

Transnationale Behördenkooperation

Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administrativer Standardsetzung

*Christoph Möllers**

I. Einleitung: Regierung und Verwaltung in auswärtigen Angelegenheiten	352
II. Darstellung	354
1. Deutsche Bundesbank im Baseler Bankenausschuss	355
a) Rechtsstellung nach deutschem Recht	355
b) Basler Ausschuss für Bankenaufsicht	357
c) Rückwirkungen auf das deutsche und europäische Recht	358
2. Bundesamt für Finanzdienstleistungsaufsicht in IOSCO	358
a) Rechtsstellung im deutschen Recht	358
b) Auswärtige Einbindung	359
c) Rückwirkungen auf das deutsche und europäische Recht	360
3. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post innerhalb der IRG	362
a) Rechtsstellung im deutschen Recht	362
b) Auswärtige Einbindung in der IRG	362
c) Rückwirkungen auf das deutsche und europäische Recht	363
4. Europarechtliche Überwölbung der internationalen Kooperation	364
5. Eine Zwischenbilanz	366
III. Rechtliche Analyse	367
1. Völkerrecht	367
a) Völkerrechtliche Bindung und mittelbare Rechtswirkungen	368
b) Behördennetzwerke als internationale Organisationen?	370
2. Verfassungsrecht	371
a) Außenvertretungsbefugnis der Behörden	372
b) Zulässigkeit und Form einer Delegation: zum Gesetzesvorbehalt	373
c) Anwendung auf die Beispiele	376
d) Ein vergleichender Blick auf die Rechtslage in den USA und der EU	376
IV. Legitimationsfragen und Lösungspotentiale	378
1. Legitimationsprobleme der Behördenkooperation	378
2. Netzwerk als Beschreibungskategorie	380
3. Deliberative Demokratietheorie	382
4. Ein institutioneller Lösungsvorschlag: Völkerverwaltungsrecht	384
V. Schluss	386
Summary	387

* Professor für öffentliches Recht, Universität Münster. Erweiterte Fassung des Habilitationsvortrags vor der Juristischen Fakultät der Universität Heidelberg im Sommersemester 2004. Für Hilfe und Rat danke ich Bettina Schöndorf-Haubold und Hans Christian Röhl.

I. Einleitung: Regierung und Verwaltung in auswärtigen Angelegenheiten

Die hierarchische Organisation der vollziehenden Gewalt, die Überordnung der Regierung über die Verwaltung, ist eine häufig angefochtene¹, aber schwerlich überwindbare Konstante der Verfassungsstruktur westlicher Demokratien. Dies scheint sich auf den ersten Blick besonders klar an der Wahrnehmung auswärtiger Beziehungen zu zeigen: Bereits die ersten Verfassungen der französischen Republik hoben mit dem eigens dafür entwickelten Begriff der "gubernativen Gewalt" die besondere Rolle der Regierung im Unterschied zur nachgeordneten Verwaltung hervor, um die auswärtigen Beziehungen Frankreichs verfassungsrechtlich zu erfassen². Bis in die Gegenwart reservieren sich die Regierungen demokratischer Verfassungsstaaten die Ausübung auswärtiger Kompetenzen nicht nur im Verhältnis zu den Parlamenten, sondern auch in Beziehung zu den ihnen hierarchisch untergeordneten Verwaltungsbehörden³. Das Völkerrecht übernimmt zudem in den Vollmachtsregelungen des Art. 7 der Wiener Vertragsrechtskonvention diese Struktur⁴, wenn es lediglich Staatsoberhaupt, Regierungschef und Außenminister eines souveränen Staats als generalbevollmächtigte Vertreter kraft Amtes anerkennt. Das Grundgesetz bestimmt entsprechendes, indem es in Art. 59 Abs. 1 die völkerrechtliche Vertretungsbefugnis des Bundes dem Bundespräsidenten zuweist⁵.

Auch praktisch scheint das Erfordernis der Einheitlichkeit des staatlichen Auftretens nach außen eine Monopolisierung der Kompetenzen bei der Regierung nahe zu legen: Einheitlichkeit gebietet Hierarchie. James Madison's Feststellung in *Federalist No. 42* enthält insoweit eine verallgemeinerungsfähige Einsicht: "If we are to be one nation in many respects, it clearly ought to be in respect to other nations."⁶ Schließlich weist das Erfordernis demokratischer Legitimation staatlichen Handelns in dieselbe Richtung. Denn gerade, wenn der parlamentarische Einfluss in den auswärtigen Beziehungen relativiert wird, erscheint es umso notwendiger, auswärtiges Handeln, das ja potentiell die Gesamtheit eines Staats verpflichten kann, bei der politisch verantwortlichen Gubernative zu zentralisieren⁷.

¹ Zur Bedeutung hierarchischer Organisationsformen: N. Luhmann, *Organisation und Entscheidung*, 2000, 20; F. W. Schärpf, *Games Real Actors Play*, 1997, 171 ff.; D. Baecker, *Organisation als System*, 1999, 221 ff.; H. A. Simon, *Administrative Behaviour*, 4. Aufl. 1997, 7 ff.

² M. Troper, *Les relations extérieures dans la constitution de l'an III*, in: *La Théorie du Droit, Le Droit, L'État*, 2001, 129 (137 ff.).

³ Zur Unterscheidung zwischen Regierung und Verwaltung kritisch für das Grundgesetz: W. Frotscher, *Regierung als Rechtsbegriff*, 1975. Aus der amerikanischen Literatur: F. Goodnow, *Politics and Administration: A Study in Government*, 1900.

⁴ Dazu nur J. Delbrück/R. Wolfrum, *Völkerrecht*, Bd. I/3, 2. Aufl. 2002, 532 ff.

⁵ Zu Relativierungen unten, III., 2.

⁶ J. Madison/A. Hamilton/J. Jay, *The Federalist Papers*, (ed. Scigliano), 2001, 266.

⁷ Dazu nur C. Möllers, *Gewaltengliederung*, 2005, § 8, II., 2., i.E.

Diese zunächst nur kursorischen Eindrücke aus Dogmengeschichte, Rechtsvergleichung, Völkerrecht und Verfassungstheorie vermitteln für den Bereich der Zweiten Gewalt ein eindeutiges Resultat: Die Wahrnehmung auswärtiger Beziehungen obliegt der Regierung, nicht nachgeordneten Verwaltungsbehörden. Diese Eindeutigkeit sieht sich jedoch durch die Praxis mehr und mehr in Frage gestellt. Der Regierung nachgeordnete Verwaltungseinheiten treten immer öfter als auswärtige Akteure in eigener Sache auf. Sie unterhalten informale Beziehungen zu ausländischen Korrespondenzbehörden. Sie tauschen Informationen aus. Sie verstetigen diese Zusammenarbeit und geben ihr Gestalt in Form gemeinsamer Organisationen. Schließlich beginnen sie mit der Ausarbeitung und Absprache von gemeinsamen Vollzugsstandards.

In der recht überschaubaren juristischen Literatur⁸, die sich mit diesem Phänomen grundsätzlich auseinandersetzt⁹, wird dies zumeist positiv bewertet: sei es als eine funktionsadäquate Reaktion auf eine zunehmende Internationalisierung von Regulierungsstrukturen¹⁰, sei es als Avantgarde neuer netzwerkartiger Verwaltungsarchitekturen¹¹, als Ausdruck begrüßenswerter zwischenstaatlicher Kooperation¹², sei es gar als Ankündigung einer neuen Weltordnung, in der Behörden demokratischer Staaten die Regulierungsprobleme der Welt kooperativ lösen¹³.

Bevor diese Bewertungen abschließend einer kritischen Würdigung unterzogen werden können (V.), bedarf das Phänomen der auswärtigen Verselbständigung von Behörden augenscheinlich einer genaueren juristischen Analyse anhand von Beispielen (II.). Dabei wird innerhalb der Vielfalt der Phänomene ein besonderes Au-

⁸ Die Politikwissenschaften gingen voran, vor allem R. O. Keohane/J. S. Nye, *Transgovernmental Relations and International Organizations*, *World Politics*, 27 (1974), 39 (44 ff.). Für Deutschland die Untersuchung von L. Andreae/K. Kaiser, *Die "Außenpolitik" der Fachministerien*, in: K. Kaiser/W.-D. Eberwein (Hrsg.), *Deutschlands neue Außenpolitik*, 1998, 29.

⁹ Grundsätzlich A.-M. Slaughter, *The New World Order*, 2004, 36 ff., 131 ff.; K. Raustiala, *The Architecture of International Cooperation: Transgovernmental Networks and the Future of International Law*, *Virginia J. o. International Law*, 43 (2002), 1 (17 ff.); E. D. Kinney, *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, *Administrative Law Journal* 54 (2002), 415 (425 ff.); S. Picciotto, *Networks in International Economic Integration: Fragmented States and the Dilemmas of Neo-Liberalism*, *Northwestern Journal of International Law & Business* 17 (1996/97), 1014. Vgl. auch M. Ruffert, *Die Globalisierung als Herausforderung an das öffentliche Recht*, 2004, 33 ff.; T. Vesting, *Die Staatsrechtslehre und die der Veränderung ihres Gegenstands: Konsequenzen*, *VVDStRL* 63 (2004), 41 (56 ff.); C. Walter, *(Inter)national Governance in verfassungsrechtlicher Perspektive: Überlegungen zu Möglichkeiten und Grenzen der Entwicklung eines "Internationalen Verfassungsrechts"*, in: A. Héritier/M. Stolleis/F. W. Scharpf (eds.), *European and International Regulation after the Nation States*, 2004, 31 (46 ff.); D. Zaring, *International Law by Other Means: The Twilight Existence of International Financial Regulatory Organizations*, *Texas International Law J.* 33 (1998), 281 (304 ff.). Aus der seltenen deutschen Literatur zu einem entsprechend definierten Sachproblem: J. Isensee, *Außenvertretung der deutschen Rechnungshöfe in der Europäischen Union*, 2001.

¹⁰ Slaughter (Anm. 9), 51 ff.

¹¹ Vesting (Anm. 9), 56 ff. Zum Netzwerkbegriff unten, IV., 2.

¹² C. Tietje, *Global Governance and Inter-Agency Co-operation in International Economic Law*, *J. o. World Trade* 36 (2002), 501 (509).

¹³ Slaughter (Anm. 9), 15 ff., 262 ff.

genmerk auf die kooperative Erzeugung von rechtlichen Standards zu legen sein. Der Darstellung des Problems kann dann eine juristische Prüfung anhand verfassungsrechtlicher und völkerrechtlicher Kriterien folgen (III.). Freilich kann die Prüfung am positiven Recht, auch wenn sie keine Verstöße feststellt, nicht alle Probleme der transnationalen Behördenkooperation befriedigend lösen, hierzu sind vielmehr zusätzliche deskriptive und normative Überlegungen anzustellen (IV.).

II. Darstellung

Was ist rechtlich spezifisch an der Entwicklung auswärtiger Kontakte durch nachgeordnete Behörden? Dass völkerrechtliche Verträge die durch sie begründeten Verpflichtungen nicht an die beteiligte Rechtspersönlichkeit richten müssen, vor allem also an souveräne Staaten, sondern auch unmittelbar an innerstaatliche Behörden adressieren können, ist als solches nicht neu. Derartige Regelungstechniken sind dem internationalen Recht lange bekannt. Beispiele dafür finden sich in den unterschiedlichsten Bereichen, von denen nur zwei zu nennen sind: Bei einer internationalen Organisation wie der World Meteorological Organization setzt sich der Executive Council kraft Völkerrechts aus den Direktoren der Meteorologischen Ämter der Mitgliedstaaten zusammen¹⁴. Für die Einrichtung von Raumordnungskommissionen in zwischenstaatlichen Nachbarschaftsverträgen adressieren die einschlägigen Vertragsklauseln unmittelbar die innerstaatlich zuständigen Verwaltungsbehörden¹⁵. In beiden Fällen – wie in vielen anderen – richten sich die in einem völkerrechtlichen Vertrag vorgesehenen Rechte und Pflichten unmittelbar an eine bestimmte innerstaatliche Behörde und durchdringen damit die souveräne staatliche Rechtspersönlichkeit mit und durch deren Zustimmung. Eine solche Regelungsstruktur fügt sich ohne weiteres in die eingangs vorgestellte prinzipiell gubernative Verankerung des internationalen Rechts ein, denn in all diesen Fällen liegt der Ausgangspunkt der internationalen Rechtsbeziehungen weiterhin bei den nationalen Regierungen, aufgrund deren Initiative und mit deren Zustimmung erst die völkerrechtlichen Verpflichtungen entstehen, die dann ihrerseits nachgeordnete Behörden betreffen. Die überlieferte Arbeitsteilung zwischen politischer Initiative durch die Regierung und Vollzug durch die nachgeordneten Behörden¹⁶ bleibt gewahrt.

Anderes gilt jedoch für den Fall, dass nachgeordnete Behörden, die innerhalb eines hierarchischen Behördenzugs der demokratisch verantwortlichen Regierung unterstellt sind, selbst die auswärtige Initiative ergreifen, also mit entsprechenden

¹⁴ Art. 13 WMO-Convention. Dieser grundsätzliche Unterschied wird nicht selten verkannt, vgl. nur Zaring (Anm. 9), 308.

¹⁵ Dazu Beispiele bei M. Niedobitek, Das Recht der grenzüberschreitenden Verträge, 2001, 258 ff.

¹⁶ Dazu Möllers (Anm. 7), § 4, III., 1.

Behörden anderer Staaten in Kontakt treten und eigenständig damit beginnen, Koordinationsstrukturen aufzubauen. In diesem Fall stehen eben diese nachgeordneten Behörden am politisch gestaltenden Ausgangspunkt transnationaler Beziehungen – ebenso wie an ihrem Endpunkt durch Vollzug. Die Regierungen der beteiligten Länder sind in einer solchen Konstellation potentiell gar nicht mehr an der internationalen Koordination beteiligt; sie werden aus der hierarchischen Perspektive von unten umgangen. Auch solche Techniken internationaler interadministrativer Kooperation sind nicht völlig neu¹⁷. Doch gewinnen sie in den letzten Jahrzehnten deutlich an Bedeutung: Dies wird im Folgenden an den Beispielen der Deutschen Bundesbank, der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) und der Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) zu zeigen sein (1.-3.).

Bei der Darstellung der Behörden sind drei Problemkomplexe zu beachten: Zum Ersten die Rechtsstellung der Behörde nach deutschem Recht innerhalb der Zweiten Gewalt, also die Frage, inwieweit die Behörde in den hierarchischen Zusammenhang der Exekutive eingebunden ist. Dies ist von Bedeutung, weil die innerstaatliche Eingliederung der Behörde auch für die rechtliche Beurteilung ihrer auswärtigen Verselbständigung entscheidend ist. Zu diesem Punkt gehört auch die Frage der Ausgestaltung der auswärtigen Beziehungen durch den Gesetzgeber (a). Zum Zweiten ist vor dem Hintergrund des deutschen Rechts die Einordnung der Behörde in transnationale Behördennetzwerke vorzustellen, insoweit sich diese organisatorisch verfestigt haben und gemeinsame Standards für den Gesetzesvollzug definieren. Deshalb ist hier nicht jede Form von transnationaler Kooperation von Interesse, sondern nur die verfestigte Definition materieller Standards (b). Zum Dritten schließlich sind die Rückwirkungen der so erarbeiteten Standards auf die deutsche Rechtsordnung zu betrachten (c). Alle drei Behörden stehen zudem in einem europarechtlichen Regelungszusammenhang, auf den am Ende des Abschnitts eingegangen wird (4.).

1. Deutsche Bundesbank im Baseler Bankenausschuss

a) Rechtsstellung nach deutschem Recht

Die deutsche Bundesbank ist eine durch Art. 88 GG und das BBankG eingerichtete, bundesunmittelbare juristische Person des öffentlichen Rechts¹⁸. § 29 Abs. 1 S. 1. BBankG verleiht dem Vorstand der Bundesbank und der Zentrale im Verhältnis zu nachgeordneten Stellen (S. 2.) die Stellung einer obersten Bundesbehörde. Damit ist über die Beziehung der Bundesbank zur Bundesregierung aber noch keine

¹⁷ Ein bedeutendes Beispiel stellt die historische Entwicklung von Interpol dar. Dazu die Darstellung seiner Entstehung bei G. Stiebler, Die Institutionalisierung der internationalen polizeilichen Zusammenarbeit, 1981, 11 ff.

¹⁸ Maunz/Dürig – Herdogen, Art. 88, Rdnr. 45 f.; Dreier – Hermes, Art. 88, Rdnr. 17; v. Mangoldt – Blanke, Art. 88, Rdnr. 17.

Regelung getroffen. Neben ihren – in das Europäische System der Zentralbanken (ESZB)¹⁹ – überführten geld- und währungspolitischen Aufgaben nimmt die Bundesbank auch Aufgaben der Bankenaufsicht wahr, die hier von Interesse sind. Für diese Aufgaben kommen dem Europäischen System keine eigenen Kompetenzen zu, Art. 105 Abs. 5 EGV beschränkt es auf eine unterstützende Tätigkeit²⁰. Dies gestattet es, die europäische Ebene zunächst²¹ aus der Untersuchung herauszuhalten.

