ECONSTOR
Make Your Publications Visible.

A Service of
ZBW
Leibniz-Informationszentrum Wirtschaft
Leibniz Information Centre for Economics

Joerges, Christian

Working Paper

Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte

TranState Working Papers, No. 146

Provided in Cooperation with:
University of Bremen, Collaborative Research Center 597: Transformations of the State

Suggested Citation: Joerges, Christian (2011) : Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte, TranState Working Papers, No. 146, Universität Bremen, Collaborative Research Center 597 - Transformations of the State, Bremen

This Version is available at:
https://hdl.handle.net/10419/45021

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.

WWW.ECONSTOR.EU

Mitglied der Leibniz-Gemeinschaft

Transformations of the State

CRC 597

TranState Working Papers

Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte

Christian Joerges

No. 146

Universität Bremen • University of Bremen
Jacobs Universität Bremen • Jacobs University Bremen
Universität Oldenburg • University of Oldenburg

Staatlichkeit im Wandel • Transformations of the State
Sonderforschungsbereich 597 • Collaborative Research Center 597

Christian Joerges

Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte

TranState Working Papers

No. 146

Sfb597 „Staatlichkeit im Wandel“ – „Transformations of the State“
Bremen, 2011
[ISSN 1861-1176]

Christian Joerges
Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte
(TranState Working Papers, 146)
Bremen: Sfb 597 „Staatlichkeit im Wandel“, 2011
ISSN 1861-1176

Universität Bremen
Sonderforschungsbereich 597 / Collaborative Research Center 597
Staatlichkeit im Wandel / Transformations of the State
Postfach 33 04 40
D - 28334 Bremen
Tel.:+ 49 421 218-8720
Fax:+ 49 421 218-8721
Homepage: http://www.staatlichkeit.uni-bremen.de

Diese Arbeit ist im Sonderforschungsbereich 597 „Staatlichkeit im Wandel“, Bremen, entstanden und wurde auf dessen Veranlassung unter Verwendung der ihm von der Deutschen Forschungsgemeinschaft zur Verfügung gestellten Mittel veröffentlicht.

Deutsche Forschungsgemeinschaft
DFG

Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte

ZUSAMMENFASSUNG

„Konstitutionalisierung” ist zum Schlüsselbegriff der Debatten um die Legitimität des Regierens in der Europäischen Union und im internationalen System geworden. Dieser Essay plädiert für eine Rückbesinnung auf eine in diesen Diskussionen weithin vernachlässigte Disziplin. Es geht ihm dabei aber keineswegs um dominierende Konzeptionen des kontinentaleuropäischen Internationalen Privatrechts oder des anglo-amerikanischen Kollisionsrechts. Das Kollisionsrecht neuen Typs, für das er eintritt, befasst sich nämlich nicht mit der Entscheidung zwischen den verschiedenen Rechtsordnungen, zu denen eine Fallkonstellation Verbindungen aufweist. Es geht in diesem neuen „Kollisionenrecht“ vielmehr um den Umgang mit externen Effekten, den binnenstaatlich legitimierten Gesetzen und Entscheidungen in anderen Rechtssystemen, deren betroffene Bürger sich nicht, wie es insbesondere in deliberativen Demokratietheorien gefordert wird, als deren Autoren verstehen können. Es ist der Beruf des Europarechts, das hierfür eine Vielfalt von Möglichkeiten bietet, diese Demokratiedefizite der Mitgliedstaaten der EU zu kompensieren und auf dieses Potential dessen konstitutionelle Dignität (seine supranationalen Geltungsansprüche) zu gründen. Ein solches Kollisionsrechts neuen Typs lässt sich, wenngleich mit weniger weitreichenden Ansprüchen auch für das internationale System entwickeln. Diese Perspektiven werden an Beispielen aus dem WTO-Recht entwickelt.

Der kollisionsrechtliche Ansatz wird in drei Dimensionen weiter ausdifferenziert. Mit dieser Binnendifferenzierung reagiert der Ansatz auf Transformationen des Rechts, die sich auf allen Ebenen des Regierens vollzogen haben, zunächst in der Entfaltung regulativer Politiken, sodann in der Wende zum Regieren. In seiner “zweiten Dimension” geht es dem kollisionsrechtlichen Ansatz um eine Konstitutionalisierung transnationaler Kooperationsformen, in denen administrative Akteure dominieren, in seiner “dritten Dimension“ um die Anerkennung bzw. Supervision von kooperativen Arrangements nicht-gouvernementaler Akteure und deren para-legaler Regime.

INHALT

I. PERSPEKTIVEN UND ARGUMENTATIONSGANG 1

II. KOLLISIONSRECHTLICHES VORVERSTÄNDNIS: TERMINOLOGISCHE ERLÄUTERUNGEN UND SACHLICHE ABGRENZUNGEN 3

II.1 „Klassisches“ IPR, internationales öffentliches Recht und der „methodologische Nationalismus“ der Tradition 4

II.2 „Politisches“ Privatrecht, transnationale regulative Politik und die amerikanische Conflict-of-laws Revolution der 60er Jahre 6

III. DIE „GEOLOGIE“ DES RECHTS DEMOKRATISCHER VERFASSUNGSSTAATEN UND IHRE KOLLISIONSRECHTLICHEN IMPLIKATIONEN 9

III.1 „Post-interventionistisches“ Recht 10

III.2 Innerstaatliches Kollisionsrecht 13

IV. KOLLISIONSRECHT ALS VERFASSUNGSRECHTLICHE FORM DER EUROPÄISCHEN UNION 15

IV.1 Wider die Rede vom europäischen Demokratie-Defizit 16

IV.2 Die Mehrebenen-Analytik und ihre rechtswissenschaftliche Relevanz 18

IV.3 Das dreidimensionale Kollisionsrecht der Union 19

IV.3.1 Rekonzeptualisierung des Primärrechts: Die erste Dimension einer kollisionsrechtlichen Verfassung der Europäischen Union 20

IV.3.2 Die Verfassung Konstitutionalisierung der „politischen Verwaltung“: Das Kollisionsrecht der zweiten Dimension 23

IV.3.3 Para-legale Formen Europäischen Regierens: Das Kollisionsrecht der dritten Dimension 27

V. DIE KOLLISIONSRECHTLICHE VERFASSUNG TRANSNATIONALER MÄRKTE 31

V.1 WTO-Recht als Kollisionsrecht: zwei Exempel 32

V.1.1 Der Hormonstreit 33

V.1.2 Die GMO-Kontroverse 35

V.1.3 Der kollisionsrechtliche Umgang mit der Legitimität transnationalen Entscheidens 39

V.2 Ein transnationales Kollisionsrecht der zweiten Dimension und sein Verhältnis zum Projekt eines „Global Administrative Law“ 41

V.3 „Faktizität ohne Geltung?“ Zur Konstitutionalisierung para-legaler Regime 42

VI. EPILOG: EINE WIRTSCHAFTSOZIOLOGISCHE GRUNDLEGUNG IN DER NACHFOLGE KARL POLANYIS 44

LITERATUR 47

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG 60

Perspektiven einer kollisionsrechtlichen Verfassung transnationaler Märkte

I. PERSPEKTIVEN UND ARGUMENTATIONSGANG

Die Verfassungsproblematik sei die Schicksalsfrage des Völkerrechts, erklären führende Vertreter dieser Disziplin. Im Europarecht wird sie, auch nachdem der Vertrag von Lissabon die Verfassungssemantik ausgeblendet hat, nicht weniger intensiv erörtert (repräsentativ v. Bogdandy/Bast 2009; Franzius 2010). In den sozialwissenschaftlichen Nachbardisziplinen der Europaforschung wächst die Aufmerksamkeit für die Legitimitätsproblematik und deren institutionellen Dimensionen.[1] Diese Diskussionen sind nicht mehr so einzugrenzen, wie das im nationalstaatlichen Verfassungsrecht lange möglich schien. „Konstitutionalisierung“ ist zu einem Topos geworden, der in alle Bereichen des Rechts und auf allen Ebenen des Regierens anzutreffen ist, insbesondere auch im WTO-Recht – in dem seine Verwendung allerdings hochkontrovers geblieben ist.[2]

Es kann hier nicht darum gehen, diese Diskussionen systematisch aufzuarbeiten. Der Beitrag wird sich auf die Entfaltung von Perspektiven konzentrieren, die den Spezifika seiner Untersuchungsbereiche insofern Rechnung tragen, als sie die Konstitutionalisierungsproblematik an die Wirtschaft, den internationalen Handel und die Formen der regulativen Politik herantragen. Es geht aber um mehr als nur idiosynkratische Vorstellungen, die allenfalls für einen speziellen Gegenstandsbereich Geltung beanspruchen würden, sondern um Thesen, die eine weiter reichende Bedeutung beanspruchen. Um drei dieser Ansprüche vorab zu benennen: Unser kollisionsrechtlicher Ansatz ist zunächst als Programmatik für eine demokratiekonforme „Verrechtlichung ohne Verstaatlichung“ (Rödl 2011) gemeint, die nicht auf die Einrichtung einer Weltrepublik und ebenso wenig auf eine Staatswerdung Europas abzielt. Er soll sodann Transformationen des Rechts Rechnung tragen, die auch im Nationalstaat zu beobachten sind, nämlich der Einstellung des Rechts auf regulative Politik und auf neuartige Formen des Regierens. Der kollisionsrechtliche Ansatz möchte, last but not least, eine „gesellschaftsadäquate“ Begrifflichkeit (im Sinne von Luhmann 1993: 277 ff.) entfalten, das der Heterogenität sozio-ökonomischer Bedingungen im internationalen System, aber auch innerhalb Europas Rechnung trägt.

---

[1] Zur Theorie der internationalen Beziehungen aus der neueren deutschen Diskussion Herborth/Niesen (2007), Kreide/Niederberger (2008), Deitelhoff/Steffek (2009), Zürn (2000).

[2] Vgl. einerseits besonders nachdrücklich Petersmann (2006) und dazu Nanz (2006) Herwig/Hüller (2008). Grundsätzliche Einwände gegen Petersmann bei Howse/Nicolaïdis (2001: 227 ff.), Dunoff (2009); nuanciert Cass (2005: 209 ff.).

Die Erläuterung und Begründung dieser drei Thesen soll in sechs Schritten geschehen. Beim ersten geht es vor allem um eine Erläuterung der hier verwandten Begrifflichkeit. Der kollisionsrechtliche Ansatz knüpft ausdrücklich an Traditionen des Internationalen Privatrechts (IPR) und seiner Nachbar- oder Unterdisziplinen an, will aber ebenso entschieden deren nationalstaatliche Traditionsbestände (ihren „methodologischen Nationalismus“) ablösen und in einem wirklich supranationalen, universalistisch imprägnierten Kollisionsrecht neuer Art aufheben (dazu I). Der zweite Abschnitt wird zunächst alle post-, trans- und supranationalen Dimensionen und Konnotationen der kollisionsrechtlichen Semantik ausblenden, um aufzuzeigen, inwiefern die Forderung nach einem neuartigen Kollisionsrecht in allgemeinen sachlichen und methodischen Entwicklungen des Rechts konstitutioneller Demokratien, begründet ist. Die regulative Politik und der „turn to governance“ sind symptomatische Erscheinungsformen der „Transformationen des Staates“. Sie sind rechtswissenschaftlich von grundsätzlicher Bedeutung. Sie haben nämlich neue Koordinationsbedürfnisse und -praktiken begründet, die wir als „innerstaatliches Kollisionsrecht“ qualifizieren; sie haben aber auch zu methodischen Neuorientierungen geführt, wie sie insbesondere in den Theorien des „prozeduralisierten“ und des „reflexiven Rechts“ artikuliert wurde (dazu III). Die Aufgaben der regulativen Politik und der neuen Formen des Regierens lassen sich im Zeichen der Europäisierung und Globalisierung des Wirtschaftens nicht mehr in den territorialen Grenzen der Nationalstaaten und durch nationalstaatliche Politiken bewältigen. Sie können aber auch nicht bis zur Etablierung neuer transnationaler Autoritäten vertagt werden. Für die absehbare Zukunft kommt es deshalb auf die Institutionalisierung eines Kollisionsrechts an, das dem Formwandel des nationalstaatlichen Rechts Rechnung trägt. Erforderlich sind auch auf transnationaler Ebene differenzierende Programmatiken, eine Ergänzung des Kollisionsrechts neuen Typs zum einen durch ein Kollisionsrecht für regulative Politiken („zweite Dimension des Kollisionsrechts“), zum anderen durch ein Kollisionsrecht, das sich mit transnationalen Formen des „neuen Regierens“ befasst („Kollisionsrecht der dritten Dimension“). Freilich unterscheiden sich Entwicklungsmöglichkeiten beider Formen innerhalb der EU und auf internationaler Ebene signifikant. Sie werden deshalb in eigenständigen Abschnitten diskutiert (IV und V). In allen drei Dimensionen können wir mit unseren Perspektiven an Entwicklungen im nationalstaatlichen, europäischen und internationalen Wirtschaftsrecht anknüpfen. Diese These trifft sich mit Einsichten der Wirtschaftsoziologie in die „soziale Einbettung“ ökonomischen Handelns, wie sie insbesondere in der Nachfolgestudie Karl Polanyis (1978) zur Entstehung und Transformation des Industriekapitalismus diskutiert werden, sie werden in abschließenden Bemerkungen perspektivisch aufgegriffen. Allerdings sind weder die Rechtsentwicklungen, an die wir anknüpfen wollen, uniform und unbestritten, noch sind die Aussagen der Wirtschaftsoziologie zur sozialen Einbettung von

Märkten Prognosen oder Rezepturen zu entnehmen. Auch deshalb muss die kollisionsrechtliche Verfassung der Europäisierung und Globalisierung von Märkten normative Maßstäbe selbst entwickeln – wobei die kollisionsrechtliche Perspektive darauf insistiert, dass dies demokratiekonform zu geschehen habe.

II. KOLLISIONSRECHTLICHES VORVERSTÄNDNIS: TERMINOLOGISCHE ERLÄUTERUNGEN UND SACHLICHE ABGRENZUNGEN

Der Terminus Kollisionsrecht ist bewusst gewählt – aber diese Wahl ist in mehrfacher Hinsicht erläuterungsbedürftig. Positiv motiviert haben diese Wahl vor allem drei Gründe: Attraktiv ist dieser Terminus zunächst einfach wegen der kategorialen Differenz von Kollisionsnormen und Sachnormen: Das Kollisionsrecht rechnet mit der Koexistenz verschiedener Rechte und sucht deren Zusammenspiel nach zu ordnen, ohne dabei Partei für die eine oder andere Sachnorm zu ergreifen. Es sucht nach Verträglichkeitsregeln mit einem eigenen transnationalen Gerechtigkeitsgehalt. Attraktiv ist der Begriff aber auch, weil er davon die Erfahrung bewahrt, dass rechtliche Differenzen konfliktträchtig sind, weil sich in ihnen unvereinbare Wertungen, verschiedenartige gesetzgeberische Zielsetzungen niederschlagen können und sich regelmäßig gouvernementale wie nicht-gouvernementale Akteure identifizieren lassen, die von kollisionsrechtlichen Entscheidungen profitieren oder benachteiligt werden. Zu diesen beiden Gesichtspunkten, deren Relevanz für die EU und in allen internationalen Wirtschaftsbeziehungen offenkundig erscheint, kommt ein dritter, die postnationale Konstellation im allgemeinen, die Lage der EU im besonderen betreffender Aspekt: In der sozialwissenschaftlichen Europaforschung und in den Internationalen Beziehungen wird sehr genau registriert, was Juristen an der geradezu explosionsartigen Vermehrung ihres Stoffes ablesen können: Europäisierung und Globalisierung haben eine neue „Normenflut“ provoziert, die in den Schatten stellt, was dieser Begriff in den 80er Jahren perhorreszierend bezeichnen sollte (vgl. Teubner 1985). Der sich offenkundig steigernde Regelungsbedarf induziert nun aber nicht etwa gleichförmige Entwicklungen und eine Überwindung von Gegensätzen. Innerhalb der EU ist seit der Osterweiterung deutlich geworden, was Beobachter von Globalisierungsprozessen keineswegs überrascht: Die rechtliche Beförderung der Integration geht einher mit einer Persistenz, ja sogar Vertiefung sozio-ökonomischer Differenzen. Die internationalrechtlichen Disziplinen müssen sich ebenso wie das Europarecht auf komplexere Regelungsaufgaben einstellen, sowie gleichzeitig den Umgang mit Verschiedenheiten und den aus ihnen resultierenden Interessengegensätzen beachten. Beide Bestandteile unseres Leitbegriffs stehen in einer neuen symbiotisch-spannungsreichen Beziehung: Die Verrechtlichung verdichtet sich ebenso wie das Konfliktpotential von Europäisierungs- und Globalisierungsprozessen. Eben diese Konstellation soll der Terminus Kollisionsrecht bezeichnen, ohne dabei zu

insinuieren, dass es diesem Recht gelingen werde, die postnationale Konstellation praktisch tragfähig und normativ überzeugend zu verfassen.

Wenn der Sprachgebrauch dennoch irritieren muss, so liegt dies vor allem an den Konnotationen, die sich mit seiner disziplinären Heimat im IPR und dessen Neben- und Nachbargebieten verbinden – und von denen unsere Konzeptualisierung des Europa- und des WTO-Rechts sich in mehrfacher Hinsicht geradezu radikal absetzt. Diese Absatzbewegung lässt sich am Beispiel der deutschen Tradition besonders klar veranschaulichen, wenngleich sie das kontinentale IPR insgesamt und auch das angelsächsische Kollisionsrecht angeht.

II.1 „Klassisches“ IPR, internationales öffentliches Recht und der „methodologische Nationalismus“ der Tradition

Was für ein Recht, so lautet die Schlüsselfrage des IPR, darf über zwei an sich legitime, aber divergierende Rechtsordnungen richten, deren Anwendung in Betracht kommt, wenn und weil ein Sachverhalt relevante Berührungspunkte mit ihnen aufweist? Diese Frage hat das moderne IPR mit dem Verweis auf eine „räumliche“, von spezifisch internationalprivatrechtlichen Interessen bestimmte Gerechtigkeit beantwortet, aus der sich allgemeine Verweisungs-(Kollisionsnormen) herleiten lassen. Die „Moderne“ setzt man dabei mit dem Erscheinungsdatum des VIII. Bandes von Savignys „System des heutigen römischen Rechts“ im Jahre 1849 an. Seither hat das IPR sich natürlich erheblich fortentwickelt; aber die vorherrschende Ansicht, vor allem in Deutschland, fühlt sich dem Savignyschen Vermächtnis verpflichtet (markant Kegel/Schurig 2000: 131 ff.). Demzufolge bestimmt das IPR über das anzuwendende Recht in Fällen mit ausländischen Bezugspunkten grundsätzlich ohne sich um den Inhalt der in Frage kommenden Normen und deren materielle Gerechtigkeit zu kümmern. Es verfolgt stattdessen eine spezifische „IPR-Gerechtigkeit“, die sich kategorial von der nationalstaatlich bestimmten Gerechtigkeit unterscheidet: Es will nicht darüber richten, welches Recht das bessere oder gerechtere ist, sondern wie Justitia mit verbundenen Augen, gleichsam „blind“ (Jessurun d’Oliveira 1976) darüber befinden, welches Rechtssystem zur Anwendung kommt. Es sei eben diese Indifferenz gegenüber dem Inhalt, die es nationalen Gerichten ermöglicht, ausländisches Recht zu akzeptieren und anzuwenden, und es sei dieser inhaltlichen Indifferenz des IPR zu verdanken, dass seine Regeln zur Rechtswahl von allen Rechtsordnungen akzeptiert werden können und so, ohne dass ein weltweit einheitliches Sachrecht entwickelt werden müsste, internationale Sachverhalte weltweit gleich entschieden werden können: Dieser gleichsam kosmopolitische „Entscheidungseinklang“, nicht etwa eine auf richtiges Sachrecht zielende Rechtsvereinheitlichung ist sein Leitmotiv: Das IPR Savignyianische Provenienz ist mithin nationalstaatliches Recht, aber in seinen Zielsetzungen allseitig-universal ausgerichtet.

Diese Orientierung, mit der dieses IPR sich in der Tat den Titel einer kopernikanischen Wende in die Moderne verdient hat, war freilich partial und einseitig. Sie beruhte, wie Klaus Vogel (2001) eindringlich gezeigt hat, auf einem Verständnis des Privatrechts als dem Garanten privater Beziehungen in einer definitionsgemäß unpolitischen (bürgerlichen) Gesellschaft (siehe auch Joerges 1979: 8 ff.). Insofern berührte eine Anwendung ausländischen *Privat*rechts die Souveränität des Forumsstaates nicht. Deshalb war aber auch der kosmopolitische Eindruck des IPR trügerisch. „Streng positives“ Recht, dies haben die Savignys Erben zugestanden, insbesondere auch alle „Eingriffsnormen“, mit denen der Staat die Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft zu gestalten versucht, seien aus einem anderen Holz geschnitzt als das Privatrecht. Sie realisierten „außerrechtliche“ Werte (Israël 2004)[3] und gehören grundsätzlich nicht in die Welt des IPR. So heißt es bis heute: „Jeder Staat ist ein Zusammenschluss der *Leute* (Bürger) in seinem *Lande*... Jeder Staat fördert das eigene Staatswohl im eigenen Lande: er ist *frei* (Herr im eigenen Haus), nimmt keine Befehle von außen an, duldet keinen Richter über sich” (Kegel/Schurig 2000: 1094[4]).

Dies klingt rigide, ist es auch – aber dafür gibt es Gründe: Im öffentlichen Recht, in allem regulative Zielsetzungen verfolgendem Wirtschaftsrecht ist eine transnationale Gerechtigkeit, wie sie das IPR im Auge hat, nicht vorstellbar, weil der dieses Recht setzende und seine Durchsetzung gewährleistende Souverän diesem Recht gegenüber nicht indifferent sein und es „blind“ zur Disposition stellen kann. Für den demokratischen Verfassungsstaat, dessen Bürger sich in letzter Instanz als Autoren des Rechts sollen begreifen können, gilt dies weiter. Nimmt man dieses Zusammenspiel in den Blick, so wird deutlich, wie die internationalrechtlichen Teildisziplinen sich ergänzen und welcher Konzeption des internationalen Systems sie verpflichtet sind: Autonomie genießen die Bürger in ihren Privatrechtsbeziehungen; als „citoyens“ aber bleiben sie Staatsangehörige und -unterworfene. Vervollständigt wird dieses Bild durch ein Völkerrecht, dessen Subjekte und Herren grundsätzlich die Staaten selbst sind. Dies alles ist „methodologischer Nationalismus”, wie ihn Michael Zürn (2001) definiert hat, vom Reinsten und Feinsten: Die „Verrechtlichung“ des internationalen Systems baut auf Kategorien und Formen des nationalstaatlichen Rechts und verweigert sich genuin transnationalen Geltungsansprüchen (Vogel 1965; Tietje 2001).

---

[3] Die Schwäche, die Israël hier sieht, gilt anderen weiterhin eher als Chance der Begründbarkeit transnationaler Geltungsansprüche; vgl. Michaels (2007: 129-130).

[4] Hervorhebungen im Original.

II.2 „Politisches“ Privatrecht, transnationale regulative Politik und die amerikanische Conflict-of-laws Revolution der 60er Jahre

Der methodologische Nationalismus der Tradition kann der postnationalen Konstellation nicht gerecht werden. Das Europarecht enthält, wie sogleich gezeigt werden soll, Bausteine zu einer geradezu paradigmatischen Neuorientierung. Es gibt aber bei deren Ausgestaltung Alternativen – und schon deshalb kommt es darauf an, bei den Auseinandersetzungen mit der Tradition die Gründe ihrer Sperrigkeit zu bedenken.

