

Engel, Christoph

Working Paper

Institutionen zwischen Staat und Markt

Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 1999/3

Provided in Cooperation with:

Max Planck Institute for Research on Collective Goods

Suggested Citation: Engel, Christoph (1999) : Institutionen zwischen Staat und Markt, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, No. 1999/3, Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter, Bonn

This Version is available at:

<https://hdl.handle.net/10419/274133>

Standard-Nutzungsbedingungen:

Die Dokumente auf EconStor dürfen zu eigenen wissenschaftlichen Zwecken und zum Privatgebrauch gespeichert und kopiert werden.

Sie dürfen die Dokumente nicht für öffentliche oder kommerzielle Zwecke vervielfältigen, öffentlich ausstellen, öffentlich zugänglich machen, vertreiben oder anderweitig nutzen.

Sofern die Verfasser die Dokumente unter Open-Content-Lizenzen (insbesondere CC-Lizenzen) zur Verfügung gestellt haben sollten, gelten abweichend von diesen Nutzungsbedingungen die in der dort genannten Lizenz gewährten Nutzungsrechte.

Terms of use:

Documents in EconStor may be saved and copied for your personal and scholarly purposes.

You are not to copy documents for public or commercial purposes, to exhibit the documents publicly, to make them publicly available on the internet, or to distribute or otherwise use the documents in public.

If the documents have been made available under an Open Content Licence (especially Creative Commons Licences), you may exercise further usage rights as specified in the indicated licence.



Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie

Preprints
aus der Max-Planck-Projektgruppe
Recht der Gemeinschaftsgüter
Bonn
1999/3

Institutionen zwischen Staat und Markt

von
Prof. Dr. Christoph Engel

Institutionen zwischen Staat und Markt

Sphinxen und Centauren, Zombies und Vampire, Nixen und Melusinen – Zwischenwesen haben die Menschen seit alters fasziniert. Auch Wissenschaftler verspüren diesen Reiz und suchen, gefestigten Distinktionen einen Zwischenboden einzuziehen. So ist es auch der Unterscheidung von Staat und Markt ergangen. Politikwissenschaftler machen sich auf in das „Zwischenreich zwischen Markt und Staat“¹, Juristen erforschen den „Dritten Sektor“² und Ökonomen machen Institutionen auch dann zu ihrem Gegenstand, wenn sie sich weder Staat noch Markt klar zuordnen lassen³.

Bevor wir in das Zwischenreich aufbrechen, müssen wir uns vor Augen führen, woher wir kommen. Was ist also mit den Begriffen Institution, Staat und Markt gemeint (I)? Bei unserer Reise werden wir dann auf zwei Stämme von Ureinwohnern treffen: Auf zentrale Steuerung, die nicht vom Staat verantwortet ist (II) und auf hybride Mischungen aus staatlicher und gesellschaftlicher zentraler Steuerung (III). Es ist die Aufgabe des Rechts, diese Ureinwohner zu erforschen, manchmal auch zu zivilisieren (IV).

¹ *Renate Mayntz/ Fritz W. Scharpf*: Steuerung und Selbstorganisation in staatsnahen Sektoren, in: *dies.* (Hrsg.): *Gesellschaftliche Selbstregelung und politische Steuerung* (Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung Köln 23) Frankfurt 1995, 9-38 (14).

² *Gunnar Folke Schuppert*: Die Erfüllung öffentlicher Aufgaben durch die öffentliche Hand, private Anbieter und Organisationen des Dritten Sektors, in: *Jörn Ipsen* (Hrsg.): *Privatisierung öffentlicher Aufgaben. Private Finanzierung, kommunale Investitionen* (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 44) Köln 1994, 17-35.

³ S. nur *Rudolf Richter/ Eirik Furubotn*: *Neue Institutionenökonomik. Eine Einführung und kritische Würdigung* (Neue ökonomische Grundrisse [1]) Tübingen 1996.

I. Die Fragestellung

Was ist nun also gemeint mit den Begriffen Institution (1), Markt (2) und Staat (3)?

1. Institutionen

Um den Begriff der Institutionen besteht seit Jahrzehnten Streit (a). Wichtig ist in unserem Zusammenhang die Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Institutionen (b). Nimmt man noch die Güter hinzu, deren Produktion die Institutionen ermöglichen oder erleichtern sollen, kommt man zu einer Dreiteilung in Güter, innere und äußere Institutionen.

a) Streit um den Begriff

Begriffe sind Zweckschöpfungen. Um sie zu streiten, lohnt nur, wenn daran etwas hängt. Das kann eine Rechtsfolge sein, der Geltungsanspruch einer Theorie oder der Zuständigkeitsanspruch einer Disziplin. All das braucht uns an dieser Stelle nicht zu kümmern. Entsprechend stiefmütterlich können wir den jahrzehntelangen Streit um den richtigen Begriff der Institution behandeln⁴. Für unsere Zwecke genügen eine Reihe von Klarstellungen. Institutionen sind von den Gütern verschieden. Ihre Aufgabe ist es, die Produktion von und den Handel mit Gütern zu ermöglichen oder zu erleichtern. Institutionen sind also durch ihre Steuerungswirkung bestimmt.

Das bedeutet allerdings nicht, daß Institutionen gerade um dieser Steuerungswirkungen willen bestehen müßten. Institutionen brauchen nicht einmal planhaft geschaffen zu sein. Vielmehr können sie gleichsam als Nebenprodukt von Handlungen entstehen, hinter denen ganz andere Absichten standen⁵. Das Gewohnheitsrecht ist ein gutes Beispiel. Es entsteht regelmäßig dadurch, daß zur stetigen Übung schließlich die Überzeugung hinzutritt, dieses Verhalten sei auch

⁴ Ausführlich *Jack Knight*: Institutionen und gesellschaftlicher Konflikt (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 99) Tübingen 1997, 1-3, 60 und 73; *Fritz W. Scharpf*: Games Real Actors Play. Actor-Center Institutionalism in Policy Research (Theoretical Lenses on Public Policy) Boulder, Colorado 1997, 38; *Richter/ Furubotn* (FN 3) 7f.; *Geoffry M. Hodgson*: Economics and Institutions. A Manifesto for a Modern Institutional Economics, Cambridge 1988, 123-138.

rechtlich geschuldet⁶. Auch wenn Institutionen planhaft geschaffen oder verändert werden, muß dieser Plan nicht oder jedenfalls nicht allein in Erleichterungen für die Produktion von Gütern bestanden haben. Vielmehr kann ein politischer Unternehmer das Ergebnis der nächsten Wahl oder die Ausweitung staatlicher Handlungsmöglichkeiten im Auge gehabt haben⁷. Und für einen gesellschaftlichen Akteur kann die neue Institution das Trojanische Pferd zur Erzielung von Verteilungsgewinnen für sich und die Gruppe sein, der er angehört⁸.

All das hat auch für den Juristen Bedeutung. Denn seine Aufgabe ist ja nicht nur die Verfeinerung der Handlungsformenlehre. Vielmehr muß er als Verfassungsrechtler auch darüber entscheiden, ob staatliche Interventionen in die Freiheit der Bürger überhaupt erforderlich sind. Das kann aus zwei Gründen fraglich sein. Der erste Grund findet sich in der verwaltungsrechtlichen Unterscheidung zwischen Entschließungs- und Auswahlermessen wieder. Bei dieser, ursprünglich im Polizeirecht entwickelten Unterscheidung steht bereits fest, daß die soziale Wirklichkeit der Korrektur bedarf. Polizeirechtlich gesprochen: Die öffentliche Sicherheit oder Ordnung⁹ ist gefährdet. Nichtstaatliche Institutionen sind aber besser imstande, das Problem zu bewältigen. In anderen Fällen besteht das soziale Problem dagegen nur für den Theoretiker. Die soziale Wirklichkeit hat von selbst, ohne daß irgend jemand planhaft eingegriffen hätte, zu einer befriedigenden Lösung gefunden¹⁰.

⁵ Knight (FN 4) 48.

⁶ Weil die Bedeutung des Gewohnheitsrechts dort so groß ist, hat sich vor allem das Völkerrecht der Frage angenommen. Zusammenfassend etwa Wolfgang Graf Vitzthum: Begriff, Geschichte und Quellen des Völkerrechts, in: ders. (Hrsg.): Völkerrecht. Berlin 1997, 1-100 (R 132-142).

⁷ Näher Christoph Engel: Nebenwirkungen wirtschaftsrechtlicher Instrumente, in: ders./ Martin Morlok (Hrsg.): Öffentliches Recht als ein Gegenstand ökonomischer Forschung. Die Begegnung der deutschen Staatsrechtslehre mit der Konstitutionellen Politischen Ökonomie. Tübingen 1998, 173-206.

⁸ Das ist die zentrale These von Knight (FN 4) 5, 22, 138 und passim.

⁹ - soweit sie in den Polizeigesetzen als Schutzgut denn noch enthalten ist -

¹⁰ Näher zu solchen Konstellationen unten II.

b) Innere und äußere Institutionen

Bisher haben wir nur eine Klasse von Institutionen betrachtet. Ihre Eigenheit besteht darin, daß sie unmittelbar auf die Produktion von oder den Handel mit Gütern einwirken. Beispiele sind Eigentum und Vertrag, ein staatliches Verbot oder eine Lenkungssteuer. Von diesen inneren kann man äußere Institutionen unterscheiden¹¹. Im ersten Zugriff kann man sagen, daß äußere Institutionen der Schaffung oder Änderung innerer Institutionen dienen. Beispiele sind die Gesetzgebung, die Verfassung eines rechtsetzenden privaten Verbandes oder die Freiwillige Selbstkontrolle Fernsehen. Diese von den privaten Fernsehveranstaltern geschaffene Einrichtung kann ihren Mitgliedern die Ausstrahlung von Sendungen mit problematischen Inhalten nicht verbieten. Sie kann aber Rügen aussprechen und bekanntmachen.

