

# Claudio Franzius

## Warum Governance?\*

*Das europäische Verwaltungsrecht steht vor Koordinierungsproblemen, die es mit einer eigenen Perspektive auf Governance einzufangen hat. Am Beispiel der europäischen Regulierungsverbünde in den Netzwirtschaften wird deutlich, wie neue Formen exekutiver Zusammenarbeit, die auf die Institutionalisierung horizontalen Vertrauens ausgerichtet sind, entstehen. Das hat Konsequenzen. Stärker als bisher müssen Entkoppelungen von Politik und Recht in den Beobachtungsräumen eingestellt werden. Recht, so argumentiert der Beitrag, hat horizontalen Freiheitsgefährdungen auch dort zu begegnen, wo der Rückgriff auf den Willen eines kollektiven Makrosubjekts ausscheidet, universelle Vernunft aber nicht zu haben ist.*

### I. Rahmen

Governance ist allgegenwärtig. Dem stehen wachsende Unsicherheiten gegenüber, warum wir uns mit diesem Topos beschäftigen sollten. Vorliegend soll es um Prozesse von Governance in den Netzwirtschaften gehen, also um *konstruierte Märkte*, die an die Stelle der klassischen Daseinsvorsorge getreten sind. Als besonders dynamisch gelten die Sektoren der Telekommunikation, der Energie und – eingeschränkt – der Eisenbahn, für die in Deutschland eine Regulierungszuständigkeit der Bundesnetzagentur besteht.<sup>1</sup>

Die Netzwirtschaften symbolisieren wie kaum ein anderer Bereich grundsätzliche Fragen von Recht und Politik. Betroffen sind die *Infrastrukturen* des Staates, deren Bereitstellung aus historischen Gründen nicht einfach privaten Akteuren überantwortet werden konnte.<sup>2</sup> Was früher militärisch begründet wurde, provoziert indes noch heute oftmals das Souveränitätsargument, bezogen auf den Erhalt von *national champions*. Das ist keineswegs allein ein französisches Phänomen, sondern in allen Mitgliedstaaten der Europäischen Union zu beobachten.<sup>3</sup> Hinzu tritt eine wachsende Privatisierungsskepsis, worüber die Einsicht verarbeitet wird, dass die Etablierung von diskriminierungsfreiem Wettbewerb der Dienste eine neutrale Instanz voraussetzt, die in der überkommenen Differenz von Staat und Gesellschaft nicht mehr ohne Weiteres gefunden werden kann. Vor allem die jüngeren Auseinandersetzungen um die Teilprivatisierung der Bahn, aber auch Unsicherheiten darüber, mit welchen Mitteln einer Erhöhung der Energiepreise vorgebeugt werden kann, haben die Argumente für den Erhalt des jeweiligen Netzes in staatlicher Hand gestärkt, um einen Wettbewerb der Dienste zu ermöglichen. Wo das aus tatsächlichen oder rechtlichen

\* Ulrich Preuß zum 6.12.2008.

<sup>1</sup> Übersicht: Lüdemann (Hrsg.), Telekommunikation, Energie, Eisenbahnen. Welche Regulierung brauchen die Netzwirtschaften?, 2008. Zur Idee konstruierter Märkte Masing, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AÖR 128 (2003), 558.

<sup>2</sup> Vgl. Hermes, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998. Zu verwaltungsrechtlichen Herausforderungen auch Waechter, Verwaltungsrecht im Gewährleistungsstaat, 2008.

<sup>3</sup> Zum Umbau in Gewährleistungsstaaten Franzius, Gewährleistung im Recht, 2009.

Gründen nicht möglich oder nötig ist, wie im Bereich der Telekommunikation, bleibt die Gewährleistung eines unabhängigen Regulierers eine vordringliche Aufgabe, wenngleich die Gemeinwohlsicherung aus den Steuerungs- und Legitimationszusammenhängen der nationalen Verwaltung teilweise *herausgenommen* wird.

Auffallend ist, dass diese Regulierung – vor allem des Netzzugangs der Wettbewerber – in einen *europäischen* Kontext eingebunden ist. Und in diesem Kontext kann Regulierung immer weniger in Kategorien der Steuerungstheorie beschrieben werden, da ein zentrales Steuerungssubjekt nicht einfach zu lokalisieren ist und – darauf kommt es in der Perspektive von Governance an – auch nicht mehr konstruiert werden soll. Das führt zu der aus juristischer Sicht nicht einfach zu beantwortenden Frage, ob der Governance-Topos die Steuerungstheorie ersetzen kann.<sup>4</sup> So zentral ist die Antwort darauf aber nicht, da es sich um keinen Theoriewechsel, sondern um einen anderen *perspektivischen* Zugang handelt.<sup>5</sup> Governance stellt einen Beobachtungsrahmen bereit, der hierarchische Prägungen des Akteurshandelns nicht ausblendet, sondern andere Koordinationsformen einbezieht, die unter dem – steuerungstheoretisch verteidigten – Souveränitätsdogma der Staatenwelt nur unzureichend thematisiert werden konnten.<sup>6</sup> Im Gegensatz zu akteurzentrierten Ansätzen betrifft Governance emergente Regelungsstrukturen (II.), die nicht mehr ohne Weiteres auf absichtsvolle Einrichtungsakte zurückgeführt werden können. Das wird in der verwaltungsrechtlichen Perspektive auf die Europäische Union deutlich (III.). Die Analyse durch einen *weiten* Begriff von Governance bleibt ohne normative Aussage jedoch nur von begrenztem Nutzen (IV.) Worin der rechtswissenschaftliche Mehrwert von Governance liegen könnte, soll abschließend mit Blick auf die Relativierung von Souveränitätsvorstellungen angesprochen sein (V.).

Allerdings haben wir unter der verwaltungsrechtlichen Perspektive mit einer Reihe von Problemen zu kämpfen, die schon deshalb in der Theorie begründet liegen, weil wir nicht so genau wissen, was die Europäische Union überhaupt darstellen soll. Die Lösung liegt in der Mitte zwischen uns bekannten Organisationen und Perspektiven.<sup>7</sup> Das sei in drei Punkten wenigstens kurz angesprochen. Erstens: Die Union ist kein Staat und will auch kein Staat sein. So ziemlich alle Antworten auf *Strukturfragen* der Union hängen entscheidend davon ab, wo die Union als nicht-staatliches Gemeinwesen verortet wird, und betreffen die Frage, welchen Stellenwert der Staat als theoretische Ordnungsfolie im 21. Jahrhundert noch haben kann.<sup>8</sup>

<sup>4</sup> Skeptisch *Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 1 Rn. 70; anders *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, DV 37 (2004), 451; *Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch. 97 (2006), 186.

<sup>5</sup> *Mayntz*, Governance als Fortentwicklung der Steuerungstheorie?, in: Schuppert (Hrsg.), Governance-Forschung, 2. Aufl. 2006, 11; *Möllers*, European Governance: Meaning and Value of a Concept, CMLR 43 (2006), 313; zutreffende Beobachtungen bei *Appel*, Die Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 226 (245 f., 363 f.).

<sup>6</sup> Steuerung kann als Versuch gelesen werden, Souveränitätsvorstellungen zu retten. Zum Versuch einer theoretisch angemessenen Grundlegung der steuerungswissenschaftlichen Perspektive *Scherzberg*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht zwischen Praxis und Reflexion, in: *Trute u.a. (Hrsg.)*, Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008, 837 (849 ff.).