Zwei, miteinander verwandte, Aspekte sollen hier im Vordergrund stehen, nämlich zum einen die sog. Politisierung des Privatrechts, deren Gründe und Ambivalenzen als erster Max Weber erkannt hat (1972: 504-513), zum anderen die sich hieraus ergebenden Belastungen der Justiz. Weber hat das Eindringen ethischer Argumente und materialer Gerechtigkeitskriterien in das Privatrecht bekanntlich als Gefährdung seiner formalen Rationalität verstanden und hielt diese Entwicklung offenbar für unaufhaltsam. Die Diskussion seiner Diagnose ist nie zur Ruhe gekommen. In der Privatrechtstheorie der 70er und 80er verstand die eine Streitpartei die „Materialisierung des Formalrechts“ als sozialstaatlich begründeten Fortschritt, während die andere die sich legislativ mit „Sondergesetzen“ operierende Reformen als Fragmentierung der Privatrechtsordnung und Erosion der „Einheit der Rechtsordnung“ kritisierte (Joerges 1994: 324 ff.). Rückblickend kann man deutlicher als inmitten jener Auseinandersetzungen erkennen, wie recht Rudolf Wiethölter (1972; 1973) hatte, als er den Streitgegenstand mittels der von Niklas Luhmann (1972: 227 ff.) entwickelten Unterscheidung von konditionalen und zweckorientierten Programmformen des Rechts rekonstruierte und darlegte: Die Umorientierung des Rechts auf „Zweckprogramme“, seine Instrumentalisierung für die Behandlung sozialer und ökonomischer Probleme blockiere, wer auf der Bewahrung konditionaler Programmformen beharre. Auf die sich hieraus ergebende „Geologie“ des Rechts demokratischer Nationalstaaten wird im Abschnitt III noch einzugehen sein. Zunächst interessieren zwei Implikationen, die für das IPR von grundlegender Bedeutung sind. Die eine betrifft die kollisionsrechtliche Konstellation selbst: Wenn und weil im Recht Zweckprogramme verfolgt werden, kann das Kollisionsrecht sich nicht auf Kriterien einer inhaltlich neutralen räumlichen Gerechtigkeit zurückziehen, sondern muss begründen, warum das eine oder das andere Programm sich durchsetzen soll. Damit verbunden ist eine schwierige institutionelle Problematik, deren Brisanz im Kontext der EU immer stärker zur Geltung kommt. Das Gericht des zur Entscheidung angerufenen Staates muss über kollidierende Politiken richten. Diese Aufgabe stellt sich zwar auch im innerstaatlichen Recht häufig genug, ist dort aber deshalb leichter zu bewältigen, weil die nationalstaatliche Judikative an innerstaatliche Auseinandersetzungs- und Klärungsprozesse anknüpfen kann oder, wo dies nicht möglich ist, die Konfliktschlichtung an das politische System zurückverweisen kann.

Beide Fragen, die kollisionsrechtlichen Implikationen der „Politisierung“ des Privatrechts und die Problematik eines politisch nicht abgestützten judikativen Entscheidens über konfligierende politische Programme, sind vor allem in der amerikanischen „conflict-of-laws revolution“ in den 60er Jahren eindringlich zur Sprache gebracht worden. Eben deshalb lohnt es sich, an zentrale Thesen Brainerd Curries, des radikalsten Protagonisten jener Bewegung in Erinnerung zu rufen,[5] nicht etwa, um sie so spät und unbesehen zu unterschreiben, wohl aber, um zu demonstrieren, dass einerseits das Europarecht eine konstruktivere kollisionsrechtliche Revolution vollzogen hat, dass andererseits Antworten auf die von Currie aufgedeckte institutionelle Problematik noch immer ausstehen.

Die Thesen Curries zur „Politisierung“ privatrechtlicher Regelungen sind in den Traditionen des amerikanischen Rechtsrealismus fest verankert. Sie besagen im Kern nur, dass auch im Privatrecht über konfligierende „policies“ entschieden wird,[6] eine Einsicht, der man sich auf keiner Seite des Atlantiks grundsätzlich verschließt und die auch im kontinentalen IPR in den Lehren von der Sonderanküpfung, wenn auch mühsam, zur Geltung gekommen ist (Schurig 1990; Fetsch 2002: 23 ff., 40 ff.). Ganz anders steht es um Curries Diagnose der kollisionsrechtlichen Konstellationen selbst.

> “[C]hoice between the competing interests of co-ordinate states is a political function of a high order, which ought not, in a democracy, to be committed to the judiciary: … the court is not equipped to perform such a function; and the Constitution specifically confers that function upon Congress” (Currie 1963a: 272)

Diese Aussage enthält eine doppelte Provokation der Traditionen des IPR (und auch des amerikanischen Kollisionsrechts). Currie behauptet, dass die Entscheidung für oder gegen eine Anwendung eigenen und fremden Rechts „Interessen“ („governmental interests“) der beteiligten Jurisdiktionen berühre – und dies in der kollisionsrechtlichen Entscheidung zu berücksichtigen sei. Damit wollte er keineswegs – anders als die tradierte Lehre des internationalen öffentlichen Rechts – eine Anwendung fremden zwingenden Rechts a priori ausschließen. Das wird aus seiner Haltung in Fällen eines Interessengleichlaufs (bei „false conflicts“), in denen er die „choice of law“-Frage für belanglos erklärte. Provokant ist seine „governmental interests“-Doktrin vielmehr deshalb, weil sie wirtschaftliche Auswirkungen der Rechtswahl, von denen man – *in der Theorie* – zu abstrahieren pflegt, rechtliche Anerkennung verschaffen will. Es sei verfehlt und beruhe auf einer schlechten Fiktion, Recht so vorzustellen und zu behandeln, als sei es im Prin-

---

[5] Die wichtigsten Aufsätze sind versammelt in Currie (1963a). Sie wirken bis heute nach. Erwähnt sei aus den USA lediglich Kramer (1991a; 1991b), aus neuerer Zeit z. B. Schiff Berman (2005: 1845 ff.). Aus Europa bspw. Schnyder (1990); und auch hier gibt es viele indirektere Einflüsse, etwa bei Muir Watt (2003).

[6] Vgl. hierzu und zum Folgenden in knapper Zusammenfassung Currie (1963b: 183-84).

zip universalisierbaren Gerechtigkeitswerten verpflichtet. Es komme vielmehr darauf an, seinen Funktionen für die Ausgestaltung und den wirtschaftlichen und sozialen Zusammenhalt eines Gemeinwesens Rechnung zu tragen.

Während sich in rein innerstaatlichen Konstellationen mit der „Politik des Gesetzes“ (Steindorff 1973) auch die soziologischen Funktionen des Rechts, gleichsam von selbst durchsetzen, dürfe ein solcher Gleichlauf von Rechtszwecken und Gemeininteressen in zwischenstaatlichen Konstellationen nicht unterstellt werden. In der Tat können ja, wie das Europarecht immer wieder bestätigt, mit einer Anwendung fremden Rechts Belastungen – etwa der heimischen Systeme der sozialen Sicherung – oder Begünstigungen, etwa ein Zugang zu öffentlich finanzierten Leistungen – verbunden sein, die der heimische Gesetzgeber nicht bedacht hat und die ihm unliebsam sein können. Die Schlussfolgerung Curries ist eine zweite Provokation:

> “If the court finds that the forum state has an interest in the application of its policy, it should apply the law of the forum, even though the foreign state also has an interest in the application of its contrary policy…” (Currie 1963b: 183-84).

Hätte Currie sich bloß auf internationale Fälle bezogen und hier dafür plädiert, den Umgang mit „governmental interests“ der Außenpolitik zu überlassen, wäre dies – jedenfalls in den USA – kaum als anstößig empfunden worden. Currie hat sich jedoch auf das zwischenstaatliche Kollisionsrecht der USA konzentriert und hier nicht etwa die Exekutive, sondern den amerikanischen Kongress zum Schiedsrichter berufen wollen. Dass solche Thesen im Recht der EU keinen Platz haben, scheint sich von selbst zu verstehen. Es genügt, sich so zentrale Prinzipien wie das Diskriminierungsverbot oder das Verbot protektionistischer Praktiken zu vergegenwärtigen, um zu erkennen, dass sich das Europarecht zu einem andersartigen Umgang mit seinen Rechtsunterschieden und Interessengegensätzen verpflichtet hat. Aber ganz so einfach ist die Sache nicht. Die gerade genannten guten normativen Prinzipien besagen ja nicht, dass es die von Currie umschriebenen Interessenkonflikte in der Union nicht geben würde – dies bringt der Terminus „Kollisionsrecht“ in Erinnerung. Auch sein perhorreszierter Zentralbegriff der „governmental interests“ hat sein *fundamentum in re.* Es geht in diesem Terminus nicht um den *ordre public*-Vorbehalt im herkömmlichen Verstande, sondern auch um die sozio-ökononomischen Implikationen einer Anwendung eigenen oder fremden Rechts (vgl. Joerges 1971). Dass solche Interessen handlungsrelevant sind, ist unbestreitbar. Um sie in die gebührende rechtliche Form zu bringen, mag man sie als distributive im Gegensatz zu bloß regulativen Politiken bezeichnen. Dann wird noch einmal deutlich, wie genau Currie einen neuralgischen Punkt transnationalen Rechts getroffen hat. Es kommt nicht von ungefähr, dass Giandomenico Majone (1993) in all seinen Schriften zum europäischen „regulatory state“ die distributive Politik den Mitgliedstaaten vorbehalten wollte, weil die von ihm propagierten transnationalen Agenturen für eine solche

Politik nicht legitimiert seien. Damit ist Majone genau an den Punkt gekommen, den Currie bezeichnet hat, als er die Entscheidung über „true conflicts“ politisch legitimierten Institutionen vorbehalten wollte.[7] Mit einer Palmström-Logik ist all dem ebenso wenig beizukommen wie mit der Warnung vor Erosionen der funktionalen Differenzierung von Recht, Wirtschaft und Politik.[8]

Entscheidend ist vielmehr, dass Europa zu einem anderen rechtlichen Umgang mit solchen Konflikten finden soll – und vielfach auch kann. Im europäischen Projekt der „Integration durch Recht“ konnte der EuGH tatsächlich zum „Motor der Integration“ werden. In den uns vorrangig beschäftigenden Feldern der sozialen Regulierung geht es nun aber um Regelungsaufgaben, in denen die Funktionen der Judikative neu bestimmt werden müssen. Diese Umorientierung betrifft nicht etwa nur den EuGH, sondern ebenso das nationalstaatliche Recht und seine Regelungsformen. Um die rechtstheoretische Begründung dieser Neuorientierung geht es im folgenden Abschnitt. Er soll zugleich das Plädoyer für eine dreidimensionale Ausdifferenzierung des kollisionsrechtlichen Ansatzes vorbereiten.

III. Die „Geologie“ des Rechts demokratischer Verfassungsstaaten und ihre kollisionsrechtlichen Implikationen

In einem Essay zu den Gegenwartsaufgaben des Völkerrechts hat J.H.H. Weiler (2004) auf die Herausbildung eines neuen Rechtsmodus in dessen Praxis hingewiesen, dem er eine spezifische Normativität und Legitimität zuordnet. Es gehe bei diesem neuen Modus um “international law as Regulation”, einem Rechtstypus, der sich vom tradierten “international law as Transaction”, aber auch der Vision eines “international law as Community” signifikant unterscheide. Weilers Unterscheidung verschiedenartiger Rechtschichten in einer „Geologie“ des Völkerrechts trifft sich mit Problemlagen im europäischen Recht, aber auch den schon angesprochnen Transformationsprozessen des nationalstaatlichen Rechts. Auf *allen* Ebenen des Regierens sind regulative Belange unabweisbar und erzwingen praktisch-institutionelle Innovationen und rechtstheoretische Umorientierungen.

---

7 Die Diskussion ist bis heute weder in der Rechts- noch in der Politikwissenschaft zur Ruhe gekommen. Was immer man konzeptionell und analytisch gegen Majone vorbringen mag: seine Einwände gegen die Legitimität redistributiver Politiken nicht-majoritärer Institutionen entkräftet dies nicht – sowenig wie es zureicht, Currie vorzuhalten, dass Gerichte Entscheidungen über „governmental interests“ nicht vermeiden können.

8 Die „governmental interest analysis” konzipiert die Beziehungen zwischen Politik, Recht und Wirtschaft interessanter als dies zeitgenössische deutschen Beobachter wie Fischer-Lescano/Teubner (2004: 1023) wahrnehmen.

III.1 „Post-interventionistisches“ Recht

Die Auseinandersetzung mit dem Eindringen regulativer Politiken in das Recht in den 60er und 70er Jahren stand zunächst im Zeichen der Kritik einer bloß formalen Rechtsrationalität, die durch eine sozialstaatlich inspirierte „substantielle“ oder „materiale“ Rechtsrationalität abgelöst werden sollte (für eine Übersicht: Joerges 1989). Diese Aufbruchstimmung sollte indes nicht lange anhalten. Die Erfahrungen mit der Implementation und Wirkungsweise juridifizierter „Zweckprogramme“, die eine Lösung sozialer Probleme versprachen, waren ernüchternd – in allen einschlägigen Feldern (Mayntz 1980; Teubner 1984). Niklas Luhmann (1972: 227 ff.; 1974; 1993: 195-204), der die Kategorie eingeführt hat, diagnostizierte unüberwindliche Spannungen zwischen der Operationsweise des Rechtssystems und der reformerischen politischen Programmatik – unüberwindbar, weil sie die funktionale Differenzierung von Recht und Politik missachteten. Auf der anderen Seite des gesellschafts- und rechtstheoretischen Spektrums sekundierte Jürgen Habermas (1981-I: 332-368; 1981-II: 257-296, 504-521; 1985): Rechtsförmig umgesetzte sozialpolitische Programme tendierten dazu, lebensweltliche Zusammenhänge zu zerstören und dadurch zugleich das Recht zu diskreditieren. Rudolf Wiethölter hatte diese Dilemmata frühzeitig erkannt. Zweckprogramme gehörten zum Lebenselixier demokratischer Gesellschaften, die aber erst noch zu lernen hätten, wie die „politische Verwaltung“, von der ihre Realisierung abhänge, zu organisieren und zu zivilisieren sei (Wiethölter 1972; 1973).

Eben darum, um Alternativen, die es erlauben würden, die diagnostizierten praktischen Engpässe und normativen Defizite zu vermeiden, ging es in den Bemühungen der 80er Jahre um Konzepte eines post-interventionistischen Rechts (vgl. Brüggemeier/Joerges 1984). Die Theorie des reflexiven Rechts, die Gunther Teubner (1982) Anfang der 80er Jahre vorlegte, und die Idee einer Prozeduralisierung der Rechtskategorie, die Rudolf Wiethölter (1982; 1989) propagierte, und die von Jürgen Habermas (1992: 299 ff.) systematisch entfaltet wurde, waren die prominentesten Vorschläge. Rückblickend kann man freilich auch sehen, welche Verwirrungen die Verstrickung der akademischen Juristenwelt in gesellschaftstheoretische Grundlagendiskussionen zur Folge hatte. Man kann dennoch anerkennen, dass in diesen Debatten rechtssoziologische und interdisziplinäre Untersuchungen der Funktionsweise des Rechtssystems, institutionelle Überlegungen zum Umgang mit technisch-naturwissenschaftlicher, aber auch mit sozialwissenschaftlicher und ökonomischer Expertise angeregt haben, die einen reflektierten juristischen Umgang mit „Zweckprogrammen“ ermöglicht haben – um so Transformationen von „geologischen“ Ausmaßen Dimensionen Rechnung zu tragen. Es ist alles andere als zufällig, dass diese Umstrukturierungen sich schwerpunktmäßig in den – seinerzeit noch nationalstaatlich definierten Gegenstandsbereichen – unseres Projekts vollzogen: Die „Risikogesellschaft“ war *das* Thema der 80er Jahre, die Intensivierung der

regulativen Politik eine Reaktion auf dieses Thema, die mit der gebotenen Verzögerung auch das Recht, sogar das Privatrecht, erreichen musste.[9]

Es entspricht dem Beruf der Rechtswissenschaft, dass sie bei all dem die Frage, an welche Variante der Gesellschaftstheorie sie sich anschließen solle, weitgehend suspendiert hat. Statt dessen hat der Vordringlichkeit des Praktischen durch eine sich graduell vollziehende Hinwendung zu neuen Steuerungsformen Rechnung getragen, die im Nachhinein als „neue Formen des Regierens“ identifiziert werden können und inzwischen, im Verbund mit – oder gar unter dem Eindruck von – Initiativen auf europäischer Ebene (vor allem Europäische Kommission 2001) im „turn to governance“ aufgegangen sind (Schuppert 2006: 371 ff.). Die Wende zum Regieren hebt die in der Verwaltung schon früh bebachtbare Modernisierung nicht auf, die Wolfgang Schluchter (1972 [1985]) in Anlehnung an Max Webers Analysen der Bürokratie als Ablösung ihrer „Amtsautorität“ durch „Sachautorität“ beschrieben, die in der Verwaltung zum „New Public Management“ geführt hat und von Luhmann (1993: 77 ff.) abstrakter als kognitive Öffnung des Rechts, als Übergang von normativen zu kognitive Erwartungen erfasst wurde. Die institutionell signifikanteste Veränderung in diesem Prozess sind der Rückgriff auf „private“ Ressourcen von Wissen, von Management-Kapazitäten und die Einbeziehung nicht-gouvernementaler Akteure in die Entwicklung, die Umsetzung und Supervision politischer Programme.

Der Übergang von der politischen Steuerung durch Zweckprogramme zu dem neuen Regieren durch Governance-Arrangements geschah nicht abrupt, wurde aber, als er ins allgemeine Bewusstsein trat, von allen betroffenen Disziplinen als Änderung von geradezu paradigmatischem Gewicht empfunden, in der Politikwissenschaft (siehe Kohler-Koch/Rittberger 2006) und in der Soziologie (siehe Mayntz 2008) ebenso wie in der Rechtswissenschaft (siehe Schuppert 2006). Zwei Aspekte sind für unseren Argumentationsgang hervorzuheben: zum einen die Notwendigkeit einer „*Konstitutionalisierung*“ der dezentralen Formen der Rechtsproduktion; zum anderen ein sich verstärkender Koordinationsbedarf, der zur Ausbildung *inner*staatlichen Kollisionsrechts führen muss.

Für die Rechtswissenschaft, insbesondere auch in der Perspektive der Diskurstheorie des Rechts demokratischer Verfassungsstaaten[10] geht es um eine Grundsatzfrage: Kann das Recht, wenn es Governance-Praktiken adaptiert und absegnet, seine Geltungsansprüche aufrechterhalten, kann es die Vision einer rechtlich vermittelten Legitimität demokratischen Regierens verteidigen? Kann es, wenn es die Wende zum Regieren

---

[9] Bezeichnend das Sonderheft 3-4 des 1. Jahrgangs der Kritischen Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 1991; s. auch Fikentscher 1991.

[10] Die interdisziplinären Übersetzungsschwierigkeiten kann man sich systemtheoretisch ebenso klar machen (vgl. Teubner 2004: 17 ff.). Die normativen Anschlussfragen wären freilich anders zu formulieren.

nicht aufzuhalten vermag, zumindest Maßstäbe entwickeln und durchsetzen, die diese Praktiken so formen, dass sie, um die Habermas'sche Formel aufzugreifen, „Anerkennung *verdienen*“? (Habermas 1998: 171). Habermas (1992: 532) selbst hat in seinem rechtstheoretischen *opus magnum* diese Voraussetzungen sehr streng formuliert:

> „[D]ie Architektonik des Rechtsstaats” nimmt Schaden, „wenn sich der Staat … in Verhandlungen mit der Position eines Teilnehmers unter anderen zufriedengibt. Angesichts politischer Entscheidungen von gesamtgesellschaftlicher Relevanz muss der Staat nach wie vor öffentliche Interessen wahrnehmen und gegebenenfalls durchsetzen können. Auch wenn er in der Rolle eines intelligenten Beraters oder eines Supervisors auftritt, der prozedurales Recht zur Verfügung stellt, muss diese Rechtssetzung mit Programmen des Gesetzgebers auf transparente, nachvollziehbare und kontrollierbare Weise rückgekoppelt bleiben“.[11]

Wer dies als gültige Absage an moderne Steuerungstechniken und die neuen Formen des Regierens versteht, muss angesichts der begrenzten Kapazitäten der Legislative das Ende der Demokratie ausrufen. Habermas' prozedurales Rechtsparadigma nötigt indessen nicht zu einer derart dilemmatischen Konsequenz (Joerges 2008: 213-237).

Es ging schon bei der Erarbeitung von Konzepten eines post-interventionistischen Rechts immer um ein doppeltes: um einen besseren „output“ durch die Integration einschlägigen, nicht-rechtlichen Wissens, *und* die Einbettung der reorganisierten Problemlösungsarbeit in rechtlich strukturierte Entscheidungsabläufe, also eine Supervision, die deren Legitimität gewährleisten sollte. Die so verstandene Prozeduralisierung zielte keineswegs auf eine Ablösung von „Sach“recht durch „Verfahrens“recht. Es ging vielmehr um die Ablösung eines Rechtsverständnisses, in dem das Recht als Lieferant der mit juristischen Methoden gewonnenen Entscheidungen („Rechtserkenntnissen“) erschien. Das prozedurale Rechtsparadigma konzipierte Recht vielmehr als Organisator und Überwacher von Prozessen, die zu epistemologisch gehaltvollen und normativ gut begründeten Problemlösungen führen sollen.

In der im deutschen Verwaltungs- und Verfassungsrecht geführten Auseinandersetzung mit dem Governance-Phänomen ist das Bemühen und die Zuversicht deutlich, dass es darauf ankomme und gelingen werde, Governance-Praktiken in einen normativ (verfassungsrechtlich) beglaubigten Kontext stellen wollen, die aus dem Versagen der Steuerungsansprüche der traditionellen regulativen Politiken nicht etwa eine umstandlose normative Beglaubigung der „neuen Formen des Regierens“ herleitet.[12] Immer noch

---

[11] Hervorhebung im Original.

[12] So postuliert Schuppert (2006: 382) mit seiner einflussreichen Formel „Governance durch Regelungsstrukturen“ einen Zusammenhang zwischen Problemstruktur und Methodologie des Rechts in einer Form, die der Wende zur Prozeduralisierung des Rechts entsprechen dürfte. Im Folgenden soll es indessen um Spezifika Europas gehen, die dort „seit jeher“ Governance-Praktiken erzwungen haben: Europa verfügt nicht über eine eigene Verwaltung und ist doch nicht bereit, die Implementation europäischen Sekundärrechts den Mitgliedsaaten zu überlassen, der

beruht die Anerkennung nicht-gouvernementaler Standardsetzungen im Allgemeinen und die der „privaten Normung“ durch staatliches Recht im Besonderen nicht etwa einfach darauf, dass Ingenieure oder andere Experten ihr Handwerk verstehen; sie wird vielmehr von der normativen Qualität der Verfahren abhängig gemacht, in denen diese private Standards und Normen gesetzt werden. (Falke 2000a; Schepel 2005: 177 ff.). Deshalb bleiben Faktizität und Geltung ineinander verschränkt. Die Anerkennung einer solchen Form der Fertigung von Recht als „Gesellschaftsrecht“ treffen Einwände, wie sie Dieter Grimm (2009) und Ingeborg Maus (2010) gegen Gunther Teubners (z. B. 2003b) Konzeption eines gesellschaftlichen Konstitutionalismus formuliert haben, nicht. Hierauf wird im europäischen und internationalen Kontext zurückzukommen sein.[13]

Eine Konstitutionalisierung der neuen Formen des Regierens muss nun allerdings die Koordinationsaufgaben im Blick behalten, die sich daraus ergeben, dass Problemlösungen auch in nationalen Gesellschaften nicht mehr autonom von einer einzigen Stelle aus programmiert werden können. Auch diese Problematik ist keineswegs grundsätzlich neu. Helmut Willke hat sie schon im Kontext der Diskussionen der 80er Jahre zum post-interventionistischen Recht sehr deutlich benannt. Er hat seinerzeit den „komplexen Konfliktlagen“ identifiziert, auf die der Staat nur als „Supervisionsstaat“ mit „Relationierungsprogrammen“ reagieren könne (Willke 1983: 66; sodann 1992: 177 ff.). Man kann seine Befunde auch einfacher beschreiben. Es gibt eine Fülle von Problemen, für deren Behandlung verschiedene Zuständigkeiten koordiniert werden müssen, und es kann zwischen in Geltung gesetzten politischen Programmen Zielkonflikte geben, deren Lösung nirgendwo vorprogrammiert ist. Genau hierum geht es bei der Ausbildung eines innerstaatlichen (intra-nationalen) Kollisionsrechts.

III.2 Innerstaatliches Kollisionsrecht

Wiederum handelt es sich keineswegs um eine neu erfundene, nicht einmal um eine neu gefundene Problematik. Sehr früh und sehr prominent hat Konrad Hesse sie im Verfassungsrecht als Problem des Grundrechtschutzes erkannt und daraus das Gebot „prakti-

---

schiere Umfang dieser Aufgaben überfordert die der Kommission zur Verfügung stehenden Ressourcen; die Art der zu bewältigenden Aufgaben erfordert die Einbeziehung von Experten und ist doch alles andere als bloß „technokratisch“; beides, die Quantität und die Qualität der Aufgaben, erzwingt vielfältige Koordinationen. Deshalb erscheint mir nach wie vor das Oxymoron „politische Verwaltung“ (Joerges 2000b: 363 ff.) nicht unpassend, freilich auch erläuterungsbedürftig; vgl. näher unten IV.3.2.