Die Deutsche Bundesbank genießt nach § 12 BBankG für die ihr nach diesem Gesetz zugewiesenen Aufgaben Unabhängigkeit. Einer in der Literatur erörterten, nicht unumstrittenen Ansicht zufolge läßt sich diese Unabhängigkeit auch aus dem Grundgesetz herleiten, sie bliebe insoweit dem Gesetzgeber entzogen²². Auch wenn man dieser Meinung folgen würde²³, bliebe jedoch unbestritten, dass sich die Reichweite dieser grundgesetzlich angeordneten Unabhängigkeit auf währungs- und geldpolitische Fragen beschränkt. Die Autonomie der Bundesbank ist von den Besonderheiten des Sachbereichs der Geld- und Währungspolitik, seiner besonderen Empfindlichkeit gegenüber politischem Zugriff, nicht zu trennen²⁴. Im Umkehrschluss gilt deshalb: Die der Bundesbank durch ein „anderes“ Gesetz, nämlich das Kreditwesengesetz, zugewiesenen Aufgaben der Bankenaufsicht haben weder nach dem Wortlaut des § 12 BBankG noch nach Art. 88 GG an der Weisungsunabhängigkeit der Bundesbank gegenüber der Bundesregierung teil²⁵. Im Bereich der Bankenaufsicht ist die Bundesbank den Weisungen der Bundesregierung unterworfen. § 4 BBankG schließlich gestattet der Bundesbank die Beteiligung an der Bank für Internationalen Zahlungsverkehr sowie mit Zustimmung der Bundesregierung die Beteiligung an anderen Institutionen, die dem Internationalen Zahlungsverkehr und Kreditverkehr dienen. Dies ist die einzige Norm, die die auswärtigen Beziehungen der Bank außerhalb des ESZB regelt²⁶. Damit untersteht die Bundesbank jedenfalls im Bereich der Bankenaufsicht den Weisungen der Bundesregierung.

¹⁹ Dazu C. Seiler, Das Europäische System der Zentralbanken (ESZB) als Verantwortungsverbund: systemgebundene Aufgabenerfüllung durch eigenständige Kompetenzträger, EuR 2004, 52.

²⁰ Calliess/Ruffert – Häde, Art. 105, Rdnr. 39.

²¹ Vgl. aber sogleich, 4.

²² Vgl. die Andeutung in BVerfGE 62, 169 (183). Kritisch dazu F. Brosius-Gersdorf, Deutsche Bundesbank und Demokratieprinzip, 1997, 233. Gegen die Annahme der Unabhängigkeit aus dem Grundgesetz: Dreier – Hermes, Art. 88, Rdnr. 18; K. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland II, 2. Aufl. 1980, 494 f.; Jaraß/Pieroth, Grundgesetz, 7. Aufl. 2004, Art. 88, Rdnr. 2 f.; BK – Hahn/Häde, Art. 88, Rdnr. 217 ff.

²³ Zur Diskussion Maunz/Dürig – Herdegen, Art. 88, Rdnr. 53 ff.

²⁴ Nachweise zu ökonomischen Argumenten bei BK – Hahn/Häde, Art. 88, Rdnr. 250.

²⁵ Maunz/Dürig – Herdegen, Art. 88, Rdnr. 53.

²⁶ Das Interesse in der Wissenschaft an solchen Ermächtigungen ist gering, vgl. aber: F. Zehetner, Völkerrechtliche Außenvertretungsbefugnis der Österreichischen Zentralbank?, in: W. Flume (Hrsg.), Internationales Recht und Wirtschaftsordnung, 1977, 465. Mit Blick auf den IWF stellt der Verfasser ein Auseinanderfallen von völkerrechtlicher und verfassungsrechtlicher Lage fest.

b) Basler Ausschuss für Bankenaufsicht

Trotz dieser knappen gesetzlichen Vorgaben steht die Bundesbank in einem intensiven internationalen Kooperationszusammenhang mit anderen Zentralbanken. Von besonderem Interesse für die hier verfolgte Fragestellung ist die Zusammenarbeit der Bundesbank im Rahmen des Basler Ausschusses für Bankenaufsicht²⁷. Dieses Komitee entstand unter dem Eindruck zweier Bankenkonkurse – einer betraf die Kölner Herstatt-Bank Ende 1974 – und vereint heute die Zentralbankchefs der so genannten Zehnergruppe Belgien, Deutschland, Frankreich, Großbritannien, Italien, Japan, Kanada, Niederlande, Schweden, USA und Luxemburg. An den Tagungen nehmen auch die Leiter der jeweiligen Bankenaufsichtsbehörden teil. Das Komitee tagt örtlich und organisatorisch am Rande der Bank für Internationalen Zahlungsausgleich in Basel, einer durch völkerrechtlichen Vertrag im Jahr 1930 gegründeten Bank²⁸, die jedoch über eine weit über das Komitee hinaus gehende Mitgliedschaft verfügt. Diese Bank stellt für das Komitee Sekretariatsdienste zur Verfügung. Für das Basler Komitee besteht keine Rechtsgrundlage. Seine Gründung wurde der Öffentlichkeit durch ein Pressecommuniqué Ende 1974 bekannt gegeben. Formell hat das Komitee mit der Bank für internationalen Zahlungsausgleich nichts zu tun.

Trotz seiner Informalität koordiniert der Ausschuss zentrale materielle Fragen der Bankenaufsicht. Die von ihm im Konsens beschlossenen Standards des Basel Capital Accord 1988 (Basel I genannt) definieren ein System der Messung und Bewertung von Kreditrisiken, das für die Frage der Kapitalausstattung von Privatbanken, damit aber auch für die Praxis der Kreditvergabe solcher Banken an private Unternehmen von entscheidender Bedeutung ist²⁹. Die 1988 entwickelten Standards erlebten in den folgenden Jahren eine Fortschreibung. Seit dem Jahr 1998 ist eine detaillierte Neufassung der Standards unter dem Stichwort Basel II in der Diskussion³⁰, die namentlich mit Blick auf die Kreditfähigkeit mittelständischer Unternehmen von entscheidender Bedeutung sind. Die vom Bankenausschuss entwickelten Standards sind dabei in der Sache keineswegs unumstritten. In der volkswirtschaftlichen Debatte findet sich eine Vielzahl von Kritik, die auch auf die unausgewogene Interessenvertretung durch die beteiligten Banken innerhalb des Komitees hinweist³¹.

²⁷ Informationen unter <<http://www.bis.org/bcbs/>>.

²⁸ Zur Geschichte H. Hablitzel, Die Young-Anleihe von 1930 und die Entscheidung des Internationalen Schiedsgerichtshofs von 1980, JZ 1981, 49.

²⁹ Dazu aus einer überreichen Praktikerliteratur nur: T. Jungmichel, Basel II und die möglichen Folgen, WM 2003, 1201 (1202 ff.); F.-R. Grabau/I. Hundt/A. Wiedenhöft, Kreditwesengesetz und Basel II, BuW 2004, 353; T. Volkener/K.-F. Walter, Die Endfassung der neuen Basler Eigenkapitalverordnung (Basel II), DSfZ 2004, 1399.

³⁰ <<http://www.bis.org/publ/bcbsca.htm>>.

³¹ Kritisch etwa J. R. Macey, The 'demand' for international regulatory cooperation: a public-choice perspective, in: G. A. Bermann/M. Herdegen/P. L. Lindseth (Hrsg.), Transatlantic Regulatory Cooperation, 2001, 151 (155 ff.).

c) Rückwirkungen auf das deutsche und europäische Recht

Trotz solcher Zweifel wirken sich die Standards gleich auf eine Vielzahl von nationalen und die supranationale Rechtsordnung aus: Sie werden auch von einer großen Zahl solcher Staaten übernommen, deren Zentralbanken nicht Mitglied des Ausschusses sind, die also an der Ausarbeitung gar nicht beteiligt waren. Zudem fanden die Standards weitgehend Eingang in die Europäische Richtliniensetzung zur Kapitalausstattung von Banken³².

Im deutschen Recht dienten die Standards von Basel I einerseits als Grundlage der Novellierung der Regelungen im Kreditwesengesetz, die die Eigenmittelausstattung von Banken vorschreiben³³; andererseits wurden sie Inhalt eines erneuerten "Grundsatzes"³⁴. Hierbei handelt es sich um eine spezielle, im alten KWG vorgesehene veröffentlichungspflichtige Form exekutiver Innenrechtsetzung. Die Anpassung der Standards durch das Basler Komitee im Jahre 1998 kommentierte die damalige Aufsichtsbehörde zunächst nur in einer Pressemitteilung rechtlos als "aus deutscher Sicht akzeptablen Kompromiss"³⁵. Die in Aussicht gestellte Neufassung der Basler Standards wird zu einer Anpassung des Gemeinschaftsrechts, des deutschen Gesetzesrechts und der exekutiven Selbstbindung der Aufsichtsbehörden führen, die nunmehr in Form einer Rechtsverordnung erfolgen muss³⁶.

Damit setzt das Basler Komitee unter Beteiligung der Bundesbank im Ergebnis wissenschaftlich und politisch nicht unumstrittene Standards von herausragender praktischer Bedeutung. Diese Standards nehmen sowohl auf die Gesetzgebung als auch auf die exekutive Konkretisierung gesetzlicher Spielräume durch die Bankenaufsicht großen Einfluss.

2. Bundesamt für Finanzdienstleistungsaufsicht in IOSCO

a) Rechtsstellung im deutschen Recht

Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) wurde durch das Finanzdienstleistungsaufsichtsgesetz (FinDaG) errichtet³⁷. Sie ist eine bundesunmittelbare, rechtsfähige Anstalt des öffentlichen Rechts, § 1 Abs. 1. S. 1 FinDaG,

³² R. Fischer, in: K.H. Boos/R. Fischer/H. Schulte-Mattler, KWG, 2. Aufl. 2004, Einf., Rdnr. 29 f.

³³ S. Kümpelel, Bank- und Kapitalmarktrecht, 2. Aufl. 2000, Rdnr. 19.28.

³⁴ Grundsatz I über Eigenkapital und die Liquidität der Kreditinstitute v. 25.11.1998 (BAnz. Nr. 17). Zum Anpassungsdruck P. Troberg, in: Bankrechtshandbuch, Bd. III, 1997, § 138, Rdnr. 5.

³⁵ Bundesaufsichtsamt für das Kreditwesen, Leitlinien für die Zuordnung so genannter innovativer Kapitalinstrumente zum bankaufsichtlichen Kernkapital, ZfGKredW 1999, 175. Dazu auch V. Oratore/J. Schildkraut/H. Haag, Innovative Kapitalinstrumente zur Verstärkung des Kernkapitals deutscher Kreditinstitute, ZfGKredW 1999, 168.

³⁶ J. Junker, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003, 95 f. Zur alten Rechtslage K.H. Boos (Anm. 32), § 10, Rdnr. 38 f.

³⁷ G. v. 22.4.2002, i.d.F. v. 20.12.2003 (BGBl. I, 2478).

die die Aufgaben der abgelösten Bundesaufsichtsämter für das Kreditwesen, für das Versicherungswesen und für den Wertpapierhandel übernimmt und damit über eine umfassende Allfinanzaufsichtskompetenz verfügt. Materiell ist diese in den fortbestehenden gesetzlichen Regelungen unter anderem des Kreditwesengesetzes (KWG), des Versicherungsaufsichtsgesetzes (VAG), des Wertpapierhandelsgesetzes (WpHG) und des Wertpapierübernahmegesetzes (WpÜG) definiert, § 4 Abs. 1 FinDAG. Organisationsrechtlich unterliegt die BaFin der Rechts- und Fachaufsicht des Bundesministers der Finanzen, § 2 FinDAG. Der Gesetzgeber hat die auswärtigen Beziehungen der BaFin nach und nach geregelt, aber stets erst *ex post*, also nach der praktischen Wahrnehmung auswärtiger Beziehungen durch die Behörden. Aber auch die vorliegenden Regelungen erscheinen vergleichsweise allgemein und zersplittert. Im Errichtungsgesetz der Behörde findet sich in § 4 Abs. 2 S. 1 der Verweis auf die Zulässigkeit von Außenbeziehungen auch "mit den zuständigen Stellen anderer [als EU-Mitglieds-, C.M.] Staaten" im Rahmen der gesetzlichen Aufgabenzuweisung. Außenbeziehungen sind insoweit durch den Gesetzgeber unspezifisch für den gesamten Tätigkeitsbereich der Behörde zugelassen. Eine eingehendere Regelung sehen § 8 WpÜG und entsprechend § 7 WpHG vor. Beide enthalten eine genauere Ausgestaltung der Tatsachenübermittlung zwischen nationalen und ausländischen Behörden, folgen also dem Erfordernis des datenschutzrechtlichen Gesetzesvorbehalts³⁸.

b) Auswärtige Einbindung

Diesen eher schmalen gesetzlichen Regelungen steht eine ausgreifende internationale Einbindung des Handelns der BaFin gegenüber, die sich über ihren gesamten Tätigkeitsbereich, also auch die Banken³⁹ und die Versicherungsaufsicht⁴⁰ erstreckt. Aus dieser Tätigkeit sind im Folgenden nur Teile des Bereichs der Wertpapieraufsicht herauszugreifen⁴¹.

Als zuständige Behörde ist die BaFin Mitglied der International Organization of Securities Commissions (IOSCO)⁴². Hierbei handelt es sich um eine ursprünglich

³⁸ Dazu relativierend H.-H. Trute, Verfassungsrechtliche Grundlagen, in: A. Roßnagel (Hrsg.), Handbuch des Datenschutzrechts, 2003, 2.5, Rdnr. 23.

³⁹ Die BaFin wird in die Verhandlungen des Basler Komitees in der Regel einbezogen. Vgl. zur Praxis auch die Vereinbarung über die Zusammenarbeit der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht und der Deutschen Bundesbank bei der Beaufsichtigung der Kredit- und Finanzdienstleistungsinstitute v. 30.10.2002.

⁴⁰ Zur noch relativ schwach institutionalisierten Internationalisierung der Versicherungsaufsichtsbehörden in der International Association of Insurance Supervisors: Zaring (Anm. 9), 307 ff.

⁴¹ Andere auswärtige Aktivitäten sind namentlich mit Blick auf die Bekämpfung von Geldwäsche von Bedeutung und werden zumeist von der OECD initiiert.

⁴² Zur institutionellen Seite von IOSCO: Zaring (Anm. 9), 292 ff.; A. A. Sommer Jr., IOSCO: Its mission and Achievement, *Northwestern Journal of International Law & Business*, 17 (1996), 15. A.-M. Slaughter, *Governing the Global Economy through Government Networks*, in: M. Byers (ed.), *The Role of Law in International Politics*, 2000, 177 (184 ff).

auf den amerikanischen Kontinent beschränkte Organisation, in der zwischenzeitlich die Wertpapieraufsichtsbehörden von 105 Ländern Mitglied geworden sind⁴³. Auch für IOSCO existiert kein völkerrechtliches Gründungsdokument. Vielmehr hat sich die Organisation aus informellen Gesprächszirkeln entwickelt. Sie wurde als privatrechtliche *nonprofit organization* nach dem Recht des kanadischen Gliedstaats Quebec anerkannt⁴⁴. Trotz fehlender vertraglicher Grundlagen verfügt IOSCO über eine ausdifferenzierte Organisationsstruktur, über ein Sekretariat und über ein eigenes Komiteewesen⁴⁵, dessen Besetzung nach der wirtschaftlichen Bedeutung der Mitglieder unterscheidet.

Von besonderer praktischer Bedeutung ist dabei das Technical Committee, das Standards für die Beaufsichtigung von Wertpapierdienstleistern im Konsens festlegt. Solche Standards werden nach ihrer Ausarbeitung zum Beispiel in Form eines *memorandum of understanding*⁴⁶ von den Mitgliedsbehörden vereinbart. Neben multilateralen Absprachen organisiert IOSCO auch die bilateralen Beziehungen zwischen seinen Mitgliedern, indem es standardisierte Vorgaben für den Inhalt der *memoranda of understanding* entwickelt⁴⁷. Die BaFin und ihre Vorgängerbehörde haben seit 1994 fast 30 solcher *memoranda* unterzeichnet⁴⁸. In der Sache betreffen viele dieser Abkommen Fragen der Amts- oder Vollzugshilfe, namentlich den Austausch von Informationen. Nicht selten kommt es aber auch zur Definition von Vollzugsstandards oder zu politischen Initiativen.

c) Rückwirkungen auf das deutsche und europäische Recht

Für die Wirkung dieser Kooperationsstandards auf die konkrete Vollzugspraxis der BaFin soll hier nur ein Beispiel gegeben werden: Das BaFin hat sich in einer gemeinsamen Erklärung mit 13 anderen Behörden zu gemeinsamen Standards und wechselseitiger Unterstützung bei der Überwachung von Terminbörsen bereit erklärt. Damit werden die gesetzlichen Aufsichtsregeln bei der nach dem Börsengesetz angeordneten Beaufsichtigung von Terminbörsen durch eine Vereinbarung konkretisiert, deren Vollzug gemäß § 1 Abs. 1 Börsengesetz allerdings bei einer

⁴³ Sommer Jr. (Anm. 42), 15 ff.

