

Horizontalisierung als Governance-Struktur **Der europäische Regulierungsverbund in den Netzwirtschaften**

Thesen

Ausgangspunkt ist die Beobachtung, dass in den letzten Jahren die Bezeichnung der Verwaltungsstrukturen in der Europäischen Union als Verwaltungsverbund kaum auf Widerstände gestoßen ist. Es handelt sich bei dem ausgesprochen beliebten, aber augenscheinlich schwer zu übersetzenden Topos des *Verbundes* weder um einen theoretischen noch um einen normativen (Rechts-)Begriff. Allerdings wäre es nicht richtig, ihn als deskriptiven Begriff abzulehnen. Vielmehr liefert er eine Ordnungsidee für die Verschränkung gegenläufiger Organisationsprinzipien¹. 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.

Die Beschäftigung mit dem Regulierungsverbund ist im vorliegenden Kontext vor allem deshalb von Interesse, weil er sich geradezu als Symbol für die Entkoppelung 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 Neuverkopplung in *ebenentranszendierender* Hinsicht. Dieser Prozeß verläuft nicht nur in vertikaler Richtung. Hier soll der horizontale Verbund² und deren Governance-Strukturen im Vordergrund stehen. Sie relativieren die dualistische Vorstellung getrennter Ebenen³ durch eine föderale Ausbalancierung von Zentralisierung und Dezentralisierung in der Vielfalt des Politischen unter der Idee des Rechts.⁴

Hieran schließen sich drei Thesen an. *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. *Zweitens* sind im Regulierungsverbund sektorspezifische Ausformungen zu berücksichtigen. Während nicht ausgeschlossen ist, dass im Telekommunikations- und Energiesektor die gegenwärtigen Ver-

¹ Eberhard Schmidt-Aßmann, Der Europäische Verwaltungsverbund und die Rolle des Europäischen Verwaltungsrechts, in: ders./Schöndorf-Haubold (Hrsg.), Der Europäische Verwaltungsverbund, 2005, S. 1 (7) nennt Kooperation und Hierarchie.

² Siehe bereits Armin v. Bogdandy, Supranationaler Föderalismus als Wirklichkeit und Idee einer neuen Herrschaftsform, 1999, S. 18 ff.; aus jüngerer Zeit auch Ingolf Pernice, Die horizontale Dimension des Europäischen Verfassungsverbundes, FS Jürgen Meyer, 2006, S. 359 ff.

³ Zur Ausdifferenzierung der Vollzugsmodelle Gernot Sydow, Verwaltungskooperation in der Europäischen Union, 2004, S. 122 ff.; zur gebotenen Modifizierung des prozessualen Trennungsprinzips Jens Hofmann, Rechtsschutz und Haftung im Europäischen Verwaltungsverbund, 2004.

⁴ Schärfer Thomas Vesting, Die Staatsrechtslehre und die Veränderung ihres Gegenstandes: Konsequenzen von Europäisierung und Internationalisierung, VVDStRL 63 (2004), S. 40 ff.; zur „Renaissance“ der Idee des Kollisionsrechts Andreas Fischer-Lescano/Gunther Teubner, Regime-Kollisionen, 2006; mit Blick auf die Pluralität der europäischen Geschichte Christian Joerges, Unitas in Pluralitate als Verfassungsauftrag: Plädoyer für einen „horizontalen Konstitutionalismus“, in: ders. (Hrsg.), „Bittere Erfahrungen“ der Vergangenheit und der Prozess der Konstitutionalisierung Europas (i.E.).

bundstrukturen⁵ lediglich ein politisches Durchgangsstadium darstellen, bestehen gegenüber dem Eisenbahnsektor auch rechtliche Strukturunterschiede⁶. *Drittens* weisen die gemeinsamen Regelungsstrukturen eine Nähe zu den Prozessen dezentralisierter Integration – etwa im Agenturmodell⁷ oder in den Veränderungen der Wirtschaftsaufsicht⁸ – auf, sind aber von diesen zu unterscheiden. 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.

Formen

Der Verwaltungsverbund sucht eine Verbindung zwischen Verhandlungs- und Entscheidungsrationale⁹ herzustellen, der Regulierungsverbund die Modellierung eines Ausgleichs von Vollzugsflexibilität und Rechtskohärenz¹⁰. Einerseits soll die Regulierung „politikunabhängig“ erfolgen, also unter Akteuren vorgenommen werden, auf welche die Mitgliedstaaten als Adressaten europäischen Rechts nicht (mehr) in der gewohnten Weise einwirken *sollen*. 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 werden¹¹.

Drei Entwicklungen sind für die Analyse möglicher Bauformen des Regulierungsverbundes zu beobachten. *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 formelle Gruppen, in denen die horizontale Abstimmung der Entscheidungen

⁵ Wegweisend das Telekommunikationsrecht: *Hans-Heinrich Trute*, Der europäische Regulierungsverbund in der Telekommunikation – ein neues Modell europäisierter Verwaltung, FS Selmer, 2004, S. 565 ff.