[13] Unten IV.3.3 und V.3.

scher Konkordanz“ hergeleitet.[14] Robert Alexy (1985: 75-76) hat diese Formel in seinem “Optimierungsgebot” aufgehoben und weitergeführt. Auf der Gesetzgebungsebene bildet das Stabilitätsgesetz mit seinem magischen Viereck das wohl erhellendste Exempel.[15] Und jenseits des Nationalstaats ist die gleiche Problematik seit geraumer Zeit virulent. Offenkundig ist dies auch im Europarecht der Fall, seit Umweltschutz und Verbraucherschutz rechtlich verbindliche Zielvorgaben wurden, die der Vertrag von Lissabon nun durch Querschnittsklauseln bestätigt.[16] Eine Verpflichtung der Union auf eine eindimensional- ökonomische Rationalität, wie sie der Ordoliberalismus forderte und behauptete, kann es danach nicht (mehr) geben (Joerges 1991; 1994; 2005). Im Völkerrecht wird das gleiche Thema in der Fragmentierungsproblematik[17] und im WTO-Recht als Spannungsverhältnis zwischen Handelsliberalisierung und sozialregulativen Belangen erörtert. Hierauf wird zurückzukommen sein.[18] Zunächst sei nur die strukturelle Parallelität der nationalstaatlichen Problemlagen hervorgehoben, die unseren kollisionsrechtlichen Sprachgebrauch nahelegt. Rudolf Wiethölter (1977) hat sie im Kontext einer *summa* seiner Bemühungen um das IPR der Sache nach benannt. Er hat damit in der Tat schulbildend gewirkt (Teubner 2003).[19] Dies ist angesichts der Brisanz des Problems nicht überraschend. Es geht um eine Koordinationsaufgabe, die sich nicht einfach als eine Interessenabwägung verstehen lässt, die unbesehen den Gerichten überlassen werden könnte. Sie hat vielmehr politische Dimensionen, die seinerzeit Brainerd Currie dazu gebracht haben, eine Art Konkursverfahren über seine Disziplin zu eröffnen.[20] Wenn und weil die parlamentarische Legislative nicht überall präsent sein kann, wo diese Abstimmungs- und Entscheidungsaufgaben anfallen, ist eine dezentrale Recht-Fertigung eine funktionale Notwendigkeit und ein „law of law production“ (Michelman 1999: 34) das diese Recht-Fertigung anleitet, ein unabweisbares normatives Erfordernis.

---

14 „Verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter müssen in der Problemlösung einander so zugeordnet werden, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt. ... [B]eiden Gütern müssen Grenzen gesetzt werden, damit beide zu optimaler Wirksamkeit gelangen können", so Hesse (1999: Rz. 72).

15 Vgl. die keineswegs veraltete verfassungstheoretische Analyse bei Gotthold (1975: 115 ff.)

16 So Art. 11 AEUV (ex-Art. 6 EUV) zum Umweltschutz und Art. 12 AEUV (ex-Art. 153 II) zum Verbraucherschutz.

17 Vgl. einerseits Koskenniemi/Leino (2002: 553-579) sowie Fischer-Lescano/Teubner (2006: 10 ff.), andererseits Bast (2009)

18 Unten V.

19 Wie die Auflistung von Teubner (2003: Fn. 5) zeigt, ist die Schülerzahl jedoch durchaus überschaubar geblieben. Aus neuerer Zeit vgl. noch Fischer-Lescano (2008: 172-176).

20 Oben II.2.

Das Phänomen ist denn auch allenthalben beobachtbar. In Beiträgen zur Verbraucherrechtstheorie und zur rechtlichen Gewährleistung der Qualität von Produkten und Dienstleistungen habe ich dereinst ein „Entdeckungsverfahren Praxis“ diagnostiziert, eine Gemengelage von formellen und informellen Koordinationsformen, in denen politische und gesellschaftliche Akteure ihre Interessen einbringen und über widerstreitende politische Ziele verhandeln, um ihre Problemlösungsvorstellungen dann in rechtlichen Foren – vor Gerichten oder Behörden – absegnen zu lassen (Joerges 1981: 127 ff.; 1986). Der Begriff war als Gegenkonzept zu Friedrich A. von Hayeks (1968) „Entdeckungsverfahren Wettbewerb“ angelegt und sollte gegenüber diesem lautlosen Mechanismus die Notwendigkeit einer kommunikativen Verständigung zur Geltung bringen. Das „Entdeckungsverfahren Praxis“ bezeichnet eine Art „normatives Faktum“, das seine normative Berechtigung freilich aus der Qualität seiner Prozeduren gewinnen muss. All dies lässt sich aktualisieren: Jene Abstimmungsmodi, mit denen wir es schon damals zu tun hatten, firmieren heute als „governance arrangements“. Ihre Entstehung kann man gut mit funktionalen Erfordernissen erklären. Die Frage nach der Anerkennungswürdigkeit dieser Praktiken aber lässt sich kaum anders beantworten als damals auch. Das Recht demokratischer Gesellschaften muss den Pluralismus von Orientierungen, die Institutionalisierung einander widerstreitender Programme, andauernde Auseinandersetzungen aushalten – und sie zivilisieren. Es sollte akzeptieren, dass Problemlösungen nicht dauerhaft eingerichtet werden können, sondern veränderten Bedingungen angepasst oder neu gefunden werden müssen – und dass es dabei auf die Einbildungskraft, Urteilsfähigkeit und Verständigungsbereitschaft der in solchen Auseinandersetzungen verstrickten Akteure angewiesen ist.

Selbst in der nationalen Konstellation gibt es Kollisionsrecht im genannten Sinne. Jenseits des Nationalstaates, in der Europäischen Union ebenso wie im internationalen System, begegnen vergleichbare Konfliktlagen. Sie sind hier freilich schwieriger zu bewältigen, weil die zwischen den betroffenen Akteuren notwendigen Abstimmungsprozesse komplexer und die transnationalen Entscheidungsbefugnisse begrenzt sind.

IV. Kollisionsrecht als verfassungsrechtliche Form der Europäischen Union

Kollisionsrecht sei als ein Verfassungsrecht begreifbar, mit dem sich legitimes, mit demokratischen Maximen kompatibles, Regieren jenseits des Nationalstaates begründen lasse; der kollisionsrechtliche Ansatz vertrage sich mit der Analytik der sozialwissenschaftlichen Integrationsforschung und biete dieser eine „gesellschaftsadäquate“ Rechtsbegrifflichkeit; er lasse sich so ausdifferenzieren, dass er der „Geologie“ des heutigen Rechts, namentlich auch seinen post-interventionistischen Entwicklungen gerecht werde – dieser dreifache Anspruch ist im Folgenden einzulösen.

IV.1 Wider die Rede vom europäischen Demokratie-Defizit

Wenn die Verfassungsproblematik als Schicksalsfrage des Völkerrechts bezeichnet wird, so darf das Demokratieproblem als die Schicksalsfrage der Gestalt der Europäischen Union gelten. Die einschlägige Diskussion intensiviert sich seit vielen Jahren, ohne dass sich hieran durch die Begriffsvermeidungsstrategie der Politik und höchstrichterliche Bekundungen etwas ändern könnte. Zu einem Ergebnis kann diese Debatte deshalb nicht kommen, weil ihre Ausgangsfrage so gestellt wird, dass sie nicht zu lösen ist. Claus Offe (1998: 99-136) hat diese Ausweglosigkeit in dem Bonmot zusammengefasst, dass die EU einen eigenen Antrag, Mitglied der Union zu werden, ablehnen müsste. Ursprung und Gestalt der vermeintlichen Paradoxie hat indessen Offes akademischer Lehrer schon in seinem ersten Essay zu Europa, das er noch vor „Faktizität und Geltung“ publiziert hat, angesprochen: „Das neue Niveau wirtschaftlicher Interdependenzen“ affiziere zahlreiche Politikbereiche derart, dass sie nicht mehr staatsintern, sondern jenseits ihrer nationalen Kontexte „in einem dichten administrativen Geflecht“ europäischer Organisationen erledigt werden. „Für die Bürger öffnet sich damit die Schere zwischen Teilnahme und Betroffenheit immer weiter“ (Habermas 1991: 19).[21] Dies ist ein Fundamentalproblem, weil danach die demokratische Idee einer Selbstgesetzgebung, nach der die Adressaten der Gesetze sich zugleich als deren Autoren begreifen können sollen, vollends illusionär erscheint. Dieser Befund, den er später umfassender erörtert hat (z. B. in Habermas 1996c), führt nun Habermas zur Forderung nach einer europäischen Verfassung (z. B. Habermas, 2001a). Die aus der Öffnung der vormals nationalstaatlich organisierten Volkswirtschaften resultierenden Interdependenzen begründen nämlich nicht nur transnationale Kooperationszwänge, sondern bedrohen die Demokratiefähigkeit des Nationalstaates in zweifacher Weise: Zum einen betrifft das Auseinandertreten von Entscheidungszuständigkeit und -betroffenheit ein weites Spektrum nationalstaatlicher Politiken, deren Wirkungen unbeteiligte „Fremde“ erfahren, die auf das Zustandekommen jener nationalstaatlicher Entscheidungen keinen Einfluss nehmen können. Zum anderen gefährdet aber die mit der Öffnung der Verfassungsstaaten verbundenen Erosion sozialstaatlicher Gestaltungsmöglichkeiten die demokratische Idee der Selbstgesetzgebung jedenfalls dann, wenn man sie, wie Habermas dies in der Nachfolge Hermann Hellers stets getan hat, mit dem „materiellen Sinn der Verwirklichung einer sozial gerechten Gesellschaft“ verbindet (Habermas 2001b: 86).

---

[21] Die Unterscheidung von Zuständigkeit und Betroffenheit findet sich auch bei Niklas Luhmann (1991). In seiner Sicht besteht die Problematik von Risikoentscheidungen darin, dass sie Schäden in Kauf nehmen müssen, die nicht bloß erleidet, wer die Entscheidung riskiert hat, und auch nicht bloß der, der von ihren positiven Wirkungen profitiert (bündig-lakonisch zusammengefasst in Luhmann 1993: 277 ff.).

Bei all dem hält Habermas daran fest, dass die Kompensation jener erodierenden Gestaltungsmöglichkeiten auf supranationaler Ebene in „Formen geschehen" müsse, „die an demokratische Willensbildungsprozesse anschließen" (Habermas 2001a: 150). Er verschiebt dabei die nationalstaatliche Problematik nicht einfach auf eine höhere Ebene, sondern sieht dort Chancen für eine – sogar tendenziell kosmopolitische – Umorientierung, in der Identifizierung des Staates mit dem Wohl ihrer je eigenen Bürger überwunden wird.[22] Aber dabei porträtiert er den demokratischen Verfassungsstaat immer nur als Opfer und Getriebenen der Dynamik wenn nicht der Europäisierung, so doch der einer global „einstweilen entfesselten Kapitalverwertung" (Habermas 2001a: 150; systematisch Habermas 1998: 102 ff.). Darin war ihm Karl Polanyi (1978: 329 ff.), den Habermas (1998: 128-133) in der „postnationalen Konstellation" mit einer konzisen Interpretation der Schlusspassagen der *Großen Transformation* zur Sprache kommen lässt, ein Stück voraus. Polanyi hat in der „Großen Transformation" den Typus eines „sozial gebändigten Kapitalismus", dessen Gefährdung Habermas diagnostiziert, bloß visionär als eine „Gegenbewegung" vor Augen haben können. Aber er hat doch in all seinen Analysen herausgestellt, dass die „Entfesselung" kapitalistischer Dynamiken keineswegs naturwüchsig hereingebrochen ist, sondern politisch angestoßen und vorangebracht wurde. In der Habermasschen Perspektive wird das Versagen des Nationalstaates gleichsam halbiert. Gerade damit verstellt Habermas sich eine alternative Problemsicht: nämlich die Konzeptualisierung einer europäischen Rechtsverfassung, die das Demokratieversagen der Nationalstaaten kompensiert und daraus ihre Legitimation bezieht. Dies ist der normative Kerngedanke des kollisionsrechtlichen Ansatzes. Statt im-

---

[22] Dem IPR ist die Identifikation mit staatlichen „Machtinteressen" so vertraut wie der Soziologie Max Webers. Vgl. die berühmte Passage aus der Freiburger Antrittsrede „Und der *Nationalstaat* ist uns nicht ein unbestimmtes Etwas, welches man um so höher zu stellen glaubt, je mehr man sein Wesen in mystisches Dunkel hüllt, sondern die weltliche Machtorganisation der Nation, und in diesem Nationalstaat ist für uns der letzte Wertmaßstab auch der volkswirtschaftlichen Betrachtung die *‚Staatsraison'*. Sie bedeutet uns nicht, wie ein seltsames Mißverständnis glaubt: ‚Staatshülfe' statt der ‚Selbsthülfe', staatliche Reglementierung des Wirtschaftslebens statt des freien Spiels der wirtschaftlichen Kräfte, sondern wir wollen mit diesem Schlagwort die Forderung erheben, dass für die Fragen der deutschen Volkswirtschaftspolitik, – auch für die Frage unter anderen, ob und wieweit der Staat in das Wirtschaftsleben eingreifen oder ob und wenn er vielmehr die ökonomischen Kräfte der Nation zu eigener freier Entfaltung losbinden und ihre Schranken niederreißen solle, – im einzelnen Falle das letzte und entscheidende Votum den ökonomischen und politischen Machtinteressen unserer Nation und ihres Trägers, des deutschen Nationalstaates, zustehen soll" (Weber 1895: 18 f). Im amerikanischen, auch im inneramerikanischen Kollisionsrecht akzeptiert man den „self-interested state" als Wettbewerber. Diesen kann auch Europa verkraften, den Typus des von Weber (1895: 18 f.) diagnostizierten Nationalismus aber nicht, wie Muir Watt (2003: Abschnitt II) zeigt.

mer wieder darüber zu klagen, dass Europa nicht den Standards demokratischer Verfassungsstaaten entspricht, kommt es darauf an, sich den strukturellen Demokratiedefiziten der Nationalstaaten zu stellen und zu fragen, was das Europarecht zu deren Beseitigung beitragen kann. Europa ist dabei sogar in einer relativ komfortablen Lage. Es verfügt ja über ein Recht, das die Mitgliedstaaten dazu anhält, in ihrer nationalen Gesetzgebung Belange ihrer Nachbarn zu berücksichtigen. Die Union verfügt über legislative Kompetenzen und administrative Ressourcen, die eine transnationale regulative Politik möglich machen und auch eine Förderung und Supervision transnationaler Governance-Arrangements ermöglichen. Es ist gleichsam der Beruf des europäischen Kollisionsrechts, die demokratiekonforme Ausgestaltung dieses Handlungspotentials zu gewährleisten. Die Art, in der dies geschieht, muss allerdings die Spezifika der europäischen Polity und ihrer Entwicklung berücksichtigen.

IV.2 Die Mehrebenen-Analytik und ihre rechtswissenschaftliche Relevanz

„Less than a Federation, more than a Regime“ (Wallace 1983). Diese Diagnose einer kategorial noch nicht positiv erfassten neuen Herrschaftsform, die William Wallace in den 80er Jahren gestellt hat, beschäftigt die sozialwissenschaftliche Integrationsforschung und die Europarechtswissenschaft bis heute. Die Analytik vom Mehrebenensystem „sui generis“[23] hat sich eingebürgert. Sie bringt zum Ausdruck, dass Europa nicht hierarchisch regiert wird, sondern eine „Heterarchie“ geblieben ist (vgl. Benz 2004; Jachtenfuchs/Kohler-Koch 2003; Scharpf 2001), das sein politisches Handeln in Netzwerken organisieren muss.[24] Diese Netzwerke müssen funktionell interdependente Konstellationen koordinieren und dabei relativ autonome Ebenen übergreifen.

Drei rechtswissenschaftliche Anschlussmöglichkeiten an die Mehrebenen-Analytik sind hier hervorzuheben. Die erste betrifft die Konfliktkonstellationen in der EU. Wenn und weil die Union kein hierarchisches System ist und die „oberste Ebene“ nicht über eine staatsgleiche Kompetenz-Kompetenz verfügt, kann die Suprematie des Europäischen Rechts, das eine hierarchische Struktur voraussetzt, nicht umfassend und allgemein gelten. Neben den vertikalen Konflikten, die dieses Prinzip erfasst, gibt es (weiterhin) horizontale Konflikte zwischen den Mitgliedstaaten. Es gibt vor allem auch „diagonale Konflikte“. Damit sind all die Konstellationen gemeint, in denen die Kompe-

---

[23] Eingeführt von Hooghe/Marks (2001).

[24] Vgl. für eine Adaption der Netzwerk-Metapher in der Europarechtswissenschaft zuerst Ladeur (1997); inzwischen Augsberg u.a. (2009); die Rezeption der Mehrebenen-Analytik hat sich auf breiterer Front vollzogen; vgl. etwa Möllers (2009); Franzius (2010a: 18 ff.). Beides ist miteinander gut verträglich – und kann, wie sich Franzius (2010b), entnehmen lässt, kollisionsrechtlich gedeutet werden; siehe auch schon Ladeur (2009).

tenzen für sachlich zusammenhängende Problemkomplexe verschiedene Ebenen zugeordnet sind.[25] Eine zweite hiermit eng zusammenhängende Implikation betrifft den Umgang mit Konfliktlagen. Aus der Fragmentierung von Zuständigkeiten in der Union, der relativen Autonomie ihrer Entscheidungsebenen, aber auch aus der Pluralität von Interessenlagen und politischen Orientierungen resultiert die Gefahr europäischer „Politikverflechtungsfallen“ (Scharpf 1985). Erfolgreiches politisches Handeln, das sich in solchen Fallen nicht verfangen will, ist in der EU augenscheinlich auf eine problemorientierte Verständigungsbereitschaft nationaler und europäischer Akteure angewiesen (Neyer 2006). Demzufolge muss das Recht die kommunikativen Voraussetzungen dieser Form des Regierens zu stabilisieren versuchen. Es muss, so können wir im Anschluss an die rechtstheoretischen Bemerkungen zum post-interventionistischen Recht präzisieren, dem prozeduralen Rechtsparadigma[26] entsprechen. Die dritte Implikation wurde im Zusammenhang mit dem „methodologischen Nationalismus“ in der Tradition des IPR und seiner Nachbardisziplinen schon angesprochen.[27] Für das europäische Kollisionsrecht kommt ein Anschluss an die Methodologie des klassischen IPR wegen ihrer Ausrichtung an der Auswahl einer von mehreren Jurisdiktionen nicht in Betracht. Das europäische Kollisionsrecht ist vielmehr prozedural verfahrendes Koordinations- und Kooperationsrecht.

IV.3 Das dreidimensionale Kollisionsrecht der Union[28]

All diese Aussagen[29] sind keineswegs bloß frei schwebende juristische Phantasien, sondern sie finden Rückhalt im real existierenden Europarecht und der europäischen Praxis.

---

25 Zur sozialwissenschaftlichen Anschlussfähigkeit dieser Termini in der EU, aber auch der postnationalen Konstellation im Allgemeinen vgl. Mayntz (2007: 13 ff., 23-24).

26 Oben III.1.

27 Oben II.1.

28 Den Begriff des dreidimensionalen Kollisionsrechts findet sich auch bei Kjaer (2009; 2010). Es geht dabei Kjaer aber nicht um eine Re-Konzeptualisierung des Europäischen *Rechts* und des traditionellen Kollisionsrechts in normativer, demokratietheoretisch motivierter Absicht, sondern vor allem um eine soziologische Analyse des europäischen Prozesses. Diese Analyse bestimmt den Bedeutungsgehalt seiner Begrifflichkeit auch da, wo sie rechtliche Kategorien aufgreift. Das gilt für den Verfassungsbegriff, den er systemtheoretisch als strukturelle Koppelung von Recht und Politik versteht und mit diesem Hintergrundverständnis in transnationale Konstellationen verwendet. Diess gilt ebenso für seine „dritte Dimension“, die er als „collisions between functionally differentiated structures“ beschreibt und deshalb ebenfalls „auf allen Ebenen des Regierens“ verwenden kann. Das mag für die Soziologie richtig sein, taugt aber nicht fürs Recht – jedenfalls nicht ohne weitere Übersetzungsleistungen. Für die vertikalen und horizontalen Konflikte gilt dies auch, nur ist dort die Vermittlung einfacher. Unberücksichtigt lässt Kjaer die diagonalen Konflikte (zum Begriff oben IV.2), die in Mehrebenensystemen aber von zentraler Bedeutung sind – soziologisch (vgl. Mayntz 2007) *und* juristisch (vgl. Schmid 2006; Ladeur/Viellechner 2008: 45).

Sie sind ebenso wenig als oppositioneller Alternativentwurf zur gesamten Verfassungsdebatte gemeint, sondern haben hier vielfältige Berührungs- und Überschneidungspunkte.[30] Im Folgenden wird es indessen vor allem darum gehen, die Perspektiven des kollisionsrechtlichen Ansatzes und seiner Differenzierungen zu erläutern.

IV.3.1 Rekonzeptualisierung des Primärrechts: Die erste Dimension einer kollisionsrechtlichen Verfassung der Europäischen Union

Das europäische Integrationsprojekt wird wesentlich von Rechtsprinzipien strukturiert, deren grundsätzliche Bedeutung erkennbar wird, wenn man sie mit Traditionen des IPR und seiner Nachbardisziplinen konfrontiert: Artikel 18 AEUV (ex Artikel 12 EGV): „Unbeschadet besonderer Bestimmungen der Verträge ist in ihrem Anwendungsbereich jede Diskriminierung aus Gründen der Staatsangehörigkeit verboten“. Die Freizügigkeitsrechte, die aktive wie auch die passive Dienstleistungsfreiheit statuieren immer auch Pflichten zur Anerkennung „fremder“ Rechtspositionen. Die Wettbewerbsregeln disziplinieren nicht nur Marktakteure, sondern sollen auch i.V.m. den Beihilfevorschriften verhindern, dass die Mitgliedstaaten ihren eigenen Unternehmen protektionistisch unter die Arme greifen; Zusammenarbeit ist nicht bloß Gebot einer *comitas among nations*, sondern dem Artikel 4 Abs. 3 des Unionsvertrages zufolge eine Rechtspflicht. Keine dieser Regeln ist strikt im Sinne einer allumfassenden Ordnung, die nationalstaatliche Relativierungen und Abweichungen nicht tolerieren würde. Das Europäische Recht muss allenthalben mit einem *ordre public* eigener Art operieren. Es benötigt ein

---

[29] Den Begriff des dreidimensionalen Kollisionsrechts findet sich auch bei Kjaer (2009; 2010). Es geht dabei Kjaer aber nicht um eine Re-Konzeptualisierung des Europäischen *Rechts* und des traditionellen Kollisionsrechts in normativer, demokratietheoretisch motivierter Absicht, sondern vor allem um eine soziologische Analyse des europäischen Prozesses. Diese Analyse bestimmt den Bedeutungsgehalt seiner Begrifflichkeit auch da, wo sie rechtliche Kategorien aufgreift. Das gilt für den Verfassungsbegriff, den er systemtheoretisch als strukturelle Koppelung von Recht und Politik versteht und mit diesem Hintergrundverständnis in transnationale Konstellationen verwendet. Diess gilt ebenso für seine „dritte Dimension“, die er als „collisions between functionally differentiated structures“ beschreibt und deshalb ebenfalls „auf allen Ebenen des Regierens“ verwenden kann. Das mag für die Soziologie richtig sein, taugt aber nicht fürs Recht – jedenfalls nicht ohne weitere Übersetzungsleistungen. Für die vertikalen und horizontalen Konflikte gilt dies auch, nur ist dort die Vermittlung einfacher. Unberücksichtigt lässt Kjaer die diagonalen Konflikte (zum Begriff oben IV.2), die in Mehrebenensystemen aber von zentraler Bedeutung sind – soziologisch (vgl. Mayntz 2007) *und* juristisch (vgl. Schmid 2006; Ladeur/Viellechner 2008: 45).

[30] Ein „horizontaler Konstitutionalismus“ wie ihn das Kollisionsrecht projektiert, findet Rückhalt in Auffassung der Union als „Bund“ (vgl. Schönberger 2004; Franzius 2010a: 62-68).

Sekundärrecht, das all diese Prinzipien als „Sachnormen“[31] verstetigt und ihre administrative Umsetzung anleitet.

In jedem Einzelbereich ist die Kompatibilisierung supranational verbindlicher Prinzipien mit legitimen Regelungsanliegen der Mitgliedstaaten eine unabschließbare Aufgabe. Das Exempel, an dem dies veranschaulicht werden soll, ist die legendäre *Cassis*-Entscheidung, die bekanntlich im Jahre 1979 das Binnenmarktprojekt auf den Weg brachte.[32] Weniger bekannt ist, dass diese Entscheidung der Sache nach den im IPR tradierten Umgang mit fremdem in einer Weise revolutionierte, die in ihrer Radikalität die von Brainerd Currie ausgerufenen amerikanische „conflict of laws revolution“ der 60er Jahre[33] in den Schatten stellt.

