

Governance und Regelungsstrukturen

Claudio Franzius, Berlin * **

„Diese Epoche, in der die Schwelle der abendländischen Geschichte überschritten ist, weiss sich zuerst als Nicht-Mehr des Vergangenen und als Noch-Nicht des Kommenden. Dürftig erscheint diese Zeit allen schwachen Geistern, die sich nach Gehäusen und Sicherungen sehnen. Dem Kommenden dient man aber nicht, indem man das Gewesene verteufelt oder neu belebt, sondern allein dadurch, dass man standhält im Nicht-Mehr und Noch-Nicht, im Nichts der Nacht, und sich eben damit offen hält für die ersten Zeichen des kommenden Tages ...“

Jacob Taubes, Abendländische Eschatologie, 1991, S. 192 f.

I. Einführung

II. Was ist und wozu Governance?

1. Transdisziplinarität
2. Reaktionen auf den Wandel von Staatlichkeit
 - a) Innen und Außen
 - b) Verschiebungen der Grenzen

III. Regelungsstrukturen

1. Verbundbegriff
 - a) Pluralität der Akteure
 - b) Ausdifferenzierung rechtlicher Steuerungsformen
 - c) Strukturierungsfunktion von Recht
2. Überwindung des Steuerungsparadigmas?
 - a) Kognitive Probleme
 - b) Wende von Akteuren zu Strukturen
3. Rechtswissenschaftliche Antworten
 - a) Parallele Entwicklungen
 - b) Bereitstellung von Regelungsstrukturen
 - c) Governance als Hinwendung zum Recht

IV. Woher kommen und wohin führen Regelungsstrukturen?

1. Recht ohne Staat
2. Einschränkungen und Konsequenzen
 - a) Europäischer Regelungsverbund
 - b) Entwicklung von Legitimationsbausteinen
 - c) Chancen des Gesetzesvorbehalts

V. Zusammenfassung

* Der Beitrag ist die erweiterte und um Fußnoten ergänzte Fassung eines Vortrags, den ich am 9.3.2005 im Rahmen der Querschnittsgruppe Governance unter der Leitung von Prof. Dr. *Gunnar Folke Schuppert* am Wissenschaftszentrum für Sozialforschung Berlin gehalten habe. Den Teilnehmern sei für Anregungen und weiterführende Hinweise gedankt.

** *Ulrich K. Preuß* zum Wechsel an die Hertie School of Governance, Berlin.

I. Einführung

Der Begriff *Governance* übt seit einigen Jahren eine nahezu magische Anziehungskraft aus. Obwohl niemand so genau zu wissen scheint, was sich dahinter verbirgt, machen vielleicht gerade die begriffliche Unschärfe und die dadurch Nahrung erhaltene Vermutung, daß es sich um ein zukunftssträchtiges Leitbild handeln könnte, seine wachsende Popularität aus. Ja, vielleicht stehen wir am Anfang einer „neuen Erzählung“ vom Regieren in vernetzten Regelsystemen, wenngleich bei nüchterner Betrachtung der Begriff trotz aller Diffusität, die ihm anhaftet, auf nichts Ungewöhnliches hinweist und mit den „neuen Modi des Regierens“ vermutlich auch nicht bloß eine vergängliche Mode beschreibt.¹ Denn es geht um nichts anderes als den Ordnungsbedarf² in einer unübersichtlich gewordenen Welt, die, wie vielerorts spürbar wird, durch eine Erosion bestehender Ordnungsmuster gekennzeichnet ist. Mit der Bezugnahme auf *Regelungsstrukturen* eröffnet sich eine Blickrichtung, welche die Ordnungsprobleme nicht löst, sich aber in besonderer Weise als Forschungsperspektive anbietet. Das gilt auch und insbesondere für die Rechtswissenschaft.

Vorliegend wird davon ausgegangen, dass *Governance* „in und durch“ *Regelungsstrukturen*³ stattfindet. Wir haben es mit einem Prozess des *institution making* zu tun, wobei der Kontext rechtsgeprägt ist und auf Rechtsprägung in *Regelungsstrukturen* ausgelegt wird. Damit ist die Perspektive angegeben, wie sie auf die von „unsichtbarer Hand“⁴ geschaffenen *Governance-Strukturen* gelegt werden soll. Nicht der Staat, sondern das von ihm teilweise abgekoppelte *Recht* füllt die Lücke, die sich mit der Ablösung des Regierens von einer zentralen Instanz und dem darauf zugeschnittenen Verantwortungsregime auftut. Dabei ist zunächst zu rekapitulieren, *worauf* *Governance* reagiert und deshalb zu thematisieren sucht (II.). Anschließend soll auf das Konzept der *Regelungsstruktur* eingegangen werden, dessen Kern darin gesehen werden kann, das vielfach zu enge Steuerungsparadigma zu überwinden (III.). Das wirft die Frage auf, *woher* die *Regelungsstrukturen* kommen und *wohin* sie mit welchen Fragestellungen für die Rechtswissenschaft führen (IV.). Abschließend sollen drei Thesen formuliert werden (V.).

¹ Offener Wolfgang Hoffmann-Riem, *Governance im Gewährleistungsstaat. Vom Nutzen der Governance-Perspektive für die Rechtswissenschaft*, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), *Governance-Forschung. Vergewisserung über Stand und Entwicklungslinien*, 2005, S. 195 ff.

² Instruktiv Andreas Anter, *Die Macht der Ordnung*, 2005.

³ Übernommen wird dabei eine Formulierung von Gunnar Folke Schuppert, *Governance im Spiegel der Wissenschaftsdisziplinen*, in: ders. (Hg.), *Governance-Forschung (FN 1)*, S. 371 ff. (382); s. auch Hans-Heinrich Trute/Wolfgang Denkhaus/Doris Kühlers, *Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft*, *Die Verwaltung* 37 (2004), S. 451 ff. (468).

⁴ James N. Rosenau, *Governance in the Twenty-First century*, *Global Governance* 1 (1995), S. 13 ff. (18); s. auch Matthias Ruffert, *Die Globalisierung als Herausforderung an das Öffentliche Recht*, 2004, S. 30.

II. Was ist und wozu Governance?

1. Transdisziplinarität

Was also ist und worauf reagiert Governance? Ihre begrifflichen Wurzeln⁵ werden der Ökonomik zugeschrieben, wo Governance auf die Erfassung der strukturellen Rahmenbedingungen wirtschaftlicher Selbstorganisation zielt.⁶ Politikwissenschaftlich umschreibt der Governance-Begriff einen veränderten Zugang zur Wirklichkeit, die sich durch Vernetzungen von Akteurskonstellationen in Mehrebenensystemen auszeichnet, wo die Regierungsfunktionen nicht länger im Begriff des *Government* gebündelt werden können. Vor allem in den Internationalen Beziehungen ist der Begriff inzwischen stark verbreitet und bezeichnet hier die unterschiedlichen Formen eines *governance by government*, *with government* oder eben *without government*.⁷ Auch die Rechtswissenschaft beginnt, insbesondere zur Bewältigung der Herausforderungen durch Transnationalisierung und Globalisierung, den zum Teil überaus heterogenen Konzepten von Governance aufgeschlossen zu begegnen.⁸ Irritationen bleiben hier, zumal in der normativen Variante von *good governance*, freilich nicht aus.⁹

Vieles spricht dafür, dass wir gegenwärtig von einem Prozess des wechselseitigen Lernens ausgehen können. Dieser vollzieht sich auf der Grundlage der jeweiligen Fachdis-

⁵ Governance leitet sich von lat. *gubernare*, ein Schiff lenken, ab und schließt damit (zumindest) etymologisch an Steuerung, vgl. zur Wortgeschichte *Helmut Schmitt v. Sydow*, Governance im europäischen Mehrebenensystem, in: Siegfried Magiera/Karl-Peter Sommermann (Hg.), *Verwaltung und Governance im Mehrebenensystem der Europäischen Union*, 2002, S. 171 f.; zur Entwicklung des sozialwissenschaftlichen Governance-Konzepts *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 452 ff.

⁶ Grundlegend *Oliver E. Williamson*, Transaction-Cost Economics: The Governance of Contractual Relations, *Journal of Law and Economics* 22 (1979), S. 233 ff.; *ders.*, The Mechanisms of Governance, 1996; zur aktuellen Debatte *Birger P. Priddat*, Economic Governance, in: Schuppert (Hg.), *Governance-Forschung* (FN 1), S. 173 ff.; zu den Rechtsfragen um den „Corporate Governance Kodex“ *Peter Hommelhoff/Martin Schwab*, Regelungsquellen und Regelungsebenen der Corporate Governance: Gesetz, Satzung, Codizes, unternehmensinterne Grundsätze, in: Peter Hommelhoff/Klaus J. Hopt/Axel v. Werder (Hg.), *Handbuch Corporate Governance*, 2003, S. 51 (63 ff.); *Georg Borges*, Selbstregulierung im Gesellschaftsrecht – Zur Bindung an Corporate Governance-Kodizes, *ZGR* 2003, 508 ff.

⁷ *Michael Zürn*, *Regieren jenseits des Nationalstaates*, 1998, S. 166 ff.; s. auch *dens.*, Global Governance, in: Schuppert (Hg.), *Governance-Forschung* (FN 1), S. 121 (127 ff.). Inzwischen sind die Definitionen und typologischen Angebote, die Governance-Strukturen zerlegen, kaum noch zu überschauen, was eine gewisse Engführung zur Spezifizierung dessen, was im Kern die „neuen Modi von Governance“ ausmachen soll, wünschenswert erscheinen läßt.

⁸ Siehe nur *Ruffert*, *Globalisierung* (FN 4), S. 24 ff.

⁹ Zur Vielgestaltigkeit von Begriff und Konzept *Hermann Hill*, *Good Governance – Konzepte und Kontexte*, in: Schuppert (Hg.), *Governance-Forschung* (FN 1), S. 220 ff.

ziplin in verschiedenen Akzentsetzungen.¹⁰ Governance ist keine „große“ Theorie, zu disparat sind die einzelnen disziplinären Ansätze, wenngleich sie auf Öffnungen für Erkenntnisse aus den Nachbardisziplinen angelegt sind und eine Grundüberzeugung von dem, was Governance ausmacht, erkennen lassen. Diese zeichnet sich m.E. durch drei fundamentale Einsichten aus:

- Unabhängig davon, ob das Funktionieren von Märkten, die Ergebnisse von politischer Steuerung oder die Prozesse der Rechtsverwirklichung in Frage stehen: Es handelt sich um voraussetzungsvolle Vorgänge, wobei das Handeln der Akteure nicht als „strukturfrei“ gedacht werden kann. Nun ist es keineswegs so, daß alle Bauformen, die bisher die „institutionelle Seite“ ausmachten, nichts mehr taugen würden. Mit Governance ändert sich aber die Perspektive auf die Prämissen, die der bisher dominanten Idee von Steuerung zugrundeliegen.
- Als gemeinsames Charakteristikum der Governance-Konzepte schält sich ein *Negatives* heraus: Es ist das Fehlen eines objektiven Beobachters, der als umfassend informiert angenommen werden kann und damit auch das Fehlen eines in Hierarchien hinreichend beschreibbaren Subjekts. Anders formuliert: Es ist das Fehlen eines souveränen Zentrums als einer Instanz, auf die Herrschaft in seiner freiheitsbegrenzenden und freiheitsermöglichenden Funktion projiziert werden kann. Diese „Beobachtungen“ bleiben nicht ohne Konsequenzen, ist die Antwort doch in der Relativierung handlungstheoretischer Ansätze zugunsten der Erfassung von Strukturen zu sehen, über die eine Koordination der Handlungen „verschiedener mehr oder weniger autonomer Akteure“ vermittelt wird.¹¹
- Fragt man nach den *positiven* Merkmalen von Governance, so können diese in der Auffächerung und variablen Verknüpfung der Bauformen gesehen werden. So wenig es einen idealen Beobachter gibt, kann es länger einen Idealtypus von Governance – etwa in Gestalt der Hierarchie – geben. Es kommt vielmehr auf den passenden Zuschnitt, die Erfassung der wechselseitigen Interaktionen und die Verzahnung von Hierarchie, Wettbewerb, Verhandlungssystemen und Netzwerken an, die nicht mehr länger als „feste“ Institutionen untersucht, sondern als „institutionelle Regelungsmechanismen in variablen Kombinationen“ analysiert werden. Zu diesem Zweck ist der Begriff der Regelungsstruktur in die Debatte eingeführt worden.¹² Über ihn verspricht man sich, das komplexe

¹⁰ Zu Governance als Brückenbegriff *Kees van Kersbergen/Frans van Waarden*, „Governance“ as a bridge between disciplines: Cross-Disciplinary inspiration regarding shifts in governance and problems of governability, accountability and legitimacy, *European Journal of Political Research* 43 (2004), S. 143 ff.; *Schuppert*, Governance (FN 3), S. 373 f.; zum Problem disziplinären Austauschs *Roland Czada*, Disziplinäre Identität als Voraussetzung von Interdisziplinarität?, in: Kilian Bizer/Martin Führ/Christoph Hüttig (Hg.), *Responsive Regulierung*, 2002, S. 23 ff.

¹¹ *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 454.

¹² Bezeichnenderweise in dem Werk, das zur Rezeption des akteursbetonten Steuerungsansatzes in der Rechtswissenschaft diente, nämlich von *Renate Mayntz/Fritz Scharpf*, *Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren*, in: dies. (Hg.), *Gesellschaftliche Selbstregulierung und politische Steuerung*, 1995, S. 9 (16 ff.); zur Rezeption statt vieler *Martin Eifert*, *Innovationen in und durch Netz-*

Zusammenwirken von Staat und Markt, von hoheitlicher Regulierung und gesellschaftlicher Selbstregulierung in der Verknüpfung von Zielen, Verfahren und Organisation besser analysieren zu können.¹³ Governance baut nicht nur *an*, sondern baut *auf* Regulationsstrukturen, nimmt also nicht länger die Akteure in den Blick, sondern die ihr Handeln koordinierenden Strukturen.

2. Reaktionen auf den Wandel von Staatlichkeit

Damit ist angesprochen, worauf Governance – verstanden als die Koordinierung der Interaktionen und Handlungsspielräume von Akteuren nach Maßgabe ebenenübergreifender Regulationsstrukturen – reagiert. Es dürften insbesondere die Herausforderungen eines tiefgreifenden Wandels von Staatlichkeit sein, der sich nach innen und außen manifestiert (a) und damit traditionelle Grenzen überspielt (b).

a) Innen und Außen

Der Staat hat seine Impermeabilität unwiderbringlich verloren. Private Akteure treten auf den Plan, häufig durch europäisches Recht mobilisiert und drängen in Bereiche vor, die einst zu den klassischen Domänen von Staatlichkeit gehörten. Was heute noch Sache des Staates ist, läßt sich kaum verlässlich umschreiben. Der *Staat* hat viel von seiner Bedeutung als zentraler Beschreibungskategorie des Politischen eingebüßt.¹⁴ Dennoch „verschwindet“ er nicht einfach, bleibt – wenn auch nicht als Patriarch¹⁵ – für die Gemeinwohlsicherung verantwortlich und muß daher – sei es als kooperativer Staat¹⁶ oder

werkorganisationen: Relevanz, Regulierung und staatliche Einbindung, in: ders./Wolfgang Hoffmann-Riem (Hg.), *Innovation und rechtliche Regulierung*, 2002, S. 88 (101 ff.). Demgegenüber ist der bereits frühzeitig von *Hans-Heinrich Trute* für die Rechtswissenschaft fruchtbar gemachte Begriff der Regulationsstruktur – s. *Trute*, *Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung*, DVBl. 1996, 950 (951 ff.) und *ders./Denkhaus/Kühlers*, *Governance* (FN 3), S. 457 ff. – weniger stark verbreitet, s. für die rechtswissenschaftliche Perspektive aber *Schuppert*, *Governance* (FN 3), S. 386 ff.; *ders.*, *Verwaltungsorganisation und Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsfaktoren*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hg.), *Handbuch der Verwaltungsrechtswissenschaft*, Bd. 1, 2006, § 16 Rn. 26 ff.; *Claudio Franzius*, *Der Gewährleistungsstaat – ein neues Leitbild für den Wandel von Staatlichkeit?*, *Der Staat* 42 (2003), S. 493 ff. (514).

¹³ Siehe jetzt auch *Wolfgang Hoffmann-Riem*, *Die Eigenständigkeit der Verwaltung*, in: *ders./Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), *HVwR I* (FN 12), § 10 Rn. 5, insbes. Rn. 74.

¹⁴ Nachdrücklich *Thomas Vesting*, *Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung*, *VVDStRL* 63 (2004), S. 41 (47 ff.); *ders.*, *Das Ende der Fürsorglichkeit. Abschiedsliteratur zum Staat*, *Diskussionspapiere des Europäischen Zentrums für Staatswissenschaften und Staatspraxis* 29/2001, S. 24 ff.; s. im Ausgangspunkt auch *Ulrich K. Preuß*, *Europa als politische Gemeinschaft*, in: *Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern* (Hg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 489 (496 ff.): *Trennung des Politischen vom Staat*.

¹⁵ Vgl. *Arno Scherzberg*, *Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht?*, 2003, S. 19, 43 f.

¹⁶ Grundlegend *Ernst-Hasso Ritter*, *Der kooperative Staat*, *AöR* 104 (1979), S. 389 ff.

als „Gewährleistungsstaat“¹⁷ – die Einbeziehung nicht-staatlicher Akteure in die Aufgabenerfüllung zu strukturieren suchen. Es sind diese Veränderungen von Staatlichkeit mit dem Verlust einer übergeordneten und gleichsam allwissenden Spitze, die bereits das Steuerungsparadigma angreifbar machten, die Entwicklung übergreifender Regulierungsstrategien dem Vorwurf eines Steuerungsoptimismus¹⁸ aussetzen und stärker die Rückkoppelungseffekte von *Regelungen* in Strukturen akzentuieren. Daran schließt Governance nunmehr an.

