

Aufbruch zu einem umfassenden Regulierungsansatz

Claus Binder | *Die Forderungen nach Regulierung oder Deregulierung sind zu Glaubenssätzen geworden. Eine wissenschaftliche Analyse von Steuerungsansätzen und -alternativen steht hingegen noch aus. Erst auf einer solchen Grundlage kann der Dialog zwischen den beiden Positionen wieder in Gang kommen.*

1 Der Begriff der Deregulierung

Der Begriff «Deregulierung» wurde im System «Markt» geprägt, und das, was der Begriff meint, stellt einen Angriff auf diejenigen Systeme dar, denen rechtliche und soziale Normen entspringen. Der Begriff wurde seit den Siebzigerjahren in der politischen Debatte eingesetzt, und seine anhaltende Karriere ist ein Symbol dafür, dass das System «Markt» derzeit die globale Diskussion beherrscht. Überspitzt dargestellt ist der Begriff das Kind einer gesellschaftlichen Epoche, die das Prinzip des freien Wettbewerbs in den Vordergrund stellt. Diese Phase gesellschaftlicher Entwicklung löst dabei die keynesianische oder interventionistische Phase (ungefähr 1965 bis 1980) ab, aus der – aus der Sicht der Anhänger der Deregulierung – eine Normenflut hervorging, der es aus heutiger Sicht entgegenzuwirken gilt.

Auf diesem gedanklichen Hintergrund ist Deregulierung nicht einfach ein «Abbau von Normen» (Kettiger 1999, 140, Fn. 1). Mit dem Begriff wird vielmehr der Anspruch verbunden, dass ein Lebenssachverhalt von einer anderen Ebene – gemeint ist hier im ursprünglichen Verständnis der Markt – besser gesteuert werden kann und die Normierung innerhalb der herkömmlichen Ebene folglich überflüssig und abzubauen ist. Der Begriff der Deregulierung schliesst damit im Grundsatz Regulierung nicht aus (Stichworte: Reregulierung, Deregulierungsfolgenregulierung). Das Anliegen besteht vielmehr darin, dass insbesondere das eigene System oder eine andere Ebene innerhalb eines Systems den Lebenssachverhalt besser steuern kann, beispielsweise durch die Regeln des freien Marktes bei bestehender, aber aus der Sicht des Systems «Markt» auf das Notwendige beschränkter Steuerung (Rahmengewährleistung) durch die anderen Systeme (Staat, soziale Gesellschaft). Die Grundstimmung jedenfalls ist, dass das Recht hinter diese andern Steuerungsmöglichkeiten zurückzutreten habe.

Zwei Beispiele seien für eine solche Verlagerung der Steuerung auf eine andere Ebene angeführt: die Privatisierungswelle im ausklingenden 20. Jahrhundert und das Auftauchen des New Public Management (NPM)¹.

Die europaweit vorgenommenen Privatisierungen der letzten zwanzig Jahre haben sicherlich verschiedene Gründe. Sie dienen jedenfalls nicht bloss der Beschaffung zusätzlicher Mittel für die öffentliche Hand. Vielmehr verwirklichte sich in ihnen die politische Philosophie, dass ein anderes System, nämlich das des Marktes, geeignetere Rahmenbedingungen schafft für die Erfüllung der jeweiligen Aufgabe. In dem Sinne schafft Privatisierung Abbau von direkter staatlicher Steuerung, damit Abbau von Recht und wird deshalb zumeist in einem Atemzug mit dem Begriff der Deregulierung genannt. Das ist freilich eine Simplifizierung: Wenn die zu erfüllende Aufgabe nach der Privatisierung weiterhin als eine öffentliche verstanden wird, hat der Staat die direkte Steuerung zwar auf die Ebene des Marktes verschoben; er muss die weiterhin bestehende staatliche Verantwortung aber durch neue Regulierung des privatisierten Umfeldes wahrnehmen. Die in solchen Bereichen tätigen Privatrechtssubjekte handeln damit unter einer genau zu regulierenden spezifischen Gemeinwohlbindung (Wahl 1997). Beispielhaft genannt seien vor allem die Privatisierungen von Infrastrukturen (public utilities, Bahnverkehr, Telekommunikation etc.). Hier zieht Deregulierung Regulierung nach sich, die im Allgemeinen mit dem Begriff des Privatisierungsfolgenrechts² umschrieben wird. Die Frage, wie dieses Privatisierungscontrolling auszusehen hat, wird die Steuerungslehre in den nächsten Jahren beschäftigen, und es wird sich weisen, ob es in Zukunft Bestand haben und damit das Recht und seine Instrumente dauerhaft prägen wird oder ob es eher eine Art Übergangsrecht darstellt.