Der Begriff der äußeren Institutionen ist also weiter als der der politischen Institutionen¹². Denn er umfaßt nicht nur die staatliche, sondern auch die gesellschaftliche Regelbildung und Regelanwendung. Äußere Institutionen sind auch nicht mit Organisationen gleichzusetzen¹³. Denn zum einen müssen äußere Institutionen nicht organisatorisch verfestigt sein. Das wird an sozialen Normen deutlich, die unseren Begriff der inneren Institutionen erfüllen. Sie entstehen regelmäßig gerade in organisatorisch verfestigten Gemeinschaften. Andererseits können Organisationen auch innere Institutionen sein. Das klassische Beispiel ist das Unternehmen. Es bündelt sächliche und persönliche Mittel zur Erfüllung einer selbst gewählten unternehmerischen Aufgabe¹⁴.

Aus dem Gesagten folgt zugleich, daß auch äußere Institutionen nicht notwendig gerade und ausschließlich zu dem Zweck geschaffen werden müssen, für die Kreation und den Wandel innerer Institutionen Sorge zu tragen. Das kann nach unseren Überlegungen zu den inneren Institutionen nicht mehr verwundern. Denn wir

¹¹ Nicht der Begriff, wohl aber die Unterscheidung findet sich bei *Scharpf Games Real Actors Play* (FN 4) 38 m.b.N.

¹² Er findet sich etwa bei *Richter/ Furubotn* (FN 3) 457.

¹³ Vgl. die Unterscheidung zwischen Institutionen und Organisationen bei *Douglass C. North: Institutionen, institutioneller Wandel und Wirtschaftsleistung* (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 76) Tübingen 1992, 5.

hatten dort ja gesehen, daß eigennützige Politiker, Bürokraten, Gruppen und Individuen innere Institutionen für ihren eigenen Vorteil mißbrauchen können. Deshalb liegt es nahe, daß sich diese Akteure zuvor die äußeren Institutionen so ausgestalten, daß sie für diese Zwecke besonders gut geeignet sind. Schließlich entstehen auch äußere Institutionen nicht notwendig planhaft. Man denke nur an Nachbarn, die durch ihre ganz anders motivierten Grundstückskäufe in ein „nachbarliches Gemeinschaftsverhältnis“ geraten, wie das Bürgerliche Recht so treffend formuliert.

c) *Institutionen als Güter*

Ein dritter Streit scheint nach unseren bisherigen Überlegungen schon beinahe paradox: Sind auch Institutionen Güter? Viele leugnen das¹⁵. Dann kommt man jedoch in unnötige Schwierigkeiten. Denn viele Institutionen werden auf Märkten gegen Geld gehandelt. So beauftragt der Hersteller etwa eine Anwaltskanzlei damit, allgemeine Geschäftsbedingungen auszuarbeiten. Das Deutsche Institut für Normung DIN finanziert sich im wesentlichen durch den Verkauf seiner Normungsblätter. Und die staatskritischen Diskussionen des vergangenen Jahrzehnts haben deutlich gemacht, daß sich praktisch alle Staatstätigkeiten privatisieren lassen, bis hin zu privaten Sicherheitsdiensten oder Gefängnissen¹⁶. Auch wenn Institutionen nicht am Markt gehandelt werden, muß für ihre Herstellung und Anwendung produktiver Aufwand getrieben werden. Ökonomischer gesprochen: Nicht nur beim Handel mit primären Gütern fallen Transaktionskosten an. An irgendeiner Stelle muß in jeder Volkswirtschaft darüber entschieden werden, wieviel Geld und Arbeit von der Produktion und dem Handel primärer Güter abgezweigt und für Institutionen aufgewendet werden soll. Schließlich spricht gegen die Qualifikation von Institutionen als Güter auch nicht, daß es für viele innere Institutionen keine Märkte gibt und für äußere Institutionen sogar fast nie. Denn auch mit vielen primären Gütern werden die Märkte gar nicht oder nur unbefriedigend fertig¹⁷. Dieses

¹⁴ Umfassend zur Bedeutung von Organisationen als inneren Institutionen *Oliver E. Williamson: Die ökonomischen Institutionen des Kapitalismus. Unternehmen, Märkte, Kooperationen (Die Einheit der Gesellschaftswissenschaften 64) Tübingen 1990.*

¹⁵ So etwa *Knight (FN 4) 127* (mit wenig überzeugenden Argumenten).

¹⁶ Umfassend *Lerke Osterloh: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, in VVDStRL 54 (1994) 204-242; Hartmut Bauer: Privatisierung von Verwaltungsaufgaben, ebd. 245-286.*

¹⁷ Die Ökonomie spricht dann mit einem etwas mißverständlichen Begriff von Marktversagen. Eine einfach lesbare Darstellung findet sich bei *Michael Fritsch/ Thomas Wein/ Hans-Jürgen Ewers:*

soziale Dilemma erster Ordnung wiederholt sich häufig als soziales Dilemma zweiter Ordnung bei den Institutionen. Aus eigener Kraft gelingt es den Betroffenen dann auch nicht, das soziale Dilemma erster Ordnung durch geeignete Institutionen aufzulösen¹⁸. Ist diese Voraussetzung erfüllt, kann man Institutionen als öffentliche Güter qualifizieren¹⁹. Außerdem tun Institutionen ihre wohltuende Wirkung regelmäßig erst dann, wenn sie verbreitet sind. Dann kann man Institutionen als Netzwerküter konzeptualisieren²⁰.

Im Ergebnis empfiehlt es sich deshalb, auch Institutionen als Güter zu verstehen. Im Gegensatz zu den primären Gütern sind sie allerdings bestenfalls sekundär. Unmittelbar stiften sie niemandem einen Nutzen. Ihr Nutzen ist vielmehr bestenfalls mittelbar, weil er die Produktion und den Handel mit primären Gütern ermöglicht oder erleichtert. Wenn wir nun noch unsere Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Institutionen einführen, kommen wir zu einer Dreiteilung in primäre, sekundäre und tertiäre Güter.

2. Markt

Am liberalen Stammtisch wird aus der Alternative Markt oder Staat leicht vorschnell die Alternative Freiheit oder Zwang. Das ist schief. Auch in einer Marktwirtschaft bleiben die Güter knapp. Auch hier muß deshalb gesteuert werden. Nur die Planungsinstanzen unterscheiden sich. In der Marktwirtschaft wird dezentral geplant. Leicht idealisiert: Jeder plant für sich selbst. Im theoretischen Gegenkonzept, der Planwirtschaft, plant dagegen eine einzige zentrale Behörde. Die Planwirtschaften sind mittlerweile ja aber fast überall in der Welt zusammengebrochen. Der Gegensatz Markt oder Plan ist deshalb kaum noch mehr als ein historischer Pappkamerad. Praktisch bedeutsam ist der Gegensatz Markt oder Staat dagegen vornehmlich bei solchen Gütern, mit denen die Märkte nicht ohne weiteres

Marktversagen und Wirtschaftspolitik. Mikroökonomische Grundlagen staatlichen Handelns. München² 1996.

¹⁸ Programmatisch *R.H. Bates: Contra Contractarianism. Some Reflections on the New Institutionalism*, in: *Politics and Society* 16 (1988) 387- 423 (395 und passim). Daß dieser Zusammenhang allerdings nicht ausnahmslos gilt, belegt *Ostrom* an Beispielen aus der Praxis: *Elinor Ostrom: Governing the Commons. The Evolution of Institutions for Collective Action (The Political Economy of Institutions and Decisions)* Cambridge 1990, 137 und passim.

¹⁹ *Knight* (FN 4) 11.

zurechtkommen. Diese vorsichtige Formulierung ist angezeigt. Theoretische Analysen und empirische Beobachtungen haben nämlich immer mehr Möglichkeiten für eine Art Selbsthilfe der Betroffenen zutage gefördert²¹.

Vor allem ist die Gleichsetzung von Markt und Freiheit aber als Ausgangspunkt für das Verständnis von Institutionen zwischen Markt und Staat irreführend. Sie suggeriert nämlich, daß der Markt eine Umgebung frei von Institutionen ist. Wie falsch diese Vorstellung wäre, hat gerade die Einführung der Marktwirtschaft in den ehemals sozialistischen Planwirtschaften deutlich gemacht. Selbst der primitivste Tauschhandel braucht schon innere und äußere Institutionen. Die Tauschobjekte müssen den Tauschpartnern zuvor exklusiv zugewiesen sein. Sie müssen die Möglichkeit haben, diese Zuordnung konstitutiv zu ändern. Aus beiden Gründen braucht selbst eine primitive Marktwirtschaft also Verfügungsrechte²². Die Tauschpartner müssen sich schuldrechtlich zu dem Tausch verpflichten können. Notwendig ist also auch die Institution des Austauschvertrages. Es muß verhindert werden, daß einer der Partner einfach mit Gewalt auf das begehrte Gut zugreift. Hat er es doch getan, muß das Ergebnis rückabgewickelt werden. Erforderlich ist also zumindest das Rudiment eines Bereicherungsrechts. Es muß irgendeine Instanz geben, die solche Regeln anwendet und wenn nötig durchsetzt. Zumindest minimale äußere Institutionen sind also unverzichtbar.

In unserer primitiven Wirtschaft mögen die Vertragspartner sich dieses institutionelle Umfeld vielleicht noch selbst schaffen. Wenn sie das ad hoc tun, müssen sie selbstdurchsetzende Verträge schließen²³. Wollen sie auch künftig weiter Geschäfte miteinander treiben, werden sie vielleicht auch einen längerfristig angelegten institutionellen Rahmen zimmern²⁴. Sie können sich auch der Hilfe Dritter bedienen. So war es in China lange üblich, daß eine hochstehende Person den Vertrag als

²⁰ Zu den vielen möglichen Deutungen dieses noch nicht sehr gefestigten ökonomischen Konzepts s. *Manfred J. Holler*: Modellierung von Netzwerkeffekten und Ansätze industriepolitischer Aussagen, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie 16 (1997) 90-114.