Die eigentliche Stoßrichtung hat die Governance-Perspektive vermutlich erst mit der „Entstaatlichung nach außen“ erfahren. Das beginnt schon innerhalb der *Europäischen Union*, die sich in staatlichen Kategorien nicht hinreichend beschreiben läßt. Hier ist es dem Governance-Ansatz gelungen, die unfruchtbare Lagerbildung in den Integrations-theorien erfolgreich zu überwinden.¹⁹ Er bildet mehr und mehr den maßgeblichen Rahmen für neue Perspektiven auf die Union, die sich ungleich stärker als die ideologisch aufgeladenen und letztlich auf der Folie des Staates entwickelten Integrationstheorien auf die präzedenzlose *Struktur* der Union²⁰ beziehen.²¹ Zurückhaltener spricht die Europäische Kommission im Weißbuch Governance²² von den Regeln, Verfahren und Verhaltensweisen, welche die Art und Weise, wie auf europäischer Ebene Befugnisse ausgeübt werden, kennzeichnen. Seine normative, auf *good governance* gerichtete Zielset-

¹⁷ Begriffsprägend *Martin Eifert*, Grundversorgung mit Telekommunikationsleistungen im Gewährleistungsstaat, 1998, S. 139 ff.; aufgegriffen und ausgeformt von *Wolfgang Hoffmann-Riem*, etwa in: *Modernisierung von Recht und Justiz*, 2001, S. 15 ff.; zur Entfaltung in „Referenzgebieten“ *Reinhard Ruge*, Die Gewährleistungsverantwortung und der Regulatory State, 2004, S. 133 ff.; *Hendrik Lackner*, Gewährleistungsverwaltung und Verkehrsverwaltung, 2004, S. 179 ff.; für den ÖPNV s. auch *Matthias Knauff*, Der Gewährleistungsstaat: Reform der Daseinsvorsorge, 2004, S. 293 ff.; bilanzierend *Gunnar Folke Schuppert*, Der Gewährleistungsstaat – modisches Label oder Leitbild sich wandelnder Staatlichkeit?, in: ders. (Hg.), *Der Gewährleistungsstaat – Ein Leitbild auf dem Prüfstand*, 2005, S. 11 ff.

¹⁸ Von einem „parlamentszentrierten Steuerungsoptimismus“ spricht *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), *HVwR I* (FN 12), § 6 Rn. 32.

¹⁹ Vgl. *Markus Jachtenfuchs*, The Governance Approach to European Integration, *JCMS* 39 (2001), S. 245 ff.; *ders./Beate Kohler-Koch*, Regieren und Institutionenbildung, in: *ders.* (Hg.), *Europäische Integration*, 2. Aufl., 2002, S. 11 (14 ff.).

²⁰ Frühzeitig *Peter Badura*, Bewahrung und Veränderung demokratischer und rechtsstaatlicher Verfassungsstruktur in den internationalen Gemeinschaften, *VVDStRL* 23 (1966), S. 34 (93 ff.); zur „Strukturverschiedenheit“ auch *Rainer Wahl*, Der einzelne in der Welt jenseits des Staates, in: *ders.*, *Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung*, 2003, S. 53 (60 f.).

²¹ Statt vieler *Beate Kohler-Koch/Thomas Conzelmann/Michèle Knodt* (Hg.), *Europäische Integration – Europäisches Regieren*, 2004; s. auch *Christian Joerges*, „Good Governance“ im Europäischen Binnenmarkt: Über die Spannungen zwischen zwei rechtswissenschaftlichen Integrationskonzepten und ihre Aufhebung, *EuR* 2002, 17 ff.; *Jürgen Neyer*, Discourse and Order in the EU: A Deliberative Approach to Multi-Level Governance, *JCMS* 41 (2003), S. 687 ff.

²² KOM (2001), 438 v. 25.7.2001, ABl. EG 2001 Nr. C 287; dazu *Christian Joerges/Yves Mény/Joseph H. Weiler* (Hg.), *Mountain or Molehill? A Critical Appraisal of the Commission White Paper on Governance*, 2002; *Thomas Bruha/Carsten Nowak* (Hg.), *Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll*, 2003.

zung erhält das Konzept hier mit der Bezugnahme auf die besonders hervorgehobenen Grundsätze der Offenheit, Partizipation, Verantwortlichkeit, Wirksamkeit und Kohärenz.²³

Von „Entstaatlichung“²⁴ kann in verschiedener Hinsicht gesprochen werden, ist aber nicht unproblematisch, soll der irreführende Eindruck eines Wegfalls des Staates vermieden werden. Erfaßt wird zunächst die Debatte als solche, die nicht mehr um den Staat und die auf ihn zentrierten Kategorien kreist.²⁵ Schon der Europäischen Union kann der Staat in seiner überkommenen Gestalt weder als Ziel noch als Grenze dienen.²⁶ Zwar bleiben die Staaten (Mit-)Träger des europäischen Integrationsprozesses, doch haben sie ihre exklusive Stellung verloren²⁷ und müssen sich die Regierungsfunktionen mit anderen Akteuren teilen. Noch deutlicher wird die „Entstaatlichung“ im transnationalen und *globalen Kontext*. Hier läßt sich der Ordnungsbedarf kaum noch in der Perspektive auf das Staateninteresse angemessen thematisieren. Nicht etwa, daß die Staaten als konstituierende Subjekte der Internationalen Organisationen verschwinden würden. Sie bleiben als „offene Staaten“ erhalten.²⁸ Jedoch zeigen grenzüberschreitende Verwaltungsorganisationen und die Zunahme hybrider Verwaltungsformen, daß sich die Staaten aus der Verwaltung wichtiger Gemeinschaftsinteressen teilweise verabschieden.²⁹ Die Grenze von „öffentlich“ und „privat“ zerfließt.

b) Verschiebungen der Grenzen

²³ KOM (2001), 438 v. 25.7.2001, ABl.EG 2001 Nr. C 287, S. 7 f.

²⁴ Statt vieler *Dieter Grimm*, Die Verfassung im Prozess der Entstaatlichung, FS Peter Badura, 2004, S. 145 ff.

²⁵ Vgl. *Christian Tietje*, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, DVBl. 2003, 1081 (1084 f.); krit. *Udo Di Fabio*, Die Staatsrechtslehre und der Staat, 2003, S. 63 („staatskritische Attitüde der Berliner Republik“).

²⁶ *Franzius*, Gewährleistungsstaat (FN 10), S. 516.

²⁷ Siehe nur *Ingolf Pernice*, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 148 (163 ff.).

²⁸ Vgl. *Klaus Vogel*, Die Verfassungsentscheidung des Grundgesetzes für eine internationale Zusammenarbeit, 1964; zur Idee offener Staatlichkeit *Christian Tomuschat*, Die Entscheidung für die internationale Offenheit, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 1992, § 172; *Stephan Hobe*, Der offene Verfassungsstaat zwischen Souveränität und Interdependenz, 1998, S. 409 ff.; krit. *Vesting*, Staatsrechtslehre (Fn. 14), S. 61 f.; demgegenüber zu einer offenen Republik *Jost Delbrück*, Das Staatsvolk und die „Offene Republik“, FS Rudolf Bernhardt, 1995, S. 777 ff.; ein Plädoyer für den Begriff der Republik zur Bezeichnung der Europäischen Union unter dem – vorerst gescheiterten – Verfassungsvertrag bei *Armin v. Bogdandy*, Konstitutionalisierung des europäischen öffentlichen Rechts in der europäischen Republik, JZ 2005, 529 ff.; zuvor bereits *Stefan Collignon*, The European Republic, 2003.

²⁹ *Ruffert*, Globalisierung (FN 4), S. 37.

Daraus sollte keine neue Verfallsgeschichte des Staates geschrieben werden.³⁰ Notwendig sind vielmehr Analysen der „Staatlichkeit im Wandel“³¹ mit Blick auf die Verschiebung der Grenzen, die damit einhergehen. Diese können als Bedeutungsverlust der Grenze zwischen „Innen“ und „Außen“ beschrieben werden. Schon die Unterscheidung zwischen *Innen- und Außenpolitik* ist brüchig geworden. Innenpolitik ist mehr denn je auch Außenpolitik wie umgekehrt Außenpolitik in besonderem Maße auch Innenpolitik ist, mag das auch nicht immer richtig begriffen werden.³² Zu erheblichen Grenzverschiebungen kommt es auch in der Welt des Rechts, namentlich mit Blick auf die Sinnhaftigkeit einer Trennung zwischen *Innenrecht und Außenrecht*.³³ Das Innenrecht, wozu die vielfältigen Organisationsnormen zählen, läßt sich durch das bisher eindeutig im Vordergrund stehende Außenrecht kaum noch überzeugend ausblenden, zumal dem Recht gerade im Binnenbereich von Organisationen seit längerer Zeit wichtige Ordnungsleistungen zugesprochen werden.³⁴ Governance beobachtet und thematisiert die Verschiebung von Grenzen, nimmt verschiedene Regelungsebenen in den Blick, fragt nach funktionalen Äquivalenten und nach solchen Ordnungsleistungen, die in einer fragmentierten, gleichermaßen durch Entgrenzung wie Vernetzung³⁵ der politischen

³⁰ Diese können durchaus erhellend sein, statt vieler *Martin van Creveld*, Aufstieg und Untergang des Staates, 1999, S. 148 ff.; s. aber auch *Klaus Roth*, Genealogie des Staates, 2003, S. 73 ff.; eine der besten Analysen zum Staat nach wie vor bei *Norbert Elias*, Über den Prozeß der Zivilisation, 1976; dazu *Stefan Kuhlmann*, Evolution von Staatlichkeit, PVS 41 (2000), S. 623 ff.; s. auch *Reiner Schmidt*, Der Verfassungsstaat im Wandel, FS Winfried Brohm, 2002, S. 535 ff.; zum „Staat als rechtskontextliefernde Instanz“ *Christoph Möllers*, Globalisierte Jurisprudenz, in: Michael Anderheiden/Stefan Huster/Stephan Kirste (Hg.), Globalisierung als Problem von Gerechtigkeit und Steuerungsfähigkeit des Rechts, ARSP-Beiheft 79 (2001), S. 41 (51 f.).

³¹ Dazu das Profil des Sonderforschungsbereichs „Staatlichkeit im Wandel“ an der Universität Bremen, www.sfb597.uni-bremen.de; zum gegenwärtigen Diskussionsstand *Stephan Leibfried/Michael Zürn* (Hg.), Transformations of the State?, 2005.

³² Beispielhaft sei auf die sog. Visa-Affäre hingewiesen, deren Bedeutung unter erheblichen Popularitätseinbußen des Außenministers in Regierungskreisen unterschätzt wurde und die Frage aufwirft, ob die Visapolitik in die Zuständigkeit des Innenministers zu überführen ist.

³³ Vgl. *Klaus Lange*, Innenrecht und Außenrecht, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts, 1993, S. 307 ff.; *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 5. Kap. Rn. 4; s. auch *Tietje*, Staatsrechtslehre (FN 25), S. 1091.

³⁴ Die jüngere Diskussion stark beeinflussend: *Eberhard Schmidt-Aßmann/Wolfgang Hoffmann-Riem* (Hg.), Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource, 1997; s. ferner *Matthias Schmidt-Preuß*, Steuerung durch Organisation, DÖV 2001, 45 ff.

³⁵ Zu den Facetten *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), S. 5 (11 ff.); *ders.*, Das Recht des Gewährleistungsstaates, in: Schuppert (Hg.), Gewährleistungsstaat (FN 17), S. 98 ff.; zu „Grenzverwischungen“ auch *Gunnar Folke Schuppert*, Die Europäisierung nationalstaatlicher Governance-Strukturen vor dem Hintergrund sich wandelnder Staatlichkeit, 2005 (Manuskript), sub A.; zur Stärke von Begriffen, deren entdifferenzierende Wirkung reale Veränderungen im Organisationsrecht zu erfassen vermag, am Beispiel des Netzwerk-Metapher *Christoph Möllers*, Netzwerk als Kategorie des Organisationsrechts. Zur juristischen Beschreibung dezentraler Steuerung, in: Janbernd Oebbecke (Hg.), Nicht-normative Steuerung in dezentralen Systemen, 2005, sub. IV. („Beschreibungsverluste als Beschreibungsgewinne“); zur Bewältigung „transnationaler Behördenvernetzung“ auch *ders.*, Transnationale Behördenkooperation. Verfassungs- und völkerrechtliche Probleme transnationaler administ-

Räume gekennzeichneten Welt erbracht werden können. Verzichtet wird aber auf jene Prämissen, die staatlichen Ordnungsentwürfen mit der tradierten Erzählung zumeist überzeichneter Einheitsvorstellungen³⁶ in einer zentralen Regierung bis heute zugrunde liegt.

Wird nach den Spezifika der auf Regelungsstrukturen abstellenden Perspektive von Governance gefragt, lassen sich zwei Aspekte besonders hervorheben. Es sind zum einen die Selektivität des wissenschaftlichen Zugangs³⁷ auf bestimmte – als konstruiert gedachte³⁸ – Aspekte der Wirklichkeit und zum anderen die Überwindung als zu eng erkannter Steuerungsvorstellungen. Diese basieren auf Unterscheidungen, deren Tragfähigkeit zweifelhaft geworden ist, worauf noch zurückzukommen sein wird. Festzuhalten ist an dieser Stelle, daß eine strukturbezogene Betrachtung von Governance einen heuristischen Analyse-Rahmen zur Verarbeitung komplexer Wirkungszusammenhänge bietet, die als Vorbedingung für die normative Formulierung relativ richtiger Antworten verstanden werden kann. In der rechtswissenschaftlichen Perspektive öffnen sich Regelungsstrukturen unterschiedlichen Handlungsrationaltäten³⁹ der Akteure, zielen auf die Bezugnahme nachbarwissenschaftlicher Erkenntnisse⁴⁰ und erlauben die „zusammenhängende Analyse des anwendbaren Rechts über Rechtsgebietsgrenzen und Regelungsebenen“ hinweg.⁴¹

III. Regelungsstrukturen

rativer Standardsetzung, *ZaöRV* 65 (2005), S. 351 ff.; *Thomas Groß*, Die Kooperation zwischen europäischen Agenturen und nationalen Behörden, *EuR* 2005, 54 ff.

- ³⁶ Statt vieler *Alexander Hanebeck*, Die Einheit der Rechtsordnung als Anforderung an den Gesetzgeber?, *Der Staat* 42 (2002), S. 429 ff.; zum Topos der Einheit *Dagmar Felix*, Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, 1998; krit. zum Einheitsdenken *Ulrich Haltern*, Integration als Mythos, *JöR* 45 (1997), S. 31 (36 ff., 64 ff.); zu den Herausforderungen durch Europäisierung *ders.*, Rechtswissenschaft als Europawissenschaft, in: *Schuppert/Pernice/ders.* (Hg.), *Europawissenschaft* (FN 14), S. 37 ff.
- ³⁷ *Renate Mayntz*, Governance-Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?, in: *Schuppert* (Hg.), *Governance-Forschung* (FN 1), S. 17 f.
- ³⁸ Vgl. *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungsrechtswissenschaft, in: *Eberhard Schmidt-Aßmann/ders.* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft*, 2004, S. 9 (30 f.); *ders.*, *Governance* (FN 1), S. 208.
- ³⁹ Zur Vielgestaltigkeit des Rationalitätsbegriffs *Arno Scherzberg*, Rationalität – staatswissenschaftlich betrachtet, *LA Hans-Uwe Erichsen*, 2004, S. 177 ff.; s. auch *Helmuth Schulze-Fielitz*, Rationalität als rechtstaatliches Prinzip für den Organisationsgesetzgeber, *FS Klaus Vogel*, 2001, S. 311 (314 ff.); *Martin Führ*, *Eigen-Verantwortung im Rechtsstaat*, 2003, S. 219 ff.
- ⁴⁰ Zum Erfordernis einer methodischen Reflexion *Christian Bumke*, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der Bundesrepublik Deutschland, in: *Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem* (Hg.), *Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft* (FN 38), S. 73 (109 ff.).
- ⁴¹ *Hans-Heinrich Trute*, Innovationsfördernde Regelungsstrukturen im deutschen Universitätssystem, Projektskizze im Rahmen der ortsverteilten Forschergruppe Internationale Wettbewerbsfähigkeit und Innovationsfähigkeit von Universitäten und Forschungsorganisationen - Neue Governanceformen, <http://www.rrz.uni-hamburg.de/lstrute/forschung/P4%20Antrag%20Trute.pdf>.

1. Verbundbegriff

Beim analytischen Konzept der Regelungsstruktur handelt es sich – wie es heute so schön heißt – um einen Verbundbegriff. Der Begriff teilt seine Wurzeln mit dem der Vorstellung von Governance, wurde er doch zur Beschreibung solcher Steuerungsphänomene eingeführt, die zunächst als Folie für den Gestaltwandel von Staat und Recht in den liberalisierten, jedoch als „staatsnah“ bezeichneten Sektoren dienten. Wo sich die wohlfahrtstaatlichen Leistungsstrukturen nicht mehr in die Dichtotomie von Staat und Gesellschaft pressen ließen, half der Blick auf Regelungsstrukturen die Institutionen und Akteurskonstellationen zu bezeichnen, in denen die Leistungsstrukturen eines bestimmten Sektors absichtsvoll gestaltet werden.

In der Rechtswissenschaft wurde der Begriff vor allem von *Hans-Heinrich Trute* aufgegriffen, um „auf die staatliche und private Akteure umgreifenden Aufgabenerledigungszusammenhänge“ reagieren zu können.⁴² Die Regelungsstruktur mache auf die Friktionen aufmerksam, die dadurch entstehen, daß sich mit Hilfe der auf den Staat bezogenen Kategorien des öffentlichen Rechts die Einbeziehung privater Akteure in die Aufgabenerledigung nicht mehr angemessen erfassen lasse.⁴³ Eine Reihe von Konzepten, die in der Folgezeit entwickelt wurden, um das Zusammenspiel der Akteure unter dem Gesichtspunkt übergreifender Wirkungsperspektiven „sichtbar“ zu machen, relativierten Vorstellungen einer zentralen Steuerung, blieben aber auf den Staat als zentralen Gemeinwohlakteur bezogen. *Anders* als das Konzept der auf staatliche Funktionen fixierten Verantwortungsstufung⁴⁴ oder die perspektivisch auf die Sicherstellung staatlicher Gemeinwohlverantwortung gerichtete Idee „hoheitlich regulierter Selbstregulierung“⁴⁵

⁴² Jüngst wieder *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 458; von „Regelungsstrukturen zur Ermöglichung privater Aufgabenwahrnehmung“ spricht *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR I (FN 12), § 12 Rn. 118 ff.

⁴³ Vgl. *Hans-Heinrich Trute*, Verantwortungsteilung als Schlüsselbegriff eines sich verändernden Verhältnisses von öffentlichem und privatem Sektor, in: Gunnar Folke Schuppert (Hg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat, 1999, S. 13 ff.; *ders.*, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Gunnar Folke Schuppert/Friedhelm Neidhardt (Hg.), Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz, 2002, S. 329 (330 ff.); *ders./Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 458.