⁴⁴ Zaring (Anm. 9), 292.

⁴⁵ Überblick bei Sommer Jr. (Anm. 42), 17 ff.; Zaring (Anm. 9), 293 ff.

⁴⁶ Zu dieser Form unten, III., 1. Beispiele sind Multilateral Memorandum of Understanding Concerning Consultations and the Exchange of Information (Mai 2002) unter <<http://www.iosco.org/pubdocs/pdf/IOSCOPD126-English.pdf>>.

⁴⁷ Principles for Memoranda of Understanding, Technical Committee, IOSCO, Released at the XVIth Annual Conference, September 1991, Washington D.C. Zahlreiche Beispiele auch für bilaterale Abkommen unter IOSCO bei M. D. Mann/J. G. Mari/G. Lavdas, *Developments in International Securities Law Enforcement and Regulation*, *The International Lawyer* 1995, 729 (823 ff.). Dazu auch Schwark – Beck, § 7 WpHG, Rdnr. 8 f.; Assmann/Schneider – Dreyling, § 7 WpHG, Rdnr. 3 ff.

⁴⁸ <http://www.iosco.org/library/display_mou.cfm?orgid=35>. Vgl. auch Assmann/Schneider – Dreyling, § 7 WpHG, Rdnr. 3.

Landesbehörde liegt⁴⁹. Erst durch eine im Rahmen von IOSCO geschlossene Vereinbarung zwischen der Aufsichtsbehörde und der amerikanischen Terminmarktaufsicht konnte es der deutschen Terminbörse EuRex gestattet werden, auch amerikanische Handelsteilnehmer zu bedienen⁵⁰.

Entscheidenden Einfluss hat IOSCO darüber hinaus auf den Inhalt der europäischen Kapitaladäquanzrichtlinie genommen⁵¹, die das Eigenkapital von Wertpapierhandelsunternehmen regelt und deren Umsetzung sowohl in den §§ 10, 10 a KWG als auch in Form von Verwaltungsvorschriften erfolgte⁵². Weiterhin hat die Kommission ihren Vorschlag zur Börsenprospektrichtlinie auf Anregung des europäischen Parlaments⁵³ mit Blick auf die Veröffentlichungsstandards von IOSCO ergänzt⁵⁴. Einen großen Einfluss nimmt IOSCO auch auf die in Deutschland verfassungsrechtlich⁵⁵ viel diskutierten Standards der Rechnungslegung. Die Standardisierung durch das aus privaten Unternehmen zusammengesetzte International Accounting Standards Committee wurde 1995 von IOSCO in Auftrag gegeben⁵⁶. Seither wartet man auf die Entwicklung von Standards, die von IOSCO unterstützt werden sollen⁵⁷. Die letzte politische Initiative von IOSCO mit größten praktischen Implikationen besteht in der einzurichtenden Regulierung von Rating-Agenturen, eine Anregung, die bereits von der Europäischen Kommission übernommen wurde⁵⁸. Im Ergebnis setzt damit auch IOSCO Standards, die für den Vollzug der Wertpapieraufsicht von großer normativer Bedeutung sind und als "nationaler Leitfaden" dienen⁵⁹.

⁴⁹ K ü m p e l (Anm. 33), Rdnr. 17.452. Zur Kompetenzabgrenzung, Schwark – B e c k, Kapitalmarktrecht, § 4, Rdnr. 6 ff.

⁵⁰ Zu diesem Fall Schwark – B e c k, Kapitalmarktrecht, § 7, Rdnr. 8.

⁵¹ 93/6/EWG v. 15.3.1993. Zum Einfluss von IOSCO: C. P. C l a u s s e n, Bank- und Börsenrecht, 3. Aufl. 2003, 456; K ü m p e l (Anm. 33), Rdnr. 19.65.

⁵² K ü m p e l (Anm. 33), Rdnr. 19.68 f.

⁵³ Änderungsantrag Nr. 29; Bericht des Ausschusses für Wirtschaft und Währung (H u h n e, MdEP) v. 27.2.2002.

⁵⁴ Europäische Kommission legt geänderten Vorschlag zu den Börsenprospekten vor, NZG 2002, 1098 (1099). Dazu J. S e i t z, Die Integration der europäischen Wertpapiermärkte und die Finanzmarktgesetzgebung in Deutschland, BKR 2002, 340 (345); S. H u t t e r / M. L e p p e r t, Reformbedarf im deutschen Kapitalmarkt und Börsenrecht, NJW 2002, 2208 (2211).

⁵⁵ Dazu P. K i r c h h o f, Gesetzgebung und private Regelsetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten?, ZG 2000, 681.

⁵⁶ Im Einzelnen: S o m m e r J r. (Anm. 42), 23 ff.

⁵⁷ Dazu J. P. T r a c h t m a n, Transatlantic Regulatory Cooperation from a Trade Perspective: a Case Study in Accounting Standards, in: B e r m a n n / H e r d e g e n / L i n d s e t h (Anm. 31), 223 (228 ff.); F. R. T s c h e s c h e, IAS-Konzernabschlüsse, 2000, 35 ff., 40 f.; W. D. B u d d e / E. S t e u b e r, Verfassungsrechtliche Voraussetzungen zur Transformation internationaler Rechnungslegungsgrundsätze, DStR 1998, 504 (506) u. Anm. 24.

⁵⁸ FTD v. 29.7.2004, S. 16. Dazu die Stellungnahme der BaFin unter <[http://www.bafin.de/cgibin/bafin.pl?sprache=0&verz=05_I\\$nternationale_Zusammenarbeit*07_\\$I\\$nternational_Organi_zation_Of_Securities_Commissions_x28_IOSCO_x29_&nofr=1&site=0&filter=&ntick=0](http://www.bafin.de/cgibin/bafin.pl?sprache=0&verz=05_I$nternationale_Zusammenarbeit*07_International_Organi_zation_Of_Securities_Commissions_x28_IOSCO_x29_&nofr=1&site=0&filter=&ntick=0)>.

⁵⁹ So BaFin Jahresbericht 2003, 113.

3. Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post innerhalb der IRG

a) Rechtsstellung im deutschen Recht

Zum dritten und letzten Beispiel: Die Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post (RegTP) wurde durch § 66 Telekommunikationsgesetz im Gefolge der Postreform III eingerichtet. Sie gehört als Bundesoberbehörde zum Geschäftsbereich des Bundesministeriums für Wirtschaft und Arbeit, § 116 Abs. 1 S. 2 TKG. Die Behörde unterlag ausweislich § 66 TKG a.F. zumindest den allgemeinen Weisungen des Ministers. Die Gesetzesnovellierung⁶⁰ hat die Weisungsabhängigkeit der Behörde gegenüber dem Minister zumindest implizit noch verstärkt, § 117 TKG.

Die auswärtigen Beziehungen der RegTP sind in der alten Fassung des TKG in § 83 TKG geregelt, der sich seinem Wortlaut nach aber auf Auskunftserteilung und Prüfungen beschränkt. In der Literatur wurde diese Norm teilweise trotzdem als Ermächtigung zu einer internationalen Zusammenarbeit im Rahmen der gesamten gesetzlichen Aufgabenzuweisung verstanden⁶¹. Im neuen TKG verwendet der Gesetzgeber in § 140 eine andere, auch dogmatisch interessante Konstruktion: Eigene ihr durch Gesetz oder europäisches Recht zugewiesene auswärtige Aufgaben nimmt die Behörde eigenständig wahr. Bei anderen Aktivitäten im Bereich der europäischen und internationalen Telekommunikationspolitik wird sie dagegen "im Auftrag" des Bundesministers für Wirtschaft und Arbeit tätig.

b) Auswärtige Einbindung in der IRG

Die auswärtige Zusammenarbeit der RegTP vollzieht sich gleichfalls in einer Vielzahl von internationalen Gremien. Darunter finden sich klassische internationale Organisationen wie die International Telecommunication Union⁶², ITU, oder die durch Verwaltungsabkommen eingerichtete, aus europäischen Mitgliedern bestehende, European Conference of Postal and Telecommunications Administrations⁶³, CEPT.

⁶⁰ G. v. 22.6.2004, BGBl. I, 1190.

⁶¹ Im Gegensatz zu über das Gesetz hinaus gehenden gubernativen Aufgaben: W. Spoerr, in: Trute/Spoerr/Bosch, Telekommunikationsgesetz mit FTEG, 1. Aufl. 2000, § 83, Rdnr. 13 f.

⁶² Dazu A. Tegge, Die Internationale Telekommunikations-Union, 1994, 83 ff.; A. No11, The International Telecommunications Union, MMR 1999, 465; ders., ITU Constitutional and Conventional Amendments, MMR 2000, 270.

⁶³ Europäische Konferenz der Verwaltungen für Post- und Telekommunikation. Zur Arbeitsteilung zwischen den genannten: Tegge (Anm. 62), 70 f.; C. Koenig/A. Neumann, Rechtliches und organisatorisches Umfeld der Satellitenkommunikation, MMR 2000, 151 (153 f.). Vgl. auch Art. 4 CEPT der Gründungsvereinbarung i.d.F. v. 10.9.2003.

Für die hier entwickelte Fragestellung von besonderem Interesse sind die Independent Regulators Group (IRG)⁶⁴ und die aus ihr entstandene European Regulators Group⁶⁵. Die IRG ging im Jahr 1997 aus regelmäßigen Treffen der Direktoren der Regulierungsbehörden für Telekommunikation hervor. Zu ihren Mitgliedern zählen die Behörden der Mitgliedstaaten der nunmehr erweiterten EU sowie Vertreter der Schweizer, der norwegischen, der isländischen und der lichtensteinischen Regulierungsbehörden. Auch für die IRG liegt kein völkerrechtliches Gründungsdokument vor. Sie ist in Arbeitsgruppen eingeteilt. Viele der dort verabschiedeten Papiere betreffen technische Einzelheiten der Telekommunikationsregulierung. Nicht wenige enthalten aber auch harmonisierte Vollzugsstandards. Papiere von IRG und ERG werden zumeist im Konsens beschlossen. Wie sich in neueren Dokumenten zeigt⁶⁶, geht es bei den koordinierten Standards zumeist um die Konkretisierung von solchen Standards der Marktregulierung, die nicht unmittelbar durch die Kommission vorgegeben werden⁶⁷. Zumeist betrifft dies Fragen des Vollzugs, die sich im Anschluss an die neuen Verfahren der Marktdefinition und Marktanalyse stellen.

c) Rückwirkungen auf das deutsche und europäische Recht

Für die konkrete Auswirkung dieser Standards sei wiederum nur ein Beispiel zur Veranschaulichung genannt. Das Telekommunikationsrecht ordnet getrennte Rechnungsführungsstrukturen für verschiedene Geschäftsbereiche innerhalb von TK-Unternehmen mit einer marktbeherrschenden Stellung an, um eine nachvollziehbare Berechnung der Kosten bei der Entgeltregulierung zu ermöglichen. Die Einzelheiten dieser Abrechnung sind für die Entgeltregulierung und damit für die Vergabe von Wettbewerbschancen zwischen marktbeherrschenden Unternehmen und Wettbewerbern von sehr großer Bedeutung. § 14 Abs. 2 S. 2 TKG a.F. verlieh der Regulierungsbehörde die Befugnis, nähere Vorgaben für die Ausgestaltung der Rechnungslegung zu geben, also das Gesetz weiter zu konkretisieren, ohne dazu eine Rechtsform vorzuschreiben⁶⁸. Die Konkretisierungsspielräume der Regulierungsbehörde waren insoweit beträchtlich. In der Praxis werden diese Spielräume durch Standards ausgefüllt, die diese im Konsens mit anderen Vertretern der IRG beschlossen hat. Konkret durch die im November 2002 beschlossenen *Principles of*

⁶⁴ Dazu <<http://irgis.icp.pt/site/en/irg.asp>>.

⁶⁵ Zur letzteren eingehender sogleich, 4.

⁶⁶ <<http://www.erg.eu.int/documents/#ergdocuments>>. Dazu auch H.-H. Trute/W. Denkhäus/D. Kühlers, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 37 (2004), 451 (463).

⁶⁷ Dies betrifft Regelungsgegenstände im Anschluss an die Markttypisierungsverfahren der §§ 11 ff. TKG. Dazu H.-H. Trute, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, FS Selmer 2004, 566; Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, i.E.

⁶⁸ Zur Rechtsnatur H.-H. Trute in: Trute/Spoerr/Bosch (Anm. 61), § 14, Rdnr. 26.

*implementation and best practice regarding accounting separation and cost accounting*⁶⁹. Für die Neufassung des europäischen Rechtsrahmens zeichnen sich bereits ähnliche Strukturen ab. Insbesondere hat die ERG mit der Verabschiedung eines umfangreichen Papiers zu Fragen der angemessenen Ausgestaltung von Regulierungsmaßnahmen sehr breite Vorgaben für den gesamten Kernbereich der Telekommunikationsregulierung vorgelegt⁷⁰. Auch innerhalb von ERG und IRG werden somit unter Beteiligung der Regulierungsbehörde Standards gesetzt, die den Vollzug des Telekommunikationsrechts betreffen.

4. Europarechtliche Überwölbung der internationalen Kooperation

Die informellen Kontakte der vorgestellten deutschen Behörden haben auch eine europarechtliche Dimension. Der Gedanke, Regulierungsbehörden unmittelbar miteinander zu verkoppeln, ohne den Umweg über die mitgliedstaatlichen Regierungen zu nehmen, findet sich nämlich auch auf der Ebene des Gemeinschaftsrechts mehr und mehr verwirklicht. Die Komitologie-Struktur kann als die erste Umsetzung dieser Konzeption verstanden werden⁷¹. Aber auch außerhalb der Ausschüsse finden sich europarechtlich Kontakte zwischen den Behörden der Mitgliedstaaten⁷². Darüber hinausgehend hat die Europäische Kommission in Umsetzung des so genannten Lamfalussy-Konzepts⁷³ im letzten Jahr ein ganzes arbeitsteiliges Ausschusssystem für die Kapitalmarktregulierung aufgebaut: Drei Ausschüsse aus Vertretern der europäischen Banken-, Versicherungs- und Wertpapieraufsichtsbehörden wurden durch Beschluss eingerichtet⁷⁴. Diese Ausschüsse werden zum einen auf der Ebene des politischen Vorschlagsrechts der Kommission für gesetzgeberische Basisrechtsakte beratend tätig. Sie agieren zum Zweiten auf der Ebene der Durchführungsrechtsetzung der Kommission als Komitologieausschüs-

⁶⁹ Unter <http://irgis.icp.pt/site/en/areas_doc.asp?id=277>.

⁷⁰ <www.erg.eu.int/workprog/index.htm>.

⁷¹ Zur Komitologie unten, IV., 3.

⁷² D. H. Scheuing, Europarechtliche Impulse für innovative Ansätze im deutschen Verwaltungsrecht, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, 289 (331 ff.); E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungskooperation und Verwaltungskooperationsrecht in der Europäischen Gemeinschaft, EuR 1996, 270 (275 ff.); E. Chiti, Decentralisation and Integration into the Community: A New Perspective on European Agencies, European L. J. 10 (2004), 402 (406 ff.).

⁷³ Dazu R. M. Lastra, The Governance Structure for Financial Regulation and Supervision in Europe, Columbia J. of Transnational Law 10 (2003), 49 (58 ff.).

⁷⁴ Beschluss der Kommission v. 5.11.2003 zur Einsetzung des Europäischen Bankenausschusses (2004/10/EG), ABL. L 3/36 v. 7.1.2004; Beschluss der Kommission v. 5.11.2003 zur Einsetzung des Europäischen Ausschusses für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (2004/9/EG), ABL. L 3/34 v. 7.1.2004; Beschluss der Kommission v. 5.11.2003 zur Änderung des Beschlusses 2001/528/EG zur Einsetzung des Europäischen Wertpapierausschusses (2004/8/EG), ABL. L 3/33 v. 7.1.2004.

se⁷⁵. Zusätzlich zur Einrichtung dieser Ausschüsse hat die Kommission ein zweites Dreiergremium an Ausschüssen eingesetzt, das die Umsetzung des Gemeinschaftsrechts und der Koordination der Behörden untereinander sicherstellen soll⁷⁶. Mit einer analogen Regelungstechnik hat die Kommission einen Ausschuss aus Vertretern der Telekommunikationsregulierungsbehörden ins Leben gerufen⁷⁷, der insbesondere bei der Marktanalyse eine wichtige Funktion einnimmt und in bisher beispielloser Weise mit den Entscheidungsstrukturen der nationalen Behörden verflochten wird⁷⁸. Die ursprünglich interadministrativ entstandene ERG wurde dadurch vergemeinschaftet.