²¹ Umfassend (wenn auch schwer zu lesen) *Richard Cornes/ Todd Sandler*: The Theory of Externalities, Public Goods, and Club Goods. Cambridge² 1996.

²² Umfassend zu diesem Konzept *Thráinn Eggertsson*: Economic Behavior and Institutions (Cambridge Surveys of Economic Literature) Cambridge 1990, insbesondere 83-156, 247-316.

²³ Näher *Richter/ Furubotn* (FN 3) 255-262.

²⁴ Näher zu den gedanklichen Möglichkeiten *Christoph Engel*: Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung. Instrumente und deren Ausgestaltung (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie). Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 1998/7 III 5 d.

Vermittler gleichsam garantierte²⁵. Noch einfacher wird es, wenn beide Vertragspartner derselben sozialen Gruppe angehören²⁶. In einer entwickelten und nach außen offenen Volkswirtschaft wird der Markt aber schwerlich auf die Institutionen des Privatrechts verzichten können. Noch schwerer ist es, ohne staatliche Hilfe den Wettbewerb als den Steuerungsmechanismus einer Marktwirtschaft zu erhalten. Denn die Triebfeder des Markts ist ja gerade der Egoismus der Marktteilnehmer. Wer eine Chance dazu sieht, strebt deshalb nach dem Monopol. Erreicht er sein Ziel, zerstört er den Steuerungsmechanismus dieser Wirtschaftsordnung. Soweit sich die Vertragspartner das institutionelle Umfeld nicht selbst schaffen, braucht der Markt also nicht bloß innere, sondern auch äußere Institutionen.

a) Institutionen zur Verbesserung des Markts

Die Institutionen, ohne die der Markt seine Steuerungsfunktion überhaupt nicht wahrnehmen kann, kann man auch als minimale Institutionen bezeichnen²⁷. In den letzten Jahren wird auch der sozialwissenschaftlichen Theorie immer bewußter, daß die Märkte in der Wirklichkeit von viel mehr Institutionen gestützt werden. Für den Juristen ist das im Grunde selbstverständlich. Im Sachenrecht und im Gesellschaftsrecht gibt es einen Numerus clausus. Die zugelassenen Gestaltungen sind durch zwingende Normen vor einschneidenden Modifikationen geschützt. Die meisten Normen des Schuldrechts sind zwar dispositiv. Die rechtliche Ausgestaltung abweichender Lösungen ist aber so aufwendig, daß sie im Einzelfall meist unterbleibt. Das Verhältnis von Aufwand und Ertrag verbessert sich zwar, wenn jemand häufig gleichartige Transaktionen eingeht. Dann wird seine Vertragsfreiheit aber durch die gerichtliche Kontrolle dieser Allgemeinen Geschäftsbedingungen wieder deutlich verengt. Ein übriges tun die ebenfalls weitgehend zwingenden Regeln des Allgemeinen Teils über das Zustandekommen von Verträgen.

²⁵ Näher *Karla Foerste*: Eine Methode der Streitvermeidung. Die „dritte Partei“ bei Begründung und Durchsetzung von Verträgen im traditionellen China (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie). Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 1999/2.

²⁶ Anregend *Robert C. Ellickson*: Order without Law. How Neighbours Settle Disputes. Cambridge, Mass. 1991.

²⁷ Diesen Begriff hat *Fritz W. Scharpf* geprägt: Games Real Actors Play (FN 4) 112 und passim.

Nun sind sicherlich nicht all diese staatlichen Interventionen in den Markt effizient. Man kann sie umgekehrt aber auch nicht sämtlich mit einem Federstrich beiseite wischen. So kann man sich fragen, ob der Konditionenwettbewerb vielleicht nicht stets zur Zufriedenheit funktioniert. Dafür spricht jedenfalls eine Erfahrung, die jeder Unternehmensjurist schnell macht. Er gilt als Störenfried. Denn die Kaufleute interessieren sich vornehmlich für den Wert der Ware und für ihren Preis. Komplizierte Erwägungen der Juristen über wenig wahrscheinliche Risiken bewegen sie nicht sonderlich. Eine ähnliche Logik steht hinter der Organisation von Märkten. Das Standardbeispiel ist die Börse. Hier werden Produkt und Handel künstlich standardisiert. Erst dadurch werden diese Märkte so transparent und volatil. Die Entscheidung über Kauf oder Verkauf kann schließlich sogar dem Computer übertragen werden²⁸.

3. Staat

Die Gleichsetzung von Staat und Zwang ist nicht weniger falsch als die Gleichung Markt gleich Freiheit. Das wollen wir uns zunächst an dem Beispiel klarmachen, das der Jurist vor Augen hat, wenn er vom Staat spricht: dem Ordnungsrecht (a). Sieht man näher hin, ist auch das Gegensatzpaar Staat und Markt verkürzt. Denn ohne eine Mindestausstattung mit nichtstaatlichen Institutionen kann der Staat selbst kaum funktionieren (b). Schließlich können wir bei dieser Gelegenheit noch eine negative Eingrenzung vornehmen. Viele moderne Institutionen liegen nicht etwa zwischen Staat und Markt, sondern sind nur institutionelle Varianten von Staatlichkeit (c).

a) Leitbild Ordnungsrecht

Für die einseitige Intervention des Staats in den Markt mit Geboten oder Verboten hat sich der Begriff Ordnungsrecht eingebürgert. Wenn wir ihn als Leitbild benutzen, steckt darin zunächst eine Präzisierung unserer Ausgangsfrage. Wir verstehen den Gegensatz von Markt und Staat nicht als den Gegensatz zwischen privater und staatlicher Wirtschaftstätigkeit. Juristisch gesprochen: Es geht nicht um das Recht der öffentlichen Unternehmen. Hat sich ein Land nämlich einmal grundsätzlich gegen die Planwirtschaft und für die Marktwirtschaft entschieden, verliert die Frage der

²⁸ S. hierzu vor allem *Richter/ Furubotn* (FN 3) 310-351.

Unternehmensträgerschaft viel von ihrer Bedeutung. Man kann es auch normativ formulieren: nicht nur die praktische Beobachtung, sondern theoretisches Nachdenken belegen, daß der Staat der schlechtere Unternehmer ist²⁹. Nachdenkenswert wird die öffentliche Trägerschaft erst dann, wenn der Staat alternativ lenkend in das Verhalten privater Unternehmen eingreifen müßte³⁰. Das ist der Fall des Ordnungsrechts.

Mit Ordnungsrecht verbietet der Staat den Marktteilnehmern sozial schädliches Verhalten. Manchmal gebietet er ihnen umgekehrt sogar sozial nützlich Verhalten. Dadurch wird die Bundesrepublik aber nicht zum autoritären Staat. Politikwissenschaftlich gesprochen: das Ordnungsrecht ist im strengen Sinne kein Fall von hierarchischer Steuerung³¹. Wirtschaftsrechtliche Regeln werden nämlich nicht von einem mit Entscheidungsgewalt ausgestatteten Mastermind ersonnen. Vielmehr gehen ihnen langwierige Verhandlungen zwischen verschiedenen staatlichen Stellen und mit den Regeladressaten voraus³². Das Ergebnis ist nur ganz ausnahmsweise ein Befehl, der dem Regeladressaten keinerlei Spielraum mehr läßt. Im Normalfall schlägt ihm das Recht nur einzelne Handlungsmöglichkeiten aus der Hand³³. Außerdem besteht das Ordnungsrecht aus allgemeinen Regeln. Sie müssen im Einzelfall erst durch eine Verwaltungsentscheidung, im Streitfall auch durch die Gerichte konkretisiert werden. Das ist, wie jeder Jurist im ersten Semester lernt, kein mechanischer, sondern ein hermeneutischer Vorgang. Auch hier bestehen also erhebliche Möglichkeiten zur Modifikation. Schließlich sind wirtschaftsrechtliche Sanktionen selten drakonisch. Auch dann steht in einem Rechtsstaat nicht fest, daß dem Staat der Beweis der nötigen Tatsachen gelingt. Auch durch ein Vollzugsdefizit kann sich also ein Keil zwischen den Willen der Regel und die Wirklichkeit schieben.

²⁹ Näher *Christoph Engel*: Die öffentliche Hand zwischen Innen- und Außensteuerung, in: *Hans-Günter Henneke* (Hrsg.): Organisation kommunaler Aufgabenerfüllung. Optimierungspotentiale im Spannungsfeld von Demokratie und Effizienz (Schriften zum deutschen und europäischen Kommunalrecht 6) Stuttgart 1998, 145-222.

³⁰ Ebd.

³¹ Deshalb auch vorsichtig *Scharpf* Games Real Actors Play (FN 4) 172: „Hierarchical direction‘ is defined as a mode of interaction in which ego is able to specify alter’s choices or, more precisely, some of alters decision premises“.

³² Näher *Scharpf* Games Real Actors Play (FN 4) 176-178 sowie 198-200.

³³ *Knight* (FN 4) 64f.; *Scharpf* Games Real Actors Play (FN 4) 42: „instead by prescribing some and permitting other actions, [institutions] will define repertoires of more or less acceptable causes of action that will leave considerable scope for the strategic and tactical choices of purposeful actors“.

b) Nichtstaatliche Institutionen als Voraussetzung des Staats

Im Grunde ist es eine alte Einsicht: Diktatoren leben gefährlich. Das gilt auch für aufgeklärte Fürsten. Auch die gerechte Herrschaft muß also in den Köpfen der Bürger ihr Fundament haben. Dieses Fundament kann der Staat selbst nicht legen. Darauf hat vor allem *Rudolf Smend* aufmerksam gemacht. Auf dieser Einsicht ruht seine Integrationslehre³⁴. Der Gedanke ist oft mißverstanden, ja sogar mißbraucht worden³⁵. Seinen richtigen Kern wird man ihm aber kaum absprechen können.

c) Institutionelle Varianten von Staatlichkeit

Was für den flüchtigen Blick wie eine Institution zwischen Markt und Staat wirkt, entpuppt sich bei näherer Betrachtung häufig als bloße institutionelle Variante von Staatlichkeit. Ein verfassungsrechtlicher Begriff hilft, den Unterschied deutlich zu machen. Die demokratische Legitimation der inneren Institution wird nicht aufgehoben, sondern nur abgeschwächt. Im Gegensatz zu den hybriden Institutionen teilt sich der Staat die Verantwortung für Regelbildung und Regelanwendung auch nicht mit äußeren gesellschaftlichen Institutionen oder den Regelungsadressaten³⁶.