⁴⁴ Die Diskussion in der Verwaltungsrechtswissenschaft anstoßend *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Zur Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts – Reformbedarf und Reformansätze, in: Hoffmann-Riem/*ders./Schuppert* (Hg.), Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts (FN 33), S. 11 (43 f.); s. auch *Gunnar Folke Schuppert*, Verwaltungswissenschaft, 2000, S. 444 ff. („Denken in Verantwortungstufen“).

⁴⁵ Grundlegend *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *ders./Schmidt-Aßmann*, Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996, S. 261 (300 ff.); s. auch die Beiträge in: Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001) sowie aus jüngerer Zeit *Martin Eifert*, Reguliierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR I (FN 12), § 20 Rn. 52 ff.; zu Referenzgebieten *Andreas Finckh*, Regulierte Selbstregulierung im Dualen System,

handelt es sich bei dem Konzept der Regelungsstruktur um eine *neutrale* Kategorie, die auf Regelungs- und Kommunikationszusammenhänge innerhalb eines Sachbereichs verweist.

a) *Pluralität der Akteure*

Regelungsstrukturen erlauben es, die Pluralität der maßgebenden Akteure in den Blick zu nehmen. Staatliche und private Akteure teilen sich den Platz in Regelungsstrukturen. Steuerung und gesellschaftliche Selbstregulierung sind aufeinander bezogen, sie ergänzen sich wechselseitig und erzielen insgesamt bestimmte Steuerungswirkungen. Das macht es schwer, die Steuerungsergebnisse dem Staat zuzurechnen. Regelungsstrukturen sind das Ergebnis einer Fragmentierung und Differenzierung des politischen Systems und verändern den Blick auf die für relevant gehaltene Wirklichkeit, indem sie die Bedingungen, Maßstäbe und Formen für das Zusammenwirken der Akteure in ihrer Gesamtheit thematisieren. Dabei spielt die Hierarchie⁴⁶ keine geringe Rolle, wird aber durch andere Bauformen ergänzt, die in Regelungsstrukturen einbezogen sind, sei es, daß sie im viel zitierten Schatten der Hierarchie anzusiedeln sind oder als komplexe Strukturbedingungen sichtbar werden, die auf die Herstellung oder Darstellung einer Entscheidung⁴⁷ Einfluß nehmen und deshalb in ihrer legitimierenden und limitierenden Bedeutung als solche herauszuarbeiten sind.

b) *Ausdifferenzierung rechtlicher Steuerungsformen*

Die *sozialwissenschaftliche* Governance-Perspektive ist durch eine Hinwendung zu Institutionen und das Handeln in Institutionen gekennzeichnet. Sie beobachtet das Nebeneinander unterschiedlicher Modi der Handlungskordinierung und versucht diese in den übergreifenden Wirkungen zu analysieren. Die *Rechtswissenschaft* hat zwar eine begrenzte Sicht auf diese Regelungsstrukturen, die prinzipiell in ihrer normativen Ausrichtung interessieren. Jedoch ist diese Perspektive nicht so eng, wie zum Teil angenommen wird.⁴⁸ Die Rechtsordnung stellt nicht nur Handlungsformen, sondern auch Strukturen, insbesondere Organisationsformen und Verfahrensarten, bereit, welche die Entscheidung nicht determinieren, sondern Möglichkeitsspielräume gestalten und Handlungskorridore eröffnen. Recht ist mehr als der einzelne Rechtsakt im Sinne einer kontrafaktische Stabilisierung von Steuerungserwartungen. Auf die gewachsenen Gewißheitsver-

1997; Winfried Wegmann, Regulierte Marktöffnung in der Telekommunikation, 2001; Johannes Junker, Gewährleistungsaufsicht über Wertpapierdienstleistungsunternehmen, 2003.

⁴⁶ Zum Hierarchiemodus als „Funktionserfordernis demokratischer Staatlichkeit“ Horst Dreier, Hierarchische Verwaltung im demokratischen Staat, 1991, S. 125 f.; Schuppert, Verwaltungsorganisation (FN 12), § 16 Rn. 40 ff.

⁴⁷ Für die Einbeziehung des Herstellungszusammenhangs Hoffmann-Riem, Methode (FN 38), S. 20 ff.; vorsichtiger Hans-Heinrich Trute, Methodik der Herstellung und Darstellung verwaltungsrechtlicher Entscheidungen, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden (FN 40), S. 293 (308 ff.); Claudio Franzius, Funktionen des Verwaltungsrechts, 2005 (Manuskript), sub IV.2.

⁴⁸ So auch Trute/Denkhaus/Kühlers, Governance (FN 3), S. 459, 471 f.

luste, denen das Recht angesichts der Begrenztheit zentral verfügbaren Steuerungswissens⁴⁹ ausgesetzt ist, hat es längst mit einer Ausdifferenzierung rechtlicher Steuerungsformen reagiert. Es lenkt den Blick in jüngerer Zeit wieder stärker auf die strukturellen Handlungsprämissen und verlagert das Interesse auf die strukturelle Ebene, wo seine Funktion nicht mehr allein in der Begrenzung, sondern auch in der Ermöglichung der Entscheidungsvoraussetzungen unter Einbeziehung unterschiedlicher Handlungsrationa- litäten gesehen werden muß. Damit geht eine Blickerweiterung auf nicht-rechtliche Steuerungsfaktoren einher, deren Einsatz ihrerseits durch Recht dirigiert und „um- hegt“⁵⁰ wird.

Recht „denkt“⁵¹ in Regelungsstrukturen, innerhalb derer zentrale Fragen der Zurech- nung, des Zusammenspiels von Regulierung und Selbstregulierung, der Vernetzung von Zielen, Verfahren und Organisation bis hin zur Entwicklung normativer Legitimations- bausteine aufgegriffen und differenziert verarbeitet werden. Es handelt sich um eine mehrdimensionale Matrix, welche die Modi der Handlungskoordination in der unter- schiedlichen Dichte ihrer normativen Einbettung sieht, sich aber zugleich wirkungsori- entierten Forschungsfragen öffnet. So ist jüngst darauf hingewiesen worden, daß die Rechtswissenschaft auf die normativen Zusammenhänge fokussiere, diese „aber Teil der Institutionen sind, innerhalb derer sich dann bestimmte Kommunikations- und Handlungszusammenhänge und schließlich Entscheidungen“ ausbilden.⁵² Recht ist mit Blick auf Wirklichkeitsprognosen mehr als lediglich der kontrollorientierte Entschei- dungsnachvollzug und verkoppelt in der Handlungsperspektive rechtliche und nicht- rechtliche Koordinationsformen, weshalb es naheliegt, diese als integralen Bestandteil der Regelungsstrukturen⁵³ zu betrachten, unter deren Regie ein rechtswissenschaftliches Konzept von Governance zu entfalten wäre.

c) Strukturierungsfunktion von Recht

Eine Beliebigkeit im „Durcheinander-Würfeln“ der Koordinationsmodi braucht die Rechtswissenschaft nicht zu übernehmen. Sie steht aber vor der Herausforderung, das Kooperationspektrum nach Maßgabe der verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen

⁴⁹ Instruktiv Arno Scherzberg, Wissen, Nichtwissen und Ungewißheit im Recht, in: Christoph Engel/Jost Halfmann/Martin Schulte (Hg.), Wissen – Nichtwissen – Unsicheres Wissen, 2002, S. 114 ff.; s. auch *dens.*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, VVDStRL 63 (2004), S. 214 ff.

⁵⁰ Zur gewährleistungsrechtlichen Formulierung „normativer Umhegung“ Andreas Voßkuhle, Die Beteiligung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 ff. (285); s. auch *dens.*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/ders. (Hg.), HVwR I (FN 12), § 1 Rn. 64. Das Handeln der Akteure wird durch Recht *umhegt* und ist in ein bestimmtes Umfeld *eingebettet*. Das sind die Vokabel, mit denen unterschiedliche Bindungen zum Ausdruck gebracht werden.

⁵¹ Schuppert, Governance (FN 3), S. 389.

⁵² Trute/Denkhaus/Kühlers, Governance (FN 3), S. 470.

⁵³ Trute/Denkhaus/Kühlers, Governance (FN 3), S. 472.

zu strukturieren. Regelungsstrukturen lassen sich dann als der analytische Rahmen verstehen, der es erlaubt, die inzwischen relativ großen Bereiche zu erfassen, die sich *zwischen* den Polen von Staat und Markt, *zwischen* staatlicher Erfüllungsverantwortung und bloßer Rahmenverantwortung⁵⁴ oder *zwischen* hoheitlicher Regulierung und gesellschaftlicher Selbstregelung auf tun. Ihre Verbreitung geht einher mit der Ausweitung des Blicks von der Einzelnorm auf das Normprogramm, das ihrerseits in normative Kontexte eingebunden ist.⁵⁵ Sie lassen Differenzierungen in der Erfassung von Dreiecksverhältnissen zu⁵⁶ und *überlagern* das konturenschwache Kooperationsparadigma, das je nach Lesart in eine rechtliche Struktur gebracht⁵⁷ oder mit der Bereitstellung von gewährleistungsrechtlichen Regelungsstrukturen⁵⁸ überwunden wird.

Damit ist der Eigenstand des Governance-Ansatzes angesprochen. Nimmt man die Parallelen in den Blick, die zum Leitbild des „Gewährleistungsstaates“ bestehen⁵⁹ und betrachtet das gemeinsame Anliegen, die „Struktursteuerung“ als maßgeblichen Koordinationsmodus⁶⁰ hervorzuheben, bleibt für kooperative Arrangements durchaus Raum, zumal der Blick auf Regelungsstrukturen den „kooperativen“ Steuerungsansatz fortzuentwickeln scheint. Ob sich ein rechtswissenschaftliches Governance-Konzept aber auf den Prämissen gründen läßt, die mit der mehr oder weniger engen Verkoppelung der Handlungsarenen brüchig geworden sind, läßt sich bezweifeln. Es ist fraglich, ob die Verantwortungszuschreibungen noch überzeugend gelingen, wenn von der Vorstellung einer zentralen Instanz und einer Vorabsteuerung der Handlungsfelder durch allgemeine Regelungen nicht mehr ausgegangen werden kann. Trotz aller Kritik an den überliefer-

⁵⁴ Demgegenüber für den Gegenpol einer „Auffangverantwortung“ *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (FN 33), 2. Kap. Rn. 110; nochmals anders *Wolfgang Weiß*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, DVBl. 2002, 1167 (1175).

⁵⁵ Zur „Ausweitung des Blicks“ auf das Normprogramm *Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt (FN 35), S. 28 f. („von der Steuerungskraft des Gesetzes zur Steuerungskraft des Normprogramms“).

⁵⁶ Vgl. *Trute*, Verwaltung und Verwaltungsrecht (FN 12), S. 952 ff.; zum Differenzierungsbedarf auch *Eifert*, Regulierungsstrategien (FN 45), § 20 Rn. 57.

⁵⁷ Von „kooperationsstrukturierenden Rechtsinstituten“ spricht *Schuppert*, Verwaltungsorganisation (FN 12), § 16 Rn. 94; zur Entfaltung eines Verwaltungskooperationsrechts *ders.*, Grundzüge eines zu entwickelnden Verwaltungskooperationsrechts, Rechts- und verwaltungswissenschaftliches Gutachten im Auftrag des BMI, 2001; zum „Grundmodus“ kooperativer Aufgabenwahrnehmung *Helmuth Schulze-Fielitz*, Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung, in: *Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle* (Hg.), HVwR I (FN 12), § 12 Rn. 64 ff.; s. auch *Veith Mehde*, Kooperatives Regierungshandeln, AöR 127 (2002), S. 655 ff.

⁵⁸ In dieser Richtung *Andreas Voßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien der Verantwortungsteilung zwischen öffentlichem und privatem Sektor, in: *Schuppert* (Hg.), Jenseits von Privatisierung und „schlankem“ Staat (FN 43), S. 68 ff.; s. auch *dens.*, Beteiligung Privater (FN 50), S. 277, 283 f.; krit. zum Kooperationsprinzip auch *Helge Rossen*, Vollzug und Verhandlung, 1999, S. 285 ff.

⁵⁹ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Governance (FN 1), S. 197; *ders.*, Das Recht des Gewährleistungsstaates (FN 35), S. 89 ff.

⁶⁰ So *Gunnar Folke Schuppert*, Koordination durch Struktursteuerung als Funktionsmodus des Gewährleistungsstaates, FS Klaus König, 2004, S. 287 (288 ff.); s. auch *dens.*, Verwaltungsorganisation (FN 12), § 16 Rn. 18 f.

ten Fiktionen, mit denen das Recht zu arbeiten gewohnt ist, scheint jedenfalls mit der pauschalen Annahme einer Reserve- und Auffangverantwortung des Staates, mag sie als politische Forderung auch Sinn machen, im rechtlichen Kontext einer neuen Fiktion Vorschub geleistet zu werden. Auf die im Konzept des Gewährleistungsstaates angelegte Widersprüchlichkeit ist oft hingewiesen worden.⁶¹ Sie sollte im Recht nicht fortgeschrieben werden. Dies umso mehr, als auf die Zweifel einer hinreichend stabilen Verknüpfung von Wissen und Handeln das Konzept der Regelungsstruktur ja gerade reagiert, damit aber weder an die liberale Vorstellung einer hierarchischen Grenze anknüpfen noch den Ausweg in der mit Kooperation ummäntelten Bedeutungslosigkeit klassischer Grenzziehungen finden kann.

Einen eigenen Wert dürfte das Governance-Konzept der Regelungsstruktur ungeachtet der Destruktionseffekte „liebgewordener Selbstbeschreibungen“⁶² nur haben, wenn es einen Weg aufzuzeigen vermag, der ihre „horizontal wie vertikal pluralisierte Architektur“ nicht mehr auf *ein Zentrum* ausrichtet.⁶³ Eben dies legt der Mehrebenenansatz nahe und läßt den Topos der ausdifferenzierungsfähigen Regelungsstruktur dann auch als geeigneten Kandidaten erscheinen, den entdifferenzierenden Wirkungen von Netzwerken⁶⁴ zu begegnen. So geht der Begriff der Regelungsstruktur über den in seiner Offenheit juristisch irritierenden Begriff des Netzwerkes hinaus ohne dabei auf den juristisch vertrauten Systembegriff mit der Ableitung des Besonderen aus dem Allgemeinen zurückzugreifen.⁶⁵ Erforderlich werden *Meta-Regeln*, die vom Staat als Fluchtpunkt materieller Einheitsbildung abstrahieren und die ebenenübergreifenden Wirkungen der Teilrechtsordnungen in den Blick zu nehmen imstande sind.⁶⁶

⁶¹ Trute, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat (FN 43), S. 329 ff.; Claudio Franzius, Vom Gewährleistungsstaat zum Gewährleistungsrecht, in: Schuppert (Hg.), Gewährleistungsstaat (FN 17), S. 53 (56 f.); abgeschwächter Gunnar Folke Schuppert, Staatswissenschaft, 2003, S. 332.

⁶² Peer Zumbansen, Lex mercatoria: Zum Geltungsanspruch transnationalen Rechts, *RabelsZ* 67 (2003), S. 637 ff. (659).

⁶³ Vgl. Trute/Denkhaus/Kühlers, Governance (FN 3), S. 464.

⁶⁴ Vgl. Möllers, Netzwerk (FN 35), sub IV.; Eifert, Innovationen in und durch Netzwerkorganisationen (FN 10), S. 130 f.; s. auch Schuppert, Verwaltungsorganisation (FN 12), § 16 Rn. 150 ff.; Gunther Teubner, Das Recht hybrider Netzwerke, *ZHR* 165 (2001), S. 550 ff.; allgemein zur Kategorie des Netzwerkes Walter W. Powell, Weder Markt noch Hierarchie: Netzwerkartige Organisationsformen, in: Patrick Kenis/Volker Schneider (Hg.), Organisation und Netzwerk, 1996, S. 213 ff.; Jörg Sydow/Arnold Windeler, Steuerung von und in Netzwerken – Perspektiven, Konzepte, vor allem aber offene Fragen, in: dies. (Hg.), Steuerung von Netzwerken, 1999, S. 1 ff.; krit. Georg Krücken/Frank Meier, Netzwerke als Formalstruktur und Mythos der Innovationsgesellschaft, *Soziale Welt* 54 (2003), S. 71 ff.

⁶⁵ Skeptisch zum Erhalt des Systemdenkens angesichts Demokratisierung, Europäisierung und Transnationalisierung Christoph Möllers, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *HvWR I* (FN 12), § 3 Rn. 12, 36, 55.

⁶⁶ Das gleiche gilt für den Markt, wo als „zweite Governance-Structure“ die Kommunikation über die Relevanz von Märkten tritt: Birger P. Priddat, Kommunikative Entscheider: Sprache und Ökonomie, in: Arno Scherzberg u.a. (Hg.), Kluges Entscheiden (i.E.).

2. Überwindung des Steuerungsparadigmas?

Das wirft die Frage auf, ob das auf Regelungsstrukturen bezogene Konzept von Governance das Steuerungsparadigma – wie jüngst von *Renate Mayntz* proklamiert⁶⁷ – überwindet.⁶⁸ Steuerung modifizierte den Gedanken der rationalen Planung und hatte es nicht schwer, in der Rechtswissenschaft allmählich Fuß zu fassen, wenngleich sich die Dogmatik in vielen Bereichen davon reichlich unbeeindruckt zeigte und bis heute zeigt.⁶⁹ Der steuerungswissenschaftliche Ansatz hat jedoch viele Einsichten in Wirkungsweisen und Modalitäten der Steuerung durch Recht zu Tage gefördert⁷⁰ und dürfte die Öffnung der Rechtswissenschaft zu einer regelungsorientierten Entscheidungswissenschaft beflügeln.⁷¹

a) Kognitive Probleme

Der Steuerungsansatz fand in den Sozialwissenschaften zunehmende Verbreitung, als es darum ging, die Probleme interventionistischer Lenkung in den Griff zu bekommen. Von Anfang stand die steuerungstheoretische Bewältigung von *Problemlösungen* im Vordergrund. Ausgehend von der Trennung zwischen Steuerungssubjekt und Steuerungsobjekt wurden Steuerungshandeln und Steuerungserfolg unterschieden. Dies machte es möglich, die Probleme zu lokalisieren, sei es in der *Steuerungsfähigkeit* der

⁶⁷ *Mayntz*, Governance-Theory (FN 37), S. 11 („eigener Satz von Fragen“); anders – im Sinne einer Brauchbarkeit von Governance-Konzepten für den Steuerungsdiskurs – aber etwa *Sebastian Botzem*, Governance-Ansätze in der Steuerungsdiskussion, WZB discussion papers, 2002, S. 6 ff.

