

1.

Diagnose: Der Legitimationsverlust des Staates / Diagnosis: The State's Loss of Legitimacy

Repräsentanten unter Druck: Zwischen Vertrauensverlust und Ohnmacht

Christian Calliess

A. Einleitung

Im Hinblick auf das mir angetragene Thema, die Ohnmacht und den Vertrauensverlust von Parlamenten und der in ihnen vertretenen Repräsentanten, möchte ich drei empirisch belegbaren Herausforderungen nachgehen:

- dem Steuerungsverlust repräsentativer Demokratie im Zuge der Globalisierung und Internationalisierung,
- der Komplexität vieler Regelungsstände, den damit verbundenen Wissensdefiziten des Gesetzgebers und den daraus resultierenden Steuerungsgrenzen im demokratischen Rechtsstaat,
- sowie der in der Folge damit einhergehenden Privatisierung gesetzgeberischer Verantwortung.

Diesen Herausforderungen wollen sich die nachfolgenden Ausführungen widmen (unter B.), bevor der Versuch unternommen wird, Perspektiven zu skizzieren (unter C.).

B. Herausforderungen

I. Die Ohnmacht repräsentativer Demokratie im Zuge der Globalisierung und Internationalisierung

1. Das prekäre Verhältnis von Markt und Demokratie

Spätestens seit der resignativen Rede des Franzosen *Jean-Marie Guéhenno* vom „Ende der Demokratie“¹ ist das Spannungsverhältnis zwischen

1 *Guéhenno*, Das Ende der Demokratie, 1996; vgl. zum aktuellen Diskussionsstand auch die Beiträge in: Brunkhorst (Hrsg.), Demokratie in der Weltgesellschaft, 2009; Möllers, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 87 ff. und 118.

Globalisierung und Demokratie ein Thema der Demokratiedebatte. Es hat seinen Ursprung in der Koppelung von Markt und Demokratie im Staat: Mit der auf freiem Wettbewerb basierenden Industriegesellschaft entwickelte sich der moderne Staat mit seiner Fähigkeit, den im Markt konkurrierenden Unternehmen im Interesse des Gemeinwohls Mindestbedingungen der sozial- und umweltverträglichen Produktion vorzuschreiben. Jene historische Symbiose von marktwirtschaftlichem Wettbewerb und staatlicher Regulierung war im Nationalstaat trotz aller Konflikte und Defizite grundsätzlich funktionsfähig, solange es gelang, die den Unternehmen auferlegten Anforderungen in gleicher Weise gegenüber allen Konkurrenten durchzusetzen und damit den Wettbewerb zu flankieren. Jedoch wurde und wird die Möglichkeit nationaler flankierender Maßnahmen zur Lösung von Konflikten und Defiziten der Marktwirtschaft in dem Maße eingeschränkt, wie die ökonomischen Zusammenhänge sich internationalisieren und miteinander verflechten. Die damit einhergehende Entgrenzung des Staates führt solchermassen zu einem Spannungsverhältnis zwischen Markt und Demokratie.

2. Globalisierung und Internationalisierung: “Does Government Matter?”

Was aber bedeutet das konkret für unser Thema? Die Antwort kulminiert in der Frage “Does Government Matter?”. Wenn sich Wirtschaft und Gesellschaft im Zuge der Globalisierung immer mehr zu einem “largely stateless web of cross-border corporate alliances” entwickeln, dann können sie sich nationalstaatlichen Regulierungsbemühungen im globalen Standortwettbewerb vergleichsweise problemlos entziehen.²

Freilich ist das damit thematisierte, jedoch diffus bleibende Phänomen der Globalisierung, insbesondere die Frage, ob es sich hierbei überhaupt um ein neues Phänomen handelt, nach wie vor heftig umstritten.³ Zumindest in der politisch-ökonomischen Debatte besteht inzwischen jedoch weitgehend Einigkeit darüber, dass es fünf – nicht trennscharf unterscheid-

2 Vgl. Newsweek vom 26. Juni 1995, S. 34 ff. (36). Dazu *Wolf*, Die Zukunft des Nationalstaates in den internationalen Beziehungen, in: Frech/Hesse/Schinkel (Hrsg.), Internationale Beziehungen in der politischen Bildung, 2000, S. 118 ff.

3 Dazu die Beiträge in *Beck* (Hrsg.), Politik der Globalisierung, 1998.

bare – Begründungszusammenhänge gibt, die den besonderen Charakter des gegenwärtigen Globalisierungsprozesses prägen:⁴

- Die dynamische Entwicklung des Welthandels: Auch wenn sich der Welthandel historisch immer schon in Zyklen entwickelte, so kann eine neue Qualität nicht nur in der mit dem schnellen Wachstum einhergehenden Dynamik und Vertiefung der Handelsbeziehungen, sondern vor allem in der Verschiebung vom intersektoralen (komplementären Handel zwischen den Branchen) zum intrasektoralen Handel mit substitutivem Charakter (z.B. in den Bereichen PKW, TV, HiFi, Computer etc.) festgestellt werden. Daraus resultiert eine verstärkte Konkurrenz in den Weltmarktbranchen, die durch die wachsende Vernetzung der Produktionsstandorte und den sukzessiven Abbau von nationalen handelspolitischen Schranken und Steuerungsoptionen (Zölle, nichttarifäre Handelsmaßnahmen) im Rahmen des GATT und der WTO noch weiter verschärft wird.

- Die Möglichkeit globaler Produktion (sog. Global Sourcing): Die rapide gesunkenen Transport- und Kommunikationskosten haben in Verbindung mit den neuen Kommunikationsinstrumenten (insbesondere dem Internet) neuartige Möglichkeiten für eine weltweit vernetzte Produktion eröffnet, von denen zunehmend nicht nur die transnationalen Konzerne, sondern auch bislang national orientierte Unternehmen Gebrauch machen (als Beispiel mag der inzwischen berühmt gewordene indische Ingenieur dienen, der via Internet in seinem Heimatland für Unternehmen in Europa Software entwickelt oder Blaupausenarbeiten ausführt). Unternehmen werden dadurch zwar nicht heimatlos, können sich auf diese Weise aber sektoral den nationalen Arbeitsmärkten und Sozialsystemen entziehen.

- Die Staaten im Standortwettbewerb: Im Hinblick auf die weltwirtschaftliche Globalisierung mit immer mobileren Investoren konkurrieren die Regierungen der Staaten untereinander um investitionsfreundliche Standortbedingungen. Sie entwickeln eine angebotsorientierte Politik, die – unabhängig von vielfältigen positiven Impulsen – der latenten Gefahr ausgesetzt ist, sich dem Konkurrenzdruck auf Kosten von Gemeinwohlbelangen (Stichwort: Sozial- und Umweltdumping, Race to the Bottom) zu beugen. Die klassische Steuerung des freien Marktes durch Regulierung, seine im Allgemeininteresse liegende Flankierung durch gesetzliche Rahmenbedingungen, gerät verstärkt unter den Druck, die Standort- spricht:

4 Instrukтив der Überblick bei *Hoffmann*, Ambivalenzen des Globalisierungsprozesses. Chancen und Risiken der Globalisierung, Aus Politik und Zeitgeschichte B 23/99, S. 3 ff.

Kostenfaktoren durch Deregulierung zu verbessern. Paradoxerweise hat die im Interesse wirtschaftlichen Wachstums gewollte Deregulierungspolitik der Staaten seit Mitte der siebziger Jahre (GATT, WTO, EU) die entscheidende Voraussetzung für den mit der Globalisierung verbundenen Souveränitätsverlust der Staaten geschaffen.

