

drückt, wenn sie in einem komplexen System von Steuern, Abgaben und Lasten sich ihrer Handlungsfreiheit beraubt und in der Sache ungerecht behandelt fühlen. Wenn es der Gesetzgeber nicht in jeder Hinsicht vermag, seine steuerpolitischen Entscheidungen nach einem demokratischen und freiheitlichen Mindeststandard verständlich zu machen, muss ein Verfassungsgericht mit hinreichend abstrakten, aber auch hinreichend konkretisierungsfähigen Maßstäben die Richtung weisen.

Die besonderen Bedingungen offener Staatlichkeit und der Integration in eine internationale Kooperationsordnung können zwar durchaus Rechtfertigungsgrund für die Auferlegung von Lasten und Differenzierungsgrund für die unterschiedliche Behandlung von Lebenssachverhalten sein. Aber die Grenzen für die Anpassung an den Vorgang der Entgrenzung rücken näher. Allerdings sollte man sich über die institutionellen Folgen kurzfristiger Betroffenheitsurteile auch im Klaren sein: Wer es für ungerecht hält, dass Unternehmen

in Irland weniger Steuern zu zahlen haben als in Frankreich<sup>43</sup>, der verneint auch die Wirklichkeit staatlicher Demokratie, er wird immer stärker nach europäischer oder globaler Harmonisierung erst des Steuerrechts und dann aller Lebenssachverhalte rufen.

Ein weiterer Umstand dürfte Bedeutung gewinnen. Eine staatlich verfasste Demokratie, die ihre Einnahmen im internationalen Wettbewerb der Standorte immer deutlicher nur noch zu Lasten der Mitte der Gesellschaft erzielt, eine Politik, die keine ausreichende Handlungsfreiheit für die angemessene steuerliche Behandlung der Familien als besonders geschützte Gemeinschaft behält, die künftige Generationen mit übermäßigen staatlichen Rückzahlungsverbindlichkeiten belastet, gefährdet den Zusammenhalt ihrer freiheitlichen Ordnung und verliert damit das Ziel der Gerechtigkeit aus dem Blick.

<sup>43</sup> Siehe dazu aus schweizerischer Sicht: *Lars P. Feld*, Steuerwettbewerb und seine Auswirkungen auf Allokation und Distribution, 2000, S. 321.

Professorin Dr. Anne Röthel, Hamburg\*

## Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica – Private Rechtsetzung jenseits des Nationalstaates?

Akzeptanz und Einfluss privater Regelbildung stehen in engem Zusammenhang mit der Leistungsfähigkeit hoheitlicher Rechtsetzung: Grenzüberschreitende Prozesse sind typische Räume privater Selbstregelung. Intendierte Internationalität erzeugt aber keinen legitimatorischen Selbststand, sondern verweist auf die Freiheitsgewährleistungen von Nationalstaat und Staatenverband.

### I. Private Rechtsetzung und legal lag

In vielen Bereichen hinkt hoheitliches Recht hinter den nichtstaatlichen Regeln international agierender Akteure hinterher, und die Kluft zwischen staatlichem Recht und den nichtstaatlichen Regeln von Handel und Wirtschaft, Technik und Sport, der sog. *legal lag*<sup>1</sup>, wird zusehends größer.

Das privatrechtliche Lieblingsbeispiel für solche selbstgeschaffenen Regeln, die ihren Aufstieg im Wesentlichen der Überwindung nationaler Enge verdanken, ist die *lex mercatoria* (unten II. 1.). Ähnliche Fragen werfen die Regeln des internationalen Sports auf (unten II. 2.). Die hiermit angesprochenen Regelwerke stehen für international selbstgeschaffenes Recht, das sich eigeninitiativ und im Ansatz außerhalb nationalstaatlicher Bezugsrahmen entwickelt. Neben diesen Ausprägungen rein privater und ihrem Anspruch nach staatsferner Rechtsetzung steht die weitaus größere Gruppe von Rechtsetzungsphänomenen, bei denen staatliche und private Rechtsetzung miteinander verschränkt ist, von „legislativem outsourcing“<sup>2</sup> bis hin zu weicheren Formen der Bezugnahme auf privat gesetzte Regelungen wie

etwa im Bereich der Corporate Governance.<sup>3</sup> Auf internationaler Ebene setzt ein solches Zusammenwirken bei der Rechtsetzung freilich konstituierte Hoheitsgewalt voraus: Bevor sich private und hoheitliche Rechtsetzung miteinander verschränken können, muss zunächst eine hoheitliche Rechtsetzungsbefugnis konstituiert sein. Ein praktisch wichtiges Beispiel für solche staatlich initiierte und integrierte private Rechtsetzung stellt die europäische technische Normung dar, deren Eigengesetzlichkeiten hier ausführlicher betrachtet werden (unten III.). Auf dieser Basis werden einige Grundlinien für die übergreifenden Fragen nach Legitimation und Staatsaufgabe angesichts internationaler privater Rechtsetzung entworfen (unten IV. und V.).

### II. Optionale Regeln der internationalen Praxis: Lex mercatoria und lex sportiva

#### 1. Lex mercatoria: Internationale Regeln der Handelspraxis

Private Rechtsetzung im internationalen Handel wird vielfach mit der chiffré *lex mercatoria*<sup>4</sup> abgekürzt, um auf die mittelalterliche Geltung von Handelsbräuchen in der vorkonstitutionellen und vorkodifikatorischen Zeit zu verweisen.<sup>5</sup> Heute verbinden sich dahinter unterschiedlichste

<sup>3</sup> Überblick bei *Augsberg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft. Möglichkeiten differenzierter Steuerung des Kapitalmarktes, 2003, insbes. S. 294 ff.

<sup>4</sup> Monographisch etwa *Stein*, *Lex Mercatoria. Realität und Theorie*, 1995, S. 1; *Weise*, *Lex mercatoria*, 1990; *de Ly*, *International Business Law and Lex Mercatoria*, 1992; *Osman*, *Les principes généraux de la lex mercatoria*, 1992; siehe auch *K. Schmidt*, *Handelsrecht*, 5. Aufl. (1999), § 1 IV. 5.

<sup>5</sup> Zur historischen Entwicklung etwa *Spickhoff* *RabelsZ* 56 (1992), 116 (118 ff.); *Schmitthoff* *RabelsZ* 28 (1964), 46 (48 ff.); *Weise* (Fn. 4), S. 8 ff.; für England siehe *Zimmermann* *ZEuP* 1993, 4 (29 ff.).

\* Die Autorin lehrt Bürgerliches Recht sowie Europäisches und Internationales Privatrecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

<sup>1</sup> Begriff nach *Vieweg* *JuS* 1993, 894 (896) für das Hinterherhinken des Rechts hinter den Entwicklungen der Technik.

<sup>2</sup> Begriff nach *Becker*, *Kooperative und konsensuale Strukturen der Normsetzung*, 2005, § 7; weiter *Herdegen* *VVDStRL* 62 (2003), 7 (22 ff.).

Phänomene der Regelbildung im internationalen Handelsverkehr,<sup>6</sup> etwa in Gestalt von branchenspezifischen Standardverträgen und Handelsklauseln (Incoterms) über Verfahrensordnungen und Schiedssprüche bis hin zu Handelsbräuchen und – so der aktuelle Zweifelspunkt – wissenschaftlichem soft law in Gestalt von principles,<sup>7</sup> etwa den *Unidroit Principles of International Commercial Contracts*<sup>8</sup> oder den *Principles of European Contract Law*<sup>9</sup>.

Gemeinsam ist diesen Phänomenen ihr *anationaler Anspruch*: Die lex mercatoria versteht sich als eine originäre Entwicklung der *internationalen* Vertrags-, Geschäfts- und Schiedspraxis:<sup>10</sup> „The law proper to international economic relations.“<sup>11</sup> In diesem Selbstverständnis hat der völkerrechtliche Gedanke des *transnationalen Rechts* sichtbare Spuren hinterlassen. Auf dieser Linie liegen Versuche, die Geltung der lex mercatoria auf eine originäre Rechtsetzungsbefugnis der internationalen Akteure zurückzuführen und damit vorechtlich zu begründen.<sup>12</sup> In dieselbe Richtung gehen vernunftrechtliche Argumentationen oder der Rückgriff auf gemeinsames Gewohnheitsrecht.<sup>13</sup> Im bestehenden Bezugsrahmen der Nationalstaaten haben sich diese Vorstellungen allerdings nicht durchsetzen können. Vielmehr werden die Geltungsansprüche der lex mercatoria heute ganz überwiegend auf die positivrechtliche Anerkennung von Vertragsfreiheit und Parteiautonomie zurückgeführt.<sup>14</sup> Seitdem staatliche Kollisions- und Schiedsordnungen zunehmend entsprechende Öffnungsklauseln enthalten, hat die grundsätzliche Frage nach Rechtsnatur und Rechtswirkungen der lex mercatoria ohnehin an Bedeutung eingebüßt.<sup>15</sup> In Deutschland heißt dies, dass eine kollisionsrechtliche Wahl der lex mercatoria als Vertragsstatut derzeit nur in Schieds-

klauseln anerkannt wird,<sup>16</sup> während Art. 27 EGBGB allein die Wahl staatlichen Rechts ermöglicht.<sup>17</sup>

*Formal* beruht die Geltung der lex mercatoria damit auf entsprechenden Wahlentscheidungen der Parteien im Rahmen staatlicher eröffneter Gestaltungsfreiheit. Es handelt sich um *optionale* Regeln.<sup>18</sup> Dies erklärt auch, warum die Frage der Legitimation für die lex mercatoria weniger dringlich gestellt wird als für andere Formen privater Regelsetzung. Die Zustimmung der Betroffenen vermittelt offenbar eine starke und weithin unangefochtene Legitimationsbasis.<sup>19</sup>

In *materieller* Hinsicht kann der legitimatorische Gehalt dieser Zustimmung durchaus hinterfragt werden. Klassische Angriffspunkte privater Zustimmungssakte sind faktische Gegnermacht und entsprechende Interesseneinseitigkeit, die zu Beeinträchtigungen der Entscheidungsfreiheit führen.<sup>20</sup> Auch bei der lex mercatoria lassen sich solche Gerechtigkeitsbedenken begründen, allerdings an anderer Stelle, nämlich mit Blick auf ihre Lückenhaftigkeit und ihren Abstraktionsgrad.<sup>21</sup> Dahinter steht letztlich ebenfalls ein Machtproblem, und zwar in Bezug auf die Position des Schiedsrichters.<sup>22</sup> Bei der Einschätzung und Bewertung dieses Machtproblems deuten sich allerdings rechtskulturelle Unterschiede an: In Frankreich ist die Möglichkeit der *amicable composition*, also der schiedsrichterlichen Billigkeitsentscheidung, bereits seit Inkrafttreten des *Code de procédure civile* anerkannt,<sup>23</sup> während im deutschen und englischen Rechtskreis wohl bis heute größere Bedenken gegen Billigkeitsentscheidungen bestehen.<sup>24</sup>

6 Siehe nur die Darstellung bei Stein (Fn. 4), S. 37 ff.; ausführliche Übersicht über Handelskodifikationen bei Schmitthoff, Schmitthoff's export trade: The law and practice of international trade, 10. Aufl. (2000), S. 669 ff.; Berger, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1996, S. 217 ff.