⁶⁸ Die Etappen der Verabschiedung sind im Werk von Renate Mayntz selbst angelegt, zunächst im propagierten Bedarf nach einer „institutionalistischen Wende“ und dessen Verarbeitung in Regelungsstrukturen, vgl. *Mayntz*, Politische Steuerung: Aufstieg, Niedergang und Transformation einer Theorie, PVS-Sonderheft 26/1995, S. 148 (154 f.); dann in der Kritik am steuerungstheoretischen Problemlösungsbias, vgl. *Mayntz*, Steuerungstheoretische Metatheorie, in: Hans-Peter Burth/Axel Görlitz (Hg.), Politische Steuerung in Theorie und Praxis, 2001, S. 17 ff. und jüngst in der Thematisierung von Governance an Stelle von Steuerung im Staat, vgl. *Mayntz*, Governance im modernen Staat, in: Arthur Benz (Hg.), Governance – Regieren in komplexen Regelsystemen, 2004, S. 65 ff.

⁶⁹ Umgekehrt gilt für die rechtssoziologische Beobachtung des Rechts nichts anderes, krit. *Ingo Schulz-Schaeffer*, Rechtsdogmatik als Gegenstand der Rechtssoziologie, ZfRSoz 25 (2004), S. 141 ff.

⁷⁰ Näher *Claudio Franzius*, Modalitäten und Wirkungsfaktoren der Steuerung durch Recht, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR I (FN 12), § 4 Rn. 2 ff., 42 ff. 67 ff.; zur Rekonstruktion des Steuerungsansatzes als normativer Zurechnungszusammenhang *Christian Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 249 ff.; zur bisher erst in Ansätzen erkennbare Ausrichtung an der steuerungswissenschaftlichen Perspektive in Frankreich und Großbritannien *Matthias Ruffert*, Die Methodik der Verwaltungsrechtswissenschaft in anderen Ländern der Europäischen Union, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), Methoden (FN 38), S. 165 (202 ff.).

⁷¹ Zu dieser Schwerpunktverlagerung *Andreas Voßkuhle*, Methode und Pragmatik im Öffentlichen Recht, in: Hartmut Bauer u.a. (Hg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 171 (179 ff.); s. jetzt auch *dens.*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (FN 45), § 1 Rn. 15; zust. *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (FN 33), 1. Kap. Rn. 46; *Hoffmann-Riem*, Eigenständigkeit (FN 13), § 10 Rn. 13; *Franzius*, Steuerung durch Recht (FN 70), § 4 Rn. 104 ff.; für eine strikte Trennung der Perspektiven aber *Matthias Jestaedt*, Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR I (FN 10), § 14 Rn. 6.

Akteure, zumeist des Staates, oder in der *Steuerbarkeit* der Adressaten, thematisiert vor allem als Vollzugsdefizit, wie es im Umweltrecht „entdeckt“ worden war.⁷²

Bei allen Modifikationen der Steuerungstheorie, die sie von zu optimistischen Grundannahmen politischer Planung befreite, blieb die Unterscheidung zwischen *Subjekt und Objekt* der Steuerung erhalten. Obgleich Vorstellungen eines umfassenden Gestaltungsanspruchs des Staates gegenüber der Gesellschaft zurückgenommen wurden, die private Mitwirkungsbedürftigkeit zur Gemeinwohlverwirklichung in institutionellen Arrangements zu Tage trat und Steuerung auf (das Potential zur) Selbststeuerung bezogen wurde, bleibt die Steuerungsidee der Vorstellung verhaftet, das notwendige Steuerungswissen in einer als Einheit gedachten Instanz wenn nicht bündeln, so doch darauf lenken zu können. Steuerung hält somit an Prämissen fest, die letztlich in der kontinental-europäischen Staatsvorstellung wurzeln und in der wohlfahrtstaatlichen Überhöhung des Staates das Verschwimmen der Unterscheidbarkeit von Steuerungssubjekt und -objekt nicht nachzuvollziehen bereit war. Es sind diese kognitiven Prämissen, die mit der Wende zu Governance entfallen⁷³ und die Perspektive auf die Verzahnung der Regelungsformen lenken.⁷⁴

Denn die wachsende Einbindung privater Akteure in die Aufgabenerfüllung macht es zunehmend schwerer, die Frage zu beantworten, wer denn eigentlich wen steuert. Private Akteure rücken in staatliche Steuerungszusammenhänge ein, ohne daß deren Zurechnung zum Staat als möglich oder wünschenswert angesehen wird. Dort, wo der Staat steuern sollte, sind es längst Private, die Steuerungsfunktionen übernommen haben. Und dort, wo privaten Akteuren die Selbststeuerung überlassen ist, wird dem Staat die Aufgabe zugemutet, seiner Verantwortung zur Steuerung des „Gesamtzusammenhangs“ nachzukommen. Mag insoweit das Wissensproblem auch erkannt worden sein, bleibt dessen Bewältigung doch auf einen steuerungsfähigen Akteur bezogen, der als allwissender Beobachter als Fiktion entlarvt, jedoch als Konstruktion „weiterlebt“ und die Zuschreibung regulativ angestoßener Prozesse dezentraler Wissensgenerierung theoretisch wie praktisch möglich erscheinen läßt. Demgegenüber fragt die Governance-Perspektive nicht mehr danach, wie es dem Staat gelingen könne, das Wissen zu erwerben, das er für eine zielgerichtete Steuerung gesellschaftlicher Prozesse benötigt, sondern danach, wie die Arrangements unterschiedlicher Regelungsformen aussehen, innerhalb derer mit unsicheren Wissensbeständen umgegangen wird. Im Fokus auf Governance vollzieht sich damit die Einsicht in die Begrenztheit der Wissensgenerierung, die sich als komplexer Vorgang nicht mehr in den epistemologischen Grenzen von Subjekt und Objekt unter dem Steuerungsparadigma hinreichend verarbeiten läßt.

⁷² Wegweisend für die Mitte der 80er Jahre einsetzende Diskussion *Renate Mayntz* u.a., *Vollzugsprobleme der Umweltpolitik*, 1978.

⁷³ *Mayntz*, *Governance-Theory* (FN 37), S. 12 f., 16 f.; zust. *Schuppert*, *Governance* (FN 3), S. 382; s. auch *Trute/Denkhaus/Kühlers*, *Governance* (FN 3), S. 458.

⁷⁴ Siehe bereits *Franzius*, *Gewährleistungsstaat* (FN 10), S. 503 f., 512 ff.

b) Wende von Akteuren zu Strukturen

Der Governance-Fokus auf Regelungsstrukturen erhält seine Pointe nicht dadurch, daß das Handeln staatlicher Akteure in Hierarchien in Frage gestellt wäre. Es ist auch nicht so, daß Steuerung für prinzipiell unmöglich gehalten würde. Doch es geht nicht mehr darum, die voraussetzungsvollen Bedingungen von staatlicher Steuerung aufzuzeigen. Vielmehr findet ein Ebenen- und Perspektivenwechsel statt, der über die handlungstheoretischen Hintergrundannahmen des akteurszentrierten Steuerungsparadigmas hinausreicht. Nicht auf die Ersetzung oder Verdrängung bestimmter Koordinationsmodi zielt die Analyse von Regelungsstrukturen, sondern auf die vorgelagerten Strukturfragen eines Nebeneinander der Modi, seien sie hierarchischer oder kooperativer, befehlsförmeriger oder vertraglicher, seien sie wettbewerblicher, verhandlungsorientierter, netzwerkbezogener oder gemeinschaftsgebundener⁷⁵ Natur.

Regelungsstrukturen sind keine „neue“ Dimension von Steuerung. Es handelt sich in den Worten von *Renate Mayntz* um keine einfache Fortentwicklung im Rahmen des steuerungstheoretischen Paradigmas, aber auch nicht um einen radikal verstandenen Paradigmenwechsel.⁷⁶ Vielmehr zeige sich im Governance-Ansatz ein verändertes Erkenntnisinteresse, das die Perspektive nicht auf den steuernden Akteur, sondern auf Regelungsstrukturen lenkt, innerhalb derer Akteure zur Regelung kollektiver Sachverhalte zusammenwirken.⁷⁷ Mag es sich damit auch nur um eine „Akzentverschiebung“⁷⁸ handeln, so wird mit der Ablösung von der Ausrichtung an Akteuren doch zugleich deutlich, daß der Zenit des Steuerungsdenkens offensichtlich überschritten ist. Governance hat mit Steuerung das Interesse an Vorgängen der Regelung kollektiver Sachverhalte gemeinsam, befasse sich aber „mit einem eigenen Satz an Fragen“ und lenke dabei „das Augenmerk auf andere Aspekte der Wirklichkeit“ als die Steuerungstheorie. Alle Vorichtsgebote, die zu formulieren aus normativen Gründen gegebenenfalls Sinn machen, können nicht überdecken, daß mit der Fokussierung auf und die Etablierung von Governance-Strukturen das zu enge Steuerungsparadigma in den Sozialwissenschaften überwunden wird.

Um die konzeptionelle Wende von den Akteuren zu Strukturen verstehen zu können, muß man sich nochmals vergewissern, wo Governance-Strukturen gegenwärtig ein besonderes Augenmerk erfahren. Es ist die supranationale und mehr noch die globale Ebene, die sich in der akteurszentrierten Steuerungstheorie kaum sachgerecht abbilden

⁷⁵ Statt vieler *Wolfgang Streeck/Philippe C. Schmitter*, *Gemeinschaft, Markt, Staat und Verbände?*, in: *Kenis/Schneider* (Hg.), *Organisation und Netzwerk* (FN 64), S. 123 ff.; zu den unterschiedlichen Governance-Formen auch *Tanja Klenk/Frank Nullmeier*, *Public Governance als Reformstrategie*, 2003, S. 27 ff.; zum Konstitutionalisierungsbedarf von Verhandlungslösungen *Dieter Grimm*, *Bedingungen demokratischer Rechtssetzung*, FS *Jürgen Habermas*, 2001, S. 489 (498 ff.).

⁷⁶ *Mayntz*, *Governance-Theory* (FN 37), S. 11, 17.

⁷⁷ So die zutreffende Interpretation von *Trute/Denkhaus/Kühlers*, *Governance* (FN 3), S. 460.

⁷⁸ *Mayntz*, *Governance-Theory* (FN 37), S. 17.

läßt. Nicht, daß hier die Akteure verschwinden. Im Gegenteil: Zu beobachten ist eine Multiplizierung der Akteure in ihrem für politisch und rechtlich relevant gehaltenen Handeln. Doch gerade deshalb bedarf es einer Koordinierung, die von den Akteuren abstrahiert und stärker auf Strukturen und Institutionen abstellt, in denen die spezifischen Handlungsrationaltäten miteinander verkoppelt werden. Verknüpfungsleistungen müssen ohne die in Steuerungsvorstellungen vorausgesetzte Einheit von Staat und Recht⁷⁹ auskommen, bedürfen also eines Sets von Metaregeln, die auf eine Strukturierung der Koordinationsmodi zugeschnitten sind. Diese Aufgabe führt zum Recht, genauer zur Konzeption von Recht in den Annahmen, welche dem Modell der Rechtserzeugung zugrundeliegen. Nichts spricht dagegen, Governance von den Grenzen aus betrachten, die für eine Übernahme in den rechtswissenschaftlichen Argumentationshaushalt zu beachten sind.⁸⁰ Es ist aber auch möglich, die Hinwendung zum Recht in den Herausforderungen zu formulieren, um die in „routinebedingten Blockaden“⁸¹ eingeschriebenen Grenzen als solche aufzudecken und zu problematisieren.⁸² Dieser Weg soll hier eingeschlagen sein, wenn auch nur Annäherungsversuche gemacht werden können.

3. Rechtswissenschaftliche Antworten

a) Parallele Entwicklungen

Das Verschwinden der Unterscheidbarkeit von Subjekt und Objekt ist in der Rechtswissenschaft nicht unbemerkt geblieben, wird hier jedoch zumeist mit resignativem Unterton beklagt.⁸³ Auch der Steuerungsgedanke hat – soweit er für die Rechtswissenschaft nicht prinzipiell verworfen wird⁸⁴ – Modifikationen erfahren, angefangen von der begrifflichen Umstellung auf Regelungen und dem Plädoyer, die Rechtswissenschaft nicht nur als monokausale Abläufe suggerierende Steuerungs-, sondern reflexiv als Re-

⁷⁹ Zum „Tabu der Einheit von Recht und Staat“ s. *Gunther Teubner*, Globale Bukowina. Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus, RJ 15 (1996), S. 255 (266 f.).

⁸⁰ Vgl. *Hoffmann-Riem*, Governance (FN 1), S. 198, aber S. 207 ff.

⁸¹ *Markus Pöcker*, Fehlende Kommunikation und die Folgen – Das heutige Verhältnis zwischen dogmatischer Rechtswissenschaft und rechtstheoretischer Innovationsforschung, Die Verwaltung 37 (2004), S. 509 ff. (532).

⁸² In diesem Sinne wohl auch *Möllers*, Netzwerk (FN 35).

⁸³ Vgl. *Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 237 f.; zum Verschwinden der Unterscheidung von bewußter Steuerung und nicht-intendierter Evolution der Rechtsentstehung *Möllers*, Netzwerk (FN 35), sub IV.4.

⁸⁴ Siehe etwa *Martin Schulte*, Wandel der Handlungsformen und der Handlungsformenlehre in der Informationsgesellschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft, 2000, S. 333 (344 ff.); grundsätzlich auch *Oliver Lepsius*, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999, S. 35 ff.; dazu *Ulrich K. Preuß*, AöR 127 (2002), S. 332 (334 f.).

gelungswissenschaft zu verstehen⁸⁵ bis hin zur Umstellung der Steuerungsperspektive auf Strukturen, wie dies für die Steuerungsfaktoren der Organisation und des Organisationsrechts⁸⁶ deutlich gemacht wurde, inzwischen aber über diese hinausgeht⁸⁷ und im Aufbau eines auf die rechtliche Umhegung privater Gemeinwohlbeiträge gerichteten öffentlichen Gewährleistungsrechts – verstanden als Strukturgewährleistungsrecht⁸⁸ – zum Ausdruck kommt.⁸⁹ Daran kann ein rechtswissenschaftliches Verständnis von Governance anknüpfen, wenngleich es mit der Fokussierung auf Regelungsstrukturen über die Steuerungsidee hinausgreift.

b) Bereitstellung von Regelungsstrukturen

Der Gedanke, dass dem Recht die Aufgabe zufällt, geeignete Regelungsstrukturen als „Rahmenordnung von Governance“⁹⁰ bereitzustellen, lässt sich ohne größere Schwierigkeiten in ein steuerungsorientiertes Verständnis von Recht und Rechtswissenschaft integrieren. Die Frage ist aber, ob sich hinter dem Konzept der Regelungsstruktur nicht mehr verbirgt, was auf das Verständnis von Recht zurückwirkt. Jedenfalls löst der in der „Wende von Steuerung zu Governance“ angelegte Perspektivenwechsel von den Akteuren zu Regelungsstrukturen fruchtbare *Irritationen* aus, die ein Festhalten am handlungsorientierten Steuerungs begriff unter erhöhten Rechtfertigungszwang bringen.

Prinzipiell sind drei Antworten denkbar: Die *erste* läuft auf eine Abschottungsstrategie in dem Sinne hinaus, sozialwissenschaftliche Governance-Konzepte für prinzipiell irrelevant zu erklären. Unmittelbar einsichtig ist, dass die Rechtswissenschaft gut beraten ist, nicht alles zu übernehmen, was jenseits ihrer zumeist selbstbezüglichen Kommunikationsstränge entwickelt wird. Auch ist zuzugeben, dass gegenwärtig erst danach gefragt wird, was Governance-Strukturen ausmachen, es also verfrüht sein könnte, den Topos der Regelungsstruktur unter einer diffusen Governance-Perspektive rechtswissenschaftlich zu beleuchten.⁹¹ Es wäre aber ein Missverständnis, die Idee absichtsvoller

⁸⁵ So *Gunnar Folke Schuppert*, Das Konzept der regulierten Selbstregulierung als Bestandteil einer als Regelungswissenschaft verstandenen Rechtswissenschaft, *Die Verwaltung*, Beiheft 4 (2001), S. 201 ff.

⁸⁶ Instruktiv *Hans-Heinrich Trute*, Funktionen der Organisation und ihre Abbildung im Recht, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource* (FN 34), S. 249 ff.; zur Unterscheidung von Organisation und Organisationsrecht auch *Rainer Wahl*, *Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben*, ebd., S. 301 (309 ff.).

⁸⁷ Vgl. *Hans-Heinrich Trute*, Vom Obrigkeitsstaat zur Kooperation – Zur Entwicklung des umweltrechtlichen Instrumentariums zwischen klassischem Ordnungsrecht und moderner Verwaltung, *UTR* 48 (1999), S. 13 (26 ff.).

⁸⁸ So *Franzius*, *Gewährleistungsstaat* (FN 10), S. 512; ähnlich *Vofßkuhle*, *Beteiligung Privater* (FN 50), S. 307 („Gewährleistungsstruktur“).

⁸⁹ Prägnant zusammengefaßt von *Schuppert*, *Governance* (FN 3), S. 382 ff. (m.w.N.).

⁹⁰ *Schuppert*, *Governance* (FN 3), S. 384.

⁹¹ Zurückhaltung bei *Vofßkuhle*, *Neue Verwaltungsrechtswissenschaft* (FN 71), § 1 Rn. 68 f.

Steuerung normativ zu überhöhen, um dieser lediglich kontingente Governance-Strukturen gegenüberzustellen, zumal man sich damit den Blick auf die Rechtsanwendungsebene mit den vielfältigen Formen einer Eigenprogrammierung der Akteure zu verstellen droht.

