

# **Horizontalisierung als Governance-Struktur**

## **Der europäische Regulierungsverbund in den Netzwirtschaften**

*Entwurf*

*vorgesehen für: Sebastian Botzem u.a. (Hrsg.), Governance als Prozess*

### **I. Rahmen**

Ausweislich des Untertitels soll es vorliegend um die Governance von Netzwirtschaften gehen, also um konstruierte Märkte, die an die Stelle der klassischen Daseinsvorsorge getreten sind. Besonders dynamisch sind die Sektoren der Telekommunikation, der Energie und – eingeschränkt – der Eisenbahn, für die in Deutschland inzwischen eine Regulierungszuständigkeit der Bundesnetzagentur besteht.

Aber diese Regulierung – vor allem des Netzzugangs der Wettbewerber – ist in einen europäischen Kontext eingebunden. Und in diesem Kontext kann Regulierung immer weniger in Kategorien der Steuerungstheorie beschrieben werden, da ein zentrales Steuerungssubjekt nicht einfach zu lokalisieren ist und – darauf kommt es in der Perspektive von **Governance** an – auch nicht mehr konstruiert werden *soll*.

Das führt zu der aus juristischer Sicht nicht einfach zu beantwortenden Frage, ob der Governance-Topos die Steuerungstheorie ersetzen kann.<sup>1</sup> So zentral ist die Antwort darauf aber nicht, da es sich nicht um einen Theoriewechsel, sondern um einen anderen

---

<sup>1</sup> Skeptisch *Andreas Voßkuhle*, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 1 Rn. 70; *Nicolai Dose*, New Governance. Steuerung angesichts alter Probleme und neuer Herausforderungen, in: Gunnar Folke Schuppert/Michael Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 2008 (i.E.); anders *Hans-Heinrich Trute/Wolfgang Denkhaus/Doris Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 37 (2004), S. 451 ff.; *Claudio Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch. 97 (2006), S. 186 (198 ff.).

**perspektivischen** Zugang handelt.<sup>2</sup> Damit kann man in der Postmoderne ganz gut leben. Weniger gut leben können wir mit den Problemen der Theorie, wenn der Blick auf die Europäische Union gelenkt wird. Hier haben wir ein echtes Theoriedefizit, weil schon unsicher ist, was denn überhaupt die Europäische Union ist. Die Lösung liegt in der Mitte zwischen uns bekannten Organisationen und Perspektiven.<sup>3</sup>

Das sei in drei Punkten angesprochen. *Erstens*: Die Union ist kein Staat und will auch kein Staat sein. So ziemlich alle Antworten auf **Strukturfragen** der Union hängen entscheidend davon ab, wo die Union als nicht-staatliches Gemeinwesen verortet wird und betreffen zum anderen die Frage, welchen Stellenwert der Staat als theoretische Ordnungsfolie im 21. Jahrhundert noch haben kann.<sup>4</sup>

*Zweitens*: Weder macht es Sinn, die Europäische Union als altes Reich – als pufendorfsches *monstro simile* – zu bezeichnen, das *more geometrico* konstruiert oder in einem *constitutional moment*<sup>5</sup> ans Licht geführt werden könnte. Noch kann man sich mit *sui generis* Formeln begnügen, die eine geschichtsblinde Präzedenzlosigkeit der Union unterstellen.<sup>6</sup> Die überkommene **Staatstheorie** ist in der Formulierung grundlegender Strukturprinzipien wirkungsmächtiger als es bisweilen den Anschein haben mag.<sup>7</sup> Vor allem aber ist sie ausdifferenzierter als es zum Teil die Internationalen Be-

---

<sup>2</sup> Vgl. *Renate Mayntz*, Governance als Fortentwicklung der Steuerungstheorie?, in: Gunnar Folke Schuppert (Hrsg.), *Governance-Forschung*, 2005, S. 11 ff. *Christoph Möllers*, European Governance: Meaning and Value of a Concept, *CMLR* 43 (2006), S. 313 ff. sieht darin eine Beobachtungstechnik.

<sup>3</sup> Überblick: *Armin v. Bogdandy*, Beobachtungen zur Wissenschaft vom Europarecht, *Der Staat* 40 (2001), S. 3 ff.; s. aber auch *Nico Krisch*, Europe's Constitutional Monstrosity, *Oxford Journal of Legal Studies* 25 (2005), S. 321 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *Rainer Wahl*, Erklären staatsrechtliche Leitbegriffe die Europäische Union?, *JZ* 2005, 916 ff. Aus der Niedergangsliteratur *Martin van Creveld*, *Aufstieg und Untergang des Staates*, 1999 und übersichtlich: *Robert van Ooyen*, *Der Staat – und kein Ende?*, *JöR* 54 (2006), S. 151 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Maria Cahill*, The Constitutional Success of Ratification Failure, *GLJ* 6 (2006), S. 947 ff.; zu den Konsequenzen aus dem Scheitern des Verfassungsvertrags Christian Joerges/Matthias Mahmann/Ulrich K. Preuß (Hrsg.), „Schmerzliche Erfahrungen der Vergangenheit“ und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas, 2007 (i.E.).

<sup>6</sup> Zur Überwindung der Dichotomie von Staatenbund und Bundesstaat durch die Kategorie des Bundes *Christoph Schönberger*, Die Europäische Union als Bund, *AöR* 129 (2004), S. 81 (98 ff.) unter Bezugnahme auf *Carl Schmitt*, *Verfassungslehre*, 1928, S. 361 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Armin v. Bogdandy*, Zur Übertragbarkeit staatsrechtlicher Figuren auf die Europäische Union, *FS Peter Badura*, 2004, S. 1033 ff. Ob es einer Staatstheorie überhaupt noch bedarf, kann bezweifelt werden: *Oliver Lepsius*, Braucht das Verfassungsrecht eine Theorie des Staates?, *EuGRZ* 2004, 370 ff.

ziehungen wahrhaben wollen. Das schließt die Entwicklung eines eigenen Begriffs von Governance ein.

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

Dahinter verbirgt sich nicht nur ein Label, sondern ein Schlüsselbegriff für das 21. Jahrhundert. Wir haben uns angewöhnt, Politik und Recht in der **vertikalen Dimension** zu denken, Häuptlinge und Chefs zu suchen, um Verantwortlichkeiten zu benennen und Gerechtigkeit herzustellen. Offensichtlich brauchen wir einen Ort für Projektionen, für Hoffnungen und Ängste, zumeist in einer zentralen Instanz, wenn nicht im Staat, so doch im Parlament. Können wir Herrschaft nicht greifen, zielen demokratische Aneignungsprozesse ins Leere.