Der Rechtsspruch des EuGH betraf einen vermeintlichen unscheinbaren Fall und lautete einfach: Das deutsche Vermarktungsverbot für einen französischen Likör, dessen Alkoholgehalt unter jenem deutscher Liköre lag, sei nicht mit der Rechtsgarantie der Warenverkehrsfreiheit (Art. 30 EG-Vertrag, heute Art. 34 AEUV) verträglich. Zwar lasse das Rechtsgebot der Warenverkehrsfreiheit nationalstaatliche Regelungen zum Schutz der Gesundheit und der Information von Verbrauchern unberührt. Im Grundsatz sei freilich von einer Gleichwertigkeit und Anerkennungswürdigkeit der Regelungen der Mitgliedstaaten auszugehen. Im Falle von Regelungsunterschieden sei deshalb ein Ausgleich zu suchen, der mit dem Grundansatz der Warenverkehrsfreiheit verträglich sei.

Im *Cassis*-Fall erschien dies sehr einfach: Eine Irreführung der an Höherprozentiges gewöhnten deutschen Verbraucher könne statt durch ein Vermarktungsverbot durch ein milderes Mittel, nämlich eine Kennzeichnung des französischen Likörs, erreicht werden. „Easy cases can make tough law“: Das Urteil war „einfach“ überzeugend, aber alles andere als trivial. Mit seiner Rechts-„Erkenntnis“ verschaffte der EuGH sich nämlich zugleich die Befugnis, die Berechtigung nationalstaatlicher Regelungen zu überprüfen – er bestellte sich zum Verfassungsgericht; es war dies eine „Recht-Fertigung“ (i.S.v. Wiethölter 2003), die weit reichende praktische und politische Wirkungen zeitigte – und sich, wenn man sie in die Denkwelt des traditionellen IPR zurückübersetzt als eine umstürzende Neugestaltung erweist. In der *Cassis*-Konstellation kollidierten Geltungsansprüche des deutschen Rechts, das den französischen Likör nicht dulden wollte, mit dem Ansinnen Frankreichs, Cassis auch in Deutschland als verkehrsfähiges Produkt

---

[31] Die Idee eines transnationalen Sachrechts, das funktionell Kollsionsrecht bleibe, hat Steindorff 1958 entwickelt – lange bevor sie die Wirkung entfalten konnte, die ihr heute zukommt.

[32] EuGH Rs. 120/78, Urteil vom. 20.2.1979, Rewe./.Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*

[33] Oben II.2.

zu behandeln. Der EuGH hat in seiner Antwort auf den Rechtsstreit, den nicht etwa die Staaten, sondern interessierte deutsche Akteure austrugen, der aber dennoch die Frage betraf, ob französische Regeln sich gegenüber deutschen Vermarktungsverboten durchsetzen,[34] eine Meta-Norm gefertigt, die beide Rechtssysteme akzeptieren können: Weil beide Rechtsordnungen dem Ziel der Handelsfreiheit verpflichtet sind, konnte der EuGH Deutschland abverlangen, von der Durchsetzung einer Vorschrift abzusehen, die keine unverzichtbaren (legitimen) Verbraucherschutzanliegen betrifft. Dies ist alles andere als eine Trivialität. Der EuGH hat nicht einfach die Warenverkehrsfreiheit gegen regulative Schutzpolitiken durchgesetzt. Er hat insbesondere, anders als die anschließende Mitteilung der Kommission dies insinuierte,[35] keineswegs eine allgemeine Pflicht zur „wechselseitigen Anerkennung“ mitgliedstaatlichen Rechts, statuiert. Der EuGH hat vielmehr Maßstäbe vorgegeben und sie exemplarisch konkretisiert, die den Intentionen des kollisionsrechtlichen Ansatzes im Prinzip entsprechen: Regulative Beschränkungen der Warenverkehrsfreiheit müssen dann hingenommen werden, wenn sie „zwingenden Erfordernissen“ gerecht werden, zu denen vor allem der Schutz der Gesundheit und der Verbrauchschutz gehören.[36] Die hierin beschlossene Einschränkung mitgliedstaatlicher Autonomie ist rigide, weil sie die gesamte regulative Politik in ein Prokrustesbett zwängt. Sie bleibt aber eine Kollisionsregel, weil sie zwischen zwei kollidierenden Belangen vermittelt. Eine Ergänzung von systematischer Bedeutung verbirgt sich in dem Zusatz, mit dem Deutschland aufgegeben wurde, das Verkehrsverbot durch eine

---

[34] Es gehe in Fällen wie *Cassis* nicht um einen Streit zwischen Frankreich und Deutschland, sondern den eines deutschen Importeur gegen deutsche Produzenten, hat deshalb Chalmers (2007: 334) eingewandt. Richtig ist allerdings, dass Europäisches Recht, insbesondere die Freiheitsrechte, beständig für Interessen instrumentalisiert werden, die im innerstaatlichen Recht in legislativen Akten durchgesetzt werden müssen. Dies ändert nichts daran, dass diese Streitverfahren die Geltungsansprüche staatlicher Rechtsordnungen in Frage stellen. Nicht grundsätzlich anders ist dies ist in den gesellschaftsrechtlichen Fällen wie *Centros* (EuGH, Rs 212/97, Slg 1999 I-1459 - *Centros Ltd. v. Erhvervs-og Selskabsstyrelsen.*). Hier wie dort steht die normative Qualität der europäischen Rechtsproduktion in Frage. Genau dies ist das Kernanliegen des kollisionsrechtlichen Ansatzes. Um eine Verteidigung territorialer Geltungsansprüche, gar eine „Re-Territorialsierung“, wie Chalmers (2007) und ihm folgend Kjaer (2010: 86, 150) meinen, geht es dabei nicht. Zu all dem schon Joerges (2006: 181 ff). Dem EuGH wird auch nicht ein „intentional development of ‚meta-norms’“ unterstellt, wie Kjaer (2010: 148) behauptet; unsere Rekonstruktion der genannten Urteil in kollisionsrechtlichen Kategorien, will dieser Rechtsprechung vielmehr einen neuen Sinn abgewinnen.

[35] Mitteilung „über die Auswirkungen des Urteils des Europäischen Gerichtshofes vom 20. Februar 1979 in der Rs. 120/78 (Cassis de Dijon)“, ABl. 1980 C 256/2, die, wie in Joerges u.a., (1988: 313 ff.) dargelegt ist, mit einem – praktisch sehr einflussreichen! – Euphemismus operierte.

[36] Rs. 120/78, Rz. 8.

Verbrauchinformationsmaßnahme zu ersetzen.[37] Der unscheinbare Nachsatz besagt nichts weniger, als dass die Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung ihrer Schutzmaßnahmen, auf das gemeinschaftliche Ziel des freien Warenverkehrs und die Interessen ihrer Nachbarn an einer Vermarktung ihrer Produkte zu berücksichtigen haben. Was den Mitgliedstaaten hier abverlangt wird, entspricht den Intentionen des kollisionsrechtlichen Ansatzes aufs Genaueste. Sie entspricht diesem Ansatz im Grundsätzlichen auch deshalb, weil sie das Europarecht keineswegs als Institutionalisierung einer Wirtschaftsverfassung handhabt, in der es im Wesentlichen nur um die Gewährleistung der „vier Freiheiten“ ginge, sondern aufzeigt, dass es einen dritten Weg zwischen Protektionismus und Deregulierung gibt.

Als „autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich“ hat Fritz Scharpf (1994) diese Vermittlungsleistung gekennzeichnet. Sie gelingt dem EuGH auch in dem Spannungsverhältnis von Warenverkehrsfreiheit und regulativer Politik nicht durchgängig, und es handelt sich erst recht nicht um eine Maxime, die von der Rechtsprechung überall beachtet werden würde.[38] *Cassis* bleibt dennoch eine Entscheidung, an der sich das Anliegen eines europäischen Kollisionsrechts exemplarisch verdeutlichen lässt.

IV.3.2 Die Verfassung Konstitutionalisierung der „politischen Verwaltung“: Das Kollisionsrecht der zweiten Dimension

In seiner „ersten Dimension“ ist der horizontale kollisionsrechtliche Konstitutionalismus mit der Kompensation nationalstaatlicher Demokratiedefizite befasst. Die Kooperation im europäischen Bund geht jedoch über die dort institutionalisierten Rücksichtnahmegebote hinaus. Es gibt darüber hinausgehende positive, insbesondere administrative Kooperationspflichten, die nunmehr Artikel 187 AEUV substantiiert hat. Damit trägt der Vertrag, aber auch „seit jeher“ das Gemeinschaftsrecht dem Umstand Rechnung, dass sich regulative Politik vielfach nicht mehr national realisieren lässt, sondern die „Geologie“ auch des europäischen Rechtsystems transformieren musste.[39] Dass die Praxis des Europarechts hierbei den Vertragsänderungsverfahren und ebenso der Europarechtswissenschaft und der gesamten Integrationsforschung voraus war, kommt nicht von ungefähr. Immer wieder haben mächtige Akteure die Vorstellung gepflegt, das europäische Projekt solle und könne gleichsam staatsfrei vorangebracht, Europa als „Markt ohne Staat“ institutionalisiert werden. Immer kam es anders: Vorstöße einer bewusst deregulativen Integrationspolitik wurden von Gegenbewegungen eingeholt, die

---

[37] Rs. 120/78, Rz 14.

[38] Namentlich nicht in der neueren Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht, in der sich der EuGH zum nationalstaatlichen Arbeitsrecht alles andere als autonomieschonend verhält (Rödl 2009; Joerges 2009).

[39] Oben III.2.

auf eine soziale (Wieder-)Einbettung der Märkte Europas abzielten. Am markantesten geschah dies bei der Umsetzung der Programmatik der Delors-Kommission zur „Vollendung“ des Binnenmarktes (Europäische Kommission 1985). Als sich alle institutionellen Akteure Mitte der 80er Jahre darauf verständigt hatten, die Integration durch dieses Projekt voranzutreiben, stellte sich rasch heraus, dass hierfür umfängliche regulative und institutionelle Reformen in Angriff genommen werden mussten.[40] Dies hat seinerzeit viele Beobachter, namentlich die Protagonisten eines neo-liberalen Markt-Europas irritiert. Die Entwicklung war aber praktisch-politisch schon deshalb nicht wirklich überraschend, weil Europa bei seinem *market building* auf in den nationalen Gesellschaften fest etablierte regulative Praktiken traf, die es nicht einfach abschaffen konnte. Diese Erfahrung entspricht im Übrigen theoretischen Einsichten der Wirtschaftssoziologie in die Funktionsbedingungen und „Politizität“ liberalisierter Märkte, denen der neoliberale Fundamentalismus sich zu verschließen pflegt.[41]

Der Aufbau einer umfassenden regulativen Maschinerie im Zuge der Umsetzung des Binnenmarktes war die unausweichliche Folge. Nun war Europa für diese Aufgaben, die es mit ihrem Großprojekt in Angriff nahm, schlecht gerüstet. Der Aufbau einer hierarchisch strukturierten Verwaltung oder die Einrichtung europäischer Agenturen nach amerikanischen Vorbildern kam nicht wirklich in Frage. Es lag nahe, stattdessen auf jene Handlungsform zurückzugreifen, mit der Europa schon einmal eine ebenenübergreifende, kontinuierlich tätige „politische Verwaltung“ aufgebaut hatte, nämlich das in der Agrarpolitik entstandene Ausschusswesen. Hierfür erfand der amtliche Sprachgebrauch den Terminus „Komitologie“ (Falke 2000). Sein obskurer Klang entspricht der Komplexität der Aufgabe, die funktionalen und strukturellen Spannungen des Binnenmarktprojekts klein zu arbeiten. Dabei geht es gerade bei der „Durchführung“ der neuen regulativen Politiken oft genug nicht bloß um technische, sondern auch um politisch sensible Themen. Die Komitologie muss dann zwischen funktionalen Erfordernissen und normativen Belangen vermitteln. Die jeweils unterschiedliche Zusammensetzung der Ausschüsse ergibt sich aus der Aufgabe, die verschiedenen Bestände an Fachwissen und regulativen Anliegen gegeneinander abzuwägen und zu einer Synthese zu bringen. Sie spiegelt aber auch die Interessenvielfalt und die politischen Differenzen wider, die im Implementierungsprozess ausgetragen werden müssen.

---

[40] Zur rechtswissenschaftlichen Diskussion vgl. Joerges (1994b; 2005).

[41] In Analysen der politischen Ökonomie der europäischen Integration werden deren institutionellen Bedingungen rechtliche Strukturierungen ernst genommen; stellvertretend sei verwiesen auf Höpner/Schäfer (2010). Die Wirtschaftssoziologie setzt so abstrakt an, dass sie alle „Ebenen des Regierens“ erfassen kann. Zur Binnenmarktanalyse ist sie kaum genutzt worden. Eine Ausnahme ist der Versuch von Caporaso (2008).

„Politische Binnenmarktverwaltung“ (Joerges 2000) ist ein Terminus, der dieses Phänomen gut trifft.[42] Seine Zuordnung zum Kollisionsrecht trägt dem Umstand Rechnung, dass wir es mit einem transnationalen Modus der Konfliktvermittlung zu tun haben. Das Oxymoron von der „politischen Verwaltung“ soll aber auch darauf verweisen, dass wir es nicht „Rechtsanwendung“ im üblichen Verstande, also auch nicht mit konventionellem Kollisions*recht* zu tun haben. Die im internationalen öffentlichen Recht tradierten und in der amerikanischen „conflicts revolution“ von Brainerd Currie (1963a) erneuerten Einwände gegen eine exklusiv judikative Bearbeitung dieser Kollisionen ist triftig, insofern sie auf ein unlösbares Dilemma hinweist: Gerichte könnten entweder – wie dies der Tradition des öffentlichen Kollisionsrechts entspräche (Kegel/Seidl-Hohenveldern 1978)[43] – die territoriale Reichweite einer mitgliedsstaatlichen Regulierung zur Geltung bringen und würden so den Binnenmarkt konterkarieren; oder sie könnten – wie dies die liberalisierend-deregulative Version des Prinzips der wechselseitigen Anerkennung sich vorstellte – ein reines Herkunftslandprinzip etablieren und hätten dann in Kauf zu nehmen, dass sie damit in der politischen Öffentlichkeit massive Kritik ernten und von der administrativen Praxis unterlaufen würden. Gefordert sind mithin letztlich Sachnormen, die jedoch nicht als Sachnormen einer übergeordneten föderalen Rechtsebene auftreten, sondern als „Sachnormen im Kollisionsrecht“ funktional Kollisionsnormen bleiben. Wer sich all diese Schwierigkeiten vor Augen führt, wird der Komitologie zugute halten, dass sie ihre Normen und Entscheidungen in Verfahren generiert, die ihre kollisionsrechtspolitische Funktion widerspiegeln. Ihre „Regelungsausschüsse“ handeln wie „Miniräte“; sie können sich auf die Delegation ihrer Befugnisse seitens demokratisch legitimierter Regierungen berufen. Mit der Rücksichtnahme auf konkurrierende Belange und der Einbeziehung von wissenschaftlicher und praktischer Expertise hat sich auf europäischer Ebene ein „Entdeckungsverfahren der Praxis“ institutionalisiert, das auf die Produktivität kooperativer Bearbeitungen komplexer Konfliktlagen setzt und tragfähige Indizien weisen darauf hin, dass jene Problemerörterungen in aller Regel sachlich-deliberativ, wenngleich unter weitgehender Abschottung vor der allgemeinen Öffentlichkeit, verlaufen (Joerges/Neyer 1998).

Mit all dem ist nicht etwa gemeint, dass die Komitologie *telle quelle* „Anerkennung verdient“ hätte. Gemeint ist stattdessen, dass es geboten, aber auch möglich sei, sie so auszugestalten, dass sie aus ihrem Dasein in der Unterwelt, in der man sie gefangen

---

42 Geprägt hat den Begriff der „politischen Verwaltung“ Rudolf Wiethölter (1972; 1973).

42 Erinnert sei nochmals an die Abneigung Curries, kollidierender ausländischer Politiken und „governmental interests“ einer richterlichen Prüfung auszusetzen oder sie gar von Gerichten „abwägen“ zu lassen (s. oben II.2).

43 Vgl. im Übrigen nochmals Kegel/Schurig (2000: 1094) und die Passage aus Weber (1895: 18 f.).

sieht,[44] herauskommen: Dies ist mit der Forderung nach ihrer Konstitutionalisierung gemeint.[45] Es geht dabei allerdings um ein konzeptionell und praktisch voraussetzugsreiches Vorhaben, das die Fallsticke einer transnationalen Expertenherrschaft vermeiden will, ohne nationalstaatliche oder föderale Vorbilder kopieren zu können. Es ist kein Spezifikum der europäischen Konstellation, dass der Vorsprung der Verwaltung an Wissen und Macht die für die moderne Demokratie essentiellen hierarchischen Verhältnisse zwischen Gesetzgebung, Regierung und Verwaltung zu konterkarieren droht. Eine konstitutionelle Strategie muss deshalb auf die Risiken einer Verselbständigung europäischer und internationaler Funktionsbürokratien und Expertenzirkel reagieren.[46] Die Transparenz des Ausschusswesens gegenüber dem Europäischen Parlament, subjektive Informationsansprüche der Bürger,[47] primär- und sekundärrechtlichen Schutzklauseln, die keine dauerhaften Ausstiegsoptionen gewähren, aber immerhin politisch wahrzunehmende Rechte auf erneute Beratung und Entscheidung einräumen,[48] sind Schritte in die richtige Richtung. Eine parlamentarische Dauersupervision, wie sie der Logik der Forderungen des Europäischen Parlaments entspricht, ist freilich illusionär. Sie scheitert schlicht an dem Umfang der Ausschussarbeiten und kann die Verständnisbarrieren zwischen Experten und Öffentlichkeit nicht überwinden, auch nicht die einer parlamentarischen Öffentlichkeit. Aussichtsreicher wäre es schon, dafür zu sorgen, dass die europäischen Öffentlichkeiten sich wechselseitig beobachten und die Besorgnisse der jeweils anderen ernst nehmen, und dem Vorbild amerikanischer Kongressausschüsse entsprechend, die parlamentarische Kontrolle auf spezialisierte Gremien zu verlagern, die sich auf diese Aufgabe turnusmäßig vorbereiten (Joerges 1997: 320 ff.)

Um die praktischen Realisierungschancen entsprechender Vorschläge ist es indessen nicht gut bestellt. Auf die Vermehrung regulativer Aufgaben und die Vertiefung sozioökonomischer Divergenzen in der Union reagiert die regulative Politik mit einer zentralisierenden „Verwissenschaftlichung“ von Entscheidungsprozessen, in der grundsätzlich

---

44 Vgl. das irritierte Interview von Weiler (1998).

45 Hierauf verweisen Überschrift und Inhalt des englischen Originals von Joerges/Neyer (1997), ohne damit trotz vielfacher Wiederholungen seit Joerges (2000a) auf Verständnis zu stoßen; vgl. zuletzt wieder Griller/Orator (2010: 23).

46 Darin bestünde, wie Schmalz-Bruns (2007: 290), es treffend ausdrückt, die „normative Pointe von Konstitutionalisierung“ supranational-administrativer Verrechtlichung: Schmalz-Bruns selbst glaubt freilich nicht, dass dieses Problem lösbar sein könnte.

47 Art. 5 Abs. 5, 7 Abs. 3 des Beschlusses des Rats zur Festlegung der Modalitäten für die Ausübung der der Kommission übertragenen Durchführungsbefugnisse v. 28. 6. 1999; ABl. L 184/23 einerseits und EuG, Rs. T-188/97, *Rothmans International gegen Kommission*, Slg. 1999-II, 2463 andererseits.

48 Art. 114 Abs. 4-8 und Abs. 10 AEUV (ex-Art. 95 EGV).

nur solche Einwände gegen Umwelt- und Gesundheitsrisiken relevant sein sollen, für die es wissenschaftlich abgesicherte Belege gibt. Der Wirkungsbereich der Komitologie wird dabei zurückgedrängt und ihr Potential der Synthetisierung wissenschaftlicher Expertise und praktischer Urteilskraft erodiert. In den Vordergrund rücken europäische Agenturen, die sich mit kognitiv verstandenen Risikoanalysen befassen, während das *risk management* politisch verantwortlichen Akteuren zugewiesen wird – als ob sich die kognitiv-wissenschaftlichen und die praktisch-politischen Dimensionen der Risikoregulierung säuberlich voneinander trennen ließen. Die sich abzeichnende Stärkung wissenschaftlicher Beratung in der europäischen Risikopolitik kommt den Interessen an gemeineuropäischen einheitlichen Entscheidungen entgegen; sie erleichtert zudem die Einbindung der europäischen Politik in globale Abstimmungen und kommt dabei den Vermarktungsstrategien global agierender Unternehmen entgegen. Die kollisionsrechtliche Konstitutionalisierungsprogrammatik muss sich daher verstärkt zwei Feldern jenseits der Komitologie zuwenden: der wachsenden Bedeutung europäischer Agenturen einerseits und der Stärkung para-legaler Regime andererseits. Die Agenturen sollen, weil es sich um eine europäische Entwicklung handelt, deren regulative Funktionen sich auf internationaler Ebene nicht in der gleichen Form institutionalisieren lassen, hier nicht behandelt werden. Die Auseinandersetzung mit den para-legalen Ordnungen erscheint dringlicher.

IV.3.3 Para-legale Formen Europäischen Regierens: Das Kollisionsrecht der dritten Dimension

Komitologie und Europäische Agenturen sind, wie wir betont haben, nicht etwa administrative Institutionen, die sich in Max Webers Bürokratie-Analysen einfügen ließen. Sie verdanken ihre „Sachautorität“ wesentlich der Einbeziehung von Experten und der Kooperation mit nicht-gouvernementalen Organisationen. Insofern mag man die politische Verwaltung des Binnenmarktes als hybrid bezeichnen. Dennoch bleibt hier die administrative Komponente organisatorisch bestimmend. In der praktisch ungemein wichtigen, alle Bereiche von Produktion und Konsum durchdringenden Normung ist dies umgekehrt. Der Terminus „private transnationalism“, den Harm Schepel (2005: 35 ff.) zur Qualifikation ihrer Operationsweise gefunden hat, entspricht dieser Sachlage. Die Staaten, die Verwaltung und die Europäische Kommission treten hier vor allem als Förderer und Beobachter auf, aber sie haben sich keineswegs aus der regulativen Politik verabschiedet. Das Beziehungsgeflecht, das Schepel analysiert hat, ist eine „gelungene symbiotische Beziehung“, die er als Rechts-Verfassung bezeichnet hat und die diese Bezeichnung augenscheinlich verdient.

Die Genese dieser Verfassung darf als Musterfall eines „Entdeckungsverfahrens der Praxis“ gelten. Die Geschichte der „Neuen Konzeption für technische Harmonisierung

und Normung“ begann mit der Einsicht in die Vergeblichkeit der Bemühungen um die Beseitigung von sogenannten nichttarifären Handelshemmnissen, mit der die EWG seit 1969 planmäßig befasst war. In der Absicht, diese Hindernisse zu überwinden, ersann Lord Cockfield im Auftrag der Kommission ein Bündel klug aufeinander abgestimmter Maßnahmen: Die europäische Rechtsetzung entlastete sich dadurch wesentlich, dass sie sich von nun an damit begnügte, „wesentliche Sicherheitsanforderungen“ festzulegen. Deren „Konkretisierung“ wurde an die europäischen Normungsorganisationen, insbesondere CEN und CENELEC,[49] unter Zwischenschaltung von Normungsmandaten delegiert. Die Einbeziehung nichtstaatlicher Akteure bedeutete, wie alle wussten, ohne darüber zu reden, *de facto* eine Delegation gesetzgeberischer Kompetenzen, die mit dem „geltenden Europarecht“ in der Gestalt der Meroni-Doktrin des aus der Frühzeit des EuGH eigentlich nicht vereinbar war (vgl. Joerges u.a. 1988: 380 ff.; Griller/Orator 2010: 27 ff.).

Auf den ersten Blick mag es verwundern: die Verregelung des „privaten Transnationalismus“ der Normung ist weitaus intensiver ausgefallen als sie es in den vormals öffentlich-rechtlichen, erfassten Politikfeldern gewesen war. Es haben sich allgemein akzeptierte und stabile Prozeduren herausgebildet, die Rechtsprinzipien und die Standards von Professionen mit Partizipationschancen synthetisieren und immer wieder zu konsentierten Problemlösungen führen. Bezeichnenderweise gleichen die Strukturen der europäischen Normung in vielfacher Hinsicht denen des Ausschusswesens. Man hat insbesondere auf eine Zentralisierung verzichtet und durch eine nicht-unitarische Netzwerkstruktur sichergestellt, dass nationale Delegationen ihre jeweiligen Perspektiven einbringen können. Verwaltungen und auch Gerichte sind selten aktuell, aber stets latent präsent. Die Normung operiert in ihrem Schatten. Sie hat sich vom staatlichen Recht gelöst, bleibt aber transparent und hält Kontakt mit gouvernementalen Akteuren. Für Schepel (2005) liegt das Erfolgsgeheimnis der Normung darin, dass sie ihre Verfahren keinen ökonomischen oder wissenschaftlichen, sondern sich an *politisch* vertretbaren Kriterien hält. Faire Verfahren, Transparenz, Offenheit und ausgewogene Interessenrepräsentation sind die Maßstäbe, nach denen sich die einschlägigen Beratungen innerhalb der berufenen Institutionen ausrichten. Sie befördern weder wissenschaftliche Erkenntnis noch ökonomisch Effizienz, sondern zielen auf die Anerkennung ihrer Ergebnisse im staatlichen Recht (prägnant Schepel 2005: 223).

