

Gibt es ein eigenes „Energieeffizienzrecht“?

Grundstrukturen und offene Fragen

Prof. Dr. Ines Härtel

Ruhr-Universität Bochum

I. Energiewende vor dem Hintergrund der dritten industriellen Revolution

Das Energierecht folgt in seiner historischen wie aktuellen Ausgestaltung der sozioökonomischen Entwicklung der Energieformen und Energienutzungen selbst. Die Nutzung von Energie ist das Lebenselixier von Gesellschaften. Das gilt in besonders hohem Maß für die modernen Industriegesellschaften, die substantiell auf energetischen Grundlagen beruhen und diese Grundlagen über verschiedene Stadien hinweg wissenschaftlich-technisch wie ökonomisch-gesellschaftlich im Großraum Europa entwickelt haben – „die Entstehung der modernen Welt ist ein Phänomen des Westens“.¹ Diese Verbindung von wissenschaftlich-technologischer Erkenntnis und markoliberal-ökonomischer Verwertungspraxis im Bereich der Energienutzung war revolutionär. Nach *Jeremy Rifkin* war die erste industrielle Revolution eine Folge der Verbindung von Druckereiwesen/Bildung und Dampfkraft bis hin zur „kohlebefeuernden, dampfgetriebenen Schienen- und Fabrikwirtschaft“.² Die zweite industrielle Revolution wurde vorangetrieben durch die Entwicklung von elektrischer Kommunikation und ölgetriebenem Verbrennungsmotor. Die Elektrifizierung der Städte, Häuser und Fabriken schuf eine energetische Infrastruktur als Grundlage für Massenproduktion und Massenkonsumtion. Die dritte industrielle Revolution schließlich beginnt aktuell im 21. Jahrhundert mit der Herausbildung von Internettechnologien und neuen energetischen Stoffströmen wie den erneuerbaren Energien.³

1 Cohen, Die zweite Erschaffung der Welt. Wie die moderne Naturwissenschaft entstanden, 2011, S. 8 und ff.

2 Rifkin, Die dritte industrielle Revolution. Die Zukunft der Wirtschaft nach dem Atomzeitalter, 2011, S. 47 und ff.

3 Nach Rifkin beruht die dritte industrielle Revolution auf fünf Säulen, die alle einzeln wie im Zusammenhang neue rechtliche Regelungen erfordern: „Der Umstieg auf erneuerbare Energien, die Umwandlung des Baubestandes aller Kontinente in Mikrokraftwerke, die die erneuerbaren Energien vor Ort erzeugen, der Einsatz von Wasserstoff- und anderen Energiespeichern in allen Gebäuden sowie an Knotenpunkten dieser Infrastruktur zur Speicherung von unregelmäßiger

Die bisherigen Stadien der industriellen Revolution sind dabei von einer spezifischen, Staat und Recht beeinflussenden Geisteshaltung von Wissenschaft und Ökonomie geprägt. Einerseits machte diese sich bemerkbar in dem Ansatz der modernen Wissenschaften. Mit dem Beginn der Neuzeit, von der Renaissance bis zur Aufklärung, revolutionierte sich das Bild des Menschen von sich selbst, seinen Lebensverhältnissen, von Natur und Umwelt, der Erde im Kosmos. Moderne wissenschaftlich geprägte Denkmuster und die entdeckend-experimentelle Forschung⁴ führten dabei auch zu einer neuen Kenntnis, Beherrschung und Anwendung von Energie. Dies führte andererseits zu der „Großen Transformation“⁵ der Entwicklung einer von der Gesellschaft losgelösten, eigenständigen Ökonomie der Industriegesellschaft mit ihren neuen Produktions- und Konsumtionsregimen auf der Basis von erheblichem Energieverbrauch (allgemein: des Ressourcenverbrauchs) und der Schaffung einer Energieinfrastruktur. Der Staat und das Recht haben diesen großen historischen Transformationsprozess⁶ entscheidend begleitet und in den verschiedenen Phasen der industriellen Revolution mitgeformt. Das heutige ausgebildete Energierecht entstand als spezifische Differenzierungsform zu diesen sozioökonomischen Entfaltungsprozessen der Industriegesellschaft.