7 Lando, The European Principles in an Integrated World, ERCL 1 (2005), 3 ff.; gegen Einbeziehung in die lex mercatoria Michaels RabelsZ 62 (1998), 580 (616 ff.).

8 International Institute for the Unification of Private Law (Hrsg.), Principles of International Commercial Contracts, 1994; hierzu International Chamber of Commerce (ICC) (Hrsg.), UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts. A New Lex Mercatoria?, ICC-Publication 490/1, 1995.

9 Lando/Beale (Hrsg.), The Principles of European contract Law, Parts I and II, 1999; Lando/Clive/Prüm/Zimmermann (Hrsg.), The Principles of European contract Law, Part III, 2003; (dt. von Bar/Zimmermann, Grundregeln des Europäischen Vertragsrechts, Teile I und II, 2002, Teil III, 2005). – Siehe auch die Arbeiten der Study Group on a European Civil Code (Hrsg.), Benevolent Intervention in Another's Affairs, 2006; Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts, 2006; Service Contracts, Personal Securities, 2006.

10 So Stein (Fn. 4), S. 187.

11 Etwa Goldman, The Applicable Law: General Principles of Law – the Lex Mercatoria, in: J. Lew (ed.), Contemporary Problems in International Arbitration, 1985, S. 113.

12 Jessup, Transnational Law, 1956; Langen, Transnationales Recht, 1981; Robert, Le phénomène transnational, 1988; Berger, Formalisierte oder „schleichende“ Kodifizierung des transnationalen Wirtschaftsrechts, 1990, S. 97 ff.

13 Insbesondere Goldman APD 1964, 177 ff.; ders. RdA 1983, 379 ff.; für Deutschland etwa Mertens RabelsZ 56 (1992), 219 (238 ff.); zum Diskussionsstand Stein (Fn. 4), S. 187 ff.

14 Statt vieler Spickhoff RabelsZ 56 (1992), 116 (131 f.); Martiny, in: Reithmann/Martiny (Hrsg.), Internationales Vertragsrecht, 6. Aufl. 2004, Rn. 72 f.; für den Bereich der Schiedsgerichtsbarkeit vgl. von Hoffmann IPRax 1984, 106 (107); kritisch auch das kollisionsrechtliche Schrifttum, vgl. etwa v. Bar/Mankowski, IPR I, 2. Aufl. (2003), § 2 Rn. 72; Kropholler, IPR, 6. Aufl. (2006), S. 100; Siebr IPR 2001, 364.

15 Siehe Art. 28 Abs. 1 UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration sowie § 1051 Abs. 1 ZPO: Entscheidung nach den gewählten „Rechtswortungen“. Siehe zu anderen Schiedsordnungen die Nachweise bei Stein (Fn. 4), S. 123 Fn. 214.

16 MünchKommBGB/Martiny, 4. Aufl. 2006, Vor Art. 27 EGBGB Rn. 133; Labes/Lörcher MDR 1997, 421 (424); Berger DZWiR 1998, 45 (52); Soergel/von Hoffmann, 12. Aufl. 1996, Art. 27 Rn. 17. MünchKommZPO/Münch, 2. Aufl. (2001), § 1051 Rn. 24 sieht in dem Verweis auf die Regeln der lex mercatoria eine Ermächtigung des Schiedsgerichts, nach Billigkeit zu entscheiden (§ 1051 Abs. 3 ZPO) – allerdings unter Berücksichtigung der Handelsbräuche (§ 1051 Abs. 4 ZPO).

17 Dies ergibt sich jedenfalls aus Art. 7 Abs. 1 EVÜ; so von Hoffmann/Thorn, IPR, 8. Aufl. (2006), § 10 Rn. 28; von Bar, IPR II, 1991, Rn. 425; MünchKommBGB/Sonnenberger, 4. Aufl. 2006, Einl IPR Rn. 267; a. A. etwa Kappus IPrax 1993, 137 ff.; für Wählbarkeit nichtstaatlichen Rechts etwa W.-H. Roth, in: FS für Jayme, Bd. I, 2004, S. 757 ff.; differenzierend Kropholler (Fn. 14), S. 464 f.; für Wählbarkeit der UNIDROIT-Prinzipien Leible ZVglRWiss 97 (1998), 286 (314 ff.).

18 Zur Unterscheidung von Wahlnormen und Zwangsnormen Meyer-Cording, Die Rechtsnormen, 1971, S. 45 ff.

19 Knappe Darstellung der aktuellen Diskussion um Geltung und Legitimation der lex mercatoria bei Michaels RabelsZ 62 (1998), 580 (610 ff., 619 ff.). Zu Zustimmung als Legitimationselement privater Regeln Bachmann, Private Ordnung, 2006, S. 172 ff.

20 Speziell zu diesen Schranken der Parteiautonomie Kropholler (Fn. 14), S. 297; allgemein Flume, Allg. Teil des Bürgerlichen Rechts Bd. II, 4. Aufl. (1992), § 1, 7; M. Wolf, Rechtsgeschäftliche Entscheidungsfreiheit und vertraglicher Interessenausgleich, 1970, S. 101 ff.

21 Standinger/Magnus, BGB, 13. Aufl. (2002), Art. 27 EGBGB Rn. 49; Spickhoff RabelsZ 56 (1992), 116 (134); Kropholler (Fn. 14), S. 100; von Hoffmann, in: FS für Kegel, 1987, S. 215 (220 ff.); aus U.S.-amerikanischer Perspektive etwa Hight, The enigma of the lex mercatoria, Tul. L. Rev. 63 (1989), 613 (627 f.); anders Leible ZVglRWiss 97 (1998), 286 (316) für die UNIDROIT-Prinzipien als Teilausschnitt der lex mercatoria: Die Reglungsdichte der UNIDROIT-Prinzipien sei zum Teil höher als im BGB.

22 Mertens RabelsZ 56 (1992), 219, 238 ff.; kritisch Spickhoff RabelsZ 56 (1992), 116 (126 f.). – Soweit die lex mercatoria auf geschriebenen Regeln beruht, etwa Modellgesetzen, werden Pluralität und Interessenneutralität kaum bezweifelt, siehe etwa zu ICC und Uncitral Schmitthoff RabelsZ 28 (1964), 46 (74).

23 Loquin, L'amicable composition en droit comparé et international, 1980; siehe auch von Hoffmann (Fn. 21), S. 215 (227 f.).

24 Rechtsvergleichend Schlesinger/Gündisch RabelsZ 28 (1964), 4 (37 ff.); Riedberg, Der amiable Compositeur im internationalen privaten Schiedsverfahren, 1962; insbes. zur Entwicklung in England Redfern/Hunter, Droit et pratique de l'arbitrage commercial international, 2. éd. 1994, p. 29 ff. – Entscheidende Änderungen brachte Art. 28 III UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration bzw. § 1051 Abs. 3 ZPO,

## 2. Lex sportiva: Internationale Regeln des Sports

Auch das internationale Sportgeschehen wird im Kern nicht durch staatliches Recht, sondern durch die Regelwerke der internationalen Sportverbände bestimmt. Sie typisieren Sportart und Sportausübung, definieren sportliches Verhalten und Wettkampfvoraussetzungen, begründen Sanktionen und Strafen.<sup>25</sup>

Auf weitgehend ähnlichen Bahnen wie bei der lex mercatoria verläuft auch die Diskussion über den Geltungsgrund dieser Regeln internationaler Sportverbände und Sportorganisationen wie z. B. der FIFA<sup>26</sup>, der IAAF<sup>27</sup>, des IOC<sup>28</sup> oder der WADA<sup>29</sup>. In der Praxis ist es vor allem die Ausübung von Verbandsgewalt in Form von Wettkampfsperren und Dopingsanktionen, die die Frage nach Geltung und Legitimation der Sportregelwerke aufgeworfen hat.<sup>30</sup> Die Rechtsbeziehungen zwischen regelsetzendem internationalem Verband und dem einzelnen Sportler als Vereinsmitglied sind komplex. Im Kern gründen sie sich auf eine *Selbstbindung des Sportlers* auf der Basis von Mitgliedschaft oder Individualvereinbarung und setzen nach heute ganz überwiegender Vorstellung die staatliche Anerkennung der Verbandsautonomie voraus.<sup>31</sup> Da unmittelbare Rechtsbeziehungen nur zwischen Sportler und Verein bestehen, erlangen die Regelwerke der internationalen Sportverbände nur aufgrund individueller Unterwerfungsakte des Sportlers<sup>32</sup> und entsprechenden hierarchischen Satzungsketten der nationalen Verbände Verbindlichkeit.<sup>33</sup> Der Geltungsanspruch der Sportregeln basiert also – genauso wie bei der lex mercatoria – auf einer Zustimmung der Betroffenen im Rahmen gesetzlich eröffneter Freiräume. Diese Erkenntnis bestimmt auch das zentrale Problemfeld: das Verhältnis von staatlicher und verbandlicher Gerichtsbarkeit. Einigkeit besteht darüber, dass die von internationalen Sportverbänden oder Gremien wie dem IOC<sup>34</sup> aufgestellten Regelwerke zwar nicht vor staatlichen Gerichten,<sup>35</sup> wohl aber

vor Schiedsgerichten, wie etwa dem *Court of Arbitration for Sport (CAS)*,<sup>36</sup> wählbar sind.<sup>37</sup> Es dürfte vor allem diese Parallele zur lex mercatoria sein, die inzwischen mit dem Begriff der lex sportiva auch sprachlich Gestalt angenommen hat.<sup>38</sup>

Weitaus mehr Bedeutung hat im Bereich des Sports aber die hieran anknüpfende Frage, ob die am Maßstab der lex sportiva getroffenen Schiedssprüche von staatlichen Gerichten überprüft werden können.<sup>39</sup> Prominente Beispiele sind die Fälle Bosman<sup>40</sup>, Krabbe<sup>41</sup>, Reynolds<sup>42</sup>, Hondo<sup>43</sup> und Meca-Medina<sup>44</sup>. Die Vergangenheit hat gezeigt, dass staatliche Gerichte diese Aufgabe in Prüfungsmaßstab und Kontrollichte durchaus unterschiedlich wahrnehmen. Während Verbandsentscheidungen in Österreich<sup>45</sup> einer uneingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung unterliegen, hat sich die Rechtsprechung in Deutschland und der Schweiz für eine nur eingeschränkte Kontrolle ausgesprochen.<sup>46</sup> Grundsätzlich anders radiziert der *EuGH* seine Befugnisse und will nur „rein sportliche“ Entscheidungen aufgrund „rein sportlicher Regelwerke“ von seiner Grundfreiheitenkontrolle ausnehmen.<sup>47</sup> Außerdem hat sich in Österreich und der Schweiz ein individualrechtlicher Prüfungsmaßstab durchgesetzt, etwa mit Blick auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Sportlers.<sup>48</sup> Demgegenüber wird in Deutschland das Kartellrecht als Prüfungsmaßstab betont.<sup>49</sup> Dies verweist auf den wohl bedeutendsten Unterschied zwischen internationalem Han-

allerdings nur nach *ausdrücklicher* Ermächtigung der Parteien; hierzu statt *Aller von Hoffmann* (Fn. 21), S. 215 (229f.).