Formell konstituieren diese Beschlüsse der Kommission Gremien des Gemeinschaftsrechts, in denen jeweils ein Vertreter der nationalen Behörde einem Kommissionsvertreter gegenübersteht. Bereits bestehende informelle internationale Beziehungen zwischen den Mitgliedstaaten werden durch die EU formalisiert und vergemeinschaftet. Aus zwei Gründen ist diese Entwicklung auch für die vorliegende Untersuchung von Bedeutung:

Zum Ersten lässt die Regelungstechnik erkennen, dass die nationalen Behörden sich derart von der politischen Kontrolle der mitgliedstaatlichen Regierungen verselbständigen haben und aus Sicht des Gemeinschaftsrechts auch verselbständigen sollten, dass sich die europäische Regulierung besser unmittelbar an diese wendet. Eine effektive Kooperation mit den Mitgliedstaaten ist nur durch Kommunikation mit den Regulierungsbehörden möglich. Die supranationale Ebene anerkennt und fördert die Verselbständigung der Behörden, indem sie diese direkt adressiert. Zum Zweiten bleibt es aber bei einem Nebeneinander europarechtlicher und über die Gemeinschaft hinausgehender internationaler informeller Koordination. Die Kommission organisiert diese Gremien weniger neu, als dass sie sie zur Kenntnis nimmt und in ihre eigenen Regelungsstrukturen integriert. Die Vergemeinschaftung beendet die internationale Kooperation nicht, die in allen drei untersuchten Fällen über die Mitgliedschaft in der Europäischen Union hinausgeht. Von der Kommission institutionalisierte Gremien geraten damit auch in Kompetenzkonflikte mit den internationalen Gremien⁷⁹. Die europäische Rechtsetzung aber, dies zeigt nicht nur das Beispiel des Basler Ausschusses, begibt sich in deutliche Ab-

⁷⁵ Vorschlag der Kommission für eine Richtlinie zur Schaffung einer neuen Ausschussstruktur im Finanzdienstleistungsbereich v. 5.11.2003, KOM(2003) 659 endg.

⁷⁶ Beschluss der Kommission v. 5.11.2003 zur Einsetzung des Ausschusses der europäischen Bankaufsichtsbehörden (2004/5/EG), ABL. L 3/28 v. 7.1.2004; Beschluss der Kommission v. 5.11.2003 zur Einsetzung des Ausschusses der Europäischen Behörden für das Versicherungswesen und die betriebliche Altersversorgung (2004/6/EG), ABL. L 3/30 v. 7.1.2004; Beschluss der Kommission v. 5.11.2003 zur Änderung des Beschlusses 2001/527/EG zur Einsetzung des Ausschusses der europäischen Wertpapierregulierungsbehörden (2004/7/EG), ABL. L 3/32 v. 7.1.2004.

⁷⁷ Beschluss der Kommission v. 29.7.2002 zur Einrichtung der Gruppe Europäischer Regulierungsstellen für elektronische Kommunikationsnetze und -dienste (2002/627/EG), ABL. L 200/38 v. 30.7.2002, ergänzt durch Beschluss v. 14.9.2004 (2004/3445/EG), ABL. L 293/30 v. 16.9.2004.

⁷⁸ Art. 7 RiL des EP und des Rates v. 7.3.2002 (2002/19/EG), ABL. L 108/33 v. 24.4.2002). Dazu die Literatur in Anm. 67.

⁷⁹ Angedeutet bei A. Groebel, European Regulators Group, MMR 2002, XV (XVI f.).

hängigkeit von dort getroffenen Entscheidungen. Europäische Gesetzgebung und europäische Vollzugspraxis werden in ihnen vorformuliert.

5. Eine Zwischenbilanz

Nachgeordnete oder zumindest weisungsunterworfenen Verwaltungseinheiten des Bundes entwickeln informelle Beziehungen zu ihren ausländischen Entsprechungsbehörden⁸⁰. Diese Zusammenarbeit verselbständigt sich, sie nimmt organisationsartige Formen an und führt zu – vorläufig gesprochen – im Konsens entstandenen Absprachen: multilateralen Absprachen zwischen allen Beteiligten und bilateralen Absprachen zwischen einzelnen. Solche Absprachen enthalten nicht nur hier nicht weiter interessierende Zusagen zu Vollzugshilfe oder Informationsaustausch, sondern auch die Vereinbarung von gemeinsamen Standards. Diese Standards können sogar in gesetzgeberische Maßnahmen auf nationaler und europäischer Ebene münden. Vor allem aber wirken diese Standards auf die Vollzugspraxis innerhalb eines zumeist weiten gesetzlichen Rahmens, den die Behörden ausfüllen müssen. Sie funktionieren insoweit als Selbstbindungen der Verwaltung⁸¹, nehmen also in der Terminologie der deutschen Rechtsquellenlehre die Funktion von Verwaltungsvorschriften ein⁸². Die Einhaltung dieser Absprachen wird in vielen Fällen informell durch Berichtssysteme überprüft, die die Organisationen einrichten. Hat man sich einmal auf Standards verständigt, so stellt ihre Einhaltung allem Anschein nach kein Problem dar⁸³. Im Gegenteil verbreiten sich die Standards auch über die beteiligten Behörden hinaus⁸⁴. Das europäische Gemeinschaftsrecht zu guter Letzt ist auf vielfache Weise von diesen Strukturen geprägt, überformt sie, kann sie sich aber wegen der Inkongruenzen in der Mitgliederstruktur nicht vollständig einverleiben.

Naturgemäß ist das Phänomen der auswärtigen Verselbständigung nicht auf deutsche Behörden beschränkt. Eingehendere Untersuchungen liegen namentlich für das amerikanische Verfassungsrecht vor⁸⁵. Praktisch ist dabei zu beachten, dass

⁸⁰ Anders als manchmal vermutet, handelt es sich also nicht nur um verselbständigte Verwaltungseinheiten – daher ist eine Parallele zur transnationalen gerichtlichen Kooperation nicht zwingend.

⁸¹ Zur Begrifflichkeit D. H. Scheuing, Selbstbindungen der Verwaltung, VVDStRL 40 (1982), 155 (158 ff.).

⁸² R. Wahl, Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts, FS BVerwG 2003, 571.

⁸³ Dies entspricht der allgemeinen Diagnose, dass die Einhaltung internationaler Standards kaum von ihrer juristischen Durchsetzbarkeit abhängt, dazu A. Chayes/A. H. Chayes, *The New Sovereignty*, 1995. Zu den auch hier zu beachtenden Effekten von Aushandlung und Konsens für die Befolgung: R. Wolfrum, Vorbereitende Willensbildung und Entscheidungsprozeß beim Abschluß multilateraler völkerrechtlicher Verträge, FS Rauschnig, 2001, 407

⁸⁴ Deutlich bei den Festsetzungen des Basler Bankenausschusses, oben, II., 1.

⁸⁵ Die genauesten Darstellungen sind: G. A. Berman, *Regulatory Cooperation Between the European Commission and U.S. Administrative Agencies*, *Administrative Law Journal* 9 (1986), 933;

nicht alle beteiligten Staaten die gleichen Einflussmöglichkeiten haben⁸⁶. Interadministrative Kooperationsformen wie die hier untersuchten können auch als ein Instrument verstanden werden, mit Hilfe dessen bestimmte Staaten oder Gruppen von Staaten⁸⁷ ihre eigenen Rechtsordnungen in andere Staaten exportieren⁸⁸. Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass das hier untersuchte Phänomen augenscheinlich nicht für alle Politikbereiche Verwendung findet. Beschränkt man sich auf das Wirtschaftsrecht⁸⁹, so lassen sich entsprechende Phänomene im Wettbewerbsrecht entdecken⁹⁰, aber eben nicht im Recht des Freihandels⁹¹. Offensichtlich kennt das Völkerrecht und darin das internationale Wirtschaftsrecht eine Arbeitsteilung zwischen administrativen Kooperationsstrukturen und internationalen Organisationen. Ein Grund dafür lässt sich benennen: Die untersuchten Fälle betreffen alle die Regulierung privater Wirtschaftsteilnehmer, nicht die Unterbindung staatlicher Wettbewerbsverzerrungen. Die Internationalisierung des Behördenhandelns folgt insoweit der allmählichen Internationalisierung der regulierten Akteure.

III. Rechtliche Analyse

Wie lässt sich das dargestellte Behördenhandeln rechtlich einordnen? Nachfragen ergeben sich auf der völkerrechtlichen (1.) und der verfassungsrechtlichen (2.) Ebene.

1. Völkerrecht

Das beschriebene Behördenhandeln wirft zunächst völkerrechtliche Fragen auf. Die Völkerrechtsdogmatik wird zum einen die Bindungswirkungen der abgeschlossenen Absprachen prüfen müssen (a) und zum anderen nach der Einordnung

d e r s., Regulatory Cooperation with Counterpart Agencies Abroad: The FAA's Aircraft Certification Experience, *Law & Policy in International Business*, 24 (1993), 669.

⁸⁶ So in wünschenswerter Deutlichkeit der Chairman der SEC, zitiert bei Raustiala (Anm. 9), 27.

⁸⁷ Zu nennen sind natürlich zunächst die USA, dann die Gruppen der G-7 und der OECD-Staaten.

⁸⁸ Grundsätzlich zu diesem Phänomen mit Blick auf die USA auch N. K r i s c h, More Equal Than the Rest? Hierarchy, Equality and U.S. Predominance in International Law in: M. Byers/G. Nolte (Hrsg.), *United States Hegemony and the Foundations of International Law*, 2003, 135.

⁸⁹ Ein anderes Beispiel ist die Flugsicherheit, dazu eingehend B e r m a n n (Anm. 85), 698 ff., die Arzneimittelzulassung, dazu B e r m a n n (Anm. 85), 963 ff. und der Umweltschutz bei Raustiala (Anm. 9), 43 ff.

⁹⁰ E. F o x, Toward World Antitrust and Market Access, *American Journal of International Law* 91 (1997), 1.

⁹¹ Eine abweichende Beobachtung aber bei Raustiala (Anm. 9), 15, der Netzwerke eher in ökonomischen und ökologischen, weniger in sozialen Regelungszusammenhängen erkennt. Ein auf *Public Choice* aufbauendes Erklärungsmodell dafür *ibid.*, 72 ff.

der beschriebenen organisatorischen Strukturen in das Recht internationaler Organisationen zu fragen haben (b).

a) Völkerrechtliche Bindung und mittelbare Rechtswirkungen

Handelt es sich bei zwischen den betroffenen Behörden getroffenen Absprachen um rechtlich bindende Vereinbarungen, und wenn sie bindend wären, wen könnten sie binden? Die Wirkung völkerrechtlicher Verträge hängt vom erkennbaren Willen vertragsfähiger völkerrechtlicher Rechtssubjekte ab, völkerrechtliche Bindungen einzugehen⁹². Das spricht auf den ersten Blick gegen die Bindungswirkung der hier untersuchten Einigungen.

Dies ergibt sich zum Ersten aus den Inhalten der Einigungen selbst: Sie werden von den Parteien in vielen Fällen als *memoranda of understanding* bezeichnet, eine Formulierung, die in der völkerrechtlichen Praxis stets den Ausschluss rechtlicher Bindungswirkungen sicherstellen soll⁹³. In den Papieren werden darüber hinaus – etwa im Fall von IOSCO – Bindungswirkungen auch ausdrücklich abgelehnt. Andere Standards vermeiden die Sprache des Völkerrechts völlig, indem sie sich auf die Niederschrift materieller Inhalte beschränken und auf Formen und Formeln wie Präambeln oder Unterschriften völlig verzichten. Die Zurechenbarkeit der Papiere zu den Gremien, die sie konsentiert haben, erschließt sich insoweit nur durch einen Briefkopf oder durch den Ort der Veröffentlichung, nicht selten eine Internetadresse. Mustert man die formellen Kriterien durch, die die völkerrechtliche Praxis für die konkrete Unterscheidung zwischen bindenden und nicht bindenden Abkommen entwickelt hat⁹⁴, so sind die verwendeten Formulierungen durchweg den unverbindlichen Übereinkünften zuzuordnen.

Würde man den Vereinbarungen trotzdem völkerrechtliche Bindungswirkung zusprechen, so wäre die Frage anzuschließen, wen sie binden sollten⁹⁵. Denn selbst wenn man entgegen allem Anschein einen Bindungswillen der beteiligten Behörden unterstellen wollte, so wären die Staaten, zu denen die jeweilige Behörde gehört, kaum durch die Vereinbarungen zu verpflichten. Auch für das Vorliegen einer *Special Mission* spricht nichts.⁹⁶ Damit fehlt es den Vertretern der hier untersuchten Behörden an entsprechenden Vollmachten⁹⁷ oder Übungen, wie sie Artikel 7 Abs. 1 der Wiener Vertragsrechtskonvention fordert⁹⁸. In einer der seltenen Äu-

⁹² Aus der Literatur nur: Delbrück/Wolfrum (Anm. 4), 515 f.; K. Doehring, Völkerrecht, 2. Aufl. 2004, Rdnr. 334.; A. Verdross/B. Simma, Universelles Völkerrecht, 3. Aufl. 1984, § 534.

⁹³ Aus der Sicht des Praktikers: A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, 2000, 20 f., 26 ff.

⁹⁴ Aufgezählt *ibid.*, Appendix G.

⁹⁵ Zu diesem wenig behandelten Problem: J. Klabbers, *The Concept of Treaty in International Law*, 1996, 97 ff.

⁹⁶ Für diese Anregung danke ich Karl Doehring, vgl. zur verwendeten Definition: Art. 1 a), UN Convention on Special Missions (1969).

⁹⁷ Dazu Aust (Anm. 93), 47 ff.

⁹⁸ *Ibid.*, 58 ff.

ßerungen zum Problem stellte der Völkerrechtler Ludwig Bittner 1924 fest, dass die Vereinbarungen ohne einen "Beurkundungsauftrag"⁹⁹ nur die beteiligten Behörden selbst binden könnten. Doch führt dieser Hinweis kaum weiter, denn die Behörden sind von dem Völkerrechtssubjekt Staat, das sie zu vertreten nicht befugt sind, eben nicht zu trennen. Die Behörden kooperieren in amtlicher Funktion, damit aber auch als Teil des Staates.

Spricht somit alles gegen eine bindende Wirkungen der Abkommen¹⁰⁰, so diskutiert die Völkerrechtslehre aber auch die möglichen Wirkungen nicht bindender Abkommen kontrovers. Nur selten wird die Unterscheidung zwischen völkerrechtlichen Abkommen und unverbindlichen Absprachen als solche in Frage gestellt¹⁰¹. Häufiger geht es um die Frage, inwieweit sich politische oder moralische Implikationen aus den Vereinbarungen herleiten lassen¹⁰². Lässt man die Moral beiseite, so stellt sich die Frage politischer Verpflichtungen, wie auch immer diese durch die Rechtswissenschaft thematisiert werden können, doch für das Handeln von Verwaltungsbehörden kaum. Die Verselbständigung der Behörden erscheint eher als ein Phänomen der De-Politisierung, in deren Gefolge sektoralisierte Gemeinschaften von Fachbeamten bestimmte Probleme gerade aus einem politischen Kontext herausnehmen und "kompetent" zu lösen suchen. Insoweit zehrt die interadministrative Standardsetzung nicht von den politisch-symbolischen Wirkungen, die rechtlich nicht bindende Absprachen zwischen Regierungen erzeugen können. Das Problem eines überschießenden politischen Effekts stellt sich im Zusammenhang der Regulierungsstandards nicht.

Freilich könnte man in einem weiteren Schritt fragen, ob die beteiligten Behörden, wenn sie – wie hier der Fall – in amtlicher Funktion als Teil einer Staatsorganisation auftreten, nicht zumindest nach den allgemeinen Regeln der völkerrechtlichen Staatenverantwortlichkeit¹⁰³ zurechenbar agieren. Diese Frage wird man ohne weiteres zu bejahen haben. Die Handlungen der beteiligten Behörden sind als Conduct of Organ of a State entsprechend Art. 4 der Draft Articles on Responsibility of States for Wrongful Acts zu behandeln¹⁰⁴. Allerdings ist der Tatbestand eines haftungsauslösenden Handelns von der Befugnis, völkerrechtliche Verpflichtungen einzugehen, streng zu unterscheiden. Hält sich eine beteiligte Behörde

⁹⁹ L. Bittner, Die Lehre von den völkerrechtlichen Vertragsurkunden, 1924.

¹⁰⁰ So auch die kapitalmarktrechtliche Praxis: Assmann/Schneider – Dreyling, § 7 WpHG, Rdnr. 4; Szagunn/Haug/Ergenzinger – Szagunn/Wohlschließ, KWG, 6. Aufl. 1997, § 7, Rdnr. 21.

¹⁰¹ So allerdings eingehend Klabbers (Anm. 95), 77 ff. insbesondere unter Deutung von *Qatar v. Bahrain*, ICJ-Rep. 1994, 112; *ibid.*, 212 ff. Eine explizite Gegendeutung unter Hinweis auf die praktische Unmöglichkeit, bindende und nicht bindende Abkommen einheitlich zu behandeln bei Aust (Anm. 93), 41 ff.