- Hinzu kommt die Liberalisierung des internationalen Kapitalverkehrs und der internationalen Finanzmärkte samt der damit verbundenen Steigerung der Auslandsdirektinvestitionen: Im Zuge der gewachsenen Mobilität des Kapitals kommt es unter Umständen zum – in der Standortdebatte der Bundesrepublik vielbeschworenen – sog. Export von Arbeitsplätzen in Niedriglohnländer.

- Und schließlich kommt ganz allgemein hinzu, dass die nationalstaatliche Regelungskompetenz angesichts der grenzüberschreitenden Dimension vieler Regelungsprobleme – gerade im Bereich der staatlichen Uraufgabe der Gewährleistung von physischer Sicherheit (z.B. im Umweltbereich, Klimaschutz) – auch rein tatsächlich und im wahrsten Sinne des Wortes an ihre Grenzen stößt.⁵

Alle diese Entwicklungen beschreiben eine Entgrenzung des Staates, die zu einem Spannungsverhältnis zwischen Markt und Demokratie führt, im Zuge dessen die nationalen Gesetzgeber mit ihrer in der Regel auf die staatlichen Grenzen beschränkten Regulierungsmacht überfordert sind.

3. Die Dominanz der Exekutiven in der Krise

Verstärkt wird die skizzierte Entwicklung durch die Herausforderungen der Finanz- und Staatsschuldenkrise. Krisen sind immer die Stunde der Exekutive, sodass sowohl im Zuge der Finanzkrise als auch der Eurokrise die Staats- und Regierungschefs im Rahmen der G-20 und des Europäischen Rates zur gestaltenden Macht wurden.⁶ Zusätzlich verloren die Par-

5 Vgl. *Scharpf*, Die Handlungsfähigkeit des Staates am Ende des Zwanzigsten Jahrhunderts, Politische Vierteljahresschrift 1991, S. 621 (630); ferner *Wolf*, Die Zukunft des Nationalstaates in den internationalen Beziehungen, in: Frech/Hesse/Schinkel (Hrsg.), Internationale Beziehungen in der politischen Bildung, 2000, S. 122 ff.

6 Dazu *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 ff.; *Schorkopf*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 184 (189 ff., 211 ff.) jeweils m.w.N.

lamente bedingt durch die Krise an Einfluss über ihr Königsrecht, die Budgethoheit: Die mit der Bewältigung der Finanzkrise, insbesondere der Bankenrettung verbundene zusätzliche Staatsverschuldung hat jedenfalls Staaten wie Island, Irland, Griechenland, Portugal, Spanien, Zypern und im Ansatz Italien – wenn auch aus unterschiedlichen Gründen – an die Grenzen ihrer haushaltspolitischen Leistungsfähigkeit geführt. In der Folge von durch Sparauflagen bedingten Finanzhilfen Dritter, etwa des IWF, der EU samt ihrer Mitgliedstaaten, verlieren ihre Parlamente an Handlungsspielraum. Insoweit wird mitunter gar von Fremdherrschaft, einem Protektorat und Schlimmerem gesprochen.⁷ Zugleich sind die Parlamente der Geberstaaten in der Gefahr, dass die Höhe der erforderlichen Finanzhilfen ihre Budgetautonomie aushöhlt.⁸

II. Nichtwissen und Steuerungsgrenzen im demokratischen Rechtsstaat

1. Einführung

Hinzu kommt eine weitere Herausforderung, die ganz andere Ursprünge hat. Sie besteht in der dynamischen Entwicklung von Wirtschaft, Wissenschaft und Technik. Diese bringt neben den vielfältigen Chancen als unbeabsichtigte Nebenfolge auch neue Risiken, die über die Gefahren der ersten Industrialisierungsphase weit hinausgehen, mit sich. Manche Entwicklungen sind mit neuartigen Umwelt- und Gesundheitsrisiken verbunden, deren Tragweite häufig anfangs nicht vorhergesagt werden kann.

In der Vergangenheit galt häufig, dass die Verwendung von Stoffen oder Produkten erst dann eingeschränkt wurde, wenn eindeutige wissenschaftliche Belege für Schadwirkungen vorhanden waren. Beispielsweise war bis 1981 das Chemikalienrecht so ausgestaltet, dass neue Substanzen ohne vorherige Abschätzung der gesundheitlichen Wirkungen und ohne behördliche Prüfung hergestellt und auf den Markt gebracht werden konnten. Die zunächst auf dem Gedanken von „Trial and Error“ beruhende Herangehensweise, die staatliches Handeln nur unter den Bedingungen der klassi-

7 *Hank*, Das Drama der Solidarität, FAZ am Sonntag Nr. 23 vom 12. Juni 2011, S. 33; *Beck*, Europäisch Roulette: Merkels letzte Kugel, Cicero vom 26. Mai 2010; ähnlich *Kirchhof*, Zeit, europäisch zu denken, FAZ Nr. 197 vom 25. August 2011, S. 8.

8 Dazu *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 ff. und 163 ff. m.w.N.

schen Gefahrenabwehr und damit sehr spät – ja manchmal zu spät (z.B. im Falle von Asbest) – ermöglichte, ist zunehmend in die Kritik geraten. Denn hier lernten Staat und Wirtschaft immer erst aus der Krise; dies um den Preis eines sich perpetuierenden gesellschaftlichen Vertrauensverlustes.

Da in der Forschung allenfalls begrenzt effektive Ansätze zur Selbstbegrenzung und Folgenverantwortung existieren und im Wettbewerb des freien Marktes grundsätzlich keine andere Grenze als die der Wirtschaftlichkeit gilt, wird an den Gesetzgeber eine aus den Grundrechten und Art. 20a GG folgende Schutzpflicht herangetragen, im Zuge derer er der gesellschaftlichen Risikoproduktion Grenzen zu setzen hat.⁹

Als Problem erweist sich in diesem Zusammenhang, wenn der Gesetzgeber mangels erfahrungsbasierter Kenntnis aller Schadensquellen und -folgen keine präzisen und wirkungssicheren Auflagen zur Schadensverhütung machen kann. Problematisch ist überdies, dass die klassischen Instrumente gesetzgeberischer Steuerung, hoheitliche Genehmigungspflichten einerseits und privater Schadensersatz andererseits, dort versagen, wo mit Blick auf die ubiquitäre Dimension potentieller Schäden entweder Verursacher und Kausalitäten nicht feststellbar sind, oder aber die Schäden ein Ausmaß erreichen, das vom Verursacher nicht finanziell zu ersetzen ist.¹⁰

2. Regulierung von Komplexität – Nichtwissen und Ungewissheit als Herausforderungen

Staatliche Regulierungstätigkeit ist häufig durch Informations- und Wissensdefizite des Gesetzgebers geprägt. Dadurch verschärft sich die Ungewissheit über die Effektivität eines Steuerungsmechanismus und folglich über den „richtigen“ Steuerungsansatz und die damit verbundenen Folgen.¹¹ Am Beispiel des Umweltschutzes lässt sich dies illustrieren: Hier

9 Ausführlich zu alledem Calliess, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 1 ff., 153 ff. und 253 ff.

10 Grimm, Die Zukunft der Verfassung, 1991, S. 211 f.

11 Becker, Staatlich-private Rechtsetzung in globalisierten Finanzmärkten, ZG 2009, S. 129 f.; Gusy, Privatisierung als Herausforderung an Rechtspolitik und Rechtsdogmatik, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, S. 347.

sind es zum einen die Ökologie als komplexes, diffiziles und dynamisches System und zum anderen neue chemische Stoffe, Materialien oder Technologien (z.B. Atomenergie, Grüne Gentechnik, Nanomaterialien) hinsichtlich deren Folgen Ungewissheit herrscht, die das Recht mit neuen, veränderten und teilweise nur sehr schwer zu bewältigenden Herausforderungen konfrontieren.¹²