So ist es relativ einfach, die Brüsseler Bürokratie zu kritisieren und den Nationalstaat zu verteidigen, solange klar ist, dass *dort* das fremde und *hier* das eigene ist. Eben dies ist aber heute nicht mehr ohne weiteres möglich. Dem europäischen Verfassungsrecht liegt deshalb auch eine andere Perspektive zugrunde, die nicht auf eine Trennung, sondern eine Verbindung der Welten in funktionaler, nicht aber territorialer Differenzierung ausgerichtet ist. Die Rechtsordnungen sind komplementär aufeinander bezogen, wobei die Pointe darin besteht, dass dies nicht allein für die Rechtsetzung, sondern auch im **horizontalen Verhältnis** der Mitgliedstaaten in der Rechtsanwendung gilt.<sup>8</sup> Hier ist eine unionsverfassungsrechtlich angelegte Governance-Struktur zu erkennen, die es nahelegt, das Souveränitätsdogma des „letzten Wortes“ aufzugeben.<sup>9</sup>

---

<sup>8</sup> Näher *Ingolf Pernice*, Die horizontale Dimension des Europäischen Verfassungsverbundes, FS Jürgen Meyer, 2006, S. 359 ff.

<sup>9</sup> So wohl auch *Hasso Hofmann*, „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet“, Der Staat 44 (2005), S. 171 (185 f.); gegenläufig BVerfGE 111, 307 ff. *Görgülü*; zum Souveränitätsbegriff *Bernd Ladwig*, Das Recht der Souveränität und seine Grenzen, in: Tine Stein/Hubertus Buchstein/Claus Offe (Hrsg.), Souveränität, Recht, Moral, 2007 (i.E.).

## II. Thesen

Bevor die These näher entfaltet wird, ein Wort zum Verbund. Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass in den letzten Jahren die Bezeichnung der Verwaltungsstrukturen in der Europäischen Union als Verwaltungsverbund auf Zustimmung gestoßen ist. Es handelt sich bei dem sprachlich nur schwer zu übersetzenden Topos des *Verbundes* weder um einen theoretischen noch um einen normativen (Rechts-)Begriff. Allerdings wäre es unklug, ihn als deskriptiven Begriff abzulehnen.<sup>10</sup> Vielmehr liefert er eine Ordnungsidee für die **Verschränkung gegenläufiger Organisationsprinzipien**, namentlich von Hierarchie und Kooperation.<sup>11</sup> Das gilt auch für eine besondere Verdichtung des Verbundes, dem Regulierungsverbund, wie er sich in den Netzwirtschaften entfaltet und als Referenzmodell europäischen Verwaltungsrechts eine neue Qualität erfährt.<sup>12</sup>

Die Beschäftigung mit dem Regulierungsverbund ist vor allem deshalb von Interesse, weil er sich geradezu als Symbol für die hier im Vordergrund stehende Entkopplung und Neuverkopplung von Regieren und Recht in der Prozeßdimension darstellt. Einerseits werden Regulierungsentscheidungen von politischer Bedeutung aus dem Steuerungs- und Zurechnungszusammenhang des demokratischen Systems klassischer *input*-Prägung herausgenommen. Andererseits kommt es zu einer **Neuverkoppelung in ebenentranszendierender Hinsicht**. Dieser Prozeß verläuft nicht nur – das gilt es für die Europäische Union zu betonen – in vertikaler, sondern auch in horizontaler Richtung.<sup>13</sup>

---

<sup>10</sup> Siehe aber *Matthias Jestaedt*, Der Europäische Verfassungsverbund – Verfassungstheoretischer Charme und rechtstheoretische Insuffizienz einer Unschärferelation, GS Wolfgang Blomeyer, 2004, S. 638 ff. Zu den Herausforderungen *Mattias Kumm*, The Jurisprudence of Constitutional Conflict: Constitutional Supremacy in Europe before and after the Constitutional Treaty, ELJ 11 (2005), S. 262 (281 ff.).

<sup>11</sup> Vgl. *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./Bettina Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 1 (7). Zur Herausbildung eines globalen Verwaltungsrechts *Nico Krisch/Benedict Kingsbury* (Hrsg.), Global Governance and Global Administrative Law in the International Legal Order, EJIL 17 (2006), S. 1 ff.

<sup>12</sup> Grundlegend *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation, FS Peter Selmer, 2004, S. 565 ff.; differenzierend *Gabriele Britz*, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 2006, 46 ff.

<sup>13</sup> Am Beispiel des europäischen Migrationsrechts: *Jürgen Bast*, Transnationale Verwaltung des europäischen Migrationsraums, Der Staat 46 (2007), Heft 2 („transnationale Regelungsstrukturen“).

Was ist damit gemeint? Zunächst geht es darum, dass mitgliedstaatliche Gemeinwohlbelange auf die europäische Ebene *gespiegelt* und dort im Verhältnis von Rat und Parlament, aber auch in der Schaffung verselbständigter Verwaltungseinheiten verarbeitet werden. Umgekehrt obliegt der Vollzug europäischen Rechts vielfach nicht mehr nur dem einzelnen Mitgliedstaat nach Maßgabe „seines“ Rechts. Es kommt zu einer **Kooperation mitgliedstaatlicher Behörden**, die nur lose in staatliche und europäische Steuerungszusammenhänge eingebunden sind, aber den europäischen Rechtsetzungsprozeß erheblich beeinflussen. *Kurz*: Der Verbund relativiert die dualistische Vorstellung getrennter Ebenen<sup>14</sup> zugunsten einer Ausbalancierung von Dezentralisierung und Zentralisierung in der Vielfalt des Politischen unter der Idee des Rechts. Hieran schließen sich *drei* Thesen an.

### 1. Vernetzung

*Erstens* macht die Horizontalisierung im Sinne einer institutionellen Vernetzung der Regulierungsakteure eine vertikale Hierarchisierung *nicht* entbehrlich, modifiziert aber die organisationsrechtliche Ausgestaltung: Horizontale Verbundstrukturen verlangen angemessene Ingerenzrechte der Kommission.<sup>15</sup>

Um das an einem Beispiel zu verdeutlichen. Das europäische Telekommunikationsrecht weist den Erlaß von Regulierungsentscheidungen *unabhängigen* Behörden in den Mitgliedstaaten zu, bindet diese unmittelbar an europäische Zielvorgaben und schafft mit der Einrichtung der Gruppe europäischer Regulierungsstellen ein **Forum horizontaler Verbundbildung**. Weil die Kommission hier beteiligt ist und gemeinsam mit den Regulierungsbehörden die Entscheidungsvorprägung – etwa durch unverbindliche Empfehlungen – vornimmt, kann sie auf die Ausübung von ihr zustehenden Veto-

---

<sup>14</sup> Zur Ausdifferenzierung der Vollzugsmodelle *Gernot Sydow*, *Verwaltungskooperation in der Europäischen Union*, 2004, S. 122 ff. Direkter und indirekter Vollzug sind nicht mehr ohne weiteres auf die eine oder die andere Ebene beschränkt, sondern werden ebenenverklammernd ausgerichtet.