Deshalb dürfte die *zweite* Möglichkeit einer Antwort den gegenwärtigen *mainstream* der Governance-Rezeption in der sozialwissenschaftlich aufgeschlossenen Rechtswissenschaft markieren: Es wird aus normativen Gründen am steuerungstheoretischen Ansatz für die Rechtswissenschaft festgehalten, dieser aber stärker auf die Erfassung von Regelungsstrukturen ausgerichtet und damit um solche Ansätze angereichert, für die Governance wichtige Erkenntnisse und „Anstöße“ geben könne.⁹² Unverkennbar ist die Sorge, die bisherige Wirklichkeitskonstruktion der steuerungstheoretischen Modellierung von Recht vorschnell aufzugeben, was dem Recht die Durchsetzungspotentiale von Gerechtigkeitspostulaten berauben könnte. Propagiert wird kein beziehungsloses Nebeneinander, sondern eine Verbindung der Perspektiven, in der sich doch „nur“ eine Modifizierung von Steuerung durch den Governance-Fokus dokumentiert. Dafür ließe sich anführen, dass Recht in der Regel evolutiven Entwicklungsgesetzmäßigkeiten folgt, die es der Rechtswissenschaft aufgeben, die internen Verarbeitungsmöglichkeiten zu aktivieren und nach der Anschlussfähigkeit neuer Leitideen zu fragen.

Es muss dann aber auch gefragt werden, auf welcher Ebene das Steuerungsparadigma überhaupt in die Rechtswissenschaft aufgenommen wurde, genauer, ob es den rechtlichen Geltungsanspruch oder die rechtswissenschaftliche Beschreibungsebene betrifft. Ungeachtet der Zweifel an einer Überhöhung der Unterscheidung spricht einiges dafür, letzteres hervorzuheben, was einer Versteinerung auf den Staat bezogener Steuerungsvorstellungen entgegenwirken könnte, um den Weg für die Analyse von „Mehrebenensystemen“ freizulegen, in denen Steuerungswirkungen nicht mehr in gewohnter Weise einem zentralen Akteur zugeschrieben werden können. Ob die in der Steuerungstheorie mitgetragenen Hintergrundvorstellungen einer sinnstiftenden vernunftzentrierten Einheitsidee wirklich noch tragen, ist aus der Sicht von Governance ja die Frage, soweit man dessen Verlust nicht als den eigentlichen Movers für die Umstellung auf Pluralität ernstnehmende und solche verarbeitende Regelungsstrukturen begreift. Die Vorstellung, dass der Normtext die Normanwendung zu „steuern“ imstande ist, erscheint in vielen Regelungsfeldern finaler Programmierung anachronistisch und ist selbst in einer wohlwollenden Betrachtung der Handlungsroutinen, die dem Subsumtionsmodell in der Deduktion des Besonderen aus dem Allgemeinen zugeschrieben werden, wachsenden Erosionen ausgesetzt.⁹³ Deshalb lautet eine *dritte* Antwort, die sich vielfach der Zustim-

⁹² Vgl. *Hoffmann-Riem*, Governance (FN 1), S. 198; s. auch *dens.*, Risiko- und Innovationsrecht im Verbund, Risiko- und Innovationsrecht im Verbund, Die Verwaltung 38 (2005), S. 145 (159 f., 163).

⁹³ Zum Ausweg über ein „postmodernes Modell der relationalen Ordnungsbildung im Fluß der Zeit“ *Thomas Vesting*, Subjektive Freiheitsrechte als Elemente von Selbstorganisations- und Selbstregulierungsprozessen in der liberalen Gesellschaft, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), S. 21 ff. (34); zu den Schwierigkeiten, das „Hoheitliche“ zu konstruieren auch *Karl-Heinz Ladeur*, Negative Freiheitsrechte und gesellschaftliche Selbstorganisation, 2000, S. 171 ff.

mung „überstaatliche“ Regelungszusammenhänge betrachtender Forschungsansätze sicher weiß, jene Einheitsprämissen zu hinterfragen, deren prägende Kraft für die Rechtsproduktion als konstituierend angenommen werden.⁹⁴

c) Governance als Hinwendung zum Recht

Damit sind die Herausforderungen benannt. Es geht darum, ob der Steuerungs-begriff ungeachtet aller Vorzüge die Rechtswissenschaft für ein sachgerechtes Verständnis von Governance nicht blockiert und Grundannahmen eines rationalistischen Modells gesetzgeleiteter Wirklichkeit tradiert, dessen Fortschreibung trotz aller Abschwächungen ihre Prämissen, insbesondere das virulente Wissensproblem, eher verdunkelt als erhellt und deshalb das rechtliche Design der Regelungsstrukturen nicht angemessen erörtern kann. So macht es wenig Sinn, die Verkoppelung der Koordinationsmodi auf Vorstellungen eines Akteurs zurückzubeziehen, der als „idealer Beobachter“ in der Norm jenes Wissen repräsentiere, das in der Anwendung nur „abgefragt“ werden bräuchte. Eben diese hierarchische Abschichtung von stabilem allgemeinen und besonderem Wissen büßt *Karl-Heinz Ladeur* zufolge ihre Unterscheidungsfähigkeit ein.⁹⁵ Regelungsstrukturen lassen sich nicht im Modell von Regel und Regelanwendung hinreichend analysieren⁹⁶ und überspielen die Grenzen, die im tradierten Rechtsdiskurs der regelorientierten Handlungspraxis gezogen werden.

Nun ist die Rechtswissenschaft nicht gehindert, an Konstruktionen der Wirklichkeit festzuhalten, welche die Nutzung von Regelungsstrukturen praktikabel halten.⁹⁷ Es interessieren nicht beliebige Variationen vertikaler und horizontaler Koordination, sondern normative Zusammenhänge, wobei eingespielten Kommunikationsroutinen eine wichtige Stabilisierungsfunktion zukommt. Allerdings dürfte die Projizierung der *Rechtsproduktionsfunktion* auf den Gesetzgeber unter der Vorstellung einer die Einheit des Rechts repräsentierenden Instanz die Abbildung von Regelungsstrukturen erschweren, müssen sich doch alle Mechanismen zur Verarbeitung von Pluralität vor dieser Folie rechtfertigen, was dann bekanntlich schnell dazu führt, sie lediglich als Ausnahmen von der Regel anerkennen zu können.⁹⁸ Probleme verursacht weniger die Öffnung des Rechts ge-

⁹⁴ So *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 461, 464 f.

⁹⁵ *Ladeur*, Die Regulierung von Selbstregulierung und die Herausbildung einer Logik der Netzwerke, Die Verwaltung, Beiheft 4 (2001), S. 59 (62 ff.).

⁹⁶ So auch *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 456, 461 ff.

⁹⁷ Zur „praktischen Handhabbarkeit des Rechts“ s. *Hoffmann-Riem*, Methode (FN 38), S. 67 ff. („normgeleitete Robustheit“); *ders.*, Governance (FN 1), S. 210 („Bemühen um die sichere Handhabbarkeit des Rechts“); s. auch den zutreffenden Hinweis von *Udo Di Fabio*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 63 (2004), S. 72 f.

⁹⁸ Krit. *Trute*, Verantwortungsteilung (FN 43), S. 29; s. auch Darstellung und Rekonstruktion der Auseinandersetzung in *ders.*, Demokratische Legitimation (FN 18), § 6 Rn. 4 ff., 15 ff.

genüber Steuerungsaspekten⁹⁹ und dessen Verarbeitung, sondern die „kommunikative Abschottung“ der steuerungsbasierten Rechtskonzeption gegenüber Rechtserzeugungsmodellen, die vom „Staat“ abstrahieren und mit der Überwindung der scharfen Zäsur zwischen Norm und Anwendung¹⁰⁰ stärker in die rechtswissenschaftlichen Reformbemühungen einzustellen wären, um für ein angemessenes Governance-Design von Regelungsstrukturen fruchtbar gemacht werden zu können.

Entfallen unter der Governance-Perspektive die Möglichkeiten, hinreichend klare Grenzen zu ziehen, so kann den Grenzverlust paradoxerweise nur das Recht auffangen, das seinerseits auf Grenzziehungen angewiesen ist. Diese sind nicht einfach als „gesetzt“ zu denken, sondern müssen in der Formulierung wirkungsorientierter Bedingungen vielfach erst „erarbeitet“ werden. Recht und Staat sind so gesehen „Grobformeln“ von Aussagen und Beobachtungen, die an stabile Konventionen eines abrufbaren Erfahrungswissens anknüpfen, das Regelungsstrukturen nicht (mehr) unhinterfragt zugrundegelegt werden kann. Wo die Einsicht in die Schwierigkeiten einer rechtlichen Vorabfestlegung inhaltlicher Problemlösungen wächst, verliert der Vorrang materieller Programmierung gegenüber prozeduralen Strategien der Rechtsverwirklichung an Überzeugungskraft. Wenn das auch nicht im Sinne eines einfachen Ersetzungspostulats zu verstehen ist, dürften Regelungsstrukturen mit der Chance einer angemessenen rechtlichen Bewältigung doch erst in einer Perspektive hervortreten, die auf „sinnstiftende“ Einheitsbeschwörungen verzichtet.¹⁰¹ Damit wird die große Vereinfachungsleistungen¹⁰² erzielende Grenze zwischen Recht und Nicht-Recht nicht etwa aufgegeben, aber in einen strukturellen Kontext gestellt, der ihre binäre Logik zugunsten einer skalierenden Typenbildung lockert¹⁰³ und nicht-rechtliche Regelungsbausteine für das Recht einzubeziehen sucht. Regelungsstrukturen verweisen auf die Strukturierungsfunktion von Recht, das nicht alles bewältigen kann und Freiräume der politischen Gestaltung anzuerkennen hat, sich aber deshalb von Hintergrundannahmen zu lösen hat, die auf die Fortschreibung eines idealisierten Beobachters hinauslaufen, von dem erwartet werden könne, den Bereich des rechtlich Relevanten hinreichend sicher abzustecken. Nicht die Grenzziehungsfunktion des Rechts, wohl aber die seiner Modellannahmen steht in Frage. Die

⁹⁹ So aber *Christoph Möllers*, Braucht das öffentliche Recht einen neuen Methoden- und Richtungsstreit?, *VerwArch* 90 (1999), S. 187 ff. (193).

¹⁰⁰ Vgl. *Pöcker*, Fehlende Kommunikation (FN 81), S. 515 ff., 528, 531 („Magnetismus des status quo“); *Karl-Heinz Ladeur*, Methodology and European Law – Can Methodology Change so as to cope with the Multiplicity of the Law?, in: Mark van Hoecke (Hg.), *Epistemology and Methodology of Comparative Law*, 2004, S. 95 ff.

¹⁰¹ A. A. *Udo Di Fabio*, *Die Staatsrechtslehre und der Staat*, 2003, S. 77 ff.

¹⁰² *Oliver Lepsius*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht: Ermöglichung oder Begrenzung von Innovationen?, *VVDStRL* 63 (2004), S. 264 (291 f.).

¹⁰³ *Hoffmann-Riem*, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt* (FN 35), S. 24 f.

hier angelegten Grenzen der „kommunikativen Routine“ sind variabel und jedenfalls nicht prinzipiell unabänderbar.¹⁰⁴

Regelungsstrukturen lassen sich nicht nach Maßgabe materieller Wahrheitskonzepte gestalten. Sie öffnen sich *nicht*-staatlichen und *nicht*-rechtlichen Regelungsfaktoren, nehmen auf diese Bezug und zielen auf das Maß ihrer normativen Anerkennungswürdigkeit. Gerade weil der Verfassungsstaat weder allein auf den Prozess der politischen Gemeinwohlaggregation noch allein auf die individuelle Interessen- und Nutzenmaximierung setzt, bedarf es des Rechts, um die Prozesse in Regelungsstrukturen aufeinander zu beziehen und zu verschränken.¹⁰⁵ Das schließt es beispielsweise aus, dem öffentlichen Recht oder dem Privatrecht jedwede Leistung für das jeweils im „anderen“ Regelungsregime geregelte Ordnungsproblem abzusprechen. Regelungsstrukturen greifen typischerweise auf die spezifischen Leistungen beider Teilrechtsordnungen¹⁰⁶ zurück, nutzen diese zur Handlungskoordination multipolarer Akteurskonstellationen und versuchen Orientierungsverlusten entgegenzuwirken, die mit dem Verlust scharfer Grenzen zwischen staatlicher Hoheitsgewalt und privater Autonomie einhergehen. Dabei muss freilich die Zuordnung und Koordination von Schutzmechanismen in Regelungsstrukturen bedenken, dass es vermehrt um die Bewältigung von Konflikten zwischen Privaten geht, staatliche Funktionen also darauf zuzuschneiden sind, was eine Vorsorge gegenüber zu hohen gesellschaftlichen Erwartungen an hoheitliche Konfliktlösungen einschließt.

Das betrifft auch den Verlust der territorialen Hülle, den vermutlich nur das Recht auffangen kann, um die im Staat wurzelnden Gerechtigkeitspostulate in die „postnationale Konstellation“¹⁰⁷ zu überführen. Schon die Europäische Union als „Geschöpf des Rechts“¹⁰⁸ bedarf zu ihrer Politisierung des Rechts, was im Anliegen des Verfassungsvertrags deutlich wird. Rechtsbedarf entsteht auch bei der Entfaltung globaler Governance-Strukturen. „Global Governance“¹⁰⁹ bezeichnet einen Wechsel der Perspektive

¹⁰⁴ Pöcker, Fehlende Kommunikation (FN 81), S. 533 mit Fn. 92; ähnlich mit dem Hinweis darauf, daß die Voraussetzungen für die Rechtsgeltung im Nationalstaat weggefallen sind: Vesting, Staatsrechtslehre (FN 14), S. 65.

¹⁰⁵ Zur wechselseitigen Inklusion als Aufgabe des Rechts Scherzberg, Wozu und wie überhaupt noch öffentliches Recht (FN 15), S. 33 f.

¹⁰⁶ Dazu Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann (Hg.), Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen, 1996; Peer Zumbansen, Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, 2000, S. 187 ff.; von einem „Verbund“ der Teilrechtsordnungen spricht Martin Burgi, Rechtsregime, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR (FN 12), § 18 Rn. 34 ff., 44 ff.

¹⁰⁷ Jürgen Habermas, Die postnationale Konstellation, 1998, S. 91 ff.

¹⁰⁸ Walter Hallstein, Der unvollendete Bundesstaat, 1969, S. 33.

¹⁰⁹ Aus dem kaum noch zu überschauenden Schrifttum Christoph Engel, Governance of Global Networks in the Light of Differing Local Values, 2000; Karl-Heinz Ladeur (Hg.), Governance in the Age of Globalization, 2004; Zürn, Global Governance (FN 7), S. 121 ff.; Andrew T. Guzman, Goble Governance and the WTO, Harvard International Law Journal 45 (2004), S. ■ ff.

von den Staateninteressen zu staatenübergreifenden Interessen und enthält „das Zugeständnis der Unmöglichkeit, mit dem staatszentrierten Modell und den überkommenen Organisationsformen die Steuerungsziele“ zu erreichen.¹¹⁰ Vielfach scheinen die Steuerungsleistungen nicht-staatlicher Organisationen derjenigen der Staaten mit den von ihnen getragenen Organisationen überlegen zu sein, was das Völkerrecht mit der wachsenden Einbindung nicht-staatlicher Akteure vor dem Hintergrund ungelöster Fragen der demokratischen Legitimation¹¹¹ in ein Dilemma bringt.¹¹² Immerhin tritt der herkömmliche Austausch- und Koordinierungscharakter, nach neuerer Auffassung auch der Kooperationscharakter völkerrechtlicher Verträge „zugunsten objektiver Regelungsstrukturen (...) in den Hintergrund, die grenzüberschreitende Gemeinwohlinteressen aufgreifen und zu verwirklichen“ suchen.¹¹³ Die rechtliche Verdichtung dieses Gemeinschaftsinteresses markiert den zuweilen emphatisch begrüßten Trend einer Konstitutionalisierung des Völkerrechts.¹¹⁴ Mit der inzwischen weitgehend konsentierten Entkopplung des Verfassungsbegriffs vom Staat¹¹⁵ wird das Ziel eines übergreifenden Verfassungsbegriffs darin gesehen, die „Ausübung von Herrschaft auf das Weltgemeinschaftsinteresse hin auszurichten, damit zu legitimieren und zugleich – rückgekoppelt an die zentrale Stellung des Individuums – zu begrenzen“. So bestehe die „genuine Aufgabe“

¹¹⁰ Ruffert, Globalisierung (FN 4), S. 30 f.

¹¹¹ Vgl. Stefan Oeter, Internationale Organisation oder Weltföderation? Die organisierte Staatengemeinschaft und das Verlangen nach einer Verfassung der Freiheit, in: Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner (Hg.), Globalisierung und Demokratie, 2000, S. 108 ff.; s. auch *dens.*, Souveränität – ein überholtes Konzept?, FS Helmut Steinberger, 2002, S. 259 ff. (298); zu den unterschiedlichen Lösungsangeboten Armin v. Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts, ZaöRV 63 (2003), S. 853 (865 ff.); Ruffert, Globalisierung (FN 4), S. 41 ff., 61 ff.; instruktiv Uwe Volkmann, Setzt Demokratie den Staat voraus?, AöR 127 (2002), S. 575 ff.

¹¹² Umfassend Andreas L. Paulus, Die internationale Gemeinschaft im Völkerrecht, 2001, S. 285 ff.; zur Abkoppelung des Völkerrechts vom Staat auch Vesting, Staatsrechtslehre (Fn. 14), S. 54, 56 (mit Fn. 54 f.); Martti Koskenniemi, Global Governance and Public International Law, KJ 2004, 241 ff.; einen Numerus Clausus rechtlich handlungsfähiger Akteure kennt das internationale System nicht, statt vieler Hermann Mosler, Die Erweiterung des Kreises der Völkerrechtssubjekte, ZaöRV 22 (1962), S. 1 ff. (41).

¹¹³ Ruffert, Globalisierung (FN 4), S. 21; s. auch Tietje, Staatsrechtslehre (FN 25), S. 1092 ff.

¹¹⁴ Vgl. Bardo Fassbender, UN Security Council Reform and the Right to Veto, 1998, S. 101 ff.; Brun-Otto Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, Der Staat 42 (2003), S. 61 ff.; Markus Krajewski, Verfassungsperspektiven und Legitimation des Rechts der Welthandelsorganisation (WTO), 2001; zu Verrechtlichungsprozessen „unterhalb“ der Konstitutionalisierung Bernhard Zangl/Michael Zürn, Make Law, Not War: Internationale und transnationale Verrechtlichung als Baustein für Global Governance, in: dies. (Hg.), Verrechtlichung jenseits des Staates. Ein Baustein für Global Governance?, 2004.