Das NPM³ ist das zweite Beispiel (Kettiger 1999). Innerhalb des Systems «Staat» werden die Steuerungsmöglichkeiten neu bedacht, damit alte Strukturen abgebaut, das Recht zurückgenommen (es wird dereguliert); es werden aber freilich auch neue Strukturen formiert und es wird neu reguliert. Deregulierung und Reregulierung sind hier eng miteinander verknüpft. Eine detaillierte parlamentarische Steuerung der Verwaltung wird durch eine verstärkte Verantwortlichkeit ersetzt und somit Regulierungsverantwortungen innerhalb der einzelnen Ebenen des Systems «Staat» neu verteilt, und dabei – das ist das Interessante und Brisante – werden Anleihen bei den Instrumenten des Systems «Markt» getätigt. Statt zentraler Anweisung von oben, der so genannten «Inputsteuerung», wird eine «Outputsteuerung» eingeführt, wobei den unteren Verwaltungseinheiten ein Mehr an bzw. eine andere Form von Verantwortung eingeräumt

wird. Die Verfechter des NPM bringen damit ihre Überzeugung zum Ausdruck, dass mit der Anwendung der Steuerungserkenntnisse der Betriebswirtschaftslehre – und damit eine andere Ebene – bessere Steuerungsleistungen erbracht werden können als im alten Modell; hieran anknüpfend werden Steuerungsstrukturen umgeschichtet.

2 Die Theorie einer differenzierten Regulierung als Alternative?

In den Diskussionen, die neulich in LeGes stattgefunden haben, hat Kettiger sich an dem einseitigen Deregulierungsparadigma gestossen und ihm das Konzept einer differenzierten Regulierung gegenübergestellt und dabei betont, dass «(...) aus gesellschaftlicher und rechtsstaatlicher Sicht nicht ein möglichst kleines Mass an Regulierung [gefragt ist], sondern die zweckmässige Regulierung im notwendigen Ausmass am richtigen Ort» (Kettiger 1999, 143, Fn 1). Damit widerspricht Kettiger aber durchaus nicht den Deregulierungsvertretern; auch diese wollen selbstverständlich eine zweckmässige Regulierung im notwendigen Ausmass. Insofern ist im ersten Teil des soeben zitierten Satzes neben der Perspektive der Systeme «Staat» und «Gesellschaft» auch die des Systems «Markt» einzufügen.

Im Weiteren wurde dann aber nur noch aus der Perspektive des Normgebers Staat heraus argumentiert und diese dem Marktparadigma entgegengestellt. Das System der «Gesellschaft» wird gänzlich ausgeblendet. Um mit Niklas Luhmann zu sprechen – ohne dass dessen Systemtheorie hier zu Grunde gelegt werden soll –, wird dabei durchaus folgerichtig argumentiert, da man in seinem System selbstreflektierend verharrt. Einer Zeitschrift wie LeGes aber kann diese Perspektive nur auf den ersten Blick nahe liegen. Gerade dem Gesetzgeber müsste vielmehr an einer weiteren Perspektive gelegen sein. Es genügt nämlich nicht, wenn man dem Programm des Abbaus von Normen ein rein rechtliches Gegenprogramm gegenüberstellt, in dem der Staat Regulierungen vornehmen und dabei ein bestimmtes rechtsstaatliches Verfahren, insbesondere Rechtfertigungspflichten (Ziele, Gesamtkonzepte) und Nachfolgepflichten (Gesetzesfolgenabschätzung⁴ als moderner Kontrollmechanismus rechtsstaatlicher Steuerung) einhalten soll. Der Rahmen für eine breitere Diskussion über die Qualität der staatlichen Regulierung ist damit schon zu eng gesteckt, insbesondere wenn man bei der Frage des Instrumenteneinsatzes zwar einen Mix verlangt, innerhalb dieses Mixes aber nur die üblichen staatlichen Instrumente auf der Skala von der Verfügung bis zur Verfassung prüft.