Mithin haben wir es hier mit einer Konstellation zu tun, in der das zwingende staatliche Recht und die Norm-Fertigung nicht-staatlicher Akteure sich produktiv ergänzen. Die Behauptung, dass die Normung derartige Sensibilitäten entwickelt und pflegt – und zwar auf *allen* Ebenen des Regierens – erscheint uns zumindest plausibel. Schepels

[49] CEN - Comité Européen de Normalisation; CENELEC - Comité Européen de Normalisation Electrotechnique.

Analysen treffen sich mit historischen Untersuchungen, die Transformationen des eindimensional konstruierten Verbrauchers zum politisch agierenden Marktbürger rekonstruieren (Soper/Trentmann 2007), mit soziologischen Analysen, die eine Moralisierung von Märkten diagnostizieren (Stehr 2007), und mit einer Vielzahl wirtschaftssoziologischer Studien, die Märkte als soziale Institutionen begreifen (vgl. Beckert 1997; 2001, Granovetter/Swedberg 2001).[50] Um dies zu verallgemeinern: Das Recht kann und sollte darauf bauen, dass die moderne Wirtschaft und ihre Märkte eben nicht automatengleich nach dem geldvermittelten Steuerungsmodus von Angebot und Nachfrage funktionieren. Vielmehr müssen sie politisch wichtige Festlegungen treffen. Das Recht darf davon ausgehen, dass den Produzenten dieser Normen grundsätzlich an deren Anerkennung insbesondere durch verfassungsstaatliches Recht gelegen ist. Deshalb kann und soll jenes Recht auf das Zustandekommen dieser Festlegungen Einfluss nehmen.

Ebenso wie im Falle der Komitologie müssen wir uns der Frage stellen, inwiefern solche Interaktionen kollisionsrechtlich begreifbar sind. Im Unterschied zu den Anerkennungsfragen, die dem überkommenen Kollisionsrecht im Verhältnis zu fremdem Recht und fremder gerichtlicher Entscheidung begegnen, haben wir es hier mit paralegalen Alternativen zu staatlichem Recht zu tun. Gleichzeitig geht es aber, nicht anders als in entsprechenden nationalen Konstellationen auch, um Regelungsprobleme, für deren Bewältigung dem staatlichen Recht die Ressourcen und die Expertise fehlen (Schanze 2005: 90 f.; Schepel 2006: Fn. 4). Dem Übergang zu prozeduralen Regelungsformen im nationalen Recht entspricht dann die Bereitschaft zur Anerkennung der Ergebnisse gesellschaftlicher Normproduktion, die erstens an sachliche Voraussetzungen geknüpft ist, die zweitens prozedurale Vorgaben einlöst oder zumindest anerkannten Praktiken entspricht und deren Ergebnisse drittens von staatlichen Rechtsordnungen, mit deren ordre public sie unvereinbar sind, nicht hingenommen werden müssen.

Diese Vorstellung einer kollisionsrechtlichen Anerkennung nicht-staatlichen Rechts unter Bedingungen und Auflagen kann sich auf Muster beziehen, die „seit jeher“ im Kollisionsrecht für private Rechtsverhältnisse finden, nämlich bei der Anerkennung von Sprüchen privater Schiedsgerichte durch das staatliche Recht (§§ 1059 ff. ZPO), die gleichfalls sachlichen Voraussetzungen sowie prozeduralen und materiellen Anforderungen unterliegt, die insbesondere gehaltvoller sind als diejenigen einer Anerkennung fremden Rechts (Art. 6 EGBGB) oder der Anerkennung fremder gerichtlicher Entscheidungen (§ 328 ZPO). Mit dieser Analogie wird auch die Asymmetrie unterstrichen, die im bisher Gesagten schon angesprochen war: Private Normsetzung sucht die Anerken-

[50] „Wirtschaftssoziologie“ wäre eine zu enge Bezeichnung für die Arbeiten von Martin Herberg (2005; 2007; 2009), die zwar mit ökonomischem Akteuren und wirtschaftlichem Handeln befasst sind, dabei aber auch eine Soziologie des Rechts entwickeln, die mit den hier verfolgten Fragestellungen konvergiert.

nung durch staatliches und europäisches Recht, ist auf sie angewiesen und operiert darum in deren Schatten. Aber dieser Schatten ist von sichtbarer Stärke: Er entsteht in Europa durch ein Wettbewerbsrecht, dem sich organisationsverfassungsrechtliche Anforderungen an die Normung entnehmen lassen (Joerges u.a. 1999), und er wird in Europa und international durch das Produzenten- und Produkthaftungsrecht weiter verstärkt. Hinzu kommen Anforderungen und Supervisionsmaßnahmen des öffentlich-rechtlich verfassten Produktsicherheitsrechts, die in Europa gerade im Hinblick auf die Stärkung der Normung entwickelt wurden. Der „Neue Ansatz zur technischen Harmonisierung und Normung“ ist nicht mehr neu. Aber er wird in einer Weise fortentwickelt, die seine Doppelstrukturen erhält und in der sich die daraus resultierenden Qualitäten erhalten. Die demokratische Forderung, derzufolge Recht nur dann „Anerkennung verdient“, wenn sich die ihm Unterworfenen in letzter Instanz als seine Autoren verstehen können, ist hier keineswegs suspendiert.[51]

Wir können als Zwischenergebnis festhalten: Eine kollisionsrechtliche Interpretation des Europäischen Rechts findet Rückhalt im real existierenden Europarecht. Dies gilt für das Primärrecht, aber auch für die rechtliche Verfassung der „politischen Verwaltung“ des Binnenmarkts und sogar für die den „privaten“ Transnationalismus der Normung. Die normativen Kernargumente des kollisionsrechtlichen Ansatzes sind danach ebenso tragfähig wie seine soziologische Fundierung – und beide Argumentationslinien stützen sich wechselseitig: Die kollisionsrechtliche Perspektive öffnet einen Ausweg aus den Dilemmata der Debatten zum europäischen Demokratiedefizit. Sie bietet normativ gehaltvolle Maßstäbe für eine Konstitutionalisierung transnationalen Regierens. Sie ist „gesellschaftsadäquat“, weil sie sozio-ökonomische Diskrepanzen, politische und kulturelle Unterschiede und die aus dem folgenden Spannungen in Rechnung stellt. Sie kann dabei dem geglückten Leitspruch des verunglückten Verfassungsvertrages gerecht werden, um die Vielfalt in der Einheit Europas zu bewahren.[52]

---

[51] Mit all dem unterscheidet sich der kollisionsrechtliche Ansatz von dem gesellschaftlichen (autokonstitutionellen) Konstitutionalismus bei Fischer-Lescano/Teubner (2006); vgl. schon oben III.1 mit den Hinweisen auf Grimm 2009 und Maus 2010 sowie unten Fn. 74). Demgegenüber erschließen die rechtssoziologischen Analysen von Herberg (bes. 2007: 239) Dimensionen der „Verrechtlichung“, in denen die Normativität der Faktizität wahrnehmbar wird, und auf die sich die These, dass es möglich sei, auf eine verantwortlichen Ausgestaltung des paralegalen Rechts hinzuwirken, stützen kann (zuletzt wieder Herberg 2009).

[52] Artikel 1-8 des Entwurfs des Verfassungsvertrags in der am 29.10.2004 unterzeichnete Fassung, ABl. C 310/2004, 1 v. 16.12. 2004.

V. DIE KOLLISIONSRECHTLICHE VERFASSUNG TRANSNATIONALER MÄRKTE

Wer sich mit der Funktionsweise transnationaler Märkte befasst, kommt am WTO-Recht nicht vorbei. Dies ist die praktische Seite seiner Bedeutung. Ein wirklich exemplarischer Fall ist das WTO-Recht aber auch, weil sich alle theoretischen Grundsatzfragen der Globalisierung hier bündeln: Das gilt für die Konstitutionalisierung jenseits des Staates im allgemeinen und die Verfassung der Weltwirtschaft im besonderen, für die sogenannte Fragmentierungsproblematik und die menschenrechtliche Begründung völkerrechtlicher Ordnungen. Es gilt aber mit besonderer Intensität für Belange der Sozialregulierung im internationalen Handel. Die folgenden Überlegungen beschränken sich auf den zuletzt genannten Gegenstandsbereich und werden auch diesen nur in wenigen Beispielen behandeln. Es handelt sich dennoch um eine Analyse und Argumentation mit weiter reichenden Ansprüchen, die zeigen soll, dass der kollisionsrechtliche Ansatz auch im WTO-Recht zur Geltung gebracht werden kann und dort – wie im Europäischen Recht – neue Perspektiven für die genannten Grundlagenfragen erschließt.

WTO-Recht und Europäisches Recht verfolgen mit der Förderung des Welthandels und der Verwirklichung des europäischen Binnenmarktes mit einander verwandte Ziele. Strukturelle Parallelen gibt es aber auch in Bezug auf das Spannungsverhältnis zwischen diesen Zielsetzungen und den Anliegen sozialregulativer Politiken. In Europa sind die Hüter dieser Politiken schon lange nicht mehr nur die einzelnen Mitgliedstaaten, sondern wesentlich auch die Gemeinschaft bzw. Union. Im Welthandel spiegelte sich der Bedeutungszuwachs dieser Politiken schon in den 70er Jahren in einer wachsenden Aufmerksamkeit für die aus solchen Politiken resultierenden „nicht-tarifären Handelshemmnisse“. Aber der Aufbau einer „politischen Verwaltung“ wie sie in Europa institutionalisiert wurde, stand niemals zur Debatte. Aber ebenso wenig wie auf WTO-Ebene eine „Positivintegration“ nach europäischem Muster in Betracht kam und kommt, kann das Welthandelsrecht sich über die Probleme der „Risikogesellschaft“ einfach hinwegsetzen. In den institutionellen Antworten, die es gefunden hat, spiegelt sich diese Zwangslage wider: Das SPS- und das TBT-Abkommen reagieren auf die den internationalen Handel am direktesten berührenden Produktnormierungen. Das WTO-Recht selbst nimmt hier keine „positiven“ regulativen Kompetenzen in Anspruch, sorgt aber in einer Weise, auf die der Terminus „governance-arrangement“ genau passt, dafür, dass die von jenen Abkommen erfassten Gesundheitsvorschriften und Normen Einfluss entfalten. Dies geschieht auf unterschiedlichen Wegen: Nach Art.3 Abs. 2 i.V.m. Annex A des SPS-Abkommen gelten „gesundheitspolizeilicher und pflanzenschutzrechtliche“ Maßnahmen dann als WTO-konform („notwendig“), wenn sie den von der Codex Alimentarius Kommission ausgearbeiteten internationalen Standards entsprechen. In Bezug auf technische Normen operiert Art. 2.5 des TBT-Abkommens mit der widerlegbaren

Vermutung WTO-rechtlicher Unbedenklichkeit, wenn „internationale Standards“ beachtet werden, freilich ohne festzulegen, welche Institutionen solche Standards ausarbeiten. Prozessregulierungen, also insbes. Umwelt- und Arbeitsschutzvorschriften sind nicht erfasst. Sie gehören in andere „Fragmente“ internationalen Rechts und ihre Berücksichtigung im Kontext von WTO-Streitverfahren ist Gegenstand ausgedehnter Kontroversen (Conrad 2010) TBT- und SPS-Abkommen finden nur auf den Warenhandel Anwendung; Dienstleistungen werden vom GATS-Abkommen gesondert erfasst.[53] Dieses kennt (noch) keine dem TBT und SPS vergleichbaren Verweise auf internationale Standards. Ansätze finden sich in den Bestimmungen zur innerstaatlichen Regulierung (Art. 6.5 GATS). Ob im Rahmen der WTO-Verhandlungen zu Disziplinen für innerstaatliche Regulierung weitergehende Verpflichtungen erreicht werden, erscheint fraglich. Dies hängt auch damit zusammen, dass die Bedeutung von internationalen Standards zwischen verschiedenen Dienstleistungssektoren variiert.[54]

Die Handhabung des Konflikts zwischen den Binnenmarktfreiheiten und den regulativen Politiken der Mitgliedstaaten durch das europäische Primärrecht lasse sich, so haben wir behauptet,[55] kollisionsrechtlich rekonstruieren. Eine entsprechende Re-Konzeptualisierung, so soll im Folgenden gezeigt werden, ist auch im WTO-Recht angezeigt. Dabei geht es nicht um dogmatische Ästhetik, sondern um eine Lesart des WTO-Rechts, das dessen Geltungsansprüche plausibel legitimiert – und eingrenzt. Zugleich sollte der kollisionsrechtliche Ansatz zu einer Bestimmung der Funktionen des Appellate Body führen, die diesen „court in all but its name“ (Weiler 2001) gegen grundsätzliche Vorbehalte gegen seine Legitimation schützt – ohne ihn zu einer Art Welt-Verfassungsgericht zu stilisieren.

V.1 WTO-Recht als Kollisionsrecht: zwei Exempel

Die beiden hier herangezogenen Beispiele sind nicht nur wegen der ökonomischen Bedeutung der Streitgegenstände berühmt. Sie haben die akademische Aufmerksamkeit, die sie auf sich gezogen haben, vor allem deshalb verdient, weil die betroffenen Produkte die Problematik transnationaler Märkte in einer schwer überbietbaren Stringenz repräsentieren. Gewiss geht es in beiden Fällen um den klassischen Konflikt zwischen Protektionismus und Freihandel. Aber es geht beim Hormonstreit und bei den gentechnisch

---

53 In diesem Bereich haben die WTO-Mitglieder zwar eine weitergehende Autonomie behalten, die sich aber zunehmend auf die Bestrebungen zur Liberalisierung des Welthandels einzustellen hat.

54 In diesem Bereich haben die WTO-Mitglieder zwar eine weitergehende Autonomie behalten; sie müssen sich aber zunehmend auf die Bestrebungen zur Liberalisierung des Welthandels einstellen (vgl. Batura 2011; Krajewski 2011).

55 Oben IV.2.

veränderten Organismen eben *auch* um kulturell und sozial begründete landwirtschaftliche Praktiken, um den Umgang mit Tieren, Einstellungen zur Natur und zur Ernährung, kalkulierbare, aber auch „ungewisse Risiken“, das Vertrauen in Expertenwissen und die Aussagekraft der Wissenschaft, um Ignoranz und Ängste. Es sind wesentliche Probleme der Risikogesellschaft, die, um die Terminologie von Nico Stehr (2007) aufzugreifen, zur Politisierung und Moralisierung auch des internationalen Marktgeschehens geführt haben.

V.1.1 Der Hormonstreit

Der bis zum Streit um die Biotechnologie berühmteste WTO-Fall, nämlich die Auseinandersetzung um die Verfütterung von Wachstumshormonen an Rinder,[56] hat einen durchaus übersichtlichen Hintergrund. Das EG-Recht kennt „seit jeher“ Vermarktungsverbote für Rindfleisch, das aus so aufgezogenen Herden stammt. In den USA teilt man diese Bedenken nicht. „Welches Recht ist anwendbar?“, lautete die klassische kollisionsrechtliche Frage, die, weil es sich um öffentliches Recht handelt, nur „einseitig“ hätte beantwortet werden können. Nicht nur das Recht des Integrationsprojekts, auch das WTO-Recht muss aus dieser Sackgasse herausführen. Es ist dabei angesichts seiner vergleichsweise schwachen Regelungskompetenzen darauf angewiesen, eine für die Streitbeteiligten einsichtige Lösung nicht „direkt“, sondern über die Einigung auf einen überparteilichen Beurteilungs-Maßstab zu finden. Im SPS-Abkommen ist diese Ausganglage deutlich wiederzuerkennen. Handelsbeschränkende Maßnahmen sollen nur ergriffen werden, wenn sie sich auf zulängliche wissenschaftliche Nachweise von Gesundheitsrisiken stützen.[57] Die Risikoermittlung soll sich nach Methoden richten, die von den einschlägigen internationalen Organisationen anerkannt werden (Artikel 5). All dies lässt sich durchaus als Verweis auf eine transnational akzeptable Meta-Norm begreifen, die Anerkennung erwarten kann und Anerkennung zu verdienen scheint: näm-

---

[56] Appellate Body Report, *EC-Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R und WT/DS48/AB/R, 16. Januar 1998.

[57] Artikel 2.2: ‘Members shall ensure that any sanitary or phytosanitary measure is … is based on scientific principles and is not maintained without sufficient scientific evidence … (Art. 2 (2))’. ‘Members may introduce or maintain … a higher level of sanitary or phytosanitary protection … if there is a scientific justification, …’ (Art. 2 (3). ‘In the assessment of risks, Members shall take into account available scientific evidence…’ (Art. 5 (2)). ‘In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time ‘(Art. 5 (7)).

lich die objektiv-unparteiliche Autorität wissenschaftlichen Erkennens. Freilich, schon im Hormonfall sind die Grenzen dieser Autorität in einer wiederum exemplarischen Weise deutlich geworden. Wir können verallgemeinern: Zum einen pflegen die Antworten, die von der Wissenschaft gegeben werden können, nicht passgenau auf die Fragen zu reagieren, die Juristen und Politiker stellen. Zum anderen sind wissenschaftlich gesicherte Auskünfte regelmäßig nur indirekt für ethische und normative Dimensionen relevant; und schließlich kann Expertenwissen häufig die Ängste nicht aus dem Wege räumen, die sich in der Verbraucherschaft aufbauen und „den Markt“ für mit „ungewissen Risiken“ behafteten Produkten versperren.

All dies ist gut aufgearbeitet (Herwig 2008; Everson/Vos 2009; Corkin 2008) – und gewiss auch dem Appellate Body der WTO nicht verborgen geblieben. Gerade wenn man dies unterstellt, erscheint sein Umgang mit dem Parteivorbringen im Hormon-Sreit interessant und nachvollziehbar: Einerseits fand die EG kein Gehör bei dem Versuch, ihre Bedenken gegen das amerikanische Rindfleisch mit dem Vorsorgeprinzip zu begründen: ”The [precautionary] principle has not been written into the SPS Agreement as a ground for justifying SPS measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in particular provisions of that Agreement“.[58] Andererseits aber vermied es der Appellate Body, sich auf einen der amerikanischen Position entsprechenden, strikt auf die Qualität des betroffenen Produkts bezogenen Risikobegriff festzulegen: „[T]here is nothing to indicate that the listing of factors that may be taken into account in a risk assessment of Article 5.2 was intended to be a closed list. It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die“.[59] Die Unbestimmtheit dieser Aussagen des Berichts hat dann einen sich über Jahre hinziehenden Streit um dessen korrekte Umsetzung nach sich gezogen. Man mag darin eine die Rechtssicherheit beeinträchtigende, die Autorität des Völkerrechts beschädigende Entscheidungsverweigerung sehen. Wer Zweifel an der Legitimation der WTO hat, über die konträren Regelungsphilosophien der Streitparteien zu richten, wird stattdessen hervorheben, dass es dem Appellate Body gelungen ist, den Streit

[58] Appellate Body Report *EC—Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R, 16 January 1998, Ziff. 124.

[59] A.a.O. Rz. 187.

zwischen den USA und der EU in zivile Bahnen zu lenken.[60] Der Panel-Bericht von 2007 (zum GMO-Streit) lässt eine derartige Vorsicht nicht erkennen.

V.1.2 Die GMO-Kontroverse

Biotechnologische veränderte Produkte (GMOs) sind die technologisch höchstentwickelten und umstrittensten von allen Nahrungsmitteln, wenn nicht gar von allen Konsumgütern. Bekanntlich sind die USA in der Produktion von GMOs führend. Aber auch Länder wie Brasilien oder Indien beherrschen diese Technologie. Zwei Themenstränge lassen sich in den Auseinandersetzungen um diese Produkte unterscheiden: Vor allem in Indien, aber neuerdings auch in den sog. Beitrittsstaaten Europas, gibt es offen artikulierte Vorbehalte im Hinblick auf die absehbaren Folgen der GMO-Agrarindustrie für die Landwirtschaft in den Beitrittsstaaten, insbesondere für die landwirtschaftliche Beschäftigung (Zarrilli, 2006; Zurek 2010, Kap. 4). In den Debatten der OECD-Länder steht demgegenüber die Risikoproblematik im Vordergrund. Für sie ist kennzeichnend, dass auch die Kritiker der Technologie gar nicht vorgeben, über positive Beweise für Gesundheitsrisiken gentechnisch veränderte Nahrungsmittel zu verfügen. Der Risikobegriff erfährt hier eine Steigerung: Ungewiss sei nämlich das Risiko selbst; deshalb könne es auch nicht beziffert werden (Everson/Vos 2009: Fn. 128). In Bezug auf die Umwelt ist die Diskussionslage offener. Hier wird insbesondere geltend gemacht, dass nicht gentechnisch verändertes Saatgut durch den Anbau von auf dafür freigegebenen Flächen affiziert werde könne (z. B. Winickoff u.a. 2005).

Wie sind angesichts dieser Ungewissheiten Entscheidungen strukturierbar? Den Protagonisten der Biotechnologie erscheinen die Besorgnisse oder Ängste von Verbrauchern als irrational. Unterstellt, das Vertrauen in „sound science“ sei vernünftig: bedeutet dies ohne weiteres, dass die Politik auf reale, aber wissenschaftlich nicht positiv fundierte Besorgnisse keine Rücksicht nehmen darf? Wie kann man erkennen, was der Rationalität der Wirtschaft entspräche? Haben etwa Konsumenten ein „Recht zu wissen“, was sie essen? (so z.B. Sand 2006). Was geschieht im politischen System? Gilt es, das „Vertrauen“ in biotechnologische Produkte zu stärken oder ist angezeigt, „populistisch“ und opportunistisch zu operieren? Warum soll der Vorbehalt, dass wir es mit einem Fortschritt zu tun hätten, den wir aus Respekt vor der Schöpfung nicht nutzen „sollten“, von Rechts wegen und a priori unbeachtlich sein? Fragen dieser Art haben die europäi-

---

[60] Aufschlussreich wiederum der Bericht des Appellate Body v.16.10.2008 “on the Continued Suspension of Obligations in the EC Hormones Dispute” (Complainant: EC), WT/DS320/AB/R ist ähnlich umsichtig. Bestätigt wurde die Berücksichtigung des Risikos eines fehlsamen Umgangs mit dem Tierfutter im Rahmen des Artikel 5.1 (Rz. 548-555; 617-619), während wiederum unbestimmt blieb, unter welchem Grad von Unsicherheit Vorsorgemaßnahmen auf Artikel 7.1 of des SPS-Abkommens gestützt werden können. (Rz.. 617-619; 685-686, 701-703).

sche Politik beschäftigt und „gelähmt“. Erst nach einem Verhandlungs- und Beratungs-Jahrzehnt ist ein Zulassungsverfahren etabliert worden, das die Vermarktung der Biotechnologie erleichtern wird, das aber immer noch aufwendig bleibt – sogar eine Ethikkommission kann zu Wort kommen (Weimer 2010; Shaffer/Pollack 2006; 2009). Die europäische Regelungsphilosophie ist ersichtlich holistischer als die amerikanische: die Zulassung von GMOs soll auf einer umfassenden, insbes. auch Umweltrisiken einbeziehen Evaluation beruhen. Sie soll zudem auf die Pluralität der Diskussionslage in den Mitgliedstaaten dadurch Rücksicht nehmen, dass nationale Instanzen in den Zulassungsprozess eingeschaltet werden – und den Mitgliedstaaten Exit-Optionen verbleiben, die freilich in dem reformierten Gentechnologie-Regime sehr restriktiv ausgestaltet sind. Demgegenüber konzentrieren die USA sich auf das Produkt und dessen Gesundheitsrisiken (vgl. Shaffer/Pollack 2006). Der Umgang mit der Risikoproblematik hat zudem eine konstitutionelle Dimension. In dem Vertrag von Maastricht hat sich die Europäische Union im Jahr 1992 auf das Vorsorge-Prinzip verpflichtet, das die Gesetzgebung, die Administration und die Gerichte bindet – und dabei ist es im Vertrag von Lissabon geblieben (Artikel 191 Abs. 2 AEUV).