<sup>15</sup> Ob die Begriffe wie Selbsteintrittsrecht, Fachaufsicht oder Weisung die richtigen Begriffe für das europäische Verwaltungsrecht sind, kann bezweifelt werden, vgl. *Schmidt-Aßmann* (FN 11), S. 7. Dass die Union den Hierarchiemodus nicht verdrängt, ist banal.

Rechten<sup>16</sup> im Einzelfall verzichten. Europäisierung ohne Zentralisierung, diesen Spagat versucht der Regulierungsverbund.

Regulierungsverbände sind Netzwerke, die sich ihrerseits als ein Austausch von Einheitsformeln begreifen lassen. Sie mildern den Zwang, in immer größeren Einheiten das Recht auf einen Weltstaat oder die Internationale Gemeinschaft<sup>17</sup> zu projizieren. Zugleich bieten sie die Möglichkeit, die Weltgesellschaft in der **funktionalen Differenzierung** abzubilden, also von kollektiven Makrosubjekten wie *Volk* oder *Staat* abzukoppeln, um die Autonomie des *Rechts* in einer Distanz zum Souveränitätsbegriff zu rekonstruieren.<sup>18</sup> Zwar stellt sich legitimationstheoretisch die Frage, ob Netzwerke als „notwendiges Durchgangsstadium“ die Bündelung von Entscheidungsgewalt in einer zentralen Instanz verlangen, um Verantwortlichkeiten zuschreiben zu können, was nach einem formalen Verständnis auch im Sicherheitsrat der Vereinten Nationen möglich wäre.<sup>19</sup> Für den Fall, dass die Suche nach Legitimation aber solche Zentralisierungseffekte begünstigt, wäre der Fehler vielleicht in unserer Vorstellung vom Recht zu suchen. Und ob der Begriff der Verantwortung für die transnationalen Vernetzungen in den europäischen Verbundstrukturen überhaupt passt, erscheint keineswegs sicher.<sup>20</sup>

## 2. Sektorspezifische Ausformung

<sup>16</sup> Art. 7 TK-Rahmenrichtlinie, dazu *Annegret Groebel*, Problemfelder des neuen europäischen Rechtsrahmens zur Regulierung elektronischer Kommunikationsnetze, 2005, S. 66 ff.; zum Reformbedarf *Bernd Holznagel/Anne Hombergs*, Das SMP-Regulierungsverfahren in der Review 2006, MMR 2006, 285 (291 f.). Der Verzicht auf solche Rechte ist problematisch, wie sich an der Offenen Methode der Koordinierung zeigt: *Armin Schäfer*, Die neue Unverbindlichkeit, 2005.

<sup>17</sup> Vgl. *Christian Tomuschat*, Die internationale Gemeinschaft, AVR 33 (1995), S. 1 ff.; dazu *Ulrich Haltern*, Tomuschats Traum. Zur Bedeutung von Souveränität im Völkerrecht, FS Tomuschat, 2006, S. 867 ff.

<sup>18</sup> Unerbittlich: *Niklas Luhmann*, Die Wirtschaft der Gesellschaft, 1994, S. 344: „Nie kann der Sündenfall der Ausdifferenzierung selbst zurückgenommen werden. Man kehrt nicht ins Paradies zurück.“

<sup>19</sup> So wird denn auch hier der Weltgesetzgeber vermutet, vgl. jüngst wieder *Stefan Talmon*, The Security Council as World Legislature, *American Journal of International Law* 99 (2005), S. 175 ff.; zuvor bereits *Klaus Dicke*, Weltgesetzgeber Sicherheitsrat, Vereinte Nationen 49 (2001), S. 168 ff.; zu Problemen des Rechtsschutzes EuG, Rs. T-306/01 *Yusuf*, EuGRZ 2005, 592 ff. und zur Debatte *Isabelle Ley*, Legal Protection Against the UN-Security Council Between European and International Law: A Kafkaesque Situation?, GLJ 8 (2007), S. 279 ff.

<sup>20</sup> Vgl. *Hans Christian Röhl*, Verantwortung und Effizienz in der Mehrebenenverwaltung, DVBl. 2006, 1070 (1079).

*Zweitens* sind im Regulierungsverbund sektorspezifische Ausformungen zu berücksichtigen.<sup>21</sup> Nimmt man die jüngsten Äußerungen der Kommission ernst, so ist nicht auszuschließen, dass im Telekommunikations- und Energiesektor die gegenwärtigen Verbundstrukturen nur ein **politisches Durchgangsstadium** darstellen. Sollten die Mitgliedstaaten die Förderung der *national champions* forcieren und die ehemaligen Staatsmonopolisten zu Lasten des Wettbewerbs weiterhin privilegieren, helfen keine kartellbehördlichen Durchsuchungen, sondern wird an einer Zentralisierung der Regulierung, gegebenenfalls der Schaffung einer europäischen Superregulierungsbehörde kein Weg vorbeiführen.<sup>22</sup> Bisher haben die Mitgliedstaaten das verhindern können.

### 3. Dezentralisierte Integration

Damit haben sie – *drittens* – gezeigt, worum es in einem größeren Zusammenhang geht: Die mit den Gruppen geschaffenen Regelungsstrukturen weisen eine Nähe zu den Prozessen dezentralisierter Integration auf, wie sie im Agenturmodell<sup>23</sup> oder in Veränderungen der Wirtschaftsaufsicht<sup>24</sup> zu beobachten sind. Meine *zentrale These* lautet daher: In dem Maße, wie die administrative Horizontalisierung die legislativen Ziele erfolgreich implementiert, wird der **institutionelle Zentralisierungsdruck gemildert**. Das kann legitimationstheoretisch auch als Chance begriffen werden. Deshalb wenden wir uns jetzt den Formen der neuen Verbundstruktur zu.

## III. Formen

---

<sup>21</sup> Analyse: *Britz* (FN 12), S. 53 ff., 58 ff., 67 ff.

<sup>22</sup> Zur Diskussion *Bernd Holznagel/Pascal Schumacher*, Europäischer Regulierer für den Telekommunikations- und Energiewirtschaftssektor?, DVBl. 2007, 409 ff.

<sup>23</sup> Vgl. *Edoardo Chiti*, Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies, ELJ 10 (2004), S. 402 (411 ff.); krit. *Gernot Sydow*, Externalisierung und institutionelle Ausdifferenzierung, VerwArch. 97 (2006), S. 1 ff. Anders als im Bereich der Telekommunikation und der Energie hat der europäische Gesetzgeber im Bahnsektor auf das Agenturmodell zurückgegriffen und mit der VO Nr. 881/2004 die Europäische Eisenbahnagentur errichtet, dazu *Michael Fehling*, Europäische Verkehrsagenturen als Instrumente der Sicherheitsgewährleistung und Marktliberalisierung insbesondere im Eisenbahnwesen, EuR Beiheft 2 (2005), S. 41 ff.