¹¹⁵ Ausführlich Anne Peters, Elemente einer Theorie der Verfassung Europas, 2001, S. 93 ff.; Thomas Giegerich, Europäische Verfassung und deutsche Verfassung im transnationalen Konstitutionalisierungsprozeß: wechselseitige Rezeption, konstitutionelle Evolution und föderale Verflechtung, 2003; Ruffert, Globalisierung (FN 4), S. 40 (m.w.N.); aufgeschlossen-kritisch Hasso Hofmann, Zu Entstehung, Entwicklung und Krise des Verfassungsbegriffs, LA Peter Häberle, 2004, S. 157 ff.; eine Reformulierung der strengen Ablehnung bei Ulrich Haltern, Internationales Verfassungsrecht?, AöR 128 (2003), S. 511 ff.; ausführlich *ders.*, Europarecht und das Politische, 2005.

des Rechts darin, die „Prinzipien und Funktionen, derer es zur Legitimation und Begrenzung von Herrschaft bedarf, auch auf der überstaatlichen Ebene“ zu suchen.¹¹⁶

IV. Woher kommen und wohin führen Regelungsstrukturen?

Diese letzte Frage führt in „schwieriges“ Terrain und es können hier nur einige Suchrichtungen angegeben werden. Als sicher kann gelten, dass eine vollständige Ablösung des Rechts vom Staat kaum stattfinden wird, die Abkoppelung rechtlichen Denkens vom Staat für die Ausgestaltungsvorgaben von Regelungsstrukturen aber Konsequenzen hat.

I. Recht ohne Staat

Die Thematisierung eines „Rechts ohne Staat“¹¹⁷ ist nicht neu, aber missverständlich.¹¹⁸ Dass der Staat unverzichtbare Funktionen hat, die ihm das Recht zuweist, wird nicht bestritten. Gegenstand von Auseinandersetzungen ist vielmehr die Frage, ob der Staat als vorrechtliches Substrat oder erst als durch Recht konstituierte Einheit zu begreifen ist.¹¹⁹ Kontrovers sind auch die Einschätzungen darüber, inwieweit die Verwirklichung von Rechtsprinzipien von Rechts wegen auf den Staat als autonomen Entscheider angewiesen ist. So bedeutsam der Verfassungsstaat als zivilisatorische und keineswegs selbstverständliche Errungenschaft der Moderne auch ist, es erscheint unangemessen, das Recht „vom Staat aus“ zu denken¹²⁰ und seine Funktionen auf ihn zu beziehen. Spätestens die Supranationalisierung weiter Teile von Politik und Recht mit ihrer funktionalen Emanzipation vom Staat macht ein staatsbezogenes Denken angreifbar, weil es den Ordnungsbedarf nicht mehr zur Gänze abzubilden vermag, überstaatliche Phänomene an staatlichen Maßstäben zu messen droht und schlimmstenfalls den Ausweg nur in der Schaffung größerer territorialer Einheiten bis hin zum Weltstaat erblicken

¹¹⁶ Ruffert, Globalisierung (FN 4), S. 40.

¹¹⁷ Nach wie vor lesenswert die Beiträge in Gunther Teubner, *Global Law without a State*, 1996; s. aber auch Klaus Günther, Rechtspluralismus und universaler Code der Legalität: Globalisierung als rechtstheoretisches Problem, FS Jürgen Habermas, 2001, S. 539 (551 ff.); Christian Brütch, Verrechtlichung der Weltpolitik oder Politisierung des Rechts?, *ZfRSoz* 23 (2002), S. 165 ff.

¹¹⁸ Krit. Möllers, Globalisierte Jurisprudenz (FN 30), S. 53 ff., der von einer „losen Kopplung“ zwischen Recht und Staat ausgeht und der Systemtheorie keine Übersetzungsleistungen zutraut, sondern auf der fortbestehenden Bedeutung von Subjekt und Handlung als Beschreibungskategorien insistiert; zu den gegenwärtigen Strängen der Debatte über den „Staat“ Graf-Peter Calliess/Matthias Mahlmann, *Der Staat der Zukunft*, in: dies. (Hg.) *Der Staat der Zukunft*, ARSP-Beiheft 80 (2002), S. 11 ff.

¹¹⁹ Siehe nur Helmuth Schulze-Fielitz, Grundsatzkontroversen in der deutschen Staatsrechtslehre, *Die Verwaltung* 32 (1999), S. 241 (250 ff.); Hasso Hofmann, Von der Staatssoziologie zu einer Soziologie der Verfassung, *JZ* 1999, 1065 ff.

¹²⁰ Instruktiv Frieder Günther, Denken vom Staat her. Die bundesdeutsche Staatsrechtslehre zwischen Dezision und Integration 1949-1970, 2004.

kann.¹²¹ Es geht nicht darum, das Recht in naiver Absicht an die Stelle des Staates zu setzen, wohl aber darum, den Ordnungsbedarf nicht in einer hegelianisch überhöhten „Idee des Staates“ zusammengefasst¹²² zu denken, also Ordnungsleistungen jenseits des Staates anzuerkennen, mögen diese auch „innerhalb des Staates und seiner Rechtsordnung“ zu verarbeiten sein.

Wo der Staat mit abnehmender Problemlösungsfähigkeit¹²³ nicht mehr das singuläre Zentrum gesellschaftlicher Erwartungen und Hoffnungen ist, wo letztere nicht mehr allein in diesem ihre Projektionsfläche finden, die im Staat wurzelnden Ideale der Demokratie und der Herrschaft des Rechts aber dennoch Geltung beanspruchen und Schutz wie Gerechtigkeit unvermindert „nachgefragt“ werden, rückt das Recht in den Vordergrund und muss Funktionen aufnehmen, die nicht mehr auf den Staat und die argumentativ überhöhte Figur der „Einheit der Rechtsordnung“¹²⁴ bezogen sind.¹²⁵ Dies spricht nicht gegen den Erhalt der Garantiefunktion staatlicher Macht, wie sie zur Gewährleistung des Rechts im globalen Kontext unverzichtbar ist.¹²⁶ Aber vielfach scheinen die staatlichen Ableitungszusammenhänge zu verdecken, dass sich längst außerhalb des tradierten Völkerrechts ein Recht „globaler Zivilverfassungen“¹²⁷ herausbildet, wozu die immer wieder gern zitierte *lex mercatoria* als Erscheinungsform eines „entstaatlichten“ Handelsrechts gehört.¹²⁸ Auch in der Geschichte der Techniksteuerung lassen sich

¹²¹ So aber unter Berufung auf *Hegels Weltgeist Sibylle Tönnies*, *The Powers That Be*, FAZ v. 24.2.2005, S. 13; allgemein zur Debatte *Matthias Lutz-Bachmann/James Bohman* (Hg.), *Weltstaat oder Staatenwelt? Für und wider die Idee einer Weltrepublik*, 2002.

¹²² Vgl. *Thomas Vesting*, *Zwischen Gewährleistungsstaat und Minimalstaat. Zu den veränderten Bedingungen der Bewältigung öffentlicher Aufgaben in der „Informations- und Wissensgesellschaft“*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann (Hg.), *Verwaltungsrecht in der Informationsgesellschaft* (FN 84), S. 101 ff. (113); zur Beseitigung des „touch of stateness“ aus dem Europarecht *Jo Shaw/Antje Wiener*, *The Paradox of the European Polity*, Harvard Jean Monnet Working Paper 10/99; differenzierend *Armin v. Bogdandy*, *Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht*, *Der Staat* 40 (2001), S. 3 ff. (8).

¹²³ Zum Topos der Problemlösungsfähigkeit *Edgar Grande/Markus Jachtenfuchs*, *Wie problemlösungsfähig ist die EU?*, 2000; vor dem „funktionalistischen Fehlschluß“ zu Recht warnend *Mayntz*, *Governance Theory* (FN 37), S. 17 f.

¹²⁴ Das gilt freilich auch für die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof, der mit der Einheitsidee den Vorrang europäischen Rechts gegenüber nationalem Recht begründet, sich jedoch bisher als weitgehend „differenzierungsblind“ erwiesen hat, was damit kaum zur kooperativen Konfliktvermeidung beitragen dürfte.

¹²⁵ Zur Öffnung des Verfassungsbegriffs zur Bewältigung supranationaler Verpflichtungen und der Neueinlösung des Verfassungsanspruchs, Verlässlichkeit und Gestaltungskraft zu verbinden: *Hinnerk Wißmann*, *Verfassungsrechtliche Vorgaben der Verwaltungsorganisation*, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *HvWR I* (FN 12), § 15 Rn. 3.

¹²⁶ Vgl. *Ulrich K. Preuß*, *Der politische Charakter der Menschenrechte*, *EuGRZ* 2004, 611 (612 f.).

¹²⁷ *Gunther Teubner*, *Globale Zivilverfassungen: Alternativen zur staatszentrierten Verfassungstheorie*, *ZaöRV* 63 (2003), S. 1 ff.

¹²⁸ Zur verbleibenden Bedeutung des Staates *Zumbansen*, *Lex Mercatoria* (FN 62), S. 647 f.; zur *lex mercatoria* als „Lieblingskind der juristischen Globalisierungstheorie“ *Möllers*, *Globalisierte Juris-*

zahlreiche Beispiele für eine private Normproduktion¹²⁹ finden, an die unter dem Eindruck der Globalisierung in der Rechtspraxis nahtlos angeknüpft wird und die es nahe legen, sich von der Fiktion eines staatlichen Rechtserzeugungsmonopols zu verabschieden.

Insgesamt verdichtet sich die Eindruck, dass Entstaatlichung und Pluralisierung der Normproduktion¹³⁰ gewissermaßen Hand in Hand gehen, was den Bedarf neuer Legitimationsbausteine für die „Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft“¹³¹ unter Einschluss nicht-staatlichen Rechts indiziert. Dieser Prozess spielt sich in den „privatrechtsnahen“ Sach- und Regelungsfeldern besonders deutlich ab, ist aber nicht darauf beschränkt, wie die Debatte um ein „staatenloses Recht“ für das öffentliche Recht zeigt¹³² und angesichts der in breitem Umfang stattfindenden Einbeziehung von Institutionen privater Selbstregulierung in die Forderung mündet, auch die verwaltungsrechtliche Rechtsquellenlehre dürfe sich nicht scheuen, mit einem Verwaltungsrecht ohne Staat das „Denkumögliche zu erwägen“ und es notfalls zu integrieren.¹³³ Was bedeutet dies für die Frage nach der Urheberschaft von Regelungsstrukturen? Diese fallen nicht vom Himmel, doch woher kommen sie? Unter den Direktiven des Kraftfeldes der Verfassung¹³⁴ erscheint es kaum geboten, sie einem zentralen „Schöpfungsakt“ zu unterwerfen. Damit ist nicht gesagt, dass sich die Akteure die Regelungsstrukturen beliebig selbst schaffen dürften. Die Rechtsprägung erwächst jedoch *auch* aus der jeweiligen Rechtsanwendungs- und Handlungspraxis.

prudenz (FN 30), S. 51; zum „Nachhinken des Rechts“ auch *Klaus F. Röhl*, Recht und Wirtschaft als Thema der Rechtssoziologie, *ZfRSoz* 26 (2005), S. 3 (29 ff.).

- ¹²⁹ Instruktiv *Miloš Vec*, Recht und Normierung in der Industriellen Revolution. Neue Strukturen der Normsetzung in Völkerrecht, staatlicher Gesetzgebung und gesellschaftlicher Selbstnormierung, 2005; zur Bedeutung des Rechts auch *Claudio Franzius*, Technikermöglichkeitsrecht, *Die Verwaltung* 34 (2001), S. 487 ff.; zur „Entgrenzung des Rechtsbegriffs“ *Möllers*, Globalisierte Jurisprudenz (FN 30), S. 50, der auf die globalisierungsbedingte Öffnung zur Moral und Faktizität hinweist, dies jedoch auf der Folie eines nationalstaatlich formalisierten Rechtsbegriffs; dagegen mit guten Gründen bereits *Leopold Pospíšpil*, Anthropologie des Rechts – Recht und Gesellschaft in archaischen und modernen Kulturen, 1982, S. 137 ff.
- ¹³⁰ *Schuppert*, Governance (FN 3), S. 393.
- ¹³¹ Zu einer Typologie der Normsetzungsverfahren am Beispiel einer differenzierten Steuerung des Kapitalmarktes *Steffen Augsburg*, Rechtsetzung zwischen Staat und Gesellschaft, 2003, S. 124 ff.; zu einer differenzierten Beurteilung normersetzender Absprachen *Lothar Michael*, Rechtsetzende Gewalt im kooperativen Verfassungsstaat, 2002, S. 279 ff., 372 ff., 438 ff., 488 ff. jeweils m.w.N.; zu den unterschiedlichen Formen der Standardsetzung im Umweltrecht *Irene Lamb*, Kooperative Gesetzeskonkretisierung, 1995.
- ¹³² *Ruffert*, Globalisierung (FN 4), S. 53 f.
- ¹³³ *Matthias Ruffert*, Rechtsquellen und Rechtsschichten des Verwaltungsrechts, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), *HVwR I* (FN 12), § 17 Rn. 22; zum Umbruch in der Rechtsquellenlehre *Christian Tietje*, Recht ohne Rechtsquellen?, *ZfRSoz* 23 (2003), S. 27 ff.
- ¹³⁴ Nur begrenzte Steuerungsleistungen für die gewährleistungsrechtliche Ausgestaltung der Regelungsstrukturen nimmt *Voßkuhle*, Beteiligung Privater (FN 50), S. 291 ff. („Grenzen der Konstitutionalisierung des Gewährleistungsstaates“) an.

2. Einschränkungen und Konsequenzen

In Regelungsstrukturen wird der gesetzliche Regelungswillen umgesetzt. Wenn es aber richtig ist, dass Regelungsstrukturen auf die Schwierigkeiten aufmerksam machen, die sich daraus ergeben, dass der Staat eine detaillierte Programmierung der Handlungsfelder nicht vornehmen kann, wäre ein pauschaler Verweis auf den *Gesetzgeber* zur Ausgestaltung der verantwortungsteilenden Regelungsstrukturen¹³⁵ zumindest insoweit zu hinterfragen, als damit jenes Wissen vorausgesetzt zu werden scheint, das in Regelungsstrukturen unter Aktivierung nicht-staatlicher Wissensbestände vielfach erst erzeugt werden soll. Das Konzept der Regelungsstruktur weist unter dem Primat der Legislative auf eine veränderte Rolle der Gesetzgebung hin und lässt unterschiedliche Ausgestaltungsmöglichkeiten zu, die in der Verknüpfung von Maßstäben, Akteuren und Instrumenten auf die Organisation der (Selbst-)Beobachtung und Revisionsfähigkeit ausgelegt sind. Vorstellungen, die Regelungsstrukturen einer zentralen Instanz zuschreiben, dürften es demgegenüber eher erschweren, den Strukturierungsbedarf der Verarbeitungsmechanismen im Geflecht der maßgeblichen Urheber angemessen zu thematisieren.¹³⁶

Das gilt in besonderem Maße für die Europäisierung. Auf der europäischen Ebene tritt der Gesetzgeber in „mehrköpfiger“ Gestalt¹³⁷ auf und lässt mit der Bezugnahme auf die mitgliedstaatliche Ebene weitere Akteure in das Blickfeld geraten, die hier vielfach der *Verwaltung* zuzurechnen sind. So mag die Frage danach, wer das Verkoppelungsregime unterschiedlicher Teilrechtsordnungen schafft, in die falsche Richtung führen. Regelungsstrukturen werden von unterschiedlichen Handlungsträgern geschaffen und widersetzen sich linearen Herleitungen, die aber auch nicht geboten sind, wenn man sich entschließt, den vom Bundesverfassungsgericht eingeleiteten Abschied vom Denken in legitimationsstiftenden „Ketten“ zu akzeptieren¹³⁸ und Räume dezentraler Legitimationsvermittlung anerkennt. Damit verbände sich das Eingeständnis, in einer fragmentierten und rechtlich pluralisierten Welt mit überzogenen Einheitsvorstellungen die Wirklichkeit nicht mehr angemessen einfangen zu können, was über kurz oder lang der rechtlichen Wirklichkeitsgestaltung normative Fehlkonstruktionen¹³⁹ unterlegen würde.

¹³⁵ In dieser Richtung aber *Vofßkuhle*, Gesetzgeberische Regelungsstrategien (FN 58), S. 63 ff.

¹³⁶ So auch *Trute/Denkhaus/Kühlers*, Governance (FN 3), S. 463 f.

¹³⁷ Besonders deutlich jetzt Art. I-20 Abs. 1 und Art. I-23 Abs. 1 VE; von einer „Pluralität der Gesetzgeber“ sprechen *Armin v. Bogdandy/Jürgen Bast/Felix Arndt*, Handlungsformen im Unionsrecht, *ZaöRV* 62 (2002), S. 77 ff. (131).

¹³⁸ Für die funktionale Selbstverwaltung jetzt BVerfGE 107, 59 (87 ff.); 111, 191 (217 f.); zust. *Trute*, Demokratische Legitimation (FN 18), § 6 Rn. 2 ff. u. passim; zurückhaltender *Wißmann*, Vorgaben (FN 125), § 15 Rn. 60 ff. mit problematischer Tendenz in Fn. 304; eine „grundsätzliche Wende“ sieht *Alexander Hanebeck*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip, *DÖV* 2004, 901 ff. (908); abl. *Matthias Jestaedt*, Demokratieprinzip – Quo vadis?, *JuS* 2004, 649 ff.; differenzierend *Joachim Becker*, Das Demokratieprinzip und die Mitwirkung Privater an der Erfüllung öffentlicher Aufgaben, *DÖV* 2004, 910 ff.

