftlern als auch politisch bewussten Administratoren auf sich; die Legitimation der Lösungen würde neben Wissenschaftlichkeit die Partizipation von Interessenten und Betroffenen erfordern. Politische Gegenstände schließlich werden vorwiegend von Politikern und fachlich kundigen Administratoren geregelt; die Lösungen sind dann auf um-

---

<sup>18</sup> s. dazu unten Abschnitte III. und IV.

<sup>19</sup> Zu dieser Typologie *Dilling/Herberg/Winter*, Introduction: Exploring Transnational Administrative Rule-Making, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.) *Transnational Administrative Rule-Making: Performance, Legal Effects, and Legitimation*, 2011, S. 1 ff. (4); *Dilling/Herberg/Winter* (Hrsg.), *Transnational Administrative Rule-Making: Performance, Legal Effects, and Legitimation*, 2011

<sup>20</sup> Näheres zu den Beispielen s. sogleich.

fassendere öffentliche Legitimation durch Medien, Parteien und Parlamente angewiesen.

Allerdings lässt sich einwenden, dass die drei Typen nicht klar voneinander abgrenzbar seien, insbesondere, dass fachliche Fragen nie frei von politischer Wertung seien. Andererseits gibt es aber klare Fälle für die drei Typen, die vielleicht doch auf eine Unterschiedlichkeit hinweisen, die heuristisch interessant ist. Einige Fälle sollen im Folgenden skizziert werden.

#### *a) Politische Formationen*

Eine volkswirtschaftlich folgenreiche und damit politisch hoch bedeutsame Formation ist der Baseler Ausschuss für Bankenaufsicht.<sup>21</sup> Seine Mitglieder sind Vertreter der Zentralbanken und Bankenaufsicht der beteiligten Staaten. 1988 verabschiedete das Komitee eine erste Version von (unverbindlichen) Standards der Kreditsicherung und Risikoanalyse, die keine eigene völkerrechtliche Verbindlichkeit besaßen, aber dennoch von vielen Staaten in nationales Recht übernommen wurden. Da die Standards sich als zu weich und umgehungsfähig erwiesen, wurden sie 1999 in einer zweiten Version verschärft und präzisiert. Das System galt für einige Jahre als ein Musterbeispiel für den Erfolg transnationaler administrativer Kooperation. Doch hat sich dies in der Finanzkrise ab 2007 als fataler Irrtum erwiesen: Viele Banken wurden konkursreif, weil sie spekulative Investmentgeschäfte betrieben und ungesicherte Kredite vergeben hatten. 2010 hat der Basel Ausschuss daraufhin neue Regeln beschlossen („Basel III“)<sup>22</sup>, die zur besseren Kreditsicherung vor allem Anforderungen an das Eigenkapital und die Liquidität der Banken aufstellen. Die Regeln sind von den Repräsentanten der G-20 angenommen worden und sollen in der EU in Rechtsakte umgesetzt werden.

#### *b) Fachlich-politische Formationen*

In der Codex Alimentarius Commission (CAC) mischen sich Fachfragen der Gesundheit und des Nährgehalts von Lebensmitteln mit politischen Fragen der Kosten und Nutzen von Regelungsniveaus.<sup>23</sup> Die CAC wurde auf Grund eines gemeinsamen Programms der FAO und WHO von 1963 eingerichtet. Zentrale Organe sind die Kommission selbst, in der alle Mitglieder gleiches Stimmrecht

<sup>21</sup> S. zum Folgenden *Balin*, Basel I, Basel II, and Emerging Markets: A Nontechnical Analysis (May 10, 2008), im Internet abrufbar unter <http://ssrn.com/abstract=1477712> (Stand 15.09.2013).

<sup>22</sup> Abgedruckt in [www.bis.org/publ/bcbs189\\_dec2010.pdf](http://www.bis.org/publ/bcbs189_dec2010.pdf) (Stand 27.07.2013).