<sup>24</sup> Vgl. *Andreas Fuchs*, Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht, EuR Beiheft 2 (2005), S. 77 ff.; zum Beihilfenrecht *Claudio Franzius*, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, Der Staat 45 (2006), S. 547 (571 ff.).

Der Verwaltungsverbund sucht eine Verbindung zwischen Verhandlungs- und Entscheidungsrationalität<sup>25</sup> herzustellen, der Regulierungsverbund einen Ausgleich zwischen **Vollzugsflexibilität und Rechtskohärenz** zu gewährleisten. Dieses Spannungsverhältnis kann als „Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma“ bezeichnet werden.<sup>26</sup>

Was ist damit gemeint? Einerseits soll die Regulierung durch unabhängige Behörden, also von Akteuren vorgenommen werden, auf welche die Mitgliedstaaten als Adressaten europäischen Rechts nicht (mehr) in der gewohnten Weise einwirken *sollen*. Das macht Sinn. Die Auferlegung, Änderung oder Aufhebung von spezifischen Verpflichtungen für marktbeherrschende Unternehmen läßt sich nicht sinnvoll zentral bewerkstelligen. Andererseits entsteht durch den Gewinn an administrativer Flexibilität das Problem der Koordinierung binnenmarktrelevanter Entscheidungen. In unterschiedlichem Ausmaß **überspringt** der Regulierungsverbund die legislative Ebene nationaler Umsetzung abgeleiteten Rechts und statuiert unmittelbare Vorgaben für den Einzelvollzug europäischen Rechts in den Mitgliedstaaten. Das geschieht weniger durch materielles Recht als durch prozedurale Abstimmungs- und Konsultationspflichten, die in einen neuen organisatorischen Kontext gestellt werden.<sup>27</sup>

Um die Lage am Beispiel des Telekommunikationsrechts zu verdeutlichen: Für den Bürger weitreichende Entscheidungen werden von unabhängigen Regulierungsbehörden getroffen, die aus dem staatlichen Steuerungs- und Legitimationszusammenhang partiell **herausgenommen** sind. Diese gewollte Zurückdrängung nationaler Politik<sup>28</sup> wird nur begrenzt dadurch aufgefangen, dass sich die Behörde mit der Kommission abzustimmen und deren Stellungnahmen und Empfehlungen zu berücksichtigen hat. Die

---

<sup>25</sup> Vgl. *Schmidt-Aßmann* (FN 11), S. 22: Verhandlungsprozesse münden in Ergebnisse, die für die folgenden Stufen Entscheidungsvorgaben darstellen. Entscheidungen sind umgekehrt in Vorgänge gegenseitiger Information und Verständigung eingebettet.

<sup>26</sup> Im Anschluß an *Trute* (FN 12), S. 567 *Britz* (FN 12), S. 55.

<sup>27</sup> Vgl. *Claudio Franzius*, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts, EuR 2002, 660 (679 ff.). Zum Regelungsbedarf *Johannes Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006.

<sup>28</sup> *Johannes Masing*, Die Regulierungsbehörde im Spannungsfeld von Unabhängigkeit und parlamentarischer Verantwortung, FS Reiner Schmidt, 2006, S. 521 (529). *Hans Christian Röhl*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, JZ 2006, 831 (834 f.) spricht von einer „Ent-Nationalisierung“ der Regulierungsentscheidungen

Berücksichtigungspflicht ist zugunsten der Kohärenz des europäischen Rechtsrahmens gesteigert.<sup>29</sup> So hat die Bundesnetzagentur in wichtigen Entscheidungen, welche den Binnenmarkt betreffen, die Stellungnahmen der anderen nationalen Regulierungsbehörden einzuholen und **weitestgehend zu berücksichtigen**.<sup>30</sup> Das geht über die wohlwollende Kenntnisnahme hinaus und auf nationale Zielsetzungen kann es nicht ankommen. Die Behörde darf vielmehr nur dort, wo das europäische Recht einer Berücksichtigung entgegensteht, die Stellungnahme zurückweisen. Damit entscheidet die Bundesnetzagentur weiterhin auf der Grundlage nationalen Rechts in Umsetzung des europäischen Richtlinienrechts. Aber das europäische Recht programmiert – gleichsam am nationalen Gesetzgeber vorbei – den Vollzug und trägt zur Ausbildung einer einheitlichen europäischen Regulierungskultur bei.

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

### 1. Multiplizierung der Akteure

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

### 2. Neue Handlungsformen

---

<sup>29</sup> Zu Konsequenzen für das deutsche Verwaltungsrecht *Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers*, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, 525 ff.; zur „schwächeren“ Verbundstruktur im Energiesektor *Karsten Herzmann*, Zur Kooperation der Energieregulierungsbehörden in Europa, ZNER 2005, 216 ff.

<sup>30</sup> § 12 TKG.

In diesem institutionellen Gefüge kommt es – *zweitens* – zu einer Horizontalisierung der Normsetzung durch den Einsatz von **Leitlinien** der Kommission als einer neuen Handlungsform des Verbundes. Von informellen Foren unter Einbeziehung der privaten Marktakteure erarbeitet, wird zur Änderung der Leitlinien das Komitologieverfahren für die Rechtsetzung genutzt, wodurch sie als Teil einer Verordnung formale Rechtsverbindlichkeit erhalten.<sup>31</sup> Insoweit haben die unverbindlichen Leitlinien eine Wegbereiterfunktion<sup>32</sup> für die europäische Rechtsetzung in den dafür vorgesehenen Formen. Und der horizontale Konsens der nationaler Regulierer wird zum Maßstab für den richtlinienkonformen Vollzug.

### 3. Vertrauensbildung

*Drittens* schafft die Horizontalisierung als Governance-Struktur institutionalisierte Orte der Lernerfahrung und Vertrauensbildung, die sich auch dort zu bewähren hat, wo der Bereich kooperativer Zusammenarbeit endet und hoheitlich entschieden werden muss. Das setzt die Bereitstellung von Verfahren voraus, die aus der engen Fokussierung auf die Durchsetzung des materiellen Rechts herauszunehmen sind. Denn, wie *Hans-Heinrich Trute* und *Roland Broemel*<sup>33</sup> bemerken,

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

---

<sup>31</sup> Darin unterscheiden sie sich von privaten Standards, dazu *Harm Schepel*, *The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrated Marktes*, 2005.

<sup>32</sup> Vgl. *Felix Arndt*, *Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund*, *Die Verwaltung* 39 (2006), S. 100 (106). Ob sich die vernetzten Strukturen in der Handlungsformenlehre bewältigen läßt, ist unsicher. Netzwerke dürften eher als eine Herausforderung an das Organisationsrecht verstanden werden, ähnlich *Bettina Schöndorf-Haubold*, *Netzwerke in der deutschen und europäischen Sicherheitsarchitektur*, in: *Sigrid Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke*, 2007 (i.E.). Obgleich hier die Trennlinie zwischen Politik und Recht weniger scharf gezogen werden kann, stellt das Verwaltungsorganisationsrecht für die rechtswissenschaftliche Bewältigung transnationaler Governance einen relativ guten Entwicklungsrahmen bereit.