**25** Als Beispiele können hier die Amtlichen Leichtathletik-Bestimmungen (<http://www.leichtathletik.de>) oder die Internationalen Hallenhandball-Regeln (<http://handballregeln.de>) genannt werden; zu Funktion und Bedeutung der Sportregeln vgl. auch *Vieweg*, *Faszination Sportrecht*, 2006, einzusehen unter <http://www.irut.jura.uni-erlangen.de/FaszinationSportrecht.pdf>, S. 8 ff.

**26** Fédération Internationale de Football Association (<http://www.fifa.com/de/index.html>).

**27** International Association of Athletics Federations (<http://www.iaaf.org/>).

**28** International Olympic Committee ([http://www.olympic.org/uk/organisation/ioc/index\\_uk.asp](http://www.olympic.org/uk/organisation/ioc/index_uk.asp)).

**29** World Anti-Doping Agency (<http://www.wada-ama.org>).

**30** Zu Beispielsfällen noch unten Fn. 40 ff.

**31** Anders das Begründungskonzept „institutioneller Normen“ nicht-staatlicher Organisationen aus den sozialen Institutionen; hierzu *Meyer-Cording* (Fn. 18), S. 49 sowie 101 ff.; diese Vorstellung wird im romanischen Rechtskreis für den Sport betont; siehe *Giannini*, *Prime osservazioni giuridici sportivi*, Riv. Dir. Sport 1949, 10 (13 ff.); *Silance*, *Interaction of the rules in sports law and treaties made by public authorities*, in: *Olympic Review* 1977, S. 622 ff.; *Simon*, *Puissance et ordre juridique étatique*, 1990; vergleichend *Malatos*, *Berufsfußball im europäischen Rechtsvergleich*, 1987, S. 13.

**32** Eingehend zum aktuellen Diskussionsstand *Adolphsen*, *Internationale Dopingstrafen*, 2003, S. 61 ff., 86 ff.; zu „Unterwerfungsverträgen“ zur Begründung „institutioneller Normen“ nicht-staatlicher Organisationen bereits *Meyer-Cording* (Fn. 18), S. 49 sowie 101 ff.

**33** Im Einzelnen etwa *Summerer*, in: *FS für Hanisch*, 1994, S. 267 (272 f.); eingehend *Vieweg*, *Normsetzung und -anwendung deutscher und internationaler Verbände*, 1990, S. 61 ff., 71 ff., 336 ff.; *Adolphsen* (Fn. 32), S. 42 ff., 70 ff.; *ders.* *IPrax* 2000, 81 (85 ff.).

**34** Zu Rechtsnatur und Rechtspersönlichkeit des IOC sowie der internationalen Sportverbände *Vieweg* (Fn. 33), S. 58 ff.; *Adolphsen* (Fn. 32), S. 45 ff.; *Reuter* *DZWIR* 1996, 1.

**35** Siehe nur *Adolphsen*, in: *Jb.J.ZivR.Wiss.* 2002, S. 281 (288) m. w. N.

**36** Gegründet 1984 mit Sitz in Lausanne; das Statut des CAS ist einzusehen unter [www.tas-cas.org](http://www.tas-cas.org); näher *Reeb*, *Le Tribunal arbitral du sport, son histoire et son fonctionnement*, J.D.I. [Journal du Droit international – Clunet] 2001, 234 ff.; eingehend *Oschütz*, *Sportschiedsgerichtsbarkeit*, 2005, S. 37 ff. Zur Schiedsgerichtsbarkeit während olympischer Spiele *McLaren* *SchiedsVZ* 2004, 187 ff.; *Martens* *SchiedsVZ* 2004, 202 (203 f.).

**37** Eingehend *Adolphsen* (Fn. 32), S. 628 ff.; *ders.* (Fn. 35), S. 281 (286 ff.); genauso *Reuter* *DZWIR* 1996, 1 (3 f.): Billigkeitsentscheidung. Zu den Grundlagen der Sportschiedsgerichtsbarkeit *Adolphsen* *SchiedsVZ* 2004, 169 ff.; eingehend *Oschütz*, *Sportschiedsgerichtsbarkeit*, 2005.

**38** Siehe etwa *Adolphsen* (Fn. 32), S. 628 ff.; *ders.* (Fn. 35), S. 281; zweifelnd *Reuter* *DZWIR* 1996, 1 (8); kritisch *Foster*, *Is there a global Sports Law?*, *Entertainment Law* 2003, 1 (15 ff.).

**39** Siehe für Deutschland *Buchberger*, *Die Überprüfbarkeit sportverbandsrechtlicher Entscheidungen durch die ordentliche Gerichtsbarkeit*, 1999; *Haas/Adolphsen* *NJW* 1996, 2351 ff.

**40** *EuGH*, *Urt. v. 15. 12. 1995 – Rs. C-415/93, Bosman*, *Slg.* 1995, I-4921 = *JZ* 1996, 248 m. Anm. *Schroeder*.

**41** *OLG München* *NJW* 1996, 2382 = *SpuRt* 1996, 133; hierzu *Haas/Adolphsen* *NJW* 1996, 2351 ff.

**42** In dem Verfahren *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation, United States District Court*, Southern District of Ohio, Eastern Division, 13. 7. 1993 – No. C-2-92-452, wurde die IAAF zur Zahlung von Schadensersatz an den gesperrten Athleten Reynolds verurteilt; anders hat die Rechtsmittelinstanz entschieden, *Reynolds v. International Amateur Athletic Federation, U.S. Court of Appeals* (6th cir.), 17. 5. 1994 – 935 F.2 d 270, *ZZPInt* 1 (1996), 395; vgl. die Darstellung bei *Bach* *SpuRt* 1995, 142 sowie *Adolphsen* *SchiedsVZ* 2004, 169 ff.

**43** *Schweizer Bundesgericht*, *Urt. v. 11. 1. 2007 – Az.: 4P 148/2006/ech*, noch nicht veröffentlicht (Stand: 25. 1. 2007). Damit hat das *BG* den Einspruch von Hondo gegen seine zweijährige Doping-Sperre letztinstanzlich abgelehnt; anders zuvor das *Waadtländer Kantonsgericht*, *Urteil v. 17. 3. 2006*.

**44** *EuGH*, *Urt. v. 18. 7. 2006 – Rs. C-519/04, Meca-Medina u. a. / Kommission*, *EuZW* 2006, 593 ff.

**45** *OGH SZ* 51/154 S. 675; *Schwimann/Harrer*, *ABGB*, 3. Aufl. (2006), § 1336 Rn. 34.

**46** Siehe für Deutschland plastisch *OLG München* *NJW* 1996, 2382; eingehend *Adolphsen* *IPrax* 2000, 83 (84) m. w. N.; *Vieweg* (Fn. 33), §§ 6–8. Zur Schweiz *Baddeley*, *L'association sportive face au droit*, 1994, S. 309 ff.

**47** So jüngst *EuGH*, *Urt. v. 18. 7. 2006 – Rs. C-519/04, EuZW* 2006, 593, *Meca-Medina u. a. / Kommission*, *Rz.* 7 f.; vgl. auch *EuGH*, *Urt. v. 15. 12. 1995 – Rs. C-415/93, Bosman*, *Slg.* 1995, I-4921 = *JZ* 1996, 248 sowie *EuGH*, *Urt. v. 11. 4. 2000 – Rs. C-51/96 und C-191/97, Delière*, *Slg.* 2000, I-2549.

**48** Siehe für die Schweiz *Baddeley* (Fn. 46), S. 310 ff.

**49** *Hannamann*, *Kartellverbot und Verhaltenskoordinationen im Sport*, 2001; *Adolphsen* (Fn. 32), S. 156 ff.

del und internationalen Sport. Tatsächlich wird die lex mercatoria teilweise als ein Produkt der „nichtautoritären Strukturen des Marktes“ beschrieben, während die lex sportiva eine Form „autoritärer Herrschaft von Monopolverbänden“ darstelle.<sup>50</sup> Dies mag die Unterschiede aber eher überzeichnen, da auch im internationalen Handelsverkehr faktische Machtgefälle und Monopolstrukturen bestehen. Gleichwohl ist zuzugeben, dass die Gehalte der lex mercatoria in der Praxis einen größeren optionalen Gehalt aufweisen dürften als die Regeln der lex sportiva, die sich für einen Sportler, der an internationalen Wettkämpfen teilnehmen möchte, wohl vielfach als unausweichlich darstellen dürften.<sup>51</sup>

Blickt man auf die Gemeinsamkeiten von lex sportiva und lex mercatoria, so liegen diese in ihrer Fundierung in der Privatautonomie. Im Kern handelt es sich in beiden Fällen um eine durch Zustimmung erzeugte Selbstbindung. Auch die verbandsseitigen Monopolstrukturen im Bereich des Sports und die sichtbare sozioökonomische Mächtigkeit von internationalen Sportverbänden<sup>52</sup> wie der FIFA oder der IAAF nehmen der Zustimmung des Sportlers nicht ihre legitimatorische Kraft, thematisieren aber – jedenfalls aus deutscher und europäischer Perspektive – das bedeutendste Konfliktfeld zwischen lex sportiva und staatlichem Recht: die Vereinbarkeit der Sportregeln mit Kartellrecht.

### III. Supranational initiierte Regeln: lex technica

Ein Gegenmodell zu lex mercatoria und lex sportiva stellen europäische Techniknormen dar, also die von den privaten Normungsgremien auf europäischer Ebene formulierten technischen Normen<sup>53</sup>. Auch sie sind in der Praxis des innergemeinschaftlichen Handels für die Marktakteure faktisch unausweichlich geworden, können ihre Zwangswirkung aber auf Entscheidungen des Gemeinschaftsgesetzgebers zurückführen.

Am Anfang dieser Entwicklung standen typische Rechtssetzungsdefizite. Der Gemeinschaftsgesetzgeber musste sich eingestehen, dass der Binnenmarkt für technische Produkte auf lange Sicht unvollkommen bleiben würde. Allerdings hat die europäische Normung dieses Vakuum nicht aus eigener Initiative ausgefüllt, sondern ist im weitesten Sinne Ausdruck legislativen outsourcings.<sup>54</sup>

#### 1. Vom Handelshemmnis zur Gemeinschaftsaufgabe

In der Selbstbeschreibung der Gemeinschaft wird Normung als eine „freiwillige, vom Konsens getragene Tätigkeit“ referiert, die „von den und für die interessierten Parteien [...] durchgeführt wird und zur Verabschiedung von Normen führt, deren Befolgung freiwillig ist“, so etwa der Rat in seiner Entschließung zur Funktion der Normung in Europa

<sup>50</sup> So Reuter DZWIR 1996, 1 (8).

<sup>51</sup> Siehe beispielsweise für die Teilnahme an den Olympischen Spielen Regel 49, 74 der Olympischen Charta; näher zur Schiedsgerichtsbarkeit während Olympischer Spiele Adolphsen SchiedsVZ 2004, 169 (172 f.).

<sup>52</sup> Vgl. Vieweg/Röthel ZHR 2002 (166), 6 ff.; zur „fachlich-räumlichen Monopolstellung“ internationaler Verbände durch das Ein-Platz-Prinzip Vieweg (Fn. 33), S. 61 ff.; siehe auch Adolphsen (Fn. 32), S. 42 ff.