Denn im Naturhaushalt sind die Wirkungs- und Wanderungsketten von umweltbelastenden Schadstoffen im einzelnen nur sehr begrenzt vorhersehbar. Ihre akkumulativen, synergetischen und antagonistischen Wechselwirkungen führen zu einer strukturellen Unübersichtlichkeit der Zusammenhänge, die es oftmals unmöglich macht, Unmittelbarkeit, Zurechenbarkeit, Verantwortlichkeit und Schuld im rechtlichen Sinne festzustellen.¹³ Verstärkt werden diese Schwierigkeiten noch durch die in der Regel langen Latenzzeiten zwischen den schadensauslösenden Ursachen und den erkennbaren Schadensfolgen. Weil lineare Kausalketten selten feststellbar sind, können kleine Ursachen große Wirkungen erzeugen und negative Trends selbst dann noch andauern, wenn die Primärursachen längst entfallen sind.¹⁴ Hinzu kommen Informations- und Erkenntnisdefizite, wenn Maßnahmen der Umweltbeobachtung in der Regel medial getrennt bzw. unkoordiniert erfolgen oder bislang geltende Risikoabschätzungen und -bewertungen häufig einer Veränderung unterworfen sind. Altbekannte Gegenstände des täglichen Gebrauchs, z.B. Asbest oder Formaldehyd, stellen sich plötzlich als schädlich dar, oder andere, vielleicht auch neue Bewertungsmethoden gebieten einen erweiterten rechtlichen Schutzzumfang.¹⁵

-
- 12 Dazu ausführlich *Ritter*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 ff., insbesondere S. 643 f.; *Hoffmann-Riem*, Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, DVBl. 1994, S. 1381 f.; *Di Fabio*, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 24 m.w.N.
- 13 Dazu *Reiter*, Für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanz- und Summationsstörungen, 1998, S. 25 ff.
- 14 *Ritter*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 f. m.w.N.
- 15 *Ritter*, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 (642 f. m.w.N.).

Die Parallelen zu einem anderen Regulationsgegenstand, dem Finanzmarkt, sind verblüffend.¹⁶ So wurden die im Zentrum der Finanzkrise stehenden Derivate in Form der Collateralized Debt Obligations (CDOs) nicht von ungefähr als „synthetische Wertpapiere“, als moderne „Finanzchemie“ oder gar „neue Finanztechnologie“ bezeichnet.¹⁷

Die Bewältigung dieser neuen Formen von Komplexität, ob im Bereich der Umweltpolitik¹⁸ oder der Regulierung der Finanzmärkte,¹⁹ stellen sich als eine große Herausforderung für den Gesetzgeber dar. Denn dessen klassisches Steuerungsmedium, das Recht, ist nur unzureichend auf den Umgang mit Nichtwissen und Ungewissheit vorbereitet, da das in ihr vorherrschende Steuerungsmodell zumeist auf den Eingriffsmustern regulativer Politik, also dem von der Gefahrenabwehr geprägten Ordnungsrecht, beruht.²⁰

III. Privatisierung gesetzgeberischer Verantwortung

1. Einführung

Aus den beiden vorstehend skizzierten Herausforderungen der Globalisierung und Komplexität und der daraus resultierenden „Ohnmacht“ des repräsentativen Gesetzgebers folgt eine weitere Herausforderung, die sich in einer auffallend weitreichenden „Privatisierung“ von gesetzgeberischer

16 Ausführlich Calliess, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 (136 ff.).

17 Vgl. Balzli/Brinkbäumer/Brenner/Fichtner/Goos/Hoppe/Hornig/Kneip, Der Bankraub, Der Spiegel 47/2008, S. 44 (50 ff.).

18 Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 24; Ritter, Von den Schwierigkeiten des Rechts mit der Ökologie, DÖV 1992, S. 641 (643) m.w.N.

19 Eher resignativ daher Ohler, Die Finanzkrise als Herausforderung für die Nachhaltigkeit staatlicher Verschuldenspolitik, in: Kahl (Hrsg.), Nachhaltige Finanzstrukturen im Bundesstaat, 2011, S. 219 f.; Hellwig, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. E 45 f.; allgemein dazu Papier, Rechtsstaat im Risiko, DVBl. 2010, S. 801 ff.

20 Kritisch, teilweise allerdings widersprüchlich, Wolf, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Beck (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, 1991, S. 378 ff.

Verantwortung Ausdruck verschafft. Diese wiederum wird zu einer (Mit-)Ursache für einen Vertrauensverlust der Gesellschaft in den Gesetzgeber, die bis hinein in das konservative Bürgertum den Eindruck gewinnt, der Gesetzgeber sei entmachtet, Unternehmen und Banken hätten mittelbar die Herrschaft übernommen.²¹ Politik, so das nachvollziehbare Empfinden in der Gesellschaft, wirkt hilflos, ja fast schon machtlos: Sie hat „einen neuen Souverän bekommen, das sind nicht mehr wir, das Volk, das eher auf milde Weise eingreift, das sind jetzt die Finanzmärkte, die gnadenlos herrschen“.²² Gibt es insoweit vielleicht gar eine „Sehnsucht der Politik nach der Verantwortungslosigkeit des Marktes“, die sich in einem problematischen Vertrauen in die Gemeinwohlkompatibilität von Märkten und Wettbewerb und einem damit einhergehenden Rückzug des Staates in die als Forschungsthema entfaltete „Gewährleistungsverantwortung“ Ausdruck verschafft?²³

2. Überforderung des Gesetzgebers und Suche nach neuen Instrumenten der Steuerung

Will man diese Entwicklung in einem allgemeineren Kontext verorten, so kann man sie der in den Neunziger Jahren geführten staatswissenschaftlichen Debatte um eine „Überforderung des Staates“²⁴ zuordnen, oder sie aber als „Sehnsucht der Politik nach der Verantwortungslosigkeit des

21 Vgl. dazu die Debatte in der Öffentlichkeit: *Schirrmacher*, „Ich beginne zu glauben, dass die Linke recht hat“, FAZ am Sonntag Nr. 32 vom 14. August 2011, S. 17; *Moore*, Our leaders have lost faith in the powers of their people, The Telegraph vom 29. Juli 2011; *Kurbjuweit*, Ackermanns Herrschaft, Der Spiegel 22/2011, S. 26; Politik habe „einen neuen Souverän bekommen, das sind nicht mehr wir, das Volk, ..., das sind jetzt die Finanzmärkte, die gnadenlos herrschen“, zuvor schon *Beck*, Europäische Roulette: Merkels letzte Kugel, Cicero vom 26. Mai 2010; ähnlich *Kirchhof*, Zeit, europäisch zu denken, FAZ Nr. 197 vom 25. August 2011, S. 8; zur Problematik der mit den Nothilfen an Griechenland verbundenen Haushaltslagen, *Hank*, Das Drama der Solidarität, FAZ am Sonntag Nr. 23 vom 12. Juni 2011, S. 33, der insoweit von einem „Protektorat“ spricht.

22 *Kurbjuweit*, Ackermanns Herrschaft, Der Spiegel 22/2011, S. 26.

23 *Lepsius*, Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates, 2010, S. 27 f.

24 *Ellwein/Hesse*, Der überforderte Staat, 1994; ferner die Beiträge in Grimm (Hrsg.), Staatsaufgaben, 1994.