¹³⁹ Deutliche Worte bei *Brun-Otto Bryde*, Die bundesrepublikanische Volksdemokratie als Irrweg der Demokratietheorie, *StWP* 5 (1994), S. 305 ff.; zum Demokratieprinzip in kritischer Auseinandersetzung mit der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts s. auch die Beiträge in: *Redaktion Kri-*

Einheit und Vielfalt – das lehrt nicht bloß die Konstruktion der Europäischen Union – gehören zusammen. Es gilt hier¹⁴⁰ wie aber auch innerhalb des Staates, das Bewusstsein für vielfaltermöglichende Prinzipien zu schärfen. Dazu gehört die Bereitschaft, sich von „Reinformen“ der Legitimation zu lösen und Bausteine pluraler Legitimationssicherung zu entwickeln, die umso nötiger werden, je weniger sich Regelungsstrukturen in bipolare Stränge zerlegen und linear einer übergeordneten Einheit zugeschrieben werden können.¹⁴¹

Die Anerkennung einer Selbstprogrammierungsfunktion der Verwaltung ist im Verfassungsstaat etwas anderes als die Wiederauferstehung des rechtlich ungebändigten Macht- oder Unrechtsstaates.¹⁴² Governance bedeutet nicht, dass es der *Verwaltung* überlassen sei, die rechtlichen Rahmenbedingungen zu setzen. Doch Regelungsstrukturen lassen sich nicht allein in der hergebrachten Vollzugsdogmatik verarbeiten. Sie „leben“ von der Ausgestaltung durch die Akteure, wozu auch die Verwaltung gehört. Diese wird zwar rechtlich dirigiert, handelt aber politisch und bringt politische Ziele, Leitbilder und „Kulturen“ in Regelungsstrukturen ein.¹⁴³ So hängt die Governance-Tauglichkeit von Regelungsstrukturen maßgeblich davon ab, wie die Verwaltung die Regelungsstrukturen gestaltet, in die sie zugleich eingebunden ist. Wenn es zudem richtig ist, dass der „Regelungszusammenhang sich erst im konkreten Anwendungsfall als ein Gefüge unterschiedlich verdichteter und relativ autonomer Rechtsbereiche“¹⁴⁴ konstituiert, dann haben auch *private Akteure* hier einen Platz und fungieren als Mitgestalter von Regelungsstrukturen.

In diesem Zusammenhang gilt es zu betonen, dass Regelungsstrukturen auf Veränderungen des staatlichen Verantwortungsregime reagieren. Ungeachtet aller Schwierigkeiten, diese rechtlich zu fassen, dürfte inzwischen klar sein, dass sich staatliche Verantwortung und private Autonomie nicht als wechselseitig voneinander abgeschirmte Sphären verstehen lassen. Zwar mag der verfassungsrechtliche Begriff der *Staatsgewalt* eine dualistische Perspektive anzeigen, wonach sich jedes Handeln entweder als demokratisch legitimationsbedürftig oder als Ausdruck grundrechtlicher Freiheit darstellt.¹⁴⁵

tische Justiz (Hg.), *Demokratie und Grundgesetz*, 2000; zum Diskussionsstand *Hanebeck*, Bundesverfassungsgericht und Demokratieprinzip (FN 138), S. 901 ff. (m.w.N.).

¹⁴⁰ Statt vieler *Armin v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 149 (193 ff.).

¹⁴¹ Siehe jetzt auch *Utz Schliesky*, *Souveränität und Legitimität von Hoheitsgewalt*, 2004, S. 588 ff.

¹⁴² Siehe auch *Hoffmann-Riem*, *Eigenständigkeit* (FN 13), § 10 Rn. 102.

¹⁴³ Zum „lebenden Recht“ *Eugen Ehrlich*, *Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1913), 4. Aufl., 1989, S. 409 ff.; dazu *Thomas Raiser*, *Das lebende Recht*, 3. Aufl., 1999, S. 95 ff.

¹⁴⁴ *Schmidt-Aßmann*, *Ordnungsidee* (FN 33), 1. Kap. Rn. 46.

¹⁴⁵ Vgl. *Josef Isensee*, *Grundrechte und Demokratie*, *Der Staat* 20 (1981), S. 161 ff.; *Christian Starck*, *Grundrechtliche und demokratische Freiheitsidee*, in: *Josef Isensee/Paul Kirchhof* (Hg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 2, 2. Aufl., 1998, § 29 Rn. 2, 14 ff., 29 ff.; s. auch *Johann Christian Pielow*,

Ob in dem normativen Reduktionsmechanismus für die rechtswissenschaftliche Bewältigung von Regelungsstrukturen aber etwas gewonnen ist, dürfte fraglich sein. Das *Demokratieprinzip* formuliert keine rigide Grenze, die eine Einbeziehung privater Akteure in staatlich verantwortete Regelungsbeziehungen verbietet. Es ist vielfach auch nicht unmittelbar zu erkennen, in welcher Funktion die *Grundrechte* betroffen sind. Schon die Frage der Grundrechtsträgerschaft von Akteuren ist in Regelungsstrukturen nicht immer leicht zu beantworten.¹⁴⁶ Wo nicht-staatliche Akteure sich auf Grundrechte berufen können, prägen sie Regelungsstrukturen, wenngleich grundrechtliche Gewährleistungsgehalte durch diese vielfach erst ausgestaltet werden. Entscheidend ist, dass Regelungsstrukturen die Rand- und Vorfeldbedingungen von „Entscheidungen“ zu thematisieren vermögen. Damit greifen sie nicht über das Recht hinaus, lenken seine Funktionen aber auf nicht-rechtliche Mechanismen, die ihrerseits durch Recht geprägt sind oder der Rechtsprägung bedürfen. Letzteres muss nicht in „blinde“ Verrechtlichungspostulate münden. Zuvor ist vielmehr der Umgang mit rechtlichen Argumentationsmustern vor dem Hintergrund der Frage zu überprüfen, wie der Gefahr einer Etatisierung von Regelungsstrukturen vorgebeugt werden kann. Darum soll es abschließend in der Formulierung von *drei zentralen Herausforderungen* gehen.

a) *Europäischer Regelungsverbund*

Zunächst zur Idee des europäischen Regelungsverbundes: Betrachtet man etwa den Bereich der in Deutschland traditionell unter den Begriff der „Daseinsvorsorge“ rubrizierten, aber seit Jahren unter erheblichem Europäisierungsdruck stehenden „gemeinwirtschaftlichen Dienste“¹⁴⁷ gleichsam als Kulminationspunkt „geteilter“ Gemeinwohlverantwortung, dann könnte es über die Idee des Verbundes gelingen, die vielfältigen Ebenenverschränkungen stärker in den Blick zu bekommen¹⁴⁸ und die „Scharnierfunktion“ europäischer Normen zu verdeutlichen, die – wie die Zentralnorm des Art. 86 Abs. 2 EG – aus dem Denken von Regel und Ausnahme befreit¹⁴⁹ und für den optimierenden

Grundstrukturen öffentlicher Versorgung, 2001, S. 299 ff., 433 („Duopol“); krit. *Hasso Hofmann*, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 53.

¹⁴⁶ Am Beispiel der netzgebundenen Infrastrukturen *Georg Hermes*, Staatliche Infrastrukturverantwortung, 1998, S. 380 f.; s. auch *dens.*, VVDStRL 62 (2003), S. 340; anders *Jens-Peter Schneider*, Liberalisierung der Stromwirtschaft durch regulative Marktorganisation, 1999, S. 122; für das Internet *Gunther Teubner/Vaios Karavas*, Drittwirkung der Grundrechte gegenüber „Privaten“ im autonomen Recht des Internets, in: Karl-Heinz Ladeur (Hg.), Innovationsoffene Regulierung des Internet, 2003, S. 249 ff.

¹⁴⁷ So zur einheitlichen Bezeichnung gemeinwohlorientierter Dienstleistungen *Ingolf Pernice/Stephan Wernicke*, in: Eberhard Grabitz/Meinhard Hilf (Hg.), Das Recht der Europäischen Union (Stand April 2003), Art. 16 Rn. 3.

¹⁴⁸ Zu den unterschiedlichen Modellen der Bewältigung des Spannungsverhältnisses zwischen Gemeinwohl und Wettbewerb *Jörn Axel Kämmerer*, Strategien der Daseinsvorsorge, NVwZ 2004, 28 ff.; weiterführend *Philipp Steinberg*, Daseinsvorsorge im europäischen Mehrebenensystem als geteilte Gewährleistungsverantwortung, in: Marc Bungenberg u.a. (Hg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 189 ff.

¹⁴⁹ Art. 16 EG spricht die Dienste – anders jetzt aber Art. III-122 VE – als „gemeinsame Werte“ an, woraus die Aufgabe folge, ein Gleichgewicht zwischen den Wettbewerbsregeln und der Erfüllung

Ausgleich widerstreitender Interessen aktiviert werden.¹⁵⁰ Auch in anderen Sektoren, in denen der Wettbewerb längst zur Entfaltung gelangt ist, machen die Regelungsstrukturen deutlich, dass es vielfach rechtlicher Anstoß- und Begleitmaßnahmen für die „Konstruktion von Märkten“ bedarf.¹⁵¹ Wo es um den regulatorischen Rahmen für dynamische Märkte geht, wird eine zentrale Instanz dem erhöhten Flexibilitätsbedarf kaum gerecht werden können. So erweist sich – einmal mehr – das europäische Telekommunikationsrecht als innovativ, wenn es im Bemühen um eine *Flexibilisierung* der Regulierung den nationalen Regulierungsbehörden erhebliche Entscheidungsbefugnisse einräumt, jedoch in der Sicherstellung der *Kohärenz* des Rechtsrahmens auf die Europäisierung des Vollzugs durch Konsultations- und Abstimmungsverfahren mit den anderen Regulierungsbehörden in den Mitgliedstaaten unter Einschluss der Europäischen Kommission setzt.¹⁵² Die Regulierungszuständigkeiten werden gerade nicht zentral gebündelt, sondern in einen prozeduralen Verbund der nationalen Regulierungsbehörden auf europäischer Ebene gestellt.¹⁵³ Deshalb legen es die geschaffenen Regelungsstrukturen nahe, von einem „europäischen Regulierungsverbund“ zu sprechen.¹⁵⁴

öffentlicher Versorgungsaufträge herzustellen, so im Anschluß an *Erich Steindorff*, Mehr staatliche Identität, Bürgernähe und Subsidiarität in Europa?, ZHR 163 (1999), S. 395 ff. (427) *Stefan Storr*, Der Staat als Unternehmer, 2001, S. 325 ff. („Gleichgewichtsprinzip“); ähnlich mit dem Hinweis, daß sich für die Lösung von Wertkonflikten keine Vorrangaussagen mehr treffen lassen: *Jürgen Schwarze*, Daseinsvorsorge im Lichte des europäischen Wettbewerbsrechts, EuZW 2001, 334 ff. („praktische Konkordanz“); a.A. *Armin Hatje*, Wirtschaftsverfassung, in: v. Bogdandy (Hg.), Europäisches Verfassungsrecht (FN 140), S. 683 ff. (737); *Reiner Schmidt*, Die Liberalisierung der Daseinsvorsorge, Der Staat 42 (2003), S. 225 ff. (246).

- ¹⁵⁰ Vgl. *Gunnar Folke Schuppert*, Die Zukunft der Daseinsvorsorge in Europa: Zwischen Gemeinwohlbindung und Wettbewerb, in: Hans-Peter Schwintowski (Hg.); Die Zukunft der kommunalen EVU im liberalisierten Energiemarkt, 2001, S. 11 (25 ff.); zust. *Pernice/Wernicke* (FN 147), Art. 16 Rn. 16, 26 („Optimierungsgebot“); a.A. *Christian Koenig/Jürgen Kühling*, in: Rudolf Streinz (Hg.), EUV/EGV, 2003, Art. 16 Rn. 9; *Voßkuhle*, Beteiligung Privater (FN 50), S. 291 („Vorrang regulierten Wettbewerbs“).
- ¹⁵¹ Zur Idee der „constructed markets“ *Johannes Masing*, Die US-amerikanische Tradition der Regulated Industries und die Herausbildung eines europäischen Regulierungsverwaltungsrechts, AöR 128 (2003), S. 558 ff.
- ¹⁵² Dazu *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation, FS Peter Selmer, 2004, S. 567 ff.; zum Rechtsrahmen auch *Claudio Franzius*, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts, EuR 2002, 660 ff.; zu den Konsequenzen für das deutsche Verwaltungsrecht *Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers*, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, 525 (528 ff.).
- ¹⁵³ Ausweislich § 7 Abs. 4 der sog. TK-Rahmenrichtlinie v. 7.3.2002, ABl. EG Nr. L 108 v. 24.2.2002, S. 33 kann nur in zwei, wenngleich sensiblen Fallkonstellationen die Kommission die Entscheidung einer nationalen Regulierungsbehörde durch ihr „Veto“ sperren und vorübergehend blockieren. In den übrigen Fällen soll über „prozedural ansetzende Rechtfertigungszwänge“ die Einheit des Binnenmarkts gewährleistet werden: *Trute*, Der europäische Regulierungsverbund (FN 152), S. 573; zu den Legitimationsfragen *ders.*, Demokratische Legitimation (FN 18), § 6 Rn. 103, 112 ff.
- ¹⁵⁴ Zum Verwaltungsverbund und seinen Synonymen *Gernot Sydow*, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, S. 5 ff.; zu einzelnen Facetten *Eberhard Schmidt-Aßmann/Bettina Schöndorf-Haubold* (Hg.), Der europäische Verwaltungsverbund, 2005.

Das entstehende Netzwerk nationaler Verwaltungen und europäischer Kommission dient dem Ziel einer einheitlichen Regulierungspraxis. Dazu wird exekutives Handeln *unmittelbar* an den Maßstäben europäischer Zielvorgaben ausgerichtet und das Verfahren der wechselseitigen Entscheidungsabstimmung europäisiert. Hier offenbart sich die *spielraumeröffnende* und zugleich *-begrenzende* Funktion des Verbundes. Die Union verzichtet auf eine durchgehend materiell-rechtliche Determinierung der Regelungsstruktur und übernimmt mit weitreichenden Ziel- und Verfahrensvorgaben lediglich *Gewährleistungsaufgaben*, deren Konkretisierung den nationalen Regulierungsbehörden unter Zuweisung jener Gestaltungsspielräume überantwortet wird, die bisher dem nationalen Umsetzungsgesetzgeber zustanden.¹⁵⁵ Mehr als bisher wird das Gesetz¹⁵⁶ deshalb als Teil eines Regelungsverbundes zu sehen sein, der auf Mitsteuerung durch Organisations- und Verfahrensrecht *vertraut*.¹⁵⁷

b) Entwicklung von Legitimationsbausteinen

Wenn Governance nicht den Hierarchiemodus nutzt und mehr noch den Weg über Hierarchien versperrt, löst dies Irritationen mit Blick auf die aufgeworfenen Legitimationsfragen aus und erfordert die Entwicklung angemessener Legitimationsbausteine. Das betrifft etwa die Frage, ob die Regulierungsakteure in die tradierten demokratische Zusammenhänge der *input*-Legitimation eingebunden sein sollten oder eine *organisatorische Entkoppelung*, wie sie im Falle der unabhängigen Regulierungsbehörden der Sache nach vorgenommen wird, als Gemeinwohlpostulat anerkannt werden kann.¹⁵⁸ Zumindest fällt auf, dass der Governance-Diskurs vermehrt *output*-Orientierungen in die Überlegungen einfließen lässt. In gewisser Weise lassen sich hier gegenläufige Entwicklungen erkennen. Während die Union bemüht ist, sich vermeintlich „echte“ Strukturen demokratischer *input*-Legitimation zu verschaffen, was ihr trotz aller Fortschritte nur begrenzt gelingt und auch nur begrenzt gelingen kann, scheinen in Deutschland – nicht zuletzt wegen der Europäisierung mit der Verlängerung oder Durchbrechung linearer Ableitungszusammenhänge – die dogmatischen Barrieren gegenüber der Berücksichti-

¹⁵⁵ So *Trute*, Der europäische Regulierungsverbund (FN 152), S. 578; anders *Thomas v. Danwitz*, Was ist eigentlich Regulierung?, DÖV 2004, 977 ff. (979, 982, aber S. 985); zur Kontuierung des in § 12 Abs. 2 S. 2 TKG anerkannten Beurteilungsspielraums der Regulierungsbehörde *Ladeur/Möllers*, Europäischer Regulierungsverbund (FN 152), S. 531 ff.

¹⁵⁶ Zur Steuerungskraft des Gesetzes *Franz Reimer*, Das Parlamentsgesetz als Steuerungsmittel und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hg.), HVwR I (FN 12), § 9 Rn. 84 ff.

¹⁵⁷ Zum Gedanken des „Vertrauens“ im europäischen Produktsicherheitsrecht *Hans C. Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, S. 46 ff.; allgemein *Jan Delhey*, Nationales und transnationales Vertrauen in der Europäischen Union, *Leviathan* 2004, S. 15 ff.

¹⁵⁸ So für die (alte) Regulierungsbehörde für Telekommunikation und Post *Trute*, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat (FN 43), S. 335 ff.; s. bereits *Edgar Grande*, Vom produzierenden zum regulierenden Staat, in: Klaus König/Angelika Benz (Hg.), Privatisierung und staatliche Regulierung, 1997, S. 576 ff.

gung von Legitimationsfaktoren jenseits des Bildes einer ununterbrochenen „Kette“ sachlich-personeller Legitimation nicht mehr prinzipiell unüberwindbar zu sein.¹⁵⁹

Es wird freilich bereits zu fragen sein, ob Legalität als Mindestvoraussetzung von normativer Legitimation „angesichts der vielen im Recht belassenen Handlungsspielräume als materieller Legitimationsfaktor in komplexen Steuerungsarrangements“ noch ausreicht.¹⁶⁰ Wolfgang Hoffmann-Riem zufolge¹⁶¹ könne es nicht stets gelingen und werde „nicht stets genügen, die Ableitung des Handelns vom demokratisch legitimierten Gesetzgeber durch einen linearen Nachvollzug eines rechtlich gebilligten Verantwortungszusammenhang“ belegen zu wollen. Dies hätte „ein Maß an Verrechtlichung auch der gesellschaftlichen Sphäre zur Voraussetzung, das seinerseits dysfunktional wirken“ dürfte. Denn wo komplexe Regelungsstrukturen maßgebend werden, müsste sich eine lineare Ableitung vom demokratischen Gesetzgeber auf sämtliche handlungs- und erfolgsrelevanten Faktoren sowie die Art ihres Zusammenwirkens beziehen, was eine praktisch kaum lösbare Aufgabe darstelle. Man wird deshalb nicht umhin kommen, stärker auf das *problemangemessene Legitimationsniveau* zu setzen¹⁶² und eine Pluralität der legitimationsstiftenden Faktoren anzuerkennen, die sich – den Gedanken der Sachgerechtigkeit der Aufgabenerfüllung aufgreifend – auf die *Qualität der Regelungsstrukturen* erstreckt.¹⁶³

c) Chancen des Gesetzesvorbehalts

Offene Fragen ergeben sich schließlich auch für den Gesetzesvorbehalt. Es ist weitgehend ungeklärt, wie die Gesetzesvorbehalte auf die Verknüpfung unterschiedlicher

¹⁵⁹ Zum Problem der „Ketten“ statt vieler Gertrude Lübke-Wolff, Europäisches und nationales Verfassungsrecht, VVDStRL 60 (2001), S. 246 (255 ff.); Fritz Ossenbühl, Gedanken zur demokratischen Legitimation der Verwaltung, FS Walter Schmitt Glaeser, 2003, S. 103 (116 ff.); Dirk Ehlers, Staatsgewalt in Ketten, FS Ekkehard Stein, 2002, S. 125 (131 ff.); Trute, Demokratische Legitimation (FN 18), § 6 Rn. 53; für das europäische Verfassungsrecht Peters, Theorie (FN 115), S. 577 ff.; zur pluralen Legitimation Schliesky, Souveränität (FN 141), S. 389 ff., 588 ff.; zur legitimatorischen Bewältigung transnationaler Regelungsstrukturen Tietje, Staatsrechtslehre (FN 25), S. 1095; Möllers, Transnationale Behördenkooperation (FN 35), S. 378 ff.