Vor diesem Hintergrund und angesichts der neuen Dynamiken der „Zweiten Moderne“ (*Ulrich Beck*) – der wissenschaftlich-technischen Entwicklung insbesondere im Energiesektor, der wachsenden Begrenzung der (fos-

Energie, die Nutzung der Internettechnologie, um das Stromnetz auf jeden Kontinent in ein Energy-Sharing-Netz (Intergrid) zu wandeln, über das lokale Überschüsse der Allgemeinheit zur Verfügung gestellt werden können, die Umstellung der Transportflotten auf Steckdosen- und Brennstoffzellenfahrzeuge, die Strom über ein intelligentes und interaktives Stromnetz kaufen und verkaufen können“. Jeremy Rifkin, *Die dritte industrielle Revolution. Die Zukunft der Wirtschaft nach dem Atomzeitalter*, 2011, S. 49.

4 Siehe dazu im Einzelnen Cohen, *Die zweite Erschaffung der Welt. Wie die moderne Naturwissenschaft entstand*, 2011; Dear, *Revolutionizing the Sciences. European Knowledge and its Ambitions, 1500-1700*, 2001.

5 Die Trennung von integrierten Gesellschaften als der Einheit von Wirtschaft und Gesellschaft und nicht integrierten Gesellschaften, in denen marktliberale Wirtschaft und Gesellschaft eigenständig sind, wird analysiert von Polanyi, *The Great Transformation: Politische und ökonomische Ursprünge von Gesellschaft und Wirtschaftssystemen*, 1997 (1944).

6 Dieser Ansatz wird wieder aufgegriffen (und dann in die Forderung einer neuen Großen Transformation gemünzt) in: Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU), *Welt im Wandel. Gesellschaftsvertrag für eine Große Transformation*, 2011, S. 89 ff.; vgl. auch Osterhammel, *Die Verwandlung der Welt. Eine Geschichte des 19. Jahrhunderts*, 2009.

silen) Ressourcen, der Ansprüche von fast sieben Milliarden Menschen⁷, der weltweiten Umwelt- und Klimaentwicklung – steht das Recht vor neuen großen Herausforderungen. Das gilt besonders für die Bundesrepublik Deutschland mit ihrer politisch induzierten und verschärften „Energiewende“. Diese knüpft an in der Zielsetzung einerseits an Vorläufer wie die Ökosteuer und die Fortführung des integrierten Energie- und Klimaschutzprogramms („Meseberger Programm“) der Bundesregierung vom 5. Dezember 2007, andererseits an energiepolitische und energierechtliche Vorgaben der Europäischen Union für die Mitgliedstaaten. Die Notwendigkeit der europäischen wie nationalen Energiewende bedingt dabei nicht nur einen ressourcenschonenderen Umgang mit der Energie in ihren unterschiedlichen Trägerschaften und den quantitativ forcierten Ausbau der erneuerbaren Energien, sondern vor allem auch eine Umsteuerung auf Energieeffizienz. Mehr denn je gilt: „Die Energiewende braucht mehr Energieeffizienz.“⁸ Diese lässt sich verstehen als Erhöhung des Wirkungsgrades der eingesetzten Energie oder als direkte Einsparung, also geringerer Energieeinsatz.⁹ „Umso niedriger (dabei) der Gesamtbedarf (an Energie) ist, desto kostengünstiger und leichter kann der Umstieg auf erneuerbare Energien in der Stromversorgung gelingen. Eine erfolgreiche Effizienz- und Einsparpolitik ist somit zentrale Voraussetzung für eine nachhaltige und kostengünstige Energieversorgung.“¹⁰

Auf der Basis dieser Erkenntnisgrundlagen stellt sich zusammen mit den weiteren unternehmensgesellschaftlichen Differenzierungsprozessen, dem Ziel der Verringerung der Energieabhängigkeit vom Ausland, der Energiepolitik der Europäischen Union und angesichts der nationalen Energiewende mit

7 Gemäß der Angaben der Deutschen Stiftung Weltbevölkerung (DSW) hat sich zwischen 1960 und 2000 die Zahl der Menschen verdoppelt. Ende 2011 wird wohl noch die 7-Milliarden-Marke überschritten. Für das Jahr 2050 werden rund 9,3 Milliarden Menschen, für 2100 gar 15,8 prognostiziert. Jede Sekunde werden (fast) drei Menschen geboren – in der Perspektive der gesamten Menschheitsentwicklung insgesamt stehen wir in dem bisher größten demografischen Umbruch. Dies hat hinsichtlich des Natureingriffs und des Verbrauchs an Lebensmitteln und Energie ganz andere Dimensionen als bei den rund 12 Millionen Menschen, die vor 6000 Jahren auf der Erde lebten.