<sup>33</sup> *Hans-Heinrich Trute/Roland Broemel*, *Die Regulierung des Zugangs in den Netzwirtschaften*, *ZHR* 170 (2006), S. 706 (733).

## IV. Probleme

Die Ordnungsleistungen von Governance sind abstrakter als die Beschreibungsangebote von Netzwerken.<sup>34</sup> Und sie sind anspruchsvoller, weil sie eine variable Verknüpfung von Bauformen zulassen, die sich nicht allein auf das Organisationsprinzip der Kooperation erstrecken, sondern nach dem hier vertretenen weiten Begriff von Governance auch Prozesse der Hierarchisierung einzufangen suchen.<sup>35</sup> Governance lenkt das Augenmerk auf den Externalisierungstrend in der Schaffung unabhängiger Einrichtungen, die eine hierarchische Rechtsaufsicht aber nicht enbehrlich machen. Zum anderen rückt die **Mobilisierung selbstregulativer Regelsetzung** in den Vordergrund, die am Monopol staatlicher Rechtssetzung nagt, aber Harmonisierungseffekte erzeugen kann. Insoweit weist die Horizontalisierung als Governance-Struktur<sup>36</sup> drei Probleme auf.

### 1. Kompetenzverteilung

*Erstens* ist die Verteilung der Konkretisierungsbefugnisse unklar. Die europäischen Basisrechtsakte enthalten häufig nur einen legislativen Rahmen, der administrativ auszufüllen ist. Die Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden verschärft den **Grenzverlust** zwischen normativen Regulierungsvorgaben und administrativer Regulierungsentscheidung in einer flexiblen Vollzugsstruktur, die der nationale Gesetzgeber nur schwach dirigieren kann. Schärfer formuliert: Im föderalen Gewaltengefüge der Union<sup>37</sup> enthält der legislative Konkretisierungsauftrag an die nationalen Exekutiven deren Ermächtigung zur Vernetzung.

---

<sup>34</sup> Dazu *Anne-Marie Slaughter*, *A New World Order*, 2004, S. 135 ff.; zu einer rechtswissenschaftlichen Bestandsaufnahme Boysen u.a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007 (i.E.).

<sup>35</sup> Das bringt der neutrale Begriff der Regelungsstruktur zum Ausdruck: *Franzius* (FN 1), S. 193 ff.; zum Begriff der Koordinationsstruktur *Schuppert*, *Wozu Governance?*, WZB-Vorlesung v. 20.3.2007.

<sup>36</sup> Zur Koregulierung *Claudio Franzius*, *Regieren durch „besseren“ Instrumenteneinsatz*, in: Thomas Bruha/Carsten Nowak (Hrsg.), *Die Europäische Union nach Nizza. Wie Europa regiert werden soll*, 2003, S. 155 ff.; zur Diskussion in den USA *Orly Lobel*, *The Renew Deal. The Fall of Regulation and the Rise of Governance*, *Minnesota Law Review* 89 (2004), S. 342 ff.

<sup>37</sup> Näher *Christoph Möllers*, *Gewaltengliederung*, 2005, S. 210 ff.

## 2. Überstaatliches Verwaltungsrecht

*Zweitens* beschränkt die Verpflichtung zur Errichtung unabhängiger Reguli-  
 erungsbehörden zwar die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten, überläßt ihnen jedoch  
 die institutionelle Einordnung nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts. Dabei  
 ist das Maß der Unabhängigkeit nicht nur in den Mitgliedstaaten, sondern auch sektoral  
 unterschiedlich. Allerdings gebietet die praktische Wirksamkeit europäischen Rechts  
 eine Zurückhaltung gegenüber **parlamentarischen Detailprogrammierungen** des  
 Verbundes. Die Wesentlichkeitslehre und der Parlamentsvorbehalt geraten hier ebenso  
 unter Druck<sup>38</sup> wie die Skepsis gegenüber der Anerkennung exekutiver Gestaltungsspiel-  
 räume, die einer prozeduralen Festlegung durch den Gesetzgeber bedürfen, aber keiner  
 umfassenden gerichtlichen Kontrolle unterliegen.

## 3. Pluralisierung der Legitimationsbausteine

*Drittens* mag die Reduzierung inhaltlicher Steuerung die verwaltungsrechtliche  
 Systembildung erleichtern, wirft im Konzert einer „Gruppe von Regulierern“ aber  
 schwierige Legitimationsfragen auf.<sup>39</sup> Hier scheint das Potential der vertikalen Kon-  
 fliktminimierung durch Intransparenz teuer erkaufte zu werden. Andererseits gilt es zu  
 bedenken, dass mit der organisatorischen Vernetzung der Exekutiven eigenständige  
 Legitimationsmittler eingebunden werden. Die legitimationstheoretische Antwort liegt  
 dann weniger in einer Vertikalisierung der Zurechnungszusammenhänge als in einer **Plu-  
 ralisierung der Legitimationsbausteine**.<sup>40</sup>

Konkret: Weil die Bundesnetzagentur in sektoral unterschiedlichem Ausmaß nicht  
 ausschließlich über input-Stränge zu steuern ist, soll es auch auf zu formulierende An-

---

<sup>38</sup> Zu Bemühungen um eine Respezifizierung *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Gesetz und Gesetzesvor-  
 behalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), S. 5 ff.; jüngst auch  
*Franz Reimer*, Das Gesetz als Steuerungsinstrument und Kontrollmaßstab, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-  
 Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 9 Rn. 24 ff.

<sup>39</sup> *Christoph Möllers*, Transnationale Behördenkooperation, ZaöRV 65 (2005), S. 351 (378 ff.).