¹⁶⁰ Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates (FN 35), S. 106.

¹⁶¹ Hoffmann-Riem, Das Recht des Gewährleistungsstaates (FN 35), S. 106; s. auch dens., Gesetz und Gesetzesvorbehalt (FN 35), S. 66 ff.

¹⁶² Zum „Legitimationsniveau“ BVerfGE 83, 60 ff. (72); 93, 37 ff. (67); 107, 59 ff. (87); Schmidt-Aßmann, Ordnungsidee (FN 33), 2. Kap. Rn. 98 f.; s. ferner Martin Burgi, Verwaltungsorganisationsrecht, in: Hans-Uwe Erichsen/Dirk Ehlers (Hg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 12. Aufl., 2002, § 51 Rn. 29 („Gesamtsaldierung“); Veith Mehde, Regeln und Prinzipien im Recht der Staats- und Verwaltungsorganisation, Die Verwaltung 34 (2001), S. 93 (101 f.); krit. Matthias Jestaedt, Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 288 ff.; Lepsius, Steuerungsdiskussion (FN 84), S. 28 („undurchsichtiges Legitimationsbouquet“).

¹⁶³ Das Spannungsverhältnis ist unverkennbar: Einerseits wird die demokratische Entscheidung des Gesetzgebers hervorgehoben, vgl. Trute, Demokratische Legitimation (FN 18), § 6 Rn. 42; andererseits kann und braucht von ihm nicht mehr alles erwartet werden, vgl. Hoffmann-Riem, Eigenständigkeit (FN 13), § 10 Rn. 13.

Handlungsrationalitäten in Regelungsstrukturen zuzuschneiden ist, sieht man einmal von den Anforderungen des institutionellen Gesetzesvorbehaltes ab, der als dogmatische Kategorie jedoch eigentümlich blass geblieben ist.¹⁶⁴ Eine lediglich *formale Konzeption* dürfte die Verarbeitungsleistungen kaum erbringen können, die in Regelungsstrukturen regelmäßig aufgegeben sind. Es geht hier um die Frage, wie das Zusammenspiel von „Vertrauen“ in die gesellschaftliche Selbstorganisationsfähigkeit¹⁶⁵ und dessen Einrahmung durch den Staat¹⁶⁶ auszubalancieren ist, tieferliegend um das Maß nötiger Segmentierungen, damit rechtliche Gebote greifen können.

Der im Gesetzesvorbehalt verfolgte Freiheitsschutz zielt nicht bloß auf kollisionsbewältigende Schrankensetzungen, sondern ist vielfach auf die rechtliche Ausgestaltung normgeprägter Grundrechte¹⁶⁷ angewiesen und kann – das ist eine alte, aber unter der Grundrechtsexpansion doch verschüttete Erkenntnis – den Erhalt oder die Schaffung freiheitsermöglichender Strukturen erforderlich machen. Bemerkenswert sind in diesem Zusammenhang jüngere Überlegungen, den Gesetzesvorbehalt schärfer als ein Mittel der normativen *Qualitäts-Gewährleistung* zu begreifen.¹⁶⁸ Das würde es erlauben, nicht nur die Qualität hoheitlicher Aufgabenerfüllung, sondern auch die Qualität privater Aufgabenwahrnehmung besser in den Blick zu bekommen. Es könnte damit auch gelingen, die unterschiedlichen Regelungsfaktoren in den Regelungsstrukturen für eine darauf zugeschnittene Normprägung aufzunehmen. Der Einsicht in die begrenzte Programmierungskraft des abstrakt-generellen Gesetzes stehen freilich die Grenzen der Formenwahl durch den wesentlichkeitstheoretisch aufgeladenen Parlamentsvorbehalt entgegen.¹⁶⁹ Das dürfte den Weg in die „symbolische Gesetzgebung“¹⁷⁰ unterstützen,

¹⁶⁴ Ausführlich *Günter C. Burmeister*, Herkunft, Inhalt und Stellung des institutionellen Gesetzesvorbehalts, 1991; *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (FN 33), 1. Kap. Rn. 26 ff.; zur Verwaltung als Inhaberin der Organisationsgewalt *Burgi*, Verwaltungsorganisationsrecht (FN 162), § 52 Rn. 5.

¹⁶⁵ In liberaler Perspektive *Karl-Heinz Ladeur*, Negative Freiheitsrechte (FN 93), S. 252 ff.; krit. zu dessen Überwindung *ders.*, „Deliberative Demokratie“ und „Dritter Weg“ – Eine neue Sackgasse?, *Der Staat* 41 (2002), S. 3 ff.; unter entgegengesetzten Grundannahmen ebenfalls das „Vertrauen“ auf gesellschaftliche Problemlösungen hervorhebend *Hoffmann-Riem*, Governance (FN 1), S. 201, 203 f., 207; *ders.*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt (FN 35), S. 36. Vertrauen erweist sich mehr und mehr als eine zentrale (Legitimations-)Kategorie des Gewährleistungsstaates.

¹⁶⁶ Von „reaktiver Begleitung“ spricht *Teubner*, Globale Zivilverfassungen (FN 127), S. 11; zur Bedeutung von staatlichen Auffangnetzen jüngst wieder *Hoffmann-Riem*, Das Recht des Gewährleistungsstaates (FN 35), S. 97; zum Vorbehalt „effektiver staatlicher Rückholoptionen“ *Vofßkuhle*, Beteiligung Privater (FN 50), S. 326.

¹⁶⁷ Vgl. *Christian Bumke*, Der Grundrechtsvorbehalt, 1998, S. 180 ff.; für eine Rekonstruktion ihrer normtheoretischen Struktur *Matthias Cornils*, Die Ausgestaltung der Grundrechte, 2005.

¹⁶⁸ So – in Anlehnung an *Scherzberg*, Risikosteuerung durch Verwaltungsrecht (FN 49), S. 257 – der Vorschlag von *Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt (FN 35), S. 45 ff.; zur Verlagerung der Rechtsetzung auf die Exekutive *Eifert*, Regulierungsstrategien (FN 45), § 20 Rn. 45; zur anhaltenden Diskussion über Verwaltungsvorschriften *Rainer Wahl*, Verwaltungsvorschriften: Die ungesicherte dritte Kategorie des Rechts, FG 50 Jahre Bundesverwaltungsgericht, 2003, S. 571 ff.

¹⁶⁹ Krit. *Reimer*, Gesetz (FN 156), § 9 Rn. 47 ff.

lässt im Anforderungsprofil an die Regelungstiefe und -dichte eine Abstimmung mit dem gegenläufigen Grundsatz arbeitsteiliger Rechtsproduktion aber vermissen.

Richtigerweise muss es der Prägorative des Parlaments überlassen bleiben, das Normierungsbedürftige in der Bewertung des Zusammenspiels *aller* normativ erheblichen Faktoren in den Regelungsstrukturen festzulegen.¹⁷¹ Dabei wird es sich auf strukturierende Vorgaben prozeduraler und organisatorischer Art beschränken können, die in komplexen Entscheidungssituationen von den Akteuren in der administrativen oder privaten Rechtsanwendung erst näher auszufüllen sind. Verfassungsnormatives Leitbild dürfte mit den Worten von *Hoffmann-Riem*¹⁷² nicht „der allwissende und alles verantwortende Gesetzgeber“ sein, sondern das „des regelungssensiblen und lernoffenen Akteurs, der die Vorzüge arbeitsteiliger und aufeinander abgestimmter Normproduktion und – anwendung zu nutzen sucht, aber bereit ist, seiner herausgehobene Stellung und den Vorbehalt, aber auch den Vorrang des Gesetzes rechtlich auszuspielen, soweit anderenfalls der Schutz der ihm anvertrauten Interessen zu kurz“ kommt.

Wenn auf die diffuse „Bereitschaft“ zum Einsatz von Recht abgestellt wird, mag dies unbefriedigend erscheinen. Geht es aber nicht um Steuerung, sondern um Governance, können die Bekenntnisse zum Gesetz als zentralem Steuerungsinstrument nicht mehr einfach fortgeschrieben werden. Das Gesetz muss vielmehr als „Orientierungsmarke“ in Regelungsstrukturen¹⁷³ betrachtet werden. Wird die Norm als Teil einer Regelungsstruktur verstanden, kann der Gesetzgeber mit einer Teilnormierung auf ihn und die Norm entlastende Faktoren setzen, das Gesetz von Regelungserwartungen schonen und damit in seinem auf Dauer gerichteten Anspruch bewahren. Aus der Governance-Perspektive mag man bereits hier ansetzen und die herausgehobene Stellung des Gesetzgebers hinterfragen. Befreit man sich aber von einem in der Unterscheidung von Subjekt und Objekt angelegten Zugriff auf die Problemlösung und bezieht gesetzgeberisches Handeln auf Strukturen, fragt also nach den strukturell angelegten Relationierungen und Verknüpfungen zwischen Rechtsebenen¹⁷⁴ und -schichten, könnte es über den Governance-Diskurs gelingen, der Rechtswissenschaft die Suche nach normativ „richtigen“ Antworten zu erleichtern.

¹⁷⁰ Zu Nutzen und Zulässigkeit *Martin Führ*, *Symbolische Gesetzgebung: verfassungswidrig?*, *KritV* 86 (2003), S. 5 ff.

¹⁷¹ *Hoffmann-Riem*, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt* (FN 35), S. 54 f.

¹⁷² *Hoffmann-Riem*, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt* (FN 35), S. 60.

¹⁷³ Vom „Jonglieren“ mit den Orientierungsmarken komplexer Regelungsstrukturen spricht *Hoffmann-Riem*, *Gesetz und Gesetzesvorbehalt* (FN 35), S. 66; zum vielfältigen Geflecht von Rücksichtnahmen, in das die Verwaltung eingebunden ist: *ders.*, *Eigenständigkeit* (FN 13), § 10 Rn. 57 f.

¹⁷⁴ Vgl. *Gabriele Bauschke* u.a. (Hg.), *Pluralität des Rechts. Regulierung im Spannungsfeld der Rechtsebenen*, 2003.

E. Zusammenfassung

Zusammenfassend lassen sich drei Thesen formulieren:

- Der Begriff der Regelungsstruktur reagiert auf den Umstand, dass die kognitiven Prämissen der Steuerungstheorie weggefallen sind, nicht- und überstaatliche Akteure in den Regelungszusammenhang einbezogen und die vielfältigen Interessen in einen Ausgleich gebracht werden müssen. Regelungsstrukturen markieren den Abschied von einem Denken, dass die normative Geltung von Rechten nach Maßgabe *eines* in sich geschlossenen Rechtskorpus bestimmt. Die Vorstellung einer staatlichen Rechtsordnung, in der Recht und Politik im Staat zusammengeführt werden, erscheint unangemessen, um den Grenzverschiebungen im Zuge der „überstaatlichen“ Herausforderungen gerecht zu werden. Geltungsansprüche des Rechts wird man eher als das Resultat einer *Verhältnisbestimmung* zu anderen Rechtsordnungen ansehen müssen, wozu neben dem europäischen Recht auch das internationale und das transnationale Recht gehören.¹⁷⁵ Governance-Strukturen öffnen den Blick auf das Beziehungsgefüge der Ebenenverschränkungen, über das a-zentrische Vorstellungen der Rechtserzeugung und –anwendung¹⁷⁶ befördert werden dürften.

- Regelungsstrukturen sind die normative Infrastruktur für Governance. Sie gehen für die Rechtswissenschaft mit einer Ausweitung des Blicks auf die Verschränkung der Regelungsfaktoren einher. Dafür werden nicht nur Erkenntnisse der Nachbardisziplinen einbezogen, sondern auch neue Programmierungs- und Anwendungsfragen aufgeworfen. Es liegt auf der Hand, dass auf materiell-rechtliche Vorgaben nicht einfach verzichtet werden kann. Dennoch bieten sich zur Verarbeitung von Interessenkonflikten prozedurale Lösungen an, die nicht länger in einer „dienenden“ Funktion gesehen werden können. Nimmt man das Wissensproblem ernst, verlieren Vorstellungen einer zentralen Steuerung ebenso wie das „Subsumtionsmodell“ zur Rekonstruktion des gesetzgeberischen Willens einen großen Teil ihrer Überzeugungskraft. Damit stellt sich die Frage, *wie weit* die Rechtswissenschaft in der Ausdehnung der Perspektive auf die normativ erheblichen Zusammenhänge in Regelungsstrukturen gehen kann, ohne methodisch und rechtspraktisch überzeugende Grundlagen für die Lösung konkreter Rechtskonflikte zu

¹⁷⁵ Das betrifft auch die in BVerfGE 89, 155 (209 ff.) – *Maastricht* noch versteckte Frage nach dem letzten Wort, wie sie jetzt mit Blick auf die EGMR-Rechtsprechung – in der Sache nebulös – von BVerfG, B. v. 14.10.2004, JZ 2004, 1171 ff. – *Görgülü* aufgeworfen wird, aber in die Irre führt: *Ingolf Pernice*, BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft, EuZW 2004, 705. Nicht anders der von BVerfG, U. v. 18.7.2005, NJW 2005, 2289 ff. (2292) – *Europäischer Haftbefehl* vorgenommene Rückgriff auf den unspezifischen Topos eines Vertrauens in die „eigene“ Rechtsordnung, das souverän die vorangegangene Entscheidung des EuGH, U. v. 16.6.2005, Rs. C-105/03, JZ 2005, 838 ff. – *Maria Pupino* übersieht, insoweit zutreffend das Sondervotum von *Michael Gerhardt*, NJW 2005, 2302 f.

¹⁷⁶ Frühzeitig *Winfried Brohm*, Verwaltung und Verwaltungsgerichtsbarkeit als Steuerungsmechanismen in einem polyzentrischen System der Rechtserzeugung, DÖV 1987, 265 ff.; s. auch *Schmidt-Aßmann*, Ordnungsidee (FN 33), 1. Kap. Rn. 46: Die Pluralität des anzuwendenden Rechts ist immer weniger als Stufenaufbau zentraler Rechtsetzungsinstanzen zu verstehen.

verlieren.¹⁷⁷ Bei allen Anpassungszwängen, denen Recht in konzeptionellen Fragen ausgesetzt ist, droht es an Überforderung zu scheitern, sollten Forderungen nach einer ganzheitlichen Betrachtungsweise ungefiltert in den rechtswissenschaftlichen Argumentationshaushalt aufgenommen werden.¹⁷⁸ Es ist eine *offene Frage*, wie unter den Modellprämissen gesetzeseleiteter Steuerung auf hierarchische Ableitungszusammenhänge verzichtet, ein unbeherrschbarer Abwägungspragmatismus¹⁷⁹ aber vermieden werden kann.

- Das Recht bewegt sich zur Strukturierung von Governance-tauglichen Regelungsstrukturen in einer eigentümlichen „Rolle“ zwischen Vertrauen und Reserve. *Einerseits* wird auf Regelungsfaktoren vertraut, die vom Recht angestoßen und dirigiert, nicht aber determiniert werden. *Andererseits* wird es als Reserve für unverzichtbar gehalten, um für den Fall der Schlechterfüllung hoheitliche Problemlösungen mobilisieren und gegebenenfalls zwangsweise durchsetzen zu können. Regelungsstrukturen gehen mit einer Maßstabserweiterung des Rechts einher, das sich nicht darauf beschränkt, das Handeln der Akteure auf rechtmäßiges Verhalten auszurichten. Vieles, was ehemals dem Markt oder der „Verwaltungskunst“ überlassen war, erfasst inzwischen das Recht und wird in Regelungsstrukturen verarbeitet. Hier werden auch nicht-rechtliche Maßstäbe handlungsrelevant und erfordern gegebenenfalls eine rechtliche Strukturierung. Die Eigenrationalität unterschiedlicher Ordnungsleistungen sollte in der Ausgestaltung der Regelungsstrukturen aber als Mahnung verstanden werden, die *Selbststabilisierungsfähigkeit* von Ordnungsmustern nicht vorschnell in Frage zu stellen. Mag die Herrschaft des Rechts¹⁸⁰ insoweit auch grenzenlos sein, bleibt es doch unverzichtbar, gesellschaftliche Handlungsfreiräume und politische Entscheidungsspielräume zu respektieren. Hier die richtige Grenze zu ziehen ist, dürfte sich als eine wesentliche Aufgabe darstellen, der sich die rechtswissenschaftliche Perspektive von Governance in der Bereitstellung rechtlicher Infrastrukturen zu widmen hat.

¹⁷⁷ Mit den Worten von *Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvorbehalt (FN 35), S. 23 ff. geht es um den Umgang mit „Reduktionen und Ausweitungen des für die Problemlösung Erheblichen“.

¹⁷⁸ Statt vieler *Christoph Möllers*, Theorie, Praxis und Interdisziplinarität in der Verwaltungsrechtswissenschaft, *VerwArch* 93 (2002), S. 22 ff.; deutlich abgeschwächer aber *ders.*, Methoden (FN 65), § 3 Rn. 40 ff.

¹⁷⁹ Statt vieler *Karl-Heinz Ladeur*, Kritik der Abwägung in der Grundrechtsdogmatik, 2004.

¹⁸⁰ Dazu *Ulrich Haltern*, Die Rule of Law zwischen Theorie und Praxis, *Der Staat* 41 (2001), S. 243 ff. („Pose“); zu den Kontextbedingungen *ders.*, *Europarecht. Dogmatik im Kontext*, 2005.