Marktes²⁵ brandmarken. Der durch Globalisierung einerseits und zunehmende Komplexität der zu regelnden Materien andererseits überlastete Staat soll durch Auslagerung in Form der Privatisierung entlastet werden,²⁶ zumal der Markt, so die ökonomische Erwartung,²⁷ die in Rede stehenden Leistungen ohnehin ökonomischer, mithin effizienter, kostengünstiger und nachfragegerechter erbringen kann. An dieser Schnittstelle treffen sich die Politikwissenschaften auf interessante Weise mit der sog. neo-liberalen Ökonomie,²⁸ wenngleich auch aus unterschiedlichen Begründungszusammenhängen heraus. Diese sind von der Politik auf nationaler und europäischer Ebene (dankbar) aufgenommen worden, nicht zuletzt auch, weil diese Form der Auslagerung von Verantwortung von politischen Begründungszusammenhängen entlastet, indem auf Expertenwissen, den Kompromisszwang auf internationaler Ebene oder die Anonymität des Marktes mit seinen Eigengesetzlichkeiten verwiesen werden kann.²⁹

Privatisierung bedeutet aber nicht einen einmaligen Aufgaben- und Verantwortungstransfer durch den Staat auf die Marktakteure.³⁰ Die „Übertragung“ einer Aufgabe verbunden mit den Herausforderungen der Globalisierung und Komplexität des Regelungsgegenstandes entbindet den Staat nicht von seiner Verantwortung. Vielmehr wandelt sich das Verständnis der Aufgabenwahrnehmung. Die Rechtswissenschaft hat diese Entwicklung, nicht zuletzt in Anlehnung an die eine Privatisierung ermöglichende Änderung des Art. 87e und Art. 87f GG, aufgenommen und dem Staat insoweit eine Gewährleistungsverantwortung zugewiesen.³¹ Die Diskussion

25 *Lepsius*, Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis (Hrsg.), Staat in der Krise – Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates, 2010, S. 27 f.

26 Siehe *Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 75, Rn. 10.

27 Kritisch dazu und zu den Ursprüngen *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 13 ff. und 28 ff.

28 Dazu *Stürner*, Markt und Wettbewerb über alles?, 2007, S. 33 ff.

29 Instrukтив und treffend *Lepsius*, Über Märkte, Wettbewerb und Gemeinwohl – Plädoyer für einen Paradigmenwechsel, in: Adolf-Arndt-Kreis, (Hrsg.) Staat in der Krise – Krise des Staates? Die Wiederentdeckung des Staates, 2010, S. 25 f.

30 *Schuppert*, Jenseits von Privatisierung und schlankem Staat, in: Gusy (Hrsg.), Privatisierung von Staatsaufgaben, Kriterien – Grenzen – Folgen, 1998, S. 83.

31 Dazu *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 898 ff., 990 ff.; *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (289 ff.); *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 ff., 333 f.);

wird dabei je nach deren dogmatischer Begründung, konkretem Inhalt und Umfang sowie Ausgangspunkt unter den rechtlich nicht stark determinierten (Schlüssel-) Begriffen „Gewährleistungsstaat und -recht“,³² „Kontextsteuerung“³³, „Privatisierungsfolgenrecht“³⁴ und „regulierte Selbstregulie-

Franzius, Der „Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, *Der Staat* 42 (2003), S. 493 ff.; *ders.*, Gewährleistung im Recht, 2009, S. 124 m.w.N.; *Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *HStR*, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 75, Rn. 1 ff.; s. auch mit Blick auf den Finanzmarkt *Ohler*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, *DVBl.* 2011, S. 1061 (1063).

- 32 *Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1999, S. 18; *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2001, S. 24 ff.; *Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: *ders.* (Hrsg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 1 ff.; *Franzius*, Der „Gewährleistungsstaat“ – ein neues Leitbild für den sich wandelnden Staat?, *Der Staat* 42 (2003), S. 493 ff.; *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, *VVDStRL* 63 (2003), S. 304 ff.; unter dem Begriff der Verantwortungsteilung *Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert* (Hrsg.), *Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat*, 1999, S. 13 ff.; sowie auch *Schuppert* in seinem Beitrag.
- 33 Zusammenfassend zum Steuerungskonzept der Kontextsteuerung *Schmidt-Preuß*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, *VVDStRL* 56 (1997), S. 160 ff.; grundlegend zur steuerungstheoretischen Perspektive auf das Recht *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft als Steuerungswissenschaft, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Schuppert* (Hrsg.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, Grundfragen*, 1993, S. 65 ff.; vgl. ferner die übersichtliche Zusammenfassung der Überlegungen mit entsprechenden Nachweisen bei *Vofßkuhle*, *Neue Verwaltungswissenschaft*, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, 2. Aufl. 2012, Bd. I, § 1 Rn. 17 ff.
- 34 Zum Begriff grundlegend *Kämmerer*, Verfassungsstaat auf Diät? Typologie, Determinanten und Folgen der Privatisierung aus verfassungs- und gemeinschaftsrechtlicher Sicht, *JZ* 1996, S. 1042 (1047 f.); *Bauer*, Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, *VVDStRL* 54 (1995), S. 243 (279); siehe die Beiträge in *König/Benz* (Hrsg.), *Privatisierung und staatliche Regulierung*, 1997; als Regulierungsverwaltungsrecht bezeichnet von *Masing*, *Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts – Constructed Markets on Networks vor verschiedenen Rechtstraditionen*, *AöR* 128 (2003), S. 558 ff.

rung³⁵ geführt und damit teilweise unterschiedlich beurteilt. Gemeinsam ist den Ansätzen, dass der Staat – wie anfangs schon dargestellt – durch Privatisierung und Deregulierung Raum für wettbewerbs- und marktbezogene private Tätigkeit gibt und sich auf die Schaffung von Leitplanken, die gemeinwohlkompatible Ergebnisse gewährleisten sollen, beschränkt.³⁶

Im Zuge dessen entsteht nach erfolgter Deregulierung und wieder durch die Gewährleistungsverantwortung sichernde Re-Regulierung ein jeweils sachspezifisches, hochkomplexes Regulierungsrecht,³⁷ das wiederum durch ein enges Zusammenspiel von privaten Akteuren und dem Staat bzw. dem Gesetzgeber gekennzeichnet ist. Der Staat passt sich den neuen Gegebenheiten an, indem die Handlungsweisen im Rahmen der Regulierungstätigkeit von einer rein hoheitlichen Regelung hin zu einem Kooperationsmodell³⁸ gehen. Private Entscheidungsrationalität findet nicht mehr nur im Rahmen von Anhörungs- und Konsultationsverfahren Berücksichtigung, sondern wird auf Grund der Komplexität des Regelungsgegenstandes gezielt in verschiedenster Art und Weise in den staatlichen Prozess der

35 *Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1997, S. 300 ff.; *Burgi*, Privatisierung, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 75, S. 90 ff.; *Schmidt-Preuß* und *Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 160 ff. bzw. S. 258 ff.; vgl. auch die Nachweise bei *Voßkuhle*, Regulierte Selbstregulierung – Karriere eines Schlüsselbegriffs, Die Verwaltung Beiheft 4 (2001), S. 197 ff.

36 Siehe die Nachweise in Fn. 42; sowie *Hoffmann-Riem*, Modernisierung von Recht und Justiz. Eine Herausforderung des Gewährleistungsstaates, 2000, S. 45; *Kersten*, Herstellung von Wettbewerb als Verwaltungsaufgabe, VVDStRL 69 (2010), S. 288 (316 ff., 333 f.).

37 Dazu die Beiträge in *Fehling/Ruffert*, Regulierungsrecht, 2010.

38 Siehe zu einer allgemeinen Auseinandersetzung mit dem Begriff der Kooperation *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 64 ff.; *Murswiek*, Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, S. 7 (11 ff.); *Voßkuhle*, Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, S. 23 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 420 f.; sowie die Beiträge in Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995.

Rechtssetzung mit einbezogen.³⁹ Staatliches Recht und private Standardsetzung vermischen sich.⁴⁰ Die damit verbundene Koppelung von privater und staatlicher Handlungsrationalität,⁴¹ schafft nicht überschaubare Übergriffe von privater und staatlicher Sphäre und führt zu einer Modifizierung der Regelungsmechanismen.