8 Umweltbundesamt, Presseinformation Nr. 21/2011, abrufbar unter www.umweltbundesamt.de. Siehe dazu auch die UBA-Studie „Statusbericht zur Umsetzung des Integrierten Energie- und Klimaschutzprogramms der Bundesregierung“, Juni 2011 (<http://www.uba.de/uba-info-medien/3971.html>, S. 9). Vgl. auch Hennicke/Bodach, Energierevolution – Effizienzsteigerung und erneuerbare Energien als globale Herausforderung, 2010, S. 142, 144.

9 Vgl. Pehnt, Energieeffizienz – Definitionen, Indikatoren, Wirkungen, in: ders. (Hrsg.), Energieeffizienz, 2010, S. 1 f.

10 Sondergutachten des Sachverständigenrates für Umweltfragen, Wege zur 100 % erneuerbaren Stromversorgung, BT Drs. 17/4890 vom 18. 2. 2011, S. 229, Anm. 408.

Betonung der erneuerbaren Energien in Deutschland das grundsätzliche Problem, ob damit zugleich auch neue Differenzierungen des Energierechts notwendig werden. Denn mit Blick auf die Rechtsakte und angesichts der vielen praktischen Schwierigkeiten bei deren Umsetzung in die Praxis¹¹ ist und bleibt die ambitionierte Energiewende in Deutschland in Verbindung mit der Energiepolitik der Europäischen Union eine hochkomplexe Angelegenheit. Diese neue Komplexität fordert die Frage der Herausbildung eines eigenständigen Energieeffizienzrechts geradezu heraus.

Dabei gilt der Grundsatz: Das Recht folgt der Politik, im nationalstaatlichen wie europäischen Bezugssystem. Deren Vorgaben sind klar und verbindlich gesetzt: Die drei Ziele einer integrierten europäischen Klima- und Energiepolitik sind dreimal 20 bis 2020 – 20 % weniger Treibhausemissionen, 20 % erneuerbare Energien am Gesamtenergieverbrauch und 20 % Energieeinsparung.¹² Im Gegensatz zu den ersten beiden Zielen ist das Ziel der Energieeffizienz für die Mitgliedstaaten bisher rechtlich nicht verpflichtend. Dementsprechend sind auch nur geringe Fortschritte zu verzeichnen. Nach Einschätzung der EU-Kommission reichen die bisher eingeleiteten Schritte nur aus, den Verbrauch um 10 % zu senken.¹³ Um auf den Zielkurs zurückzukehren, hat die EU-Kommission in ihrem neuen „Energieeffizienzplan 2011“ vom 8. 3. 2011 verschiedene Maßnahmen vorgeschlagen.¹⁴ Neue Regelungen zur Verbesserung der Energieeffizienz hat die EU-Kommission mit dem Entwurf für eine neue Energieeffizienzrichtlinie vom 22. 6. 2011 konzipiert.¹⁵ Diese befindet sich in der mitgliedstaatlichen Entwurfsbera-

11 Siehe dazu den Report „Bremsen, blockieren, große Töne spucken“, in: Wirtschaftswoche Nr. 43 vom 24. 10. 2011 S. 60 ff.

12 Entscheidung Nr. 406/2009/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. 4. 2009, ABl. EU Nr. L 140, S. 136; Mitteilung der Kommission vom 31. 1. 2008, KOM (2008) 30 endg.; Mitteilung der Kommission vom 10. 1. 2007, KOM (2007) 2 endg.; Anlage I zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 8./9. 3. 2007 (Drs. 7224/1/07 vom 2. 5. 2007). Zum Ziel der EU, 20 % der Energie durch Energieeffizienz einzusparen, vgl. zuletzt Anlage I zu den Schlussfolgerungen des Europäischen Rates vom 17. 6. 2010, Drs. 13/1.