3 Eine umfassende Steuerungsperspektive als Synthese

Wie kann der Horizont erweitert werden? Daniel Kettiger ist in seinem Forumsbeitrag auf dem richtigen Weg, denn er argumentiert ganz im Sinne der amerikanischen «Bringing-the-state-back-in»-Diskussion, die ebenfalls verlangt, dass der Staat wieder seinen Regulierungsanspruch geltend macht. Die amerikanische Schule aber geht viel weiter, sie öffnet ihre Perspektive für andere Regulierungssysteme⁵. Aufbauend auf dieser Tradition wurden Regulierungsinstrumente insbesondere in Anlehnung an diejenigen des Systems «Markt» entwickelt, mit deren Hilfe der Staat sein Instrumentenarsenal deutlich erweitert hat⁶. Insgesamt lässt sich dabei beobachten, dass die herkömmliche staatliche Steuerung in den USA gerade im Zuge der insbesondere von der Chicago School angestossenen Deregulierungsbeziehung zurückgegangen ist, der Staat jedoch durch Rezeption dieser Schule vermehrt andere Steuerungsstrukturen der gegenstaatlichen Bewegung in sein Regulierungsarsenal integriert und dadurch als Regulierer effektiver, insbesondere aber für die Gesamtöffentlichkeit überzeugender auftritt. Die amerikanische Wissenschaft beobachtet diese Entwicklung und zeigt derzeit erste Bemühungen, diese Gegenbewegung als neue Schule im Sinne einer New Chicago School zu integrieren (Lessig 1998, 661). In Europa hingegen verharrt man trotz berechtigter Opposition gegen eine vereinseitigende Deregulierungseuphorie in der üblichen rechtsstaatlichen Steuerungshaltung.

Von derartigen einseitigen Perspektiven sollte die Deregulierungsdiskussion befreit werden. Ideologisierte oder ambivalente Schlagworte wie das der Deregulierung, aber auch das der Reregulierung, helfen nicht weiter. Es sollte vielmehr gelingen, sich gegenüberstehende einseitige Standpunkte so zu synthetisieren, dass sich unterschiedliche Steuerungsansätze wechselseitig ergänzen und es so zu einer dem Notwendigen entsprechenden zweckmässigen Steuerung kommt. Sicherlich «[bedarf] jede Personengemeinschaft, jeder Markt und insbesondere der demokratische Rechtsstaat (...) der Regelung» (Kettiger 1999, 141, Fn 1) und es gibt sicherlich auch «keine Form des Zusammenlebens von Menschen (...), die völlig frei von gemeinsamen Regelungen war» (Kettiger 1999, 141, Fn 1). Statt jedoch von dieser Grundthese ausgehend nur von einer Warte aus die Regulierungsfrage zu betrachten, sollte man versuchen, die Debatte wieder im Spannungsfeld der drei Hauptssysteme «Staat», «Gesellschaft» und auch «Markt» zu verstehen: Wer soll gegebenenfalls mit wem zusammen was wie und wie tief regulieren/steuern? Eine derart umfassende Steuerungsdebatte anzustossen ist das Anliegen dieses Beitrags.

4 Stand der Wissenschaft

Die Wissenschaft hat, eine derartige umfassende Steuerungsperspektive vorbereitend, Forschungsergebnisse präsentiert, die in diesem Forum noch nicht zur Sprache gekommen sind.