¹⁰² Grundlegend M. Virally, La distinction entre textes internationaux de portée juridique et textes internationaux dépourvus de portée juridique (à l'exception des textes émanant des organisations internationales), AIDI 60 (1983/I), 166.

¹⁰³ Dazu Delbrück/Wolfrum (Anm. 4), 864 ff.; Doehring (Anm. 92), 362 ff.

¹⁰⁴ Report of the International Law Commission, 53rd Sess. 2001, Official Records GA, 56th Sess. supp.

schuldhaft nicht an eine Absprache, so kann dies jedenfalls nicht den primären Inhalt der Verpflichtungen zur Geltung bringen, die zwar in der Sache niedergelegt wurden, die aber durch die Absprachen gerade nicht verpflichtend gemacht werden sollten. Dogmatisch wäre ein solcher Schluss eine Verwechslung bestimmter Haftungstatbestände des allgemeinen Völkerrechts mit bindenden völkerrechtsvertraglichen Pflichten, also – zivilistisch gesprochen – eine Konfusion von Delikt und Vertrag. In der Praxis erscheint der schuldhafte schadenserzeugende Verstoß zudem als eine gänzlich unwahrscheinliche Variante. Die untersuchten Kooperationsformen setzen von vornherein ganz auf weiche Formen der Durchsetzung, auf *compliance*-Mechanismen, an die keine durchsetzbaren Sanktionen angeschlossen werden.

Das bedeutet schließlich nicht, dass den hier behandelten Kooperationen jedwede Rechtswirkung von vornherein abzusprechen ist. Nichtbindende Vereinbarungen können Ausdruck eines gegenseitigen Vertrauens sein, das die Völkerrechtsordnung auch dann anzuerkennen vermag, wenn unmittelbare Bindungen von den Parteien nicht beabsichtigt waren¹⁰⁵. Entsprechende Nebenpflichten oder Rücksichtnahmegebote etwa aus dem Rechtsgedanken des guten Glaubens oder des völkerrechtlichen *estoppel*¹⁰⁶, erscheinen freilich für das vorliegende Problem als praktisch so wenig relevant wie die Frage einer spezifisch politischen Bindung. Die praktische Ausgestaltung und Überwachung der Standards entfaltet viel stärkere faktische Bindungskräfte, als sie die allmähliche Verfestigung von Vertrauenstatbeständen jemals liefern könnte¹⁰⁷.

b) Behördennetzwerke als internationale Organisationen?

Dieses Ergebnis prägt zugleich die völkerrechtliche Einordnung der organisatorischen Verfestigung: Die oben vorgestellte IOSCO, International Organization of Securities Commissions, bezeichnet sich selbst als “International Organization” – aber ist sie deswegen eine internationale Organisation im Sinne des Völkerrechts oder will sie es sein¹⁰⁸? Fehlt es an einem durch Vertreter souveräner Staaten arti-

¹⁰⁵ Aus der durchaus überschaubaren Literatur: T. Franck, Editorial Comment: The Twilight Existence of Nonbinding International Agreements, *American Journal of International Law* 71 (1977), 296; W. Wengler, Die Wirkungen nichtrechtlicher Verträge zwischen Staaten, *AVR* 22 (1984), 306 (307 ff.); Delbrück/Wolfrum (Anm. 4), 516 ff.; S. Rosenne, *Developments in the Law of Treaties*, 1989, 187 ff.

¹⁰⁶ Anerkannt als Möglichkeit bestimmtem staatlichen Verhalten eine nicht-intendierte rechtliche Wirkung zukommen zu lassen in *Cambodia v. Thailand*, ICJ-Rep. 1962, 6. Zu diesem Grundsatz im Zusammenhang mit nicht-bindenden Abkommen: Aust (Anm. 93), 45 f.; Klabbbers (Anm. 95), 93 ff. Grundsätzlich Doebring (Anm. 92), Rdnr. 410.

¹⁰⁷ Eine institutionelle Nutzenanalyse nicht durchsetzbarer Regeln bei: K. W. Abbott/D. Snidal, *Hard and Soft Law in International Governance*, *International Organization* 54 (2000), 421 (444 ff.).

¹⁰⁸ Zum Begriff der internationalen Organisation hier nur: J. Klabbbers, *An Introduction to International Institutional Law*, 2002, 23 ff.; I. Seidl-Hohenveldern/G. Loibl, *Das Recht der Internationalen Organisationen*, 7. Aufl. 2000, 6 ff.

kulierten Willen zur Errichtung einer völkerrechtlichen Rechtspersönlichkeit, einem Willen, der in aller Regel in der Form eines völkerrechtlichen Vertrags zum Ausdruck kommt¹⁰⁹, so spricht dieses Fehlen auch gegen die Annahme einer internationalen Organisation im Sinne des Völkerrechts – eines teilrechtsfähigen Subjekts des Völkerrechts¹¹⁰. Zwar werden in der völkerrechtlichen Diskussion internationale Organisationen kraft *soft law* diskutiert¹¹¹. Doch handelt es sich in diesen Fällen um Vereinbarungen, in denen staatliche Regierungen mit voller Außenvertretungsbefugnis in einem dezidiert politischen Zusammenhang agieren. Es geht auch in diesem Spezialfall um eine *intergouvernementale* Organisation, wie etwa Art. 2 (1) (i) Wiener Vertragsrechtskonvention internationale Organisationen in der englischen Fassung definiert. Die hier untersuchten Gremien handeln jedoch *interadministrativ*, nicht *intergouvernemental*. Sie haben zwar faktisch einen beachtlichen Grad an Verselbständigung und Dauer erreicht¹¹², der nicht zuletzt auch in der Entwicklung einer mehr oder minder ausdifferenzierten Organisationsstruktur zum Ausdruck kommt; doch folgt aus dieser Permanenz allein eben noch nicht die Annahme einer internationalen Organisation im Sinne des Völkerrechts¹¹³. Die deskriptiv, an politikwissenschaftlichen Einsichten orientierte juristische Literatur¹¹⁴ spricht im vorliegenden Zusammenhang deswegen von *Behördenetzwerken* – eine Metapher, die auch als Beschreibung manche Frage aufwirft¹¹⁵, die aber sicherlich keine Rechtsfolgen enthalten soll. Fazit: Auch auf der Organisationsseite bleibt die auswärtige Verselbständigung der Behörden völkerrechtlich unbeachtlich.

2. Verfassungsrecht

Wie steht es mit der verfassungsrechtlichen Beurteilung? Um diese Frage zu beantworten, ist in einem ersten Schritt zu klären, welchen Organen innerhalb der Exekutive das Grundgesetz im Regelfall die Außenvertretungsbefugnis des Bundes zuweist (a). In einem zweiten Schritt bleibt zu bestimmen, ob das Grundgesetz Abweichungen von der Regel durch einen Delegationsakt gestattet und welches die vom Grundgesetz gebotene Form dieser Delegation ist (b).

¹⁰⁹ Zur Entstehung internationaler Organisationen: Seidl-Hohenveldern/Loibl, *ibid.*, 60 ff.; Klabbbers (Anm. 108), 82 ff.

¹¹⁰ Zur Rechtsfähigkeit nur Klabbbers, *ibid.*, 42 ff.; Seidl-Hohenveldern/Loibl (Anm. 108), 44 ff.

¹¹¹ Für die KSZE: I. Seidl-Hohenveldern, Internationale Organisationen aufgrund von *soft law*, Festschrift Bernhardt, 1995, 229.

¹¹² Zu diesen Eigenschaften: Klabbbers (Anm. 108), 169 ff.

¹¹³ Zu Möglichkeiten einer Entwicklung der Dogmatik in diesem Sinne: Zaring (Anm. 9), 328.

¹¹⁴ Vgl. oben bei Anm. 9.

¹¹⁵ Dazu sogleich, IV., 2.

a) Außenvertretungsbefugnis der Behörden

Art. 59 Abs. 1 GG weist die völkerrechtliche Vertretung der Bundesrepublik dem Bundespräsidenten zu. Diese Regelung steht im bekannten Gegensatz zur Staatspraxis, die den Großteil außenbezogener Handlungen durch die Bundesregierung erledigen lässt¹¹⁶. Dies wird verfassungsrechtlich weder von der Rechtsprechung noch von der Literatur ernsthaft beanstandet¹¹⁷. Denn schon aus der Gegenzeichnungspflicht des Art. 58 S. 1 GG lassen sich die Grenzen materieller politischer Gestaltungsmöglichkeiten des Bundespräsidenten allgemein, damit aber auch in auswärtigen Angelegenheiten gegenüber der Bundesregierung herleiten¹¹⁸. Dies gestattet die Rekonstruktion des folgenden Normzusammenhangs: Die materielle Ausgestaltung auswärtiger Beziehungen ist innerhalb der Zweiten Gewalt vom Grundgesetz der Bundesregierung zugewiesen und damit bei einem Verfassungsorgan monopolisiert. Zugleich unterstreicht die formelle Zuweisung der Befugnisse an den Bundespräsidenten in Art. 59 Abs. 1 GG das Erfordernis eines bestimmten Grads an Vereinheitlichung der Außenvertretung, der zumindest durch bestimmte Ableitungszusammenhänge zwischen tatsächlich handelndem Organwahrer, Bundesregierung und Bundespräsident sichergestellt werden muss¹¹⁹. Praktisch wird dieses Vereinheitlichungserfordernis durch die in § 72 Abs. 2 der Gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien¹²⁰ angeordnete Beteiligung des Auswärtigen Amtes an allen abzuschließenden Verpflichtungen realisiert.

Dieses Vereinheitlichungsgebot gilt in Erweiterung des Wortlauts der verfassungsrechtlichen Vorgaben aus folgenden Gründen auch für informelles administratives Handeln ohne rechtliche Bindungswirkung¹²¹: Zum einen fallen auch diplomatische Handlungen ohne rechtsbindende Wirkungen nach allgemeiner Ansicht entweder unter Art. 59 Abs. 1 S. 1 GG oder sie sind innerhalb der Zweiten Gewalt unmittelbar der Bundesregierung zugewiesen¹²². Zum anderen zeigt die Regelung der Verwaltungsabkommen in Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG, dass sich die Kompetenznorm des Art. 59 GG nicht auf hochpolitische Vorgänge beschränkt,

¹¹⁶ Dazu nur Sachs – Streinz, Art. 59, Rdnr. 2, 8 f.; Dreier – Pernice, Art. 59, Rdnr. 14, 17.

¹¹⁷ Zur Diskussion: U. Fastenrath, Kompetenzverteilung im Bereich der auswärtigen Gewalt, 1986, 202 ff.

¹¹⁸ *Ibid.*, 201; Sachs – Streinz, Art. 58, Rdnr. 2; Jarass/Pieroth, Art. 59, Rdnr. 6.

¹¹⁹ Zum Erfordernis eines einheitlichen Auftretens nach außen, das in den Befugnissen des Bundespräsidenten zum Ausdruck kommt: R. Bernhardt, Verfassungsrecht und völkerrechtliche Verträge, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VII, § 174, Rdnr. 7; Fastenrath (Anm. 117), 210. Zustimmend: Dreier – Pernice, Art. 59, Rdnr. 18.

¹²⁰ Vom 26.7.2000.

¹²¹ Anders aber mit Blick auf den Bundesrechnungshof Isensee (Anm. 9), 40, allerdings sachlich einschränkend. Die Unterscheidung zwischen informellen und formellen Handlungen, die in auswärtigen Angelegenheiten eine praktisch wichtige Rolle spielt, wird mit Blick auf dieses Problem der Kompetenzordnung nur selten problematisiert. Vgl. dazu aber Sachs – Streinz, Art. 59, Rdnr. 40.

¹²² Sachs – Streinz, Art. 59 Rdnr. 1.

sondern auch administrative Zusammenhänge betrifft¹²³. Auch bei Verwaltungsabkommen handelt es sich um von Mitgliedern der Gubernative abzuschließende Verträge, die nur nicht dem Zustimmungsvorbehalt des Bundestags aus Art. 59 Abs. 1 S. 1 GG unterliegen¹²⁴. So ist es gängige Praxis, dass von der Bundesregierung geschlossene völkerrechtliche Verträge bestimmte Behörden damit betrauen, Verwaltungsabkommen zur Durchführung des Vertrags zu schließen¹²⁵.

Insoweit lässt sich festhalten: Das Grundgesetz zentralisiert die auswärtigen Beziehungen des Bundes jedenfalls innerhalb der Zweiten Gewalt bei Bundespräsident und Bundesregierung sowie innerhalb der Bundesregierung durch die Beteiligung des Auswärtigen Amtes an den auswärtigen Aktivitäten der Fachressorts. Die Verwaltung, verstanden als die der Bundesregierung nachgeordnete Fachbehörde des Bundes, findet dagegen im Grundgesetz bis auf den auswärtigen Dienst keine Erwähnung. *E contrario* wird man daher schließen können: Ohne jedweden vermittelnden Rechtsakt ist nachgeordneten Behörden des Bundes die Aufnahme keinerlei Art auswärtiger Beziehungen, seien sie formaler, seien sie informaler Art, gestattet. Sie verstoßen so lange gegen das Grundgesetz, wie eine wirksame Delegation nicht vorliegt.

b) Zulässigkeit und Form einer Delegation: Zum Gesetzesvorbehalt

Diese Konsequenz impliziert nicht, dass die Kompetenzverteilung innerhalb der Zweiten Gewalt durch die Verfassung abschließend definiert wäre¹²⁶. Vielmehr erscheint es möglich, dass die Organisationsverfassung des Grundgesetzes im auswärtigen Bereich wie auch sonst die Delegation von Kompetenzen der Regierung an nachgeordnete Stellen gestattet¹²⁷. Einen entscheidenden Hinweis zugunsten einer Delegationsbefugnis gibt die Tatsache, dass auch der auswärtige Dienst über einen eigenen Behördenunterbau verfügt, dessen Zulässigkeit sich unmittelbar aus Art. 87 Abs. 1 S. 1 GG ergibt¹²⁸. § 2 Abs. 2 des Gesetzes über den auswärtigen Dienst¹²⁹ bestätigt, dass der nachgeordnete auswärtige Dienst nicht auf Fragen der

¹²³ Zum Überblick: R. Warmke, Verwaltungsabkommen in der Bundesrepublik Deutschland, Die Verwaltung, 24 (1991), 455. Zur Geschichte W. Kessler, Geschichtliche Entwicklung Internationaler Verwaltungsabkommen im deutschen Recht, 1960, 40 ff., 79 ff.

¹²⁴ Sachs – Streinz, Art. 59, Rdnr. 76, 78; v. Mangoldt/Klein/Starck – Kempfen, Art. 59, Rdnr. 102; v. Münch/Kunig – Rojahn, Art. 59, Rdnr. 51; Jarass/Pieroth, Art. 59, Rdnr. 21.

¹²⁵ Beispiele bei E. Härle, Die völkerrechtlichen Verwaltungsabkommen der Bundesrepublik, JöR 12 (1965), 93 (122 f.).

¹²⁶ Zum selten behandelten Problem der Beziehung von Verfassungs-, Gesetzes- und Innenrechtsvorbehalt im Verwaltungsorganisationsrecht: M. Jestaedt, Grundbegriffe des Organisationsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Handbuch der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2005, § 14.

¹²⁷ Zur allgemeinen Rechtslage innerhalb der Verwaltung: U. Hufeld, Die Vertretung der Behörde, 2003, 108 ff.

¹²⁸ Dazu Dreier – Hermes, Art. 87, Rdnr. 25, 27.

¹²⁹ G. v. 30. 8. 1990 (BGBl. I, 1842), geändert durch Art I G. v. 20.6.2002.

allgemeinen Politik beschränkt ist, sondern beispielsweise auch wirtschaftliche Sachfragen behandeln darf¹³⁰. Auch in der bundesstaatlichen Verbandskompetenz ist die Delegierbarkeit der Bundeskompetenz des Art. 32 Abs. 1 GG an die Länder unbestritten¹³¹. Das Grundgesetz behandelt insoweit die Außenbeziehungen des Bundes jedenfalls nicht in Gänze als höchstpersönliche Kompetenz von Bundespräsident und Bundesregierung, sondern sieht sogar einen kompletten Behördenunterbau für seine Wahrnehmung vor.

Lässt sich auswärtiges Handeln im Grundsatz an nachgeordnete Verwaltungsagenden delegieren, so ist mit dieser Feststellung die Frage nach der Form des Delegationsakts noch nicht geklärt. Wie aber sind solche Formanforderungen für den vorliegenden Fall der informellen Absprache von Standards dogmatisch bestimmbar? Aus Art. 24 Abs. 1 GG lassen sich keine Vorgaben für die vorliegende Konstellation herleiten: Eine zwischenstaatliche Organisation liegt nicht vor, weder handelt es sich in den Beispielen um internationale Organisationen im völkerrechtlichen Sinne¹³² noch werden Hoheitsrechte übertragen¹³³.

Einen besseren Anhaltspunkt könnte Art. 59 Abs. 2 GG liefern. Art. 59 Abs. 2 S. 1 scheint das parlamentarische Zustimmungserfordernis im Bereich auswärtigen Handelns auf den Abschluss bestimmter qualifizierter völkerrechtlicher Verträge zu beschränken. Wenn aber nach Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG auch völkerrechtliche Verträge unterhalb der Zustimmungsschwelle zulässig sind, so könnte daraus *a fortiori* folgen, dass auch für die nicht bindenden Behördenabsprachen keine gesetzliche Grundlage erforderlich ist¹³⁴. Dieser Schluss ist jedoch nicht zwingend, denn auch der Fall des Art. 59 Abs. 2 S. 2 GG setzt als Abschluss eines völkerrechtlichen Vertrags ein Handeln der Bundesregierung voraus¹³⁵. Die Frage ist also nicht, ob ein Vertrag nach Art. 59 Abs. 2 S. 1 oder S. 2 GG vorliegt, beides ist, wie gezeigt, nicht der Fall, sondern inwieweit der Bundesregierung nachgeordnete Behörden für auswärtiges Handeln einer gesetzlichen Grundlage bedürfen. Es geht nicht um die Frage der gesetzlichen Zustimmung zu völkerrechtlichen Verpflichtungen *ex post*, sondern um die Ermächtigung der Verwaltung *ex ante* zu Handlungen mit Außenbezug. Für die Notwendigkeit einer gesetzlichen Grundlage in diesem Fall sprechen mehrere Gründe:

Diese erscheint zum Ersten geboten, weil für die Wahrnehmung von Außenbeziehungen, wie erörtert, eine verfassungsrechtliche Zuweisung an die Gubernative

¹³⁰ Dies bedeutet freilich nicht, dass diese gesetzliche Regelung der auswärtigen Verwaltung pauschal ein allgemeines Handlungsmandat zuweise, in diese Richtung aber C. Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, 2001, 285.

¹³¹ *Niedobitek* (Anm. 15), 266 ff.

¹³² Dazu bereits oben, III., 1., b).

¹³³ Zum Verständnis der zwischenstaatlichen Organisation als internationale Organisation: BVerfGE 2, 347 (377 f.); BK – Tomuschat, Art. 24, Rdnr. 39 ff.; Maunz/Dürig – Randelzhofer, Art. 24, Rdnr. 43 ff.

¹³⁴ Diese Analogie bei Sachs – Streinz, Art. 59, Rdnr. 81. Zustimmend: Jarass/Pieroth, Art. 59, Rdnr. 21.

¹³⁵ Nochmals Sachs – Streinz, Art. 59, Rdnr. 78.

besteht. Dies ist für normale Vollzugstätigkeiten dagegen nicht der Fall. Das Grundgesetz privilegiert den Gesetzesvollzug durch die Bundes- oder Landesregierungen gegenüber demjenigen durch nachgeordnete Behörden in der Regel nicht¹³⁶. Ganz im Gegenteil kann der ministerialunmittelbare Vollzug Probleme der Gewaltenteilung und der Rechtsbindung der Exekutive aufwerfen¹³⁷. Anderes gilt kraft der Regelungen des Grundgesetzes für den Vorbehalt der Außenbeziehungen. Die verfassungskräftige Anordnung spricht somit für eine normativ höher aufgehängte Delegationsregelung.

Zum Zweiten ist an die Wirkungen zu denken, die die hier untersuchten Kooperationsformen auf die Tätigkeit der Verwaltung haben. Wie dargestellt, handelt es sich bei ihnen um Formen der Setzung von Standards innerhalb der Grenzen des gesetzlichen Auftrags. Die Aufstellung von Vollzugsstandards ist dem deutschen Verwaltungsrecht in Form von Verwaltungsvorschriften nicht fremd; diese unterliegen gerade keinem Gesetzesvorbehalt¹³⁸. Aber die Regel der gesetzefreien oder gesetzekonkretisierenden Selbstbindung lässt sich auf Fälle der Außenbeziehungen nicht ohne weiteres übertragen. Denn in dieser Konstellation nehmen andere administrative Akteure an der Selbstbindung teil – Akteure, die gegenüber den Adressaten der konkretisierten Maßnahmen nicht über eine demokratische Legitimation verfügen. Anders formuliert: Am Prozess der administrativen Gesetzeskonkretisierung sind Verwaltungen beteiligt, die an das zu konkretisierende Gesetz gar nicht gebunden sind. Damit fehlt es aber den an der Entscheidung Beteiligten an der von Art. 20 Abs. 2 S. 2 GG geforderten personellen Legitimation¹³⁹. Dies legt es zwingend nahe, diese Beteiligung unter den Vorbehalt gesetzlicher Ausgestaltung zu stellen. Dies kann man auch in Begriffen der Verselbständigung der Verwaltung beschreiben¹⁴⁰. Durch ihre Eingliederung in Gremien, die im Konsens entscheiden, verselbständigen sich die Bundesbehörden gegenüber dem hierarchischen Zusammenhang, in den sie gegenüber der Bundesregierung eingebunden sind. Sie müssen bei der Willensbildung in einer Verhandlungssituation auch horizontale Einflussnahmen berücksichtigen, nicht nur die legitimationsstiftende vertikale Kontrolle der Bundesregierung. Diese Verselbständigung bedarf aber aus der Perspektive einer angemessenen demokratischen Legitimation der Kompensation. Die Verdünnung personaler Legitimation in einem Gremium, in dem nicht-deutsche Vertreter eine deutsche Verwaltungspraxis mitdefinieren, erfordert eine intensivere sachgesetzliche Ausgestaltung¹⁴¹.

¹³⁶ Möllers (Anm. 7), § 4, III., 3.

¹³⁷ *Ibid.*

¹³⁸ Klassisch F. Ossenbühl, Verwaltungsvorschriften und Grundgesetz, 1968, 258 ff.

¹³⁹ E. Schmidt-Aßmann, Verwaltungslegitimation als Rechtsbegriff, AöR 116 (1991), 329 (376 ff.); Dreier – Dreier, Art. 20 (Demokratie), Rdnr. 106; E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts I, 1. Aufl. 1987, § 22, Rdnr. 16.

¹⁴⁰ Verwaltungswissenschaftlich: G. F. Schuppert, Verwaltungswissenschaft, 2000, 847 ff.

¹⁴¹ Zum entsprechenden Konzept des Legitimationsniveaus: E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungs idee, 2. Aufl. 2004, 2/98 f.

Für die Wahrnehmung von Außenbeziehungen nachgeordneter Behörden ist deswegen ein abgestufter Gesetzesvorbehalt anzunehmen, der sich an der Intensität der in internationalen Zusammenhängen entstehenden exekutiven Selbstbindungen orientiert. Für einen punktuellen Informationsaustausch wird er nicht notwendig ausgelöst, sicherlich aber für die hier beschriebene organisatorisch verfestigte Koordinationsarbeit, in der spezifische Vollzugsstandards entwickelt werden. Gesetzliche Regelungen haben in diesem Fall Sachbereich, Verfahren und Organisation der Koordination zu bestimmen. Dabei erscheint es durchaus möglich, den Sachbereich auswärtiger Beziehungen durch einen Verweis auf die gesetzliche Aufgabenstellung der Behörde abschließend zu regeln. Die Entwicklung von harmonisierten Regulierungsstandards durch Behördenkonsens bedarf einer eigenen gesetzlichen Grundlage, die die betreffenden Organisationen benennt.

c) Anwendung auf die Beispiele

Was bedeutet dies mit Blick auf die oben vorgestellten Fälle? In allen drei Beispielen haben wir es mit vollzugsrelevanter Standardsetzung innerhalb verfestigter Organisationsformen zu tun. Verfassungsrechtlich zweifelhaft erscheint vor diesem Hintergrund das Handeln der Deutschen Bundesbank. Diese kann sich allein auf § 4 BBankG als gesetzliche Grundlage berufen, der sich institutionell auf die Bank für internationalen Zahlungsausgleich beschränkt, materiell aber keine Fragen der Bankenaufsicht behandelt. Der Hinweis im letzten Teil der Norm auf die sonstigen Aufgaben erscheint insoweit als nicht ausreichend. Für das Handeln der Bundesbank im Basler Komitee, das, wie gezeigt¹⁴², nicht der Weisungsunabhängigkeit der Bank von der Bundesregierung unterfällt, fehlt es an einer gesetzlichen Grundlage.

Auch § 116 TKG regelt die auswärtigen Beziehungen der RegTP in zu großer Allgemeinheit durch einen Hinweis auf die gesetzlichen Aufgaben. Noch am eingehendsten sind die gesetzlichen Regelungen für die Wertpapieraufsicht der BaFin ausgestaltet. Aber auch diese Normen äußern sich weder zur Standardsetzung noch zur Verstetigung der Zusammenarbeit in einer eigenen Organisation. Alle drei Regelungen erscheinen deswegen kaum als eine ausreichende gesetzliche Grundlage für die Praxis organisierter vollzugsrelevanter Standardisierung.

d) Ein vergleichender Blick auf die Rechtslage in den USA und der EU

Für das amerikanische Recht stellen sich die verfassungsrechtlichen Probleme anders dar. Dies hängt nicht zuletzt damit zusammen, dass die auswärtigen Beziehungen im amerikanischen Recht viel intensiver durch das Parlament mitgestaltet werden als im deutschen Recht – augenscheinlich ohne Verluste bei der Handlungsfähigkeit der amerikanischen Außenpolitik, wie man mit Blick auf die erstarr-

¹⁴² Oben, II., 1., a).

te deutsche Rechtsprechung ergänzen sollte¹⁴³. Daher liegen eingehendere gesetzliche Regelungen für auswärtige Beziehungen vor, in denen der Kongress die Initiative übernimmt¹⁴⁴. Eine solche "statutory authority"¹⁴⁵ dürfte verfassungsrechtlich geboten sein¹⁴⁶, ihr Fehlen wird aber selten zum verfassungsrechtlichen Problem¹⁴⁷. Bedenken ergeben sich auf der einfachgesetzlichen Ebene, insbesondere mit Blick auf das Verwaltungsverfahren des Administrative Procedure Act¹⁴⁸. Das amerikanische Verwaltungsrecht kennt nämlich anders als das deutsche Recht eingehende Regelungen des Verfahrens der administrativen Normsetzung, des *rule-making*¹⁴⁹. Diese Regeln sehen namentlich vor, dass Betroffene zu einem vergleichsweise frühen Zeitpunkt von einem Vorhaben in Kenntnis gesetzt werden und in einer Weise Gelegenheit zur Stellungnahme (*comment*) erhalten, die es ermöglicht, dass diese Stellungnahme bei der abschließenden Entscheidung angemessene Berücksichtigung erfährt. Diese für das amerikanische Verwaltungsrecht bedeutenden Regeln sind augenscheinlich dann schwer einzuhalten, wenn sich die Behörde in Absprachen mit ihren ausländischen Entsprechungen bereits entscheidend bindet¹⁵⁰. Während soweit ersichtlich zu dem Problem noch keine Rechtsprechung erschienen ist, dürfte es doch in seiner Bedeutung zunehmen.

Für das Gemeinschaftsrecht¹⁵¹ ist auf eine Entscheidung des EuGH hinzuweisen, in der dieser der Kommission Grenzen bei der Kooperation mit anderen Wettbewerbsbehörden zieht¹⁵². Ein – allerdings rechtlich wirksames – mit der Wettbewerbsabteilung des U.S. Department of Justice abgeschlossenes Abkommen zur Vollzugshilfe konnte von der Kommission nicht allein aus seinen internen wettbewerbsrechtlichen Kompetenzen eingegangen werden. Die Vollzugskompetenzen der Kommission begründen demnach nicht das Recht zu einer auswärtigen Vollzugskooperation.

Während die Entscheidung des EuGH aus der Sicht nationaler Verfassungsrechtsordnungen eine Selbstverständlichkeit zum Ausdruck bringt, nämlich, dass sich aus Verwaltungskompetenzen jedenfalls nicht die Befugnis zu völkerrechtlich bindenden Kooperationsformen ergeben, verweisen die Rechtsfragen im amerika-

¹⁴³ BVerfGE 68, 1; 104, 151. Zur dogmatischen Kritik: Möllers (Anm. 7), § 8, II., 2.

¹⁴⁴ 12 USC § 3901(b) (1994): The Federal banking agencies shall consult with the banking supervisory authorities of other countries to reach understandings aimed at achieving the adoption of effective and consistent supervisory policies and practices with respect to international lending.

¹⁴⁵ Dazu soweit ersichtlich nur Berman (Anm. 85), 741 ff.

¹⁴⁶ *Ibid.*, 741.

¹⁴⁷ Seltenes Beispiel: *Youngstown Sheet & Tube Co. v. Sawyer* 343 U.S. 579 (1952). Konflikte zwischen Präsident und Kongress werden informell gelöst.

¹⁴⁸ Berman (Anm. 85), 742 ff.

¹⁴⁹ Zur Diskussion vergleichend Möllers (Anm. 7), § 5, III., 2. Th. Th. Ziamou, *Rulemaking, Participation and the Limits of Public Law in the USA and Europe*, 2001, 122 ff.

¹⁵⁰ Berman (Anm. 85), 744 ff.

¹⁵¹ Eine eingehende Untersuchung amerikanisch-europäischer Behördenkooperationen bei Berman (Anm. 85), 965 ff.

¹⁵² EuGH, Rs. 327/91, *Frankreich / Kommission*, Slg. 1994, I-3666, Tz. 18 ff.

nischen Recht materiell auf ein anderes Problem: die angemessene Interessenrepräsentation bei der Festsetzung der transnationalen Vollzugsstandards. Diese – im deutschen Recht schwer zu thematisierende Frage – wird uns im Folgenden weiter beschäftigen¹⁵³.

IV. Legitimationsfragen und Lösungspotentiale

1. Legitimationsprobleme der Behördenkooperation

Auf verfassungsrechtlicher Ebene löst das untersuchte Behördenhandeln einen Gesetzesvorbehalt aus. Auf völkerrechtlicher Ebene erzeugt es keine Rechtsfolge, es verstößt auch nicht gegen Völkerrecht, eher gleitet das Völkerrecht an ihm ab. Doch ist mit diesen beiden Befunden der Beitrag einer rechtswissenschaftlichen Analyse beendet? Befriedigen diese Ergebnisse und erscheinen sie als eine angemessene Reaktion auf die auswärtige Verselbständigung von Behörden? Zum Ende des vorliegenden Beitrags ist es notwendig, sich dem Problem aus einer anderen Perspektive zuzuwenden und von Fragen der Legalität zu solchen der Legitimation zu wechseln¹⁵⁴.

Auf der einen Seite wirkt die völkerrechtliche Analyse nämlich deswegen nicht völlig befriedigend, weil die Harmonisierungsstandards wie gezeigt einen sehr hohen Grad an Befolgung aufweisen. Das bedeutet – und dieses Phänomen ist der völkerrechtlichen Diskussion seit längerem bekannt –, dass der Grad der Befolgung von Regeln, die im internationalen Konsens ausgehandelt wurden, kaum von ihrer formellen Bindungswirkung abhängt¹⁵⁵. Ist dies aber der Fall – und hier ist die Parallele zur deutschen Diskussion der Verwaltungsvorschriften nicht ganz fern –, dann trifft der Verweis auf die fehlende formelle Rechtswirkung nicht den Kern des Problems. Umgekehrt ist die hier begründete Annahme eines Gesetzesvorbehalts zwar eine notwendige, aber vielleicht doch keine hinreichende Reaktion auf die auswärtige Verselbständigung von Behörden. Denn der Verselbständigung der administrativen Willensbildung wird damit praktisch kaum entgegengesteuert. Einen materiellen Beitrag zur Entscheidung kann der Gesetzgeber nur eingeschränkt leisten, will er die auswärtige Behördenkooperation nicht ganz unterbinden; aber auch eine weisungsbefugte Regierung ist von den Prozessen der Aushandlung von Standards sachlich weit entfernt.

¹⁵³ Vgl. auch die verallgemeinernden Überlegungen bei *Bermann* (Anm. 85), 770 ff.; *Slaughter* (Anm. 9), 230 ff.

¹⁵⁴ Kritisch zur Legitimation der Behördenkooperation auch *S. Piciotto*, *Networks in International Economic Integration*, *Northwestern Journal of Law and Business*, 17 (1996/97), 1047. vgl. auch *Rautiala* (Anm. 9), 25 sowie die Darstellung bei *Slaughter* (Anm. 9), 217 ff.

¹⁵⁵ *Wolfrum* (Anm. 83), 407 ff.; *T. Franck*, *Fairness in International Law and Institutions*, 1995, 23 f.

Darüber hinaus lassen sich verschiedene Probleme der interadministrativen Zusammenarbeit benennen, die durch eine gesetzliche Regelung nicht oder nur ansatzweise behoben werden:

Das erste Problem ist dasjenige einer verstärkten Sektoralisierung¹⁵⁶. Die Behördengremien bilden vertikale Fachbruderschaften¹⁵⁷ oder *epistemic communities*¹⁵⁸, die sich auf die Lösung eines bestimmten Regulierungssektors beschränken. Damit drohen sie aber zugleich andere Sachprobleme aus den Augen zu verlieren und in eine enge praktische Abhängigkeit zu den von ihnen regulierten Teilen der Gesellschaft, namentlich multinationalen Unternehmen, zu geraten. Standards entstehen so oftmals spontan, in einem typisch administrativen, sachlich verengten Problemlösungszusammenhang, dem ein übergreifender politischer Kontext der zu treffenden Entscheidungen abgeht.