<sup>23</sup> S. dazu *Arnold*, The Codex Alimentarius Commission – A View from Practice, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.) Transnational Administrative Rule-Making (Fn. 19), S. 151–170, sowie *Herwig*, The Contribution of Global Administrative Law to Enhancing the Legitimacy of the Codex Alimentarius Commission, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.) Transnational Administrative Rule-Making (Fn. 19), S. 171–212.

haben, das Exekutivkomitee und das Sekretariat. Die Kommission setzt Codex Committees für bestimmte Normierungsbereiche ein, strukturiert das Verfahren der Normbildung, legt Prinzipien der Normsetzung fest und beschließt die einzelnen Standards. Die Verfahrensregelung ermöglicht die Beteiligung der Zivilgesellschaft einschließlich der betroffenen Wirtschaft, behält die Beschlussfassung in allen Gremien aber den Behördenvertretern vor. Zu den Prinzipien der Normbildung gehört, dass zwischen wissenschaftlicher Risikobewertung und Interessen abwägendem Risikomanagement zu unterscheiden ist. Die beschlossenen Standards sind unverbindlich, werden jedoch durch die WTO-Abkommen über Sanitäre und Phytosanitäre Maßnahmen sowie über Technische Handelsbarrieren in Bezug genommen und lösen auf diese Weise Rechtsfolgen aus.

### c) *Fachliche Formationen*

Als Beispiel sei ein Netzwerk genannt, das im Rahmen der OECD Richtlinien Tests für Gesundheits- und Umweltgefährlichkeit von Chemikalien entwickelt.<sup>24</sup> Das Netzwerk besteht aus Vertretern nationaler Fachverwaltungen. Es operiert nach wissenschaftlichen Standards und erlaubt nur Sachbeiträge, die sich rigorosen Kriterien der Falsifizierung stellen, nicht Beiträge aus der Sicht verschiedener Interessen. Die Verfahren der Normbildung sind darauf abgestellt. Koordinatoren nationaler Diskurse machen einen Normvorschlag, dieser wird im Netzwerk kommentiert, Validierungsstudien werden entworfen und durchgeführt, eine zweite Kommentierungsrunde findet statt, und schließlich wird der Normvorschlag durch das Netzwerk angenommen. Später wird es vom OECD-Rat als Empfehlung beschlossen, die trotz ihrer Unverbindlichkeit in der Praxis angewendet werden. Häufig werden sie auch durch formelles Recht der OECD-Mitgliedstaaten einschließlich der EU in Bezug genommen und dadurch verbindlich gemacht.

## III. Problemlösungskapazität

Neue Formen der transnationalen Kooperation werden im wissenschaftlichen Schrifttum oft sogleich mit einer Batterie von verfassungsrechtlichen Anforderungen konfrontiert.<sup>25</sup> Bevor jedoch solche an sich legitimen Fragen gestellt

---

<sup>24</sup> S. hierüber *Herberg*, *Global Governance Networks in Action: The Development of Toxicological Test Methods at the OECD*, in: Dilling/Herberg/Winter (Hrsg.) *Transnational Administrative Rule-Making* (Fn. 19), S. 77–108. Zu weiteren Netzwerken im Bereich der Chemikalienregulierung s. *Warning*, *Transnational Public Governance. Networks, Law and Legitimacy*, 2009, S. 108–110.

<sup>25</sup> Vgl. *Möllers*, *Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung*, *ZaöRV* 2008, 351 ff. (371 ff.).

werden, sollten die beobachteten emergierenden Phänomene zunächst auf ihre Leistungsfähigkeit geprüft werden. Angesichts des enormen Problemdrucks ist es ja essentiell, dass im normativ dünn besiedelten Land zwischen Staat und internationalen Organisationen/internationalem Recht überhaupt Initiativen entstehen und anderweitig schwer lösbare Probleme angehen.

Untersuchungsbedürftig ist, aus welchen Ursachen und Anlässen Regulationsinitiativen entstehen. Sie können sich parallel zu einer tatsächlichen Praxis bilden und diese kodifizieren – dann liegt eine Form von Gewohnheitsrecht vor; möglich ist aber auch der Fall, dass die Regulierung – z. B. aus Anlass eines aufgedeckten Skandals oder in Ausnutzung einer Vormachtstellung – kontrafaktisch formuliert wird, sei es auch, um formellen Normsetzungen zuvorzukommen. Kontrafaktische Initiativen sind von besonderem Interesse, weil sie ungelöste Probleme identifizieren und zu bewältigen versuchen. Sie können von machtvollen *vested interests* ausgehen, die ihre Macht häufig gern verbergen, oder von politischen Aktionen kritischer Öffentlichkeit.<sup>26</sup>