„Völkerrecht bricht Landesrecht“! Im GMO-Fall knüpft der Panel-Bericht an die Aussagen des Appellate Body zum Vorsorgeprinzip im Hormonfall an, ohne sie allerdings wie dieser durch eine extensive Fassung des Risikobegriffs zu relativieren und erklärte: „[E]ven if a member follows a precautionary approach, its SPS measures need to be ‘based on’ a (‘sufficiently warranted’ or ‘reasonably supported’) risk assessment”.[61] Dies besagt: Der konstitutionelle Status des Vorsorge-Prinzips im EU-Recht ist völkerrechtlich irrelevant und ihm wird auch nicht indirekt durch ein extensives Verständnis des Risikobegriffs des SPS-Abkommens Rechnung getragen. Es ist instruktiv, diesen Umgang des WTO-Rechts mit dem europäischen Primärrecht mit der Rechtsprechung des EuGH zu dem Spannungsverhältnis zwischen der europarechtlich gewährleisteten Freiheit des innergemeinschaftlichen Warenverkehrs und den mitgliedstaatlichen Regelungsbefugnissen zu kontrastieren. Das Europäische Recht operiert seit *Cassis de Dijon* in zwei Stufen:[62] Es definiert legitime Politikziele und zeichnet sie als solche aus für nationale Regulierung (wie Gesundheits-, Sicherheits- und Umweltschutz) fest. Es verlangt von den Mitgliedsstaaten sodann, dass sie die Berechtigung ihrer regulativen Anliegen die Eignung der ergriffenen Maßnahmen darlegen. In beiden Hinsichten kann es auf wissenschaftliche Expertise ankommen – und dies allein verführt dazu,

---

European Communities--Measures affecting the approval and marketing of biotech products, (DS291, DS292 and DS293). Findings and conclusions: http://www.wto.org/english/tratop_e/dispu_e/291r_conc_e.pdf. Full panel report, http://www.wto.org/english/news_e/news06_e/291r_e.htm, Rz. 7.0365 note 1905.

[62] Oben IV.3.1.

die Wissenschaft zum transnationalen Gesetzgeber zu bestellen (siehe Joerges 1997). Bezugnahmen des EuGH auf die Autorität wissenschaftlicher Expertisen dürfen als eine Begründungsstrategie gesehen werden, mit der das Gericht Einwände gegen seine an sich ja prekäre Legitimation zur Überprüfung nationalstaatlichen, demokratisch legitimierten Rechts zu entkräften sucht. Man darf auch annehmen, dass dem EuGH bekannt ist, dass „die“ Wissenschaft nicht die zweifelsfrei objektiven Auskünfte geben kann, die den politischen Streit um die Berechtigung und Eignung regulativer Aktivitäten schlichten würde. Das gleiche gilt im Hinblick auf die politisch-normativen Dimensionen von Risikobewertung und Risikomanagement und gewiss auch für die gesellschaftlich-sozialen und kulturellen Bindungen der Risikopolitik insgesamt, von denen sich die Praxis der Experten nicht freimachen kann (siehe Gouldner 1957; 1958). Dennoch haben wissenschaftliche Diskurse und Diskussionen von Experten eine Eigen-Autorität, die sich von der des Rechts und der Politik abhebt. Ihre Einbeziehung in die Beurteilung regulativer Maßnahmen bietet die Chance einer Versachlichung von Auseinandersetzungen und ihrer Ablösung aus nationalen Kontexten. Diese Chancen nutzt der EuGH konsequent, wenn er den Mitgliedstaaten bei Unsicherheiten des Standes der Wissenschaft nicht unbesehen die Inanspruchnahme des Vorsorgeprinzips zugesteht. Die Mitgliedsstaaten sollen die Existenz eines „spezifischen Risikos“ darlegen und dürfen sich nicht mit Begründungen eines „allgemeinen Charakters“ begnügen.[63] Die Risikobewertung der nationalen Behörden müsse „Risiken erkennen lassen, die, ohne die wissenschaftliche Unsicherheit zu beseitigen, auf der Grundlage der verlässlichsten verfügbaren wissenschaftlichen Daten und der neuesten Ergebnisse der internationalen Forschung vernünftigerweise den Schluss zulassen, dass die Durchführung dieser Maßnahmen geboten ist“.[64] Der EuGH geht jedoch dabei keineswegs so weit, dass er den Mitgliedstaaten prinzipiell unerfüllbare Beweislasten auferlegen oder im Falle eines non liquet dem freien Marktzugang absolute Priorität einräumen würde.

Welche Implikationen haben all diese Beobachtungen für das WTO-Recht? Einerseits ist die Entlastungsstrategie eines Verweises auf die Wissenschaft als Ersatzgeber naheliegend – und wird ja auch vom SPS-Abkommen nahe gelegt. Andererseits ist es schwieriger als auf europäischer Ebene, diese Strategie zu relativieren und durch rechtlich bindende Einflussnahmen zu ergänzen, wie sie der EuGH praktizieren kann. Ist es danach nicht angezeigt, die Regelungsansprüche des WTO-Rechts bescheidener als die des europäischen Rechts zu definieren? Dazu hat der Panel-Bericht sich nicht verstehen wollen.

---

63 Rs. C-236/01, *Monsanto./. Italien*, Slg. 2003-I, 8105, Rz. 109.

64 Rs. C-236/01, *Monsanto./. Italien*, Slg. 2003-I, 8105, Rz. 111.

Das WTO-Verfahren betraf die frühere, bis 2001 geltende Rechtslage in der EU, in der die Zulassungsverfahren kaum je zu einem Abschluss gebracht werden konnten. Eben deshalb hatte die EU sich zu einer Reform entschlossen. Der Umgang des Panels mit den innereuropäischen Kontroversen ist der wohl problematischste Teil seines Berichts. Er erscheint deshalb so fragwürdig, weil der Bericht zur Begründung seines Ergebnisses einen Umweg geht, von dem aus seine Sachentscheidung schwer erkennbar ist. Nach der Entscheidung, dass das SPS-Abkommen auf die Autorisierung von GMOs anwendbar sei, sah sich das Panel in der Lage, auf Artikel 8 des SPS-Abkommens zu verweisen. Diese Vorschriften verlangen, dass Anträge „ohne unangemessene Verzögerung“ bearbeitet werden. Hiermit werden zwei Festlegungen getroffen. Zum einen ist es zwar üblich, aber doch zu einfach und keineswegs unproblematisch, die Entscheidungsverfahren der Komitologie als „Verwaltungsverfahren“ zu qualifizieren (Joerges 2000b: 364-365). Zum anderen waren ja Gesetzgebungsverfahren in Gang gesetzt worden, mit denen jene Zulassungsverfahren umgestaltet werden sollten. Das Panel nimmt auf die Schwierigkeiten der europäischen Politik, aber auch auf deren Verantwortung gegenüber der Bürgerschaft Europas, keine Rücksicht. Das Recht der Antragsteller, die die Autorisierung ihrer Produkte anstreben, gilt unbedingt. Es ist schlicht irrelevant, dass Europa so viel Zeit zur Bewältigung seiner Entscheidungsschwierigkeiten braucht. Das Panel befand die Bearbeitung des Genehmigungsverfahrens in 24 Fällen als „unangemessen verzögert“. Demzufolge verlangte es, dass die EU ihre Maßnahmen “into conformity with its obligations under the SPS Agreement” und die Zulassungsverfahren zum Abschluss bringt.

Wenn der konstitutionelle Status des Vorsorgeprinzips WTO-rechtlich unbeachtlich ist, wenn die politischen Schwierigkeiten der EU, einen Konsens über den Umgang mit der Gentechnologie zu finden, ebenso wenig Beachtung verdienen, warum sollte sich dann das WTO-Recht um das prekäre Gleichgewicht kümmern, das Gemeinschaft und Mitgliedstaaten in den Exit-Optionen der Mitgliedstaaten und den Schutzklauselverfahren institutionalisiert haben, weil die EU kein hierarchisches System ist und deshalb auf koordinative Entscheidungsprozesse setzen muss. So etwas darf offenbar nicht sein. Wiederum argumentiert der Panel-Bericht umweghaft, um sich nicht offen als ein Spruchkörper zeigen zu müssen, der die Konstitution Europas umschreibt: Die von Frankreich, Deutschland, Österreich, Italien, Luxemburg und Griechenland ergriffenen Schutzmaßnahmen wurden für mit dem WTO-Recht unvereinbar erklärt, weil sie sich nicht auf Risikoanalysen im Sinne des SPS-Abkommens stützten.[65] Dass sich diese Staaten auf die ihnen vom EU-Recht zugestandene Autonomie bei der Bewertung von Risiken beriefen, soll unbeachtlich sein, weil die wissenschaftlichen Gremien der EU

[65] A.a.O. (Fn. 61), Ziff. 7.2529 ff.

die betroffenen Produkte für unbedenklich erklärt hätten. Der Sinn derer Schutzklauselverfahren ist es allerdings, die Bindungswirkung solcher „Erkenntnisse“ zu beschränken. – „Lebensmittel müssen sicher sein. Sie sind sicher, solange die Wissenschaft keine positiven Indizien für Gesundheitsrisiken beibringt“ – so schlicht kann man die Philosophie des Panel-Berichts zusammenfassen. Sie ist in dieser Schlichtheit so enttäuschend, weil sie die Frage der Legitimität transnationalen Entscheidens nicht offen anspricht, sondern verschleiert.

V.1.3 Der kollisionsrechtliche Umgang mit der Legitimität transnationalen Entscheidens

Im Rückblick auf die amerikanische „conflict-of-laws revolution“ der 60er Jahre haben wir die an die Thesen Brainerd Curries zur rechtlichen Unentscheidbarkeit „echter Konflikte“ durch eines der am Streit beteiligten Gerichte erinnert.[66] Im Hormon- und GMO-Streit geht es um Konflikte dieser Qualität. Gewiss handelt es sich beim WTO-Recht um eine Ordnung, der beide Streitparteien angehören und die WTO-Spruchkörper lassen sich nicht einer Streitpartei zuordnen. Wenn Curries provokante Thesen diese Streitfälle dennoch betreffen, so deshalb, weil er ihre wirtschafts- und rechtspolitischen Dimensionen benannt und darauf bestanden hat, dass sie von politisch verantwortlichen Institutionen zu klären seien. Wenn man dieses Petitum an postnationale Konstellationen, in denen, anders als im föderalen System der USA, eine autorisierte politische Instanz nicht zur Verfügung steht, so muss es eine andere Fassung erhalten: Wie sollen Gerichte, wie soll ein „court in all but its name“ mit dem Umstand umgehen, dass es keine Instanz gibt, die ihn zu seiner Sachentscheidung legitimiert hätte? Eine „moderate and restrained interpretation“ der Geltungsansprüche des eigenen Rechts hat Currie empfohlen – und auch diese Empfehlung ist übersetzbar. Es kommt darauf an, Entscheidungen so auszugestalten, dass sie, statt politische Problemlösungen als Rechtsentscheidungen vorweg zu nehmen oder zu blockieren, solche Lösungen auf den Weg bringen. Dies wäre dann nicht etwa eine Rechtsschutzverweigerung, sondern bedeutete im Gegenteil, dass die Rule of Law als Begrenzung diskretionärer von Entscheidungsbefugnissen in Kraft bliebe.

Aus einer solchen Sicht wird man der Entscheidungen des Appelate Body im Hormonstreit vieles, den Aussagen des Panel-Reports im GMO-Konflikt aber nur wenig abgewinnen können. In beiden Entscheiden ist die Legitimitätsproblematik virulent. Beiden kann man vorhalten, dass sie ihr mit einer Camouflage-Technik begegnet seien. Aber es gibt dabei eine essentielle Differenz: Der Appellate Body hat die Nicht-Anerkennung des Vorsorge-Prinzips dadurch ihre Schärfe genommen, dass er im Rah-

[66] Oben II.2

men des SPS-Abkommens auf „the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die“ verwies;[67] die Unbestimmtheit dieses Maßstabs hat dann einen sich über Jahre hinziehenden Streit um dessen korrekte Umsetzung nach sich gezogen. Aber ist der Appellate Body nicht gerade dadurch seinen Streitschlichtungsaufgaben gerecht geworden, dass es ihm gelungen ist, den Streit zwischen den USA und der EU in zivile Bahnen zu lenken. Der Panel-Bericht im GMO-Streit ist anders angelegt: Der Bericht zählt die Sachfragen auf, zu denen er keine Stellungnahmen abgibt, um dann den Streit auf einem Umweg dennoch zu entscheiden.

In seiner Analyse des GMO-Streitfalles, die vor der Veröffentlichung des Berichts geschrieben wurde, argumentierte Nico Krisch (2006: 266), es komme darauf an, sich in globalen Kontexten auf „a constant potential for mutual challenge“ einzustellen und mit bloß provisorischen Streitschlichtungen zu rechnen. Im Sprachgebrauch des kollisionsrechtlichen Ansatzes. Es gibt Konflikte, in denen es geboten ist, keine definitive Entscheidung zu treffen. Das Eingeständnis, dass es keinen zur Entscheidung berufenen Richter gibt, besagt zugleich, dass im internationalen System ein „Rechtszustand“ wie Kant ihn gefordert hat,[68] nicht erreicht ist; keineswegs aber bedeutet er die Anerkennung eines Naturzustandes, in dem nur noch politisch-strategische Kalküle gelten würden. Es geht um den „richtigen“ Umgang mit unvollkommenen Verrechtlichungsprozessen. Die kollisionsrechtliche Tradition stellt hier immerhin mit der *comitas* für die Sphäre zwischen Recht, Nicht-Recht und Diplomatie einen Begriff zur Verfügung, den man bei allen historischen Ambivalenzen jener Doktrin (allgemein Paul 1991; zur EU Israël 2005: 123,150-152, 323-334) durchaus in kantischen Perspektiven (um-)interpretieren darf.

Damit ist der Anschluss an das innerstaatliche und auch an das europäische Kollisionsrecht definiert. Überall hat das Recht Transformationen von geologischen Ausmaßen hinter sich gebracht, denen die Praxis rechtlicher Instanzen gerecht werden muss. Sie kann dies nur durch ein prozedurales „Recht-Fertigungsrecht“, das auf allen Ebenen des Regierens die Konstitutionalisierung des Rechts als Daueraufgabe begreift. Dies ist, um

---

67 WTO Appellate Body Report, *European Communities - Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones) (“EC - Hormones”)*, WT/DS26/AB/R and WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, Ziff. 187.

68 „[Es] liegt in der Vernunftidee eines solchen (nicht-rechtlichen) Zustands [i. e. Naturzustands], dass bevor ein öffentlich gesetzlicher Zustand errichtet worden, vereinzelte Menschen, Völker und Staaten niemals vor Gewalttätigkeiten gegeneinander sicher sein können, und zwar aus jedes seinem eigenen Recht, zu tun was ihm recht und gut dünkt, und hierin von der Meinung des anderen nicht abzuhängen.“ (Kant 1977: 430 (§ 44). Den Hinweis zum Verhältnis des bloß provisorischen und de facto usurpierten, zu einen peremptorischen republikanischen Rechtszustand bei Kant verdanke ich Florian Rödl; aufschlussreich auch Maus (2010).

nun auch noch den Eingangssatz aufzunehmen, keine fertige Theorie, sondern ein Projekt, das klassische Themen und aktuelle Diskussionen verarbeiten muss.

V.2 Ein transnationales Kollisionsrecht der zweiten Dimension und sein Verhältnis zum Projekt eines „Global Administrative Law“

Die Europäisierung und Europäisierung der Märkte ist als Deregulierungsschub zu grob umschrieben. Sie ist, um den Ausblick auf Polanyi im Epilog dieses Essays vorweg zu nehmen, gekennzeichnet durch eine politisch unterstütze Etablierung von Märkten *und* durch deren Re-Regulierung: Märkte bleiben allemal soziale Institutionen. Nun hat allerdings Europa umfassendere und direkter greifende Mittel als die WTO, ein solches „re-imbedding“ der Wirtschaft zu gestalten. Mit dieser positiv-rechtlich schwächeren Ausgangskonstellation muss das WTO-Recht umgehen – ohne sich den funktionalen Zwängen und politisch-normativen Bewegungen, die es auf eine „Einbettung“ transnationaler Märkte hinwirken, einfach entziehen zu können. Deshalb muss sich auch auf internationaler Ebene ein Kollisionsrecht ausbilden, das auf regulative Politiken und Governance-Praktiken reagiert.

Überraschend ist ebenso wenig, dass der Umgang des Rechts mit dem transnationalen Regieren zu einer Wachstumsbranche der internationalrechtlichen Disziplinen geworden ist. Die wichtigste einschlägige Initiative ist das seit Jahren hoch aktive Global Administrative Law-Projekt der New York University Law School,[69] das inzwischen vor allem in Deutschland von verwandten Aktivitäten begleitet wird.[70] Bezeichnenderweise verwahren die amerikanischen Protagonisten des Globalen Verwaltungsrechts (GAL) sich gegen die Forderung nach einer übergreifenden konstitutionellen Konzeption. Dies gilt insbes. für Benedict Kingsbury (2009) und für Richard Stewart (2006), der mit seinem legendären Beitrag zur Reform des amerikanischen Verwaltungsrechts (Stewart 1975; 2003) als Wegebereiter der Konstitutionalisierungsbewegung in diesem Feld gelten darf. Dennoch gibt es Affinitäten. In einer neueren Positionsbestimmung unterscheiden Richard Stewart u.a. (2011) zwischen einer „vertikalen Dimension“, in der die WTO durch Transparenzgebote, Partizipationsregeln und Begründungsanforderungen auf nationale Verwaltungen mit dem Ziel ein einwirkt, „to protect foreign nations and economic actors against local regulatory protectionism“, und einer „horizontalen Dimension“, in der es darum geht, die über das TBT- und das SPS-Abkommen mit der WTO verflochtene Standardsetzung zur Wahrung jener Prinzipen anzuhalten. Anzustreben sei ein Ausgleich (“cure“) von „political externalities by protecting foreign citizens and firms against local discrimination and exploitation”. Benedict Kingsbury

[69] Siehe hierzu http://www.iilj.org/GAL/ (Zugriff am 16.12.2010); (repräsentativ Kingsbury u.a. 2005).

[70] Aktueller Überblick bei Möllers u.a. 2007; Schmidt-Aßmann 2006; umfassender Ladeur 2009; Kingsbury, 2009.

hat diese Ansätze weiter ausformuliert. Er rechnet mit der Entstehung eines „inter-public law“, das aus dem Aufeinandertreffen von „global public entities“ heraus „conflicts of laws arrangements in the public law sphere“ generieren werde (Kingsbury 2009: 23 ff.).[71] All dies entspricht durchaus den Aufgaben, die in der zweiten Dimension des europäischen Kollisionsrechts als Konstitutionalisierung kooperativer Problembearbeitungen beschrieben wurde. Dies ist auf internationaler Ebene nicht in der gleichen Stringenz erreichbar, aber man kann doch die Maßstäbe, die sich bei Gestaltung der „politischen Verwaltung“ Europas herausbilden,[72] *cum grano salis* übertragen.

V.3 „Faktizität ohne Geltung?“[73] Zur Konstitutionalisierung para-legaler Regime

Para-legale Regime sind auf internationaler Ebene, wenn und weil es zur Rechtssetzung förmlich autorisierte Instanzen nicht gibt, weil andererseits transnationale Märkte nicht in rechtsleeren Räumen operieren können, gänzlich unverzichtbar. Im nationalen Rahmen und auch im europäischen Bund bedeuten diese Phänomene aber keineswegs, dass die Idee demokratisch legitimierten und rechtlich kontrollierbaren Regierens ausgedient hätte. Auf internationaler Ebene ist die Lage des so verstandenen Rechts schwieriger. Es geht hier nicht darum, die Erosion staatlichen Regierens von konsolidierten Ausgangspositionen her unter Kontrolle zu halten, sondern vielmehr um eine Verrechtlichungsperspektive, die durch prozedurale Anforderungen auf die Normproduktion para-legaler Regime einwirkt.

Gänzlich aussichtslos erscheint dies keineswegs. Freilich müssen zwei Faktoren ineinandergreifen. Der erste, durchaus wirkungsmächtige geht von den institutionalisierten Rechtssystemen aus, die sich den Anerkennungsbedarf para-legaler Regime zunutze machen können. Wie im nationalen und im europäischen Kontext entstehen hier Einflusschancen, die ganz im Sinne des Global Administrative Law durch „global public institutions“, insbesondere auch durch die WTO verstärkt werden können (so etwa Scott 2002; 2004) Die Wirkungskraft solcher externer Einflussnahmen ist nun allerdings von den im Innern solcher Regime herrschenden Bedingungen und den sich dort herausbildenden Orientierungen und Praktiken abhängig. Für die internationale Normung hat Harm Schepel zeigen können, dass die normative Qualität der die Normbildung be-

---

[71] Kongenial die Ergebnisse der rechtssoziologischen Analysen von Herberg (2007: 242): Die systemtheoretische Unterscheidung von Recht und Nicht-Recht sei deshalb unzulänglich, weil der Rechtscode stets Prinzipien und Regeln mit sich führe, „die das verkörpern, was man vielleicht ganz gut als die ‚Tiefenstruktur’ des Rechts bezeichnen könnte, Regeln, denen für die Weiterbildung des Rechts strukturbildende Bedeutung zukommt“.

[72] Oben IV.3.2.

[73] Der Terminus stammt von Humrich (2007).

stimmenden Prinzipien und Regeln denen der nationalen Normungsorganisationen entspricht und verwaltungsrechtlichen Anforderungen gut standhält (Schepel 2005: 177 ff., 403 ff.).

Verallgemeinernde Aussagen sind grundsätzlich nicht möglich. Behauptet werden soll dennoch, dass es das konzeptionelle und begriffliche Instrumentarium des kollisionsrechtlichen Ansatzes erlaubt, einerseits dem allgemeinen Formwandel des Rechts, andererseits aber auch den Unterschieden zwischen der Verrechtlichung des europäischen Binnenmarktes und des internationalen Handels Rechnung zu tragen. Die kollisionsrechtliche Rekonstruktion des Europäischen Rechts und des internationalen Wirtschaftsrechts, die wir anregen, ist, um William Wallace (1983) zu paraphrasieren, weniger als eine konsolidierte Theorie, aber mehr als eine juristische Fata Morgana. Es handelt sich um ein theoretisches Projekt mit praktischen Absichten, das an real auffindbare rechtliche Entwicklungsmuster anknüpft, ohne sich bloß affirmativ zu ihnen zu verhalten. Dies gilt für das Europäische Primärrecht, aber auch für die rechtliche Verfassung der „politischen Verwaltung“ des Binnenmarkts und sogar für die den „privaten Transnationalismus“ der europäischen Normung. Es gilt aber auch, freilich in einer modifizierten Form, für transnationale Märkte insgesamt. Auch hier beobachten wir, dass Recht Märkte als soziale Institutionen institutionalisiert und hierbei mit dem Europarecht funktional äquivalenten Mustern operiert: kollisionsrechtlichen Reaktionen auf divergierende regulative Programmatiken, die Ausbildung von Verwaltungsnetzwerken und von Governance Arrangements, in denen transnationale Standards erarbeite und abgestimmt werden. Die normativen Kernargumente des kollisionsrechtlichen Ansatzes, seine integrationstheoretische Analytik und wirtschaftssoziologische Fundierung stützen sich in wechselseitig. Die kollisionsrechtliche Perspektive verspricht hier einen Ausweg aus den Dilemmata der Debatten zum europäischen Demokratiedefizit. Sie bietet normativ gehaltvolle Maßstäbe für eine Konstitutionalisierung europäischen Regierens. Sie ist „gesellschaftsadäquat“, weil sie sozio-ökonomische Diskrepanzen, politische und kulturelle Unterschiede und die aus all dem folgenden Spannungen in Rechnung stellt. Sie kann dabei dem geglückten Leitspruch des verunglückten Verfassungsvertrages gerecht werden, um die Vielfalt in der Einheit Europas zu bewahren.[74] Was für Europa gilt, gilt mit Abstrichen, die der markanten Differenzen zwischen dem Europäisierungs- und dem Globalisierungsprozess Rechnung tragen müssen, für die Verrechtlichung transnationaler Handelsbeziehungen insgesamt. Der kollisionsrechtliche Ansatz eröffnet auch hier eine Perspektive, in der insbesondere das WTO-Recht nicht etwa als ein a-demokratisches Sachrecht mit unbegründbaren Geltungsansprüchen auftreten muss, sondern als eine (Kollisions-)Rechtsordnung begreifbar und handhabbar wird, die ihre

[74] Vgl. Artikel IV-1 des Entwurfs des Verfassungsvertrags v. 18.7.2003.