3. Referenzgebiete: Umwelt- und Finanzmarktrecht

Auch insoweit können das Umwelt- und Technikrecht (Definition von Standards und Grenzwerten durch privaten Sachverstand) und das Finanzmarktrecht (Basler Ausschuss für Bankenaufsicht, Rating-Agenturen) als Beispiel dienen.

Ausdruck findet diese „Privatisierung“ von gesetzgeberischer Verantwortung im Umweltrecht z.B. darin, dass verstärkt unbestimmte Rechtsbegriffe eingesetzt werden, deren Konkretisierung im Vollzug durch die Verwaltung – oftmals im Verbund mit privaten Akteuren – und die Rechtsprechung geleistet wird. Der Vollzug wird solchermassen zu einer „normnachschöpferischen“ Phase. Dabei verschiebt der Gesetzgeber seine Regulierungstätigkeit von einer rein hoheitlichen Regelung oftmals hin zu einem Kooperationsmodell⁴² mit den privaten Akteuren. Im Umwelt- und Gesundheitsrecht ist der Gesetzgeber – ebenso wie in anderen komplexen Rechtsbereichen auch – dazu übergegangen, allgemeinen Erfahrungsregeln durch wissenschaftliche Maßstäbe und Wahrheitskriterien zu erset-

39 *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 70.

40 *Becker*, Staatlich-private Rechtsetzung in globalisierten Finanzmärkten, ZG 2009, S. 123 spricht von einer Verbundproduktion.

41 Siehe zu einer Darstellung der unterschiedlichen Handlungsrationaltäten *Hoffmann-Riem*: in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 268 ff.

42 Siehe zu einer allgemeinen Auseinandersetzung mit dem Begriff der Kooperation *Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 2012, § 12, Rn. 64 ff.; *Murswiek*, Das sogenannte Kooperationsprinzip – ein Prinzip des Umweltschutzes?, ZUR 2001, S. 7 (11 ff.); *Voßkuhle*, Das Kooperationsprinzip im Immissionsschutzrecht, ZUR 2001, S. 23 ff.; *Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 420 f.; sowie die Beiträge in Dose/Voigt (Hrsg.), Kooperatives Recht, 1995.

zen, die – vermittelt über unbestimmte Rechtsbegriffe wie „Stand der Technik“ oder „Stand von Wissenschaft und Technik“ – eine verobjektivierte Entscheidungsgrundlage für staatliche Eingriffe liefern sollen.⁴³

Im Finanzmarkt- bzw. Bankenrecht rückt der bereits 1974 von den Zentralbanken und Bankaufsichtsbehörden der damaligen G-10 Staaten gegründete Basler Ausschuss für Bankenaufsicht in das Blickfeld.⁴⁴ Für ihn gibt es keine Rechtsgrundlage in Form eines völkerrechtlichen Vertrags oder Verwaltungsabkommens, vielmehr ist er bis hinein in die Organisation und Arbeitsweise durch Informalität geprägt. In der Folge wird der Basler Ausschuss als informales Behördennetzwerk im Bereich technischer Expertise kategorisiert.⁴⁵ Er umfasst heute Mitglieder aus 27 Staaten. Ihre Aufgabe ist es, im internationalen Kontext die Regulierung der Geschäftstätigkeit von Kreditinstituten zu gestalten, indem einheitliche Standards in der Bankenaufsicht erarbeitet werden. Auch wenn diese sich primär an die international tätigen Großbanken der Mitgliedstaaten richten, so sind diese doch mehr und mehr zu allgemein anerkannten Verhaltensstandards für die Finanzwirtschaft geworden.⁴⁶ Die originär nicht

43 Kritisch dazu *Wolf*, Zur Antiquiertheit des Rechts in der Risikogesellschaft, in: Beck (Hrsg.), Politik in der Risikogesellschaft, 1991, S. 378 (384, 386 ff.).

44 Basel Committee on Banking Supervision of the Bank for International Settlements; dazu *Winter*, Transnationale Regulierung, APuZ 8/2009, S. 9 (11 f.).

45 Dazu *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (386 f.); *Weber*, Vom juristischen Rauschen: zur rechtlichen Geltung der Standards des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht, in: Bieber/Calliess/Langenfeld/Weber/Wolf (Hrsg.), Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte. Festschrift für Georg Ress, 2005, S. 1597 (1601 ff.).

46 Dazu *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (366 f.); *van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 219 (227 ff.); *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 34 f.; *Ohler*, Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (263 ff.).

rechtsverbindlichen Baseler Standards⁴⁷ entfalten eine Rechtswirkung,⁴⁸ wenn sie wie die bereits erwähnten Eigenkapitalregeln von Basel I (1988) und Basel II (2004) detailgenau vom europäischen Gesetzgeber in der Bankenrichtlinie adaptiert⁴⁹ und im Zuge dessen dann in deutsches Recht gegossen werden.⁵⁰ Auf diese Weise werden von Behörden erarbeitete Standards in staatliches Recht transformiert, ohne dass die Gesetzgeber hierauf inhaltlich Einfluss hätten nehmen können. Wie problematisch das

-
- 47 Dazu *Lee*, The Basle Accords as Soft Law: Strengthening International Banking Supervision, *Virginia Journal of International Law* 1998, S. 1 (3); *Giovanoli*, A New Architecture for the Global Financial Markets, in: ders. (Hrsg.), *International Monetary Law*, 2000, S. 3 (33 ff.); *Lastra*, *Legal Foundations of International Monetary Stability*, 2006, S. 453 ff.; vgl. auch *Schalast*, *Lehren aus der Finanzkrise?: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Banken-RL und der geänderten Kapitaladäquanz-RL*, BB 2010, S. 1040 (1041); *Brunner*, *Why Soft Law Dominates International Finance – And Not Trade*, *Journal of International Economic Law* 13 (2010), S. 623 (623, 628); *Tietje*, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001, S. 255 ff.; *Ferran*, *Can Soft Law Bodies be Effective? The Special Case of the European Systemic Risk Board*, *ELR* 35 (2010), S. 751 ff.; vgl. auch *Rost*, *Die Herausbildung transnationalen Wirtschaftsrechts auf dem Gebiet der internationalen Finanz- und Kapitalmärkte*, 2007, S. 253 ff.
- 48 Zu diesem Phänomen ausführlich sowie mit weiteren Beispielen *G.-P. Calliess/Renner*, *Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance*, *Ratio Juris*, Bd. 22 Nr. 2, 2009, S. 260 (262 ff.).
- 49 Richtlinie 2006/48/EG über die Aufnahme und Ausübung der Tätigkeit der Kreditinstitute (ABl. L 177/1 vom 30. Juni 2006) geändert durch Richtlinie 2010/76/EU zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefung und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik (ABl. L 329/03 vom 14. Dezember 2010).
- 50 Vgl. *Höfling*, *Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?*, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 34; *Möllers*, *Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung*, *ZaöRV* 65 (2005), S. 351 (358); *Röhl*, *Finanzmarktaufsicht*, in: *Fehling/Ruffert* (Hrsg.), *Regulierungsrecht*, 2010, § 18, Rn. 112; *Jung*, *Finanzdienstleistungsrecht*, in: *Schulze/Zuleeg/Kadelbach* (Hrsg.) *Europarecht – Handbuch für die deutsche Rechtspraxis*, 2. Aufl. 2010, § 20, Rn. 13; vgl. auch den Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der geänderten Bankenrichtlinie und der geänderten Kapitaladäquanzrichtlinie, BT-Drs. 17/1720, S. 26; vgl. auch *Knauff*, *Der Regelungsverbund: Recht und Soft Law im Mehrebenensystem*, 2010, S. 491 ff.; dazu *Reckers*, *Umsetzung der neuen Eigenkapitalvorschriften „Basel II“ in Deutschland*, in: *Schäfer/Burghof/Johanning/Wagner/Rodt* (Hrsg.), *Risikomanagement und kapitalmarktorientierte Finanzierung*. Festschrift für Bernd Rudolph, 2009, S. 67 ff.

