

Transnationales Recht

Stand und Perspektiven

Herausgegeben von
Graf-Peter Calliess

Mohr Siebeck

Digitaler Sonderdruck des Autors mit Genehmigung des Verlages

Graf-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

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 und 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
---	-----

Karl-Heinz Ladeur

Die Evolution des allgemeinen Verwaltungsrechts und die Emergenz
des globalen Verwaltungsrechts 369

Stefan Oeter

Vom Völkerrecht zum transnationalen Recht –
„transnational administrative networks“ und die Bildung
hybrider Akteursstrukturen 387

Claudio Franzius

Transnationalisierung des Europarechts 403

Friedhelm Hase

Transnationale Standards in der gesundheitlichen Versorgung.
Das Gesundheitsrecht und die Entstehung eines globalen
medizinisch-gesundheitlichen Wissensmanagements 427

Andreas Fischer-Lescano

Mäßigung der Verhältnismäßigkeit –
Whistleblowing im transnationalen Recht 435

V. Transnationales Arbeitsrecht

Ulrich Mückenberger

Ein globales Hybridarbeitsrecht 457

Eva Kocher

Corporate Social Responsibility und Transnationalisierung
des Arbeitsrechts 479

Katja Nebe

Transnationalisierung des Arbeitsrechts – eine weitreichende Tradition
von der IAO zu Europäischen Sozialen Dialogen 497

Ursula Rust

General Comments – zu einem unbekannten 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
------------------------------	-----

Transnationales Recht und öffentliches Recht zwischen Konvergenz und Divergenz*

Myriam Senn

I. Einleitung

Das Phänomen der Transnationalisierung des Rechts¹ wird derzeit intensiv thematisiert. Dabei geht es grundsätzlich um die Gestaltung der regulatorischen Beziehungen zwischen dem Staat und der Zivilgesellschaft. Gegenstand der Untersuchungen bilden hauptsächlich Entwicklungen, die von der Privatwirtschaft ausgehen. Typische Beispiele sind die *lex mercatoria* oder das Handelsrecht der internationalen Wirtschaft und die *lex digitalis* des Internets.² Wenig Beachtung fand bisher die Transnationalisierung des Rechts in Bezug auf Fragestellungen des öffentlichen Rechts. Hierbei gilt vor allem die Bildung eines globalen Verwaltungsrechts (*global administrative law*) als Herausforderung.³ Der Schwerpunkt dieses Aufsatzes liegt aber in der Diskussion des öffentlichen Rechts „im weiteren Sinne“. ⁴ Was soll damit erreicht werden? Der Aufsatz stellt

* Leicht überarbeitete und mit Fußnoten ergänzte Fassung des am 19. Dezember 2012 gehaltenen Vortrags im Rahmen der Ringvorlesung zur Transnationalisierung des Rechts an der Universität Bremen. An dieser Stelle sei den Teilnehmern am Vortrag für die wertvollen Anregungen gedankt.

¹ Im Rahmen dieses Aufsatzes wird der Begriff „Recht“ vor allem für (staatliche) Normen benutzt, während „Regulierung“ als Oberbegriff Formen der Ordnungsgestaltung und Kontrollausübung durch formelle und informelle Normen bezeichnet. Zum Konzept: *Hart, The Concept of Law*, 1994, S. 1 ff.

² *Fischer-Lescano/Teubner*, Regime-Kollisionen, Zur Fragmentierung des globalen Rechts, 2006, S. 44 (m. w. N.).

³ *Kingsbury/Krisch/Stewart*, The Emergence of Global Administrative Law, 68 *Law and Contemporary Problems* (2005), S. 15 ff.; *Cassese*, Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation, 37 *New York University Journal of International Law and Politics* (2005), S. 663 ff.; *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2000, S. 21 ff.; ursprünglich: *von Mohl*, Staatsrecht, Völkerrecht und Politik, Erster Band, Staatsrecht und Völkerrecht, 1860; *von Stein*, Einige Bemerkungen über das internationale Verwaltungsrecht, in: *Jahrbuch für Gesetzgebung, Verwaltung und Volkswirtschaft im Deutschen Reich*, 1882, S. 1 ff.; *Stier-Somlo*, Grundprobleme des internationalen Verwaltungsrechts, *Internationale Zeitschrift für Theorie des Rechts* 1930–1931, S. 222 ff.

⁴ Vgl. Punkt II. 2.

einen Versuch dar, Ansatzpunkte für die Konzeptualisierung der Beziehungen und Interaktionen dieser Regulierungsgebiete zu umreißen.

Um den Rahmen festzulegen, soll zunächst festgehalten werden, dass es heutzutage eine Tatsache ist, dass der Bereich der Regulierung ein Wachstumssektor geworden ist. Dieser Sektor hat sich zu einem eigenständigen Forschungsbereich entwickelt. Damit zusammenhängend wird auch über den Aufstieg des regulatorischen Staates gesprochen, der zu einem Wettbewerb im regulatorischen Raum geführt hat. Gleichzeitig ist diese Entwicklung auch charakteristisch dafür, dass wir jetzt in einer Ära des regulatorischen Kapitalismus leben. Was bedeutet dies? Nach einer Phase des Neo-Liberalismus, die hauptsächlich auf die Erzielung von Effizienz ausgerichtet war, beruht die Ära des regulatorischen Kapitalismus sozusagen auf der „Corporatisation“ der Welt. Diese Ära wird überwiegend durch Aktivitäten, die von multinationalen Unternehmen und Finanzzentren aus entwickelt werden, bestimmt. Diese prägen und dominieren das Geschehen auf den Weltmärkten. Sie spielen eine entscheidende Rolle in Bezug auf die Herausbildung von Standards und beeinflussen die staatliche Debatte betreffend das Ergreifen von regulatorischen Maßnahmen. Gleichzeitig wird diese Ära auch durch die seit den 80er-Jahren zu beobachtende Schaffung von zahlreichen Fachbehörden (agencies) und die damit zusammenhängende Delegation von Kompetenzen durch die Staaten beeinflusst.⁵

Insgesamt hat die Globalisierung der Wirtschaftsbeziehungen durch die Marktöffnung nicht zu einer Deregulierung geführt. Sie hat im Gegenteil vielmehr zum Erscheinen von neuen, alternativen Regulierungsformen beigetragen. Im Ergebnis führt dies in Bezug auf den bestehenden Rechtsrahmen zu noch mehr Regulierung. Es ergibt sich eine Welt von Führung und Steuerung oder Governance durch Regulierung. Nicht die regulierenden Staaten allein sind entscheidend, sondern der regulatorische Kapitalismus, von dem die Impulse zur Festlegung der Regulierung ausgehen.