Aus den Erfahrungen, die in den verschiedenen Konfigurationen gemacht werden, sollte man zunächst lernen, welche Organisationsformen, Verfahren und Maßstäbe sich bewährt haben und welche fehlgelaufen sind. Daraus lassen sich (Meta-)Regeln guter Praxis ableiten, die von anderen Formationen imitiert werden können.<sup>27</sup>

Die Leistungsfähigkeit der transnationalen Konfigurationen im Hinblick auf das jeweilige soziale Problem zu bestimmen, ist allerdings methodisch höchst schwierig. Es müssten Kausalitäten zwischen Konfiguration und Problemlösungen festgestellt werden, und Kausalitäten stehen unter dem Grundzweifel möglicher intervenierender Faktoren. Zudem ist nur schwer objektivierbar zu umschreiben, ob ein Problem gelöst ist oder nicht, ja, worin ein Problem überhaupt besteht. Ohne die Frage hier vertiefen zu können, scheint eine dichte Beschreibung und Rekonstruktion von kontrastierenden Fällen eine geeignete Methode zu sein. Aus dem Kontrast erfolgreicher und erfolgloser Ergebnisse lassen sich Rückschlüsse auf Strukturunterschiede ziehen.

Soweit es private Formationen angeht, scheinen sie vor allem im Bereich der Ermöglichung von reziproken Marktbeziehungen erfolgreich zu sein. Das gilt insbesondere für die *Lex Mercatoria*. Es ist sogar gezeigt worden, dass Konflikte zwischen Unternehmen nicht einmal durch Berufung auf abgeschlossene Verträge und Anrufung von Schiedsgerichten, sondern gewissermaßen rechtsfrei im Interesse der Fortsetzung gewachsener Austauschbeziehungen gelöst

<sup>26</sup> Vgl. am Beispiel der Privatisierung kommunaler Wasserversorgung *Morgan*, Turning Off the Tap: Urban Water Service Delivery and the Social Construction of Global Administrative Law, 17 *European Journal of International Law* (2006), 215–246.

<sup>27</sup> Solche Metaregeln oder Regeln zweiter Stufe sind nicht zu verwechseln mit verfassungsrechtlichen Anforderungen. Diese können nur Rahmen vorgeben, innerhalb derer viele unterschiedliche Ausprägungen möglich bleiben müssen.

werden.<sup>28</sup> Die Lex Mercatoria, die ihrerseits bereits Befreiung vom formellen Recht darstellt, wird also noch einmal durch eine Praxis der Befreiung vom informellen Recht unterfangen. Andererseits sind die Regeln des Markttausches auf ein Gerüst von Eigentumsrechten (Sacheigentum, Unternehmenseigentum, Gesellschaftsformen, geistige Eigentumsrechte) angewiesen, die meist im formellen Recht, und sogar Verfassungsrecht, verankert sind.<sup>29</sup>

Wie bereits festgestellt, entwickeln private Formationen auch solche Regeln, die – unmittelbar – dem Interesse Dritter und der Allgemeinheit dienen sollen. Allerdings ist hier Vorsicht geboten, weil häufig mehr versprochen wird als wirklich umgesetzt. Erklärungen von Unternehmen und Unternehmensverbänden sind häufig so allgemein und unverbindlich formuliert, dass sie als leere Versprechen angesehen werden müssen oder den Verdacht erregen, schlechtere Praktiken zu verschleiern und regulatorische Initiativen abzuwehren.

Soweit Selbstbindungen ernst zu nehmen sind, bietet sich als Maßstab der Beurteilung des erreichten Schutzniveaus an, geltendes Recht einzelner fortschrittlicher Staaten und in Diskussion befindliche zukünftige staatliche Regelung heranzuziehen. Es ist verschiedentlich gezeigt worden, dass die selbstgesetzten Standards nicht besonders weit über das derzeit oder potentiell zukünftig Gebotene hinausgehen. Beispiele sind die Chemikalienregulierung in Netzwerken der Elektro- und Automobilindustrie<sup>30</sup>, die Regeln zur Abwasserreinigung in multinationalen Konzernen<sup>31</sup> und die ISO-Regeln zum Umweltmanagement.<sup>32</sup> Eine Erklärung dafür könnte sein, dass an der Erstellung der Regeln die von ihnen Betroffenen nicht beteiligt werden.