ist, zeigen die Basel II Regelungen, auf deren Entstehung die Regulierten massiv Einfluss nehmen konnten.⁵¹ Sie geben den Banken die Möglichkeit, die jeweils erforderliche Eigenkapitalunterlegung auf der Basis von bankinternen Risikomodellen zu berechnen. Von zusätzlicher Brisanz ist, wenn die Bankenrichtlinie insoweit vorsieht, dass die Kreditinstitute die Ratings von Rating-Agenturen verwenden, um die der Risikogewichtung entsprechende Eigenkapitalquote zu ermitteln.⁵² Bankeninterne Risikomodelle bergen daher die Gefahr, dass sie die Belange der Finanzmarktstabilität und des Anlegerschutzes nicht hinreichend berücksichtigen – wie sich in der Finanzkrise dann auch offenbarte.⁵³

Die „Eins-zu-Eins“-Transformation bzw. Adoption extern erarbeiteter Standards in Rechtsregeln führt so betrachtet zu einem problematischen Auseinanderfallen von materieller Entscheidungsverantwortung und rechtlicher Bindungswirkung.⁵⁴ Die damit verbundenen Legitimationsdefizite werden noch dadurch verstärkt, dass diese für die Finanzmarktstabilität zentrale Rechtsetzung weitgehend intransparent ist. Die Herstellung von

51 Möllers, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV (65) 2005, S. 351, 357 und 382 f.; Höfling, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 36; Ohler, Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (267 f.).

52 Vgl. §§ 80 I, 96 I Richtlinie 2010/76/EU zur Änderung der Richtlinien 2006/48/EG und 2006/49/EG im Hinblick auf die Eigenkapitalanforderungen für Handelsbuch und Wiederverbriefung und im Hinblick auf die aufsichtliche Überprüfung der Vergütungspolitik, ABl. L 329/03 vom 14. Dezember 2010.

53 Kritisch daher Höfling, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 36; Thiele, Divergierende Risikomodelle und der Gesetzgeber, ZG 2010, S. 142; Ohler, Finanzmarktaufsicht, in: Möllers/Voßkuhle/Walter (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 259 (277).

54 Vgl. dazu Höfling, Finanzmarktregulierung – Welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 38; Ohler, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, DVBl. 2011, S. 1061 (1067); vgl. auch Herdegen, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), S. 7 (15 ff.); Morlok, Informalisierung und Entparlamentarisierung politischer Entscheidungen als Gefährdungen der Verfassung?, VVDStRL 62 (2003), S. 37 (58 ff.); Di Fabio, Risikoentscheidungen im Rechtsstaat: Zum Wandel der Dogmatik im öffentlichen Recht, insbesondere am Beispiel der Arzneimittelüberwachung, 1994, S. 341 ff.

Transparenz ist aber das Untermaß, das der Staat im Rahmen der Gewährleistungsverantwortung schuldet.⁵⁵ Hinzu kommt, dass es der informellen Standardsetzung an legitimierungssichernden Verfahrensregelungen wie Repräsentativität und demokratischer Allgemeinheit und Gleichheit fehlt, so dass die insoweit entwickelten Legitimationsmodelle am Maßstab der deliberativen Demokratietheorie⁵⁶ hieran scheitern müssen.⁵⁷ Nicht zuletzt ist es unter Gesichtspunkten der Legitimation bedenklich, wenn im Rahmen der Aufsicht Regeln vollzogen werden, die auf Standards basieren, an denen die Akteure der transnationalen Regelsetzung mitgewirkt haben.⁵⁸ Die bisher erfolgte Art des Nachvollzugs in „blinder“ Inkorporation wird folglich dem Demokratieprinzip nicht gerecht.

C. Schlussfolgerungen

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der nationale Gesetzgeber und die repräsentative Demokratie in die Defensive geraten sind. Im Zuge des grenzüberschreitenden Austausches von Waren, Dienstleistungen, Kapital, Informationen usw. haben sich Handlungszusammenhänge zwischen nichtstaatlichen Akteuren herausgebildet, von denen viele der staatlichen Kontrolle in großem Umfange entglitten sind. In Reaktion darauf kommt es zu einer Internationalisierung und Europäisierung von politischen Entscheidungen.⁵⁹ Außerhalb der EU, wo das Europäische Parlament im Verbund mit den nationalen Parlamenten (vgl. Art. 10 Abs. 2 EUV) für die

55 *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 38.

56 *Slaughter*, The New World Order, 2004, S. 36 ff., 131 ff., 203 ff. und 213 ff.

57 *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* (65) 2005, S. 351 (382 ff.).

58 *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, *ZaöRV* (65) 2005, S. 351 (355); *van Aaken*, Transnationales Kooperationsrecht, in: *Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007, S. 219 (249).; *Höfling*, Finanzmarktregulierung – welche Regelungen empfehlen sich für den deutschen und europäischen Finanzsektor?, Gutachten 68. DJT, 2010, S. F 38; vgl. dazu ausführlich auch *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2002.

59 Ausführlich dazu *Beichelt*, Deutschland und Europa, Die Europäisierung des politischen Systems, 2010, S. 20 ff., 32 ff.

notwendige Legitimation sorgt,⁶⁰ gehen mit der Entscheidungsfindung auf internationaler Ebene in Staatenkonferenzen und Internationalen Organisationen unter verschiedenen Gesichtspunkten Demokratiedefizite einher:

Zum einen hat im Bereich der Außenpolitik, konkret der sog. Auswärtigen Gewalt, klassischerweise die Exekutive die Prärogative.⁶¹ Es entscheiden hier zuvorderst Regierungen in einem demokratisch nur schwach rückgekoppelten Verfahren. Die Legislative nimmt im parlamentarischen Regierungssystem Deutschlands in der Regel „nur“ im Nachhinein Kontrollrechte wahr, ihre Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der internationalisierten Entscheidungsfindung sind auf die Verabschiedung völkerrechtlicher Verträge (vgl. Art. 59 Abs. 2 GG) und eine allgemeine Kontrolle der Regierung begrenzt.⁶²

Zum anderen fehlt es im entgrenzten Marktraum in der Regel an grenzüberschreitenden Mechanismen der Demokratie. Anders als in der EU fehlt es in den klassischen Internationalen Organisationen des Völkerrechts, etwa den Vereinten Nationen (UNO) oder der Welthandelsorganisation (WTO), an eigenen, internen demokratischen Mechanismen. Insofern geht das Demokratiedefizit auf die historisch gewachsene Symbiose von Nationalstaat und Demokratie, die bis heute prägend für die meisten Demokratietheorien ist, zurück.⁶³

Angesichts dessen ist die repräsentative Demokratie in theoretischer⁶⁴ und praktischer Perspektive fortzuentwickeln. Insofern ist zu überlegen, wie die Parlamente in konstruktiver Weise in internationale Entscheidungsprozesse eingebunden werden können, so dass sie auf diese proaktiv einwirken können. Interessante Entwicklungen zeigen sich insoweit auf

60 Kritisch das Lissabon-Urteil BVerfGE 123, 267; zu alledem *Calliess*, Die neue EU nach dem Vertrag von Lissabon, 2010, S. 163 ff.

61 *Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 83, Rn. 43.

62 Allgemein *Möllers*, Demokratie, Zumutungen und Versprechen, 2009, S. 94 ff.; konkret und ausführlich *Calliess*, Auswärtige Gewalt, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), HStR, Band IV, 3. Aufl. 2006, § 83, Rn. 24 ff., insbes. 35 ff.