Die rechtliche Ordnung ist nicht mehr einheitlich, zentralisiert und hierarchisch innerhalb des Staates organisiert. Sie ist vielmehr dividiert, polyzentrisch und heterarchisch. Neue Regulierungsformen erscheinen, wie die Entwicklungen, die unter dem Begriff des transnationalen Rechts erfasst werden, und die Ära des regulatorischen Kapitalismus gerade charakterisieren. Im Ergebnis koexistieren verschiedene regulatorische Regimes oder Modelle. Insofern stellt sich die Frage, welche Charakteristika diese Regimes prägen, wie sie voneinander abzugrenzen sind und wie sie nebeneinander bestehen können.

Ausgehend von der Modellorientierung der Rechtswissenschaft werden im Folgenden das öffentliche Recht und das transnationale Recht als Modelle er-

⁵ Braithwaite, *Regulatory Capitalism, How it Works, Ideas for Making it Work Better*, 2008; Levi-Faur, *The Global Diffusion of Regulatory Capitalism*, 598 *The Annals of the American Academy of Political and Social Science* (2005), S. 12 ff.

fasst. In einem weiteren Teil werden ausgewählte Aspekte der Konvergenz und Divergenz dieser beiden Regulierungsgebiete skizziert.

II. Die Modelle

Insofern, als die Charakteristika des öffentlichen Rechts und des transnationalen Rechts⁶ in der Form von Modellen erfasst werden, stellt sich zunächst die Frage weshalb dieser argumentative Aufbau gewählt wurde.

1. Modellorientierung der Rechtswissenschaft

Die Rechtswissenschaft stellt an sich eine modellorientierte Wissenschaft dar. Als Wissenschaft soll Recht dazu beitragen, Lösungen zu liefern, die auf die Realität appliziert werden können. Diese Lösungen sollen sich wirklichkeitsgerecht auswirken und gleichzeitig „Normalfälle“ oder „normale Werte“ ausdrücken. Rechtswissenschaft beruht daher auf einem modellorientierten Ansatz, der dazu bestimmt ist, auf Figuren oder Abbildungen der Realität angewendet zu werden. Die verschiedenen Rechtsbereiche bilden jeweils eine Konstruktion.⁷

Vorliegend ermöglicht die Erfassung des öffentlichen und des transnationalen Rechts in der Form von Modellen eine vereinfachte, schematische Darstellung dieser Bereiche. Modelle erlauben es, sich auf ihre zentralen oder ausgewählten Eigenschaften zu konzentrieren – beispielsweise auf materielle, institutionelle oder strukturelle Eigenschaften, die für die weitere Auseinandersetzung mit dem Thema von Bedeutung sind. Beide Bereiche werden dabei sozusagen in ein Schema gepresst. Anhand der daraus resultierenden Modelle sollen einerseits die charakteristischen Merkmale dieser Bereiche erfasst werden. Andererseits gestattet diese Vorgehensweise, diese Bereiche zu vergleichen und ihre Interaktionen zu erfassen. Mit anderen Worten wird es dadurch möglich, auf einzelne Eigenschaften eines Modells einzugehen – unabhängig von den anderen. Dies ist hinsichtlich der Auseinandersetzung mit den Aspekten der Konvergenz und Divergenz wichtig.

⁶ Eng mit den Modellen des öffentlichen und transnationalen Rechts verbunden ist das Modell des Völkerrechts. Es stellen sich zwischen dem Völkerrecht, dem öffentlichen und dem transnationalen Recht ähnliche Fragen und es gibt auch eine Vielzahl von Überschneidungen. Handelt es sich zum Beispiel um Menschenrechte, so ist ihr Geltungsanspruch umfassend. An dieser Stelle wird allerdings nicht auf dieses dritte Modell eingegangen, weil es den Rahmen des Aufsatzes sprengen würde.

⁷ von Bogdandy, *Gubernative Rechtssetzung, Eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik*, *Jus publicum* Bd. 48, 2000, S. 19–22 (m. w. N.).

Dabei wird vorweggenommen, dass unter methodischen Aspekten im Rahmen dieses Aufsatzes das Schwergewicht bei der Betrachtung der beiden Modelle vor allem auf die institutionellen Strukturen im Zusammenhang mit der Diskussion der Konvergenz gelegt wird. Was die Divergenz betrifft, wird das Schwergewicht demgegenüber auf die Interessen gelegt. Materielle Aspekte werden insofern berücksichtigt, als sie relevant sind. Auf formelle Aspekte, wie die Instrumente der Gesetze oder weitere Regulierungsformen, wird jedoch nicht eingegangen.

Modelle dienen zwar als Grundlage für den Vergleich der Eigenschaften der betrachteten Bereiche. Als distinktive Modelle führen sie gleichzeitig zu einer Segmentierung. Dabei darf nicht übersehen werden, dass Modelle grundsätzlich auch dahingehend zu verstehen sind, dass sie insgesamt ein System bilden. Es handelt sich um konstituierte Einheiten eines Systems. Das Entfallen eines Elementes würde den Charakter des Systems als solches in Frage stellen. Unter systemtheoretischen Aspekten bedeutet dies, dass das System kohärent und selbsterhaltend ist, dass es somit funktioniert und *prima facie* vollständig ist.⁸ Es wird dementsprechend nicht nur basierend auf einer Kategorie von Regulierungen – wie die staatliche Regulierung – oder innerhalb eines geschlossenen institutionellen Rahmens bestimmt. Im Gegenteil, es ist auch imstande, Elemente oder eben Regulierungen aufzunehmen, die nicht zum offiziellen oder geschlossenen Rahmen der Rechtswissenschaft gehören, verstanden als durch den Staat festgelegtes Recht. Insofern ist es ein offenes,entwicklungsfähiges System. Wie noch zu besprechen sein wird, ist diese Abgrenzung in Bezug auf die Transnationalisierung des Rechts wichtig.