Obwohl private Formationen zu ihnen beitragen, werden die meisten Regelungen im öffentlichen Interesse wohl doch von administrativen Formationen hervorgebracht. Insbesondere wenn kontrafaktische Regeln erforderlich sind, weil eine Praxis als problematisch angesehen wird, beschäftigen sich damit anscheinend eher administrative als private Strukturen. Deutlich ist dies zum Beispiel im Chemikalienrecht: Als weltweit bekannt wurde, wie wenig die nationalen Behörden über toxische Chemikalien wissen („toxic ignorance“), wurden transnationale administrative Netzwerke gebildet oder aktiviert, die auf die Entwicklung von Test-, Bewertungs- und Einstufungsregeln hinarbeiteten. Zwar gab es auch Initiativen der Chemieindustrie, aber sie waren auf die arbeits-

---

<sup>28</sup> *Gessner*, Theories of Change – The Governance of Business Transactions in Globalising Economies, in: Gessner (Hrsg.), Contractual Certainty in International Trade. Empirical Studies and Theoretical Debates on Institutional Support for Global Economic Exchanges, 2009 S. 175 ff. (194 ff.).

<sup>29</sup> *Gessner* Theories of Change (Fn. 28), S. 175 ff. (182–184).

<sup>30</sup> *Lindenthal*, Transnational Management of Hazardous Chemicals (Fn. 16), S. 123–149; *Dilling*, Grenzüberschreitende Produktverantwortung (Fn. 7).

<sup>31</sup> *Herberg*, Globalisierung und private Selbstregulierung (Fn. 14).

<sup>32</sup> *Krut/Gleckman*, ISO 14001 – A Missed Opportunity for Sustainable Global Industrial Development, 1998.

teilige Aufarbeitung bestimmter hochvolumiger Stoffe gerichtet, also auf die Implementation, nicht auf die Setzung von Regeln.<sup>33</sup>

Bei der Bewertung von Schutzniveaus der erzeugten Regeln kann wiederum auf existierende, aber nicht harmonisierte Regelungen einzelner fortschrittlicher Staaten abgestellt werden. Wo sie fehlen, hilft nur eine dichte Beschreibung und genauere Diskussion der jeweils gefundenen Lösung. Zum Beispiel ist Basel III plausibel im Hinblick darauf kritisiert worden, dass die Regeln sich nur mit der Absicherung der Einlagen durch Eigenkapital und Liquiditätsreserven befassen. Viel wichtiger sei eine Verbesserung und Beaufsichtigung der Seriosität bei der Kreditvergabe. Zudem begünstige die Fixierung auf Eigenkapital die Großbanken und diskriminiere Sparkassen und andere regionale Banken, die mit mehr Erfolg genossenschaftliche Wege der Kreditsicherung praktiziert hätten.<sup>34</sup> Fragt man nach Ursachen für solche Schlagseiten, dürften diese wieder in der mangelnden Beteiligung der Betroffenen – hier der regionalen Banken – zu suchen sein.

#### IV. Rule of Law

Es ist ein hervorstechendes Merkmal der transnationalen Konfigurationen, dass sie Freiheiten besitzen, sich die Maßstäbe und Verfahrensregeln ihrer Arbeit selbst zu geben. Darin liegt ihr konstruktives Potential, doch auch ein Risiko willkürlichen Handelns. Ihre Ergebnisse sind zwar unverbindlich, aber *soft law* trifft oft auf Folgebereitschaft und ist, wenn es konkrete Vorgaben macht und Mechanismen der Umsetzungskontrolle einsetzt, sogar manchmal wirkungsvoller als verbindliches Recht. Es ist also subkutane Macht, die da ausgeübt wird. Deshalb ist es nicht belanglos, wenn dies willkürlich geschieht.

Gegen Willkür steht die *rule of law*, zu Deutsch – allzu staatsgebunden – als Rechtsstaatlichkeit bezeichnet. Gefragt wird damit nach einer Konstitutionalisierung der transnationalen Regulierung. Es geht um die Errichtung von Grenzen gegen Willkür, Grenzen, die rechtliche Verbindlichkeit besitzen, also Folgen haben für die Anerkennung oder Zurückweisung transnationaler Arbeitsformen und -ergebnisse. Sie äußern sich in drei Anforderungen: demokratischer Legitimation, Grundwertebeachtung und gerichtlichem Rechtsschutz.<sup>35</sup> Von ihnen sollen nur die beiden ersten behandelt werden.

<sup>33</sup> Winter, *Dangerous Chemicals: A Global Problem on Its Way to Global Governance*, in: Führ/Wahl/von Wilmowsky (Hrsg.), *Umweltrecht und Umweltwissenschaft. Festschrift für Eckard Reh binder*, 2007, S. 819–833.

<sup>34</sup> Sommer, Basel III ist „nichts weiter als Katzensgold“, heise online, 31.05.2011, im Internet abrufbar unter [www.heise.de/tp/artikel/34/34846/1.html](http://www.heise.de/tp/artikel/34/34846/1.html) (Stand 17.09.2013).

<sup>35</sup> Diese Einhegung der informellen transnationalen Formationen durch verfassungsrechtliche Prinzipien geht einen Mittelweg zwischen einem rigiden Konstitutionalismus und einer

## 1. Demokratische Legitimation

Im Hinblick auf private Formationen ist allerdings fraglich, ob demokratische Legitimation für sie überhaupt ein angemessener Maßstab ist. Macht in Marktbeziehungen wird traditionell durch Wettbewerb und Wettbewerbskontrolle, nicht durch „Wirtschaftsdemokratie“<sup>36</sup> beschränkt.<sup>37</sup> Diese Tradition wird heute zunehmend pluralisiert. Die wirtschaftskritische Öffentlichkeit ruft heute nicht mehr nur nach dem Staat, sondern wendet sich direkt an die Unternehmen, durch Presse, Demonstrationen und Boykott. Der private Konsument, der nach der Marktlogik eigentlich durch seine individuelle Kaufentscheidung wirken soll, organisiert sich und handelt kollektiv als „kritischer Konsument“. Unternehmen sind also herausgefordert, sich nicht nur am Markt zu bewähren, sondern sich auch im politischen Raum zu rechtfertigen.<sup>38</sup>

Im Verfassungsstaat westlicher Prägung bedeutet demokratische Legitimation, dass (politische) Herrschaft auf einen Wahlakt des Volkes zurückgeführt werden kann. Dieser äußert sich normalerweise über ein parlamentarisches Gesetz. Die Legitimation durch Wahlakt hat unter Regulierungsaspekten jedoch nur eine begrenzte Reichweite. Dies ist bereits im modernen Nationalstaat deutlich geworden. Denn das Gesetz läuft der informellen Normbildung oft hinterher. Es kann sie nur akzeptieren oder zurückweisen, aber inhaltlich oft nur wenig beeinflussen. Zudem ist das Parlament oft nicht in der Lage, die Einzelheiten der Regulierung nachzuvollziehen.

Deshalb wird zunehmend vertreten, dass informelle Regulierung, die bestimmte Verfahrenserfordernisse beachtet, verfassungsrechtlich als demokratisch legitimiert betrachtet werden kann.<sup>39</sup> Die Kernanforderungen bestehen aus Prinzipien wie Transparenz, Partizipation der Interessenten und Betroffenen, Ausschluss von Befangenheit, etc.<sup>40</sup> Sie liegen im innerstaatlichen Bereich für viele Verwaltungsaktivitäten rechtlich ausformuliert vor. Allerdings bezie-

---

grenzenlosen Pluralisierung, wie ihn *Krisch*, *Beyond Constitutionalism. The Pluralist Structure of Postnational Law*, 2010, vorschlägt.

<sup>36</sup> Klassisch hierzu *Naphtali* (Hrsg.), *Wirtschaftsdemokratie*, 1931.

<sup>37</sup> Macht des Unternehmens „nach innen“ wurde allerdings in manchen Staaten durch Mitbestimmung der Arbeitnehmer beschränkt. „Nach außen“ wäre dagegen die Beteiligung der Konsumenten und von Gesundheits- und Umweltschäden Drittbetroffenen erforderlich. Dies ist manchmal versucht worden, am weitestgehenden in Sozialisierungsmodellen, hat sich aber nicht wirklich durchgesetzt. Vgl. *Backhaus*, *Ökonomik der Sozialisierung: Maßstäbe und ihre Anwendung an Hand eines internationalen Vergleichs*, in: Winter (Hrsg.), *Sozialisierung von Unternehmen. Bedingungen und Begründungen*, 1976, S. 26–118.

<sup>38</sup> *Nullmeier*, *Formen der Staatlichkeit: Zu einer Analytik politischer Ordnungen*, in: Deitelhoff/Steffek (Hrsg.), *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*, 2009, S. 35–56.

<sup>39</sup> *Fisahn*, *Demokratie und Öffentlichkeitsbeteiligung*, 2002, S. 216–248.

<sup>40</sup> *Krisch/Kingsbury*, *Introduction: Global Governance and Global Administrative Law* (Fn. 5), 1–13.

hen sie sich herkömmlich auf die Einzelfallverwaltung, in der die Beteiligten durch den Fall örtlich und sachlich eingegrenzt werden, während sie gerade für die hier interessierenden Normaufstellungsverfahren unterentwickelt sind, freilich mit Ausnahme des US-amerikanischen Rechts mit seinem kodifizierten anspruchsvollen *rule-making* Verfahren. Auch in den USA gelten diese Regeln jedoch nicht für viele Bereiche informeller Regulierung. Soweit Gerichte mit der Frage konfrontiert sind, wie diese Bereiche legitimatorisch zu behandeln sind, tendieren sie zu der Auffassung, dass die Regulierungsergebnisse übernommen werden können, wenn sie in fairen Verfahren zustande gekommen sind.<sup>41</sup> Dies gilt bisher für administrative Regulierung, aber ähnliche Maßstäbe können auch für private Regulierung aufgestellt werden.<sup>42</sup>

Im Hinblick auf transnationale Regulierung ist die rechtliche Rahmung der Prozeduren noch viel schwächer ausgebildet. Die aus dem Verwaltungsrecht stammenden Prinzipien sind hier nur mit Vorsicht zu verwenden, weil die Eigenlogik des transnationalen Interagierens möglicherweise andere Prinzipien verlangt. Jedenfalls empfiehlt es sich, zunächst die im transnationalen Raum selbst emergierenden Prinzipien zu studieren. Solche Prinzipien haben zum Beispiel die CAC und der FSC ausgebildet. Sie haben damit bewiesen, dass transnationale Formationen fähig und bereit sind, sich selbst Metaregeln und damit eine Art Verfassung zu geben. Überlegt man dann normativ, welche Gestaltung angemessen ist, muss noch manche Differenzierung entlang den unterschiedlichen Formationen bedacht werden. So ist im Hinblick auf Transparenz bei privaten Formationen zu beachten, dass Zugang zu Geschäftsgeheimnissen Auswirkungen auf die Wettbewerbsstellung haben kann. Hinsichtlich Partizipation ist der Unterschied zwischen fachlichen und fachlich-politischen Gegenständen relevant: Bei fachlichen Diskursen ist die Repräsentanz unterschiedlicher wissenschaftlicher Meinungen wichtig,<sup>43</sup> bei fachlich-politischen Gegenständen dagegen (auch) die Repräsentanz unterschiedlicher *policy*-Orientierungen.<sup>44</sup> Möglicherweise sind auch Regeln über Befangenheit neu zu sichten, um Regelungsimpulse nicht von vornherein abzublocken. Besonders problematisch ist, wie mit der strukturellen Benachteiligung derjenigen umzugehen ist, die ihre Beteiligung nicht finanzieren können, aber dennoch betroffen sind, wie insbesondere die Vertreter der Entwicklungsländer.<sup>45</sup>

---

<sup>41</sup> S. am Beispiel des (administrativen) Gremiums der Bundesprüfstelle BVerfGE 83, 130 (149ff.).

<sup>42</sup> S. am Beispiel der (privaten) Forschungsgesellschaft für Straßen- und Verkehrswesen BVerwG ZUR 2008, 255ff. (256).

<sup>43</sup> Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung (Fn. 14), S. 79.

<sup>44</sup> Winter, Transnational Administrative Comitology: The Global Harmonisation of Chemicals Classification and Labelling, in: Dilling/Herberg/Winter, Transnational Administrative Rule-Making (Fn. 19), S. 111ff. (135–137).