Vertraut der Gesetzgeber die Sachentscheidung Expertengremien an, schränkt er die sachliche demokratische Legitimation ein. Das deutsche Recht hat das häufig getan. Die Deutsche Bundesbank und Europäische Zentralbank, die Landesmedienanstalten und die öffentlich rechtlichen Rundfunkanstalten, das Bundeskartellamt und die EG-Kommission sind nur die wichtigsten Beispiele. Vertraut das Recht die Regelanwendung beliebigen Unternehmen an, wird nicht die sachliche, wohl aber die persönliche demokratische Legitimation eingeschränkt. Denn der Unternehmer verdankt sein Amt ja nicht dem demokratisch gewählten Parlament. Letztlich liegt es regelmäßig auch bei den modisch gewordenen Public-Private

³⁴ *Rudolf Smend: Verfassung und Verfassungsrecht. München 1928, abgedruckt in: ders.: Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze. Berlin 1955, 119-276, insbesondere 136-142, 160 und 190.*

³⁵ Zu den rundfunkverfassungsrechtlichen Auswüchsen s. kritisch *Christoph Engel: Rundfunk in Freiheit*, in: AfP 1994, 185-191.

³⁶ Dazu näher unten III.

Partnerships nicht anders. Denn auch hier behält sich der Staat regelmäßig die Letztentscheidung vor³⁷.

Schließlich gehört hierher auch der kalkulierte Systemwettbewerb. Die Aufmerksamkeit der Ökonomen hat der Wettbewerb der äußeren Institutionen zwar aus einem anderen Grunde erregt. Die politischen Ökonomen sehen im Wettbewerb der Staaten die wichtigste Waffe im Kampf gegen mißbräuchliche Politiker und Bürokraten³⁸. Oft hat die Rechtsordnung aber durchaus die Wahl. So liegt es insbesondere beim Föderalismus. Die Verfassung nimmt die Abschwächung der sachlichen und persönlichen Legitimation dann hin, weil sie glaubt, daß die Vorzüge dieser Lösung überwiegen³⁹.

II. Nichtstaatliche äußere Institutionen

1. Einführung

Ein bißchen Markt gibt es ebenso wenig wie ein bißchen schwanger. Die Suche nach Institutionen zwischen Staat und Markt geht also in die Irre, wenn sie nach einer dritten oder einer vermittelnden Wirtschaftsordnung fahndet. Auch auf die Unternehmensträgerschaft kommt es nicht an⁴⁰. Es geht also weder um öffentliche Unternehmen noch um deren Privatisierung. Ausschlaggebend ist auch nicht, wo die inneren Institutionen ihren Geltungsgrund haben. Denn auch gesellschaftliche Akteure haben Zugang zum Recht. So gibt es das zum geflügelten Wort gewordene selbstgeschaffene Recht der Wirtschaft oder den Rahmenvertrag. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob externe Dritte in die Regelbildung oder Regelanwendung einbezogen werden. Das ist nicht nur beim staatlichen Gericht so, sondern auch beim Landesgericht oder bei der Absicherung eines langfristigen Vertrages durch

³⁷ Daraus entsteht eine Vielzahl von Rechtsproblemen, näher *Christoph Engel*: Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung. Ein Lehrstück zur Verschränkung des Abfallrechts mit Kartellrecht, Kommunalrecht, dem Recht der öffentlichen Aufträge und Wirtschaftsverfassungsrecht (Schriften zum deutschen und europäischen Umweltrecht 6) Köln 1995.

³⁸ S. die Aufsätze in dem von *Lüder Gerken* herausgegebenen Band *Competition among Institutions*. London 1995.

³⁹ Letztlich ist es im übrigen oft auch beim zwischenstaatlichen Wettbewerb der Systeme nicht anders. Auch ihm gegenüber ist das staatliche Recht nämlich nicht hilflos. Näher *Christoph Engel*: *Legal Experiences of Competition among Institutions*, in: *Gerken* (FN 38) 89-118.

die Reputation der Vertragspartner. Dann werden andere Unternehmen der Branche nämlich gleichsam zu Durchsetzungsinstanzen des Vertrages. Das Unternehmen riskiert seinen guten Ruf auch gegenüber anderen Geschäftspartnern, wenn es den einen Vertrag nicht korrekt erfüllt.

Eine erste Annäherung an das, was gemeint ist, verschafft die Vorstellung von zentraler gesellschaftlicher Steuerung. Ein gutes Beispiel sind die freien Berufe. Hier nehmen sich das staatliche Recht sowie Standesrecht und Standesmoral ja häufig sogar parallel desselben Problems an. So liegt es bei einem Rechtsanwalt, der vertrauliche Informationen aus der Beratung des einen Mandanten später verwendet, um dessen Konkurrenten zu vertreten. Nach § 356 StGB ist das als Parteiverrat strafbar. Aus dem gleichen Grunde kann aber auch ein Ehrengerichtsverfahren eingeleitet werden⁴¹.

Im Grunde wissen wir es aber schon besser. Solche Formen der zentralen gesellschaftlichen Steuerung sind nämlich nur ein Unterfall nichtstaatlicher äußerer Institutionen. Entscheidend ist also, von wem die jeweiligen inneren Institutionen getragen werden. Wer bildet also die Regeln, und wer setzt sie durch? Dadurch öffnet sich der Blick für die Vielfalt systematisch gleichartiger Phänomene. Zunächst gibt es zentrale gesellschaftliche Steuerung nicht nur in Großorganisationen (2). Vielmehr findet sie sich auch bei sehr viel kleineren lokalen oder funktionalen Einheiten (3). Die Transaktionspartner können sich auch ein für ihre Beziehung oder die einzelne Transaktion spezifisches institutionelles Umfeld schaffen (4). Ja das einzelne Individuum kann sich sogar seinen eigenen Institutionen unterwerfen (5).

Weil all diese äußeren Institutionen keine staatlichen sind, können sie auch nicht über das staatliche Gewaltmonopol disponieren. Diesen Unterschied darf man aber nicht überbewerten. Bedienen sich diese äußeren Institutionen bei ihrem Handeln des Rechts, können sie grundsätzlich zur Durchsetzung auch die staatlichen Gerichte einschalten. Diese haben dann allerdings eine Art Letztkontrolle über den Inhalt. Auch aus eigener Kraft steht nichtstaatlichen äußeren Institutionen aber oft

⁴⁰ S. bereits oben I 3 a.

⁴¹ Zu den berufsständischen Einrichtungen s. umfassend *Marek Schmidt*: Standesrecht und Standesmoral. Ein Beitrag zu den rechtlichen Grenzen der Wettbewerbsregulierung durch Standesorganisationen (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 127) Baden-Baden 1993.

erhebliche Macht zu. Insbesondere können sie auf regelwidriges Verhalten meist mit dem Ausschluß aus der Gruppe reagieren. Das kann für das Individuum sogar schlimmer sein als jede staatliche Sanktion. Wenn sie sich nicht selbst dazu verpflichtet haben oder vom Staat dazu gezwungen worden sind, sind nichtstaatliche äußere Institutionen auch nicht an das Rechtsstaatsprinzip gebunden. Ihre Entscheidungen müssen deshalb nicht allgemein vermittelbar sein. Die Entscheidungsgrundlagen müssen nicht beweisbar sein. Das erleichtert die Durchsetzung der inneren Institutionen erheblich, die sie geschaffen haben.

Noch auf eine zweite Weise unterscheiden sich nichtstaatliche von staatlichen äußeren Institutionen: durch den geringeren Grad der Allgemeinheit. Aus diesem Grunde ist die Basis für soziales Lernen kleiner. Gleichzeitig sind solche äußeren Institutionen aber auch näher am entscheidungsbedürftigen Problem. Ihnen fällt es deshalb leichter, die entscheidungserheblichen Informationen zu erheben und zu bewerten. Den Adressaten der inneren Institutionen fällt es schwerer, Regelverstöße zu verbergen. Weil weniger auf einmal entschieden wird, können die inneren Institutionen spezifischer und flexibler sein. Politisches Handeln, also die Bereitschaft der Regeladressaten zur Mitwirkung an der Regelbildung und Regelanwendung, lohnt sich für das Individuum viel eher. Es sieht viel unmittelbarer, warum die Regel für sein eigenes Leben bedeutsam ist. Sein Einsatz zahlt sich viel unmittelbarer aus.

An diesen Unterschieden liegt es, daß sich das Repertoire innerer Institutionen unterscheidet, das staatlichen und nichtstaatlichen äußeren Institutionen zu Gebote steht. Bei den eigentlichen Instrumenten sind die Unterschiede dabei noch relativ gering. Staatliche wie nichtstaatliche äußere Institutionen können Verbote oder Gebote verhängen. Sie können mit Zuckerbrot und Peitsche arbeiten, also mit positiven oder negativen Anreizen. Zumindest bleibt jedem Mitglied einer gesellschaftlichen Gruppe als letzter Ausweg aber der Austritt. Rechtlich könnte der Staat den Austritt, also den Verzicht auf die Staatsangehörigkeit, dagegen verhindern. Praktisch kommt das allerdings nur selten vor. Schon eher hat der geringere Allgemeingrad Wirkungen. Der Staat kann Regulierungsziele nämlich auch dadurch verfolgen, daß er Verfügungsrechte schafft, ändert oder aufhebt. Er begründet durch ein Zertifikat etwa die Befugnis zum definierten Zugriff auf Umweltmedien. Er knüpft das Recht des Grundeigentümers zur Bodennutzung an

Bedingungen oder er stellt fließende Gewässer extra commercium. All das könnte eine gesellschaftliche äußere Institution bestenfalls mit Wirkung für ihre Mitglieder. Sie kann also nur sehr viel schwerer verhindern, daß außenstehende Dritte das Gleichgewicht stören.