Diese Sektoralisierung hat zwei nachteilige Konsequenzen: Auf der politischen Entscheidungsebene erzeugt sie einen Verlust an demokratischer Allgemeinheit, der in demokratischen Nationalstaaten durch allgemeinzuständige Organe wie Kabinett und Parlament sichergestellt wird¹⁵⁹. Juristisch führt dies zur Entwicklung einer Vielzahl von Sonderrechtsmaterien, die ohne Not zersplittert sind und damit der möglichen Rationalisierungsleistung allgemeiner Regulierungsstandards verlustig gehen¹⁶⁰.

Eng damit verwandt ist – zum Zweiten – die fehlende Transparenz der Rechtserzeugungsvorgänge, deren Publizität in der Regel allein in der Hand der beteiligten Behörden steht. Nicht alle beschlossenen Dokumente werden veröffentlicht. Ob sie veröffentlicht werden, unterliegt keinen Regeln. Wie die Regeln entstehen, ist gleichfalls kaum nachvollziehbar. Es ist Gegenstand von Spekulationen, die sich gerade damit beschäftigen, inwieweit Behörden eines Staates durch die Zusammenarbeit entscheidenden Einfluss auf die Verwaltungspraxis anderer Staaten nehmen können. Offensichtlich dient die Behördenzusammenarbeit im Ergebnis nicht selten der Durchsetzung der Interessen einzelner Staaten oder Staatengruppen¹⁶¹.

Die Sektoralisierung erzeugt zudem drittens eine geringe Veränderungs- und Korrekturfähigkeit der entstandenen Regeln, von denen einerseits nur im Konsens abgewichen werden kann, über deren Veränderungsbedarf andererseits aber kaum ein öffentlicher Diskussionszusammenhang entsteht. Im Konsens entscheidenden

¹⁵⁶ Dazu C. Walter, Die Folgen der Globalisierung für die europäische Verfassungsdiskussion, DVBl. 2000, 1 (2 f.).

¹⁵⁷ So der Ausdruck von F. Wegener, Der öffentliche Dienst im Staat der Gegenwart, VVDStRL 37 (1979), 215 (238 ff.).

¹⁵⁸ P. M. Haas, Introduction: Epistemic Communities and International Policy Coordination, International Organization 46 (1992), 1.

¹⁵⁹ Möllers (Anm. 7), § 2, II., 2., b).

¹⁶⁰ Schmidt-Aßmann (Anm. 141), 1/10 f.

¹⁶¹ Dies die dokumentierte These bei Raustiala (Anm. 9), 32 ff. Vgl. besonders das bemerkenswerte Zitat *ibid.*, 35 vom Chairman der SEC, der sein Interesse an internationaler Kooperation ausdrücklich auf die Durchsetzung eigener Standards beschränkt.

internationalen Gremien fehlt die Möglichkeit zum kreativen Bruch, zur politischen Diskontinuität¹⁶². Eine solche Diskontinuität verleiht demokratischen Verfassungsstaaten im Anschluss an einen durch Wahlen bewirkten Regierungswechsel nicht allein demokratische Legitimität, sondern auch die funktional wichtige Möglichkeit, die eigenen Aktionen radikal auf ihre Richtigkeit zu überprüfen und Veränderungen einzuleiten. Alle genannten Probleme lassen sich als ein Legitimationsdefizit der auswärtigen Verselbständigung deuten. Zugleich stellen sie aber auch funktional die Problemlösungsfähigkeit der Zusammenarbeit in Frage.

Ein rechtswissenschaftlicher Zugriff, der sich – anders als in Deutschland immer noch weit verbreitet – mit dem beschränkten Blick auf das positive Verfassungs- und Völkerrecht nicht zufrieden gibt¹⁶³, könnte sich aus verschiedenen Perspektiven ergeben. In der Diskussion stehen vornehmlich zwei Konzepte: zum einen die Beschreibung der auswärtigen Verselbständigung mit Hilfe der Kategorie des Netzwerks (2.) sowie zum Zweiten ihre demokratietheoretische Rechtfertigung durch eine deliberative Demokratietheorie (3.). Beiden Ansätzen soll das Konzept eines zu entwickelnden Völkerverwaltungsrechts zur Seite gestellt werden (4.).

2. Netzwerk als Beschreibungskategorie

Der Begriff des Netzwerks findet seit einiger Zeit auch in der rechtswissenschaftlichen Literatur Eingang¹⁶⁴, häufig in unspezifischer Weise, seltener auch mit Blick auf das hier untersuchte Phänomen¹⁶⁵: Die Netzmetapher ist augenscheinlich vieldeutig, ihr entscheidendes Charakteristikum für den rechtswissenschaftlichen Gebrauch besteht aber darin, dass bestimmte in den Rechtswissenschaften gebräuchliche Unterscheidungen durch sie unterlaufen werden¹⁶⁶. Die Beschreibung einer rechtserheblichen Organisationsstruktur als Netzwerk lässt offen, ob die Organisation kooperativ oder hierarchisch aufgebaut ist, ob sie hoheitlich oder privat handelt, ob sie sich informeller oder formeller Instrumente bedient und ob ihr Bestand selbst Ergebnis einer Steuerungsabsicht ist oder aus einer spontanen ungeplanten Evolution herrührt. Diese Doppeldeutigkeiten führen zu Beschreibungs-

¹⁶² Zu diesem Konzept H. Arendt, *Was ist Politik?*, 1993, 39 ff.

¹⁶³ Zur Diskussion um die Interdisziplinarität des Völkerrechts A.-M. Slaughter/A. S. Tulumello/S. Wood, *International Law and International Relations Theory: A New Generation of Interdisciplinary Scholarship*, *AJIL* 92 (1998), 367.

¹⁶⁴ Für eine kleine Auswahl, die keinen Anspruch auf Repräsentativität erhebt: K.-H. Ladeur, *Towards a Legal Concept of the Network in European Standard-Setting*, in: C. Joerges/K.-H. Ladeur/E. Vos (Hrsg.), *Integrating Scientific Expertise into Regulatory Decision-Making*, 1997; Vesting (Anm. 9), 41 (56 ff.); Schuppert (Anm. 140), 384 ff. C. Walter, *Constitutionalizing (Inter)national Governance*, *German Yearbook of International Law* 44 (2001), 170.

¹⁶⁵ Slaughter (Anm. 9), 36 ff.; Picciotto (Anm. 154), 1014; Raustiala (Anm. 9), 11 ff.

¹⁶⁶ Zum Folgenden eingehend: C. Möllers, *Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts*, in: J. Oebbecke (Hrsg.), *Dezentrale nicht-normative Steuerung*, 2005 i.E.

verlusten¹⁶⁷, die man umgekehrt auch als Beschreibungsqualität verstehen kann, wenn die untersuchten Organisationsformen tatsächlich mit Blick auf diese Unterscheidungen nicht eindeutig zu kategorisieren sind¹⁶⁸. Genau dies ist mit Blick auf das hier untersuchte Phänomen der Fall.

Wirft man einen Blick auf IOSCO, so stellt sich diese formell als eine kooperative, im Konsens entscheidende Einheit dar, die nicht zuletzt – typisch für den Gebrauch der Netzwerkmetapher – dem Austausch von Informationen dient. Aber dies ist nicht die ganze Wahrheit: Wie sich aus empirischen Untersuchungen ebenso ergibt wie aus einem Blick auf die Zusammensetzung der IOSCO-Komiteestruktur¹⁶⁹, haben nicht alle teilnehmenden Behörden den gleichen Einfluss auf die Entscheidungsfindung. Mit Blick auf das Basler Bankenkomitee und seine Erfolge im Export von Standards gegenüber Nichtmitgliedern kann man insoweit sowohl von einer internen Hegemonie zwischen den Mitgliedern¹⁷⁰ als auch von einer externen Hegemonie gegenüber den anderen Staaten sprechen. Solche Asymmetrien sind bekannt¹⁷¹. Allerdings zeigt sich im vorliegenden Verfahren eine besonders weite Diskrepanz zwischen der sehr hohen inhaltlichen Genauigkeit der gesetzten Standards und der vollständigen Formlosigkeit ihrer Entstehung. Solche Strukturen als Netzwerk zu bezeichnen, indiziert genau die zu beobachtende Überschreitung der Unterscheidung zwischen Kooperation und Hierarchie. Die Hybridität des Begriffs bildet die Hybridität des Phänomens ab. Herkömmliche Begriffe des Rechts internationaler Organisationen greifen dagegen, wie gezeigt, nicht¹⁷². Ähnliches lässt sich angesichts der intensiven Beteiligung privater Interessenvertreter bei der Aushandlung von Standards für die Unterscheidung zwischen öffentlichem und privatem Handeln feststellen. Auch hier erscheinen die Organisationen als praktisch hybride. Es gilt schließlich auch für die Unterscheidung zwischen formellem und informellem Handeln: Einerseits entfalten die ausgearbeiteten Standards keine formelle Bindungswirkung, sie sind in diesem Sinn kein “Recht”. Andererseits werden sie praktisch weitestgehend befolgt und liefern auch durch die hohe Regelungsdichte einen hohen Grad an Formalisierung. Mit Blick auf die Entwicklung von einer De-Formalisierung zu sprechen¹⁷³, trifft daher nur die halbe Wahrheit. Genauer wäre es, Wandlungen im Verhältnis zwischen formalen und informalen Elementen der Rechtsentstehung zu beschreiben, die sich insbesondere im Verhältnis zwischen Entstehungsverfahren und Ergebnis erkennen lassen. In unserem Fall führt ein sehr informelles Entscheidungsverfahren zu sehr hoch formalisierten, wenn auch nicht rechtlich bindenden Entscheidungen. Für Netzwerke

¹⁶⁷ Eine der seltenen Kritiken bei E. Chiti, *The Emergence of a Community Administration: The Case of European Agencies*, *Common Market L. Rev.* 37 (2000), 309 (330).

¹⁶⁸ Vgl. auch Schuppert (Anm. 140), 390 f.

¹⁶⁹ <<http://www.iosco.org/about/about.cfm?whereami=page2>>.

¹⁷⁰ Dazu Macey (Anm. 31), 151 (155 ff.).

¹⁷¹ M. Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules*, *passim*.

¹⁷² Oben, III., 2.

¹⁷³ So Slaughter (Anm. 9), 195 ff.

erscheint genau dieses ungewisse Nebeneinander von Formalität und Informalität als typisch¹⁷⁴, das jede eindimensionale Unterscheidung zwischen formellem und informellem Handeln in Frage stellt. Schließlich erhöht die auswärtige Verselbständigung die Zahl der international tätigen Akteure. Die Staaten disaggregieren in verschiedene Teile ihrer eigenen Organisation¹⁷⁵. Damit wird aber auch die Bedeutung von Bindungseffekten steigen, die eigentlich nicht intendiert waren. Je mehr Akteure auftreten, desto wahrscheinlicher ist es, dass sich diese im Netzwerk ihrer Intentionen verfangen. Auch hier hat die Metapher einen keineswegs ungenauen Beschreibungswert.

Ein reflektierter Gebrauch des Netzwerkbegriffs scheint insoweit durchaus einen angemessenen rechtswissenschaftlichen Beschreibungsrahmen für die auswärtige Verselbständigung von Behörden zu liefern. Er rückt deren ungewisse Zwischenstellung mit Blick auf Informalität, Intention und Hierarchie zutreffend ins Bild. Damit ist allerdings noch nicht mehr getan, als eine Beschreibung gegeben. Die Legitimationsprobleme der Strukturen können auch durch suggestive Beschreibungen nicht hinwegdefiniert werden.

3. Deliberative Demokratietheorie

Das wichtigste theoretische Modell zur Legitimation von transnationalen Behördennetzwerken entstammt der deliberativen Demokratietheorie¹⁷⁶. In ihrer Anwendung auf das vorliegende Problem wird dabei wie folgt argumentiert¹⁷⁷: Die zunächst national demokratisch legitimierte Behördenvertreter haben in der Abstimmung mit anderen Behördenvertretern gute Gründe zu entwickeln, um ihre eigenen Interessen durchzusetzen. Andernfalls sind sie nicht in der Lage, ihre Position aufrechtzuerhalten und diese in den entstehenden Konsens der beteiligten Behördenvertreter einzubringen. Daher ist es für die Behördenvertreter auch ausgeschlossen, einfach auf ihre eigene Position als politisch gewollt zu verweisen und auf ihr zu verharren. Die praktische Verpflichtung auf eine Begründung der eigenen Position führt aber zu einer rationalen Deliberation, in deren Verlauf eine vertretbare gemeinsame Linie ermittelt wird, die im Konsens beschlossen, Anspruch auf Legitimation erheben kann¹⁷⁸.

¹⁷⁴ Dazu D. Zaring, *Informal Procedure, Hard and Soft*, in: *International Administration, International Law and Justice Working Papers*, 2004/6, 21 ff.

¹⁷⁵ Slaughter (Anm. 9), 266 ff.

¹⁷⁶ Dazu J. Habermas, *Vorwort*, in: *Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Neuaufgabe 1990, 11 ff.; B. Manin, *On Democracy and Political Deliberation*, *Political Theory* 15 (1988), 338 (351 ff.).

¹⁷⁷ Idealtypisch wird dieses Argument bei Slaughter (Anm. 9), 203 ff. entwickelt. Für eine empirisch besser gestützte und theoretisch sorgfältigere Anwendung mit Blick auf die europäischen Komitologie-Ausschüsse: C. Joerges/J. Neyer, *From Intergovernmental Bargaining to Deliberative Political Processes: The Constitutionalisation of Comitology*, *European L. J.* 3 (1997), 273 (292 ff.).

¹⁷⁸ Slaughter (Anm. 9), 213 ff.

Diese gerade im internationalen und Europarecht nicht seltene Argumentation¹⁷⁹ erkennt das ursprüngliche Anliegen der deliberativen Demokratietheorie allerdings gleich in mehrerer Hinsicht¹⁸⁰. Bei der deliberativen Demokratietheorie handelt es sich um einen Ansatz, der die Bedingungen der Möglichkeit demokratischer Willensbildung rational rekonstruiert und gegen andere theoretische Anfechtungen argumentativ verteidigt¹⁸¹. Dazu entwickelt die Theorie gewisse normative Standards, die erfüllt sein müssen, damit ein Diskurs Anspruch auf Legitimation erheben kann: Nicht zuletzt müssen Betroffene Gelegenheit zur Äußerung haben und diese Äußerungen müssen in irgendeiner Weise Berücksichtigung finden. Ob diese Standards in den hier untersuchten Strukturen tatsächlich gegeben sind, wäre erst einmal empirisch zu klären¹⁸². Allein aus der Tatsache, dass vor einer Entscheidung diskutiert wird, ist jedenfalls für die Legitimation der anschließenden Entscheidung nicht allzu viel herauszuholen. Ein solcher Schluss legt nämlich keine normative Kriterien an einen Sachverhalt an, sondern normativiert einfach den Sachverhalt. Soweit empirische Erkenntnisse vorliegen – und hier ist man eher auf Anekdoten angewiesen – spricht jedenfalls nichts dafür, dass die Vertreter der beteiligten Behörden in transnationalen Netzwerken die gleichen Chancen hätten, ihre Positionen durchzusetzen¹⁸³. Soweit die beteiligten Beamten – wie in den untersuchten Fällen – nicht-öffentlich tagen und bestimmten Interessengruppen einen privilegierten Zugang zu ihren Beratungen gewähren, spricht jedoch vieles dagegen. Denn selbstverständlich sieht die deliberative Demokratietheorie potentiell alle Betroffenen als Teilnehmer am Diskurs vor¹⁸⁴. Die deliberative Demokratietheorie behauptet nicht, dass Deliberation hinreichend ist, um demokratische Legitimation zu erzeugen sondern sie fordert, dass Betroffene oder Repräsentanten, bevor sie eine Entscheidung treffen, miteinander in einen Diskurs um die Begründbarkeit der Entscheidung eintreten müssen, damit diese Entscheidung Anspruch auf Anerkennung erheben kann. Politische Verfahren zur Sicherung von Repräsentativität, demokratischer Allgemeinheit und Gleichheit sind insofern Voraussetzung einer demokratischen Deliberation und nicht durch diese ersetzbar. Aus der deliberativen Demokratietheorie ergibt sich deshalb keine theoretische

¹⁷⁹ Vgl. neben den in Anm. 177 genannten auch O. Gerstenberg/C. F. Sabel, *Directly-Deliberative Polyarchy: An Institutional Ideal for Europe*, in: C. Joerges/R. Dehousse (Hrsg.), *Good Governance in Europe's Integrated Market*, 2002, 289 (308 ff.).

¹⁸⁰ Vgl. zum Folgenden J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, 1991, 187 ff.

¹⁸¹ Zu nennen sind namentlich die soziologische Systemtheorie und die Public Choice Theorie.