<sup>53</sup> Technische Normen bezeichnen den praktisch wichtigsten Ausschnitt der Regeln der Technik, nämlich die von privaten Normungsorganisationen schriftlich niedergelegten technischen Spezifikationen oder Dokumente zur Homogenisierung technischer Systeme; siehe Marburger, Die Regeln der Technik im Recht, 1979, S. 40 ff.

<sup>54</sup> Engeres Begriffsverständnis bei Becker (Fn. 2), S. 536 f.

aus dem Jahr 1999.<sup>55</sup> Diese Grundidee technischer Normung als einem freiwilligen, eigeninitiativen und selbst organisierten Prozess hat sich allerdings zusehends verflüchtigt: Die europäische Normung ist der Sache nach Auftragsgesetzgebung.<sup>56</sup> Sie ist politisch gewollt und gestaltet, und sie wird maßgeblich von der Gemeinschaft finanziert.<sup>57</sup>

Die Ursachen hierfür liegen in der Geschichte.<sup>58</sup> Der europäische Integrationsprozess fand eine Normung vor, die sich im Wesentlichen im Bezugssystem des Nationalstaates entwickelt hatte,<sup>59</sup> also auf nationaler Ebene organisiert war,<sup>60</sup> sich an den nationalen Märkten ausrichtete und auch für nationale Zwecke fruchtbar gemacht wurde: Protektionismus und Marktabschottung durch technische Normung haben eine lange Tradition.<sup>61</sup> Das hieraus erwachsende Geflecht national unterschiedlicher technischer Normen hat das Gemeinschaftsrecht schnell als bedeutsames Hemmnis für den innergemeinschaftlichen Handel identifiziert.<sup>62</sup> Allerdings konnten die Grundfreiheiten diese aus der nationalen Normung resultierenden Handelshemmnisse nur teilweise überwinden.<sup>63</sup> Die Reaktion der Gemeinschaft ist bekannt: Die Kommission entschied sich im Jahr 1985 mit der sog. „Neuen Konzeption für die technische Harmonisierung und Normung“<sup>64</sup> für ein Modell kooperativer Rechtsetzung<sup>65</sup>: Die Rechtsangleichung wird seitdem auf die Festlegung der „grundlegenden Anforderungen“ beschränkt, während die technischen Detailregelungen europäischen Normen überlassen werden, die aufgrund von Normungs-

<sup>55</sup> Entschließung des Rates v. 28. 10. 1999 zur Funktion der Normung in Europa, ABL. EG 2000 Nr. C 141/1 Erwägungsgrund Nr. 11.

<sup>56</sup> Voelzkow, Staatseingriff und Verbandsfunktion: Das verbandliche System technischer Regelsetzung als Gegenstand staatlicher Politik, 1993, S. 101.

<sup>57</sup> Das Gesamtbudget des CEN wurde im Jahr 2003 zu fast 40% von der Europäischen Kommission mit einem Beitrag von knapp 4,4 Mio € unterstützt; siehe CEN Jahresbericht 2004. Mit einem vergleichbaren absoluten Betrag wird auch die Tätigkeit von ETSI unterstützt. – Zur Organisation der Finanzierung Zubke-von Thünen, Technische Normung in Europa, 1999, S. 657, 670 f.; kritisch Werle, in: Kubizek/Seeger (Hrsg.), Perspektive Techniksteuerung, 1993, S. 129 (135 ff., 137).

<sup>58</sup> Zur Geschichte der technischen Normung Marburger (Fn. 53), S. 179 ff.; Müller-Foell, Die Bedeutung technischer Normen für die Konkretisierung von Rechtsvorschriften, 1987, S. 48 ff.

<sup>59</sup> Vieweg, in: Müller-Graff (Hrsg.), Technische Regeln im Binnenmarkt, 1991, S. 57 (59 f.).

<sup>60</sup> Eingehend zur Organisation der Normung in den Mitgliedstaaten Falke/Schepel (eds.), Legal Aspects of Standardisation in the Member States of the EC and of EFTA. Country Reports, Luxemburg, 2000; ältere Darstellungen bei Lukes, Überbetriebliche technische Normung in den Rechtsordnungen ausgewählter EWG- und EFTA-Staaten, 1979; weitere Länderberichte bei Zubke-von Thünen (Fn. 57), S. 227–613.

<sup>61</sup> Voelzkow (Fn. 56), S. 76 f.; Rönck, Technische Normen als Gestaltungsmittel des Gemeinschaftsrechts, 1995, S. 36 ff.; Micklitz CMLR 1986, 617 f.

<sup>62</sup> Europäische Kommission, Weißbuch „Vollendung des Binnenmarktes“ v. 14. 6. 1985, KOM (1985) 310 endg., S. 17 (Ziffer 60); eingehend Cecchini, Europa 1992: Der Vorteil des Binnenmarktes, 1988, S. 48 f.

<sup>63</sup> Zum Folgenden Marburger/Enders, Jahrbuch UTR 1994, S. 333 (336 ff.); Zubke-von Thünen (Fn. 57), S. 705 ff.; Rönck (Fn. 61), S. 85 ff. jeweils m. w. N.

<sup>64</sup> ABL. EG Nr. C 136/1; hierzu statt vieler Falke, Standardization by professional organisations, in: Winter (ed.), Sources and Categories of European Union Law: Comparative and Reform Perspective, 1996, S. 645 ff.; Marburger/Enders (Fn. 63), S. 333 (342 ff.); Niederbacher, Das Recht der Technik in der europäischen Integration, 1991, S. 61 ff.; Rönck (Fn. 61), S. 98 ff.; Voelzkow (Fn. 56), S. 85 ff.; Zubke-von Thünen (Fn. 57), S. 766 ff. jeweils m. w. N.

<sup>65</sup> Näher zu den Instrumenten kooperativer Techniksteuerung der Gemeinschaft Röthel, in: Vieweg (Hrsg.), Techniksteuerung und Recht, 2000, S. 35 (48 ff.); dies., in: Schulte (Hrsg.), Handbuch des Technikrechts, 2003, S. 155 (169 ff.); zur Typisierung der Steuerungsmodelle Hoffmann-Riem, in: Schulte (Hrsg.), Technische Innovation und Recht: Antrieb oder Hemmnis?, 1996, S. 3 (13 ff.); auf nationaler Ebene siehe Marburger (Fn. 53), S. 404.

mandaten erarbeitet und im Amtsblatt veröffentlicht werden. Das eigentliche Bindeglied zwischen den technischen Normen und den Richtlinienanforderungen besteht in einer *widerleglichen Vermutung*: Bei Einhaltung der europäischen Normen werden Richtlinienkonformität und Freiverkehrsfähigkeit des Produktes vermutet.<sup>66</sup> Damit bekannte sich die Gemeinschaft zu einer Rechtsetzungstechnik, die aus dem deutschen Recht bereits vertraut war: die normkonkretisierende Verweisung.<sup>67</sup>

Gemessen am heutigen Ertrag war dieser Strategiewechsel der Gemeinschaft ein voller Erfolg. Im Jahr 2004 verzeichnete die Kommission, dass zur Ausfüllung von Richtlinien, die nach der „Neuen Konzeption“ verabschiedet waren, knapp 2.200 harmonisierte Normen als Nachweis für die Einhaltung der rechtlichen Anforderungen verwendet wurden.<sup>68</sup> Gelingen konnte dieser Strategiewechsel aber nur, weil die Gemeinschaft zugleich die maßgeblichen politischen Impulse für die Entwicklung der europäischen Normung gegeben hat. Eine europäische Normung, die als leistungsfähiger Partner im Rechtsetzungsmodell der „Neuen Konzeption“ fungieren konnte, musste erst konstituiert werden.<sup>69</sup> Zentrale Beiträge für den Aufbau einer leistungsfähigen Normungsinfrastruktur waren das gemeinschaftlich vorgegebene Informationsverfahren<sup>70</sup> sowie Vereinbarungen mit den Normungsorganisationen, die sog. Leitlinien der Zusammenarbeit<sup>71</sup>. Beide bilden noch immer die wesentlichen rechtlichen Grundlagen der europäischen Normung.<sup>72</sup>

## 2. Rechtliche Bedeutung europäischer Normen

Ihrem Ursprung nach handelt es sich bei den europäischen Techniknormen um private und daher unverbindliche Regeln.<sup>73</sup> Hieran hat auch die Verweisungstechnik der „Neuen

Konzeption“<sup>74</sup> dem Wortlaut nach nichts geändert. Die Einhaltung harmonisierter Normen ist freiwillig, wie in jüngeren Richtlinien ausdrücklich betont wird.<sup>75</sup>

### a) Faktische Zwangswirkungen der normkonkretisierenden Verweisung

Gleichwohl vermittelt die Regelungstechnik der „Neuen Konzeption“ den genuin privaten Regeln beachtliche Zwangswirkungen. Die Hersteller können zwar – wie auch in den Erwägungsgründen vielfach ausdrücklich betont wird<sup>76</sup> – in anderer Weise als durch Normeinhalten die grundlegenden Anforderungen der Richtlinien erfüllen und damit Freiverkehrsfähigkeit ihrer Produkte erzielen. Die Rechtswirklichkeit sieht allerdings anders aus: Über die Regelungstechnik der normkonkretisierenden Verweisung werden außerordentlich wirksame Anreize zur Normbefolgung gesetzt, die in der Praxis vielfach auf einen faktischen Befolgungszwang<sup>77</sup> hinauslaufen: Europäische Techniknormen erweisen sich für die betroffenen Hersteller im internationalen Wettbewerb als ähnlich unausweichlich wie für einen internationalen Wettkampfsportler die Regeln des internationalen Sports.

### b) Legitimation kraft Rezeption

Diese faktische oder sozial-normative<sup>78</sup> Verbindlichkeit technischer Normen wirft genauso wie die faktische Verbindlichkeit anderer privater Regeln die Frage nach ihrer Legitimation auf. Hier besteht ein grundlegender Unterschied zu lex mercatoria und lex sportiva: Während die Beachtlichkeit der Regeln des Sports oder des Handels in erster Linie auf die Zustimmung der Betroffenen zurückgeführt werden kann und ihre Zwangswirkung erst durch die Mechanismen des Marktes erhält, resultiert die faktische Verbindlichkeit europäischer Normen auf der Rezeptions- und Verweisungsentscheidung des Gemeinschaftsgesetzgebers. Nicht die Marktteilnehmer votieren für die Bezugnahme auf eine be-

<sup>66</sup> Siehe Grundprinzipien der Neuen Konzeption, veröffentlicht als Anhang II zu den Leitlinien des Rates, ABL. EG Nr. C 136/1, sowie beispielhaft Art. 5 ff. der RiL 2006/42/EG v. 17. 5. 2006 über Maschinen und zur Änderung der RiL 95/16/EG, ABL. EG Nr. L 157/24 ff.