Vor allem werden staatliche und nichtstaatliche äußere Institutionen das Regelungsziel aber in unterschiedlicher Weise operationalisieren. Beide mögen, um bei der Umweltverschmutzung zu bleiben, verhindern wollen, daß ein Umweltmedium als Müllablageplatz für Schadstoffe mißbraucht wird. Der Staat wird dann vielleicht einen Grenzwert für die Emission des Schadstoffes aus industriellen Anlagen definieren. Vielleicht gelingt es ihm auch noch, eine Belastungsobergrenze für ein definiertes Gebiet festzulegen und Einleitungsrechte zu versteigern. Die Anrainer eines Sees, der vor dem Umkippen steht, könnten dagegen auch viel kompliziertere Lösungen wählen; *Elinor Ostrom* hat eine Vielzahl solcher Beispiele zusammengetragen⁴². Denn sie kennen ihren See viel besser. Sie brauchen auch bloß eine Lösung, die für diesen See richtig ist. In Grenzen können sie sich sogar Experimente leisten, weil sie Fehler schneller korrigieren können.

2. Makro-Ebene

Nichtstaatliche äußere Institutionen führen zu einer Art „Private Interest Government“⁴³. Ein gutes Beispiel ist das Duale System Deutschland⁴⁴. Durch die differenzierten Beiträge für Hersteller und Händler verhängt es im Grunde auf privatrechtlicher Basis Lenkungssteuern⁴⁵. Die technischen Regeln der Normungsgremien sind häufig selbstdurchsetzende Regeln. Wer sie nicht einhält, schließt sich nämlich selbst vom Markt, oft genug sogar von der Nutzung der Produkte aus. Die Frage hat etwa bei den Domain Names für das Internet Aufsehen erregt⁴⁶. Schließlich gehören Landesrecht und Landesmoral hierher. Sie gehen oft untrennbar ineinander über.

⁴² *Ostrom* (FN 18).

⁴³ So der programmatische Titel des von *Wolfgang Streeck* und *Philippe C. Schmitter* herausgegebenen Bandes: *Private Interest Government. Beyond Market and State*. London 1985.

⁴⁴ Einen guten Einblick in die komplizierte Architektur gibt *Christina Sagia*: Zur Frage der Vereinbarkeit der DSD GmbH mit dem europäischen Kartellrecht, Artikel 85 EGV, in: *ZVglRWiss* 95 (1996) 419-443.

⁴⁵ Diese Einsicht verdanke ich *Markus Lehmann*.

⁴⁶ S. etwa *Henry H. Perritt*. Cyberspace Self-Government – Townhall Democracy or Rediscovered Royalism?, in *Berkeley Technology Law Journal* 11 (1997) 413-478.

Wer gegen standesrechtliche Regeln verstößt, riskiert deshalb häufig zugleich den gesellschaftlichen Ausschluß aus dem Stand⁴⁷.

Entscheidungen sind in großen Gruppen nicht einfach zu finden. Am leichtesten gelingt das, wenn die Gruppe organisatorisch verfestigt ist. Dann kann mit Mehrheit über die Ausgestaltung der inneren Institutionen entschieden werden. Ihre Anwendung kann der Organisationsspitze übertragen werden, also hierarchisch geschehen⁴⁸. Auch die Entscheidungsfindung durch Verhandlungen⁴⁹ ist allerdings nicht vollständig ausgeschlossen. So kann sich aus der großen Gruppe zuvor eine überschaubare Zahl von Teilgruppen bilden, deren Vertreter dann miteinander verhandeln⁵⁰. Dann werden die Entscheidungsprinzipien Organisation und Verhandlung miteinander verknüpft⁵¹. Manchmal ist auch der Entscheidungsgegenstand so präzise bestimmt, daß auch in größeren Gruppen Verhandlungen gelingen.

3. Meso-Ebene

Je kleiner, abgegrenzter und homogener eine Gruppe ist, um so weniger wird sie von diesen Problemen geplagt. Es ist deshalb nicht verwunderlich, daß *Elinor Ostrom* vor allem bei solchen Gruppen erfolgreiche Beispiele für die autonome Überwindung sozialer Dilemmata gefunden hat⁵². Hier sind nicht nur Verhandlungen vorstellbar. Vielmehr kann auch leicht ein „vertrauensbasiertes Interaktionsnetzwerk“ entstehen⁵³.

Sinnvoll ist die Entscheidung durch kleine Gruppen natürlich nur dann, wenn das entscheidungsbedürftige soziale Problem im wesentlichen auch auf diese Gruppe begrenzt ist. Ist diese Voraussetzung erfüllt, hat das Herabzonen der Entscheidung auch noch einen weiteren Vorzug. Die Lösung kann gleichsam maßgeschneidert

⁴⁷ S. erneut *Schmidt* (FN 41).

⁴⁸ Zu diesen Entscheidungsverfahren umfassend *Scharpf Games Real Actors Play* (FN 4) 151-194.

⁴⁹ Dazu näher *Scharpf Games Real Actors Play* (FN 4) 116-150.

⁵⁰ Beispiele finden sich bei *Ostrom* (FN 18) 189.

⁵¹ Zum entscheidungstheoretischen Sinn dieses Vorgehens näher *Peter Bernholz: Property Rights, Contracts, Cyclical Social Preferences and the Coase Theorem. A Synthesis*, in: *European Journal of Political Economy* 13 (1997) 419-442.

⁵² S. näher die Liste der Erfolgsbedingungen, die Frau *Ostrom* (FN 18) 90 zusammengestellt hat.

werden. Die Entscheidungsträger können viel mehr Informationen verarbeiten. Sie können auch solche Informationen einbeziehen, die einem Außenstehenden gegenüber nicht verifiziert werden könnten⁵⁴.

4. Beziehungsspezifische Institutionen

Unsere bisherigen Überlegungen bauen vor allem auf politikwissenschaftlichen Untersuchungen auf. Für beziehungsspezifische Institutionen haben sich dagegen die Institutionenökonomien interessiert. Ihnen war aufgefallen, daß die Parteien langfristiger und komplexer Verträge im Normalfall nicht ex ante einen vollständigen Vertrag schreiben. Weil die Zukunft konstitutiv unvorhersehbar ist, wäre das ohnehin im letzten gar nicht möglich. Im übrigen wäre es prohibitiv teuer. Statt dessen geben die Parteien ihrem Vertrag oft eine transaktionsspezifische Governance Structure. Sie trachten etwa danach, Checks and Balances so zu verteilen, daß sich der Vertrag von selbst durchsetzt. Oder sie betten ihn in eine, etwa durch eine Minderheitsbeteiligung abgesicherte langfristige Geschäftsbeziehung ein⁵⁵. Auch hier finden wir also die Unterscheidung zwischen inneren und äußeren Institutionen. Bei der vertikalen Integration oder bei einem Rahmenvertrag sind diese äußeren Institutionen solche des Rechts. Oft setzen die Vertragspartner statt dessen aber auch auf Reputation und Vertrauen. Mit einem soziologischen Begriff könnte man dann vom Aufbau transaktionsspezifischen Sozialkapitals sprechen⁵⁶. Schließlich können sie sich auch einfach darauf verlassen, daß der Vertragspartner künftig wieder ähnliche Geschäfte mit ihnen machen will. Dann ergibt sich die Sicherung allein daraus, daß das eine Geschäft in ein wiederholtes Spiel eingebettet ist⁵⁷.

⁵³ Diese Formulierung verdanke ich *Fritz W. Scharpf*; vgl. auch *ders.* Games Real Actors Play (FN 4) 137; vgl. weiter *Ostrom* (FN 18) 21.

⁵⁴ All diese Vorzüge exemplifiziert *Ostrom* am Beispiel wandernder Fischeschwärme in einem türkischen Gewässer, *Ostrom* (FN 18) 18-21.

⁵⁵ Umfassend *Williamson* (FN 14) 77-96 und 187-237.

⁵⁶ Dazu näher *James S. Coleman*: Foundations of Social Theory. Cambridge, Mass. 1990, 300-324.

⁵⁷ Zu den Voraussetzungen, unter denen sich daraus eine Sicherung ergibt, näher *Douglas G. Baird/ Robert H. Gertner/ Randal C. Picker*. Game Theory and the Law. Cambridge Mass. 1994, 159-187.

5. Individuelle äußere Institutionen

Daß sich ein Individuum Institutionen schafft, die nur sein eigenes Verhalten lenken sollen, klingt verwunderlich. Tatsächlich ist das häufig. Ja mehr noch: individuelle Freiheit, die diesen Namen verdient, ist anders gar nicht vorstellbar. Denn irgendwo müssen die Präferenzen ja herkommen, nach deren Verwirklichung das Individuum im Austausch mit seinen Mitmenschen strebt. Sicher sind manche davon schon in den Genen festgelegt. Jeder Mensch will etwa essen. Andere hat ein Mensch zwar nicht von Geburt an, erwirbt sie aber wie die Gänse von *Konrad Lorenz* durch Prägung in der frühen Kindheit. Viele Wünsche haben ihre Wurzel auch in der Erziehung durch Eltern und Schule und in der Kultur, in die der Mensch geboren wurde. Vererbung und Milieu determinieren das Verhalten aber nicht vollständig. Gäbe es nicht selbst geschaffene Institutionen, wäre die menschliche Freiheit nicht viel mehr als eine Laune der Natur, ein Programmierfehler oder ein Defekt nach Art der Mutationen. Von freier Entscheidung kann man nämlich erst sprechen, wenn diese Entscheidung auf Maximen beruht, die sich das Individuum zuvor reflektiert selbst gegeben hat. Das sind nichts anderes als innere Institutionen oder, in der Sprache von *Wolfgang Kersting*, Präferenzen zweiter Ordnung⁵⁸.