<sup>40</sup> Richtig *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-  
 Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), GVwR I, § 6.

forderungen für den output ankommen.<sup>41</sup> In diesen fließen aber Willensentscheidungen „fremder“ Behörden ein, die nicht (allein) zentral verantwortet werden (können). Solange darin ein Problem gesehen wird, bleiben Einheitskonzeptionen eine Lösung, die ihrerseits Legitimationsprobleme verursachen und die soziale Legitimation *of the people* in der Verklammerung von input und output vernachlässigen. Dass sie für vermeintlich technische Fragen der Marktregulierung entbehrlich sei, kann angesichts der komplexen Wertungsfragen kaum ernsthaft behauptet werden. Der Regulierungsverbund reagiert darauf mit der **Institutionalisierung horizontalen Vertrauens**<sup>42</sup> als einer Voraussetzung dafür, dass das vertikale Phänomen von – überstaatlicher – Herrschaft entsteht und Bestand haben kann.<sup>43</sup>

## V. Folgen

Governance bringt Herrschaft nicht zum Verschwinden, stellt aber den Begriff der **Souveränität** in Frage. Soll Governance einen Mehrwert haben, muss darüber etwas erklärt werden können, was mit anderen Begriffen nicht oder nur schlechter zu erklären ist.<sup>44</sup> Schäfer: Der Weichspüler der orientierungslosen Moderne hat Farbe zu beken-  
nen, um zumindest *ex negativo* eine Aussage machen zu können.<sup>45</sup>

<sup>41</sup> Zur organisatorischen Entkoppelung als Gemeinwohlpostulat *Hans-Heinrich Trute*, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Gunnar Folke Schuppert/Friedhelm Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 329 (335 ff.); *Georg Hermes*, Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, FS Manfred Zuleeg, 2005, S. 410 (418 ff.); ausf. *Franziska A. Löhr*, Bundesbehörden zwischen Privatisierungsgebot und Infrastrukturauftrag, 2006.

<sup>42</sup> Darin zu Recht ein Kernelement der Verwaltungslegitimation des Verbundes erkennend *Hans Christian Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, S. 44 ff.; zur Dimension des Vertrauens auch *Jens-Peter Schneider*, Vollzug des europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung, EuR Beiheft 2 (2005), S. 141 (147).

<sup>43</sup> Das kollektivistische Verständnis, das *Claus Offe*, Demokratie und Wohlfahrtsstaat, in: Wolfgang Streeck (Hrsg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie*, 1998, S. 99 (104) zugrundelegt, ist durch den Rekurs auf den wechselseitigen Respekt der Unionsbürger zu ersetzen, vgl. *Ulrich K. Preuß*, Europa als politische Gemeinschaft, in: Gunnar Folke Schuppert/Ingolf Pernice/Ulrich Haltern (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 489 (529 f.). Sedes Materiae ist das in Art. 10 EG normierte Loyalitätsprinzip als ein Schlüssel zum Verständnis der Union, vgl. *Armin v. Bogdandy*, Europäische Prinzipienlehre, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 149 (202).

<sup>44</sup> Vgl. *Bernd Ladwig/Tamara Jugov/Cord Schmelzle*, Governance, Normativität und begrenzte Staatlichkeit, SFB-Governance Working Paper Series Nr. 4, 2007, S. 5 f.

<sup>45</sup> Darin kann eine Parallele zum Begriff der Verwaltung gesehen werden, die sich ebenfalls nicht positiv bestimmen läßt: *Christoph Möllers*, Methoden, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I*, § 3 Rn. 4.

Es wäre zu einfach, mit Governance die Steuerungstheorie in ihrer sozialtechnologischen Schlagseite zu verabschieden und *Steuerung* – verstanden als normativen Zurechnungszusammenhang<sup>46</sup> – für unmöglich zu erklären. Aber das Auseinanderfallen von Beschreibungsebene und normativen Anforderungen ruft den Bedarf nach Theorie hervor, der durch Governance nicht befriedigt wird und mit **Meta Governance** ohne Angabe einer Richtung auf das Erbe der politischen Theorie verweist.<sup>47</sup>

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

### 1. Struktur oder Handlung?

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

Damit wird die Grundeinsicht in die Unfertigkeit der Gesetze mit der unhintergehbaren Konkretisierungsbedürftigkeit der Norm<sup>48</sup> hervorgehoben und einem instrumentellen Steuerungsverständnis des Verhältnisses von Gesetzgebung und Verwaltung vorgebeugt.<sup>49</sup> Die normative Struktur *prägt* die Handlung ohne sie zu *determinieren*.

---

<sup>46</sup> Vgl. *Christian Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S. 264. Gegen eine Verengung auf die Funktionsweise von Recht in der Zuweisung von Kompetenzen und Verantwortungen an Akteure *Hans-Heinrich Trute/Doris Kühlers/Arne Pilniok*, Der Governance-Ansatz als verwaltungsrechtswissenschaftliches Analysekonzept, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 2008 (i.E.).

<sup>47</sup> *Michael Haus*, Zur politischen Logik institutionellen Wandels im Zeichen von Governance, in: Schuppert/Zürn (Hrsg.), Governance in einer sich wandelnden Welt, PVS Sonderheft 2008 (i.E.).

<sup>48</sup> Obgleich seit langer Zeit bekannt – in Deutschland wenig rezipiert: *Adolf J. Merkl*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1927 – setzt sich diese Einsicht zur Konstruktion der Gesetzesbindung erst in jüngerer Zeit durch, wird aber unter Einbeziehung der Handlungspraxis auf „Steuerung“ bezogen: *Claudio Franzius*, Funktionen des Verwaltungsrechts im Steuerungsparadigma der Neuen Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 39 (2006), S. 335 (336 ff.).

<sup>49</sup> So auch *Eberhard Schmidt-Aßmann*, Das Allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, 1. Kap. Rn. 39.

Kein Normadressat – und damit auch die gesetzgebundene Verwaltung – entgeht dem Problem der **Verschleifung** von Regel und Anwendung. Denn ohne

„ein wie immer intensiv ausgeformtes Moment von Praxis, über das bestimmte Interpretationen, Problempereptionen, Wissensbestände stabilisiert werden, ist das Verhältnis von normativer Struktur und Handlung/Entscheidung nicht zu denken. Insoweit verändert die Handlungspraxis zugleich die Struktur und stabilisiert diese. Das mag variieren, insofern als die normativen Strukturen auf fest verankerte sprachliche Konventionen treffen können und insoweit geringe Spielräume für eine andere Praxis lassen. In vielen Bereichen ist jedoch die normative Struktur nicht mehr als ein Entwurf, der von den Akteuren im Vollzug nach Maßgabe der Situation und der vorhandenen Wissensbestände zu präzisieren, wenn nicht in seinen eigentlichen Bedeutungen erst zu generieren ist.“<sup>50</sup>

Allerdings sollte man die wirkungsbezogene Ausrichtung des Rechtsbegriffs<sup>51</sup> nicht überhöhen und die **Formungskraft des Rechts** nicht unterschätzen.<sup>52</sup> Vor allem mithilfe des Verfahrens- und des Organisationsrechts kann die Herausbildung von transnationalen Governance-Strukturen in der Rechtsordnung verarbeitet werden und auch solche Regelwerke einbeziehen, die sich nicht mehr ohne weiteres auf eine anerkannte „Rechtsquelle“ zurückbeziehen lassen. Gewiß: Die europäischen Verbundstrukturen können Teile der Dogmatik des Öffentlichen Rechts unterspülen, brauchen aber nicht als Bedrohung verstanden werden. Im Gegenteil: Gerade die Vernetzungen in den Entgrenzungen verarbeitenden Regelungsstrukturen<sup>53</sup> legen deutlicher als bisher eine Rückbesinnung auf die **Selbststabilisierungsfähigkeit von Ordnungsmustern** nahe. Das kann für das Recht bedeuten, es nicht der Faktizität einer sozialen Praxis hinzugeben, sondern – *bescheiden* – als normativen Knoten in Netzwerken zu verstehen.<sup>54</sup>

---

<sup>50</sup> Trute/Kühlers/Pilniok (FN 46).