<sup>67</sup> So *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (342f.); näher *Anselmann*, in: *Müller-Graff* (Fn. 59), S. 101 (105ff.); *Breulmann*, Normung und Rechtsangleichung in der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1993, S. 138f.; *Schulte*, in: *Rengeling* (Hrsg.), Handbuch des deutschen und europäischen Umweltrechts, 2. Aufl. 2003, Rn. 66; *Schmidt-Preuß*, in: *Kloepfer* (Hrsg.), Selbst-Beherrschung im technischen und ökologischen Bereich, 1998, S. 89 (98); *Sobczak*, Normung und Umweltschutz im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, S. 51 ff. – Zur normkonkretisierenden Verweisung im nationalen Recht eingehend *Marburger* (Fn. 53), S. 395 ff.; *ders.*, in: *Müller-Graff* (Fn. 59), S. 27 (42ff.).

<sup>68</sup> Mitteilung der Kommission „Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der europäischen Normung“ v. 25. 2. 2004, KOM (2004) 130 endg., S. 8 sub 4.3.

<sup>69</sup> *Eichener/Voelzkow*, in: *Streeck* (Hrsg.), Staat und Verbände, 1994, S. 256 (265) bezeichnen diese Phase als „inszenierten Korporatismus“.

<sup>70</sup> RiL 83/189/EWG v. 28. 3. 1983 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABL. EG Nr. L 109/8, geändert durch RiL 88/182/EWG, ABL. EG Nr. L 81/75 sowie durch RiL 98/34/EG v. 22. 6. 1998 über ein Informationsverfahren auf dem Gebiet der Normen und technischen Vorschriften, ABL. EG Nr. L 204/37; zuvor Entscheidung 139/96/EG der Kommission, ABL. EG Nr. L 32/31; siehe auch Entscheidung 3052/95/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 13. 12. 1995, ABL. EG Nr. L 321/1.

<sup>71</sup> Zunächst „Allgemeine Leitlinien für die Zusammenarbeit zwischen Kommission, CEN und CENELEC“ v. 13. 11. 1984, Teil 1 des CEN/CENELEC-Memorandums Nr. 4, abgedruckt in DIN-Mitteilungen 64 (1985), 78f.; inzwischen ersetzt durch „Allgemeine Leitlinien für die Zusammenarbeit zwischen CEN, CENELEC und ETSI sowie der Europäischen Kommission und der Europäischen Freihandelsgemeinschaft v. 28. 3. 2003“, ABL. EG Nr. 2003/C 91/04, S. 7 ff. Näher *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (348f.); *Rönck* (Fn. 61), S. 95 ff.; *Zubke-von Thünen* (Fn. 57), S. 757 ff.

<sup>72</sup> Näher *Röthel* UTR 86 (2005), 31 (42ff.).

<sup>73</sup> *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (351f.); *Zubke-von Thünen* (Fn. 57), S. 691f.; *Breulmann* (Fn. 67), S. 69 ff.

<sup>74</sup> Entschließung des Rates v. 7. 5. 1985 über eine neue Konzeption auf dem Gebiet der technischen Harmonisierung und der Normung, ABL. EG Nr. C/136, Anhang II („Leitlinien einer neuen Konzeption für die technische Harmonisierung und Normung“); so auch *Schulte* (Fn. 67), Rn. 72.

<sup>75</sup> Siehe etwa Art. 6 Abs. 1 der RiL 2004/108/EG v. 15. 12. 2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der RiL 89/336/EWG, ABL. EG Nr. L 390/27: „Die Beachtung einer ‚harmonisierten Norm‘ ist nicht zwingend vorgeschrieben.“ Ähnlich die Definition der harmonisierten Norm in Art. 2 Nr. 27 RiL 2005/32/EG v. 6. 7. 2005 zur Schaffung eines Rahmens für die Festlegung von Anforderungen an die umweltgerechte Gestaltung energiebetriebener Produkte, ABL. EG Nr. L 191/29: technische Spezifikation, „die jedoch nicht rechtsverbindlich ist.“

<sup>76</sup> Siehe beispielhaft Erwägungsgründe 12 und 13 der RiL 2004/108/EG v. 15. 12. 2004 zur Angleichung der Rechtsvorschriften über die elektromagnetische Verträglichkeit und zur Aufhebung der RiL 89/336/EWG, ABL. EG Nr. L 390/24: Die grundlegenden Anforderungen „werden in harmonisierten europäischen Normen konkretisiert“ (Erwägungsgrund 12). Ist die Fundstelle einer harmonisierten Norm im Amtsblatt veröffentlicht, „so begründet die Übereinstimmung mit dieser Norm die Vermutung der Konformität mit den von ihr abgedeckten grundlegenden Anforderungen der Richtlinie. Andere Formen des Konformitätsnachweises sollten jedoch möglich sein“ (Erwägungsgrund 13). – Ähnlich die Erwägungsgründe der RiL 89/392/EWG zur Angleichung der Rechtsvorschriften für Maschinen, ABL. EG Nr. L 183/10: „Die Übereinstimmung mit harmonisierten Normen lässt die Übereinstimmung mit den grundlegenden Anforderungen vermuten.“; nunmehr Erwägungsgrund 20 der RiL 98/37/EG v. 23. 7. 2003, ABL. EG Nr. L 207/3.

<sup>77</sup> *Schulte* (Fn. 67), Rn. 83ff.: „faktische Verbindlichkeit“; *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1183): „faktischer Zwang“; *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (360ff.). – Eher die Freiwilligkeit der Normbefolgung betonend *von Danwitz*, in: *Rengeling* (Hrsg.), Umweltnormung. Fünfte Osnabrücker Gespräche, 1998, S. 187 (199); *Schmidt-Preuß* VVDStRL 56 (1997), 160 (207ff.); *Zubke-von Thünen* (Fn. 57), S. 697.

<sup>78</sup> So *Augsberg* (Fn. 3), S. 43 ff.

stimmte technische Norm, sondern der gemeinschaftliche Rechtsetzer. Die infolge der Verweisung erzeugte Zwangswirkung ist damit genuin hoheitlicher Art. Infolgedessen bedarf sie der für staatliche Zwangswirkungen vorgegebenen demokratischen Legitimation, also einer Rückanbindung an den Willen des Gemeinschaftsgesetzgebers.<sup>79</sup>

Formal wird diese Rückanbindung durch die förmliche Verweisung und Rezeption bewirkt: Der Auftrag zur Regelbildung, d. h. das an die Normungsgremien erteilte Mandat, initiiert den Normungsprozess, die Veröffentlichung im Amtsblatt bewirkt die inhaltliche Rezeption als Bestandteil gemeinschaftlicher Rechtsetzung. Die materielle Rechtsetzung erfolgt aber nicht durch den Gemeinschaftsgesetzgeber, so dass die Frage der Legitimation zugleich die Frage nach der Zulässigkeit der *Delegation* von Rechtsetzungsbefugnissen aufwirft. Tatsächlich wird vielfach bezweifelt, ob der Gemeinschaftsgesetzgeber überhaupt dazu berechtigt ist, private Regeln derart in die Rechtsetzung einzubeziehen, dass die materielle Letztentscheidung de facto aus der Hand gegeben wird. Hierin wird eine *unzulässige Verlagerung von Rechtsetzungsmacht* auf die europäischen Normungsinstitutionen gesehen.<sup>80</sup> Im gemeinschaftsrechtlichen Kontext hat ein solches Unbehagen gegenüber ungeschriebenen Aufgabenverlagerungen angesichts des ohnehin schon dünneren Legitimationszusammenhangs<sup>81</sup> ungleich größere Berechtigung als im nationalen Recht. So wenig das Gemeinschaftsrecht pauschal zugewiesene originäre Kompetenzen kennt, so ablehnend verhält es sich gegenüber Aufgabendelegationen.<sup>82</sup> Vielmehr erweist sich konkretisierungsbedürftige Rechtsetzung im Gemeinschaftsrecht generell als erklärungsbedürftig.<sup>83</sup> Anerkannt ist lediglich die Übertragung von Entscheidungsbefugnissen im Rahmen der Organisationsgewalt der Gemeinschaft.<sup>84</sup> Mit diesem Gedanken ist in der Vergangenheit die Beauftragung verschiedener Gremien und Einrichtungen gerechtfertigt worden.<sup>85</sup> Diese Aufgabendele-

gationen werden überwiegend für zulässig gehalten,<sup>86</sup> allerdings unter der Voraussetzung, dass die übertragene Befugnis dem übertragenden Organ tatsächlich primärrechtlich zugewiesen ist, dass die Übertragung auf einen ausdrücklichen Rechtsakt des übertragenden Organs zurückgeführt werden kann und dass lediglich eindeutig umgrenzte Ausführungsbefugnisse übertragen werden.<sup>87</sup>

Inwieweit sich auch die Einbeziehung technischer Normen nach der „Neuen Konzeption“ auf diese Grundsätze zurückführen lässt, wird unterschiedlich beurteilt.<sup>88</sup> Vielfach wird bezweifelt, ob mit der Erstellung technischer Normen wirklich nur „Ausführungs-“ oder „Durchführungsbefugnisse“<sup>89</sup> übertragen werden.<sup>90</sup> Jede Form der Ausfüllung unbestimmter Konkretisierung trägt fast zwangsläufig auch Züge der Rechtsgestaltung, ist also nicht nur technische Ausführung und Nachvollzug, sondern zugleich schöpferisch-wertende Entscheidung.<sup>91</sup> Dies gilt im Grundsatz auch für die Rezeption technischer Normen.<sup>92</sup> Daher wäre eine vertragliche Absicherung der derzeitigen Praxis sicherlich wünschenswert.<sup>93</sup>

Allerdings lässt sich die Grenze zwischen zulässiger und unzulässiger Aufgabenverlagerung nicht mit dem Lineal ziehen. Einigkeit mag aber darüber erzielt werden, dass die bei strenger Anwendung der oben skizzierten Meroni-Grundsätze<sup>94</sup> de lege lata wohl bestehende *Legitimationslücke* unweigerlich mit dem volitiven Gehalt technischer Normen wächst. Je mehr der technischen Normung die Verwirklichung des Gemeinwohls überantwortet wird, also Entscheidungen, die im wesentlichen der Dezsision bedürfen, desto weniger handelt es sich um „Ausführungs- und Durchführungsbefugnisse“ und desto zweifelhafter wird die demokratische Legitimation der Einbeziehung privater Techniknormen in die gemeinschaftliche Rechtsetzung. Umgekehrt bestehen umso weniger Zweifel an der Zulässigkeit der Delegation, je geringer der regulative und je größer der koordinative<sup>95</sup> Gehalt der Standards ist.

<sup>79</sup> Zum Erfordernis demokratischer Legitimation auf Gemeinschaftsebene *Lübbe-Wolff* VVDStRL 60 (2000), 246 (249 ff.).

<sup>80</sup> Kritisch insbesondere *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1184 ff.); siehe auch *Breulmann* (Fn. 67), S. 234 ff.; *Lübbe-Wolff* VVDStRL 60 (2000), 246 (268 f.); *Rönck* (Fn. 61), S. 188 ff., 194; *Schulte* (Fn. 67), Rn. 120; a. A. etwa *Schmidt-Preuß*, in: *Kloepfer* (Fn. 67), S. 89 (95 ff., 98 f.); in Ergebnis auch *von Danwitz* (Fn. 77), S. 187 (205 ff.) sowie *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (368).

<sup>81</sup> Plastisch *Lübbe-Wolff* VVDStRL 60 (2000), 246 (255 ff.).