Das Individuum braucht sich zur Steuerung seines künftigen Verhaltens aber nicht ausschließlich auf das zu verlassen, was man altmodisch sein Gewissen genannt hätte. Vielmehr kann es sich der Hilfe Dritter bedienen. Ein schönes Beispiel sind die amerikanischen Christmas Savings Banks. Dieser florierende Geschäftszweig beruht darauf, daß die meisten amerikanischen Arbeitnehmer kein Weihnachtsgeld erhalten. Um ihren Lieben Geschenke machen zu können, müssen sie im Laufe des Jahres also etwas zurücklegen. Dieser Geldstock ist nun schon für manchen zur schwer widerstehlichen Versuchung geworden. Er hat ihn schon im Sommer geplündert und stand dann an Weihnachten nackt da. Wer das vermeiden will, trägt seinen monatlichen Obolus zur einer Christmas Savings Bank. Sie garantiert ihm, daß sie das Geld unter keinen Umständen vor dem ersten Advent auszahlen wird⁵⁹. Obwohl hier also ein zivilrechtlicher Vertrag geschlossen wird, handelt es sich um keine

⁵⁸ *Wolfgang Kersting*: Methodologische Probleme einer Theorie der sozialen Gerechtigkeit, in: *ders.*: Recht, Gerechtigkeit und demokratische Tugend. Abhandlungen zur praktischen Philosophie der Gegenwart. Frankfurt 1997, 213-142 (218).

⁵⁹ Das schöne Beispiel verdanke ich *Christian Koboldt*.

beziehungsspezifische Institution. Die Christmas Savings Bank hat ja kein eigenes soziales Problem. Vielmehr ist es allein das Individuum, das sich, um ein anderes Bild zu gebrauchen, wie Odysseus vor der Fahrt zu den Sirenen von seinen Matrosen an den Mast binden läßt.

III. Hybride Institutionen

Staatliche und gesellschaftliche Institutionen stehen nicht unvereinbar nebeneinander. Vielmehr läßt sich der Einfluß beider äußeren Institutionen auch kombinieren. Dann kommt es zu einer Art Mischverwaltung zwischen Staat und Gesellschaft. Dabei variieren die Mischungsverhältnisse in der Wirklichkeit stark (1). Insbesondere müssen die staatlichen und gesellschaftlichen äußeren Institutionen die Bildung und Anwendung einer inneren Institution nicht notwendig gemeinsam verantworten (2). Vielmehr kann sich der Staat darauf beschränken, die äußere gesellschaftliche Institution zu modifizieren (3).

1. Unterschiedliche Mischungsverhältnisse

Der Einfluß der staatlichen und der gesellschaftlichen äußeren Institutionen auf das Ergebnis, also auf die Bildung und Anwendung innerer Institutionen, ist gelegentlich einmal weitgehend symmetrisch. Ein gutes Beispiel ist das Verfahren, in dem in Deutschland technische Standards ausgearbeitet werden. Grundlage ist der sogenannte Normungsvertrag zwischen der Bundesrepublik Deutschland und dem Deutschen Institut für Normung DIN. In diesem Vertrag verzichtet der Bund auf eine eigene Normungstätigkeit, obwohl er dafür die Gesetzgebungskompetenz hätte. Das DIN verpflichtet sich umgekehrt, bei seinen Normungsaktivitäten öffentliche Belange zu berücksichtigen und Vertreter des öffentlichen Interesses zu beteiligen. Praktische Bedeutung hat das insbesondere für den Umweltschutz. Die Rechtsordnung rezipiert die DIN-Normen nicht durch Verweisung, sondern durch bloße Vermutung. Insbesondere wird im Recht der Produkthaftung vermutet, daß ein DIN-gerechtes Produkt fehlerfrei ist. Bezweifelt eine Prozeßpartei das, kann sie diese Vermutung widerlegen. Die Darlegungs- und Beweislast obliegt dann aber ihr. So behält die Rechtsordnung eine Art Letztkontrolle über das Normungsergebnis. Sie kann diese

Letztkontrolle aber nur ausüben, wenn ein passender Fall vor die Gerichte kommt, und wenn sich eine Prozeßpartei bereit findet, den dafür erforderlichen hohen Aufwand zu treiben⁶⁰.

Oft beschränkt der Staat seinen Einfluß auf nichtstaatliche äußere Institutionen dagegen auf bloße Impulse. So sind nach § 2 I GWB Standardisierungskartelle vom Kartellverbot freigestellt. Hier behindert der Staat also bloß die Entstehung der gesellschaftlichen äußeren Institutionen nicht. Oder das kollektive Arbeitsrecht verbietet Warnstreiks und gestattet Aussperrungen. Es nimmt dadurch Einfluß auf die Verhandlungsmacht von Gewerkschaften und Arbeitgebern bei der Aushandlung von Lohn und Arbeitsbedingungen.

Auch der umgekehrte Fall kommt vor, der bloße gesellschaftliche Impuls an die staatliche Regelbildung oder Regelanwendung. So liegt es etwa im Naturschutzrecht. Nach § 29 BNatSchG haben auch anerkannte Naturschutzverbände das Recht, gegen naturschutzrechtliche Verwaltungsentscheidungen zu klagen. Durch eine Änderung des Initiativrechts nehmen hier private äußere Institutionen also auf das Ergebnis Einfluß.

2. Gemeinsam verantwortete innere Institutionen

Wenn staatliche und gesellschaftliche äußere Institutionen die Regeln gemeinsam verantworten, denkt der Jurist zunächst an ausgehandeltes Recht. In einem abgeschwächten Sinne ist das sogar der Regelfall. Die Ministerialbürokratie spricht mit den Interessenverbänden nämlich normalerweise nicht nur, bevor sie einen Gesetzentwurf vorlegt. Vielmehr verhandelt sie mit den Verbänden. Trotzdem liegt die Letztverantwortung für den Inhalt dann ausschließlich beim Staat. Anders ist das erst beim Normsetzungsvertrag. Die Sachverständigenkommission möchte ihn gern ins Umweltgesetzbuch einfügen⁶¹. In der Praxis dominiert eine andere Lösung. Sie

⁶⁰ Näher *Martin Schulte*: Verfassungsrechtliche Beurteilung der Umweltnormung, in: *Hans-Werner Rengeling* (Hrsg.): Umweltnormung. Deutsche, europäische und internationale Rechtsfragen (Schriften zum deutschen und europäischen Umweltrecht 13) Köln 1998, 165-186; s. auch *Helmut Voelzkow*: Private Regierungen in der Techniksteuerung. Eine sozialwissenschaftliche Analyse der technischen Normung (Schriften des Max-Planck-Instituts für Gesellschaftsforschung Köln 24) Frankfurt 1996.

⁶¹ §§ 36 und 37 UGB-KomE., näher *Michael Kloepfer/Thomas Elsner*: Selbstregulierung im Umwelt- und Technikrecht, in: DVBl. 1996, 964-975 (besonders 969f. und 972f.).

wird etwas irreführend als Selbstbeschränkungserklärung bezeichnet. Daran ist richtig, daß schließlich eine innere Institution entsteht, die ihren Geltungsgrund im Verbandsrecht oder in der Verbandspolitik hat. Diese Institution kommt aber nicht etwa freiwillig zustande, sondern „im Schatten der Hierarchie“⁶². Der Staat droht mit dem einseitigen Erlaß belastender Regeln. Dem Verband erscheint die Selbstbindung immer noch attraktiver. Der Sache nach kommt es also zu einem politischen Vertrag zwischen Staat und Verband⁶³.

3. Staatliche Impulse an äußere gesellschaftliche Institutionen

Der Staat kann sein Ziel jedoch auch auf weniger direkten Wegen erreichen. Er begnügt sich dann mit der Regulierung von Organisation und Verfahren⁶⁴. Dafür gibt es viele Möglichkeiten. Der Staat kann bereits den Zugang zur gesellschaftlichen Organisation beschränken. Das tut er etwa im Arbeitsrecht mit dem Gebot der Gegnerfreiheit von Gewerkschaften und Arbeitgeberverbänden. Er kann auch die innere Organisation oder das Entscheidungsverfahren der gesellschaftlichen äußeren Institutionen verändern. Beides ist die Grundlage der Diskussion über die Verabschiedung eines Normungsgesetzes, das dem DIN Vorgaben machen würde. Außerdem kann der Staat auf die Verhandlungsmacht innerhalb einzelner gesellschaftlicher äußerer Institutionen oder im Verhältnis mehrerer solcher Institutionen zueinander einwirken. Für das erste sind die Mitwirkungsrechte des Betriebsrats ein Beispiel, für das zweite die Verhandlungen zwischen Krankenkassen und Kassenärztlichen Vereinigungen über die Höhe des Entgelts. Das Gesundheitsrecht hat hier immer wieder versucht, die Verhandlungsgewichte zu verschieben.

⁶² Die plastische Formulierung stammt von *Mayntz/ Scharpf* (FN 1) 28f.; näher *Scharpf* Games Real Actors Play (FN 4) 22 und 138f.

⁶³ Näher *Christoph Engel*: Selbstregulierung im Bereich der Produktverantwortung. Instrumente und deren Ausgestaltung (Gemeinschaftsgüter: Recht, Politik und Ökonomie, Preprints aus der Max-Planck-Projektgruppe Recht der Gemeinschaftsgüter Bonn 1998/7).

⁶⁴ Näher *Christoph Engel*: Regulierung durch Organisation und Verfahren, in: FS *Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden 1997, 119-138.