¹⁸² Solche empirischen Untersuchungen für den amerikanischen Senat: J. W. Bessette, *The Mild Voice of Reason* Bessette, 1994. Für die Komitologie J. Falke, *Komitologie – Entwicklung, Rechtsgrundlagen und erste empirische Annäherung*, in: C. Joerges/J. Falke (Hrsg.), *Das Ausschusswesen der Europäischen Union*, 1999, 4; E. Vos, *The Rise of the Committees*, *European L. J.* 3 (1997), 210 (211 ff.).

¹⁸³ Vgl. oben bei Anm. 88.

¹⁸⁴ J. Habermas, *Diskursethik: Notizen zu einem Begründungsprogramm*, in: *Moralbewußtsein und kommunikatives Handeln*, 1983, 53; R. Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 1978, 134 ff.

Rechtfertigung der hier untersuchten Netzwerke jenseits ihrer Legalität am Maßstab des positiven Rechts.

Man wird hinzufügen müssen: Die Verkennung der deliberativen Demokratietheorie durch eine praxisorientierte Rechtswissenschaft ist kaum zufällig. Die Internationalisierung der Rechtsordnungen ist für die demokratische Legitimation des Rechts problematisch und für diese Probleme liegen keine einfachen Lösungen parat¹⁸⁵. Da scheint es sich gut zu treffen, wenn ein demokratietheoretisches Konzept bereitliegt, das ein unpolitisches Expertengespräch unter Beamten gerade nicht unter Berufung auf Funktionalität und Expertise rechtfertigt, sondern im Namen der Demokratie. Dass dies nur unter Bruch elementarer Anforderungen an die Konsistenz der verwendeten Kategorien möglich ist, verwundert allerdings nicht.

4. Ein institutioneller Lösungsvorschlag: Völkerverwaltungsrecht

Will man zur Lösung der oben beschriebenen Probleme der transnationalen Behördennetzwerke beitragen, so verlangt eine solche Lösung zumindest auch¹⁸⁶ nach einer Institutionalisierung in Formen des Rechts. Wenn aber Verwaltungsbehörden eigenständige internationale Akteure werden und wenn die von ihnen eingegangenen Bindungen zumindest eine faktische Wirksamkeit entfalten, die sie kaum von Normen mit rechtlichem Geltungsgrund unterscheidet, dann bedarf es der Entwicklung eines – in den Worten von Alfred Verdross – völkerrechtlichen Verwaltungsrechts¹⁸⁷. Damit sind völkerrechtliche Normen für die einheitliche Verwaltung von Staatengemeinschaften zur verbindlichen Strukturierung von Kooperationstechniken gemeint, die dann an die Stelle einer wildwachsenden und selbstgenügsamen Behördenpraxis exekutiver Standardsetzung treten.

Solche Normen sind notwendig, weil in den untersuchten Fällen internationale Gremien Standards entwickeln, die den Vollzug von Maßnahmen gegenüber privaten Rechtsträgern betreffen. Genau diese Konstellation einer Annäherung zwischen privatem Rechtssubjekt und internationaler Kooperation aber ist es, die die Diskussion um eine Konstitutionalisierung des Völkerrechts¹⁸⁸ ausgelöst hat, einen Prozess, der nunmehr auch auf der Ebene der Behördenkooperation gefragt ist.

¹⁸⁵ Dazu nur die grundlegenden Beiträge von E. Stein, *International Law and Democracy: No Love at First Sight*, *AJIL* 95 (2001), 489; A. v. Bogdandy, *Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts – eine Bestandsaufnahme*, *ZaöRV* 63 (2003), 853.

¹⁸⁶ Daneben sind Elemente wie die kritische Begleitung durch transnationale Öffentlichkeiten auch von Bedeutung, aber eben nicht in gleicher Weise durch Recht zu induzieren. Dazu H. Brunkhorst, *Solidarität*, 2002, 184 ff.

¹⁸⁷ A. Verdross, *Völkerrecht*, 5. Aufl. 1964, 590; dazu Tietje (Anm. 130), 101.

¹⁸⁸ J. A. Frowein, *Konstitutionalisierung des Völkerrechts*, in: *BerDGVR* 39 (2000), 427 (428); Walter (Anm. 164), 170 (192 ff.); M. Nettesheim, *Von der Verhandlungsdiplomatie zur internationalen Verfassungsordnung*, *JbfnPolÖ* 19 (2000), 48 (58 ff.). Zur Kritik: R. Wahl, *Konstitutionalisierung – Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in: *FS Brohm*, 2002, 191 (199 ff.).

Für den vorliegenden Fall ist dabei an verschiedene miteinander zusammenhängende Lösungstechniken zu denken:

Dies legt es nahe, die untersuchten Kooperationsbeziehungen zumindest teilweise verfahrenstechnisch zu verrechtlichen. Hierbei ist – wie mit Blick auf das amerikanische Verwaltungsrecht gezeigt wurde¹⁸⁹ – zu berücksichtigen, dass die hier entstehenden Standards Formen der administrativen Normsetzung darstellen. Dies könnte bedeuten, dass für die transnationale Standardsetzung Publizitätspflichten und Verfahrensregeln statuiert werden müssen¹⁹⁰. Hier kann an die in vielen Rechtsordnungen bekannte Diskussion um Verfahrensstandards für die administrative Normsetzung angeschlossen werden. Anders als bei demokratischen Verfassungsstaaten besteht auf transnationaler Ebene jedenfalls nicht die Gefahr, dass solche Regeln den egalitär demokratischen Willensbildungsprozess zwischen Parlament und Regierung behindern¹⁹¹. Während das Verhältnis zwischen demokratisch-parlamentarischer und administrativ-partizipativer Demokratie in demokratischen Staaten vielschichtig und umstritten ist, scheint die demokratisch ohnehin ungenügende transnationale administrative Standardsetzung offensichtlich partizipativer Elemente zu bedürfen. Potentiell wäre die so entstehende Publizität der Verhandlungen sowohl an die Öffentlichkeit als auch an nationale Parlamente und Regierungen gerichtet. Zudem müssen Kontakte der Kooperationsgremien mit den Adressaten der Regulierungen rechtlich strukturiert werden. Die klandestine Privilegierung bestimmter Betroffenengruppen, vor allem solcher, die international ähnlich gut organisiert sind, ist demokratiethoretisch untragbar und muss durch Regeln zumindest eingedämmt werden. Hier erscheint es einerseits als notwendig, eine Öffnung des Willensbildungsprozesses der Behörden gegenüber unterrepräsentierten Interessen zu erzwingen. Andererseits bedürften die Kontakte der Gremien mit den Regulierungsadressaten einer Dokumentationspflicht.

Dieser verfahrensrechtliche Weg ist organisatorisch zu ergänzen: Zum Zweiten ist daher nach einer überzeugenden Arbeitsteilung zwischen internationalen Organisationen im Sinne des Völkerrechts und Behördenkooperationen zu fragen. Ganz unzweifelhaft reagieren die Behörden mit dem Aufbau transnationaler Netzwerke auf eine im Prinzip plausible Weise auf gesellschaftliche Veränderungen bei ihren Regelungsadressaten. Während das klassische internationale Handelsrecht im Prinzip unverändert an Nationalstaaten gerichtet ist, die ihre Grenzen weiter und einheitlicher öffnen sollen, müssen sich auf den hier untersuchten Gebieten nationale Behörden auf mehr und mehr transnational handelnde Privatrechtssubjekte einstellen. Die Errichtung von Superbehörden – das zeigt schon die Diskussion um die Kapitalmarktregulierung innerhalb der EU – ist dabei aus vielerlei Gründen keine optimale Lösung¹⁹². Praktisch-funktional liegt offensichtlich eine verstärkte Ko-

¹⁸⁹ Oben, III., 2., d).

¹⁹⁰ Zur Diskussion um die Verrechtlichung exekutiver Normsetzungsverfahren in Nationalstaaten und in der EU: Z i a m o u (Anm. 149), 122 ff.

¹⁹¹ Zu diesem Problem: M ö l l e r s (Anm. 7), § 5, II., 2.

¹⁹² Oben, II., 4.

operation der mitgliedstaatlichen Behörden näher. Aber wie im Ineinandergreifen zwischen demokratisch verantwortlicher Regierung und Verwaltung auf nationalstaatlicher Ebene bedarf auch die völkerrechtlich freischwebende Standardsetzung der Einbettung in demokratisch zumindest mittelbar verantwortliche internationale Organisationsstrukturen¹⁹³. Daraus folgt, dass völkerrechtliche Mutterregime der Behördenkooperation in der Regel einen Rahmen geben sollten, der durch die Behördenkooperation weiter konkretisiert werden kann.

Beide Lösungselemente sind Schritte der Formalisierung. Sie bilden Elemente eines entstehenden internationalen Verwaltungsrechts¹⁹⁴. Damit stellen sie sich einem Trend entgegen, der informelle nicht-bindende Beziehungen grundsätzlich auch als internationales Koordinationsmittel bevorzugt¹⁹⁵. In bemerkenswerter Deutlichkeit findet sich dieser Trend in der neuen gemeinsamen Geschäftsordnung der Bundesministerien verwirklicht: § 72 Abs. 1 der GGO verpflichtet in einer Art normativem Subsidiaritätsprinzip alle Bundesministerien darauf, die Eingehung völkerrechtlicher Pflichten gegenüber anderen Formen auswärtiger Koordination nur als letztes Mittel zu behandeln. Damit aber wird aus der administrativen Not informeller Kooperation mit ihren hier geschilderten funktionalen und Legitimationsproblemen mit einem Mal eine gubernative Tugend.

V. Schluss

Steht am Horizont der hier betrachteten Entwicklung eine Welt von Netzwerken nationaler Fachbehörden, die transnationale Regulierungsprobleme verselbstständigt lösen und damit auf die Mobilität der Regelungsadressaten reagieren? Diese eingangs zitierte Annahme aus der amerikanischen Literatur¹⁹⁶ erscheint am Ende dieser Untersuchung als weder wünschenswert noch wahrscheinlich. Denn die untersuchten Strukturen lösen nicht nur Probleme – dies tun sie ohne Zweifel –, sondern sie werfen auch neue Probleme auf. Trotz der hier vorgetragenen Kritik erscheint es aber gut vorstellbar, dass nachgeordnete Verwaltungsbehörden verstärkt auch bei der Standardsetzung von Verwaltungsvorschriften zusammenarbeiten, ohne für eine gemeinsame Problemlösung den Umweg über ihre Regierungen zu nehmen. Solche internationalen Kooperationsbemühungen der Verwaltung sol-

¹⁹³ Zur Begünstigung von Verträgen durch Netzwerke: Raustiala (Anm. 9), 84 ff.

¹⁹⁴ So in diesem Kontext auch Zaring (Anm. 9), 287. Grundsätzlich: E. D. Kidney, *The Emerging Field of International Administrative Law: Its Content and Potential*, *Administrative Law Review* 54 (2002), 415 (428). B. Kingsbury/N. Krisch/R. Stewart, *The Emergence of a Global Administrative Law*, *International Law and Justice Working Papers*, 2004/1; C. Möllers, *Internationales Verwaltungsrecht*, Ms. 2005. Vgl. auch die frühen Überlegungen bei E. Menzel, *Nationale und internationale Verwaltung*, *DÖV* 1969, 1 (21 ff.).

¹⁹⁵ Oben, III., 1.

¹⁹⁶ Oben, I.

len durch eine administrative Konstitutionalisierung¹⁹⁷ internationaler Standardsetzung nicht unterbunden, sondern umgekehrt werden. Das erfordert eine bewusst gestaltete Arbeitsteilung zwischen nationaler Gesetzgebung im Sinne des Gesetzesvorbehalts, intergouvernementalen und interadministrativen Kooperationsformen, die über die momentan festzustellende spontane und informelle Organisationsbildung hinausgeht.

Diese Arbeitsteilung wird sicher nicht zu dem Niveau von exekutiver Rechtsbindung und demokratischer Verantwortlichkeit führen, das uns aus dem nationalen Recht bekannt ist. Die eingangs bemühte klassische Idee der Überordnung der Regierung über die Verwaltung wird sich – wie so viele klassische Ideen – durch die Internationalisierung des Vollzugs relativieren. Trotzdem gilt, einem aus dem nationalen Recht bekannten Schema folgend, dass wenn die Verwaltung bei der alltäglichen Problemlösung voranschreitet, Regierung und Parlament ihr folgen und sie – wenn nötig – wieder einfangen müssen.

Summary¹⁹⁸

Transnational Co-operation of Administrative Bodies:

Issues of Constitutional Law and Public International Law in Transnational Standard-Setting

Traditionally, democratic states tend to monopolize their external relations at the national government level: International relations are organized around the ministry of foreign affairs and its diplomatic service, in certain areas in cooperation with other governmental entities. The article deals with the development of autonomous transnational standard-setting by administrative agencies beneath the national government level.

Three German administrative agencies are surveyed as examples. These are the Deutsche Bundesbank (Federal Central Reserve Bank) – a member of the Basel Banking Committee, the Federal Financial Services Commission – a member of the International Organization of Securities Commissions (IOSCO), and, finally, the Federal Regulatory Authority for Telecommunications and Posts – a member of the Independent Regulatory Group (IRG). As members of the transnational bodies mentioned these Federal agencies participate in important standard-setting procedures. The standards elaborated are strictly speaking informal, but extremely effective: They are regularly incorporated into legislation and administrative rules of member states and many non-member states of the transnational bodies involved. Such standards have also become part of European regulations and directives.

From a public international law point of view, it is vital to determine to what extent the agreements negotiated in these administrative bodies have binding force and, moreover, what position in the legal framework of international organizations may be assigned to the

¹⁹⁷ Zu diesem Stichwort: C. Möllers, *Verfassungsgebende Gewalt – Verfassung – Konstitutionalisierung*, in: A. v. Bogdandy (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, 1 (50 f.).

¹⁹⁸ Summary by the author.

outlined structures of international administrative co-operation. With regard to such co-operation, the article holds that, notwithstanding the considerable autonomy and continuity of these transnational bodies, they cannot strictly be construed as international organizations, for purposes of public international law.

The agreements reached in these transnational bodies have no *strictu sensu* binding force despite an overwhelming degree of factual compliance. This is made obvious by the fact that, in most cases, these bodies issue mere memoranda of understanding, which, according to well-established principles of public international law, can at most have the status of soft law.

Therefore, the article concludes that autonomous foreign activities of administrative bodies are not a matter of public international law either from an organizational or a substantive standpoint.

Next, the article turns to the national constitutional aspects of the transnational activities under scrutiny. In this connection, it may be asked what executive and administrative bodies are entitled to run Germany's foreign affairs according to the German constitution. As the foreign service is the only administrative entity expressly authorized to engage in foreign affairs, the article draws an *argumentum e contrario* from the constitution and holds that any administrative body outside the German Foreign Office is forbidden to run foreign affairs as long as it is not expressly entitled to do so by Federal law.

Applying this criterion to the three German administrative bodies under scrutiny, it can be demonstrated that none of these bodies acts on a sufficiently solid constitutional and statutory ground for their respective activities in the international standardization of business regulation regimes.

But a pure analysis of black letter rules is not sufficient to understand the phenomenon and categorize its deficiencies. Even if there were a satisfying national constitutional basis for these forms of transnational standard-setting, questions of legitimacy would arise. Therefore, the article ultimately focuses on the legitimacy of transnational co-operation of administrative bodies.

For this purpose, two currently discussed theoretical models have to be analysed. The first is the network concept, a category that is increasingly used to describe informal non-hierarchical administrative structures. As a descriptive category, the network concept is useful because it indicates the hybridity of transnational administrative cooperation between formalization and informality, between consensus and majoritarian decisionmaking of the participant states, and between public and private law mechanisms. But more than an analytic framework cannot be delivered by the network concept.

A second concept discussed is the Habermasian idea of a deliberative democracy. The fact that transnational administrative bodies regularly have experts as members and that these experts have to exchange reasons come to a consensus to make a decision seems to some observers to indicate a certain form of deliberative legitimacy. But not every discussion between experts creates deliberative legitimacy. In the case of transnational standard-setting, there are reasons to believe that the deliberative process may not be legitimate because of the unequal power of participating states, the privileged access of a regulated business to the deliberation and the lack of transparency of the procedures.

Therefore, it seems necessary to develop new rules of transparency, notice and comment to enhance the legitimacy of transnational administrative standard-setting. These rules have to include a division of labour between international intergovernmental organizations and

administrative bodies engaged in transnational cooperation, as well as procedural standards for transnational administrative rule-making, corresponding to those on the national level. These rules and procedures will become a crucial element of the emerging field of international administrative law.

The article concludes that, despite its lack of legitimacy, transnational co-operation of administrative bodies is as desirable as it is necessary. It may be expected that direct cross-border co-operation of administrative bodies will facilitate common administrative problem-solving. In order to make it easier for administrative bodies to develop transnationally standardized procedures autonomously, avoiding more cumbersome proceedings at the national government level, national legislators should carefully define the scope of their own legislative competence against the competence of their administrative bodies.

ZaöRV 65 (2005)