Legitimität aus der Fairness des Ausgleichs kollidierenden Regelungsziele und -interessen bezieht – und dabei hinnehmen kann, dass es Konstellationen gibt, in denen ein wechselseitig annehmbarer Ausgleich nicht erreichbar ist und die Akteure des Wirtschaftssystems sich auf divergierende Regelungen einzustellen haben. Von einer Diskussion des Verhältnisses zu Ansätzen, die ebenfalls mit kollisionsrechtlichen Begriffen operieren, sehen wir hier ab.[75]

VI. EPILOG: EINE WIRTSCHAFTSOZIOLOGISCHE GRUNDLEGUNG IN DER NACHFOLGE KARL POLANYIS

Ist eine “Konstitutionalisierung“ des transnationalen Rechtsstoffes denkbar, in der das Recht seine Funktion als Garant und Maßstab legitimen Regierens verteidigen oder zurückgewinnen kann? Hoffnungen auf eine positive Antwort zu dieser Gretchenfrage stützen sich zum einen auf theoretisch einsichtige Funktionsbedingungen moderner Märkte, zum andern aber auch auf praktische Erfahrungen vor allem mit dem europäischen Integrationsprojekt. Der Europäisierungsprozess hat eine Erosion der regulativen Zugriffsmöglichkeiten des Staates geführt, gleichzeitig aber auch raffinierte transnationale Formen des Regierens hervorgebracht, zu denen die Nationalstaaten allein nicht gefunden hätten. Europa hat es dabei cum grano salis verstanden, die Durchsetzung der

---

[75] Vor allem in den frühen Arbeiten Teubners finden sich Aussagen, die mit den hier entwickelten Perspektiven konvergieren. “If we abandon the old practice to obscure the *de facto* law-making in all kinds of ‘private governments’ and bring to light that what they are doing is producing positive law which we *nolens-volens* have to obey, then we ask more urgently than before the question: What is this ‘private legal regime’s’ democratic legitimation? At the same time, we see how naïve it would be to demand a formal delegatory link of private governments to the more narrow parliamentary process. Rather, we are provoked to look for new forms of democratic legitimation of private government that would bring economic, technical and professional action under public scrutiny and control. That seems to me is the liberating move that the paradox of global law without the state has actually provoked: an expansion of constitutionalism into private law production which would take into account that ‘private’ governments are ‘public’ governments” – so Teubner (1997: 159). Auch in einem der neueren Essays finden sich entsprecende Passagen: “[I]n order for private ordering to qualify as genuine law, it is not sufficient that the pertinent behavioural rules are allowed to the notion of legal or illegal. Instead, the rules must themselves be subjugated to a process, in which they are judged according to the legal code. This reflexive process requires certain institutional precautions, in particular, the development of actors or instances, who or which are responsible for the establishment, modification, interpretation and implementation of the primary norm formation. Fundamental to this is the growth of the central level of internal control and implementation organs, which mediates between the two other normative levels, thusly grounding the legal character of the corporate code”. Später heißt es sogar: “One important condition for the success of corporate codes is their interaction with national legal systems. The effectuation of this interaction should be one of the most important tasks” (Teubner, im Erscheinen).

Warenverkehrsfreiheit mit der Entwicklung moderner regulativer Politiken zu verbinden. Müssen wir die regulative Einbindung des freien Warenverkehrs in Europa auf institutionelle Besonderheiten und spezifische europäische Interessenkonfigurationen zurückführen? Oder dürfen wir stattdessen davon ausgehen, dass ein „glaubwürdiger“ Verbraucher-, Arbeits- und Umweltschutz eine notwendige Bedingung auch für das “Funktionieren“ internationaler Märkte geworden ist? Diese Annahme erscheint, wenn man das positive EU-Recht mit dem WTO-Recht kontrastiert, recht gewagt. Andererseits gibt es zwischen den europäischen und den von der WTO erfassten transnationalen Verrechtlichungsprozessen durchaus strukturelle Affinitäten – und inzwischen auch zumindest einen Ansatz, der beide Ebenen in sehr ähnliche Weise übergreift, wie das der hier vertretene Ansatz unternimmt (Howse/Nicolaïdis 2008). Wichtig erscheint uns aber auch, meta-rechtliche Einflussfaktoren in Betracht zu ziehen, die auf eine „soziale Einbettung“ von Märkten hinwirken. Dabei können wir uns auf Traditionen der politischen Ökonomie (Block 2005), der Wirtschaftssoziologie (Beckert 1997), der politische Soziologie (Fligstein 1996), Strömungen in der Systemtheorie (Willke 2001), und Theorien der Wissensgesellschaft stützen (Stehr 2003: 222-244). Der klassische Bezugspunkt all dieser Ansätze bleibt Karl Polanyis (1944/1978) *Große Transformation*.

Für die Rechtswissenschaft sind Polanyis Analysen der Entstehung und der Transformation des Kapitalismus interessant (geworden), weil sie Entwicklungsmuster identifiziert haben, die wir in den Nationalstaaten, im europäischen Kontext und darüber hinaus wiederfinden: Märkte sind „polities“, soziale Institutionen, um die und in denen politische Auseinandersetzungen ausgetragen werden. Polanyi kann man hierbei nicht für eine spezifische politische Orientierung in Anspruch nehmen, wohl aber für eine grundlegende Einsicht mit weitreichenden normativen Implikationen: Die Protagonisten liberalisierter, aus sozialen Fesseln befreiten Märkten setzen Wirtschaft und Gesellschaft sozialen Risiken aus, die Gegenbewegungen provozieren müssen – nicht etwa reaktionäre oder romantische Rück-Bewegungen in vorindustrielle und vorkapitalistische Verhältnisse,[76] wohl aber politische Forderungen nach sozial gesicherten, der Marktlogik entzogenen Schutzpositionen. Dabei zählt Polanyi weder auf die unerbittliche Logik von Klassenauseinandersetzungen noch rechnet er damit, dass eine unsichtbare Hand für soziale Integration und ein wirtschaftliches Gleichgewicht sorgen werde. Stabilität ist vielmehr eine politische Aufgabe. Es ist diese Aussage und die Absage an alle sich quasi-gesetzlich „von selbst“ erfüllenden Prophezeiungen, denen Polanyis Analysen ihre anhaltende Aktualität wesentlich verdankt. Aber dieser Verzicht hat ein

[76] “Polanyi’s message is decidedly *not* that a market economy works better, or works only, if it is underpinned by a network of non-economic, community-type social relations” (Streeck 2009: 247).

positives Korrelat – eben seine Forderung nach der *politischen* Stabilisierung von Wirtschaft und Gesellschaft.

Die Exegeten seines Werkes streiten über den Gehalt dieser Botschaft. Der Amerikaner Fred Block (2003) liest sie, dem Entstehungskontext der *Großen Transformation* entsprechend,[77] als Plädoyer für wohlfahrtsstaatliche Politiken:

> “Once it is recognized and acknowledged that markets are and must be socially constructed, then the critical question is no longer the quantitative issue of how much state or how much market, but rather the qualitative issue of how and for what ends should markets and states be combined and what are the structures and practices in civil society that will sustain a productive synergy of states and markets.”[78]

Damit werde, widerspricht Alexander Ebner, als Bewohner eines solchen Gemeinwesens, die Radikalität der Polanyischen Kapitalismuskritik bagatellisiert (Ebner 2011), insbesondere Polanyis Aussagen zu den Kristallisationspunkten der Krisenanfälligkeit von Marktsystemen, die aus der Behandlung von Arbeit, Land und Geld als vermarktbare Güter resultiere. Die Risiken dieser Form der Vergesellschaftung der drei genannten Güter ließen sich nicht durch eine soziale Einbettung von Marktmechanismen eindämmen; konsequent sei nach Polanyis Analyen die Ablösung der Marktverfassung:

> “Indeed, the Polanyian concept of embeddedness is not associated with the rules of the market as such. Rather, it is the content of these rules with regard to the commodity fiction regarding labour, land and money that matters. A Polanyian viewpoint thus implies an integrated perspective on embeddedness and commodification: the former addresses types of social integration and the latter is concerned with the socio-ecological substance of commodity production.” (Ebner 2011: Abschn. 3).

Die Rechtswissenschaft ist in theoretische Differenzen dieser Art verstrickt, muss sich aber in praktischen Kontexten und Zwängen anderer Art bewegen und bewähren: Die konkreten Auseinandersetzungen, die vor die Foren des Rechts kommen, lassen nicht erkennen, ob es um eine Einbettung oder eine Ablösung marktförmiger Verfassungen und Abläufe geht. Die für Märkte der Gegenwartsgesellschaften charakteristischen Moralisierungen und Politisierungen, die Nico Stehr (2007) beschreibt, die aber auch von Wirtschaftshistorikern und in der Soziologie des Konsums analysiert werden (vgl. Soper/Trentmann 2007), sind vielfältiger und ambivalenter. Sie betreffen durchaus, darin ist Ebner recht zu geben, mit besonderer Intensität, Polanyis „false commodities“ und eine „universal *tendency* for societies to self-protect against ‘unregulated’ market exchange” ausmachen (Randles 2003: 424 (Hervorh. v. Verf.); der “Kampf ums Recht”

---

[77] Vgl. die Hinweise in Habermas (1999c: 127 ff.).

[78] So sein Beitrag zu dem Workshop “The Economy as a Polity” am Europäischen Hochschulinstitut Florenz am 12.-13. Mai 2003; die zitierte Passage fehlt freilich in der publizierten Fassung (Block 2005).

läßt sich dementsprechend erklären: durch eine “*fundamental tension* between stable social integration and the operation of self-regulating markets, [with] the latter inevitably eating away at the former unless society mustered the capacity and the will to put markets in their place and keep them there” (Streeck 2009: 247-248). Die Rechtswissenschaft muss zur Kenntnis nehmen, dass sie es mit der Wirtschaft als einem spannungsvoll institutionalisierten Prozess (der „economy as instituted process“ (Polanyi 2001) zu tun hat. Sie verwaltet keine Gesellschaftstheorie, kann aber die Qualität und den Verlauf politischer Auseinandersetzungen beeinflussen.

LITERATUR

Alexy, Robert (1985) *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Allot, Philip (2001) The Emerging Universal Legal System, *International Law Forum du droit international* (3), 12-17.

Augsberg Ino, Tobias Gostomzyk und Lars Viellechner (2009) *Denken in Netzwerken. Zur Rechts- und Gesellschaftstheorie Karl-Heinz Ladeurs*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Bast, Jürgen (2009) Das Demokratiedefizit fragmentierter Internationalisierung, in Hauke Brunkhorst (Hg.) Demokratie in der Weltgesellschaft, *Soziale Welt, Sonderband* 19, 185-194.

Batura, Olga (2011) Embedded Transnational Markets for Telecommuncation Services, in Christian Joerges und Josef Falke (Hg.) Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford, Portland: Hart Publishing, Kap. 11 (im Erscheinen).

Bauer, Lukas und Konrad Lachmayer (2008) Bericht über die 47. Assistententagung in Berlin. i.J. 2007, *German Law Journal* (8), 11-15.

Beckert, Jens (1997) *Grenzen des Marktes. Die sozialen Grundlagen wirtschaftlicher Existenz*, Frankfurt a.M, New York: Campus.

Beckert, Jens (2007) Die soziale Ordnung von Märkten, *MPIfG Discussion Paper 07/6,* Köln: Max-Planck Institut für Gesellschaftsforschung.

Benz, Arthur (Hg.) (2004) *Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen*, Wiesbaden: Verlag für Sozialwissenschaften.

Block, Fred (2003) Reworking Embeddedness, Beitrag Workshop “The Economy as a Polity: The Political Construction of Modern Capitalism in Interdisciplinary and Comparative Perspective”, Europäisches Hochschulinstitut Florenz, 12-13. Mai

Block, Fred (2005) Towards a New Understanding of Economic Modernity, in Christian Joerges, Bo Stråth und Peter Wagner (Hg.) The Economy as Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism, London: University College London Press, 3-16.

Bogdandy, Armin von und Jürgen Bast (2009) Der Verfassungsrechtliche Ansatz und das Unionsrecht, in: dies.(Hg.) Europäisches Verfassungsrecht, Berlin,Heidelberg: Springer, 2. Aufl., 1-13.

Brüggemeier, Gert und Christian Joerges (1984) *Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts*, Materialien 4, Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik.

Caporaso, James (2008) Polanyi in Brussels: European Institutions and the Embedding of Markets in Society, *RECON Online Working Paper* 2008/01, Oslo (ARENA).

Cass, Deborah Z. (2005) *The Constitutionalization of the WTO*, Oxford: Oxford University Press.

Chalmers, Damian (2007) Deliberative Supranationalism and the Reterritorialization of Authority, in Beate Kohler-Koch und Berthold Rittberger (Hg.) Debating the Democratic Legitimacy of the European Union, Lanham, MD: Rowman & Littlefield, 329-343.

Conrad, Christiane R. (2011) *Processes and production methods (PPMs) in WTO Law. A Contribution to the debate on the impact of WTO law on national regulation pursuing social goals*, Cambridge: Cambrige University Press (im Erscheinen).

Corkin, Joseph (2008) Science, legitimacy and the law: regulating risk regulation judiciously in the European Community, *European Law Review* 33(3), 359-384.

Currie, Brainerd (1958) The Constitution and the Choice of Law: Governmental Interests and the Judicial Function, zitiert nach dem Wiederabdruck in ders. (1963a) 188-282.

Currie, Brainerd (1963a) *Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham NC: Duke University Press.

Currie, Brainerd (1963b) *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Law*, in Currie (1963a), 177-187.

Curtin, Deirdre (2009) *Executive power of the European Union: law, practice and living constitution*, Oxford: Oxford University Press.

Deitelhoff, Nicole und Jens Steffek (Hg.) (2009) *Was bleibt vom Staat? Demokratie, Recht und Verfassung im globalen Zeitalter*, Frankfurt a.M., New York: Campus.

Dunoff, Jeffrey L. (2009) The Politics of International Constitutions: The Curious case of the World Trade Organisation, in Jeffrey L. Dunoff und Joel P. Trachtman (Hg.) Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press, 206-229.

Ebner, Alexander (2011) Transnational Markets and the Polanyi Problem, in Christian Joerges und Josef Falke (Hg.), Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford & Portland: Hart Publishing, Kap. 2 (im Erscheinen)

Europäische Kommission (1985) Weißbuch der Kommission an den Europäischen Rat zur Vollendung des Binnenmarktes, KOM (85) 310 endg. v. 14.6.1985.

Europäische Kommission (2001) Regieren in Europa – Ein Weißbuch, KOM (2001) 428 endg. v. 25.7.2001, ABl. C 287/2001, 5.

Everson, Michelle und Ellen Vos (2009) The scientification of politics and the politicisation of science, in Michelle Everson und Ellen Vos (Hg.) Uncertain Risks Regulated, Oxon, New York: Routledge-Cavendish, 1-18.

Falke, Josef (2000a) *Rechtliche Aspekte der Normung in den EG-Mitgliedstaaten und der EFTA, Band 3: Deutschland*, Luxemburg: Amt für amtliche Veröffentlichungen der Europäischen Gemeinschaften und Baden-Baden: Nomos.

Falke, Josef (2000b) Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung, in Christian Joerges und Josef Falke (Hg.) Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung, Baden-Baden: Nomos, 43-159.

Fetsch, Johannes (2002) *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Fikentscher, Wolfgang (1991) Die umweltsoziale Marktwirtschaft - als Rechtsproblem -, Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe No. 197, Heidelberg: C.F. Müller.

Fischer-Lescano, Andreas und Gunther Teubner (2004) Regime-Collisions: The Vain Search for Legal Unity in the Fragmentation of Global Law, *Michigan Law Review* (25), 999-1046.

Fischer-Lescano, Andreas und Gunther Teubner (2006) *Regime-Kollisionen. Zur Fragmentierung des globalen Rechts*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Fischer-Lescano, Andreas und Gunther Teubner (2008) Fragmentierung des Weltrechts: Vernetzung globaler Regimes statt etatistischer Rechtseinheit, in Matthias Albert und Rudolf Stichweh (Hg.) Weltstaat und Weltstaatlichkeit. Beobachtungen globaler politischer Strukturbildung, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 37-61.

Fischer-Lescano, Andreas (2008) Kritik der praktischen Konkordanz, *Kritische Justiz* (41)*,* 166-177.

Fischer-Lescano, Andreas, Florian Rödl und Christoph Schmid (Hg.) (2009), *Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa*, Baden-Baden: Nomos, 373-394.

Fligstein, Neil (1996) Markets as Politics: A Politico-Cultural Approach to Market Institutions, *American Sociological Review* (61), 656-673.

Franzius, Claudio (2010a) *Europäisches Verfassungsdenken*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Franzius, Claudio (2010b), Europäisches Vertrauen? Eine Skizze, www.humboldt-forum-recht.de/deutsch/12-2010/index. html.

Furrer, Andreas (Hg.) (2006) *Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs,* Bern: Stämpfli

Gotthold, Jürgen (1975) *Wirtschaftsrechtliche Entwicklung und Verfassungsrecht*, Göttingen: Kiepenheuer & Witsch

Gouldner, Alvin W. (1957) Cosmopolitans and Locals: Towards an Analysis of Latent Social Roles I, *Administrative Science Quarterly (xx)*, 281-306.

Gouldner, Alvin W. (1958) Cosmopolitans and Locals: Towards an Analysis of Latent Social Roles II, *Administrative Science Quarterly (xx)*, 444-480.

Granovetter, Marc und Richard Swedberg (Hg.) (2001) *The Sociology of Economic Life*, Boulder CO und San Francisco, CA: Oxford University Press und Westview Press.

Griller, Stefan und Andreas Orator (2010) Everything under control? The „way forward“ for European agencies in the foots of the Meroni doctrine, *European Law Review* 25(1), 3-35.

Grimm, Dieter (2009) Gesellschaftlicher Konstitutionalismus - Eine Kompensation für den Bedeutungsschwund der Staatsverfassung?, in Matthias Herdegen u.a. (Hg.) Staatsrecht und Politik, Festschrift für Roman Herzog zum 75. Geburtstag, München: C.H. Beck, 67 – 81.

Günther, Klaus (2001) Rechtspluralismus und universeller Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, in Lutz Wingert und Klaus Günther (Hg.) Die Öffentlichkeit der Vernunft und die Vernunft der Öffentlichkeit. Festschrift für Jürgen Habermas, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 539-568.

Habermas, Jürgen (1981) *Theorie des kommunikativen Handelns*, 2 Bände, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1985) Law as Medium and Law as Institution, in Gunther Teubner (Hg.) Dilemmas of Law in the Welfare State, Berlin: Walter de Gruyter, 203-220.

Habermas, Jürgen (1991) *Staatsbürgerschaft und nationale Identität. Überlegungen zur europäischen Zukunft,* Zürich: Erker.

Habermas, Jürgen (1992) *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1994) Über den inneren Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in Ulrich K. Preuß (Hg.), *Zum Begriff der Verfassung*, Frankfurt a.M.: Fischer, 83-94.

Habermas, Jürgen (1996a) Replik auf Beiträge zu einem Symposium der Cardozo Law School, in Jürgen Habermas (Hg.) Die Einbeziehung des Anderen, Frankfurt/M, 309-398

Habermas, Jürgen (1996b) *Die Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1996c) Der europäische Nationalstaat – Zu Vergangenheit und Zukunft von Souveränität und Staatsbürgerschaft, in Jürgen Habermas, *Die Einbeziehung des Anderen,* Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 128-153.

Habermas, Jürgen (1998a) Die postnationale Konstellation und die Zukunft der Demokratie, in Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation. Politische Essays, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 91-169.

Habermas, Jürgen (1998b) Zur Legitimation durch Menschenrechte, in Jürgen Habermas, Die Postnationale Konstellation, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 170-192.

Habermas, Jürgen (2001a) Braucht Europa eine Verfassung?, in Jürgen Habermas, Zeit der Übergänge, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 104-132.

Habermas, Jürgen (2001b) Euroskepsis, Markteuropa oder Europa der (Welt)Bürger, in Jürgen Habermas, Zeit der Übergänge, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 85-103.

Hayek, Friedrich A. von (1968) Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, in Friedrich A. Hayek, Freiburger Studien. Gesammelte Aufsätze, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 249-265.

Herberg, Martin (2005) Re-Embedding the Disembedded. Die Umweltstandards multinationaler Konzerne in der globalen Steuerungsarchitektur, *Soziale Welt* (4), 399-416.

Herberg, Martin (2007) *Globalisierung und private Selbstregulierung. Umweltschutz in multinationalen Unternehmen,* Frankfurt a.M.: Campus.

Herberg, Martin (2009) Innenansichten des Weltrechts. Methodologische Überlegungen zur aktuellen Rechtspluralismusdebatte, in Gralf-Peter Calliess, Andreas Fischer-Lescano, Dan Wielsch und Peer Zumbansen (Hg.) Soziologische Jurisprudenz, Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag, Berlin: de Gruyter, 573-586.

Herwig, Alexia (2006) The Precautionary Principle in Support of Practical Reason: an Argument Against Formalistic Interpretations of the Precautionary Principle, in Christian Joerges und Ernst-Ulrich Pe-

tersmann (Hg.) Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, Oxford, Portland: Hart Publishing, 301-325.

Herwig, Alexia (2008) Wither Science in WTO Dispute Settlement?, *Leiden Journal of International Law* 21(4), 823-846.

Herwig, Alexia und Thorsten Hüller (2008) Zur normativen Legitimität der Welthandelsordnung, in Meinhard Hilf und Timo Niebsch (Hg.) Perspektiven des Internationalen Wirtschaftsrechts, Stuttgart: Richard Boorberg Verlag, 117-158.

Hesse, Konrad (1999) *Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik*, 20. Aufl., Heidelberg: C.F. Müller,

Hooghe, Lisbesth und Gary Marks (Hg.) (2001) *Multi-level Governance and European Integration*, Boulder CO: Rowman and Littlefield.

Höpner, Martin und Armin Schäfer (2010) Grenzen der Integration – wie die Intensivierung der Wirtschaftsintegration zur Gefahr für die politische Integration wird, *Integration* 33(1), 3-20.

Howse, Robert und Kalypso Nicolaïdis (2001) Legitimacy and Global Governance: Why Constitutionalizing the WTO Is A Step Too Far, in Roger B. Porter, Pierr Sauve, Arvind Subramanaian und Beviglia Zampetti (Hg.) Efficiency, Equity, and Legitimacy: The Multilateral Trading System at the Millennium, Washington, D.C.: Brookings Institution Press, 227-252.

Howse, Robert und Kalypso Nicolaïdis (2008) Democracy without Sovereignty: The Global Vocation of Political Ethics, in Tomer Brousde und Yaval Shany (Hg.) The Shifting Allocation of Authority in International Law. Considering Sovereignty, Supremacy and Subsidiarity. Essays in honour of Profesor Ruth Lapidoth, Oxford and Portland: Hart Publishing, 162-191.

Humrich, Christoph (2007) Faktizität ohne Geltung? Oder: Hat die Konstitutionalisierung des Völkerrechts eine diskurstheoretische Chance?, in Peter Niesen und Benjamin Herborth (Hg.) Anarchie der kommunikativen Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 383-405.

Israël, Jona (2004) *European Cross-Border Insolvency Regulation*, Antwerp & Oxford: Intersentia.

Jachtenfuchs, Markus und Beate Kohler-Koch (Hg.) (2003) *Europäische Integration*, Opladen: Leske & Budrich.

Jessurun d'Oliveira, Hans-Ulrich. (1976) De ruïne van een paradigma: De konfliktregel, Deventer : Kluwer

Joerges, Christian und Florian Rödl (2009) Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts II: Die kollisionsrechtliche Form einer legitimen Verfassung der post-nationalen Konstellation, in Gralf-Peter Calliess u.a., (Hg.) Soziologische Jurisprudenz. Festschrift für Gunther Teubner, Berlin: Walter de Gruyter, 765-778.

Joerges, Christian und Gunther Teubner (Hg.) (2003) Rechtsverfassungsrecht – Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden: Nomos.

Joerges, Christian und Josef Falke (Hg.) (2000) Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung, Baden-Baden: Nomos.

Joerges, Christian und Jürgen Neyer (1997) From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology, *European Law Journal* (3) 273-299.

Joerges, Christian und Jürgen Neyer (1998) Von intergouvernementalem Bargaining zur deliberativen Politik, in Beate Kohler-Koch (Hg.) Regieren in entgrenzten Räumen, *PVS Sonderheft* (28), 207-233.

Joerges, Christian (1971) *Zum Funktionswandel des Kollisionsrechts. Die “Governmental Interest Analysis“ und die „Krise des Internationalen Privatrechts*, Berlin, Tübingen: Walter de Gruyter/ Mohr Siebeck

Joerges, Christian (1979) Vorüberlegungen zu einer Theorie des Internationalen Wirtschaftsrechts, *RabelsZ* (43), 6-79.

Joerges, Christian (1981) *Verbraucherschutz als Rechtsproblem*, Heidelberg: Recht und Wirtschaft.

Joerges, Christian (1986) Quality Regulation in Consumer Goods Markets: Theoretical Concepts and Practical Examples, in Terence Daintith und Gunther Teubner (Hg.) Contract and Organization, Berlin: de Gruyter, 142-163.

Joerges, Christian (1989) Politische Rechtstheori*e* and Critical Legal Studies: Points of Contacts and Divergencies”, in Christian Joerges und David M. Trubek (Hg.) Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden: Nomos 597-643.

Joerges, Christian (1991) Markt ohne Staat? Die Wirtschaftsverfassung der Gemeinschaft und die regulative Politik, in Rudolf Wildenmann (Hg.) Staatswerdung Europas? Optionen einer Europäischen Union, Baden-Baden: Nomos, 225-268.