13 Mitteilung der Kommission vom 8. 3. 2011, Energieeffizienzplan 2011, KOM (2011) 109 endg., S. 2; Oettinger hält an strikten Energieeinsparzielen fest, FAZ vom 10. 5. 2011, S. 10.

14 Mitteilung der Kommission vom 8. 3. 2011, Energieeffizienzplan 2011, KOM (2011) 109 endg. In ihrer „EU-Klima-Roadmap 2050“ nimmt die Kommission dabei eine längerfristige Perspektive ein, siehe Mitteilung der Kommission, Fahrplan für den Übergang zu einer wettbewerbsfähigen CO₂-armen Wirtschaft bis 2050, KOM (2011) 112 endg.. Beide Mitteilungen sieht die Kommission wiederum als Beitrag im Rahmen der „Leitinitiative für Ressourceneffizienz“, KOM (2011) 21 endg.; siehe auch den Entwurf zu Schlussfolgerungen des Rates der Europäischen Union zum Energieeffizienzplan, Drs. 10709/11 vom 26. 5. 2011.

15 Vorschlag für Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Energieeffizienz und zur Aufhebung der Richtlinien 2004/8/EG und 2006/32/EG, KOM (2011) 370 endg. Zur Kritik

tung. Das Bundeskabinett hat nach interministerieller Beratung diesem Entwurf am 20. 12. 2011 zugestimmt.

Mit der Unions-Ebene korrespondiert die mitgliedstaatliche Ebene. Nach dem Energiekonzept der Bundesregierung von 2010¹⁶, mit dem auch die Integrierte Energie- und Klimapolitik von 2007¹⁷ fortgesetzt wird, soll bis 2020 die Energieeffizienz gesteigert und somit der Primärenergieverbrauch gegenüber 2008 um 20 % und bis 2050 um 50 % sinken. „Unser Ziel muss lauten, Weltmeister im Energiesparen zu werden“¹⁸, so das implizite Leitmotiv der Bundesregierung.¹⁹

Mittlerweile existiert eine Vielzahl von Rechtsvorschriften einschließlich eines bunten Straußes von Instrumenten. Diese beziehen sich auf Energieeffizienz als Gesamtbereich und dienen direkt wie indirekt insbesondere der Steigerung dieser Effizienz. Dieses umfangreiche Rechtskonglomerat ist zurzeit ein stark anwachsendes „Sammelsurium“ von Gegenständen und Rechtsvorschriften. Damit wächst zugleich der Bedarf an rechtlicher Orientierung. Angesichts der exorbitanten Vorgaben des Gesetzgebers, der Umsetzungspraxis sowie der bisherigen disparaten Rechtslage besteht eine sich ständig vergrößernde Klärungs- und Ordnungsnotwendigkeit dieser Rechtsmaterie. Wenn das bisherige Recht in Rechtsordnung und Rechtssystematisierung die anstehenden Probleme der Energieeffizienz nicht mehr zureichend bewältigen kann, liegt es nahe, eine Ausdifferenzierung in Form eines eigenständigen Rechtsgebietes vorzunehmen.

hieran als nicht weitgehend genug z.B. in der Stellungnahme der Deutschen Unternehmensinitiative Energieeffizienz (DENEFF) e. V. v. 27. 7. 2011.

16 BMWi/BMU, Energiekonzept – für eine umweltschonende, zuverlässige und bezahlbare Energieversorgung, 28. 9. 2010, S. 5; vgl. ebenso Bundesregierung, Eckpunkte Energieeffizienz vom 6. 6. 2011.

17 Bundesregierung, Das Integrierte Energie- und Klimaprogramm, Meseberg, August 2007; dies., Bericht zur Umsetzung der in der Kabinettsklausur am 23./24. 8. 2007 in Meseberg beschlossenen Eckpunkte für ein Integriertes Energie- und Klimaprogramm, Dezember 2007. Siehe hierzu insbesondere Umweltbundesamt, Statusbericht zur Umsetzung des Integrierten Energie- und Klimaschutzprogramms der Bundesregierung, Juni 2011.