⁶ Vgl. *Gabriele Britz*, Vom Europäischen Verwaltungsverbund zum Regulierungsverbund? Europäische Verwaltungsentwicklung am Beispiel der Netzzugangsregulierung bei Telekommunikation, Energie und Bahn, EuR 2006, 46 ff. mit dem Hinweis auf Unterschiede in der Vollzugsteilung und der Vollzugsverflechtung. Governance thematisiert das „richtige“ Mischungsverhältnis und trägt zur Errichtung einer „dritten“ Verwaltungsebene jenseits der Dichotomie von direktem und indirektem Vollzug bei.

⁷ Dazu *Edoardo Chiti*, Decentralisation and Integration into the Community Administrations: A New Perspective on European Agencies, European Law Journal 10 (2004), S. 402 ff.

⁸ Vgl. *Andreas Fuchs*, Kontrollierte Dezentralisierung der europäischen Wettbewerbsaufsicht, EuR Beiheft 2 (2005), S. 77 ff.; *Claudio Franzius*, Die europäische Dimension des Gewährleistungsstaates, Der Staat 45 (2006), Heft 4, sub. IV.2; *Øivind Støle*, Towards a Multi-Level Community Administration? The Decentralization of EU Competition Policy, Arena Working Papers WP 05/05.

⁹ Verhandlungsprozesse münden in Ergebnisse, die für die folgenden Stufen Entscheidungsvorgaben darstellen. Entscheidungen sind umgekehrt in Vorgänge gegenseitiger Information und Verständigung eingebettet: *Schmidt-Aßmann* (FN 1), S. 22.

¹⁰ Grundlegend *Trute* (FN 5), S. 567; von einem „Flexibilitäts-Kohärenz-Dilemma“ spricht *Britz* (FN 6), S. 55.

¹¹ Zur funktionsadäquaten Organisation der Regulierung *Claudio Franzius*, Strukturmodelle des europäischen Telekommunikationsrechts, EuR 2002, 660 (679 ff.); zur disparaten Rechtslage in den Sektoren *Johannes Masing*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden?, Gutachten D zum 66. Deutschen Juristentag, 2006, insbes. D 13 ff. („Homogenität in der Theorieperspektive – Heterogenität in Dogmatik und Praxis“); s. auch den Begleitaufsatz von *Hans Christian Röhl*, JZ 2006, 831 ff.

der nationalen Regulierungsbehörden stattfindet¹². In diesem institutionellen Gefüge kommt es *zweitens* zu einer Horizontalisierung der Normsetzung durch den Einsatz von Leitlinien 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 erhalten¹³. *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 muss¹⁴.

Probleme

Die Ordnungsleistungen von Governance sind bescheidener als die Beschreibungsangebote von Netzwerken.¹⁵ Sie sind aber auch anspruchsvoller, weil sie eine variable Verknüpfung von Bauformen zulassen, die sich nicht allein auf das Organisationsprinzip der Kooperation erstrecken, sondern Prozesse der Hierarchisierung begrifflich und konzeptionell einzufangen suchen¹⁶. Zugleich erlaubt Governance eine Verbindung der Analyse von Externalisierungen einer pluralisierten Verbundverwaltung mit der Beobachtung einer Mobilisierung selbstregulativer Regelsetzung durch private Akteure in Formen der Ko-Regulierung¹⁷. Dies legt es nahe, auch den Eisenbahnsektor in den Blick zu nehmen, wengleich die horizontale Verdichtung weniger stark ausgeprägt ist und im Agenturmodell formalisiert wird¹⁸.

¹² Das Telekommunikationsrecht sieht die „weitestgehende Berücksichtigung“ von Stellungnahmen anderer nationaler Regulierungsbehörden vor. Zu den Konsequenzen für das deutsche Verwaltungsrecht *Karl-Heinz Ladeur/Christoph Möllers*, Der europäische Regulierungsverbund der Telekommunikation im deutschen Verwaltungsrecht, DVBl. 2005, 525 ff. Auch ohne eine solche prozedurale Bindung erfüllt die „Gruppe der europäischen Regulierungsbehörden für Elektrizität und Erdgas“ ähnliche Abstimmungsfunktionen: *Karsten Herzmann*, Zur Kooperation der Energieregulierungsbehörden in Europa, ZNER 2005, 216 (219).

¹³ So *Felix Arndt*, Vollzugssteuerung im Regulierungsverbund, Die Verwaltung 39 (2006), S. 100 (106 f.). Darin unterscheiden sich Leitlinien von privaten Standards, dazu *Harm Schepel*, The Constitution of Private Governance: Product Standards in the Regulation of Integrating Markets, 2005; demnächst auch *Basel Institute on Governance*, Non State Actors as Standard Setters: The Erosion of the Public-Private Divide, Konferenz 2007.