<sup>51</sup> Krit. Florian v. Alemann, Die Notwendigkeit eines formalen Rechtsbegriffs der Unionsrechtsordnung, Der Staat 45 (2006), S. 382 (392 f.).

<sup>52</sup> Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Herausforderung der Verwaltungsrechtswissenschaft durch die Internationalisierung der Verwaltungsbeziehungen, Der Staat 45 (2006), S. 315 (325 f.).

<sup>53</sup> Zu den Facetten Wolfgang Hoffmann-Riem, Gesetz und Gesetzesvorbehalt im Umbruch. Zur Qualitäts-Gewährleistung durch Normen, AöR 130 (2005), S. 5 (11 ff.).

<sup>54</sup> Alexandra Kemmerer, Der normative Knoten. Über Recht und Politik im Netz der Netzwerke, in: Boysen u.a. (Hrsg.), Netzwerke, 2007 (i.E.).

## 2. Horizontalisierung der Grundrechte?

Es bleiben aber auch verfassungsrechtliche Fragen zu stellen. Schärfe erhalte der Diskurs mit der Thematisierung des Verhältnisses von Demokratie und Grundrechten bzw. der Zusammenführung von kollektiven und individuellen Legitimationsmustern.<sup>55</sup>

So kann gefragt werden, ob an die Stelle der Demokratisierung eine Netzwerkstruktur des Rechts getreten ist, die kollektive **Legitimationsmuster** zugunsten individueller Selbstbestimmungschancen ersetzt. Schon heute wird deutlich, dass sich die Legitimation verbandlicher Regelbildung – *private governance*<sup>56</sup> – weniger aus dem Prinzip der Repräsentation als dem Maß an individuellen Partizipationsrechten ergibt. Ein Vorteil kann darin gesehen werden, daß sich diese Rechte in der wechselseitigen Beobachtung der Gerichte gleichsam von selbst entwickeln und den Druck mindern könnten, die fragmentierte Ordnung des Rechts auf eine **Zauberformel politischer Inklusion** zurückzubeziehen. Recht muss darauf reagieren, daß es seine Einheit nicht mehr von der Politik empfängt, diese aber den Anspruch des Einzelnen in Frage stellt, ausschließlich der territorial radizierten Herrschaftsgewalt des Nationalstaates unterworfen zu sein. Damit gerät die Lehre von der „mittelbaren“ Drittwirkung der Grundrechte<sup>57</sup> unter Druck, will man die im weltumspannenden Privatrecht angelegte Exklusion des Individuums nicht widerspruchslos hinnehmen.<sup>58</sup>

<sup>55</sup> Zur wechselseitigen Angewiesenheit: Möllers (FN 37), S. 56 f. unter Bezugnahme auf Jürgen Habermas, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Ulrich K. Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 83 ff.

<sup>56</sup> Vgl. Christoph Engel, A Constitutional Framework for Private Governance, GLJ 4 (2004), S. 198 ff. Für die Verarbeitung in der objektiven Dimension der Grundrechte Karl-Heinz Ladeur, Die objektiv-rechtliche Dimension der wirtschaftlichen Grundrechte, DÖV 2007, 1 (9); rechtsvergleichend: Marc Tushnet, The Relationship between Judicial Review of Legislation and the Interpretation of Non-Constitutional Law, with Reference to Third Party Effect, in: András Sajó/Renáta Uitz (Hrsg.), The Constitution in Private Relations: Expanding Constitutionalism, 2005, S. 167 ff.

<sup>57</sup> Vgl. Stefan Oeter, „Drittwirkung“ der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts, AöR 119 (1994), S. 529 ff.; für eine neue „Drittwirkungslehre“ Gunther Teubner, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, Der Staat 45 (2006), S. 161 ff.; zu den Strängen der Debatte instruktiv Christian Cappel, Anachronismus einer „Drittwirkung“. Das kognitivistische Konzept Karl-Heinz Ladeurs und die Matrix Gunther Teubners im grundrechtstheoretischen Spannungsfeld, Ancilla Juris 2006, S. 41 ff.

<sup>58</sup> Fragend: Armin v. Bogdandy, Demokratie, Globalisierung, Zukunft des Völkerrechts, ZaöRV 63 (2003), S. 853 (875). Zum Erhalt der Politik, die nicht-staatliche Akteure in das Recht einbezieht: Andre-

Im überstaatlichen Kontext ist eine **Privatwirkung subjektiver Rechte** nicht unbekannt.<sup>59</sup> Nicht immer kann der Geltung von Verfassungsnormen im horizontalen Verhältnis die Privatautonomie des Einzelnen entgegengestellt werden. Wo es an einer zentralen Spitze, auf die politische Verantwortung projiziert werden könnte, fehlt und das Recht aus der nationalstaatlichen Umklammerung herausgelöst wird, greift auch nicht der Vorwurf der Etatisierung privater Freiheit.<sup>60</sup> In den Netzwirtschaften schreitet die **Entkoppelung von Recht und Politik** voran und der Koordinierungsbedarf von öffentlichen und privaten Akteuren in Regelungsnetzwerken wächst.<sup>61</sup> Es wäre ein Mißverständnis, die Union als „Einheitslieferanten“ zu betrachten, dem es gelingen könnte, den Verlust eines privilegierten Ortes des Politischen durch Symbolik zu kaschieren.

Sicherlich wird zu differenzieren sein. Die Grundfreiheiten, deren Funktionalisierung als *Integrationsnormen* für den Binnenmarkt eine direkte Wirkung im horizontalen Verhältnis der „privaten“ Akteure zueinander eingeräumt wird, unterscheiden sich von den Grundrechten als *Legitimationsnormen* einer politischen Gemeinschaft, die sich ihrer kollektiven Wurzeln nicht sicher ist, dieser zur Schaffung einer Einheit nach dem Vorbild des Nationalstaates aber auch nicht im gleichen Maße bedarf. Die subjektiven Rechte des *Unionsbürgers* lassen sich nicht auf das horizontale Verhältnis der Mitgliedstaaten beschränken, sondern begründen den **Status gleicher Freiheit**, dem auch die Kompetenzordnung nicht entgegengestellt werden kann.<sup>62</sup> Soweit dieser Rechtsstatus nicht mehr normativ auf eine zentrale Instanz bezogen werden kann, sondern in eine komplementär „zusammengesetzte“ Ordnung des Politischen gestellt ist, *muss* die Sehnsucht nach einer **Ursprungs- und Projektionsinstanz**, in der einst der Glaube

---

as *Fischer-Lescano/Philip Liste*, Völkerrechtspolitik. Zu Trennung und Verknüpfung von Politik und Recht in der Weltgesellschaft, ZIB 12 (2005), S. 209 ff.