<sup>7</sup> Näher: *v. Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, Der Staat 40 (2001), 3; *Krisch*, Europe's Constitutional Monstrosity, Oxford Journal of Legal Studies 25 (2005), 321; demnächst *Franzius/Mayer/Neyer* (Hrsg.), Recht und Politik in der Europäischen Union.

<sup>8</sup> Treffend *Wahl*, Erklären staatstheoretische Leitbegriffe die Europäische Union?, JZ 2005, 916; *van Ooyen*, Der Staat – und kein Ende?, JÖR 54 (2006), 151. Europarechtliche Fragen ausklammernd *Möllers*, Der vermisste Leviathan, 2008. Für die Netzwirtschaften *Franzius*, Wo bleibt der Staat? Das Modell der Universaldienste und seine Alternativen, Manuscript.

Zweitens: Weder macht es Sinn, die Europäische Union als altes Reich – als das immer wieder an die Wand gemalte Pufendorf'sche *monstro simile* – zu bezeichnen, das *more geometrico* konstruiert oder im viel beschworenen *constitutional moment* ans Licht geführt werden könnte.<sup>9</sup> Noch kann man sich mit *sui generis*-Formeln begnügen, die eine geschichtsblinde Präzedenzlosigkeit der Union unterstellen.<sup>10</sup> Die überkommene Staatstheorie<sup>11</sup> ist in der Formulierung grundlegender Strukturprinzipien wirkungsmächtiger, als es den Anschein haben mag.<sup>12</sup> Vor allem ist sie ausdifferenzierter als es zum Teil die Internationalen Beziehungen wahrhaben wollen. Das schließt die Entwicklung eines eigenen Begriffs von Governance ein.<sup>13</sup>

Drittens schließlich: Die Union erschwert es, die Ausübung von Herrschaft bestimmten Akteuren oder Gewalten zuzuordnen. Schon die Frage, wer der *Gesetzgeber* ist, lässt sich nicht einfach beantworten. Sind es die Mitgliedstaaten im Rat, der Rat selbst, oder ist es das Europäische Parlament? Vielleicht gehören auch die nationalen Parlamente dazu. Ähnlich sehen die Probleme für die Exekutive aus. Die Union hat keine Regierung, aber es werden nicht nur Gesetze erlassen, es wird auch regiert. Deshalb Governance.

Dahinter verbirgt sich kein Label, sondern ein Schlüsselbegriff für das 21. Jahrhundert. Wir haben uns angewöhnt, Politik und Recht in der vertikalen Dimension zu denken, Häuptlinge und Chefs zu suchen, um Verantwortlichkeiten zu benennen und Gerechtigkeit herzustellen. Offensichtlich brauchen wir einen Ort für Projektionen, für Hoffnungen und Ängste, zumeist in einer zentralen Instanz, wenn nicht im Staat, so doch im Parlament. Und können wir Herrschaft nicht greifen, zielen demokratische Aneignungsprozesse ins Leere. So ist es relativ einfach, die Brüsseler Bürokratie zu kritisieren und den Nationalstaat zu verteidigen, solange klar ist, dass *dort* das Fremde und *hier* das Eigene ist. Eben dies ist aber heute nicht mehr ohne Weiteres möglich. Dem europäischen Verfassungsrecht liegt deshalb auch eine andere Perspektive zugrunde, die nicht auf eine Trennung, sondern eine Verbindung der Welten in funktionaler, nicht aber territorialer Differenzierung ausgerichtet ist. Die Rechtsordnungen sind komplementär aufeinander bezogen, wobei die Pointe darin besteht, dies nicht allein für die Rechtsetzung, sondern auch im horizontalen Verhältnis der Mitgliedstaaten in der Rechtsanwendung anzunehmen.<sup>14</sup> Hier ist eine unionsverfassungsrechtlich angelegte Governance-Struktur zu erkennen, die es nahelegt, das Souveränitätsdogma des »letzten Wortes« aufzugeben.<sup>15</sup>

<sup>9</sup> Vgl. Cabill, The Constitutional Success of Ratification Failure, GLJ 7 (2006), 947; Joerges/ Mahlmann/ Preuß (Hrsg.), »Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit« und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas, 2008.

<sup>10</sup> Vgl. Schönberger, Die Europäische Union als Bund, AÖR 129 (2004), 80 (98) unter Rückgriff auf Schmitt, Verfassungslehre, 1928, 361.

<sup>11</sup> Ob es einer Staatstheorie überhaupt noch bedarf, kann bezweifelt werden: Lepsius, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, EuGRZ 2004, 370.

<sup>12</sup> Vgl. v. Bogdandy, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, in: FS Badura, 2004, 1033.

<sup>13</sup> Siehe auch Möllers, Die Governance-Konstellation: Transnationale Beobachtung durch öffentliches Recht, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 41/2008, 238.

<sup>14</sup> Siehe Pernice, Die horizontale Dimension des europäischen Verfassungsverbundes, in: FS Jürgen Meyer, 2006, 359.

<sup>15</sup> So wohl Hofmann, »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet«, Der Staat 44 (2005), 171 (185 f.); richtig jetzt auch Möllers, Demokratie – Zumutungen und Versprechen, 2008, 86 f. Zu Problemen mit dem Souveränitätsbegriff Buchstein/ Offe/ Stein (Hrsg.), Souveränität, Recht, Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft, 2007.

## II. Thesen

Bevor die These näher entfaltet wird, ein Wort zum Verbund. Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass in den letzten Jahren die Bezeichnung der Verwaltungsstrukturen in der Europäischen Union als Verwaltungsverbund auf Zustimmung gestoßen ist.<sup>16</sup> Es handelt sich bei dem sprachlich nur schwer zu übersetzenen Topos des *Verbundes* weder um einen theoretischen noch um einen normativen (Rechts-)Begriff. Allerdings wäre es unklug, ihn als deskriptiven Begriff abzulehnen.<sup>17</sup> Vielmehr liefert er eine Ordnungsidee für die Verschränkung gegenläufiger Organisationsprinzipien, namentlich von Hierarchie und Kooperation.<sup>18</sup> Das gilt auch für eine besondere Verdichtung des Verbundes, den Regulierungsverbund, wie er sich in den Netzwirtschaften entfaltet und als Referenzmodell europäischen Verwaltungsrechts eine neue Qualität erfährt.<sup>19</sup>

Regulierungsverbünde bewirken eine Entkoppelung und Neuverkoppelung von Regieren und Recht. Einerseits werden Regulierungssentscheidungen von politischer Bedeutung aus dem Steuerungs- und Zurechnungszusammenhang des demokratischen Systems klassischer *input*-Prägung herausgenommen. Andererseits kommt es zu einer Neuverkoppelung in ebenentranszendierender Hinsicht. Und dieser Prozess verläuft nicht nur – das gilt es für die Europäische Union zu betonen – in vertikaler, sondern auch in horizontaler Richtung.<sup>20</sup>

Was ist damit gemeint? Zunächst geht es darum, dass mitgliedstaatliche Gemeinwohlbelange auf die europäische Ebene gespiegelt und dort im Verhältnis von Rat und Parlament, aber auch in der Schaffung verselbständigerter Verwaltungseinheiten verarbeitet werden. Umgekehrt obliegt der Vollzug europäischen Rechts vielfach nicht mehr nur dem einzelnen Mitgliedstaat nach Maßgabe »seines« Rechts. Es kommt zu einer Kooperation mitgliedstaatlicher Behörden, die nur lose in staatliche und europäische Steuerungszusammenhänge eingebunden sind, aber den europäischen Rechtsetzungsprozess erheblich beeinflussen. Kurz: Der Verbund relativiert die dualistische Vorstellung getrennter Ebenen<sup>21</sup> zugunsten einer Ausbalancierung von Dezentralisierung und Zentralisierung in der Vielfalt des Politischen unter der Idee des Rechts. Hieran schließen sich *drei* Thesen an.