2. *Das Modell des öffentlichen Rechts*

Das öffentliche Recht umfasst grundsätzlich das Staatsrecht – wozu das Verfassungsrecht zählt – und das Verwaltungsrecht. Es geht um das Staatsorganisationsrecht oder das Recht der staatlichen Organisation, also um das spezifische Recht der Träger öffentlicher Gewalt in einem Staat. Dabei ist es gleichgültig, ob es sich um das Verhältnis der Hoheitsträger zu anderen Hoheitsträgern handelt. Ebenso wenig spielt es eine Rolle, ob es um die Befugnisse dieser Hoheitsträger gegenüber den Bürgern oder dem privaten Sektor geht.⁹

Dieses Recht ist durch seine politische Ausprägung beziehungsweise durch seinen Bezug zum herrschenden politischen System gekennzeichnet. Im Hinblick auf die Transnationalisierung des Rechts gilt es hervorzuheben, dass es um

⁸ Grundlegend: *Luhmann*, Soziale Systeme, Grundriss einer allgemeinen Theorie, 1987, S. 15 ff., 32 ff.; *Willke*, Systemtheorie I: Grundlagen, Eine Einführung in die Grundprobleme der Theorie sozialer Systeme, 6. Aufl. 2000, S. 7–8, 51 ff.

⁹ *Ipsen*, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht, 24. Aufl. 2012, S. 5–7.

das öffentliche Recht im Nationalstaat geht. Dieser Staat ist ein demokratischer Staat,¹⁰ in dem dementsprechend kein allumfassender Kontroll- und Machtanspruch der Staatsorgane per se besteht. Die von den Bürgern gewählte Staatsverfassung legt den Rahmen für das Zusammenleben im Staatsgebiet fest. Die Festlegung der Staatsaktivitäten und deren Ausübung beruhen auf einem multilateralen Konsens unter den staatlichen Institutionen, der Politik und den Bürgern. Im Gegensatz dazu erheben totalitäre Staaten oder Diktaturen einen allumfassenden Kontroll- und Machtanspruch innerhalb ihres Territoriums. Diesem Aufsatz liegt aber dem Nationalstaat als Demokratie eine liberale Konzeption zugrunde,¹¹ die somit die Öffnung des Staates gegenüber nicht nationalen – internationalen oder transnationalen – Entwicklungen annimmt. Es handelt sich um einen offenen Verfassungsstaat.

Es ist wichtig, sich die politische Grundordnung zu merken, weil die Transnationalisierung des Rechts grundsätzlich oder primär in demokratischen Staaten stattfindet oder stattfinden kann. Hier wird argumentiert, dass sie gerade von diesen Staaten unterstützt und gefördert wird. Demgegenüber verhindern oder gar verunmöglichen totalitäre Staaten oder Diktaturen nicht zuletzt aufgrund ihrer Zielsetzungen und organisatorischen Strukturen den Prozess der Transnationalisierung des Rechts weitgehend.¹²

Aus der Konzeption des liberalen Staates ergibt sich, welche Werte geschützt und welche Interessen verfolgt werden. Dass dies allgemein in entwickelten Ländern und Demokratien gilt, lässt sich am besten anhand der Gründung und der Rolle der Organisation für wirtschaftliche Zusammenarbeit und Entwicklung¹³ illustrieren. Ihre Mitgliedstaaten sind einer liberalen demokratischen Ordnung sowie einer marktwirtschaftlichen Entwicklung verpflichtet.

Es stellt sich nun die Frage nach den Aufgaben, die ein demokratischer Staat als Träger öffentlicher Gewalt zu erfüllen hat und die sich aus der Verfassung ergeben. Dem Staat obliegt vor allem, die nationalen Verfassungsgüter zu schützen. Im herkömmlichen Sinn gehören zu den Kernstaatsaufgaben:

- die Garantie von Freiheit und Sicherheit für die Bürger,
- die Förderung des Gemeinwohls,
- die Daseinsvorsorge und Schaffung von Wohlfahrt,
- die Identität und Integrationsfunktion und

¹⁰ Zum Konzept: *Nolte*, Was ist Demokratie? Geschichte und Gegenwart, 2012, S. 26 ff.

¹¹ „Liberal“ aus dem Lateinischen „liberalis“ bedeutet, dass es kaum Grenzen, sondern Freiheit gibt.

¹² Dass diese Staaten den Prozess der Transnationalisierung des Rechts zwar weitgehend, aber nicht vollumfänglich verhindern können, hat gerade zur Herausbildung des Konzepts selbst geführt. *Jessup* führte den Begriff ein, um den Fortbestand der Kooperation unter Staaten während des Kalten Krieges zu bezeichnen: *Jessup*, Transnational Law, Storrs Lectures on Jurisprudence, 1956, S. 1 ff.

¹³ OECD, siehe <http://www.oecd.org/>.

– als Organ der Völkergemeinschaft zu handeln.¹⁴

Der Staat ist verpflichtet, diese grundsätzlich dem öffentlichen Recht zugerechneten Aufgaben zu erfüllen. Allein schon die Erwähnung dieser Aufgaben in einem demokratischen Kontext zeigt jedoch auf, dass es sich hierbei um entwicklungs- und evolutionsfähige Konzepte handelt.

Dementsprechend stellt sich die Frage nach dem rechtlichen Ansatz, der angewendet wird, um diese Aufgaben zu erfüllen. Es ist ein pragmatischer Ansatz: Ausgehend von sogenannten Rechtstatsachen und basierend auf soziologischen und gesellschaftlichen Entwicklungen wird ein „Normalfall“ oder ein „Durchschnittsfall“ in Bezug auf ein spezifisches Thema konstruiert.¹⁵ Dieser wird alsdann zentral durch den Staat ins Recht umgesetzt. Mit anderen Worten, aus den in der Praxis gewonnenen Erfahrungswerten kristallisieren sich Verhaltensmuster heraus, die in das Recht umgesetzt werden.