¹⁴ Zum Spannungsverhältnis mit dem rechtsstaatlichen Vertrauensschutz *Florian Becker*, Parlamentarische Gesetzgebung im „kooperativen Staat“, Der Staat 44 (2005), S. 433 (446 ff.); zur Verschränkung von individueller und kollektiver Autonomie aber *Jürgen Habermas*, Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie, in: Preuß (Hrsg.), Zum Begriff der Verfassung, 1994, S. 83 ff., krit. *Hasso Hofmann*, Menschenrechte und Demokratie, JZ 2000, 1 (7).

¹⁵ Dazu demnächst *Sigrid Boysen u.a.* (Hrsg.), Netzwerke. Konzeptionell: *Anne-Marie Slaughter*, A New World Order, 2004; *François Ost/Michel van de Kerchove*, De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit, 2002.

¹⁶ Das bringt der neutrale Begriff der Regelungsstruktur zum Ausdruck: *Claudio Franzius*, Governance und Regelungsstrukturen, VerwArch 97 (2006), S. 186 ff.; *Hans-Heinrich Trute/Wolfgang Denkhäus/Doris Kühlers*, Governance in der Verwaltungsrechtswissenschaft, Die Verwaltung 37 (2004), S. 451 ff.

¹⁷ Näher *Claudio Franzius*, Regieren durch „besseren“ Instrumenteneinsatz, in: Bruha/Nowak (Hrsg.), Die Europäische Union nach Nizza: Wie Europa regiert werden soll, 2003, S. 155 ff.; allgemein *Martin Eifert*, Regulierungsstrategien, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, § 19.

¹⁸ Etwa mit der Errichtung der Europäischen Eisenbahnagentur, vgl. *Michael Fehling*, Europäische Verkehrsagenturen als Instrumente der Sicherheitsgewährleistung und Marktliberalisierung im Eisenbahnwesen, EuR Beiheft 2 (2005), S. 41 ff.; zum Eisenbahnsektor affirmativ *Reinhard Ruge*, Diskriminierungsfreier Netzzugang im liberalisierten Eisenbahnmarkt in Deutschland, AöR 131 (2006), S. 1 ff.; mit anderer Stoßrichtung *Urs Kramer*, Liberalisierung versus Diskriminierung: die Probleme bei der Privatisierung von monopolträchtiger Infrastruktur, in: Bungenberg u.a. (Hrsg.), Recht und Ökonomik, 2004, S. 285 ff.

Als Governance-Struktur weisen Horizontalisierungsprozesse transnationaler Abstimmung drei Probleme auf. *Erstens* ist die Verteilung der Konkretisierungsbefugnisse unklar. Die europäischen Basisrechtsakte enthalten häufig nur einen Rahmen, der administrativ auszufüllen ist. Die institutionelle Zusammenarbeit der Regulierungsbehörden verschärft den Grenzverlust zwischen normativen Regulierungsvorgaben und administrativer Regulierungsentscheidung¹⁹ in einer flexiblen Vollzugstruktur, deren Ausgestaltung durch den nationalen Gesetzgeber nur schwach dirigiert werden kann. Schärfer: Im föderalen Gewaltengefüge der Union enthält der legislative Konkretisierungsauftrag an die nationalen Exekutiven deren Ermächtigung zur Vernetzung²⁰. *Zweitens* beschränkt die Verpflichtung zur Errichtung unabhängiger Regulierungsbehörden zwar die Organisationshoheit der Mitgliedstaaten, überläßt ihnen jedoch die institutionelle Einordnung nach Maßgabe des nationalen Verfassungsrechts. Das Maß der Unabhängigkeit ist nicht nur in den Mitgliedstaaten, sondern auch sektoral unterschiedlich.²¹ Allerdings gebietet die praktische Wirksamkeit europäischen Rechts eine Zurückhaltung gegenüber parlamentarischen Detailprogrammierungen des Verbunds²². Das mag die verwaltungsrechtliche Systembildung erleichtern, wirft aber *drittens* im Konzert einer „Gruppe von Regulierern“ schwierige Legitimationsfragen auf²³.