<sup>59</sup> Vgl. *Stephan Wernicke*, Die Privatwirkung im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 2002; krit. *Eva Julia Lohse*, Fundamental Freedoms and Private Actors, EPL 13 (2006), S. 159 ff.

<sup>60</sup> Dazu *Andreas Voßkuhle*, Beteiligung Privater an der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben und staatliche Verantwortung, VVDStRL 62 (2003), S. 266 (295 f.); zu den objektiven Dimensionen der Grundrechte *David R. Wenger*, Die objektive Verwertung der Grundrechte, AöR 130 (2005), S. 618 ff.

<sup>61</sup> Vgl. *Thomas Vesting*, The Network Economy as a Challenge to Create New Public Law (beyond the State), in: Karl-Heinz Ladeur (Hrsg.), Public Governance in the Age of Globalization, 2004, S. 247 ff.

<sup>62</sup> Zurückhaltender *Christoph Schönberger*, Unionsbürger, 2005.

monopolisiert war, später die Souveränität aufgehoben wurde und heute das Wissen gebündelt werden könnte, unerfüllt bleiben.<sup>63</sup> Ein Ausweg kann in der Geltungserstreckung der Grundrechte auf das Privatrechtsverhältnis liegen.

Der Widerstand gegen eine solche Konzeption ist verständlich, wo es der Politik gelingen *kann*, die betroffenen Freiheitssphären auszubalancieren. Schon die Vorstellung der Ebenenverkopplung<sup>64</sup> trägt indes zu einer Multiplizierung der „Verantwortungsträger“ bei und es fragt sich, ob die normative **Idee politischer Rechtserzeugung** gegenüber der evolutiven Praxis der Rechtsverwirklichung auch dort in Stellung zu bringen ist, wo auf *einen* Gesetzgeber nicht Rücksicht genommen werden braucht, weil es ihn in der Form des modernen Verfassungsstaates nicht gibt. Wo nicht nationale oder internationale Regelungsstrukturen in Rede stehen und es auch nicht um die Abbildung supranationaler Integration, sondern um die Bewältigung von transnationalen Rechtsverhältnissen geht, greift der für *Gemeinschaften* erhobene Vorwurf entpolitisierten Ordnungsdenkens nicht in voller Schärfe. In dem Maße, wie sich innerhalb der Europäischen Union – und nicht nur dort – transnationale Regelungsstrukturen herausbilden, bedarf es einer Neubestimmung des Verhältnisses von Politik und Recht, das **horizontalen Freiheitsgefährdungen** auch dort begegnen muss, wo der Zugriff auf den *Willen* eines kollektives Makrosubjekts ausscheidet, eine universelle *Vernunft* aber nicht zu haben ist.<sup>65</sup>

## VI. Schluss

Zumindest eines wird klar: Mit dem Souveränitätsbegriff läßt sich der Regulierungsverbund *nicht* erfassen. Governance, rechtswissenschaftlich reformuliert, unterläuft Begriffe, die für den **Staat** entwickelt worden sind und schränkt deren Bedeu-

---

<sup>63</sup> A.A. Ulrich Haltern, *Europarecht und das Politische*, 2005.

<sup>64</sup> Näher: Möllers (FN 37), S. 331 ff.

<sup>65</sup> Zumindest für globale Vertragsnetzwerke wie die Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN) als Formen „privat gesetzten Privatrechts“ wird die horizontale Dimension der Grundrechte in der Doppelaufgabe gesehen, gesellschaftliche Selbstblockierungen zu vermeiden und individuelle Partizipation zu ermöglichen: Lars VIELLECHNER, Können Netzwerke die Demokratie ersetzen? Zur Legitimation der Regelbildung im Globalisierungsprozeß, in: Boysen u.a. (Hrsg.), *Netzwerke*, 2007 (i.E.) im Anschluß an Karl-Heinz Ladeur und Oliver Gerstenberg.

tungskraft und Symbolik ein.<sup>66</sup> Nicht, daß der Staat und mit ihm die politischen Akteure einfach verschwinden.<sup>67</sup> Aber das von ihnen gemachte **Recht** kann andere Arrangements vorsehen, die sich nicht allein in der vertikalen Dimension rekonstruieren lassen, sondern horizontale Verbundstrukturen generieren, in denen es ein *Oben* und ein *Unten* nicht mehr gibt, weder ein *Zentrum* noch eine *Peripherie* auszumachen sind und es „nur“ noch um eine wechselseitige Kompatibilisierung von **Autonomiebereichen** gehen kann. Soll Governance diesseits seiner attributiven Adjektive einen Mehrwert haben, muß sein dekonstruktivistisches Potential freigelegt und geschärft werden.<sup>68</sup> Das kann darin liegen, nicht mehr jede Steuerung auf die Politik und *Verantwortung* zu beziehen, sondern eine „neue“ Autonomie des Rechts zu begründen und darauf *Vertrauen* zu stützen.

---

<sup>66</sup> *Franzius* (FN 1), S. 203 ff. Klassisch, aber widerlegt, der Einwand einer anthropologischen Notwendigkeit des Staates, jüngst wieder *Cris Shore*, ‚Government Without Statehood?‘ Anthropological Perspectives on Governance and Sovereignty in the European Union, *ELJ* 12 (2006), S. 709 ff.; anders auch die Idee einer „Ko-Produktion von Staatlichkeit“ bei *Schuppert* (FN 35).

<sup>67</sup> Das mag auch für den Nationalstaat gelten, zu seinen Leistungen: *Jürgen Habermas*, Die Einbeziehung des Anderen, 1998, S. 135 ff. Aber bei allen Bemühungen um den Erhalt souveräner Einheiten ist nicht zu übersehen, dass sich die Perspektive auf den Staat, der in der Union als rechtlich „autonom“ gebundener Mitgliedstaat verfaßt ist, ändern musste. Die Zunahme thematisch funktionaler Differenzierung – dazu auch *Michael Stolleis*, Was kommt nach dem souveränen Nationalstaat? Und was kann die Rechtsgeschichte dazu sagen?, in: *Adrienne Héritier/ders./Fritz Scharpf* (Hrsg.), *European and International Regulation after the Nation State. Different Scopes and Multiple Levels*, 2004, S. 17 ff. – macht eine Deontologisierung des Staates unausweichlich: *Alexander Somek*, Staatenloses Recht: Kelsens Konzeption und ihre Grenzen, *ARSP* 91 (2005), S. 61 ff.

<sup>68</sup> Vgl. *Gunther Teubner*, Des Königs viele Leiber, in: *Hauke Brunkhorst/Matthias Kettner* (Hrsg.), *Demokratie und Globalisierung*, 2000, S. 240 ff.