Demzufolge sind es nicht die Rechtsgrundlagen beziehungsweise die allgemeinen Rechtsgrundsätze und die geltenden Gesetze, aus denen sich die Realität ableitet. Umgekehrt, der Ansatz ist induktiv. Das Recht bildet sich aus der Realität heraus. Insgesamt wird versucht, anhand des Rechts Ergebnisse zu erzielen, die soweit wie möglich wirklichkeitsgerecht sind oder dies zumindest sein sollten.¹⁶ Diese Vorgehensweise überträgt sich alsdann auf die verschiedenen Phasen der Rechtsetzung, der Rechtsdurchsetzung oder des Enforcement und der Gerichtsbarkeit.

Beim demokratischen Prozess der Rechtsbildung und Rechtsfortbildung handelt es sich allerdings um einen langwierigen Prozess. Zwar stellt das öffentliche Recht ein lineares Konzept dar. Wie erwähnt, beinhaltet es aber auch eine evolutive Komponente. Einerseits können sich das Verständnis und die Ziele der Staatsaufgaben im Laufe der Zeit ändern. Andererseits ergeben sich auch neue Staatsaufgaben, die oft umstrittene gesellschaftspolitische Themen betreffen. Zudem werden Aufgaben von der nationalen auf die internationale Ebene – oder umgekehrt – von der internationalen auf die nationale Ebene verlagert. In diesem Zusammenhang bildet die Transformation des Verfassungsstaates seit Langem ein Thema.

Grundsätzlich geht es um die Vertretung der Interessen der Bürger. Interessen entstehen zwar auf der individuellen Ebene, sie können aber vom Staat wahrgenommen und vertreten werden, wenn sie sich in einem Kollektiv kristal-

¹⁴ Kokott, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Bd. 64, 2003, S. 7 ff., 24–28 (m. w. N.).

¹⁵ von Bogdandy, Gubernative Rechtssetzung (Fn. 8), S. 20–21; Luhmann, Soziale Systeme (Fn. 9), S. 450–452.

¹⁶ von Bogdandy, Gubernative Rechtssetzung (Fn. 8), S. 20–21; Rütters/Fischer, Rechtstheorie, Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 2010, S. 50 ff., 417–426.

liert haben.¹⁷ Auf der Ebene, auf der dieser Aufsatz ansetzt, wird davon ausgegangen, dass sich das kollektive Interesse bereits herausgebildet hat und der Staat eben in diesem Interesse handelt. Er trifft entsprechende öffentlich-rechtliche Maßnahmen oder kann solche für die Gesamtheit der Bürger, die Allgemeinheit, treffen. Dabei ist nicht zu übersehen, dass das so festgelegte Recht letztlich auf die einzelnen Staatsbürger zurückwirkt und dass es durchgesetzt werden kann. Mit anderen Worten, es wird wieder individualisiert.

3. Das Modell des transnationalen Rechts

Beim Modell des transnationalen Rechts stellt sich zuerst die Frage, um was es sich dabei handelt. Bildet das transnationale Recht ein eigenständiges Rechts- oder Regulierungsgebiet? Das Phänomen der Transnationalisierung des Rechts ist relativ neu und es besteht noch keine Einigkeit über seinen Inhalt.

Obschon der Zweck dieses Aufsatzes nicht darin liegt, eine allgemein gültige Definition des Konzeptes¹⁸ zu liefern, wird zur Abgrenzung festgehalten, dass es sich hierbei um ein Regulierungsgebiet handelt, das losgelöst von der Konzeption des staatlichen Rechts und Völkerrechts besteht. Dies lässt sich bereits aus der Etymologie des Begriffs ableiten. Mit dem Präfix „trans-“ werden Beziehungen bezeichnet, die über die Grenzen hinweg und darüber hinausgehen.¹⁹ Sie brechen sozusagen die nationalen und internationalen Grenzen, die unter Staaten gelten.

Nicht zuletzt aufgrund dieses Merkmals wird regelmäßig davon ausgegangen, dass das transnationale Recht vornehmlich im privaten und wirtschaftlichen Bereich entsteht. Es begleitet die Aktivitäten von Privatpersonen, Organisationen und Unternehmen, wird von ihnen entwickelt und gesteuert. Transnationale Normen und Standards bilden sich aus praktischen Überlegungen und Fragestellungen heraus. Allerdings wird hier festgehalten, dass auch Staaten von transnationalen Vorgehensweisen oder Strukturen Gebrauch machen.

Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn Staaten im Rahmen von transnationalen Netzwerken agieren. Zu denken ist hier zum Beispiel an die von der G20 festgelegten Zielsetzungen in verschiedenen Bereichen. Diese werden im Rahmen von fachspezifischen Netzwerken konkretisiert. Diese Netzwerke können

¹⁷ Senn, Non-State Regulatory Regimes, Understanding Institutional Transformation, 2011, S. 80ff. (m.w.N.).

¹⁸ Vgl. Jessup, Transnational Law (Fn. 12), S. 1ff.; Teubner, Verfassungsfragmente, Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, 2012; Calliess, Law, Transnational, in: Juergensmeyer/Anheier/Faessel (Hrsg.), The Encyclopedia of Global Studies, 2012, S. 1035ff.

¹⁹ Im Latein bedeutet „trans“ „jenseits, quer durch“ und steht im Gegensatz zu „inter“, das „zwischen, unter“ bedeutet. Im herkömmlichen Verständnis des internationalen oder Völkerrechts werden mit dem Präfix „inter“ Beziehungen zwischen oder unter Staaten bezeichnet.

aus Vertretern von Staaten – wie die Zentralbankgouverneure im Basler Ausschuss für Bankenaufsicht²⁰ –, aus Experten – wie in der OECD – oder aus gemischten, hybriden Foren – wie die International Organization for Standardization²¹ – bestehen. Die so eingeleiteten Arbeiten und festgelegten Standards bilden alsdann die Grundlage für die Festlegung der Regulierung in den einzelnen Staaten. Dabei ist hervorzuheben, dass diese Standards oft nicht nur in den Mitgliedstaaten zu beachten sind, sondern weltweite Geltung beanspruchen. Insofern spielen diese transnationalen Netzwerke eine federführende Rolle, obwohl es sich hierbei in der Regel um informelle Gruppierungen ohne (völker-)rechtlichen Status handelt. Insgesamt kann somit festgehalten werden, dass die Transnationalisierung der Regulierung von wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Beziehungen überall erfolgen kann.