18 „Deutschland zum Weltmeister im Energiesparen machen! – Schlüsselbereiche Bau- und Mobilitätspolitik“, – „Liebe-Freunde-Brief“ des Bundesministers für Verkehr, Bau- und Stadtentwicklung, Dr. Peter Ramsauer, an die Mitglieder der CDU/CSU-Fraktion im Deutschen Bundestag, vom 5. 4. 2011.

19 Zu der Politik der deutschen wie europäischen Energiepolitik siehe Bruhns/Keilhacker, „Energiewende“: Wohin führt der Weg? sowie: Fischer, Außenseiter oder Spitzenreiter? Das „Modell Deutschland“ und die europäische Energiepolitik, beide in: Aus Politik und Zeitgeschichte (ApuZ) 46-47, 2011, S. 22 ff und S. 15 ff.

Solch ein Wandlungs- und Entwicklungsprozess durch Binnendifferenzierung ist dabei ein durchaus üblicher Teil der (rechts-)wissenschaftlichen Erfassung und Durchdringung der modernen Welt. Denn die Professionalisierung, Ausdifferenzierung und Spezialisierung der Wissenschaften²⁰ ist eine nicht hintergehbare Konsequenz der seit der Neuzeit stetig angewachsenen Erkenntnis- und Wissensbestände. In den Einzeldisziplinen der Wissenschaft entstehen immer dann spezifisch eigenständige Gebiete, wenn eine Sachmaterie zu komplex wird und neue Themen auftauchen. Dieses lässt sich sowohl in den Naturwissenschaften als auch in den Geisteswissenschaften beobachten – so auch in den Rechtswissenschaften. Im 19. Jahrhundert beispielsweise hat sich „die Staatswissenschaft (...) in das rechtsdogmatische Öffentliche Recht und die Politikwissenschaft“ differenziert.²¹ Neben die Loslösung von Bereichen als eigenständige Disziplinen tritt dann die weitere Binnendifferenzierung des Faches. „Längst ist die Unterteilung in die Unterdisziplinen Öffentliches Recht, Zivilrecht und Strafrecht in Wissenschaft und Rechtspraxis durch eine Vielzahl weiterer Spezialisierungen und Subdisziplinen ergänzt worden“²², so in jüngerer Zeit beispielsweise mit dem Energierecht, Technikrecht, Umweltrecht sowie Medienrecht. Dieser der realen Entwicklung geschuldete Differenzierungsprozess geht weiter, so möglicherweise mit einem „Recht in der digitalen Welt“ (Internetrecht), aber auch mit weiteren Spezialisierungen im Energierecht.

Die Etablierung eines neuen rechtswissenschaftlichen Zweiges und Forschungsfeldes ermöglicht dann neue Erkenntnis, macht die gewachsene Komplexität beherrschbar und schafft rechtstheoretisch Klärung und Ordnung. Das ist für die Entwicklung der Rechtswissenschaft, aber auch für die Rechtsinterpreten und Rechtsanwender in der Praxis von grundsätzlicher Wichtigkeit.

20 Stichweh, *Wissenschaft, Universität, Professionen*, 1994, S. 16 ff. Kritisch mit Blick auf die Entstehung verschiedener „Subrechtsgebiete“ Lindner, *Rechtswissenschaft als Gerechtigkeitswissenschaft*, RW 2011, Heft 1, 1 (2 f.).

21 Stolleis, *Konstitution und Intervention. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts im 19. Jahrhundert*, 2001, S. 34 ff.

22 Aden, *Transnationales Recht als Thema fragmentierter Rechtswissenschaften*, RW, Heft 2, 2010, S. 212 ff. Vgl. auch Horn, *Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie*, 4. Aufl. 2007, § 2 Rn. 43; Reh binder, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, 8. Aufl. 1995, S. 87 ff.; siehe auch Bettermann, *Das Wohnungsrecht als selbstständiges Rechtsgebiet*, 1949, S. 7.

II. Grundlagen für die Entstehung eines Rechtsgebietes

Wie aufgezeigt ist es von entsprechender Bedeutung, sich der Frage zu widmen, ob die bestehende Rechtsstruktur ausreicht oder ob die Schwelle der Bildung eines neuen Rechtsgebietes (oder Teilrechtsgebietes) „Energieeffizienz“ überschritten wird.