So wird im Zuge der Staatsaufgabendiskussion der Wandel vom Ordnungs- und Leistungs- bzw. Wohlfahrtsstaat hin zum Gewährleistungsstaat konstatiert und beschrieben. Freilich soll dieser Wandel dabei nicht in einem ausschliesslichen Sinne verstanden werden, vielmehr in dem Sinne, als dass der Staat sich neben seiner Leistungs- und Ordnungsfunktion mehr auch als Rahmengeber dort sehen soll, wo er sich aus der direkten Steuerung von (Wohlfahrts-)Aufgaben zurückzieht (Schuppert 1995, 768f. und 1998, 415ff.). Um mit den viel zitierten David Osborne und Ted Gaebler (1992, 25ff.) zu sprechen, soll der Staat sich hier aufs Lenken und nicht aufs Rudern konzentrieren. Das Aufkommen des Modells von einem Gewährleistungsstaat spiegelt insofern auch den, wie oben erwähnt, festzustellenden gesellschaftlichen Wandel wider und ist seinerseits eine Antwort auf den dominierenden Steuerungsanspruch des Systems «Markt». Der Begriff des Gewährleistungsstaates reflektiert damit die Diskussion um die Verteilung von Verantwortungen auf einer Skala von Privaten über die Gesellschaft hin zum Staat. Dieses Verantwortungsspektrum wurde ursprünglich nicht als Spektrum, sondern als Gegenüber verstanden. Werden jedoch die Grenzen bei der Verteilung der Aufgaben auf die Systeme fließend, so sollte dies auch für die Instrumente bei der Umsetzung der Aufgaben der Fall sein.

Ausgehend von dieser Grundbeschreibung des staatlichen Aufgabenspektrums kann nun eine Diskussion einsetzen, ob der Staat etwas klassisch regeln und die Gesellschaft oder der Markt sich selbst regulieren sollen oder aber ob Mischformen verschiedenster Art eingesetzt werden und welche – möglicherweise neuartigen – Instrumente hierbei verwendet werden sollen. Zu diesen gehören beispielsweise die Formen des Public Private Partnership (Budäus/Brede 1997) und insbesondere die Rahmenregulierung der Erfüllung von Allgemeinwohlaufgaben spezifischer Art, wie sie schon oben angeführt wurde. Auch die wissenschaftliche Diskussion, welche Regelungsebene innerhalb eines Systems einen Sachverhalt besser steuern kann, gehört hierher, womit die vielfältigen Untersuchungen zum NPM angesprochen sein sollen.

Auf diesem Stand ungefähr steht die wissenschaftliche Forschung. Sie sagt damit aber – einmal abgesehen vom Sonderbereich des NPM – gerade nicht viel über die Art der propagierten differenzierten Regulierung aus. Die wissenschaftliche Debatte funktioniert vielmehr als Schubladendiskus-

sion: Jeder Teilnehmer versucht, Terrain für ein System oder Teilsystem von Steuerungsleistungen zu sichern. Systematische Aussagen zur Auswahl oder zum Aussehen der zu wählenden Instrumente oder gar zur Auswahl des die Steuerungsleistung erbringenden Systems fehlen. Auch wird meist verkannt, dass die Wahl und die Effektivität der herkömmlichen oder neuen Instrumente wiederum einen rückwirkenden Effekt darauf hat, welche (Steuerungs-)Schublade aufgezogen werden soll. Die allgemeine Steuerungsdiskussion muss ihr Augenmerk daher umorientieren. Die meisten derzeitigen wissenschaftlichen Beiträge wie auch derjenige von Daniel Kettiger leisten dies nicht, da sie sich auf eine Schublade fixieren, diese aufziehen, mit dem Inhalt den Status Quo beschreiben und von der Warte ihres Systems aus argumentieren. Ihre Aussagen sind dabei für sich richtig, aber nicht umfassend. Oder vereinfacht: Einen Deregulierungsvertreter vermag der Ansatz Daniel Kettigers nicht überzeugen, genauso wenig wie der Deregulierungsansatz Daniel Kettiger für sich einnimmt. Um differenzierte Steuerungsleistungen erbringen zu können, brauchen wir eine versöhnende umfassende Steuerungsperspektive. Hieran muss gearbeitet werden!