IV. Rechtliche Bewertung

1. Fragen

Was bedeutet all das nun für den Juristen? In seiner Ausbildung ist er ja zur Kontrolle von einseitigen staatlichen Eingriffen in Freiheit und Eigentum der Bürger erzogen. Deshalb liegt es nahe, daß er dieses neue Lenkungswissen bei der Anwendung des Übermaßverbots nutzt. Das führt dann zu einem Institutionenvergleich. Bewertungsmaßstab sind die Grundrechte, in die einseitiges staatliches Handeln eingreifen würde. Der Eingriff ist unzulässig, wenn die gesellschaftliche oder hybride Regelbildung und Regelanwendung gleich geeignet ist, die Grundrechtsträger aber weniger intensiv belastet. Vor allem bei der reinen gesellschaftlichen Regelbildung ist das eine brisante Frage. Wenn man sie bejaht, muß der Staat dann nämlich auf eigene Interventionen ganz verzichten.

Das ist eine notwendige, aber auch eine einseitige Perspektive. Denn es könnte ja auch umgekehrt sein. Mit Hilfe der neuen Instrumente könnte der Staat also in Freiheitsbereiche vordringen, die dem Ordnungsrecht verschlossen wären. Der Verfassungsrechtler muß parallel deshalb auch fragen, ob der Staat von den hybriden Institutionen überhaupt Gebrauch machen darf. Schließlich kann auch die autonome gesellschaftliche Regelbildung oder Regelanwendung dem Recht nicht gleichgültig sein. Denn hier wird immer auch gesellschaftliche Macht eingesetzt oder begründet. Verfassungsdogmatisch können sich deshalb zunächst Bedenken aus objektivem Verfassungsrecht ergeben, etwa aus dem Demokratieprinzip⁶⁵. Anders als bei staatlichem Handeln lassen sich die Bedenken aus objektivem Verfassungsrecht hier allerdings nicht selbstverständlich in ein Abwehrrecht ummünzen. Auch die Interpretation von Art. 2 I GG als allgemeiner Handlungsfreiheit hilft nicht weiter. Denn die Grundrechte verpflichten ja nur den Staat, nicht dagegen Träger gesellschaftlicher Macht. Will man auch hier ein subjektives Recht gewähren, hilft deshalb nur der Umweg über die Lehre von den Grundrechten als Schutzpflichten. Diese Grundrechtsfunktion soll dem Individuum ja gerade dann

⁶⁵ Näher sogleich 2.

einen Schutzanspruch gegen den Staat vermitteln, wenn andere Grundrechtsträger seine Freiheit in unvertretbarer Weise verkürzen.

2. Nichtstaatliche äußere Institutionen

Beginnen wir mit diesem verfassungsdogmatisch zwar schwierigeren, im Ergebnis aber harmloseren Fall. Gegen individuelle äußere Institutionen hat das Verfassungsrecht wenig zu erinnern. Daß sich jemand in weiser Selbsterkenntnis davor bewahrt, künftig schwach zu werden, ist eine Form der Grundrechtsausübung. Gibt er sich zu diesem Zweck Lebensmaximen, ist das vielleicht sogar Teil der von Art. 4 I GG geschützten Gewissensfreiheit. Zum Schutz der Menschenwürde aus Art. 2 I i.Vm. 1 I GG gehört, daß das „forum internum“ den Staat nichts angeht. Bedient das Individuum sich zu diesem Zweck der Hilfe Dritter, kann es sich überdies auf die von Art. 2 I GG geschützte Vertragsfreiheit berufen. Nur in diesem letzten Fall kommt ganz ausnahmsweise einmal eine Intervention der Rechtsordnung in Betracht. Zu den Voraussetzungen der Privatautonomie gehört nämlich, daß das Individuum sie nicht selbst aufheben darf. Ein Vertrag wäre etwa nach § 138 BGB nichtig, mit dem sich jemand in die Sklaverei verkauft. Näher an unseren Überlegungen: das Individuum darf die Angst vor der eigenen Freiheit von Verfassungs wegen auch nicht so weit treiben, daß es sich durch Vertrag zum willenlosen Spielball einer Sekte macht. Gerade bei den Sekten mag gelegentlich auch einmal Zweifel an der Freiwilligkeit der Willenserklärung bestehen, mit der jemand der Selbstbindung zugestimmt hat. Das Zivilrecht würde mit der Anfechtung wegen Täuschung oder Drohung, im Extremfall vielleicht auch mit der Sittenwidrigkeit helfen. Das Verfassungsrecht heißt all diese zivilrechtlichen Instrumente gut.

Auch bei den relationalen äußeren Institutionen schlägt die verfassungsrechtliche Waage ganz regelmäßig zugunsten der Selbstbindung aus. Beide Vertragspartner können sich auch hier nämlich auf die von Art. 2 I GG geschützte Vertragsfreiheit berufen. Wenn sie ihre Geschäftsbeziehung organisatorisch verfestigen, steht ihnen die in Art. 9 I GG geschützte Freiheit zur Bildung und Ausgestaltung solcher privatrechtlichen Institutionen zu Gebote. Natürlich gelten auch hier die gleichen Einschränkungen wie bei der einseitig verantworteten Selbstbindung. Außerdem werden auf diese Weise Transaktionen dem Markt entzogen. Das Recht hat dafür

bisher noch kein entwickeltes Instrumentarium. Mit der ökonomischen Theory of the Firm gibt es aber ein hoch entwickeltes Instrument, das das Verfassungsrecht rezipieren kann und sollte⁶⁶.

Sehr viel weniger eindeutig ist das Ergebnis dagegen bei solchen gesellschaftlichen Institutionen, die von Gruppen verantwortet werden. Richtig ist allerdings, daß der schon erwähnte Art. 9 I GG nicht nur die Bildung von Unternehmen schützt. Sein Schutzbereich umfaßt vielmehr auch Organisationsformen, die nicht rechtlich verfaßt sind. Verbandszweck muß auch nicht notwendig die Beteiligung am Handelsverkehr sein. Schließlich ist nicht nur die Verbandsbildung, sondern auch die Betätigung des einmal gegründeten Verbands geschützt. Ein weiteres Leitmotiv, an das man aus sozialwissenschaftlicher Perspektive denken könnte, hat im Grundgesetz dagegen keine Verankerung gefunden: das Subsidiaritätsprinzip der katholischen Soziallehre⁶⁷. Auch aus Art. 5 II EGV folgt nichts anderes. Dort ist das Subsidiaritätsprinzip zwar ausdrücklich verankert. Es betrifft aber nur das Verhältnis zwischen Europäischer Gemeinschaft und Mitgliedstaaten.

Das eigentliche Problem ergibt sich aber natürlich nicht aus der Verfassungsdogmatik, sondern aus den Gefahren, die gesellschaftlicher Regelbildung oder Regelanwendung eigen sind. Innerhalb des Verbands geht es vor allem um den Minderheitenschutz. Er wird um so wichtiger, je schwerer einem Mitglied der Austritt fällt⁶⁸. So dürften die meisten Angehörigen der Freien Berufe ihren Beruf gar nicht mehr ausüben, wenn sie aus der jeweiligen Kammer austreten. Und ein Arzt dürfte nur noch Privatpatienten behandeln, wenn er aus der zuständigen Kassenärztlichen Vereinigung austritt. Das können sich nur wenige gesuchte Spezialisten leisten. Nun ist der Minderheitenschutz an sich ein altes gesellschafts- und verbandsrechtliches Problem⁶⁹. Es ist in unserem Zusammenhang nur aus einem Grunde besonders schwer zu bewältigen, der an sich gerade einen Vorzug der gesellschaftlichen Regelbildung ausmacht. Wir hatten uns nämlich klargemacht, daß gesellschaftliche

⁶⁶ S. dazu *Williamson* (FN 14); *Richter/ Furubotn* (FN 3) 352-452 und *Oliver Hart: Firm, Contract, and Financial Structure*. Oxford 1995.

⁶⁷ S. nur *Oswald von Nell-Breuning: Baugesetze der Gesellschaft: Solidarität und Subsidiarität*. Freiburg 1990.

⁶⁸ Auf diesem Zusammenhang hat vor allem hingewiesen *Albert O. Hirschman: Abwanderung und Widerspruch. Reaktionen auf Leistungsabfall bei Unternehmungen, Organisationen und Staaten* (Schriften zur Kooperationsforschung A8) Tübingen 1974.

Regeln gerade deshalb oft eleganter oder wirksamer sind, weil sie auch nicht beweisbare Information nutzen können⁷⁰. Das heißt aber auch: Minderheitenschutz kann in unserem Zusammenhang sinnvollerweise nur ein Schutz durch Organisations- und Verfahrensregeln sein. Will man den entscheidenden Vorzug des Instruments nicht verspielen, muß den Gerichten dagegen die materielle Kontrolle von Entscheidungen der Verbandsführung oder der Verbandsmehrheit versagt bleiben.

Im Außenverhältnis bedürfen zunächst die Wettbewerber und die Abnehmer des Schutzes vor der wirtschaftlichen Macht der Gruppe. Es liegt nämlich nahe, daß die Gruppe die Regeln in einer Weise bildet, die ihr einen Vorteil gegenüber außenstehenden Personen verschafft. Soweit die Regeln ökonomische Bedeutung haben, bedarf ihre Bildung und Anwendung deshalb der Aufsicht des Kartellrechts. Das Kartellrecht wird auch noch aus einem zweiten Grunde gebraucht. Je erfolgreicher der Verband bei der Bildung und Durchsetzung von Regeln ist, um so schwerer wird es für außenstehende Anbieter nämlich werden, ihm fernzubleiben. Die erfolgreiche Bewältigung eines sozialen Dilemmas kann deshalb zugleich der Hebel sein, um den Organisationsgrad einer Branche zu erhöhen.