Als Erstes ist zu fragen: Was konstituiert ein Rechtsgebiet? Obgleich Differenzierung und Systematisierung in verschiedene Rechtsgebiete grundlegend für die Rechtswissenschaften sind, gibt es in der neueren Rechtstheorie kaum eine Auseinandersetzung um mögliche Kriterien für die Entstehung eines Rechtsgebietes.²³ Vielmehr finden sich hauptsächlich Darstellungen über die Einteilung in Rechtsgebiete. Es gibt nur einige wenige, jüngere Grundsatzaussagen über die Konstituierung von neuen Rechtsgebieten, so bei *Michael Kloepfer*²⁴ zur Entstehung des Umweltrechts, bei *Michael Stolleis*²⁵ in Bezug auf das Wirtschaftsverwaltungsrecht oder bei *Helmut Schulze-Fielitz/Thorsten Müller*²⁶ mit Blick auf das Klimaschutzrecht.

Danach ist „Die Entstehung eines „Rechtsgebietes“ (...) ein komplexer Vorgang der Interaktion von Fachleuten und fachnaher öffentlicher Meinung, von Gesetzgebung und wissenschaftlicher Interpretation.“²⁷ „Die Wahrnehmung bestimmter Bereiche des Rechts durch Wissenschaft und Praxis als „Rechtsgebiete“ ist dabei Folge (...) zahlreicher ineinandergreifender sozialer Entwicklungsprozesse.“²⁸

Die Qualifizierung von Rechtsvorschriften als Rechtsgebiet kann erstens rechtsfolgenbestimmend sein, d.h., sie kann insbesondere kompetenzbegründend für den Gesetzgeber, für eine Behörde oder für ein Gericht

23 Vgl. Kloepfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 1 Rn. 62.

24 Kloepfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978, S. 68 ff.; ders., Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 1 Rn. 62.

25 Stolleis, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 1 ff.

26 Müller/Schulze-Fielitz, Auf dem Weg zu einem Klimaschutzrecht, in: Schulze-Fielitz/Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2008, S. 9 ff.; Schulze-Fielitz auch schon mit Blick auf das Umweltrecht, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989 (990 ff.).

27 Stolleis, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig?, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), 2002, S. 1, 10.

28 Schulze-Fielitz, Umweltrecht, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989 (990).

sein.²⁹ Auch kann die Zuordnung zu einem Rechtsgebiet „interpretationsleitende“ Funktionen erfüllen.³⁰

Zweitens kann der „Zweck der Konstituierung von Rechtsgebieten auch primär akademisch-didaktischer Art sein“ oder – drittens – „in rechtssystematischer Ausrichtung“ erfolgen.³¹ „Wissenschaftlicher Zweck der Rechtssystematisierung ist es vor allem, erkenntnisfördernd Grundgedanken und -strukturen in verschiedenen Rechtsvorschriften zu verdeutlichen und so zu einer harmonischen Rechtsentwicklung beizutragen“³².

Viertens kann mit der Konstituierung eines Rechtsgebietes ein „Wildwuchs“ von Rechtsvorschriften und Instrumenten in eine kohärente „gute Ordnung“ gebracht werden.

All dies ist im Sinne eines „wohlgeordneten Rechts“, das Rechtstheoretikern bei der Erkenntnissuche hilft und Rechtsanwendern in der Praxis dient. Was ist mit wohlgeordnetem Recht gemeint? Ein solches Recht fungiert als Verständigungs-, Bedachtsamkeits- und Assoziationsräume erschließendes Leitbild³³ im Sinne einer übergreifenden Idee und dient einer Rechtsetzungslehre in der Suche nach einer sinnvollen Ordnung des Rechts.³⁴ Es lässt sich im Wesentlichen nach fünf normativen Kriterien bemessen, die sich in der Rechtspraxis überschneiden: Das sind erstens die Ziele, Werte und Rechtsprinzipien der Verfassung sowie die Menschen- und Grundrechte.³⁵ Zweitens die Kohärenz als dem Gebot der Wider-

29 Klopfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978, S. 68; ders., Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 1 Rn. 62.

30 Klopfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978, S. 69.

31 Klopfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 1 Rn. 62.

32 Klopfer, Umweltrecht, 3. Aufl. 2004, § 1 Rn. 62; Axer, Die Widmung als Schlüsselbegriff des Rechts der öffentlichen Sachen, 1994, S. 223.