Im Gegensatz zu den Aufgaben, die dem Staat als Träger öffentlicher Gewalt über die Verfassung zugewiesen werden, geht es im transnationalen Recht grundsätzlich nicht um die Festlegung und Durchsetzung hoheitlich zugewiesener Aufgaben. Hierbei gibt es weder eine programmatische Vorgehensweise noch eine zentrale Steuerung. Vielmehr wird des Öfteren die Ansicht vertreten, dass eine Form von spontanem Recht entsteht, dessen Strukturen sich in autonomen Regulierungsregimes verdichten, die sektor- oder fachspezifisch sind. Sie bilden autokonstitutionelle Regimes.²²

Dementsprechend stellt sich auch hier die Frage nach dem Ansatz. Die transnationalen Entwicklungen sind nicht politisch motiviert, sondern beruhen auf funktionalen und sachlichen Beweggründen und Effizienzüberlegungen.²³ Der Ansatz ist wiederum pragmatisch und induktiv – wie im Falle des Staates. Allerdings bestehen grundsätzliche Unterschiede zum staatlichen öffentlichen Recht.

Entgegen dem staatlichen Handeln werden mit den im transnationalen Bereich ergriffenen Maßnahmen primär individuelle oder partikulare Interessen verfolgt, und zwar in Form von assoziativen Verknüpfungen. Damit zielen Akteure wie einzelne Unternehmen, Netzwerke oder epistemische Gemeinschaften darauf ab, ihre eigenen, meistens wirtschaftlichen Ziele zu realisieren. Sie handeln im eigenen Interesse und es wäre kaum vernünftig und glaubhaft, anzunehmen, sie handelten wie Staaten aus Gründen der Einsicht in gesamtgesellschaftlichen Herausforderungen oder gar aus ethischen Motiven. Ihre Vorgehensweise ist nicht multilateral wie bei Staaten, sondern vielmehr uni- oder bilateral. Externalitäten werden kaum in Betracht gezogen. Ein breiter Konsens ist nicht notwendig.

²⁰ BCBS, siehe <http://www.bis.org/bcbs/about.htm>.

²¹ ISO, siehe <http://www.iso.org/iso/home.html>.

²² Teubner, Verfassungsfragmente (Fn. 18), S. 120ff.; Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen (Fn. 2), S. 53 (m. w. N.).

²³ Teubner, Verfassungsfragmente (Fn. 18), S. 175ff.

Die so entstehenden Regulierungsregimes sind von der Orientierung am Staat losgelöst. Sie sind dadurch gekennzeichnet, dass sie aus Expertengemeinschaften oder epistemischen Gemeinschaften gebildet werden. Ihre Eigenständigkeit und Autonomie werden mit ihrem Fachwissen und der gezielten Verfolgung ihrer spezifischen Interessen begründet, die ihnen einen Vorsprung bieten. Als „first-mover“ können sie Macht und Einfluss ausüben, was in Bezug auf die Gestaltung der Regulierung entscheidend ist. Sie werden umso mehr dann dazu bewegt sein, eigenständige und selbstregulatorische Maßnahmen zu ergreifen, wenn der öffentliche und auch politische Druck ihre Eigenständigkeit und Autonomie einzuschränken droht.²⁴ In diesem Fall werden sie für die Verwirklichung ihrer eigenen Interessen kämpfen, um staatlichen Maßnahmen zu entgehen.

Die festgelegte Regulierung beruht grundsätzlich auf dem Voluntarismus der involvierten Akteure. Zwar hängt ihre tatsächliche Durchsetzung weitgehend von ihrem guten Willen ab. Im Gegensatz zum staatlichen Recht ist diese Regulierung unter formellen Aspekten nicht bindend und nicht durchsetzbar. Es besteht also keine Gehorsamspflicht, sondern *de facto* Compliance, und diese erfolgt weitgehend freiwillig.²⁵ Sanktionsmechanismen fehlen. Hingegen werden oft Streitschlichtungsmechanismen angewendet. Hierbei geht es um *ad-hoc*-Rollen und Aktivitäten, die von nicht-staatlichen Akteuren übernommen und über die nationalen Grenzen sowie über den staatlichen institutionellen Rahmen hinaus entwickelt oder ausgeübt werden.

III. Konvergenz und Divergenz

Es stellt sich nun die Frage, wie sich diese Regulierungsbereiche zueinander verhalten. Zu diesem Zweck wird das Schwergewicht auf zwei ausgewählte Aspekte gelegt, die als maßgebend erscheinen: die institutionellen Strukturen in Bezug auf die Konvergenz und die Struktur der Interessen in Bezug auf die Divergenz.

²⁴ Das dies nicht immer gelingt, zeigt das Beispiel der International Swap und Derivatives Association – eine private transnationale Organisation –, die die Verabschiedung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 vom 4. Juli 2012 über OTC-Derivate, zentrale Gegenparteien und Transaktionsregister (EMIR) trotz Bemühungen nicht verhindern konnte. Vgl. zu deren Positionen: <http://www2.isda.org/search/page/1> (zuletzt abgerufen am 05.06.2013).

²⁵ Ohne auf die Legitimations- und Anerkennungsproblematik dieser Regulierung einzugehen, wird festgehalten, dass sie in Praxis doch weitgehend eingehalten wird. Vgl. *Chayes/Chayes, The New Sovereignty, Compliance with International Regulatory Agreement*, 1995, S. 311 ff.