<sup>82</sup> *Röthel*, Normkonkretisierung im Privatrecht, 2004, S. 324; *Bleckmann*, Europarecht, 6. Aufl. 1997, Rn. 523; *Oppermann*, Europarecht, 3. Aufl. 2005, § 8 Rn. 6.

<sup>83</sup> Zur Zulässigkeit konkretisierungsbedürftiger Rechtsetzung eingehend *Röthel* (Fn. 82), S. 316 ff.

<sup>84</sup> Siehe schon *Everling*, in: FS für Ophüls, 1965, S. 33 (33 ff., 40 ff.); *Ipsen*, Europäisches Gemeinschaftsrecht, 1972, S. 441 ff.; aus jüngerer Zeit *Berger*, Vertraglich nicht vorgesehene Einrichtungen des Gemeinschaftsrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit, 1999; *Fischer-Appelt*, Agenturen der Europäischen Gemeinschaft, 1999. – Akte im Rahmen der Organisationskompetenz unterfallen daher nicht dem Geltungsbereich des Prinzips begrenzter Einzelmächtigung; siehe *Kraußner*, Das Prinzip begrenzter Ermächtigung im Gemeinschaftsrecht, 1991, S. 90 f. – Zur Organisationsgewalt der Gemeinschaft insbes. *Hatje*, in: *Schwarze* (Hrsg.), EU-Kommentar, 2000, Art. 7 Rn. 11 ff.; *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 73), Art. 7 EGV Rn. 23 ff.; *Hilf*, Die Organisationsstruktur der Europäischen Gemeinschaften, 1982; *Oppermann* (Fn. 82), § 5 Rn. 165 ff.

<sup>85</sup> Insbesondere die Verwaltungs- und Regelungsausschüsse nach dem Komitologie-Beschluss; hierzu bereits *Schmitt von Sydow*, Die Verwaltungs- und Regelungsausschussverfahren der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft, 1973; zur Reform durch den zweiten Komitologie-Beschluss etwa *Haibach* VerwArch. 1999, 98 ff.; *Mensching* EuZW 2000, 268 ff. jeweils m. w. N.; neuere Darstellung des Komitologie-Verfahrens bei *Buchheim/Gröner/Kühne* BB 2004, 1783 ff. – Weitere Beispiele sind die Errichtung der Europäischen Umweltagentur; dazu *Breier* NuR 1995, 516 ff. sowie das Europäische Markenamt; weitere Beispiele bei *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 73), Art. 7 EGV Rn. 25 f.

<sup>86</sup> Zum Meinungsstand *Calliess*, in: *Calliess/Ruffert* (Fn. 73), Art. 7 EGV Rn. 32 ff.

<sup>87</sup> *EuGH*, Rs. 9/56, Slg. 1958, 11 (40 ff.) – Meroni I; siehe auch Rs. 10/56, Slg. 1958, 53 (75 ff.) – Meroni II.; hierzu *Berger* (Fn. 84), S. 71 ff.; *Lecheler*, in: *Grabitz/Hilf* (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 155 EGV Rn. 12 (Stand: März 2005).

<sup>88</sup> Für eine unzulässige Aufgabenverlagerung im Ergebnis *Breulmann* (Fn. 67), S. 234 ff.; *Rönck* (Fn. 61), S. 188 ff., 194; *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1184 ff.); *Schulte* (Fn. 67), Rn. 120; a. A. *Schmidt-Preuß*, in: *Kloepfer* (Fn. 67), S. 89 (95 ff., 98 f.): zulässige „Konkretisierungsangebote“; im Ergebnis auch *von Danwitz* (Fn. 77), S. 187 (205 ff.) sowie *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (368): „im Prinzip zweckmäßige und rechtlich zulässige Regelungsform“; *Marburger*, in: FS für Feldhaus, 1999, S. 387 (395 f.); ähnlich *Di Fabio*, Produktharmonisierung durch Normung und Selbstüberwachung, 1995, S. 87 ff., 91: harmonisierende Normung entspreche „in besonderem Maße der Wirtschaftsharmonisierung im Staatenverbund“.

<sup>89</sup> Hierzu insbes. *Däubler* DVBl. 1966, 660 (662 ff.).

<sup>90</sup> Bejahend *von Danwitz* (Fn. 77), S. 387 (203 ff.); ablehnend *Schulte* (Fn. 67), Rn. 115 ff.; *Breulmann* (Fn. 67), S. 234; zweifelnd *Jörissen*, Produktbezogener Umweltschutz und technische Normen, 1997, S. 81 ff.

<sup>91</sup> *Röthel* (Fn. 82), S. 20 ff., 326 ff. m. w. N.

<sup>92</sup> *Schulte* (Fn. 67), Rn. 117; *Rönck* (Fn. 61), S. 207; *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1184 f.); *Jörissen* (Fn. 90), S. 81.

<sup>93</sup> So namentlich *Schulte* (Fn. 67), Rn. 120. – Ob eine solche vertragliche Absicherung auch erforderlich ist, wird – wie bereits gezeigt – unterschiedlich beurteilt. Auch dies ist eine typisch deutsche Diskussion, vergleichbar der in Deutschland ebenfalls aufwendig geführten Diskussion um die Einbeziehung technischer Normen auf nationaler Ebene; siehe im europäischen Vergleich *Schepel/Falke*, Legal aspects of standardisation in the Member States of the EC and EFTA. Volume 1. Comparative Report, 2000, S. 187 ff. – Generell für einen Abschied vom „strengen Modell der intakten Legitimationskette“ *Lübbe-Wolff* VVDStRL 60 (2000), 246 (283 f.).

<sup>94</sup> Siehe oben Fn. 87.

<sup>95</sup> Zur Unterscheidung von koordinativen und regulativen Standards *Werle*, in: *Kubizek/Seeger* (Fn. 57), S. 129 ff.

### c) Kontrolle und Kompensation

Die praktischen Bedürfnisse der Regelsetzung im Umwelt- und Technikrecht und auch der greifbare Erfolg der „Neuen Konzeption“ legen die Vermutung nahe, dass die Gemeinschaft in wachsendem Maße von der geschilderten Verweigerungstechnik Gebrauch machen wird, und zwar auch für Normen mit regulativem Gehalt. Schließlich dürfte auch den Kritikern kaum an einer Rückkehr zum Konzept der Totalharmonisierung gelegen sein. Die Diskussion zielt daher nicht auf einen Abschied von der Neuen Konzeption, sondern auf eine engere rechtliche Einhegung der europäischen Normung.<sup>96</sup> In erster Linie wird eine Verengung des Regelungsauftrags angestrebt: Die Normungstätigkeit solle inhaltlich stärker determiniert werden, insbesondere durch einen höheren Detaillierungsgrad der „grundlegenden Anforderungen“<sup>97</sup> sowie der Mandate.<sup>98,99</sup> In dieselbe Richtung zielen Überlegungen, die Ergebnisse der Normungsarbeit einer inhaltlichen Kontrolle zu unterziehen.<sup>100</sup> Großen Gewinn versprechen diese Vorschläge allerdings nicht: Zumeist wird die erzielbare materielle Beherrschung ohnehin nur vordergründig bleiben.<sup>101</sup> Im Übrigen verringert jede materielle Determinierung des Normungsgeschehens den deregulativen Gewinn und damit den Nutzen privater Rechtsetzung.<sup>102</sup> Und zweitens – der wohl gewichtigere Einwand – dürfte es regelmäßig an der für eine solche steuernde Kontrolle nötigen Expertise fehlen.<sup>103</sup>

Überzeugender sind daher Vorschläge, das Normungsverfahren stärker rechtlich zu verfassen. Diskutiert werden Maßnahmen zur Erhöhung der Transparenz der Normung

**96** Zu Kritik und Reformvorschlägen etwa *Di Fabio* (Fn. 88), S. 107 ff.; *Führ*, Reform der Europäischen Normungsverfahren, 1995, S. 53 ff.; *Hanning*, Umweltschutz und überbetriebliche technische Normung, 1976, S. 161 ff.; *Falke*, in: *Winter* (Fn. 64), S. 645 (672 ff.); *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1187 ff.); *Jörisen* (Fn. 90), S. 89 ff.; *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (359 ff.); *Breulmann* (Fn. 67), S. 258 ff.; *Reihlen*, in: *Rengeling* (Hrsg.), Umweltnormung. Fünfte Osnabrücker Gespräche, 1998, S. 1 (12 ff.); *Rönck* (Fn. 61), S. 207 ff., 214 ff.; *Schulte* (Fn. 67), Rn. 122 ff.

**97** Hierfür *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1186); auch *Marburger* (Fn. 88), S. 387 (395); einschränkend *Jörisen* (Fn. 90), S. 95 ff. – Bei näherer Betrachtung zeigt sich allerdings, dass die „grundlegenden Anforderungen“ – entsprechend dem ambitionierten Ziel der Modellrichtlinie (Anhang II. sub. B. III. 1.) – bereits eine beachtliche Regeldichte aufweisen. Die RiL 89/392/EWG v. 14. 6. 1989 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten für Maschinen, ABl. EG Nr. L 183/9 formulierte die „Grundlegenden Anforderungen“ bereits auf 12 Seiten; in der Fassung aus dem Jahr 1998 (RiL 98/37/EG v. 22. 6. 1998, ABl. EG Nr. L 207/9–34) waren es bereits 25 Seiten, und in der jüngsten Fassung aus dem Jahr 2006 (RiL 2006/42/EG, ABl. EG Nr. L 157/35–64) sind es 30 Seiten. Gegen eine zu starke Regeldichte der grundlegenden Anforderungen *Falke*, in: *Winter* (Fn. 64), S. 645 (649 f.); *Winckler*, in: *Müller-Graff* (Fn. 59), S. 79 (89).

**98** Siehe *Joerges/Falke/Micklitz/Brüggemeier*, Die Sicherheit von Konsumgütern und die Entwicklung der europäischen Gemeinschaft, 1987, S. 383; einschränkend *Jörisen* (Fn. 90), S. 97 f.; *Breulmann* (Fn. 67), S. 200 ff. – Siehe auch das Arbeitspapier der Europäischen Kommission v. 12. 11. 2003 „Rolle, Erstellung und Überwachung von Normungsaufträgen im Rahmen des neuen Konzepts“, aus dem sich das Bemühen um möglichst präzise Normungsaufträge ablesen lässt.

**99** In diesem Sinne etwa *Sobczak* (Fn. 67), S. 194 f.: „inhaltliche Steuerung“ durch ausreichend enge Formulierung der „grundlegenden Anforderungen“; weitergehend *Marburger* (Fn. 88), S. 387 (403).

**100** Für begleitende Prüfungs- und Kontrollpflichten insbesondere *Falke/Joerges*, Rechtliche Möglichkeiten und Probleme bei der Verfolgung und Sicherung nationaler und EG-weiter Umweltschutzziele im Rahmen der europäischen Normung. Rechtsgutachten im Auftrag des TAB, 1995, S. 85 und 156; *Führ* (Fn. 96), S. 103 ff.; *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (366 f.); *Roßnagel*, DVBl. 1996, 1181 (1186, 1188); weitergehend *Breulmann* (Fn. 67), S. 262 ff. mit dem Vorschlag, technische Normen müssten formell rezipiert werden; hiergegen auf nationaler Ebene etwa *Hanning* (Fn. 96), S. 166 ff.