<sup>16</sup> Statt aller *Ruffert*, Von der Europäisierung des Verwaltungsrechts zum Europäischen Verwaltungsverbund, DÖV 2007, 761; *Groß*, Zum Entstehen neuer institutioneller Arrangements: das Beispiel der Europäischen Verbundverwaltung, in: *Gosewinkel/ Schuppert* (Hrsg.), Politische Kultur im Wandel von Staatlichkeit, 2008, 141, thematisiert Komitologieausschüsse, Gemeinschaftsagenturen und Behördennetzwerke als drei neue Formen.

<sup>17</sup> Die beste Kritik nach wie vor bei *Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund. Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, in: *GS Wolfgang Blomeyer*, 2004, 638; zu den Herausforderungen *Kumm*, The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, *ELJ* 11 (2005), 281.

<sup>18</sup> *Schmidt-Aßmann*, Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./ *Schöndorf-Haubold* (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, 1 (7), und zur Herausbildung globalen Verwaltungsrechts *Krisch/ Kingsbury*, Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, *EJIL* 17 (2006), 1. Gute Bestandsaufnahme bei *Möller/ Voßkuhle/ Walter* (Hrsg.), Internationales Verwaltungsrecht, 2007.

<sup>19</sup> Grundlegend *Trute*, Der Europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation, in: *FS Peter Selmer*, 2004, 565; s. auch *Britz*, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzregulierung von Telekommunikation, Energie und Bahn, *EurR* 2006, 46.

<sup>20</sup> Am Beispiel des Migrationsrechts *Bast*, Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums, *Der Staat* 46 (2007), 1.

<sup>21</sup> *Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, 122.

Erstens macht die Horizontalisierung im Sinne einer institutionellen Vernetzung der Regulierungsakteure eine vertikale Hierarchisierung nicht entbehrlich, modifiziert aber die organisationsrechtliche Ausgestaltung: Horizontale Verbundstrukturen verlangen angemessene Ingerenzrechte der Kommission.<sup>22</sup> Um das an einem Beispiel zu verdeutlichen. Das europäische Telekommunikationsrecht weist den Erlass von Regulierungsentscheidungen *unabhängigen* Behörden in den Mitgliedstaaten zu, bindet diese unmittelbar an europäische Zielvorgaben und schafft mit der Einrichtung der Gruppe europäischer Regulierungsstellen ein Forum *horizontaler Verbundbildung*. Weil die Kommission hier beteiligt ist und gemeinsam mit den Regulierungsbehörden die Entscheidungsvorprägung – etwa durch unverbindliche Empfehlungen – vornimmt, kann sie auf die Ausübung von ihr zustehenden Veto-Rechten<sup>23</sup> im Einzelfall verzichten. Europäisierung ohne Zentralisierung, diesen Spagat versucht der Regulierungsverbund.

Regulierungsverbünde sind Netzwerke, die sich ihrerseits als ein Austausch von Einheitsformeln begreifen lassen. Sie mildern den Zwang, in immer größeren Einheiten das Recht auf einen Weltstaat oder die Internationale Gemeinschaft<sup>24</sup> zu projizieren. Zugleich bieten sie die Möglichkeit, die Weltgesellschaft in der funktionalen Differenzierung abzubilden, also von kollektiven Makrosubjekten wie »Volk« oder »Staat« abzukoppeln, um die Autonomie des Rechts in einer Distanz zum Souveränitätsbegriff zu rekonstruieren.<sup>25</sup> Zwar stellt sich legitimationstheoretisch die Frage, ob Netzwerke als »notwendiges Durchgangsstadium« die Bündelung von Entscheidungsgewalt in einer zentralen Instanz verlangen, um Verantwortlichkeiten zuschreiben zu können, was nach einem formalen Verständnis auch im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen möglich wäre.<sup>26</sup> Für den Fall, dass die Suche nach Legitimation aber solche Zentralisierungseffekte begünstigt, wäre der Fehler vielleicht in unserer Vorstellung vom Recht zu suchen. Und ob der Begriff der Verantwortung für die transnationalen Vernetzungen in den europäischen Verbundstrukturen überhaupt passt, erscheint keineswegs sicher.<sup>27</sup>

## 2. Sektorspezifische Ausformung

Zweitens sind im Regulierungsverbund sektorspezifische Ausformungen zu berücksichtigen.<sup>28</sup> Nimmt man die jüngsten Äußerungen der Kommission ernst,

<sup>22</sup> Ob die Begriffe wie Selbsteintrittsrecht, Fachaufsicht oder Weisung die richtigen Begriffe für das europäische Verwaltungsrecht sind, kann bezweifelt werden: Schmidt-Aßmann (Fn. 18), 7. Dass die Union den Hierarchiemodus nicht verdrängt, ist banal.

<sup>23</sup> Art. 7 TK-Rahmenrichtlinie, dazu Groebel, Problemfelder des neuen Rechtsrahmens zur Regulierung elektronischer Kommunikationsnetze, 2005, 66, und zum Reformbedarf Holznagel/ Hombergs, Das SMP-Regulierungsverfahren in der Review 2006, MMR 2006, 285 (291 f.).

<sup>24</sup> Vgl. Tomuschat, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), 1.

<sup>25</sup> Unerbittlich Lubmann, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1994, 344: »Nie kann der Sündenfall der Ausdifferenzierung selbst zurückgenommen werden. Man kehrt nicht ins Paradies zurück.«

<sup>26</sup> So wird denn auch hier der Weltgesetzgeber vermutet, jüngst wieder Talmon, The Security Council as World Legislature, American Journal of International Law 99 (2005), 175. Das verursacht Probleme im Rechtsschutz, zu eng EuG Rs. T-306/01 Yusuf, Slg. 2005, II-3533; anders die Schlussanträge GA Maduro v. 16.1.2008, Rs. C-402/05 P Kadi, Slg. 2008, I-0000 Rn. 24 ff.; dazu Franzius, Wer macht in Europa Menschenrechtspolitik? Politik und Recht im Zeichen des Terrors, in: Rudolf (Hrsg.), Europa und die Menschenrechte, i.E.

<sup>27</sup> Vgl. Röhl, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, DVBl. 2006, 1070 (1079); zur »strukturellen Europäisierung« auch Trute, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 4), § 6 Rn. 114 f.

<sup>28</sup> Präzise Britz, EuR 2006, 46 (53, 58, 67).

so ist nicht auszuschließen, dass im Telekommunikations- und Energiesektor die gegenwärtigen Verbundstrukturen nur ein politisches Durchgangsstadium darstellen. Sollten die Mitgliedstaaten die Förderung der *national champions* forcieren und die ehemaligen Staatsmonopolisten zu Lasten des Wettbewerbs weiterhin privilegieren, helfen keine kartellbehördlichen Durchsuchungen, sondern wird an einer Zentralisierung der Regulierung, gegebenenfalls der Schaffung einer europäischen Superregulierungsbehörde kein Weg vorbeiführen.<sup>29</sup> Bisher haben die Mitgliedstaaten das verhindern können.

### *3. Dezentralisierte Integration*

Damit haben sie – drittens – gezeigt, worum es in einem größeren Zusammenhang geht: Die mit den Gruppen geschaffenen Regelungsstrukturen weisen eine Nähe zu den Prozessen dezentralisierter Integration auf, wie sie im Agenturmодell<sup>30</sup> oder in Veränderungen der Wirtschaftsaufsicht<sup>31</sup> zu beobachten sind. Und in dem Maße, wie die administrative Horizontalisierung die legislativen Ziele erfolgreich implementiert, wird der institutionelle Zentralisierungsdruck gemildert. Das kann legitimationstheoretisch auch als Chance begriffen werden. Deshalb wenden wir uns jetzt den Formen der neuen Verbundstruktur<sup>32</sup> zu.