63 Vgl. dazu die Ausführungen bei *Möllers*, ebenda, S. 82 f.; ferner *Nettesheim*, Demokratisierung der Europäischen Union und Europäisierung der Demokratietheorie, in: Bauer/Huber/Sommermann (Hrsg.), Demokratie in Europa, 2005, S. 143 ff., insbes. 164 ff.

64 Insofern fehlt es nach wie vor an einer dem offenen Verfassungsstaat im Zeitalter der Internationalisierung und Europäisierung Rechnung tragenden rechtswissenschaftlichen Demokratietheorie.

Ebene der EU und – im Kontext der Krise im Euroraum – auch im deutschen Verfassungsrecht.⁶⁵ Auf europäischer Ebene haben die nationalen Parlamente über die Informationsrechte und die Kompetenzrüge gem. Art. 12 a) und b) EUV hinaus in sensiblen Politikbereichen ein Vetorecht (sog. „Notbremsen“), etwa im Bereich der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen (Art. 82 Abs. 3 und 83 Abs. 3 AEUV). Um aber sicherzustellen, dass ein nationales Veto nicht den ganzen europäischen Entscheidungsprozess über einen unbegrenzten Zeitraum blockieren kann, sollte das Veto nur aufschiebender Natur sein. Insoweit geht es darum, dass sich die europäischen Institutionen mit den Ablehnungsgründen des jeweiligen nationalen Parlaments auseinandersetzen. Sollte nach sechs Monaten kein Kompromiss gefunden werden können, könnten dann zwei Möglichkeiten bestehen: Entweder unterstützt mindestens ein Drittel der anderen nationalen Parlamente das Veto, dann wird der Vorschlag von der Agenda genommen. Wird dieses Quorum nicht erreicht, so können die europäischen Institutionen den Entscheidungsfindungsprozess fortsetzen. Im deutschen Verfassungsrecht haben sich anknüpfend an die Beteiligungsrechte gem. Art. 23 Abs. 2 bzw. 3 GG und gefördert durch das BVerfG unter den Begrifflichkeiten der „Integrationsverantwortung“ und der „Budgetverantwortung“ proaktive Beteiligungsrechte des Bundestages entwickelt, die seinen fortbestehenden Einfluss auf innerhalb des EU-Vertrages oder des ESM-Vertrages stattfindende Maßnahmen sichern. Zu Recht hat das BVerfG daher z.B. die Mitentscheidung des Bundestages im Rahmen der Entscheidungen über Finanzhilfen durch die sog. Rettungsschirme EFSF und ESM eingefordert. Damit wurde der Bundestag gegenüber der Regierung gestärkt, Einflussverluste des repräsentativen Gesetzgebers im Zuge der Krise wurden solchermaßen kompensiert.⁶⁶

65 Dazu *Calliess*, Der Kampf um den Euro: Eine „Angelegenheit der Europäischen Union“ zwischen Regierung, Parlament und Volk, NVwZ 2012, S. 1 ff.; *ders.*, Kein Geld ohne Parlament: ESM, Budgetverantwortung und Bundesverfassungsgericht, 2012; *Calliess/Beichelt*, Auf dem Weg zum Europäisierten Bundestag: Vom Zuschauer zum Akteur?, 2013.

66 Dazu *Huber*, Verfassungsstaat und Finanzkrise, 2014, S. 41 ff.; *Calliess*, Absicherung der parlamentarischen Integrations- und Budgetverantwortung auf europäischer und nationaler Ebene, in: Pechstein (Hrsg.), Integrationsverantwortung, 2012, S. 53 ff.

Im Zuge der Globalisierung löst sich überdies die historisch gewachsene Trennung zwischen Innen- und Außensphäre des Staates⁶⁷ auf, so dass die Staaten in den Außenbeziehungen nicht mehr die alleinigen Akteure sind,⁶⁸ die als von der Gesellschaft getrennte, diese mediatisierende Einheiten, agieren. So lässt sich gerade im Bereich der Finanzmärkte beobachten, wie sehr der Staat rein faktisch gezwungen ist, mit den gesellschaftlichen Akteuren politisch zu kooperieren.⁶⁹ Das klassische zwischenstaatliche Völkerrecht samt seinem internationalen Verwaltungsrecht wird dementsprechend – unter dem politikwissenschaftlich geprägten,⁷⁰ juristisch allerdings kaum aufbereiteten Begriff der Governance⁷¹ – um neue Formen kooperativer Rechtssetzung ergänzt.⁷² Es entsteht ein neuartiges „transnationales“ Recht, im Rahmen dessen sich private Regelset-

-
- 67 Vgl. etwa *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, 1821, § 259; *Locke*, Two Treatises of Government, 1690, Bd. II, Kap. 12, § 146; vgl. auch *Nolte*, Das Verfassungsrecht vor den Herausforderungen der Globalisierung, VVDStRL 67 (2008), S. 129 (149).
- 68 Vgl. *Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht, 2004, S. 48 f., S. 62; ausführlich dazu *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 182 ff. und 220 ff. mit Beispielen auf S. 245 ff.
- 69 *Ohler*, Finanzmarktregulierung und -aufsicht, in: *Ruffert* (Hrsg.), Europäisches Sektorales Wirtschaftsrecht, Enzyklopädie Europarecht Band 5, 2013, § 10, Rn. 11; *Heun* weist des Weiteren darauf hin, dass eine effiziente Kontrolle in vielen Staaten schon an der Zersplitterung der Aufsicht scheitert: *Heun*, Der Staat und die Finanzkrise, JZ 2010, S. 53 (62).
- 70 *Zürn*, Regieren jenseits des Nationalstaats, 1998, S. 166 ff.
- 71 Hierzu *Hoffmann-Riem*, Governance im Gewährleistungsstaat, in: *Schuppert* (Hrsg.) Governance-Forschung, 2005, S. 195 (195); *Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008, S. 95 f.; *Kment*, Grenzüberschreitendes Verwaltungshandeln, 2010, S. 30 ff.
- 72 Dazu *Ruffert*, Die Globalisierung als Herausforderung an das öffentliche Recht, 2004, S. 21, 24 ff., 53 f.; *Tietje*, Internationalisiertes Verwaltungshandeln, 2001, S. 164 ff.; *Möllers*, Transnationale Behördenkooperation – Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (357); *G.-P. Calliess/Renner*, Between Law and Social Norms: The Evolution of Global Governance, Ratio Juris, Bd. 22 Nr. 2, 2009, S. 260 (261, 263 ff.); vgl. *Teubner*, Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie, ZaöRV 63 (2003), S. 1 (14) sowie die Beiträge in *Möllers/Voßkuhle/Walter* (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007; *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 212 ff.

zung und staatliches Recht mitunter auf neuartige Weise miteinander vermischen.⁷³

Verstärkt wird diese Entwicklung durch die Komplexität vieler Regelungsgegenstände, im Zuge derer der Gesetzgeber auf die Expertise – und damit die Kooperation – der Normadressaten angewiesen ist. Das Gesetz als klassisches Steuerungsinstrument des repräsentativen Gesetzgebers basiert aber klassischerweise auf Bausteinen wie Unmittelbarkeit, Zurechenbarkeit, Verantwortlichkeit und Schuld. Sie sind Grundlage der rechtlichen Zuordnung von Verantwortlichkeit.⁷⁴ Die Kollektivierung von Schäden, etwa im Bereich der Umweltschäden und Finanzkrisen, steht in einem paradoxen Verhältnis zur privaten Verantwortbarkeit und Verantwortlichkeit einzelner Personen: Wenn individuelle Entschädigungen entweder mangels Nachweis der Kausalitäten oder mangels Nachweisbarkeit eines Verschuldens nicht möglich sind, aber auch kollektivrechtliche Entschädigungslösungen sich schwierig gestalten, dann versagt das zivilrechtliche Instrumentarium des Schadensersatzes und des daran anknüpfenden Versicherungsschutzes.⁷⁵ In einer solchen Situation, in der die individuelle Zurechnung an einen individualisierbaren Verantwortlichen nicht gelingt, richten sich die Sicherheitserwartungen an die staatlichen Institutionen, von denen – wie vorstehend gezeigt wurde: zu Recht – vorsorgende Vorkehrungen zum Schutz vor potentiellen Schäden (Risiken) erwartet werden.