**101** Siehe etwa *Brugger* VerwArch 78 (1987), 39 (42 f.); zu den kognitiven Grenzen der Standardsetzung im Bereich der Informationstechnologien etwa *Ladewig* CR 1999, 395 ff.

**102** *Di Fabio* (Fn. 88), S. 109 f.

**103** So auch *Augsberg* (Fn. 3), S. 101.

durch Öffentlichkeitsbeteiligung und Publikationsgebote<sup>104</sup> sowie zur Sicherung einer ausgewogenen Interessenrepräsentation<sup>105</sup>. Erste Ansätze finden sich inzwischen in den jüngsten Leitlinien der Zusammenarbeit mit den Normungsgremien.<sup>106</sup> Gemeinsam ist diesen Vorschlägen, dass sie eine *Kompensation* der offenbar gewordenen Brüche in der Delegations- und damit Legitimationsbrücke anstreben. Dabei wird vorausgesetzt, dass eine solche Kompensation überhaupt möglich ist. Für das nationale Recht hat der vom *BVerfG* geprägte Topos des *Legitimationsniveaus*<sup>107</sup> Überlegungen zu einer Art beweglichem System der Legitimationsfaktoren inspiriert, das auch mit anderen Elementen, etwa Effektivität und Partizipation, gespeist werden könne.<sup>108</sup> Im Gemeinschaftsrecht sind hier aber engere Grenzen gezogen: Der Grundsatz der begrenzten Einzelermächtigung als Ausdruck der mangelnden Kompetenz-Kompetenz der Gemeinschaft verlangt deutlicher umzirkelte Legitimationsbrücken. Dies zieht der Verlagerung von Rechtsetzungsbefugnissen auf Private engere Grenzen. Es ist daher sehr sorgfältig zu überlegen, ob und auf welche Politikbereiche sich das Rechtsetzungsmodell der „Neuen Konzeption“ übertragen lässt.<sup>109</sup>

## IV. Legitimationskonzepte und Freiheitssicherung jenseits des Nationalstaates

Die Regeln des Handels, des Sports sowie der Technik haben uns private Rechtsetzung in unterschiedlichen Wirkungszusammenhängen referiert. Gemeinsam ist ihnen ihr Bedeutungszuwachs auf internationaler Ebene. Während allerdings die *lex mercatoria* und die *lex sportiva* eigeninitiativ erstellte Regeln darstellen, hat sich die *lex technica* als initiierte supranationale Rechtsetzung erwiesen. Handel, Sport und Technik sind damit typische Beispiele für den Formenreichtum privater Rechtsetzung und ihre Eigengesetzlichkeiten in Intention und Wirkung. Gemeinsam ist ihnen eine mehr oder minder spürbare *Zwangswirkung auf Außenseiter*, die sie zum Gegenstand rechtlicher Betrachtung und schließlich

**104** Siehe *Di Fabio* (Fn. 88), S. 104, 120 ff.; *Jörisen* (Fn. 90), S. 107 ff.; *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1188 f.); für eine Publikationspflicht *Rönck* (Fn. 61), S. 269 ff.

**105** Siehe zur Kritik am derzeitigen Modell der nationalen Repräsentation etwa *Jörisen* (Fn. 90), S. 100 ff.; *Rönck* (Fn. 61), S. 214 ff.; *Roßnagel* DVBl. 1996, 1181 (1188); *Falke/Joerges* (Fn. 100), S. 161; *Führ* (Fn. 96), S. 26 ff.; *Anselmann*, in: *Müller-Graff* (Fn. 59), S. 101 (112); *Müller-Foell* (Fn. 58), S. 81 ff.; *Marburger/Enders* (Fn. 63), S. 333 (364 ff.); *Marburger* (Fn. 88), S. 387 (396); *Voelzkow* (Fn. 56), S. 294 ff. – Für die Beibehaltung des Prinzips nationaler Repräsentation aber etwa *Di Fabio* (Fn. 88), S. 116 ff.; *Schmidt-Preuß*, in: *Kloepfer* (Fn. 67), S. 89 (98 f.).

**106** Allgemeine Leitlinien für die Zusammenarbeit (oben Fn. 71), ABl. EG Nr. 2003/C 91/04, S. 7 ff.

**107** *BVerfGE* 83, 60, 72; 93, 37, 66 f.; aus jüngerer Zeit *BVerfGE* 107, 59, 87 f. = JZ 2003, 1057 m. Anm. *Unruh*.

**108** Insbesondere *Böckenförde*, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), HdbStR Bd. II, 3. Aufl. (2004), § 24 Rn. 23; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991), 329 (366 ff.).

**109** Siehe Entschließung des Rates v. 28. 10. 1999 zur Funktion der Normung in Europa, ABl. EG 2000 Nr. C 141/1; dazu Bericht der Kommission v. 26. 9. 2001 an den Rat und an das Europäische Parlament über die Maßnahmen auf Grundlage der Entschließungen über die Europäische Normung, KOM (2001) 527 endg.; Mitteilung der Kommission v. 25. 2. 2004 „Berücksichtigung von Umweltaspekten bei der europäischen Normung“, KOM (2004) 130 endg. und Mitteilung der Kommission v. 18. 10. 2004 über die Rolle der europäischen Normung im Rahmen der europäischen Politik und Rechtsvorschriften, KOM (2004) 674 endg. Hierfür auch etwa *Marburger* (Fn. 88), S. 387 (398 ff.) sowie *Sobczak* (Fn. 67), S. 194 ff.; skeptischer *Röthel* UTR 86 (2005), 31 (62 ff.).

zur Herausforderung des Rechts machen. Diese Heteronormität wird mit der Bezeichnung als „lex“ anschaulich eingefangen,<sup>110</sup> nunmehr auch in Gestalt der *lex electronica* oder *lex digitalis*<sup>111</sup> für das Internet. Diese Begriffsbildung veranschaulicht zugleich die Verbindungslinien zu der gemeinsamen, übergreifenden Frage privater Regelbildung: das Verhältnis zu Rechtsbegriff und Staatsaufgabe sowie die Frage nach der Legitimation dieser genuin nichtstaatlichen Regeln.

### 1. Legitimationskonzepte im nationalstaatlichen Bezugsrahmen

Die herkömmliche, nationalstaatlich geprägte Perspektive der Legitimation verweist staatliche Regeln auf das verfassungsrechtlich mit Art. 20 Abs. 2 GG vorgegebene Konzept *demokratischer* Legitimation, verlangt also eine Rückanbindung an das Volk als Legitimationssubjekt<sup>112</sup> und prägt zugleich die Aufgabenverteilung zwischen Staat und Privaten.<sup>113</sup> Zur Legitimation privater Regelbildung schweigt das Grundgesetz an dieser Stelle. Daher wird eine demokratische Legitimation privater Rechtsetzung im Grundsatz für entbehrlich gehalten.<sup>114</sup> Zugleich wird allerdings auf staatliche, ihrerseits legitimationsbedürftige<sup>115</sup> Eröffnungs- und Steuerungsentscheidungen verwiesen,<sup>116</sup> also Delegations-<sup>117</sup> und Inklusionsmechanismen<sup>118</sup> sowie die Anerkennung grundrechtlicher Regelungsbefugnis<sup>119</sup>.

### 2. Freiheitssicherung im internationalen Bezugsrahmen

Die entscheidende Frage ist, ob diese aus dem Bezugsrahmen des deutschen Rechts entwickelten Modellvorstellungen ohne Abstriche auch für die internationale Ebene maßgeblich sind. Der augenfälligste Unterschied besteht darin, dass hier eine umfassende Staatsordnung nicht besteht: Private Regel-

bildung flieht geradezu die nationalstaatlichen Ordnungen und erfolgt „jenseits“ nationaler Staatsordnung oder im supranationalen Gefüge. Dies rührt zunächst an die Abgrenzung von staatlichem und privatem Regelungsanspruch, d. h. an die „Außengrenzen“ staatlichen Rechts gegenüber individueller und gesellschaftlicher Selbstgestaltung.<sup>120</sup> Im nationalen Bezugsrahmen grenzt der Geltungs- und Regelungsvorrang staatlichen Rechts die Freiräume privater Regelung sichtbar ein. Wo solche Staatlichkeit nicht oder noch nicht konstituiert ist,<sup>121</sup> mag man also *prima facie* größere Areale vermuten, die privater Regelung zugänglich und – mangels konkurrierender staatlicher Regelungsgewalt – auch bedürftig sind.

Bloße Staatsferne kann die Attraktivität privater Rechtsetzung im internationalen Bereich zwar erklären, beantwortet aber nicht die Frage nach ihrer Legitimation. Dabei ließe sich zunächst der Standpunkt vertreten, im internationalen Bezugsrahmen sei Legitimation ohnehin nicht denkbar, da mangels verfasster Staatsgewalt auch keine Quelle für rechtliche Legitimation existiere. Sicherlich macht die Unterscheidung zwischen hoheitlicher und privater Rechtsetzung keinen Sinn, wenn eine staatlich verfasste Gewalt nicht besteht. Allerdings handelt es sich auch bei dem in diesem Zusammenhang gerne referierten Beispiel des Internet<sup>122</sup> nicht um einen staatsfernen Raum. Das Internet findet genauso wenig wie ein transatlantischer *merger* oder die olympischen Spiele in einem staatlichen Vakuum statt. Das Problem ist nicht mangelnder Staatsbezug, sondern eher umgekehrt, dass Berührungspunkte zu verschiedenen Staatsordnungen bestehen. Im zivilrechtlichen Kontext ist es die hergebrachte Aufgabe des Kollisionsrechts, das staatliche Recht zu bezeichnen, das auf einen internationalen Sachverhalt anwendbar sein soll. Das Kollisionsrecht mag seine sachlichen Schwächen und Grenzen haben.<sup>123</sup> Dies allein rechtfertigt aber nicht die Emanzipation vom staatlichen Recht. Vergleichbares gilt, wenn – wie im Fall des Internet – kaum spezifisches staatliches Recht ausgeprägt ist. Auch dies bewirkt keine Emanzipation vom grundsätzlichen Geltungsanspruch der nationalen Bezugssysteme, wie sie mit Selbstbeschreibungen wie *anationales*, *transnationales* oder *disnationales* Recht<sup>124</sup> suggeriert werden. Internationalität der Wirkungen allein erzeugt keinen legitimationsmäßigen Selbststand. Schließlich ruft private Rechtsetzung – unabhängig davon, ob sie sich auf den Bezugsrahmen eines Nationalstaates bezieht oder auf internationale Anwendung bedacht ist – wegen ihrer Fremdwirkung auf Dritte typische staatliche Zugriffsoptionen auf: Freiheitssicherung und Freiheitsgewährleistung zugunsten Betroffener und Außenseiter.<sup>125</sup> Die entscheidenden Konturen für den Entfaltungsrahmen privater Rechtsetzung vermittelt also die Perspektive der hoheitlichen Schutzpflicht kraft Drittwirkung,<sup>126</sup> wie sie inzwi-

**110** Genauso bereits *Großmann-Doerth*, in: *Blaurock/Goldschmidt/Hollerbach* (Hrsg.), *Das selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft*, 2005, S. 77 (79): Allgemeine Geschäftsbedingungen als Recht aufgrund der „Macht“ ihrer Ersteller.