Schließlich verschafft gerade die Institutionenbildung einem Verband nicht nur wirtschaftliche, sondern auch politische Macht. Was hier in modernen Kleidern daher kommt, hieß bei *Jean Jacques Rousseau* noch ganz anders. Er sprach von der „volonté de tous“, vor deren verderblichem Tun er die „volonté générale“ bewahren wollte⁷¹. Nun läßt sich zu Rousseaus demokratischer Utopie sicherlich viel Skeptisches bemerken. Richtig bleibt aber der Kern: Nicht nur andere gesellschaftliche Akteure, sondern auch der Staat selbst bedarf des Schutzes vor unkontrollierbarer gesellschaftlicher politischer Macht. Die Ordoliberalen halten auch das bekanntlich seit jeher für eine Aufgabe des Kartellrechts⁷².

⁶⁹ Eine prägnante Zusammenfassung der Prinzipien findet bei *Karsten K. Schmidt*: Gesellschaftsrecht. Köln² 1991 §16 III.

⁷⁰ S. oben II 1.

⁷¹ *Jean Jacques Rousseau*: Contrat social. Paris 1762 Buch II Kap. III und passim.

⁷² S. nur *Ernst-Joachim Mestmäcker*: Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts, in: *ders.*: Recht in der offenen Gesellschaft (Wirtschaftsrecht und Wirtschaftspolitik 125) Baden-Baden 1983, 60-73 (71).

3. Hybride äußere Institutionen

Von Staat und Gesellschaft gemeinsam verantwortete Regeln entstehen typischerweise nicht im Zusammenwirken des Staats mit einzelnen Individuen oder den Partnern einer einzelnen Transaktion. Das wäre nicht nur ziemlich unpraktisch. Vielmehr könnten dann ja auch gar keine allgemeinen Regeln entstehen. Handelt auf Seiten der Gesellschaft eine organisierte Gruppe, bedarf es auch hier des Minderheitenschutzes, des Schutzes von Wettbewerbern und Abnehmern, des Schutzes vor einem impliziten Beitrittszwang und des Schutzes anderer staatlicher Stellen vor der zusätzlichen politischen Macht des Verbandes⁷³. Da der Staat an der Regelbildung beteiligt ist, erhalten all diese verfassungsrechtlichen Bedenken zusätzliches Gewicht. Der Verband erhält gleichsam die Chance, sich das Gewaltmonopol für seine privaten Zwecke zunutze zu machen. Der Verband wird überdies versuchen, eine Ausnahme vom Kartellrecht zu erstreiten. Er wird nämlich vortragen, die Regelbildung im Zusammenwirken mit dem Staat sei gar kein unternehmerisches Handeln mehr. Das ist im Ergebnis zwar falsch, wird aber nicht notwendig von jedem Gericht so gesehen⁷⁴.

Vor allem erweckt aber die staatliche Beteiligung an der Regelbildung oder zumindest die staatliche Einwirkung darauf zusätzliche verfassungsrechtliche Einwände. Der wichtigste folgt aus dem Demokratieprinzip. Der Staat schiebt durch das Zusammenwirken mit privaten Verbänden nämlich an der Verfassung vorbei die Grenzen seiner Handlungsmöglichkeiten hinaus. Nichts anderes geschieht nämlich beim Handeln im Schatten der Hierarchie. Politikwissenschaftler empfehlen dieses Vorgehen ja gerade, weil der Staat dann die Vorzüge zweier Steuerungsmechanismen kombinieren kann: des einseitigen hoheitlichen Handelns und des Aushandelns⁷⁵. Überdies macht sich der Staat bei dieser Art von Regulierung gleichsam unsichtbar⁷⁶. Denn die Regeln, mit denen das Verhalten der Individuen gesteuert wird, sind dann ja gerade kein staatliches Recht, sondern bestenfalls Verbandsrecht, oft sogar ausschließlich politisch verankerte

⁷³ S. gerade 2.

⁷⁴ Näher *Engel* Gemischtwirtschaftliche Abfallentsorgung (FN 37) insbesondere 35-42.

⁷⁵ *Scharpf* Games Real Actors Play (FN 4) 197-205.

⁷⁶ So der programmatische Titel der Schrift von *Walter Leisner*. *Der unsichtbare Staat: Machtabbau oder Machtverschleierung?* Berlin 1995.

Verhaltenserwartungen. Zumindest ein Nebenzweck der hybriden Institution ist meist außerdem die Einsparung von Regulierungskosten. Deshalb liegt es nahe, daß der Staat sein eigenes Vollzugspersonal abbaut, nachdem er den Vollzug der vereinbarten Regeln erfolgreich in die Hand des Verbands gelegt hat. Dann kann er die Dinge aber auch zumindest kurzfristig nicht mehr selbst übernehmen. Der Staat wird abhängig vom Wohlwollen des Verbandes.

Ähnlich problematisch sind ausgehandelte Regeln aus der Sicht des Rechtsstaatsprinzips. Solange das nicht in der Form eines echten Normsetzungsvertrages geschieht, bleibt das staatliche Rechtsetzungsmonopol zwar unangetastet. Funktionell verzichtet der Staat aber auf die einseitige rechtsförmliche Regulierung. Dadurch wird das „rechtsstaatliche Gebot der Klarheit bei der Ausübung öffentlicher Gewalt“ beeinträchtigt⁷⁷. Vor allem sind solche Regeln aber weitgehend gegen Rechtsschutz immunisiert. Gegenstand eines verwaltungs- oder verfassungsgerichtlichen Verfahrens könnte nämlich bestenfalls der staatliche Mitwirkungsakt sein⁷⁸. Vor Gericht kann deshalb gerade nicht über die Belastungswirkung einzelner Regeln gestritten werden. Vielmehr kann es nur um die abstrakte Frage gehen, ob der Staat überhaupt drohen darf, und wenn ja, ob gerade mit dem eingesetzten Mittel. Die Neigung der Gerichte, dem Staat bereits das Drohpotential aus der Hand zu schlagen, wird gering sein. Dafür gibt es einen psychologischen und justizpolitischen Grund. Psychologisch sind Richter daran gewöhnt, aus der Anschaulichkeit des Einzelfalls zu entscheiden. Erst dann erkennen sie die konkrete Interessenlage. Genau diese Anschaulichkeit wird ihnen hier vorenthalten. Justizpolitisch bleibt dem Gericht bei diesem Regulierungsinstrument nur eine Alles- oder Nichts-Entscheidung. Sie müßten dem Staat also ganz offen in den Arm fallen. Sie hätten nicht die beim ausformulierten Gesetz gegebene Möglichkeit der Feinsteuerung über die Kassation einzelner Normen oder eher noch über deren verfassungskonform einschränkende Auslegung.

⁷⁷ *Udo Di Fabio*: Selbstverpflichtungen der Wirtschaft. Grenzgänger zwischen Freiheit und Zwang, in: *Michael Kloepfer* (Hrsg.): Selbst-Beherrschung im technisch und ökologischen Bereich. Selbststeuerung und Selbstregulierung in der Technikentwicklung und im Umweltschutz. Erstes Berliner Kolloquium der Gottlieb-Daimler- und Karl Benz-Stiftung (Schriften zum Umweltrecht 85) Berlin 1998, 119-132 (126).

⁷⁸ So der – in sich überzeugende – Vorschlag von *Hans-Werner Rengeling*: Das Kooperationsprinzip im Umweltrecht (Osnabrücker Rechtswissenschaftliche Abhandlungen 15) Köln 1988, 172.

Daraus folgt ein letztes rechtsstaatliches Bedenken. Im deutschen öffentlichen Recht ist an sich jede Frage des einfachen Rechts zugleich auch eine Verfassungsfrage. Das stellt dem politischen Diskurs im Gesetzgebungsverfahren notwendig einen juristischen Diskurs über die Richtigkeit des Norminhalts zur Seite. Dieser doppelte Diskurs ist ein zentrales Element der deutschen Form der Gewaltenteilung zwischen Legislative und Judikative. Bei hybriden Instrumenten fällt der juristische Diskurs der einzelnen Regeln dagegen notwendig aus. Es handelt sich dabei nämlich gar nicht mehr um staatliches Recht.

Zu den Grundrechtspositionen treten bei den hybriden Institutionen auch die Abwehrrechte des Verbands und seine Mitglieder gegen staatlichen Zwang. Sie richten sich gegen den Schatten der Hierarchie, also gegen die offene oder versteckte Drohung mit einseitigem staatlichen Handeln. Verboten sind dem Staat danach vor allem nicht-konnexe Drohungen. Es kann in einem Rechtsstaat nicht sein, daß sich der Staat beliebige Schikanen ausdenkt, nur um seinen Bürgern Gefälligkeiten abzupressen⁷⁹.

Schließlich sind hybride Institutionen auch deshalb problematisch, weil sie die Kompetenzordnung des Grundgesetzes verändern. Das Parlament kann nämlich nicht verhandeln. Die Exekutive wird also gegenüber der Legislative gestärkt. Außerdem werden die ausgehandelten Regeln nicht vom Staat, sondern von dem Verband vollzogen. Die Landesvollzugsverwaltung wird also entmachtet. Die vom Grundgesetz gewollte föderale Balance zwischen zentraler Regelbildung und dezentraler Regeldurchsetzung wird durchbrochen⁸⁰.

Reine gesellschaftliche Institutionen müssen also von staatlichen Regeln zum Schutz von Minderheiten, außenstehenden Dritten und des Staats selbst umhegt werden. Hybride Institutionen sind nicht nur ein besonders elegantes, sondern auch ein besonders problematisches Instrument. Sie sollten nur dann eingesetzt werden, wenn das konkrete Interventionsziel auf andere vertretbare Weise nicht erreicht werden kann⁸¹.

⁷⁹ Weitere Grundrechtspositionen und eine differenziertere verfassungsdogmatische Begründung findet sich bei *Engel* Selbstregulierung (FN 24) IV 1c.

⁸⁰ Weitere Einzelheiten zur Kompetenzordnung ebd. V 4.

⁸¹ Näher (am Beispiel der abfallrechtlichen Produktverantwortung) ebd. VII und VIII.