1. Konvergenz der institutionellen Strukturen

Dass die Transnationalisierung des Rechts weitgehend von der politischen Grundordnung eines Landes abhängig ist und aus den demokratischen Strukturen von Staaten heraus entsteht oder entstehen kann – im Gegensatz zu den totalitären Regimes – gilt, obschon das transnationale Recht im Gegensatz zum öffentlichen Recht ein apolitisches Recht ist. Insofern, als die institutionellen Strukturen betroffen sind, gibt es sehr wohl eine inhärente Konvergenz und gegenseitige Abhängigkeit zwischen diesen beiden Regulierungsgebieten. Ein Zusammenspiel zwischen der herrschenden staatspolitischen Ordnung und den transnationalen Entwicklungen ist unabdingbar. Diese Rechtsgebiete bedingen sich gegenseitig.

a) Öffentliches Recht

Zwar mag die demokratische Entscheidungs- und Handlungsrationalität nicht primär auf die Transnationalisierung des Rechts ausgerichtet sein, die sich hauptsächlich an der Effizienz orientiert. Mit Blick auf eine mögliche Konvergenz zwischen dem öffentlichen und dem transnationalen Recht unter institutionellen Aspekten ist aber eine differenzierte Sicht notwendig.

Im demokratischen Staat dient die Tragfähigkeit institutioneller Strukturen der Bewältigung der Staatsaufgaben. Im öffentlichen Recht stellt insbesondere das Staatsorganisationsrecht sicher, dass die Institutionen die dazu notwendigen und erforderlichen Handlungen der Staaten unterstützen können. Beim Entscheid über die Schaffung von staatlichen Institutionen, und damit zusammenhängend die Festlegung von Recht oder mit anderen Worten im Rahmen der Regulierungsdebatte, stehen folgende Handlungsalternativen zur Verfügung:

- Erstens kann die Regulierung das Produkt der Staatsaktivität sein,
- zweitens ist der Staat befugt, die Verankerung von Regulierung zu delegieren, und
- drittens kann sich die Regulierung aus dem Konzept der Subsidiarität ergeben.

Aus Sicht des Staates, um die Konvergenz zwischen den transnationalen Regulierungsformen und den staatlichen Regulierungsstrategien besser zu erfassen, ist die öffentliche Debatte entscheidend. Hierbei geht es um diejenigen Strategien und Instrumente, die im öffentlichen Bereich zum Schutz der öffentlichen Güter festgelegt und angewendet werden. Sie stellen einen komplexen Vorgang dar. Wirtschaftliche, rechtliche und öffentliche Interessen müssen berücksichtigt werden. Dabei gilt das öffentliche Recht als Instrument. Eine Abwägung

erfolgt aus den drei Perspektiven des öffentlichen Interesses, der öffentlichen Verwaltung und der neuen politischen Ökonomie (public choice).²⁶

Im Ergebnis kann dies dazu führen, dass sich Staaten entscheiden, nicht zu intervenieren. Die ISO ist ein Beispiel eines solchen bewussten Entscheids von Staaten.²⁷ Er erfolgte aufgrund des ausgeprägten Expertenwissens, das notwendig ist, um technische Standards festzulegen, und aus Gründen der Effizienz.

Insgesamt werden öffentliche Güter schon lange nicht mehr vom Staat alleine gehandhabt. Nicht-staatliche, transnationale Entwicklungen prägen auch den Umgang mit diesen staatlichen Gütern. Die im öffentlichen Recht festgelegte Vorgehensweise zwecks Gewährleistung dieser Güter zu Gunsten der Staatsbürger wird durchbrochen. Eine perspektivische Verschiebung der Rolle des Staates hin zur Zivilgesellschaft erfolgt. Auf der nationalen Ebene führt dies zu einer institutionellen Verlagerung – weg von staatlichen Institutionen und hin zu transnationalen Netzwerken.

Hierbei darf allerdings nicht übersehen werden, dass die Staaten ebenso Entwicklungen hin zu einer sachlicheren Vorgehensweise unter institutionellen Gesichtspunkten durchgemacht haben – auf der nationalen Ebene mittels Schaffung von Fachbehörden mit weitgehenden Kompetenzen und auf der internationalen Ebene mittels Gründung von spezialisierten, fachorientierten Organisationen.

Zudem haben die Staaten Erfahrung, mit unterschiedlichen Regimestrukturen umzugehen. Die ursprünglich von der Europäischen Union entwickelten Instrumente der Harmonisierung und gegenseitigen Anerkennung²⁸ sowie die Zertifizierung²⁹ zum Beispiel dienen dazu, dass unter diversen Staaten und Regulierungsregimes eine Koordination möglich wird und die gleichen Regulierungsstandards angewendet werden.

b) Transnationales Recht

Transnationales Recht entsteht da, wo das staatliche Recht und die staatlichen institutionellen Strukturen nicht greifen. Dies lässt sich auf verschiedene Gründe zurückführen. Grundsätzlich muss unterschieden werden zwischen transnationalen Entwicklungen, die dadurch entstehen, dass Staaten auf regulatorische Maßnahmen verzichten. In diesen Fällen erfolgt eine Fragmentierung des staatlichen Rechts und der staatlichen Ordnung. Diese kann auch aus einem institu-

²⁶ Senn, Non-State Regulatory Regimes (Fn. 17), S. 52–60 (m. w. N.).

²⁷ Bei der ISO handelt es sich um eine private transnationale Organisation, die insofern einen hybriden Charakter aufweist, als sie aus staatlichen und nicht-staatlichen Experten besteht.

²⁸ Borchardt, Die rechtlichen Grundlagen der Europäischen Union, 5. Aufl. 2012, S. 353 ff.

²⁹ Ein in der Nahrungsmittelindustrie oft angewendetes Instrument – wie zum Beispiel ISO 22000 Food Safety Management.

tionellen Vakuum hervorgehen. Dabei erfolgt die Bildung von Regulierung hierarchisch oder vertikal, von der staatlichen zur transnationalen Regulierung.

Auf der anderen Seite kann es sich eben um sogenannte spontane Entwicklungen handeln, die unabhängig oder losgelöst vom Staat vorstattengehen. In diesen Fällen ist vielmehr von einer Dispersion der Rechtsordnungen auszugehen.³⁰ Die Bildung von Regulierung erfolgt hier insofern horizontal, als Private unter sich Recht aus sachlichen Motiven setzen. Dies ist unter Umständen darauf zurückzuführen, dass eine Angelegenheit oder ein Problem aus staatspolitischer Sicht noch nicht aktuell ist, so dass die öffentliche Debatte darüber noch kaum stattgefunden hat und keine (subsidiäre) staatliche Intervention erfordert. Unter diesem Gesichtspunkt erfolgt die Transnationalisierung des Rechts zwar spontan, sie ist gleichzeitig aber auch systembedingt. Die Autonomie als Bedingung für die Herausbildung dieser Regimes wird eben durch die demokratischen Verfassungsordnungen und die herrschenden institutionellen Strukturen geschützt.