Wenn es sich bei den von Privaten gesetzten Standards um eine „Gesetzgebung über Bande“ handelt, dann muss diese Form der kooperativen Rechtsetzung aus Sicht des Demokratie- und Rechtsstaatsprinzips durch verfahrensrechtliche Mindestanforderungen aufgefangen werden. Sind diese nicht erfüllt, so darf der Gesetzgeber auf diese Standards weder Bezug nehmen noch sie in eine Rechtsnorm transformieren. Auf der nationalen Ebene ist statt eines automatischen ein autonomer Nachvollzug geboten, im Zuge dessen der Gesetzgeber in materieller Hinsicht die demokra-

73 Dazu *Ruffert*, Globalisierung als Herausforderung an das öffentliche Recht, 2004, S. 24 ff.; ausführlich *G.-P. Calliess*, Grenzüberschreitende Verbraucherverträge, 2006, S. 212 ff.; *Renner*, Zwingendes Transnationales Recht, 2011.

74 Vgl. etwa BGHZ 102, 350 ff. für den Fall der sog. „neuartigen Waldschäden“ sowie das Urteil des BVerfGE 128, 1, 36 f. für den Fall der sog. Grünen Gentechnik.

75 *Reiter*, Entschädigungslösungen für durch Luftverunreinigungen verursachte Distanz- und Summationsschäden, 1998, S. 25 ff. und 77 ff.

tische Letztverantwortung für die Rezeption der Standards übernehmen kann.⁷⁶

Wenn angesichts der Komplexität des zu regelnden Sachverhalts überdies der Vollzug von Gesetzen zu einer normnachschieferischen Phase wird, dann muss gewährleistet sein, dass alle betroffenen Interessen und Belange berücksichtigt werden. Insoweit entfalten die Grundrechte neben ihrer materiellen auch eine prozedurale Wirkkomponente. Insbesondere dort, wo die materielle Wirkkraft der Grundrechte reduziert ist, eben wegen der Verwendung eines unbestimmten Rechtsbegriffs, besteht die Notwendigkeit, ihre verfahrensbezogene Dimension – quasi kompensatorisch – zu stärken. Danach muss ein Mindeststandard an Verfahrensrechten verwirklicht werden, der die Stellung eines Verfahrensbeteiligten umso stärker ausbaut, (1) je gewichtiger das betroffene grundrechtlich geschützte Gut ist, (2) je intensiver in das grundrechtlich geschützte Gut eingegriffen werden soll, (3) je größer die Wahrscheinlichkeit des Eingriffs in das grundrechtlich geschützte Gut ist und (4) je größer der Spielraum ist, den der Gesetzgeber über Ermessensspielräume und unbestimmte Rechtsbegriffe der Verwaltung eingeräumt hat.⁷⁷

Diese Vorgaben gelten für alle Rechtsbereiche und betreffen im Einzelnen Informationen, Partizipation und gerichtliche Verfahren. Im Zuge dessen ist der Staat verpflichtet, mit dem Bürger als Grundrechtsträger zu kooperieren, indem er ihm die erforderlichen Informationen zur Verfügung stellt, ihn an Verfahren beteiligt und ihm Rechtsschutz einräumt. Der Gesetzgeber hat insoweit für die entsprechenden Verfahrensregelungen zu sorgen. Nicht von ungefähr gehört es im Bereich des Umweltrechts zu den wichtigsten Ausprägungen des sog. Kooperationsprinzips, dass die Öffentlichkeit Zugang zu Informationen über die Umwelt erhält, sich an umweltbezogenen behördlichen Verfahren beteiligen kann und die Möglichkeit hat, Entscheidungen der Behörden in Umweltangelegenheiten gerichtlich überprüfen zu lassen. Diese Vorgabe spiegelt sich im internationalen (Rio-Deklaration, Aarhus-Konvention) und europäischen Umweltrecht.

Wenn sich in komplexen Politikfeldern ein angemessenes Schutzniveau nicht unmittelbar aus wissenschaftlichen Ergebnissen ableiten lässt, dann wächst die Notwendigkeit für den Gesetzgeber, von der klassischen Ge-

76 Ausführlicher *Calliess*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 (132 ff.).

77 Vertiefend dazu *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 463 ff.

fahrenabwehr auf eine Risikovorsorge umzuschalten.⁷⁸ Vorsorgeentscheidungen sind jedoch durch geeignete Verfahrensregeln abzusichern. Vor allem, wenn die naturwissenschaftliche Risikoermittlung nicht zu eindeutigen Bewertungen kommt, kommt wiederum dem Entscheidungsverfahren eine wichtige kompensatorische Bedeutung zu. Prozedurale Vorgaben im Rahmen gesetzgeberischer Risiko- bzw. Vorsorgeentscheidungen sind daher:

- Transparenz: Durch verfahrensrechtliche Regelungen ist sicherzustellen, dass die bei der Bewertung der naturwissenschaftlichen Daten und Erkenntnisse gegebenen Einschätzungs- und Bewertungsspielräume offen gelegt werden.

- Absenkung des Beweismaßes: Insoweit geht es um die Frage, wem die Darlegungs- und Beweislast obliegt, wenn nicht geklärt werden kann, ob eine Risikoquelle zur Herbeiführung eines Schadens geeignet ist. Das Vorsorgeprinzip impliziert demgegenüber bereits von seinem Sinn und Zweck her eine Beweislastumkehr im Sinne einer durch den Risikoverursacher widerlegbaren Gefährlichkeitsvermutung.

- Angemessene Beteiligung von gesellschaftlichen Gruppen: Angesichts des immer auch politischen Charakters der Risikobewertung muss der Entscheidungsprozess einen pluralen Wertediskurs ermöglichen und daher unter institutionalisierter Beteiligung von Vertretern der am öffentlichen Leben teilnehmenden gesellschaftlichen Gruppierungen ablaufen. Die institutionalisierte Beteiligung von gesellschaftlichen Gruppen erhöht die politische Legitimität von Entscheidungen und soll erreichen, dass ein breites Spektrum an Kriterien der Risikobewertung berücksichtigt wird.

Abgesehen von den vorstehend beschriebenen Problemlagen fehlt es an rechtswissenschaftlich relevanten empirisch belegbaren Anhaltspunkten für eine „Ohnmacht“ des repräsentativen Gesetzgebers. Infolgedessen sind der repräsentative Staat und die repräsentative Demokratie in keiner Krise. Einem bloß gefühlten Vertrauensverlust von sog. „Wutbürgern“ (Stuttgart 21) können nur die politischen Akteure begegnen, nicht aber das Recht. Insoweit gilt es den verfassungsrechtlichen Rahmen der repräsentativen Demokratie auf nationaler und europäischer Ebene (vgl. Art. 10 EUV) als Erfolgsmodell wertzuschätzen und nicht zu diffamieren. Letzteres kann auch dadurch geschehen, dass die theoretischen Erwartungen an die (re-

78 Ausführlicher *Calliess*, Rechtsstaat und Umweltstaat, 2001, S. 153 ff.; *ders.*, Finanzkrisen als Herausforderung der internationalen, europäischen und nationalen Rechtsetzung, VVDStRL 71 (2012), S. 115 (132 ff.).

präsentative) Demokratie so überzogen werden, als dass der demokratische Alltag als Dauerkrise erscheint. Insoweit lohnt es sich noch immer Alexis de Tocquevilles Klassiker „Über die Demokratie in Amerika“ zu lesen.