5 A long way to go

Ein derart umfassender Anspruch mag auf den ersten Blick erschrecken. Schliesslich brauchen wir eine wissenschaftliche Theorie, die Regulierungslösungen der drei Hauptebenen umfassend verbindet und Wechselwirkungen und Synergieeffekte aufdeckt. Nur so kann die Frontenstellung der Systeme überwunden werden und letztlich eine differenzierte und notwendige Regulierung Land gewinnen, in dem sich alle Systeme miteinander versöhnen oder sich zumindest, indem sie sich verständigen, wieder finden. Andere mögen einwenden, dass der hier formulierte Ansatz doch so neu nicht sei beziehungsweise schon im Entstehen begriffen sei. In der Tat hat sich die Rechtswissenschaft in letzter Zeit für Steuerungsleistungen der anderen Systeme geöffnet. Dies jedoch nur vereinzelt; es fehlt der umfassende Blick, um den es hier gehen soll.

Wie dieser umfassende Blick zu erlangen ist, kann hier nur angedeutet werden.⁷ Ein solcher Quantensprung gelingt jedenfalls nur mit einer Perspektiverweiterung. Hierzu muss man sich in einem ersten Schritt die Regulierungsebenen oder -systeme (Gesellschaft, Staat und Markt) vor Augen führen und in einem zweiten Schritt versuchen, sich die Wechselwirkungen von Regulierungen auf die Systeme zu verdeutlichen.

Dies wird sodann erhellen, dass der Dreh- und Angelpunkt eines umfassenden Steuerungsverständnisses eine noch aufzubauende Kenntnis der

Wechselwirkungen der Steuerungsalternativen sein wird. Erst eine derartige Umorientierung wird zum Einsatz eines optimalen Regulierungsmixes führen. Dies gelingt nur, wenn verdeutlicht wird, wie genau Regulierungen menschliches Verhalten steuern und welche Konsequenzen die Ersetzung der einen durch eine andere Regulierung auf das zu steuernde menschliche Verhalten und welche Nebenwirkungen eine solche allenfalls hat. Erst wenn dieser erste Schritt unternommen ist, kann anhand der wertungsabhängigen Leitbilder (wirtschaftliche Effektivität, Verteilungsgerechtigkeit usw.) eine Diskussion darüber erfolgen, welcher Steuerungsalternative der Vorzug zu geben ist. Für den Vollzug dieses ersten Schrittes muss sich die Rechtswissenschaft den anderen Gesellschaftswissenschaften noch mehr öffnen, als dies schon geschehen ist, und insbesondere deren methodische Erkenntnisse offen reflektieren. Und das Umgekehrte gilt freilich auch. Nur so kann die ideologisierte Frontstellung und das Festhalten an vermeintlichen Allgemeinplätzen überwunden werden. Eine anspruchsvolle Aufgabe.

Anmerkungen

- Der Artikel ist während eines Forschungsaufenthaltes an der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften in Speyer/Rhein im Wintersemester 1999/2000 entstanden und eine Stellungnahme im Rahmen der durch Wolf Linder (Linder 1998) in dieser Zeitschrift eröffneten Diskussion, dabei insbesondere eine Antwort auf die Stellungnahme von Daniel Kettiger (Kettiger 1999).
- 1 Da in Deutschland mit dem Begriff des *neuen Steuerungsmodells* und in der Schweiz mit dem der *wirkungsorientierten Verwaltungsführung* unterschiedliche Bezeichnungen für das gleiche Phänomen verwendet werden, sei hier im Folgenden der englische Ausdruck *New Public Management (NPM)* verwendet.
 - 2 Eine Urheberchaft für diese Benennung ist schwer auszumachen, erste Verwendungen finden sich u.a. bei Schoch (1994, 962ff.) und Wahl (1997, 336, Fn. 5).
 - 3 Zum NPM in der Schweiz im Überblick Reh binder (1997, 262ff.).
 - 4 Der Begriff wurde geprägt von Böhret (1990), Deckert (1995) und Böhret/Konzendorf (1998)
 - 5 Das ist auf dem Hintergrund des Staatsverständnisses eines durchschnittlichen US-Amerikaners durchaus verständlich. Die weit gehende Skepsis gegenüber staatlicher Regulierung («distrust government» – mit diesem Klischee setzt sich auseinander: Plasser 1999, 419ff.) verlangt allgemeine Zurückhaltung des Staates, sodass eine Neudefinition des staatlichen Regulierungsanspruchs nur durch Einbezug von ausserstaatlichen Steuerungsleistungen gelingen kann.