## *III. Formen*

Der Verwaltungsverbund sucht eine Verbindung zwischen Verhandlungs- und Entscheidungs rationalität<sup>33</sup> herzustellen, der Regulierungsverbund einen Ausgleich zwischen Vollzugsflexibilität und Rechtskohärenz zu gewährleisten. Dieses Spannungsverhältnis kann als »Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma« bezeichnet werden.<sup>34</sup>

Was ist damit gemeint? Einerseits soll die Regulierung durch unabhängige Behörden, also von Akteuren vorgenommen werden, auf welche die Mitgliedstaaten als Adressaten europäischen Rechts nicht (mehr) in der gewohnten Weise einwirken sollen. Die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen lässt sich nicht sinnvoll zentral bewerkstelligen. Andererseits entsteht durch den Gewinn an administrativer Flexibilität das Problem der Koordinierung binnenmarktrelevanter Entscheidungen. In unterschiedlichem Ausmaß überspringt der Regulierungsverbund die legislative Ebene nationaler Umsetzung abgeleiteten Rechts und statuiert unmittelbare Vorgaben für den Einzelvollzug europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten. Das geschieht weniger durch materielles Recht als durch

<sup>29</sup> Zur Debatte Holznagel/ Schumacher, Europäischer Regulierer für den Telekommunikations- und Energiesektor, DVBl. 2007, 409.

<sup>30</sup> Grundlegend Chiti, Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies, ELJ 10 (2004), 411; krit. Sydow, Externalisierung und institutionelle Ausdifferenzierung, VerwArch 97 (2006), 1; anders als im Bereich der Telekommunikation und der Energie hat der europäische Gesetzgeber im Bahnsktor auf das Agenturmödell zurückgegriffen und mit der VO Nr. 881/2004 die Europäische Eisenbahnagentur errichtet, dazu Fehling, Europäische Verkehrsagenturen als Instrumente der Sicherheitsgewährleistung und Marktlateralisierung insbesondere im Eisenbahnenwesen, EuR 2005, 41.

<sup>31</sup> Vgl. Fuchs, Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht, EuR 2005, 77; Franzius, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, Der Staat 45 (2006), 547 (571).

<sup>32</sup> Zu »allgemeinen Ordnungsmustern« der Verbundverwaltung Groß (Fn. 16), 153 ff.

<sup>33</sup> Verhandlungsprozesse münden in Ergebnisse, die für die folgenden Stufen Entscheidungsvorgaben darstellen. Entscheidungen sind umgekehrt in Vorgänge gegenseitiger Information und Verständigung eingebettet: Schmidt-Aßmann (Fn. 18), 22.

<sup>34</sup> Britz, EuR 2006, 46 (55) im Anschluss an Trute (Fn. 19), 567.

prozedurale Abstimmungs- und Konsultationspflichten, die in einen neuen organisatorischen Kontext gestellt werden.<sup>35</sup>

Um die Lage am Beispiel des Telekommunikationsrechts zu verdeutlichen: Für den Bürger weitreichende Entscheidungen werden von unabhängigen Regulierungsbehörden getroffen, die aus dem staatlichen Steuerungs- und Legitimationszusammenhang partiell *herausgenommen* sind. Diese gewollte Zurückdrängung nationaler Politik<sup>36</sup> wird nur begrenzt dadurch aufgefangen, dass sich die Behörde mit der Kommission abzustimmen und deren Stellungnahmen und Empfehlungen zu berücksichtigen hat. Die Berücksichtigungspflicht ist zugunsten der Kohärenz des europäischen Rechtsrahmens gesteigert.<sup>37</sup> So hat die Bundesnetzagentur in wichtigen Entscheidungen, welche den Binnenmarkt betreffen, die Stellungnahmen der anderen nationalen Regulierungsbehörden einzuholen und weitestgehend zu berücksichtigen, § 12 TKG. Das geht über die wohlwollende Kenntnisnahme hinaus, und auf nationale Zielsetzungen kann es nicht ankommen. Die Behörde darf vielmehr nur dort, wo das europäische Recht einer Berücksichtigung entgegensteht, die Stellungnahme zurückweisen. Damit entscheidet die Bundesnetzagentur weiterhin auf der Grundlage nationalen Rechts in Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts. Aber das europäische Recht programmiert – am nationalen Gesetzgeber vorbei – den Vollzug und trägt zur Ausbildung einer einheitlichen europäischen Regulierungskultur bei.

Drei Entwicklungen sind für die Analyse der Bauformen des Regulierungsverbundes zu beobachten:

### *1. Multiplizierung der Akteure*

Erstens kommt es zu einer Multiplizierung der Akteure in einem Organisationsrahmen, dem eine praktisch bedeutsame Vorstrukturierungsfunktion für die exekutive Rechtsetzung zufällt. In die von den mitgliedstaatlichen Behörden informell geschaffenen Informationsnetzwerke und *Foren* schaltet sich vielfach die Kommission ein und errichtet parallel dazu, kompetenzrechtlich nicht unbedenklich, formelle *Gruppen*, in denen die horizontale Abstimmung der Entscheidungen der nationalen Regulierungsbehörden stattfindet. Das ist etwa im Energierecht mit der »Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden« geschehen.

### *2. Neue Handlungsformen*

In diesem institutionellen Gefüge kommt es – zweitens – zu einer Horizontalisierung der Normsetzung durch den Einsatz von *Leitlinien* der Kommission als einer neuen Handlungsform des Verbundes. Von informellen Foren unter Einbeziehung der privaten Marktakteure erarbeitet, wird zur Änderung der Leitlinien das Komitologieverfahren für die Rechtsetzung genutzt, wodurch sie als Teil einer Verordnung formale Rechtsverbindlichkeit erhalten.<sup>38</sup> Insoweit haben die un-

<sup>35</sup> Vgl. Franzius, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts, EuR 2002, 668 (679); Trute (Fn. 19), 570; Masing, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, 73.

<sup>36</sup> Röhl, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, 831 (834 f.) spricht von einer »Ent-Nationalisierung« der Regulierungsentscheidungen.

<sup>37</sup> Zu Konsequenzen für das deutsche Verwaltungsrecht Ladeur/ Möllers, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBL 2005, 525; zur »schwächeren« Verbundstruktur im Energiesektor Herzmann, Zur Kooperation der Energieregulierungsbehörden in Europa, ZNER 2005, 216.

<sup>38</sup> Zu privaten Standards Schepel, The Constitution of Private Governance, 2005.

verbindlichen Leitlinien eine Wegbereiterfunktion<sup>39</sup> für die europäische Rechtssetzung in den dafür vorgesehenen Formen.<sup>40</sup> Und der horizontale Konsens der nationalen Regulierer wird zum Maßstab für den richtlinienkonformen Vollzug.