Joerges, Christian (1994a) Die Wissenschaft vom Privatrecht und der Nationalstaat, in Dieter Simon (Hg.) Rechtswissenschaft in der Bonner Republik. Studien zur Wissenschaftsgeschichte der Jurisprudenz, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 311-363.

Joerges, Christian (1994b) Legitimationsprobleme des europäischen Wirtschaftsrechts und der Vertrag von Maastricht, in Gert Brüggemeier (Hg.) Verfassungen für ein ziviles Europa, Baden-Baden: Nomos, 91-130.

Joerges, Christian (1997) Scientific Expertise in Social Regulation and the European Court of Justice: Legal Frameworks for Denationalized Governance Structures, in Christian Joerges, Karl-Heinz Ladeur und Ellen Vos (Hg.) Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making. National Traditions and European Innovations, Baden-Baden: Nomos, 295-324.

Joerges, Christian (2000a) Transnationale „deliberative Demokratie“ oder „deliberativer Suprantionalismus“? Anmerkungen zur Konzeptualisierung legitimen Regierens jenseits des Nationalstaats bei Rainer Schmalz-Bruns, *Zeitschrift für Internationale Beziehung*en (7), 145-161.

Joerges, Christian (2000b) „Gutes Regieren“ im Binnenmarkt, in Christian Joerges und Josef Falke (Hg.) Das Ausschußwesen der Europäischen Union. Praxis der Risikoregulierung im Binnenmarkt und ihre rechtliche Verfassung, Baden-Baden: Nomos, 349-381.

Joerges, Christian (2005) Macht Europa seiner Wirtschaftsverfassung den Prozess? – Ein melancholischer Rückblick, in Gert Brüggemeier (Hg.) Liber Amicorum Eike Schmidt, Heidelberg: C.F. Müller, 187-222.

Joerges, Christian (2006) Der Europäisierungsprozess als Herausforderung des Privatrechts: Plädoyer für eine neue Rechts-Disziplin, in Andreas Furrer (Hg.) Europäisches Privatrecht im wissenschaftlichen Diskurs*,* Bern: Stämpfli, 133-188.

Joerges, Christian (2008) Integration durch Entrechtlichung?, in Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn (Hg.) Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft (41), 213-237.

Joerges, Christian (2009) Integration durch supranationales Kollisionsrecht: Zur Verteidigung des europäischen Projekts durch eine alternative Konzeptualisierung seiner Rechtsverfassung, in Andreas Fischer-Lescano, Florian Rödl und Christoph Schmid (Hg.) Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, Baden-Baden: Nomos, 373-394.

Joerges, Christian, Bo Stråth und Peter Wagner (2005) *The Economy as Polity: The Political Constitution of Contemporary Capitalism,* London: UCL Press.

Joerges, Christian, Harm Schepel und Ellen Vos (1999) “Delegation” and the European Polity: The Law’s Problems Christian Joerges & the Role of Standardisation Organisations in European Legislation, *EUI Working Paper in Law 9*, San Domenico di Fiesole: Europäisches Hochschulinstitut. Joerges, Christian, Josef Falke, Hans-W. Micklitz und Gert Brüggemeier (1988) *Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden: Nomos.

Kant, Immanuel (1797/98) *Metaphysik der Sitten*, zitiert nach der von Wilhelm Weischedel besorgten Auflage der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft: Darmstadt, 1977.

Kegel, Gerhard und Ignaz Seidl-Hohenveldern (1978) Zum Territorialitätsprinzip im internationalen öffentlichen Recht*, Konflikt und Ordnung. Festschrift für Murad Ferid zum 70. Geburtstag*, München: C.H. Beck, 233-277.

Kegel, Gerhard und Klaus Schurig (2000) *Internationales Privatrecht*, München: C.H. Beck, 8. Aufl.

Kingsbury, Benedict (2009) The Concept of ‘Law’ in Global Administrative Law, *European Journal of International Law (*20), 3-57.

Kingsbury, Benedict, Nico Krisch und Richard B. Stewart (2005) The Emergence of Global Administrative Law, *Law and Contemporary Problems* 68, 15-62.

Kjaer, Poul F. (2009) Three-dimensional Conflict of Laws in Europe, *ZERP DP 2/2009*, Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik.

Kjaer, Poul F. (2010) *Between Governing and Governance: On the Emergence, Function and Form of Europe’s Post-National Constellation*, Oxford und Portland: Hart Publishing.

Kohler-Koch, Beate und Berthold Rittberger (2006) Review Article: The “Governance Turn” in EU Studies, *Journal of Common Market Studies. Annual Review* 44(1), 27-49.

Kohler-Koch, Beate und Berthold Rittberger (Hg.) (2007) *Debating the Democratic Legitimacy of the European Union*, Lanham, MD: Rowman & Littlefield.

Koskenniemi, Martti und Päivi Leino (2002) Fragmentation of the International Law? Postmodern Anxieties, *Leiden Journal of International Law* 15(3), 553-579.

Krajewski, Markus (2011), Commodifying and Embedding Services of General Interests in Transnational Contexts: the Example of health Care liberalization in the EU and the WTO, in Christian Joerges und

Josef Falke (Hg.) Karl Polanyi, Globalisation and the Potential of Law in Transnational Markets, Oxford, Portland: Hart Publishing, Kap. 10 (im Erscheinen)

Kramer, Larry (1990) Rethinking Choice of Law, *Columbia Law Review* (90), 277-345.

Kramer, Larry (1991a) Vestiges of Beale: Extraterritorial Application of American Law, *Supreme Court Review*, 179-224.

Kramer, Larry (1991b) More Notes on Methods and Objectives in Conflict of Laws, *Cornell International Law Journal* (24), 245-278.

Kreide, Regina und Andreas Niederberger (Hg.) (2008) *Transnationale Verrechtlichung, Nationale Demokratien im Kontext globaler Politik,* Frankfurt a.M., New York: Campus.

Krisch, Nico (2006) The Pluralism of Global Administrative Law, *European Journal of International Law* 17(1), 247-278.

Ladeur, Karl-Heinz und Lars Viellechner (2008) Die transnationale Expansion staatlicher Grundrechte. Zur Konstitutionalisierung globaler Privatrechtsregimes, *Archiv des Völkerrechts* (46), 42–73.

Ladeur, Karl-Heinz (2009) Was bedeutet die “Normativität” des Rechts in der postmodernen Gesellschaft? Vorüberlegungen zur Beobachtung des Rechtssystems durch die Rechts- und Politikwissenschaft, Ms. Bremen

Ladeur, Karl-Heinz Ladeur (1997) Towards a Legal Theory of Supranationality – The Viability of the Network Concept, *European Law Journal* (3), 33-54.

Luhmann, Niklas (1972) *Rechtssoziologie*, *Band II*, Hamburg: Rowohlt.

Luhmann, Niklas (1974) *Rechtssystem und Rechtsdogmatik*, Stuttgart: Kohlhammer.

Luhmann, Niklas (1991) *Soziologie des Risikos*,Berlin: de Gruyter.

Luhmann, Niklas (1993) *Das Recht der Gesellschaft,* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Majone, Giandomenico (1993) The European Community Between Social Policy and Social Regulation, *Journal of Common Market Studies* (31), 153-170

Maus, Ingeborg. (2010) Verfassung und Verfassungsgebung. Zur Kritik des Theorems einer „Emergenz“ supranationaler und transnationaler Verfassungen, Ms. Frankfurt a.M. Mayntz, Renate (1980) *Implementation politischer Programme. Empirische Forschungsberichte*, Königstein/Ts.: Athenäum.

Mayntz, Renate (2007) The Architecture of Multi-level Governance of Economic Sectors, MPIfG Discussion Paper 07/13, Köln: MPIFG.

Mayntz, Renate (2008) Von der Steuerungstheorie zu Global Governance, in: Gunnar Folke Schuppert und Michael Zürn (Hg.) *Governance in einer sich wandelnden Welt*, *PVS Sonderheft* 41, 43-60.

Michaels, Ralf (2007) Globalizing Savigny? The State in Savigny’s Private International Law and the Challenge of Europeanization and Globalization, in Michael Stolleis und Wolfgang Streeck (Hg.) Dezentralisierung. Aktuelle Fragen politischer und rechtlicher Steuerung im Kontext der Globalisierung, Baden-Baden: Nomos, 119-144.

Michelman, Frank I.(1999) *Brennan and Democracy*, Princeton NJ: Princeton University Press.

Möllers, Christoph (2009), Verfassunggebende Gewalt, Verfassung, Konstitutionalisierung, in Armin v. Bogdandy und Jürgen Bast (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg: Springer.

Möllers, Christoph, Andreas Vosskuhle und Christian Walter (Hg.) (2007) *Internationales Verwaltungsrecht. Eine Analyse anhand von Referenzgebieten*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Moravcsic, Andrew (2004) Is there a 'Democratic Deficit' in World Politics? A Framework for Analysis, *Government and Opposition* 39, 336-363.

Muir Watt, Horatia (2003) Choice of law in integrated and interconnected markets: a matter of political economy, *Electronic Journal of Comparative Law 7.3*.

Nanz, Patricia (2006) Democratic Legitimacy of Transnational Trade Governance: A View from Political Theory, in Christian Joerges und Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.) Multilevel Trade Governance and Social Regulation, Oxford, Portland: Hart Publishing, 59-82.

Neyer, Jürgen (2004) *Postnationale politische Herrschaft: Vergesellschaftung und Verrechtlichung jenseits des Staates*, Baden-Baden: Nomos.

Neyer, Jürgen (2006) The Deliberative Turn in: Integration Theory, *Journal of European Public Policy* 13, 779-791.

Niesen, Peter und Benjamin Herborth (Hg.) (2007) *Anarchie der kommunikativen Freiheit: Jürgen Habermas und die Theorie der internationalen Politik,* Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Offe, Claus (1998) Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine europäische Regimeform unter dem Stress der europäischen Integration, in Wolfgang Streeck (Hg.) Internationale Wirtschaft, Nationale Demokratie, Frankfurt: Campus, 99-136.

Paul, Joel, (1991) Comity in International Law, *Harvard Journal for International Law* 32, 1-79.

Paulus, Andreas L. (2009) The International Legal System as a Constitution, in Jeffrey. L. Dunoff und Joel P. Trachtman (Hg.) Ruling the World? Constitutionalism, International Law, and Global Governance, Cambridge: Cambridge University Press, 178-205.

Peters, Anne (2009) Dual democracy, in Jan Klabbers, Geir Ulfstein und Anne Peters (Hg.) The Constitutionalization of International Law, Oxford: Oxford University Press, 263-341.

Petersmann, Ernst-Ulrich (2006) Multilevel Trade Governance in the WTO Requires Multilevel Constitutionalism, in Christian Joerges und Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.) Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, Oxford, Portland: Hart Publishing, 5-58.

Polanyi, Karl (1978) *The Great Transformation. Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaften und Wirtschaftssystemen,* [Übersetzung der i.J. 1944 erschienen englischen Originals], Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Polanyi, Karl (2001) The Economy as Instituted Process, in: Mark Granovetter und Richard Swedberg (Hg.) The Sociology of Economic Life, 2. Aufl., Boulder, San Francisco, Oxford: Westview Press, 31-50.

Randles, S. (2003) Issues for a Neo-Polanyian Research Agenda in Economic Sociology, *International Review of Sociology* 13, 409-434.

Rödl, Florian (2009) Regime-collisions, Proceduralised Conflict of Laws and the Unity of the Law: on the Form of Constitutionalism beyond the State, in Rainer Nickel (Hg.) Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond - Patterns of Supranational and Transnational Juridification, Oslo: RECON Report No. 7/2009, 41-360.

Rödl, Florian (2009) Transnationale Lohnkonkurrenz: ein neuer Eckpfeiler der „sozialen“ Union?, in Andreas Fischer-Lescano, Florian Rödl und Christoph Schmid (Hg.) Europäische Gesellschaftsverfassung. Zur Konstitutionalisierung sozialer Demokratie in Europa, Baden-Baden: Nomos, 145-160.

Rödl, Florian (2011) Demokratische Verrechtlichung ohne Verstaatlichung: Kollisionsrecht statt Globalstaat, Oliver Eberl (Hg.) Transnationalisierung der Volksouveränität, Festschrift für Ingeborg Maus, Stuttgart: Franz Steiner. [im Erscheinen]

Sand, Peter H. (2006) Labelling Genetically Modified Food: The Right to Know, *Review of European Community & International Environmental Law* 15(2), 185-192.

Sauer, Heiko (2008) *Jurisdiktionskonflikte in Mehrebenensystemen*, Heidelberg: Springer.

Savigny, Friedrich Carl von (1849) *System des heutigen römischen Rechts*. *Achter Band*, Berlin: Veit und Comp.

Schanze, Erich (2005) International Standards – Functions and Links to Law, in Peter Nobel (Hg.) International Standards and the Law, Bern: Stämpfli, 84-103.

Scharpf, Fritz W. (1966) Judicial Review and the Political Question: Functional Analysis, *Yale Law Journal* 75, 517-597.

Scharpf, Fritz W. (1985) Die Politikverflechtungs-Falle. Europäische Integration und deutscher Föderalismus im Vergleich, *Politische Vierteljahresschrift* 26(4), 323-356.

Scharpf, Fritz W. (1994) Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der europäischen Mehrebenenpolitik, in Fritz W. Scharpf (Hg.) Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa, Frankfurt a.M.: Campus, 131-155.

Scharpf, Fritz W. (2001) Notes Towards a Theory of Multi-level Governing in Europe, *Scandinavian Political Studies* 24, 1-26.

Schepel, Harm (2005) *The Constitution of Private Governance. Product Standards in the Regulation of Integrating Markets*, Oxford, Portland: Hart Publishing.

Schepel, Harm (2006) Sources and Legal Recognition of Standardisation, in Christian Joerges und Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.) Constitutionalism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation, 397-409.

Schiff Berman, P. (2005) Towards a Cosmopolitan Vision of Conflict of Laws: Redefining Governmental interests in a Global Era, *Pennsylvania Law Review* 153, 1819-1882.

Schluchter, Wolfgang (1972) Aspekte bürokratischer Herrschaft, in Wolfgang Schluchter (Hg.) *Studien zur Interpretation der fortschreitenden Industriegesellschaft* (zit. nach dem Neudruck: Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1985), 145-176.

Schmalz-Bruns, Rainer (2007) An den Grenzen der Entstaatlichung, in Peter Niesen und Benjamin Herborth (Hg.) Anarchie der kommunikativen Freiheit, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 269-294.

Schmidt-Aßmann, Eberhard (2006) Die Herausforderung des Verwaltungsrechts durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, *Der Staat* 45, 315-338.

Schnyder, Anton K. (1990) *Wirtschaftskollisionsrecht*, Zürich: Schulthess & Schaffer.

Schönberger, Christoph (2004) Die Europäische Union als Bund. Zugleich ein Beitrag zur Verabschiedung des Staatenbund-Bundesstaat-Schemas, *Archiv des öffentlichen Rechts* 129, 81-119.

Schuppert, Gunnar Folke und Michael Zürn (Hg.) (2008) Governance in einer sich wandelnden Welt, *PVS Sonderheft* 41.

Schuppert, Gunnar Folke (2006) Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen, Gunnar Folke Schuppert (Hg.) *Governance-Forschung*, 2. Aufl., Baden-Baden: Nomos.

Schurig, Klaus (1990) Zwingendes Recht, „Eingriffsnormen“ und neues IPR, *RabelsZ* 54, 217-250.

Scott, Joanne (2002) Mandatory or Imperative Requirements in the EU and the WTO, in Catarina Barnard und Joanne Scott (Hg.) The Law of the Single European Market - Unpacking the Premises, Oxford, Portland: Hart Publishing, 269-294.

Scott, Joanne (2004) International Trade and Environmental Governance: Relating Rules (and Standards) in the EU and the WTO, *European Journal of International Law* 15, 307-354.

Shaffer, Greg und Mark Pollack (2006) Reconciling (or Failing to Reconcile) Regulatory Differences: The Ongoing Transatlantic Dispute over the Regulation of Biotechnology, in David Andrews, Mark A. Pollack, Greg C. Shaffer und Helen Wallace (Hg.) The New Transatlantic Agenda and the Future of Transatlantic Economic Governance, San Domenico di Fiesole: Europäisches Hochschulinstitut, 167-229.

Shaffer, Greg und Mark Pollack (2009) The EU regulatory system for GMOs, in Michelle Everson und Ellen Vos (Hg.) Uncertain Risks Regulated, Oxon, New York: Routledge-Cavendish, 269-294.

Soper, Kate und Frank Trentmann (Hg.) (2007) *Citizenship and Consumption*, New York: Palgrave-Macmillan.

Stehr, Nico (2003) *Wissenspolitik. Die Überwachung des Wissens*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Stehr, Nico (2007) *Die Moralisierung der Märkte: eine Gesellschaftstheorie*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp.

Steindorff, Ernst (1958) *Sachnormen im internationalen Privatrecht*, Frankfurt a.M.: Klostermann.

Steindorff, Ernst (1973), Politik des Gesetzes als Auslegungsmaßstab im Wirtschaftsrecht, *Festschrift für Karl Larenz.* München: C.H. Beck, 217-229.

Stewart, Richard B. (1975) The Reformation of American Administrative Law, *Harvard Law Review* 88, 1667-1711.

Stewart, Richard B. (2003) Administrative Law in the Twenty-First Century, *New York University Law Review* 78, 437-451.

Stewart, Richard B. (2006) Mars or Venus? Accountability and the Discontents of Globalization: US and EU Models for Regulatory Governance, Ms. Europäisches Hochschulinstitut Florenz.

Stewart, Richard B., Michelle Ratton und Sanchez Badin (2011) The World Trade Organization and Global Administrative Law, in Christian Joerges und Ernst-Ulrich Petersmann (Hg.) Constitutional-

ism, Multilevel Trade Governance and Social Regulation and the Future of International Economic Law, Oxford, Portland: Hart Publishing, Chapter 16 (im Erscheinen)

Streeck, Wolfgang (2009) *Reforming Capitalism. Institutional Changes in the German Political Economy*, Oxford: Oxford University Press.

Teubner, Gunther (1982) Reflexives Recht. Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 68, 13-59.

Teubner, Gunther (1984) Das regulatorische Trilemma: Zur Diskussion um post-instrumentale Rechtsmodelle, in Gert Brüggemeier und Christian Joerges (Hg.) Workshop zu Konzepten des postinterventionistischen Rechts, Bremen, ZERP-Materialien 4, 94-160.

Teubner, Gunther (1985) Verrechtlichung – Begriffe, Merkmale, Grenzen, Auswege, in Friedrich Kübler (Hg.) Verrechtlichung von Wirtschaft, Arbeit und sozialer Soldidarität. Vergleichende Analysen, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 289-344.

Teubner, Gunther (1997) Breaking Frames: The Global Interplay of Legal and Social Systems, *American Journal of Comparative Law* 45, 149-169.

Teubner, Gunther (2003a) Der Umgang mit Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter, in Christian Joerges und Gunther Teubner (Hg.) Rechtsverfassungsrecht: Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden: Nomos, 25-45.

Teubner, Gunther (2003b) Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 63, 1-28.

Teubner, Gunther (2004) Netzwerk als Vertragsverbund: Virtuelle Unternehmen, Franchising, just-in-time in sozialwissenschaftlicher und juristischer Sicht, Baden-Baden: Nomos.

Teubner, Gunther (2010), The Corporate Codes of Multinationals: Company Constitutions beyond Corporate Governance and Co-determination, in Rainer Nickel (Hg.) Conflict of Laws and Laws of Conflict in Europe and Beyond - Patterns of Supranational and Transnational Juridification, Antwerp, Portland: Intersentia, 203-214.

Tietje, Christian (2001) *Internationales Verwaltungshandeln*, Berlin: Duncker & Humblot.

Vogel, Klaus (1965) *Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm*, Frankfurt a.M., Berlin: Metzner.

Vos, Ellen und Michelle Everson (Hg.) (2009) *Uncertain Risks Regulated*, Oxon, New York: Routledge-Cavendish.

Vranes, Erich (2009) *Trade and the Environment. Fundamental Issues in International Law, WTO Law, and Legal Theory,* Oxford: Oxford University Press.

Wallace, William (1983) Less than a Federation, More than a Regime: The Community as a Political System, in Helen Wallace und William Wallace (Hg.) Policy-Making in the European Community, 2. Aufl., Oxford: Oxford University Press, 403-436.

Weber, Max (1895) *Der Nationalstaat und die Volkswirtschaftspolitik. Akademische Antrittsrede*, Freiburg i. B., Leipzig: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).

Weber, Max, (1972) *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriß der verstehenden Soziologie*, zitiert nach der 5., von Johannes Winkelmann besorgten Auflag, Tübingen: Mohr Siebeck.

Weiler, Joseph H.H (2001) The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats. Reflections on the Internal and External Legitimacy of WTO Dispute Settlement, *Journal of World Trade* 35(2), 191-207.

Weiler, Joseph H.H. (1991) The Transformation of Europe, in: *Yale Law Journal* 100(8), 2403-2483.

Weiler, Joseph H.H. (1998) In der Unterwelt der Ausschüsse, *Die Zeit*, 22 10.1998.

Weiler, Joseph H.H. (2004) The Geology of International Law – Governance, Democracy and Legitimacy, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* 64, 547-562.

Weimer, Maria (2008) Legitimacy through Precaution in European Regulation of GMOs? From the Standpoint of Governance as Analytical Perspective, in Christian Joerges und Poul Kjaer (Hg.) Transnational Standards of Social Protection. Contrasting European and International Governance, ARENA Report No. 4/08, ORT: INSTITUTION.

Weimer, Maria (2009) Applying Precaution in Community Authorisation of Genetically Modified Products – Challenges and Suggestions for Reform, RECON WP 14/2009, Oslo: ARENA.

Wiethölter, Rudolf (1972) Wirtschaftsrecht, in Axel Görlitz (Hg.) *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, Munich: Ehrenwirth, 531-539.

Wiethölter, Rudolf (1973) Rechtswissenschaft in Kritik und als Kritik, Mainz: Universitätsschriften.

Wiethölter, Rudolf (1977) Begriffs- oder Interessenjurisprudenz:: Falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht - Bemerkungen zur selbstgerechten Kollisionsnorm, in Alexander Lüderitz und Jochen Schröder (Hg.) Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts: Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel, Frankfurt a.M.: Metzner, 213-263.

Wiethölter, Rudolf (1982) Entwicklung des Rechtsbegriffs (am Beispiel des BVerfG-Urteils zum Mitbestimmungsgesetz und – allgemeiner – an Beispielen des sog. Sonderprivatrechts), in Volkmar Gessner und Gerd Winter (Hg.) Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, *Jahrbuch für Rechtstheorie und Rechtssoziologie* 8, 38-59

Wiethölter, Rudolf (1989) Proceduralisation of the Category of Law, in Christian Joerges und David M. Trubek (Hg.) Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden: Nomos, 501-510.

Wiethölter, Rudolf (2003) Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in Christian Joerges und Gunther Teubner (Hg.) Rechtsverfassungsrecht – Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden: Nomos, 2003, 1-19.

Willke, Helmut (1983) *Entzauberung des Staates. Überlegungen zu einer gesellschaftlichen Steuerungstheorie.* Königstein/Ts.: Athenäum.

Willke, Helmut (1992) *Ironie des Staates*. Frankfurt/Main: Suhrkamp

Willke, Helmut (2001) Dekonstruktion der Utopie, in Helmut Willke (Hg.), Atopia. Studien zur atopischen Gesellschaft, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 7-65.

Winickoff, D, Sheila Jasanoff, L. Busch, R. Grove-White und Brian Wynne (2005), Adjudicating the GM Food Wars: science, risk and democracy in international trade law, *Yale Journal of International Law* 30, 81-125.

Zarrilli, Simonetta (2006) International Trade in GMOs: Legal Frameworks and Developing Country Concerns, in Francesco Francioni und Tuglio Scovazzi (Hg.) Biotechnology and International Law, Oxford & Oregon: Hart Publishing, 231-254.

Zürn, Michael (2000) Democratic Governance Beyond the Nation-State: The EU and Other International Institutions, *European Journal of International Relations* 6, 183-221.

Zürn, Michael (2001) Politik in der postnationalen Konstellation, in Christine Landfried (Hg.) Politik in der entgrenzten Welt, Opladen: Westdeutscher Verlag, 181-204.

Zurek, Karolina (2010), European Food Regulation after Enlargement: Should Europe's Modes of Regulation Provide for more Flexibility, Ph.D Thesis, Europäisches Hochschulinstitut Florenz.

BIOGRAPHISCHE ANMERKUNG

Christian Joerges ist Professor für Deutsches und Europäisches Privat- und Wirtschaftsrecht und Internationales Privatrecht an der Universität Bremen (seit Oktober 2008 Forschungsprofessur).

Telefon: +49 421 218 4049/2247
E-Mail: cjoerges@sfb597.uni-bremen.de
Anschrift: Universität Bremen, Fachbereich Rechtswissenschaft, Zentrum für Europäische Rechtspolitik (ZERP), Universitätsallee GW1, Raum C 2070, 28359 Bremen