Ein weiterer Aspekt der unter der Konvergenz in Bezug auf die institutionellen Strukturen subsumiert werden kann, liegt im generell angenommenen Unterschied in Bezug auf die Territorialität. Während das öffentliche Recht innerhalb der staatlichen, territorialen Grenzen gilt, wird das transnationale Recht dem Phänomen der Globalisierung zugeordnet. Es soll überall gelten, ohne Grenzen zu kennen. Diesbezüglich ist es jedoch wichtig, festzuhalten, dass es zwar auf den ersten Blick eine Divergenz zwischen diesen Regulierungsgebieten gibt, dass diese Divergenz aber keineswegs fundamental ist. Es kann vielmehr argumentiert werden, dass es hier doch eine Konvergenz der institutionellen Strukturen gibt.

Weshalb? Zwar bezeichnet das Transnationale, dass es eben die staatlichen Grenzen sprengt oder zu sprengen vermag. Allerdings darf nicht übersehen werden, dass es in der Realität doch regelmäßig in engen Grenzen operiert. Dabei empfiehlt es sich, eine Beurteilung im Einzelfall vorzunehmen. Zu denken ist an die Nord-Süd-Beziehungen oder an die Beziehungen innerhalb von Sektoren. Als Beispiel sei die Pharmaindustrie genannt, die trotz Harmonisierungsbestrebungen, wie im Rahmen der ICH, weitgehend von einigen mächtigen Unternehmen und von partikularen Länderinteressen dominiert ist und bleibt, die in der Lage sind, ihre spezifischen wirtschaftlichen Interessen durchzusetzen.³¹

Mit anderen Worten kann das Transnationale de facto sehr wohl territorial oder regional ausgeprägt sein, obschon es keine Grenzen im formellen Sinne gibt. Daher drängt sich im Zusammenhang mit dem Phänomen der Transnatio-

³⁰ Senn, *Non-State Regulatory Regimes* (Fn. 17), S. 182–186.

³¹ International Conference on Harmonisation of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use, siehe <http://www.ich.org/>.

nalisierung eine differenzierte Sicht des Konzepts der Territorialität in Bezug auf die sich ergebende Faktizität auf.³² Nicht zuletzt auch deshalb, weil die transnationalen Erscheinungen spezifisch thematisch oder nach Sektor ausgerichtet sind, können sie territorial eingeschränkt sein, womit sich wiederum eine Konvergenz der institutionellen Strukturen ergibt.

2. Divergenz der Interessen

Prima facie erscheint der Widerspruch oder eben die Divergenz zwischen dem öffentlichen und dem transnationalen Recht in Bezug auf die Struktur und die Vertretung der Interessen besonders ausgeprägt. Die Divergenz ergibt sich gerade aus der Abgrenzung dieser Rechtsgebiete. Ihre Grundordnungen sind per se gegensätzlich, woraus eine inhärente Dichotomie resultiert. Das politisch geprägte öffentliche Recht, das die Interessen der Gesamtheit der Staatsbürger, die im Staatsterritorium in einem Subordinationsverhältnis zum Recht leben, vertritt, steht dem transnationalen Recht gegenüber, das sachlich, funktional orientiert, apolitisch, weder national noch international ist und für partikulare Interessen steht, die nicht an formelle und hierarchische Schranken gebunden sind. Doch was charakterisiert diese Divergenz?

a) Öffentliches Recht

Die konventionelle Sicht, nach der die öffentlich-rechtliche Regulierung ein staatliches Instrument darstellt, beruht auf der Annahme, dass der Staat für die Gewährleistung der öffentlichen Güter verantwortlich ist. Als Vertreter der kollektiven Interessen wird vom Staat erwartet, dass er steuernd und korrigierend zu Gunsten der Gesamtheit der Bürger eingreift. Dass seine Handlungen dabei mit den gegensätzlichen Interessen des transnationalen Rechts in Konflikt stehen können, kann mit zwei Beispielen illustriert werden, die für die öffentliche Hand typisch sind, und gleichzeitig durch die Transnationalisierung des Rechts geprägt sind:

- Erstens die Umwelt: In diesem Bereich soll der Staat Maßnahmen zum Schutz der natürlichen Lebensgrundlagen, Menschen und Tiere ergreifen. Dabei kann es zu Interessenkonflikten mit der chemischen Industrie oder auch mit der Bauindustrie³³ kommen – also mit Industriezweigen, die transnational aktiv und gut organisiert sind.

³² Es könnte auch als eine Form von sektoraler Souveränität verstanden werden. Vgl. neustens zum Konzept der Souveränität: *Kalmo/Skinner* (Hrsg.), *Sovereignty in fragments: the past, present and future of a contested concept*, 2010.

³³ *Fischer-Lescano/Teubner*, *Regime-Kollisionen* (Fn. 2), S. 101 ff.

- Zweitens die Sicherheit: Der Staat ist für die Sicherheit und die Führung des Militärs zuständig. Doch wie verhält es sich mit den privaten Sicherheitsfirmen, die transnational operieren und unter Umständen gerade eine Gefahr für die Staatssicherheit darstellen können?³⁴

Unter verfahrensmäßigen Aspekten kommt diese Divergenz der Interessen im Zusammenhang mit dem Vorgehen der Staaten zur Rechtssetzung und Durchsetzung im Vergleich zum Vorgehen bei den transnationalen Entwicklungen zum Ausdruck. Folgende drei Schritte charakterisieren das Vorgehen des Staates bei der Verwirklichung seiner Interessen:

- Erstens, die Formulierung einer Strategie und von Zielen: Dabei kann festgehalten werden, dass die Staaten Erfahrung mit der Formulierung von Strategien und Programmen haben, die die verschiedenen Interessen berücksichtigen. Zu denken ist zum Beispiel an die in einigen Staaten festgelegte Strategie zum Ausstieg aus der Atomenergie.
- Zweitens die Definition von regulatorischen Maßnahmen oder deren Verankerung: Diesbezüglich dürfte es genügen, die langwierigen Auseinandersetzungen bis zum Erreichen eines politischen Konsenses in Bezug auf materielle Aspekte der Regulierung bei brisanten Themen wie eben dem Ausstieg aus der Atomenergie zu erwähnen.
- Drittens die Durchsetzung der Maßnahmen oder das Enforcement: Dabei können die Staaten aufgrund ihrer Legitimität effektiv handeln und sie verfügen über die notwendigen Mittel, um auf der nationalen Ebene die tatsächliche Durchsetzung der Regulierung sicherzustellen. Allerdings darf nicht verschwiegen werden, dass es hierbei auch Schwierigkeiten geben kann.