### 3. Vertrauensbildung

Drittens schafft die Horizontalisierung als Governance-Struktur institutionalisierte Orte der Lernerfahrung und Vertrauensbildung, die sich auch dort zu bewähren hat, wo der Bereich kooperativer Zusammenarbeit endet und hoheitlich entschieden werden muss. Das setzt die Bereitstellung von Verfahren voraus, die aus der engen Fokussierung auf die Durchsetzung des materiellen Rechts herauszunehmen sind. Denn, wie *Hans-Heinrich Trute* und *Roland Broemel*<sup>41</sup> bemerken,

»infolge der Informationsdefizite, denen sich Regulierungsbehörden in einem dynamischen und von Ungewissheit geprägten Feld gegenüberstehen, zielt das Verfahren nicht auf den schlichten Vollzug materieller Vorgaben des Gesetzgebers, sondern auf die Strukturierung einer in hohem Maß durch technische und ökonomische Wissensbestände geprägten Abwägungssentscheidung. Die Funktionen des Verfahrens liegen in der Handhabung dieses Informationsproblems und damit verbunden in der Milderung des Spannungsverhältnisses zwischen notwendiger Flexibilität der Regulierung und Erwartungssicherheit für die Marktteilnehmer.«

## IV. Probleme

Die Ordnungsleistungen von Governance sind abstrakter als die Beschreibungsangebote von Netzwerken.<sup>42</sup> Und sie sind anspruchsvoller, weil sie eine variable Verknüpfung von Bauformen zulassen, die sich nicht allein auf das Organisationsprinzip der Kooperation erstrecken, sondern nach dem weiten Begriff von Governance auch Prozesse der Hierarchisierung einzufangen suchen.<sup>43</sup> Governance lenkt das Augenmerk auf den Externalisierungstrend in der Schaffung unabhängiger Einrichtungen, die eine hierarchische Rechtsaufsicht nicht entbehrlieblich machen.<sup>44</sup> Zum anderen rückt die Mobilisierung selbstregulativer Regelsetzung in den Vordergrund, die am Monopol staatlicher Rechtsetzung nagt, aber Harmonisierungseffekte erzeugen kann. Insoweit weist die Horizontalisierung als Governance-Struktur<sup>45</sup> drei Probleme auf.

<sup>39</sup> Arndt, Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund, DV 39 (2006), 100 (106).

<sup>40</sup> Ob sich die vernetzten Strukturen in der Handlungsformenlehre bewältigen lassen, ist unsicher. Netzwerke dürften eher als eine Herausforderung an das Organisationsrecht verstanden werden, so auch Schöndorf-Haubold, Netzwerke in der deutschen und europäischen Sicherheitsarchitektur, in: Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke, 2007, 149. Obgleich die Trennlinie zwischen Politik und Recht hier weniger scharf gezogen werden kann, stellt das Verwaltungsorganisationsrecht für die rechtswissenschaftliche Bewältigung transnationaler Governance einen relativ guten Entwicklungsrahmen bereit.

<sup>41</sup> Trute/Broemel, Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften, ZHR 170 (2006), 706 (733).

<sup>42</sup> Dazu Slaughter, A New World Order, 2004, 134 ff.; Boysen u.a., Netzwerke im Öffentlichen Recht, in: dies. (Fn. 40), 289.

<sup>43</sup> Das bringt der neutrale Begriff der Regelungsstruktur zum Ausdruck: Franzius (Fn. 4), 193; weiterführend wird von Koordinationsstrukturen gesprochen: Schuppert, Was ist und wozu Governance?, DV 40 (2007), 465 (489).

<sup>44</sup> Weiterführend im Sinne einer »kollektiven Aufsicht« Biagianni, Die Entwicklung eines Internationalen Verwaltungsrechts als Aufgabe der Rechtswissenschaft, VVDStRL 67 (2008), 413 (435 f.), der treffend von »Rechtsverwirklichungsstrukturen« spricht.

<sup>45</sup> Siehe bereits Franzius, Regieren durch »besseren« Instrumenteneinsatz: Zur Idee der Koregulierung im Regierungswissenschaftsbuch der Kommission, in: Bruha/Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza. Wie Europa regiert werden soll, 2003, 155; weiterführend Lobel, The Renew Deal: The Fall of Regulation and the Rise of Governance in Contemporary Legal Thought, Minnesota Law Review 89 (2004), 263.

Erstens ist die Verteilung der Konkretisierungsbefugnisse unklar. Die europäischen Basisrechtsakte enthalten häufig nur einen legislativen Rahmen, der administrativ auszufüllen ist. Die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden verschärft den *Grenzverlust* zwischen normativen Regulierungsvorgaben und administrativer Regulierungsentcheidung in einer flexiblen Vollzugsstruktur, die der nationale Gesetzgeber nur schwach dirigieren kann. Schärfster: Im föderalen Gewaltengefüge der Union enthält der legislative Konkretisierungsauftrag an die nationalen Exekutiven deren Ermächtigung zur Vernetzung.

## 2. Überstaatliches Verwaltungsrecht

Zweitens beschränkt die Verpflichtung zur Errichtung unabhängiger Regulierungsbehörden zwar die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten, überlässt ihnen jedoch die institutionelle Einordnung nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts. Dabei ist das Maß der Unabhängigkeit nicht nur in den Mitgliedstaaten, sondern auch sektorale unterschiedlich. Allerdings gebietet die praktische Wirksamkeit europäischen Rechts eine Zurückhaltung gegenüber parlamentarischen Detailprogrammierungen des Verbundes. Die Wesentlichkeitslehre und der Parlamentsvorbehalt geraten hier ebenso unter Druck<sup>46</sup> wie die traditionelle Skepsis gegenüber der Anerkennung exekutiver Gestaltungsspielräume, die einer prozeduralen Festlegung durch den Gesetzgeber bedürfen, aber keiner umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

## 3. Pluralisierung der Legitimationsbausteine

Drittens mag die Reduzierung inhaltlicher Steuerung die verwaltungsrechtliche Systembildung erleichtern, wirft im Konzert einer »Gruppe von Regulierern« aber schwierige Legitimationsfragen auf.<sup>47</sup> Hier scheint das Potential der vertikalen Konfliktminimierung durch Intransparenz teuer erkauft zu werden. Andererseits gilt es zu bedenken, dass mit der organisatorischen Vernetzung der Exekutiven eigenständige Legitimationsmittler eingebunden werden. Die legitimationstheoretische Antwort liegt dann weniger in einer Vertikalisierung der Zurechnungszusammenhänge als in einer Pluralisierung der Legitimationsbausteine.<sup>48</sup>

Konkret: Weil die Bundesnetzagentur in sektorale unterschiedlichem Ausmaß nicht ausschließlich über *input*-Stränge zu steuern ist, soll es auch auf zu formulierende Anforderungen für den *output* ankommen.<sup>49</sup> In diesen fließen aber Willensentscheidungen »fremder« Behörden ein, die nicht (allein) zentral verantwortet werden (können). Solange darin ein Problem gesehen wird, bleiben Einheitskonzeptionen eine Lösung, die ihrerseits Legitimationsprobleme verursachen und die soziale Legitimation *of the people* in der Verklammerung von

<sup>46</sup> Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AÖR 130 (2005), 5 (30 ff.); Reimer, Das Gesetz als Steuerungsinstrument und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 4), § 9 Rn. 24, 47 ff.

<sup>47</sup> Zusitzend Möllers, Transnationale Behördenkooperation, ZaöRV 65 (2005), 351 (378 ff.).

<sup>48</sup> Vgl. Trute, in: Hoffmann-Riem u.a. (Fn. 4), § 6.

<sup>49</sup> Siehe Trute, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert/ Neidhardt (Hrsg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, 329 (335); Hermes, Gemeinschaftsrecht, »neutrale« Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, in: FS Zuleeg, 2005, 410 (418); krit. Löhr, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag. Zur demokratischen Legitimation der Regulierung durch die Bundesnetzagentur in den Bereichen Telekommunikation und Post, 2006, 388 ff. und scharf Möllers, Demokratie (Fn. 15), 46 f.