Hier scheint das Potential der vertikalen Konfliktminimierung durch Intransparenz teuer erkauft zu werden. Andererseits gilt es zu bedenken, dass mit der organisatorischen Vernetzung der Exekutiven eigenständige Legitimationsmittler eingebunden werden. Die legitimationstheoretische Antwort liegt dann weniger in einer Vertikalisierung der Zurechnungszusammenhänge als in einer Pluralisierung der Legitimationsbausteine. *Weil* die Bundesnetzagentur in sektoral unterschiedlichem Ausmaß nicht ausschließlich über input-Stränge zu steuern ist, soll es auch auf zu formulierende Anforderungen für den *output* ankommen²⁴. 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 diese „Legitimationsschicht“ für vermeintlich technische Fragen der Marktregulierung entbehrlich sei, kann angesichts der komplexen Wertungsfragen kaum ernsthaft behauptet werden. Der Regulierungsverbund reagiert darauf mit der Institutionalisierung von horizontalem *Vertrauen*²⁵ als

¹⁹ Zur Kombination *Jens-Peter Schneider*, Kooperative Netzzugangsregulierung und europäische Verbundverwaltung im Elektrizitätsmarkt, *ZWeR* 2003, 381 (400); *Gabriele Britz*, Erweiterung des Instrumentariums administrativer Normsetzung zur Realisierung gemeinschaftsrechtlicher Regulierungsaufträge, *EuZW* 2004, 462 ff.

²⁰ Zum Problemhintergrund *Christoph Möllers*, Gewaltengliederung, 2005, S. 210 ff.

²¹ Zur Ausdifferenzierung der Legitimationsanforderungen *Hans-Heinrich Trute*, Die demokratische Legitimation der Verwaltung, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *GVwR I* (FN 17), § 6; zu einer politikfeldbezogenen Rekonstruktion des Demokratieprinzips *Stephan Bredt*, Die demokratische Legitimation unabhängiger Institutionen, 2006.

²² Zu den sektorspezifischen Unterschieden des europäischen Sekundärrechts *Ingolf Pernice*, Soll das Recht der Regulierungsverwaltung übergreifend geregelt werden? Europarechtliche Aspekte, Referate zum 66. Deutschen Juristentag (i.E.).

²³ Knapp *Christoph Möllers*, Transnationale Behördenkooperation, *ZaöRV* 65 (2005), S. 351 (378 ff.); zum informellen Konsens als Legitimationsfaktor für die Rechtsetzung *Arndt* (FN 13), S. 106 f.

²⁴ Zur organisatorischen Entkoppelung als Gemeinwohlpostulat *Hans-Heinrich Trute*, Gemeinwohlsicherung im Gewährleistungsstaat, in: Schuppert/Neidhardt (Hrsg.), *Gemeinwohl – Auf der Suche nach Substanz*, 2002, S. 329 (335 ff.); s. auch *Georg Hermes*, Gemeinschaftsrecht, „neutrale“ Entscheidungsträger und Demokratieprinzip, *FS Zuleeg*, 2005, S. 410 (418 ff.); zu einem topischen Nebeneinander von input und output *Utz Schliesky*, Souveränität und Legitimität von Hoheitsgewalt, 2004, S. 588 ff.

²⁵ Darin ein Kernelement der Verwaltungslegitimation des Verbundes erkennend: *Hans Christian Röhl*, Akkreditierung und Zertifizierung im Produktsicherheitsrecht, 2000, S. 44 ff.; s. auch *Antje David*, Inspektionen als Instrument der Vollzugskontrolle im Europäischen Verwaltungsverbund, in: Schmidt-Aßmann/Schöndorf-

einer Voraussetzung dafür, dass das vertikale Phänomen von Herrschaft entsteht und Bestand haben kann²⁶.

Haubold (Hrsg.), *Verwaltungsverbund* (FN 1), S. 237 (252, 263 f.); *Jens-Peter Schneider*, *Vollzug des Europäischen Wirtschaftsrechts zwischen Zentralisierung und Dezentralisierung*, *EuR Beiheft 2* (2005), S. 141 (147).

²⁶ *Sedes materiae* ist das in Art. 10 EG normierte Loyalitätsprinzip als Schlüssel zum Verständnis der Union: *Armin v. Bogdandy*, *Europäische Prinzipienlehre*, in: ders. (Hrsg.), *Europäisches Verfassungsrecht*, 2003, S. 149 (202); zum Vertrauen als Grundlage von Loyalität *Giandomenico Majone*, *Mutual Trust*, *EUI Working Paper RSC 95/1*; zu einem kollektivistischen Verständnis *Claus Offe*, *Demokratie und Wohlfahrtsstaat: Eine europäische Regimeform unter dem Streß der europäischen Integration*, in: *Streeck* (Hrsg.), *Internationale Wirtschaft, nationale Demokratie*, 1998, S. 99 ff. (104); demgegenüber stärker als Ausdruck wechselseitigen Respekts der Unionsbürger *Ulrich K. Preuß*, *Europa als politische Gemeinschaft*, in: *Schuppert/Pernice/Halter* (Hrsg.), *Europawissenschaft*, 2005, S. 489 (529 f.); zum Ganzen auch *Christoph Engel*, *Vertrauen: ein Versuch*, *Preprints der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter*, 1999/12.