<sup>45</sup> Gupta, Developing Countries: Trapped in the Web of Sustainable Development Gover-

Ein Kern von Anforderungen demokratischer Legitimation muss verbindlich gemacht werden, weil nicht alle transnationalen Formationen von sich aus dazu bereit sind. Bisher ist eine differenzierte Beteiligung der Zivilgesellschaft weder auf völkerrechtlicher Ebene vorgeschrieben, noch gibt es verfassungsrechtliche Prinzipien, die dies verlangen. Rechtspolitisch wäre es jedenfalls wünschenswert, wenn solche Prinzipien entwickelt werden könnten.<sup>46</sup> Denkbar wären völkerrechtliche Normen, die Verweise aus völkerrechtlichen Verträgen auf transnationale informelle Standards nur dann zulassen, wenn bei deren Erarbeitung bestimmte Verfahrensregeln beachtet worden sind.<sup>47</sup> Solche prozeduralen Anforderungen könnten, als verfassungsrechtliche Gebote, auch für Verweise aus nationalen Gesetzen entwickelt werden.

## 2. Grundwertebeachtung

Unter Grundwerten sollen hier Grundrechte und staatliche Schutzpflichten verstanden werden. Transnationale Regulierung steht ebenso wie innerstaatliche meist in einem Spannungsfeld konfligierender Interessen. Im innerstaatlichen und inzwischen auch innereuropäischen Bereich können sich die Interessenten auf verfassungsrechtliche Grundwerte stützen und u. U. geltend machen, dass eine bestimmte staatliche oder europäische Regulierung verfassungswidrig sei, weil sie Grundrechte übermäßig beeinträchtigt oder Schutzpflichten missachte. Auf Normen transnationaler Formationen beziehen sich die Grundwerte jedoch nicht.

Zwar steht das parlamentarische Gesetz bereit, um grundwertewidrigen Normen den Eintritt in den nationalen Rechtsraum zu versagen. Der Umstand, dass transnationale Normen ohne gesetzliche Inbezugnahme angewendet werden, ließe sich durch gesetzgeberische Schutzpflichten bewältigen. Diesen könnte sich auch private Normung nicht entziehen.<sup>48</sup> Der so perfektionierte Grundwerteschutz ist jedoch aus einem anderen Blickwinkel unbefriedigend. Wenn jeder Staat seinen vollen Grundwertekatalog gegen transnationale Normen in Anschlag bringt, kann dies die an sich ja hoch erwünschte transnationale Kooperation von vornherein entmutigen.

---

nance, in: Dilling/Herberg/Winter, *Transnational Administrative Rule-Making* (Fn.19), S.305–325.

<sup>46</sup> Dazu Vorschläge bei Winter, *Transnational Administrative Comitology* (Fn.44), S.111 ff. (142–147).

<sup>47</sup> Ein Vorläufer dessen mit allerdings sehr minimalistischer Beteiligungsvorstellung ist der WTO-Kodex guten Verhaltens für die Ausarbeitung, Annahme und Anwendung von Normen, Anhang 3 zum Abkommen über technische Handelshemmnisse (TBT-Abkommen) von 1994.

<sup>48</sup> Über entsprechende Steuerung durch nationales Recht s. *Głinski*, *Die rechtliche Bedeutung der privaten Regulierung globaler Produktionsstandards*, 2011.

Deshalb ist es auch hinsichtlich der Grundwertebeachtung erforderlich, das Potential transnationaler Strukturen für selbstgesetzte materielle Verfassungsnormen zu erkunden. Zum Beispiel hat sich die CAC auf besonders ausgeprägte materielle Grundwerte festgelegt. Auch multinationale Konzerne geben sich gern materielle Grundnormen, die manche sogar „unser Grundgesetz“ nennen.<sup>49</sup> Aber die meisten dieser autonomen Grundwerte sind noch zu vage, und sie berücksichtigen Drittinteressen nur marginal.

Obwohl sich hier manches von selbst weiterentwickeln wird, muss deshalb doch auch nach einem rechtlich verbindlichen Rahmen gesucht werden. Dies sollte primär ein völkerrechtlicher sein, weil die völkerrechtlichen Grundwerte die nationalen Besonderheiten besser in sich „aufheben“ können. Die nationalen Verfassungen müssten einen *self-restraint* ermöglichen, der eine gewisse internationale Unterschiedlichkeit toleriert und sich auf Minimalanforderungen konzentriert. Dies ist auch deshalb zu rechtfertigen, weil, wie weiter oben gesagt, nationales Verfassungsrecht hinsichtlich demokratischer Prozeduren strenge Maßstäbe aufstellen sollte.

---

<sup>49</sup> Herberg, Globalisierung und private Selbstregulierung (Fn. 14), S. 77.