**111** *Teubner* ZaöRV 63 (2003), 1 (19) m. w. N.; zu Gemeinsamkeiten und Unterschieden zwischen *lex digitalis* und *lex mercatoria* *G. Callies* ZfRSoz 23 (202), 185 ff.

**112** *BVerfGE* 83, 60, 72; 93, 37, 66 f.; 107, 59, 87 f. = JZ 2003, 1057; eingehend *Jestaedt*, *Demokratieprinzip und Kondominalverwaltung*, 1993, S. 225 ff., 265 ff.; *Becker* (Fn. 2), S. 354 ff.; *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991), 329 (337 ff.); für ein funktionelles Verständnis *Bachmann* (Fn. 19), S. 186 ff.

**113** Eindrücklich *Di Fabio* VVDStRL 56 (1997), 235 (263 ff.); *ders.* NZS 1998, 449 (452 f.); zur Dichotomie von Staat und Gesellschaft *Jestaedt* (Fn. 112), S. 180 ff.

**114** *F. Kirchhof*, *Private Rechtsetzung*, 1987, S. 112 f.; *Becker* (Fn. 2), S. 358, 397 ff.; *Jestaedt* (Fn. 112), S. 225 ff. *Bachmann* (Fn. 19), S. 193 ff. rekurriert in funktionaler Betrachtung auf die Elemente „Zustimmung“ und „Gemeinwohl“, deren Koordinierung durch das gesetzte Privatrecht erfolgt. Damit speist sich private Rechtsetzung auch nach diesem Konzept aus demokratischer Legitimation.

**115** *F. Kirchhof* (Fn. 114), S. 506 f.; ihm folgend etwa *Vieweg* (Fn. 33), S. 145 f.

**116** Siehe etwa *Ossenbühl*, in: *Isensee/P. Kirchhof* (Hrsg.), *HdbStR* Bd. III, 2. Aufl. 1996, § 61 Rn. 46 f. Als Erklärungsmodelle werden herkömmlich Anerkennung und Befugnisübertragung diskutiert; siehe *F. Kirchhof* (Fn. 114), S. 138 ff., 158 ff.

**117** Siehe *Becker* (Fn. 2), S. 375 ff.; nachwirkende Gewährleistungs- und Kontrollverantwortung des Staates bejaht etwa *Di Fabio* NZS 1998, 449 (452 f.).

**118** Siehe *Köndgen* AcP 206 (2006), 477 (518 ff.) unter Hinweis auf *Schanze*, *International Standards: Functions and Links to Law*, in: *P. Nobel* (ed.), *International Standards and the Law*, 2005, S. 83, 90 ff.

**119** Zur Regelungsbefugnis der Tarifparteien *BVerfGE* 44, 322, 346; zur Regelungsbefugnis der Verbände *Vieweg* (Fn. 33), S. 143 ff.; allgemein *Becker* (Fn. 2), S. 397 ff.

**120** Diese Frage geht der Frage nach der Legitimation vor; so deutlich *Schmidt-Aßmann* AöR 116 (1991), 329 (339).

**121** Auch die Europäische Union hat mangels Kompetenz-Kompetenz noch keinen „geltungstechnischen Selbststand“; näher *Ch. Möllers*, in: *von Bogdandy* (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 1 (26 ff.) m. w. N.

**122** Siehe etwa *Teubner* ZaöRV 63 (2003), 1 ff.

**123** So der typische Einwand der Anhänger der *lex mercatoria*, etwa von *Schlesinger/Gündisch* *RabelsZ* 28 (1964), 4 ff.; hierzu *Stein* (Fn. 4), S. 19 ff.

**124** Vgl. für die *lex sportiva* *Summerer*, in: *FS für Hanisch*, 1994, S. 267 (271) unter Hinweis auf *Simma*, in: *NOK für Deutschland*, *Olympische Leistung*, 1981, S. 338; wie hier *Adolphsen* (Fn. 32), S. 51 ff. Zum Gedanken des transnationalen Rechts für die *lex mercatoria* bereits oben bei Fn. 12.

**125** Statt aller *Di Fabio* VVDStRL 56 (1997), 235 (252 ff., 257 ff.).

**126** Siehe bereits *F. Kirchhof* (Fn. 114), S. 522 ff.



schen für Grundrechte<sup>127</sup> und Grundfreiheiten<sup>128</sup> etabliert ist.<sup>129</sup> Als wichtige Ausprägungen dieses Schutzauftrages haben sich das Kartellrecht sowie die richterliche Inhaltskontrolle erwiesen.<sup>130</sup>

## V. Ausblick

Die schlagwortartig als *Globalisierung* gekennzeichnete Zunahme internationaler Verflechtungen bietet einen geradezu idealen Nährboden für private Regeln mit ihren typischen Vorteilen der Eigenregelung: Sachverstand, Flexibilität, Akzeptanz<sup>131</sup>. Es werden sich daher immer wieder aufs Neue Sachbereiche identifizieren lassen, die zuerst von privaten Regelgebern erschlossen werden. Die rechtliche Erfassung internationaler privater Regeln bleibt also eine dauerhafte Aufgabe.

Internationalität und Globalisierung erzeugen gleichwohl kein entstaatlichtes, staatenloses Recht.<sup>132</sup> Auch im internationalen Bezugsrahmen verweist private Rechtsetzung auf staatliche Gewährleistungen. Dies gilt nicht nur – wie bereits skizziert – mit Blick auf die Freiheitssicherung Dritt-

<sup>127</sup> Statt aller *Ruffert*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts, 2001, S. 141 ff.; *Jarass*, in: FS BVerfG Bd. II, 2001, S. 35 ff.

<sup>128</sup> Siehe nur monographisch *Ganten*, Die Drittwirkung der Grundfreiheiten, 2000; *Schindler*, Die Kollision von Grundfreiheiten und Gemeinschaftsgrundrechten, 2001; *Jaeckel*, Schutzpflichten im deutschen und europäischen Recht, 2001; *Preedy*, Die Bindung Privater an die europäischen Grundfreiheiten, 2005; zur Drittwirkung auf Verbandsnormen *Röthel* EuR 2001, 908 ff.; *Vieweg/Röthel* ZHR 2002 (166), 6 ff.

<sup>129</sup> Weitergehend für die Drittwirkung der Menschenrechte *Clapham*, Human Rights in the Private Sphere, 1993; *Paust*, Human Rights Responsibilities of Private Corporations, 35 Vanderbilt Journal of Transnational Law (2002), 801 ff.

<sup>130</sup> Siehe bereits oben II.

<sup>131</sup> Siehe im Einzelnen *Augsberg* (Fn. 3), S. 51 ff.

<sup>132</sup> Zum Folgenden *Ch. Möllers* ARSP Beiheft 79, 2001, 42 (51 ff.).

betroffener, sondern auch mit Blick auf die Akteure privater Rechtsetzung: Es sind schließlich die staatlichen Rechtsordnungen, die die mit der Regelgebung vorausgesetzten Wahrnehmungsbefugnisse – Eigentum, Rechtsgeschäft und Gruppenbildung – konstituieren und ihrerseits schützen. Auch die Propheten globaler Zivilverfassungen kommen daher nicht ohne die Forderung nach regimespezifischen Grundrechtsstandards aus.<sup>133</sup> Gleichwohl hat die Ausprägung internationaler privater Ordnungen nach Art der *lex mercatoria* oder der *lex sportiva* die nationalen Staatsordnungen sichtbar verändert. Einerseits erbringen Private sinnfällige Ordnungsleistungen und erfüllen damit typische Staatsaufgaben, die sich der Staat – wie im Fall der *lex technica* – durch Rezeptionsmechanismen vielfältig zunutze macht. Andererseits wird immer deutlicher, dass gerade Bedrohungen wirtschaftlicher Handlungsfreiheit nicht nur vom Staat, sondern zunehmend von Privaten ausgehen. Dies mag als Relativierung des Verhältnisses von Staat und privat gedeutet werden.<sup>134</sup> Wer hierin eine Delegitimation des Nationalstaates<sup>135</sup> erblickt, dürfte den Befund aber eher überzeichnen: Die staatlichen Zugriffsoptionen bleiben auch gegenüber internationaler privater Rechtsetzung wirksam. Verfasste Staatsordnung und private internationale Ordnungen bilden vielmehr – in Anlehnung an eine für das Verhältnis von öffentlichem Recht und Privatrecht entwickelte Chiffre – wechselseitige *Auffangordnungen*<sup>136</sup>.

<sup>133</sup> Anschaulich bei *Teubner* ZaöRV 63 (2003), 1 (21 ff.).

<sup>134</sup> Siehe nur *Ch. Möllers* ARSP Beiheft 79, 2001, 42 (58 ff.).

<sup>135</sup> Vgl. *Meder* JZ 2006, 477 ff. m. w. N.

<sup>136</sup> Begriff nach *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann* (Hrsg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; in diesem Zusammenhang *Schuppert/Bumke*, in: *Kleindiek/Oehler* (Hrsg.), Die Zukunft des deutschen Bilanzrechts im Zeichen internationaler Rechnungslegung und privater Standardsetzung, 2000, S. 71 (82 ff.).

Dr. Mark A. Zöller, Mannheim\*

## Der Rechtsrahmen der Nachrichtendienste bei der „Bekämpfung“ des internationalen Terrorismus

Durch die jüngsten Änderungen der rechtlichen Grundlagen für die Arbeit von Verfassungsschutz, BND und MAD werden die Grenzen zu den Polizeibehörden mit der Schaffung eines weit reichenden Informationsverbunds aufgeweicht. Diese Entwicklung, die einen Paradigmenwechsel im sog. Recht der Inneren Sicherheit darstellt, soll im Rahmen des vorliegenden Beitrags kritisch nachgezeichnet werden.<sup>1</sup>

### A. Terrorismus als Rechtsbegriff

Die rechtliche Annäherung an das Phänomen des internationalen Terrorismus sieht sich mit dem Problem konfrontiert, bestimmen zu müssen, was unter dem Begriff „Terrorismus“ zu verstehen ist. Eine allgemein und verbindlich anerkannte Definition existiert bekanntlich nicht.

#### I. Probleme der Begriffsbestimmung

Die Bemühungen um eine nähere Präzisierung des Begriffs „Terrorismus“ gestalten sich zum einen deshalb schwierig, weil ideologisch motivierte Gewalttaten nicht erst seit den Zeiten von *Al-Qaida* ein weit verbreitetes Kampfmittel darstellen. Die Ursprünge des Terrorismus lassen sich vielmehr bis ins erste Jahrhundert nach Christus zurückverfolgen, als jüdische Sekten wie die *Zeloten* und *Sikarier* sich mit Attentaten gegen die Vorherrschaft der Römer in Palästina wand-

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Assistent und Leiter des Forschungsprojekts „Möglichkeiten und Grenzen der Terrorismusbekämpfung durch das Strafrecht“ an der Universität Mannheim. Dank gilt der Landesstiftung Baden-Württemberg für die finanzielle Unterstützung der Forschungsarbeit.

<sup>1</sup> Mit Fußnoten versehene Fassung des am 27. 4. 2007 auf der Tagung „Das nationale und das Völkerrecht vor den Herausforderungen durch den Terrorismus“ an der Deutschen Richterakademie in Trier gehaltenen Vortrags.