- 6 Ein Beispiel sind die in den USA am Markt handelbaren Verschmutzungszertifikate für CO₂-Emissionen.
- 7 Weiterführende systematische Überlegungen hierzu müssen weiteren Forschungen vorbehalten bleiben. Insoweit sei dieser Beitrag seinem Titel entsprechend ein «Aufbruch».

Literatur

- Böhret, Carl, 1990, Folgen.
 Böhret, Carl/Konzendorf, Götz, 1998, Rechtsoptimierung mittels Gesetzesfolgenabschätzung.
 Budäus Dietrich/Brede Helmut, 1997, Public Private Partnership: Neue Formen öffentlicher Aufgabenerfüllung.
 Deckert, Martina R, 1995, Folgenorientierung in der Rechtsanwendung.
 Kettiger, Daniel, 1999, Plädoyer für eine differenzierte Regulierung, *Gesetzgebung heute* 1999/2, S. 129ff.
 Lessig, Lawrence, 1998, The New Chicago School, *Journal of Legal Studies* (27), S. 661ff.
 Linder, Wolf, 1998, Deregulierung – ein politisches Instrument für viele Ziele, *Gesetzgebung heute* 1998/2/3, S. 95–109.
 Osborne, David/Gaebler, Ted, 1992, Reinventing Government. How entrepreneurial spirit is transforming the public sector. Reading (Massachusetts), S. 25ff.
 Plasser, Fritz, 1999, Culture of Mistrust: Politischer Zynismus in den USA, *ÖZP* 1999, S. 419ff.
 Reh binder, Manfred, 1997, Öffentlicher Dienst: Reformvorstellungen in der Schweiz, *DVBI*, S. 262ff.
 Schoch, Friedrich, 1994, Privatisierung von Ver-

waltungsaufgaben, *DVBI*, S. 962ff.
Schuppert, Gunnar Folke, 1995, Rückzug des Staates?, *DöV*, S. 761ff.
Schuppert, Gunnar Folke, 1998, Die öffentliche Verwaltung im Kooperationspektrum staatlicher und privater Aufgabenerfüllung: Zum Denken in Verantwortungsstufe, *Die Verwaltung* 31, 1998, S. 415ff.

Wahl, Rainer, 1997, Privatorganisationsrecht als Steuerungsinstrument bei der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben, in: Eberhard Schmidt-Assmann/Wolfgang Hoffmann-Riem (Hgg.), *Verwaltungsorganisationsrecht als Steuerungsressource*, S. 301ff.

Résumé

Les débats sur les possibilités de déréglementation opposent en général deux camps: les défenseurs du marché qui prônent une réduction des normes légales aux promoteurs de l'Etat. On peut certes constater un certain rapprochement des opinions, mais une synthèse complète des différents moyens de réglementation possibles n'a jamais été établie. La présente contribution vise à ouvrir la discussion scientifique sur une comparaison des possibilités de pilotage, de leurs conditions et de leurs effets. Les résultats qui pourront en être retirés devraient apporter des solutions plus complètes aux problèmes de pilotage auxquelles se trouve confrontée notre société que celles proposées tant par les partisans de la déréglementation que par les défenseurs d'un pouvoir réglementaire accru de l'Etat.