In Bezug auf welche Interessen der Staat aktiv wird und welche Grenzen er sich dabei selbst setzt, hängt weitgehend von den gesellschaftlichen Entwicklungen und der Herausbildung kollektiver Interessen ab. Der Staat verfügt allerdings aufgrund seines Machtanspruchs und seiner Legitimität über die Möglichkeit, normativ einzuschreiten.

b) Transnationales Recht

Betrachtet man demgegenüber die transnationalen Entwicklungen, so sind diese dadurch gekennzeichnet, dass es hier, wie bereits erwähnt, um die Verwirklichung von Partikularinteressen geht, insbesondere um die Realisierung von wirtschaftlichen Interessen. Dabei herrscht die ökonomische Logik des Wettbewerbs. Die Festlegung von Standards und Regeln auf der transnationalen

³⁴ Messner/Gracielli, State of the Peace and Stability Operations Industry, 2007, Peace Operations Institute.

Ebene ist vor allem transaktionsorientiert und dient dazu, wirtschaftliche Vorteile zu erzielen.

Ob die transnationale Regulierung auch öffentliche Interessen vertritt, kann verneint werden, sofern als es um genuines transnationales Recht geht.³⁵ Dabei empfiehlt es sich allerdings, unter den verschiedenen transnationalen Regulierungsregimes zu differenzieren. Der Grad der konstitutionellen Verfestigung der Regimes und ihr Einfluss, insbesondere auch ihre Wahrnehmung durch die Öffentlichkeit, spielen eine wesentliche Rolle. Obwohl die transnational entstehenden Regulierungen nicht darauf hinzielen, öffentliche Interessen zu vertreten, werden sie doch gerade durch die Herauskristallisierung dieser Regulierungen selbst durch die öffentliche Sphäre wahrgenommen. Dabei geht es um die durch diese Regimes verursachten Externalitäten. Als Regulierungsregimes werden sie sich umso mehr veranlasst sehen, öffentliche Interessen zu berücksichtigen, je stärker der Druck und die Erwartungen der Öffentlichkeit sein werden³⁶ sowie um die potentielle Einführung staatlicher Regulierung zu verhindern. Im Ergebnis geht es für sie um die Steuerung gegensätzlicher Interessen. Handelt es sich aber um hybride Netzwerke oder Regulierungsregimes, darf angenommen werden, dass diese öffentlichen Interessen eher von vornherein berücksichtigen werden.

In Bezug auf das Verfahren wird regelmäßig vom staatlichen Vorgehen ausgegangen und versucht, die Herausbildung transnationaler Regulierungen basierend auf dieses Vorgehen zu erklären. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass zur Bildung und Festlegung von transnationaler Regulierung nebst der Möglichkeit, überhaupt Macht auszuüben, auch institutionelle und regulatorische Fähigkeiten erst entwickelt werden müssen.³⁷ Im Gegensatz dazu verfügen die Staaten bereits seit Langem über diese Fähigkeiten und sie sind durch ihre Verfassungen legitimiert.

Auch lässt sich beim Verfahren zur Festlegung von transnationalen Regulierungen keine strukturierte Vorgehensweise ausmachen, die mit derjenigen des Staates vergleichbar wäre. Es handelt sich um spontane, ad-hoc-Handlungen von epistemischen Gemeinschaften oder Netzwerken. Transnationales Recht entsteht vielmehr in der Form eines schleichenden und inkrementellen Prozesses. Die Divergenz der Interessen spiegelt sich auch in den Eigenschaften der Regulierung wider. Während das öffentliche Recht zumeist zwingender Natur ist, beruht das transnationale Recht weitgehend auf dem Voluntarismus der be-

³⁵ Anderer Ansicht: *Renner*, Zwingendes transnationales Recht, Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates, 2011.

³⁶ *Ladeur*, Globalization and Public Governance – A Contradiction?, in: *Ladeur* (Hrsg.), *Public Governance in the Age of Globalization*, 2004, S. 17 ff.; *Freeman*, Extending Public Law Norms Through Privatization, 116 *Harvard Law Review* (2003), S. 1285 ff.

³⁷ *Nussbaum*, Creating Capabilities, The Human Development Approach, 2011.

teiligten Akteure.³⁸ Ob der öffentliche Druck zu einer Berücksichtigung weiterer Interessen führt, hängt vom jeweiligen transnationalen Regulierungsregime ab.

IV. Ausblick

Die Transnationalisierung des Rechts bildet eine noch junge Erscheinung. Sie ist zwar ein durchdringendes Konzept und als solches sozusagen omnipräsent. Bislang ist hinsichtlich der Grundsätze und der Entwicklung dieses Rechtsgebiets noch kein stabiles Fundament vorhanden. Im Gegensatz zum öffentlichen Recht fehlt es an festen Strukturen, nach denen bei der Entwicklung dieses Rechtsgebiets vorgegangen werden könnte.

Insofern als die Modelle des öffentlichen und des transnationalen Rechts als konstituierende Elemente eines Systems betrachtet werden, soll es jedoch möglich sein, eine systembedingte Modellierung zu erreichen. Dabei bietet die Auseinandersetzung mit den Aspekten der Konvergenz und Divergenz gültige Ansatzpunkte, um sich den Konturen und Verbindungen zwischen diesen Rechtsgebieten anzunähern.

³⁸ Vgl. aber *Renner*, Zwingendes transnationales Recht (Fn. 35), S. 91 ff., zur Spruchpraxis von Schiedsinstitutionen.