33 Leitbilder ordnen das Recht als übergreifende Idee, erschließen „Assoziationsräume“ und „Aufmerksamkeitsfelder“, siehe zur Funktion von Schlüsselbegriffen Hoffmann-Riem, Ermöglichung von Flexibilität und Innovationsoffenheit im Verwaltungsrecht – Einleitende Problem-skizze, in: ders./Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Innovation und Flexibilität des Verwaltungshandelns, 1994, S. 9 ff.; Voßkuhle, „Regulierte Selbstregulierung“ – Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht, Die Verwaltung, Beiheft Nr. 4, 2011, S. 197 ff.; Baer, Schlüsselbegriffe, Typen und Leitbilder als Erkenntnismittel und ihr Verhältnis zur Rechtsdogmatik, in: Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, S. 223 ff.

34 Für die europäische Rechtsetzungslehre siehe Härtel, Handbuch Europäische Rechtsetzung, 2006, § 2; dies., Zuwachsende Legitimität: Institutionen und Verfahren der Rechtsetzung in der föderalen Europäischen Union, in: dies. (Hrsg.), Handbuch Föderalismus – Föderalismus als demokratische Rechtsordnung und Rechtskultur in Deutschland, Europa und der Welt, 2012, Band IV, § 86 Rn. 13.

35 Funktionen, Aufgaben der Rechtsetzung: Europäische Integration durch Rechtsetzung – Gewährleistung und Verwirklichung individueller Freiheit (vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV) – Tietje,

spruchsfreiheit der Rechtsordnung bzw. der Einheit der Verfassung. Drittens die Effektivität und die Effizienz von Rechtsnormen. Dabei betrifft die Effizienz die Art und Weise, wie man zum Ziel der Rechtsnorm gelangt, Effektivität bedeutet die tatsächliche Wirksamkeit der Norm. Viertens die Transparenz, die sich vor allem auf die Normenklarheit und das Bestimmtheitsgebot bezieht. Fünftens die Nachhaltigkeit³⁶, die rechtliche Beständigkeit und Dauerhaftigkeit mit Gerechtigkeit verbindet und sich dabei sowohl auf Intergenerationengerechtigkeit als auch auf Nachhaltigkeitsansätze wie die verbundene Dreidimensionalität des Sozialen, Ökonomischen und Ökologischen für die Ausgestaltung von Rechtsnormen verbindet.

Für die Bestimmung eines Rechtsgebietes sind diese normativen Kriterien des wohlgeordneten Rechts wie auch andere Kriterien keine apriorischen Setzungen. Es gibt hier keine transhistorischen, idealen, objektiven, allgemeingültigen Kriterien, der sich die Rechtstheorie quasi in platonischer Sicht erkenntnismäßig nur anzunähern bräuchte. Vielmehr hängt die Ausdifferenzierung einer Rechtsmaterie fundamental von den jeweiligen historischen, wissenschaftlichen, sozialen, ökonomischen, politischen und kulturellen Gegebenheiten ab, mit denen sie verbunden ist.

Allerdings lassen sich einige wertende Kriterien als „Orientierungspunkte“ ausmachen: Ein erster Anhaltspunkt für die mögliche Entstehung eines neuen Rechtsgebietes ist das Vorliegen eines komplexen, zusammenhängenden Lebensbereichs, wobei ein bloß kurzfristiges, vorübergehendes Phänomen nicht zu einem Rechtsgebiet taugt.³⁷

Des Weiteren wird ein Rechtsgebiet durch Sachzusammenhänge und Sachstrukturen geprägt, die sich zu inhaltlicher Kohärenz fügen. Erforderlich ist der übergeordnete normativ „gleiche Nenner“³⁸. Es muss einen gewissermaßen „einheitsstiftenden Begriff“³⁹ geben, unter dem die verschiedenen Rechtsvorschriften und Rechtsinstitute subsumiert werden können.

Autonomie und Bindung der Rechtsetzung in gestuften Rechtsordnungen, VVDStRL 66 (2007), 45 (52).