*input* und *output* vernachlässigen. Dass diese Verklammerung für vermeintlich technische Fragen der Marktregulierung entbehrlich sei, kann angesichts der komplexen Wertungsfragen kaum ernsthaft behauptet werden.<sup>50</sup> Der Regulierungsverbund reagiert darauf mit der Institutionalisierung horizontalen Vertrauens als einer Voraussetzung dafür, dass das vertikale Phänomen von überstaatlicher Herrschaft entsteht und Bestand haben kann.<sup>51</sup>

## V. Folgen

Governance bringt Herrschaft nicht zum Verschwinden, stellt aber den Begriff der Souveränität in Frage. Soll Governance einen Mehrwert haben, muss darüber etwas erklärt werden können, was mit anderen Begriffen nicht oder nur schlechter zu erklären ist.<sup>52</sup> Schärfer: Der Weichspüler der orientierungslosen Moderne hat Farbe zu bekennen, um zumindest *ex negativo* eine Aussage machen zu können.<sup>53</sup>

Es wäre zu einfach, mit Governance die Steuerungstheorie in ihrer sozialtechnologischen Schlagseite zu verabschieden und *Steuerung* – verstanden als normativen Zurechnungszusammenhang<sup>54</sup> – für unmöglich zu erklären.<sup>55</sup> Aber das Auseinanderfallen von Beschreibungsebene und normativen Anforderungen ruft den Bedarf nach Theorie hervor, der durch Governance nicht befriedigt wird und mit *Meta Governance* relativ orientierungslos auf das Erbe der politischen Theorie verweist.<sup>56</sup>

Um der Beliebigkeit zu entgehen, sollen an dieser Stelle *zwei* Suchbewegungen angegeben werden, worin der rechtswissenschaftliche Mehrwert von Governance für die normativ angeleitete Analyse von Regulierungs- und Verwaltungsverbünden liegen könnte:

<sup>50</sup> Bestandsaufnahme: *Papadopoulos*, Problems of Democratic Accountability in Network and Multilevel Governance, ELJ 13 (2007), 469.

<sup>51</sup> Darin kann ein Kernelement der Verwaltungslegitimation des Verbundes gesehen werden: *Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, 44 ff. und jüngst *Biaggini*, VVDStRL 67 (2008), 413 (430 f., 467). Für eine übergreifende Begriffsbildung ist das kollektivistische Verständnis – vgl. *Offe*, Demokratie und Wohlfahrtsstaat, in: *Streck* (Hrsg.), Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie, 1998, 99 (104) – durch den Rekurs auf den wechselseitigen Respekt der Unionsbürger zu erzielen: *Preuß*, in: *Schuppert/Pernice/Halter* (Hrsg.), Europawissenschaft, 2005, 489 (529 f.). Sedes Materiae ist das in Art. 10 EG normierte Loyalitätsprinzip als ein Schlüssel zum Verständnis der Union, *so v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), Europäisches Verfassungsrecht, 2003, 149 (202). Weiterführend das Forschungsprojekt »Nationale Verwaltungen in der transnationalen Integration« im Rahmen des Konstanzer Exzellenzclusters »Kulturelle Grundlagen von Integration«.

<sup>52</sup> Richtig *Ludwig u.a.*, Governance, Normativität und begrenzte Staatlichkeit, SFB Working Paper Series 4 (2007), 5 f.

<sup>53</sup> Darin kann eine Parallele zum Begriff der Verwaltung gesehen werden, die sich ebenfalls nicht positiv bestimmen lässt: *Möllers*, Methoden, in: *Hoffmann-Kiem u.a.* (Fn. 4), § 3 Rn. 4. Governance ist eine Perspektive auf Politik: *Dingwerth/Pattberg*, Was ist Global Governance?, *Leviathan* 34 (2006), 377.

<sup>54</sup> *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, 264. Gegen eine Verengung auf die Funktionsweise von Recht in der Zuweisung von Kompetenzen und Verantwortungen an Akteure aber *Trute u.a.*, Der Governance-Ansatz als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analyse-Konzept, in: *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), Governance (Fn. 13), 173.

<sup>55</sup> Für den Erhalt des steuerungswissenschaftlichen Ansatzes *Scherzberg* (Fn. 6), 863 f. Weder das Ausblenden von Governance – so *Eifert*, Das Verwaltungsrecht zwischen klassischem dogmatischem Verständnis und steuerungswissenschaftlichem Anspruch, VVDStRL 67 (2008), 260 – noch ein begriffliches Überblenden von Steuerung – in dieser Richtung *Schuppert*, Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft im Wandel. Von Planung über Steuerung zu Governance?, *AÖR* 133 (2008), 79 (100 ff.) – führt die verwaltungsrechtswissenschaftliche Perspektive im Kern weiter.

<sup>56</sup> Instruktiv *Haus*, Governance-Rhetorik und Institutionenpolitik. Politisierung und Depolitisierung in der Konstruktion neuer Praktiken des Regierens, in: *Schuppert/Zürn* (Hrsg.), Governance (Fn. 13), 95.

Eine rechtswissenschaftlich thematisierbare Frage richtet sich nach dem Verhältnis zwischen Struktur und Handlung in einer Distanz gegenüber Fortschreibungen, die lediglich nach der normativen Struktur *in den Wirkungen* auf die Handlung und die zu treffende Entscheidung fragen.

Damit wird die Grundeinsicht in die Unfertigkeit der Gesetze mit der unhintergehbaren Konkretisierungsbedürftigkeit der Norm<sup>57</sup> hervorgehoben und einem instrumentellen Steuerungsverständnis des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verwaltung vorgebeugt.<sup>58</sup> Die normative Struktur prägt die Handlung, ohne sie zu determinieren. Kein Normadressat – und damit auch die gesetzesgebundene Verwaltung – entgeht dem Problem der Verschleifung von Regel und Anwendung. Denn

»ohne ein – wie immer intensiv ausgeformtes – Moment von Praxis, über das bestimmte Interpretationen, Problemerperceptionen, Wissensbestände stabilisiert werden, ist das Verhältnis von normativer Struktur und Handlung/Entscheidung nicht zu denken. Insoweit verändert die Handlungspraxis zugleich die Struktur und stabilisiert diese. Das mag variieren, insofern als dass normative Strukturen auf fest verankerte sprachliche Konventionen treffen können und insoweit geringe Spielräume für eine andere Praxis lassen oder aber der geregelte Sachbereich wenig dynamisch ist. In vielen Bereichen ist jedoch die normative Struktur nicht mehr als ein Entwurf, der von den Akteuren im Vollzug nach Maßgabe der Situation und der vorhandenen Wissensbestände zu präzisieren, wenn nicht in seinen eigentlichen Bedeutungen erst zu generieren ist.«<sup>59</sup>

Allerdings sollte man die wirkungsbezogene Ausrichtung des Rechtsbegriffs<sup>60</sup> nicht überhöhen und die *Formungskraft des Rechts* nicht unterschätzen.<sup>61</sup> Vor allem im Verfahrens- und Organisationsrecht kann die Herausbildung von transnationalen Governance-Strukturen in der Rechtsordnung verarbeitet werden und auch solche Regelwerke einbeziehen, die sich nicht mehr ohne Weiteres auf eine anerkannte »Rechtsquelle« zurückbeziehen lassen. Gewiss: Die europäischen Verbundstrukturen können Teile der Dogmatik des Öffentlichen Rechts unterspülen, brauchen aber nicht als Bedrohung verstanden zu werden. Im Gegenteil: Gerade die Vernetzungen in den Entgrenzungen verarbeitenden Regelungsstrukturen<sup>62</sup> legen deutlicher als bisher eine Rückbesinnung auf die Selbststabilisierungsfähigkeit von Ordnungsmustern nahe. Das kann für das Recht bedeuten, es nicht der Faktizität einer sozialen Praxis hinzugeben, sondern *bescheiden* als normativen Knoten in Netzwerken zu verstehen.<sup>63</sup>

<sup>57</sup> Obgleich seit langer Zeit bekannt – klarsichtig Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927 – setzt sich diese Einsicht zur Konstruktion der Gesetzesbindung erst in jüngerer Zeit durch, wird aber unter Einbeziehung der Handlungspraxis auf »Steuerung« bezogen, vgl. Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungswissenschaft, DV 39 (2006), 335 (336).

<sup>58</sup> Statt vieler Schmidt-Åßmann, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, 1. Kap. Rn. 39 und Scherzberg (Fn. 6), 864 f.

<sup>59</sup> Trute u.a., Der Governance-Ansatz (Fn. 54), 184 f.

<sup>60</sup> Krit. Florian v. Alemann, Die Notwendigkeit eines formalen Rechtsbegriffs der Unionsrechtsordnung, Der Staat 45 (2006), 382 (392 f.).

<sup>61</sup> So auch Schmidt-Åßmann, Die Herausforderung der Verwaltungswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Der Staat 45 (2006), 315 (325 f.).

<sup>62</sup> Übersichtlich Hoffmann-Riem, AÖR 130 (2005), 5 (11 ff.).

<sup>63</sup> So verstehe ich Kemmerer, Der normative Knoten, in: Boysen u.a. (Fn. 40), 195. Konzeptionell anders Scherzberg (Hrsg.), Kluges Entscheiden, 2006. Ob sich allgemeine Strukturen des Verwaltungsrechts (noch) entwickeln lassen, erscheint ungewiss. Bemühungen in dieser Richtung sollten aber nicht vorschnell aufgegeben werden, vgl. für eine Bestandsaufnahme Trute u.a. (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht – zur Tragfähigkeit eines Konzepts, 2008.

## 2. Horizontalisierung der Grundrechte?

Es bleiben aber auch verfassungsrechtliche Fragen zu stellen. Schärfe erhielte der Diskurs mit der Thematisierung des Verhältnisses von Demokratie und Grundrechten in der Zusammenführung von kollektiven und individuellen Legitimationsmustern.<sup>64</sup>

So kann gefragt werden, ob an die Stelle der Demokratisierung eine Netzwerkstruktur des Rechts getreten ist, die kollektive Legitimationsmuster zugunsten individueller Selbstbestimmungschancen ersetzt. Schon heute wird deutlich, dass sich die Legitimation verbandlicher Regelbildung – *private governance*<sup>65</sup> – weniger aus dem Prinzip der Repräsentation als dem Maß an individuellen Partizipationsrechten ergibt. Ein Vorteil kann darin gesehen werden, dass sich diese Rechte in der wechselseitigen Beobachtung der Gerichte von selbst entwickeln und den Druck mindern könnten, die fragmentierte Ordnung des Rechts auf eine Zauberformel politischer *Inklusion* zurückzubiezen. Recht muss darauf reagieren, dass es seine Einheit nicht mehr von der Politik empfängt, diese aber den Anspruch des Einzelnen in Frage stellt, ausschließlich der territorial radizierten Herrschaftsgewalt des Nationalstaates unterworfen zu sein. Damit gerät die Lehre von der »mittelbaren« Drittirkung der Grundrechte unter Druck,<sup>66</sup> will man die im weltumspannenden Privatrecht angelegte *Exklusion* des Individuums nicht widerspruchslos hinnehmen.<sup>67</sup>

Im überstaatlichen Kontext ist eine *Privatwirkung subjektiver Rechte* verbreitet.<sup>68</sup> Nicht immer kann der Geltung von Verfassungsnormen im horizontalen Verhältnis die Privatautonomie des Einzelnen entgegengestellt werden. Wo es an einer zentralen Spalte, auf die politische Verantwortung projiziert werden könnte, fehlt und das Recht aus der nationalstaatlichen Umklammerung herausgelöst wird, greift auch nicht der Vorwurf der Etatisierung privater Freiheit.<sup>69</sup> In den Netzwirtschaften schreitet die *Entkoppelung von Recht und Politik* voran und der Koordinierungsbedarf von öffentlichen und privaten Akteuren in Regellungsnetzwerken wächst.<sup>70</sup> Jedenfalls wäre es ein Missverständnis, die Union als »Einheitslieferanten« zu betrachten, dem es gelingen könnte, den Verlust eines privilegierten Ortes des Politischen durch Symbolik zu kaschieren.

Sicherlich wird zu differenzieren sein. Die Grundfreiheiten, deren Funktionalisierung als *Integrationsnormen* für den Binnenmarkt eine direkte Wirkung im

<sup>64</sup> Vgl. Möllers, Gewaltengliederung, 2005, 56 f. unter Bezugnahme auf Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, 83.

<sup>65</sup> Zur Verarbeitung Engel, A Constitutional Framework for Private Governance, GLJ 5 (2004) 197; Tushnet, The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Access, in: Sajó/Uitz (Hrsg.), The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, 2005, 167.

<sup>66</sup> Weiterführend Teubner, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch »private« transnationale Akteure, Der Staat 45 (2006), 161, und instruktiv Cappel, Anachronismus einer »Drittirkung«. Das kognitivistische Konzept Karl-Heinz Ladeurs und die Matrix Gunter Teubners im grundrechtstheoretischen Spannungsfeld, ancilla juris 2006, 41.

<sup>67</sup> Fragend v. Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts, ZAöRV 63 (2003), 853 (875), und zum Erhalt der Politik, die nicht-staatliche Akteure in das Recht einbezieht: Fischer-Lescano/ Liste, Völkerrechtspolitik, ZIB 12 (2005), 209.

<sup>68</sup> Vgl. Wernicke, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002, und zuletzt EuGH Rs. C-438/05 Viking, Slg. 2007, I-0000 Rn. 56 ff. Vergleiche: Sajó/Uitz (Hrsg.), The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, 2005, und Preuß, The Guarantee of Rights: Horizontal Rights, in: Troper/Chagnolaud (Hrsg.), Traité International de Droit Constitutionnel, Tome III: Suprématie de la Constitution, Manuscript.

<sup>69</sup> Dazu Voßkuhle, Die Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), 266 (295 f.).

<sup>70</sup> Vesting, The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (beyond the State), in: Ladeur (Hrsg.), Public Governance in the Age of Globalization, 2004, 247.

horizontalen Verhältnis der »privaten« Akteure zueinander eingeräumt wird, unterscheiden sich von den Grundrechten als *Legitimationsnormen* einer politischen Gemeinschaft, die sich ihrer kollektiven Wurzeln nicht sicher ist, dieser zur Schaffung einer Einheit nach dem Vorbild des Nationalstaates aber auch nicht im gleichen Maße bedarf. Die subjektiven Rechte des *Unionsbürgers* lassen sich nicht auf das horizontale Verhältnis der Mitgliedstaaten beschränken, sondern begründen den *Status gleicher Freiheit*, dem auch die Kompetenzordnung nicht entgegengestellt werden kann.<sup>71</sup> Soweit dieser Rechtsstatus nicht mehr normativ auf eine zentrale Instanz bezogen werden kann, sondern in eine komplementär »zusammengesetzte« Ordnung des Politischen<sup>72</sup> gestellt ist, muss die Sehnsucht nach einer Ursprungs- und Projektionsinstanz, in der einst der Glaube monopolisiert war, später die Souveränität aufgehoben wurde und heute das Wissen gebündelt werden könnte, unerfüllt bleiben.<sup>73</sup> Ein Ausweg kann in der Geltungserstreckung der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis liegen.

Der Widerstand gegen eine solche Konzeption ist verständlich, wo es der Politik gelingen kann, die betroffenen Freiheitssphären auszubalancieren. Schon die Vorstellung der Ebenenverkoppelung<sup>74</sup> trägt indes zu einer Multiplizierung der »Verantwortungsträger« bei. Es fragt sich, ob die normative Idee politischer Rechtserzeugung gegenüber der evolutiven Praxis der Rechtsverwirklichung auch dort in Stellung zu bringen ist, wo auf einen Gesetzgeber nicht Rücksicht genommen zu werden braucht, weil es ihn in der Form des modernen Verfassungsstaates nicht gibt. Wo nicht nationale oder internationale Regelungsstrukturen in Rede stehen und es auch nicht um die Abbildung supranationaler Integration, sondern um die Bewältigung von transnationalen Rechtsverhältnissen geht, greift der für *Gemeinschaften* erhobene Vorwurf entpolitisierter Ordnungsdenkens nicht in voller Schärfe. In dem Maße, wie sich innerhalb der Europäischen Union – und nicht nur dort – transnationale Regelungsstrukturen herausbilden, bedarf es einer Neubestimmung des Verhältnisses von Politik und Recht, das horizontalen Freiheitsgefährdungen auch dort begegnen muss, wo der Primat des Politischen nicht mehr einfach unterstellt werden kann.<sup>75</sup>

## VI. Schluss

Mit dem Souveränitätsbegriff lässt sich der Regulierungsverbund *nicht* erfassen. Governance, rechtswissenschaftlich reformuliert, unterläuft Begriffe, die für den Staat entwickelt worden sind.<sup>76</sup> Deren symbolische Kraft wird eingeschränkt.<sup>77</sup> Nicht, dass der Staat und mit ihm die politischen Akteure einfach verschwin-

<sup>71</sup> Zurückhaltender *Schönberger*, *Unionsbürger*, 2005.

<sup>72</sup> Für den vorliegenden Kontext *Somek*, Solidarity decomposed. Being and time in European Citizenship, Manuskript.

<sup>73</sup> Anders *Halterm*, Europarecht und das Politische, 2005.

<sup>74</sup> Möllers, Gewaltengliederung, 2005, 331.

<sup>75</sup> Zumindest für Vertragsnetzwerke wie die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) als Formen »privat gesetzten Privatrechts« wird die horizontale Dimension der Grundrechte in der Doppelauflage gesehen, gesellschaftliche Selbstblockierungen zu vermeiden und individuelle Partizipation zu ermöglichen, instruktiv Vielechner, Können Netzwerke die Demokratie ersetzen?, in: Boysen u.a. (Fn. 40), 36 im Anschluss an Karl-Heinz Ladeur und Oliver Gerstenberg.

<sup>76</sup> Franzius (Fn. 4), 203.

<sup>77</sup> Klassisch, aber widerlegt, der Einwand einer anthropologischen Notwendigkeit des Staates, wie Shore, »Government without Statehood? Anthropological Perspectives on Governance and Sovereignty in the European Union, ELJ 12 (2006), 709 meint. Anders auch die Idee einer »Ko-Produktion« von Staatlichkeit, wie sie Schuppert (Fn. 43), 501 formuliert.

den.<sup>78</sup> Aber das von ihnen gemachte Recht kann andere Arrangements vorsehen, die sich nicht allein in der vertikalen Dimension rekonstruieren lassen, sondern horizontale Verbundstrukturen generieren, in denen es ein *Oben* und ein *Unten* nicht mehr gibt, weder ein *Zentrum* noch eine *Peripherie* auszumachen sind und es »nur« noch um eine wechselseitige Kompatibilisierung von Autonomiebereichen gehen kann. Soll Governance diesseits seiner attributiven Adjektive einen Mehrwert haben, muss sein (de-)konstruktivistisches Potential freigelegt und geschärft werden.<sup>79</sup> Dieses Potential kann darin liegen, nicht mehr jede Steuerung auf die Politik und *Verantwortung* zu beziehen, sondern eine »neue« Autonomie des Rechts zu begründen und darauf *Vertrauen* zu stützen.<sup>80</sup> So gesehen impliziert der Wechsel von Steuerung zu Governance keinen Grenzverlust, sondern eine Verschiebung von Grenzen zwischen Funktionssystemen, die sich mit dem Souveränitätsbegriff nicht beschreiben lassen. An die Stelle der unabänderlich gedachten Grenze gegenüber den Zumutungen des *Fremden* rücken politisch veränderbare Grenzen gegenüber den sozialen Bedingungen der Betrachtung des *Anderen*. Vielleicht ruhen in Europa deshalb stärkere Hoffnungen auf dem Potential des europäischen Verwaltungsrechts, das anders als das Unionsverfassungsrecht weniger von übersteigerten Souveränitätsbekundungen der Mitgliedstaaten belastet wird, die Leistungsfähigkeit von Vertrauenserwartungen in das Recht aber immer wieder von neuem unter Beweis zu stellen.<sup>81</sup>

<sup>78</sup> Das mag auch für den Nationalstaat gelten. Aber bei allen Bemühungen um den Erhalt souveräner Einheiten ist nicht zu überschauen, dass sich die Perspektive auf den Staat, der in der Union als rechtlich »autonom« gebundener Mitgliedstaat verfasst ist, ändern musste. Die Zunahme thematisch funktionaler Differenzierung – s. auch *Stolleis*, Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?, in: Héritier/ Scharpf/ Stolleis (Hrsg.), European and International Regulation after the Nation State, 2004, 17 – macht eine Deontologisierung des Staates unausweichlich: *Somek*, Staatenloses Recht: Kelsens Konzeption und ihre Grenzen, ARSP 91 (2005), 61. Das bedeutet weder ein Ende des Staates noch schließt es andere Perspektiven aus, vgl. etwa *Schuppert*, Was ist und wie misst man Wandel von Staatlichkeit?, Der Staat 47 (2008), i.E.

<sup>79</sup> *Teubner*, Des Königs viele Leiber. Die Selbstdekonstruktion der Hierarchie des Rechts, in: Brunkhorst/ Kettner (Hrsg.), Demokratie und Globalisierung, 2000, 240. Zur konstruktivistischen Wende *Checkel*, The Constructivist Turn in International Relations Theory, World Politics 50 (1998), 324. Zur Dogmatik als Konstrukt *Voßkuhle*, GVwR I § 1 Rn. 6.

<sup>80</sup> Siehe auch *Röhl* (Fn. 27), 1079. Als normative Kategorie ist der Vertrauensbegriff für rechtswissenschaftliche Operationen erst noch zu entfalten.

<sup>81</sup> Deshalb ist das europäische Verwaltungsrecht nicht im internationalen Verwaltungsrecht zu integrieren, sondern als eigenständiges Rechtsgebiet unter der Governance-Perspektive transnationaler Vernetzungen fortzuentwickeln. Das bedingt keine Aufgabe, aber eine Relativierung des Territorialitätsprinzips. Hier liegt eine zentrale Herausforderung für die Rechtswissenschaft, die nicht die gleichen Fragen wie ihre Nachbarwissenschaften stellen muss, ihnen aber auch nicht trotzig entgegentreten darf, will sie sich Gehör verschaffen.