36 Zur Nachhaltigkeit siehe grundlegend Ekardt, Theorie der Nachhaltigkeit, 2011; Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008; zu den verschiedenen Nachhaltigkeitsansätzen Armin Grunwald/Jürgen Kopfmüller, Nachhaltigkeit, 2006, S. 37 ff

37 Vgl. Bettermann, Das Wohnungsrecht als selbständiges Rechtsgebiet, 1949, S. 8, 36; Maslaton, Das Recht der Erneuerbaren Energien als eigenständige juristische Disziplin, LKV 2008, 289 (291).

38 Kloepfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978, S. 68.

39 Schulze-Fielitz, Umweltrecht, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989 (991).

Ein neu entstehendes Rechtsgebiet wird dadurch semantisch „plausibel (in) ein Gebiet zusammen(ge)fasst“.⁴⁰ „Konstituierend für ein neues (Teil-) Rechtsgebiet kann schon sein, wenn ein gemeinsames Ziel der Problemlösung durch eine Vielzahl sehr unterschiedlicher Gesetze und Instrumente angestrebt wird, die ihrerseits in ihrer Reichweite aufeinander abgestimmt werden müssen.“⁴¹

Prägend für ein neues Rechtsgebiet können aber auch verfassungsrechtliche „Vorabentscheidungen“ wie Gesetzgebungskompetenzen und Staatszielbestimmungen sein. Neben der Verfassung können solche „Vorabentscheidungen“ in besonderen Kompetenzvorschriften für Behörden oder speziellen Rechtswegzuweisungen gesehen werden.⁴²

Zu den normativen Entscheidungen und der plausiblen semantischen Begriffsbildung tritt im Laufe der kommunikativ-diskursiven Entwicklung rechtsgebietliche Anerkennung durch den juristischen Berufsstand im Allgemeinen und die Scientific Community im Besonderen hinzu.⁴³ Dazu gehören weitere Elemente einer „äußeren Professionalisierung“⁴⁴ des Rechtsgebietes: die Existenz von Lehrstühlen, Forschungsinstituten, Lehrbüchern, Zeitschriften, Monografien und Schriftenreihen, die Anerkennung als juristisches Prüfungsfach, aber auch die Einrichtung von Verwaltungsabteilungen, die Spezialausrichtung von Kanzleien sowie die Möglichkeit zur Ausbildung als Fachanwalt.

Mit Blick auf solche Entstehungswege eines Gebietes hat der große Ökonom John Maynard Keynes bemerkt: „Es ist nicht so schwer, neue Konzepte und Strategien zu entwickeln, viel schwerer ist es, die alten Routinen und Leitbilder zu vergessen“.⁴⁵ Das gilt auch für das Recht. Auch hier ist es

40 Schulze-Fielitz, Umweltrecht, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989 (991).

41 Müller/Schulze-Fielitz, Auf dem Weg zu einem Klimaschutzrecht, in: Schulze-Fielitz/Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2008, S. 9 (10).

42 Vgl. Klopfer, Systematisierung des Umweltrechts, 1978, S. 68; Müller/Schulze-Fielitz, Auf dem Weg zu einem Klimaschutzrecht, in: Schulze-Fielitz/Müller (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2008, S. 9 (10); Maslaton, LKV 2008, 289 (291).

43 Stolleis, Wie entsteht ein Wissenschaftszweig? Wirtschaftsrecht und Wirtschaftsverwaltungsrecht nach dem Ersten Weltkrieg, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht, 2002, S. 1 (10, 12).

44 Schulze-Fielitz, Umweltrecht, in: Willoweit (Hrsg.), Rechtswissenschaft und Rechtsliteratur im 20. Jahrhundert, 2007, S. 989 (992 f.); Müller/Schulze-Fielitz, Auf dem Weg zu einem Klimaschutzrecht, in: dies. (Hrsg.), Europäisches Klimaschutzrecht, 2008, S. 10.

45 Dieses Zitat wird Keynes ebenso zugeschrieben wie „Die Schwierigkeit ist nicht, neue Ideen zu finden, sondern den alten zu entkommen.“ Obwohl oft in Aufsätzen, Werken und Reden zitiert, ist die genaue Quellenangabe unklar, hier zitiert nach Wissenschaftlicher Beirat der Bundesregierung Globale Umweltveränderungen (WBGU), Hauptgutachten, Welt im Wandel: