

Schriften des Vereins für Socialpolitik

Band 320

Ökonomische Analyse politischer Institutionen

Von

Herbert Brücker, Klaus Heine, Roland Kirstein,
Jörn Kruse, Helmut Leipold, Theresia Theurl,
Viktor J. Vanberg, Uwe Vollmer

Herausgegeben von

Uwe Vollmer



Duncker & Humblot · Berlin

Schriften des Vereins für Socialpolitik
Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften
Neue Folge Band 320

SCHRIFTEN DES VEREINS FÜR SOCIALPOLITIK

Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften

Neue Folge Band 320

Ökonomische Analyse politischer Institutionen



Duncker & Humblot · Berlin

Ökonomische Analyse politischer Institutionen

Von

Herbert Brücker, Klaus Heine, Roland Kirstein,
Jörn Kruse, Helmut Leipold, Theresia Theurl,
Viktor J. Vanberg, Uwe Vollmer

Herausgegeben von

Uwe Vollmer



Duncker & Humblot · Berlin

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten
sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Alle Rechte, auch die des auszugsweisen Nachdrucks, der fotomechanischen
Wiedergabe und der Übersetzung, für sämtliche Beiträge vorbehalten

© 2010 Duncker & Humblot GmbH, Berlin

Fremddatenübernahme und Druck:

Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin

Printed in Germany

ISSN 0505-2777

ISBN 978-3-428-12983-6

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier
entsprechend ISO 9706 ☺

Internet: <http://www.duncker-humblot.de>

Vorwort

Der Ausschuss für Wirtschaftssysteme und Institutionenökonomik des Vereins für Socialpolitik hielt seine 39. Jahrestagung vom 7. bis 9. Oktober 2007 in Tutzing zum Rahmenthema „Ökonomische Analyse politischer Institutionen“ ab. Der vorliegende Sammelband enthält überarbeitete Fassungen einiger Referate und schriftliche Ausarbeitungen der Korreferate.

Besonderen Dank schulde ich *Monika Bucher* (Universität Leipzig) sowie *Heike Frank* (Verlag Duncker & Humblot) für die zuverlässige Unterstützung bei der Erstellung der endgültigen Druckvorlagen.

Leipzig, im Juni 2008

Uwe Vollmer

Inhaltsverzeichnis

Einführung	
Von <i>Uwe Vollmer</i> , Leipzig	9
On the Complementarity of Liberalism and Democracy – A Reading of F. A. Hayek and J. M. Buchanan	
Referat von <i>Viktor J. Vanberg</i> , Freiburg	13
Korreferat von <i>Helmut Leipold</i> , Marburg	37
Parteienmonopol und Dezentralisierung der Politik	
Referat von <i>Jörn Kruse</i> , Hamburg	41
Korreferat von <i>Uwe Vollmer</i> , Leipzig	75
Hybride Regulierung. Zum Einfluss politischer Institutionen auf private Regelsetzung	
Referat von <i>Klaus Heine</i> , Berlin	79
Korreferat von <i>Theresia Theurl</i> , Münster	113
Bayesianische Steuerbehörden und das Tax Payer Puzzle	
Referat von <i>Roland Kirstein</i> , Magdeburg	121
Korreferat von <i>Herbert Brücker</i> , Bamberg	143
Zu den Autoren	149

Einführung

Von *Uwe Vollmer*, Leipzig

Gibt es eine Dichotomie zwischen Liberalismus und Demokratie? Ist die institutionelle Ausgestaltung des Parteiensystems in Deutschland für die wahrgenommene Politikverdrossenheit mitverantwortlich? Warum verwendet der Staat hybride Regulierungen und delegiert hoheitliche Aufgaben auf private Anbieter? Weshalb zahlen rationale Wirtschaftssubjekte überhaupt Steuern? Diese und andere Fragen waren Gegenstand der Verhandlungen des Ausschusses für Wirtschaftssysteme und Institutionenökonomik im Verein für Socialpolitik, dessen 39. Jahrestagung vom 7. bis 9. Oktober 2007 in Tutzing bei München stattfand. Der vorliegende Band enthält einige der dort präsentierten Referate einschließlich der Korreferate.

Viktor J. Vanberg (Freiburg) fragt in seinem Beitrag „On the Complementarity of Liberalism and Democracy – A Reading of F. A. Hayek and J. M. Buchanan“, in welchem Verhältnis Demokratie und Liberalismus zueinander stehen. Zwischen beiden Idealen ist ein Spannungsverhältnis wahrnehmbar. Dies wird deutlich, wenn Vertreter des Liberalismus die persönliche Freiheit betonen und diese durch jede Staatsbefugnis – auch wenn sie demokratisch legitimiert ist – gefährdet sehen. Umgekehrt legen Befürworter demokratischer Entscheidungsfindung großen Wert auf Bürgersouveränität; sie betrachten liberale Bestrebungen, die Staatsmacht einzudämmen, als illegitime Versuche, politische Entscheidungen dem demokratischen Prozess zu entziehen. *Vanberg* argumentiert, unter Verweis auf Arbeiten von *Hayek* und *Buchanan*, dass dieser Antagonismus nur scheinbar ist, weil Demokratie und Liberalismus in Wahrheit nicht nur miteinander kompatibel, sondern sogar komplementäre Ideale darstellen und beide Ausdruck desselben Ideals der individuellen Souveränität sind.

Dabei interpretiert er Bürgersouveränität in der Demokratie als analoges Ordnungsideal zur Konsumentensouveränität in der Wirtschaft. Demokratie ist demnach nicht als eine bloße Mehrheitsregel anzusehen, sondern als ein Verfahren zur Erzielung wechselseitig vorteilhafter Regeln des Zusammenlebens. Gegen diese Interpretation von Liberalismus und Demokratie aus Sicht des Paradigmas wechselseitiger Tausch- und Kooperationsvorteile wendet sich *Helmut Leipold* (Marburg) in seinem Korreferat unter Verweis auf Pfadabhängigkeiten: Das „Ist“ in Wirtschaft und Politik ist oftmals durch zufällig entstandene, machtbedingte Privilegien geprägt. Darüber hinaus verkenne die Übertragung des Paradigmas wech-

selseitiger Tauschvorteile auf die Ebene der Politik deren Eigentümlichkeiten und die Tatsache, dass andersartige Interessen als im Wirtschaftsprozess im Spiel sind und Leistung und Gegenleistung nicht miteinander verknüpft sind.

Näher mit den Anreizen zur Entscheidungsfindung in Parteiendemokratien beschäftigt sich das zweite Referat mit dem Titel: „Parteienmonopol und Dezentralisierung der Politik“. Hierin konstatiert *Jörn Kruse* (Hamburg) erhebliche Konstruktionsmängel der politischen Institutionen in Deutschland, die durch die besondere Position der politischen Parteien begründet sind und die Ursache sind von Leistungsmängeln politischer Prozesse, von Demokratiedefiziten und von Politikverdrossenheit. Vor allem beklagt *Kruse* den umfassenden Machtanspruch der Parteien, den diese aus einem formalen Legitimationsmonopol ableiten, das ihnen vom Grundgesetz eingeräumt wird. Gemäß Artikel 20 GG geht alle Staatsgewalt vom Volke aus, das diese dem Parlament und den in ihm vertretenden Parteien überträgt. Obwohl Parteien in Konkurrenz zueinander stehen, verfolgen sie jedoch weitgehend identische Interessen und fungieren als „gatekeeper“ für politische Karrieren. Dies entfaltet zwar hohe Disziplinierungswirkungen, wirkt sich aber negativ auf die Partizipation an politischen Ämtern, auf die Rekrutierung hierzu sowie auf deren Repräsentativität aus. Um diese und andere Fehlentwicklungen zu vermeiden, schlägt *Kruse* die Errichtung eines Senats als zweite Kammer vor, die mit von Parteien unabhängigen Personen besetzt ist und die alle grundlegenden normativen Richtungs- und Gestaltungsentscheidungen trifft. Gegen die Praktikabilität dieses Vorschlags erhebt *Uwe Vollmer* (Leipzig) in seinem Korreferat Einwände, vor allem mit dem Hinweis, dass jede Auswahl von Senatsmitgliedern wiederum parteipolitisch beeinflusst sein dürfte.

Im dritten Beitrag des Bandes, „Hybride Regulierung. Zum Einfluss politischer Institutionen auf private Regelsetzung“, stellt *Klaus Heine* (Berlin) Institutionen vor, die öffentliche und private Elemente miteinander verbinden, weil entweder die Inhaltssetzung oder die Durchsetzung von Regeln privat erfolgt. Beispielsweise werden internationale Rechnungslegungsstandards von einer privatrechtlichen Organisation aufgestellt (und staatlich durchgesetzt), oder Technische Überwachungsvereine erfüllen als private Vereine hoheitliche Aufgaben im Bereich der technischen Sicherheitsüberprüfung. *Heine* beschäftigt sich mit den Möglichkeiten und Grenzen solcher hybrider Regulierungen bei Vorliegen von Informationsasymmetrien zwischen den Vertragsparteien im Rahmen transnationaler Transaktionen, die keine eindeutige territoriale Zuordnung haben und mit unterschiedlichen Regulierungsräumen konfrontiert sind. Wichtige Beispiele sind Transaktionen im Internet oder internationale Kapitalmarktfinanzierungen, die mit unterschiedlichen, mitunter widersprüchlichen Publizitätsanforderungen an Unternehmen verbunden sein können. In solchen Fällen erweisen sich hybride Regulierungen als vorteilhafte Instrumente, um transnationale Regulierungen zu schaffen, ohne die territoriale Gebundenheit staatlichen Rechts aufgeben zu müssen.

Darüber hinaus erweisen sich hybride Regulierungen als vorzugswürdige Governance-Mechanismen, wenn sie Spezialisierungsvorteile des privaten Regulie-

rungsinstrumenten mit staatlichen Elementen kombinieren, die helfen, mögliche Ineffizienzen rein privater Regulierungen zu vermeiden. Damit resultieren hybride Regulierungen aus einem Kosten-Nutzen-Kalkül, der vor allem bei transnationalen Transaktionen bessere Ergebnisse als rein staatliche oder rein private Regulierungen erzielt. Dabei sieht *Heine* den institutionellen Wettbewerb als geeignetes Instrument an, um Wissen über Regulierungsalternativen zu generieren und um politischen Institutionen und privaten Akteuren Anreize zu geben, das Regulierungsregime mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis zu implementieren. Dass die Ausgestaltung eines Regulierungsregimes sich als Optimierungsaufgabe stellt, die durch institutionellen Wettbewerb zwischen den Regulierungsregimen zu lösen ist, bezweifelt *Theresia Theurl* (Münster). Sie weist in ihrem Korreferat darauf hin, dass durch Kombination privater und öffentlicher Elemente etwas Neues – mit neuen Anreizstrukturen – entsteht, sodass sich aus Vor- und Nachteilen privater Regulierung nicht die Vorteilhaftigkeit hybrider Regulierung ableiten lässt. Sie weist ferner darauf hin, dass der von *Heine* befürwortete institutionelle Wettbewerb mit ungenannten Problemen verbunden sein mag, weil der Wettbewerbsprozess auf dem Markt für Regulierungen an Prämissen gebunden ist, die häufig nicht erfüllt oder nicht umsetzbar sind.

Zum Abschluss des Bandes fragt *Roland Kirstein* (Magdeburg) in seinem Beitrag „Bayesianische Steuerbehörde und das Tax Payer Puzzle“, warum Steuerzahler weit weniger Steuern hinterziehen oder schwächer auf mögliche Strafandrohungen reagieren, als dies Erwartungsnutzenkalküle vorhersagen. Eine Möglichkeit, dieses „tax payer puzzle“ zu erklären, besteht darin, die Rationalitätsannahme aufzugeben und etwa bounded rationality anzunehmen. Diesen Weg beschreitet *Kirstein* nicht, denn er erhält die Annahme des Rationalverhaltens aufrecht; allerdings modelliert er eine bayesianische Steuerbehörde, der es nicht möglich ist, sich glaubwürdig auf eine bestimmte Strafwahrscheinlichkeit festzulegen. Damit findet ein simultanes Spiel zwischen der Rechtsdurchsetzungsbehörde und dem Steuersünder statt, bei dem der Täter unbeobachtet entscheidet, ob er Steuern hinterzieht, und die Behörde ebenfalls unbeobachtet entscheidet, ob sie die Tat untersucht. Zudem unterstellt *Kirstein*, dass die Behörde Fehler erster und zweiter Art bei der Untersuchung begeht, d. h. sowohl Unschuldige bestraft als auch Schuldige nicht bestraft, und ein imperfektes Signal über die Aktionswahl des Verdächtigen erhält. Dann ergeben sich mehrere Gleichgewichte in gemischten Strategien, von denen eins das „tax payer puzzle“ löst, d. h. erklärt, warum man trotz geringer erwarteter Strafe Steuern zahlt. Dass das Modell dies leistet, bestätigt nachdrücklich auch *Herbert Brücker* (Bamberg), der allerdings die Annahme des Modells für unrealistisch hält, dass sich mit dem Steuerzahler und der Steuerbehörde zwei Spieler gegenüberstehen, weil vor allem die Steuerzahler sich kaum auf einen gemeinsamen Strategiemix verständigen dürften. Allerdings zeigt das Modell von *Kirstein* nach Auffassung des Diskutanten, dass Behörden nur dann von einer Bestrafung profitieren, wenn ihnen genaue Informationen über regelwidriges Verhalten vorliegen; andernfalls besteht die Gefahr, dass Bestrafung die Rechtstreue untergräbt.

Natürlich beansprucht der vorliegende Band mit der Zusammenstellung dieser vier Beiträge keine systematische ökonomische Analyse politischer Institutionen, sondern beleuchtet nur wenige Teilaspekte des Themas. Vielleicht enthält er für den interessierten Leser einige interessante Anregungen und lädt zur Diskussion der hier angesprochenen Themen ein.

On the Complementarity of Liberalism and Democracy

A Reading of F. A. Hayek and J. M. Buchanan

By Viktor J. Vanberg, Freiburg*

A. Introduction

The ideals of democracy and of (classical) liberalism do not appear to co-exist in easy harmony with each other. Advocates of liberalism emphasize the need to impose strict limitations on the authority of government in order to safeguard individual liberty, and they tend to look with suspicion at the tendency of democratic politics to extend the power of the state at the expense of the “private autonomy” of its citizens. Advocates of democracy, on the other hand, emphasize the priority of the principle of popular sovereignty, and they tend to regard liberal demands for the limitation of governmental authority as illegitimate attempts to pre-empt what should be rightly decided by the democratic process.

Even though neither theoretical arguments nor historical evidence provide reasons to believe that the ideals of liberalism may be better preserved by non-democratic regimes, one cannot overlook the fact that the growth of the modern democratic welfare state has been accompanied by growing restrictions on individual liberty. And even though the historical record unambiguously shows that democratic institutions have much more prospered under the liberal rule of law than under alternative political regimes, liberal principles are often perceived as inimical to democratic rule. Does one have to conclude from such observations that the ideals of the democracy and liberalism are difficult to reconcile or, as it has been put, that there is a “dichotomy between liberalism and democracy” (*Samet/Schmeidler* 2003, p. 214)?

Friedrich A. Hayek (1978c, pp. 142 f.; 1960, pp. 103, 164 f.; 1967, p. 161) has sought to clarify the relation between the “two doctrines” by pointing to the fact that they are concerned with different questions. And, indeed, if one divides the issues that an inquiry into matters of politics may address into two main subquestions, namely, first, what government should do and what its limits should be, and, second, how government should be organized, it is quite apparent that the advo-

* A revised version of this paper has been published in the *Journal of Institutional Economics*, 2008, Vol. 4, No. 2.

cates of liberalism have traditionally focused their attention on the first issue while advocates of democracy have been primarily concerned with the second. This difference may indeed account for the divergences between the two doctrines. Yet, as I aim to show in this paper, the liberal ideal would surely be interpreted in a too narrow sense if it were thought to be not concerned at all with the issue of how government should be organized, just as the democratic ideal would surely be interpreted in a too narrow sense if it were thought to entirely neglect the issue of what limits to put on the powers of government. In fact, taking my lead from *F. A. Hayek's* and *James M. Buchanan's* thoughts on the subject, the argument that I shall seek to support in this paper is that the basic normative premises on which the ideals of liberalism and democracy are based have clear implications for both of the issues noted, implications furthermore that are in harmony with each other. More specifically, I shall argue that both ideals are founded ultimately on the same normative premise, the principle of *individual sovereignty*, and that their respective institutional recommendations can be interpreted as complementary applications of that premise.

B. Liberalism and Private Autonomy

When *J. M. Buchanan* (1995/96, p. 267) identifies “the liberty and sovereignty of individuals” as the fundamental value premises of liberalism he thereby intends to indicate that *individual liberty* and *individual sovereignty* should be regarded as separate and distinguishable normative principles. As I suppose, and as I shall explain in more detail below, it is the very failure to carefully distinguish between the two principles, and to realize that both are constitutive for a consistent liberal outlook at politics, that has obfuscated the close relation between the ideals of liberalism and of democracy.

Advocates of liberalism have generally focused on the ideal of *individual liberty* as “freedom under the law” (*Hayek* 1960, p. 153), an ideal that is captured by the concept of *private autonomy*. This concept implies the notion of “an assured free sphere” (*ibid.*, p. 139) within which individuals are free to choose and to act, and to engage in voluntary contractual relations with each other as equally free persons. Understood as private autonomy individual liberty means, as *Hayek* (1960, p. 155) puts it, “that what we may do . . . is limited only by the same abstract rules that apply equally to all.”

Private autonomy is individual liberty *from* politics. It finds its limits where the domain of politics begins, i.e. the domain where individuals are not free to choose separately and individually but are subject to collective-political choice. Politics is, as *Buchanan* (1995/96, p. 260) notes, “by its nature . . . coercive; all members of a political unit must be subjected to the same decision.” It is this inherently coercive nature of politics that lets a liberalism that concentrates on the ideal of private autonomy naturally focus on the issue of how the political domain may be mini-

mized in the sense of being limited to its essential functions, even if they may not agree on what should be counted among government's essential functions. Liberals who focus on the issue of 'how much government' tend to pay little attention to the issue of how government, whatever its functions, should be organized. And they do the less so the fewer 'essential functions' they recognize. At the extreme end of the spectrum are anarcho-libertarians who carry the goal of minimizing government to its logical conclusion.¹ As they do not recognize any legitimate role of government they, naturally, do not address the issue of how, from a liberal perspective, government should be organized.²

Private autonomy means individual liberty within a framework of rules that must be defined and enforced "by some authority that has the necessary power" (Hayek 1960, p. 139). It is constituted, and at the same time limited, by an effectively enforced legal framework (*ibid.*, pp. 144 f.) or, more specifically, by the rules of *private* or *civil law* that constitute the *Privatrechtsgesellschaft* (Böhm 1980; 1989), the *civil law society*.³ Private autonomy means autonomy of the individual *within the limits of the rules of law*, rules that define the content of property rights and that set limits to the freedom of contract. Because systems of private law do change over time and differ in the specific ways in which they define the content of property rights and set limits to the freedom of contract, what "private autonomy" specifically means varies over time and across legal systems (Hayek 1960, p. 229; 1948, p. 19). This raises the question of which criterion ought to be used for evaluating the suitability or adequacy of potential alternative legal rules. Evidently such a criterion cannot be derived from the principle of private autonomy itself, because, as noted above, the notion of private autonomy has meaning

¹ As H.-H. Hoppe (2001, pp. 235 f.), advocate of a particular version of anarcho-liberalism, puts it: "Liberals will have to recognize that no government can be contractually justified That is, liberalism has to be transformed into the theory of private property anarchism (or a private law society) Private property anarchism is simply consistent liberalism; liberalism thought through to its ultimate conclusion, or liberalism restored to its original intent." – For a critique see D. Godefridi (2005) and R.G. Holcombe (2004).

² M. Friedman (1962, p. 25) expresses the prevailing liberal view on the issue of anarchism when he notes: "These then are the basic roles of government in a free society: to provide a means whereby we can modify the rules, to mediate differences among us on the meaning of the rules, and to enforce compliance with the rules The need for government in these respects arises because absolute freedom is impossible. However attractive anarchy may be as a philosophy, it is not feasible in a world of imperfect men." – See also L. von Mises (1985, pp. 35, 37, 39): "We call the social apparatus of compulsion and coercion that induces people to abide by the rules of life in society, the state: the rules according to which the state proceeds, law: and the organs with the responsibility of administering the apparatus of compulsion, government. . . . Liberalism is not anarchism. . . . The liberal understands quite clearly that . . . behind the rules of conduct whose observance is necessary to assure peaceful human cooperation must stand the threat of force It is a grave misunderstanding to associate it (liberalism, V.V.) in any way with the idea of anarchism. For the liberal, the state is an absolute necessity."

³ In reference to Böhm's article on "Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft" („Private Law Society and Market Economy“) Hayek has approvingly noted that Böhm "described the liberal order very justly as the private law society" (Hayek 1967, p. 169).

only *relative* to a given system of rules. It can, therefore, not serve as a standard against which the system of rules that define it can itself be judged.

Furthermore, private autonomy is not only defined and limited by the rules of private or civil law. It finds its limits as well at the demarcation line that separates the “private” from the “public” realm or, in other words, the *civil law society* from the *state* as the domain of collective-political choice. This demarcation line may also be drawn in different ways, raising the question again of which criterion should be used for judging where, exactly, the line should be properly drawn. And here, too, the ideal of private autonomy cannot by itself provide such a criterion, even if it implies a general preference for a wide range of individual liberty.

C. Constitutional Liberalism and Individual Sovereignty

The essence of the liberal ideal of private autonomy is the notion that *voluntary agreement* among the parties involved should be the principal mode of social coordination. It is this very notion that legitimacy in social matters derives from voluntary agreement among the participating individuals that must, I submit, be regarded as the fundamental norm on which the ideal of liberalism rests. The principle of *private autonomy* specifies this norm with regard to the *internal functioning* of the private law society. In its more general interpretation the notion of the legitimizing role of voluntary agreement can, however, also provide us with a criterion for evaluating the legitimacy of the rules of private law that constitute private autonomy as well as with a criterion for judging the appropriateness of the demarcation line between the civil law society and the state. Looked at in this way the ideal of *private autonomy* is simply a specification of the more general normative principle of *individual sovereignty*, the principle that legitimacy in social matters, including the legitimacy of the rules of private law themselves, derives only and exclusively from voluntary agreement among the persons involved.

The interpretation suggested here may draw support from *J. M. Buchanan's* above mentioned distinction between “individual liberty” and “individual sovereignty,” a distinction on which *Buchanan* (1995/96, pp. 267 f.) comments:

What is the ultimate maximand when the individual considers the organization of the political structure? . . . (T)his maximand cannot be summarized as the maximization of (equal) individual liberty from political-collective action. . . . A more meaningful maximand is summarized as the maximization of (equal) individual sovereignty. This objective allows for the establishment of political-collective institutions, but implies that these institutions be organized so as to minimize political coercion of the individual. . . . So long as one's agreement to such political action is voluntary, the *individual's sovereignty is protected even though liberty is restricted*.⁴

⁴ Emphasis added.

If, as I suppose, the principle of individual sovereignty must be regarded as the fundamental normative premise of the liberal ideal, a consistent “liberalism” must be more than a “private law liberalism” or “free market liberalism.” It must include a *constitutional liberalism* (Vanberg 2001b), a liberalism that views individual persons not only as sovereigns *within* the legal framework of the *private law society*, but no less so as sovereigns at the antecedent, *constitutional level* of choice at which the “rules of the game” are chosen. Just as voluntary agreement legitimizes social transactions and corporate arrangements *within* the private law society, voluntary agreement among the parties involved must be considered the ultimate source of legitimacy of the legal framework within which individuals exercise their private autonomy. From the perspective of a constitutional liberalism the questions of what are the appropriate rules for a private law society and how the demarcation line between the civil society and the state should be drawn cannot be answered by recourse to criteria that are *external* to or independent of the preferences of the individuals concerned, but only in terms of what sovereign individuals voluntarily agree upon (Buchanan 1999a, p. 288). Constitutional liberalism is, in this sense, naturally ‘democratic’ (Buchanan 1999b, p. 392).

With its *contractarian* approach to the issue of *constitutional choice* a constitutional liberalism draws attention to the difference between private autonomy that is exercised at the sub-constitutional level, within a private law framework, and individuals’ freedom of choice at the constitutional level where the framework itself is to be defined. It seeks to work out the implications of the notion of individual voluntary choice with regards to the – explicit or implicit – political-constitutional contract among individuals who establish among themselves a self-governing political community by which they organize the (re-)defining and enforcing of the ‘rules of the game’ under which they wish to live.

To be sure, as Hayek has stressed time and again⁵ – long before people organized in political communities and began to deliberately shape the ‘rules of the game’ under which they lived – rules of conduct had evolved that provided the foundation on which governmental enforcement and deliberate legislation were to build. And communities may well continue to exist as “ordered anarchies” without a governmental apparatus (Benson 1990). Yet, for “evolved” rules the question of what source they derive their legitimacy from can be asked no less than for deliberately chosen rules. From the perspective of constitutional liberalism there is a clear answer, namely that among free individuals the ultimate source of legitimacy in constitutional matters must be found in their – explicit or tacit – voluntary agreement on the rules to which they are subject.

A liberalism that consistently adheres to the principle of individual sovereignty must regard as “legitimate” at the political-constitutional level no less than at the sub-constitutional level of market choices whatever the individuals involved voluntarily agree upon. To be sure, the test of “voluntariness” cannot be quite the

⁵ For references see Vanberg (1994).

same at both levels, at the level of private autonomy and at the level of constitutional choice. In the realm of private autonomy the rules of law imply a definition of what counts as “voluntary,” a definition that can be adjudicated. At the constitutional level the relevant meaning of “voluntary contracting” is clearly more difficult to specify. This does not alter the fact, however, that a consistent liberalism must consider voluntary agreement as legitimizing principle at the level of constitutional choice – whether this “choice” is the product of a spontaneous process or of deliberate, legislative procedure – no less than at the level of private autonomy. The challenge to a consistent liberalism is to give an answer to the question of how, in recognition of the factual difficulties that, due to the nature of things, exist at this level, voluntariness in constitutional contracting can be defined in the most meaningful way, and be secured most effectively, given the inherent constraints that are unavoidably present at this level.

D. Hayek on Democracy and Liberalism

The relationship of liberalism and democracy is one of the central themes in *F. A. Hayek's* works. *The Constitution of Liberty* (1960) devotes special attention to it; it is at the center of the third volume of his trilogy *Law, Legislation, and Liberty* (1979), and it is the principal subject of a series of articles published in the 1950s, 60s, and 70s. According to *Hayek* (1967, p. 165), liberalism is “the same as the demand for the rule of law in the classical sense of the term” (1967, p. 165), namely the demand to limit the coercive power of government to the enforcement of universal rules that apply to everyone in the same manner, “protecting a recognizable private domain” (*ibid.*, p. 162).⁶ Hayek emphasizes in particular that the liberal principle is based on the ideal of a non-discriminating, privilege-free order.⁷

“By the insistence on a law which is the same for all and the consequent opposition to all legal privilege” liberalism was, as *Hayek* (1978b, p. 142) explains, originally closely allied with the democratic movement and its demand for equal political participation rights.⁸ And he adds that in “the struggle for constitutional gov-

⁶ *Hayek* (1978b, p. 109): “Today it is rarely understood that the limitation of all coercion to the enforcement of general rules of just conduct was the fundamental principle of classical liberalism, or, I would almost say, its definition of liberty.” – See also *Hayek* (1948, pp. 18 f.; 1960, p. 192).

⁷ *Hayek* (1979, p. 142): “The basic conception of classical liberalism, which alone can make decent and impartial government possible, is that government must *regard* all people as equal, however unequal they may in fact be, and that in whatever manner the government restrains (or assists) the action of one, so it must, under the same abstract rules, restrain (or assist) the actions of all others.” – See also *Hayek* (1972a, pp. ix f.; 1948, p. 30; 1960, pp. 164 f.; 1978c, p. 141). – *W. H. Hutt* (1975, p. 29) refers to the “non-discrimination rule” as “the ultimate rationale of classic liberalism”.

ernment in the nineteenth century, the liberal and the democratic movements indeed were often undistinguishable” (*ibid.*). In *Hayek’s* account the ideals of liberalism and democracy came only to appear to be in conflict with each other when the victory of democracy over authoritarian regimes lead to the false belief that “the safeguards men once painfully devised to prevent abuse of government power are all unnecessary once that power has been placed in the hands of the majority of the people” (1978c, p. 96).⁹ It was this erroneous belief, he argues, that fostered a perception of democracy which he criticizes as “doctrinaire” and “dogmatic” (1960, pp. 105 f.), a perception that regards “current majority opinion as the only criterion of the legitimacy of the powers of government” (1978c, p. 143), and according to which “this same majority must also be entitled to determine what it is competent to do” (1960, p. 107).

As *Hayek* (1978b, p. 107) emphasizes, it is not the original ideal of democracy but its currently predominant interpretation that is to blame for promoting “the particular form of democratic organization, now regarded as the only possible form of democracy” (1978b, p. 107), a form that he describes as *unlimited democracy*, and which he charges with producing “a progressive expansion of government control of economic life” (*ibid.*). *Hayek* expressly does not want his critique of the democratic contemporary institutions to be understood as a critique of the “basic ideal of democracy” (1979, p. 1),¹⁰ but instead as a plea for institutional reform towards an effectively constrained democracy (1960, p. 403; 1979, pp. 11, 98). He insists that we must distinguish between the “basic principle of democracy” (1979, p. 4), namely that all political power originates from the people (2001, p. 84), and the now prevailing institutional realization of this principle, namely *unrestricted* majority rule.

The liberal ideal of “freedom under the law” (1960, p. 153) and the principle, derived from this ideal, “of the necessary limitation of all power by requiring the legislature to commit itself to general rules” (1978b, p. 108)¹¹ are, in his view, not

⁸ *Hayek* (1960, p. 103): “Equality before the law leads to the demand that all men should also have the same share in making the law. This is the point where traditional liberalism and the democratic movement meet.”

⁹ *Hayek* (1979, p. 3): “The tragic illusion was that the adoption of democratic procedures made it possible to dispense with all other limitations on governmental powers.” – *Hayek* (1979, p. 128): “But the endeavour to contain the powers of government was almost inadvertently abandoned when it came to be mistakenly believed that democratic control of the exercise of power provided a sufficient safeguard against its excessive growth.” – Cf. also *Hayek* (1960, pp. 403 f.; 1978d, pp. 152 f.).

¹⁰ With a critical eye on “the anti-democratic strain of conservatism” (1960, p. 403) *Hayek* notes: “But I believe that the conservatives deceive themselves when they blame the evils of our time on democracy. The chief evil is unlimited government. . . . The powers which modern democracy possesses would be even more intolerable in the hands of some small elite” (*ibid.*).

¹¹ In this sense, *Hayek* notes (2002, p. 47), the liberal ideal of ‘*the rule of law*’ must be understood as ‘*a rule for the legislator*’.

threatened by the ideal of democracy as such but solely by the erroneous belief that the “omnipotence of the representative legislature is a necessary attribute of democracy” (*ibid.*).¹² The target of his objections is not the principle of the *sovereignty of the people*, understood as the principle “that whatever power there is should be in the hands of the people” (1979, p. 33). Rather, what he objects to is the “constructivist superstition of sovereignty” (*ibid.*), the belief that the representative legislature operating under majority rule should enjoy unlimited power (1960, pp. 103 f., 106 f.; 1978b, pp. 142 f.).

E. Democracy: Majority Rule and Citizen Sovereignty

While he explicitly distinguishes between the “true content of the democratic ideal” (*Hayek* 1979, p. 5) and “the particular institutions which have long been accepted as its embodiment” (*ibid.*, pp. 1 f.), *Hayek* is not entirely unambiguous about what he regards as part of the ‘true ideal’ and what as part of the ‘institutional embodiment’. In particular his comments on the status of the majority rule are somewhat ambiguous in this regard. Sometimes he seems to imply that the majority principle is a definitional attribute of democracy, on other occasions he clearly sees it as a contingent institutional feature of democratic rule (1948, p. 29; 1960, p. 103; 1979, pp. 4, 6).

In *The Calculus of Consent* (1962) *James M. Buchanan* and *Gordon Tullock* have developed an argument that helps to clarify the status of the majority principle. They have detailed the reasons why, from an individualistic perspective, the majority principle must be regarded as a particular institutional realization of the ideal of democracy and not be confused with the ideal itself. As they argue, in a free society, as in any association of free people, the majority rule cannot be considered an *a priori legitimate* or *self-legitimizing* decision rule. Rather, it must be regarded as a rule that can derive its legitimacy solely from the fact that the members of the association *voluntarily agree*, explicitly or implicitly, to decide their common affairs by this rule.¹³ In this sense, as an institutional feature of democracy, the majority principle is indirectly legitimized by the more fundamental normative principle that, in associations of free individuals, *voluntary consent* among the participants is the ultimate source of legitimacy.

Implicit in *Buchanan’s* and *Tullock’s* “contractarian exercise of legitimization or justification for politics” (*Buchanan/ Congleton* 1998, p. 18) is the concept of

¹² *Hayek* (1978c, p. 143): “Liberalism is thus incompatible with unlimited democracy, just as it is incompatible with all other forms of unlimited government. It presupposes the limitation of powers even of the representatives of the majority by requiring a commitment to principles . . . so as to effectively confine legislation.” – Cf. *Hayek* (1979, pp. 101, 103).

¹³ In his chapter on “A Generalized Economic Theory of Constitutions” *Buchanan/Tullock* (1962, pp. 63–84) discuss the prudential reasons that members-citizens of polities or associations have for agreeing to adopt the majority rule.

“politics as exchange.”¹⁴ This is the notion that, as in ordinary market exchange, it is the prospect of mutual gains that provides the rationale for free individuals to engage in collective political action and that, as in ordinary market exchange, voluntary agreement among the participants is the relevant test of mutual advantage (Buchanan 1999b, p. 389; 1999c, p. 461). It is the voluntary exchange of commitments at the constitutional level that, in terms of the “politics as exchange” paradigm, provides legitimacy to the coercive elements that are necessarily present in collective political action.¹⁵

The exchange perspective on politics has apparent affinities to the notion of a democratic polity as a *citizens’ co-operative*, a notion that John Rawls (1971, p. 84) employs when he speaks of a democratic society “as a cooperative venture for mutual advantage.”¹⁶ Even though a detailed discussion of Rawls’ contractarian approach is beyond the scope and purpose of this paper, it is instructive to take at least a brief look at some of his arguments. In Rawls’ account “the fair terms of social cooperation are conceived as agreed to by those engaged in it, . . . by free and equal citizens” (Rawls 1993, p. 23). In order to carry legitimizing force the agreement “must be entered under appropriate conditions” (*ibid.*), conditions that Rawls specifies in hypothetical terms with his notion of the “original position,”¹⁷ and in more pragmatic, procedural terms as provisions that exclude “threats of force and coercion, deception and fraud” (*ibid.*) and that constitute a “public forum of political discussion” (*ibid.*, p. 165) in which claims must be argued in terms of “public reason.”¹⁸

Central to Rawls’ contractarian outlook at “the ideal of constitutional democracy” (*ibid.*, p. 214) is the systematic distinction between the procedural issue of what makes for a “valid agreement” (*ibid.*, p. 23) and the issue of what it is, in

¹⁴ Buchanan (1999c, p. 461): “Politics is a structure of complex exchange among individuals, a structure within which persons seek to secure collectively their own privately defined objectives that cannot be efficiently secured through simple market exchanges.”

¹⁵ Buchanan (1999b, p. 389): “In agreeing to be governed, explicitly or implicitly, the individual exchanges his own liberty with others who similarly give up liberties in exchange for the benefits offered by a regime characterized by behavioral limits.” – Buchanan (1999c, p. 461): “Without some model of exchange, no coercion of the individual by the state is consistent with the individualistic value norm on which a liberal order is grounded.”

¹⁶ Rawls (1999, p. 577) describes “democratic citizenship in a constitutional democracy” as “a relation of free and equal citizens who exercise ultimate political power as a collective body.” – In similar terms J. Habermas (1996, p. 278) characterizes the democratic state as an “association of free and equal citizens (Assoziation freier und gleicher Rechtsgenossen)” and as “self-government of free and equal persons (Selbstherrschaft von Freien und Gleichen)” (*ibid.*, p. 290).

¹⁷ Rawls (1993, p. 72): “Thus, rational autonomy is modeled by making the original position a case of pure procedural justice. . . . (T)he outcome of the original position yields, we conjecture, the appropriate principles of justice for free and equal citizens.”

¹⁸ Rawls (1993, p. 213): “Public reason is characteristic of a democratic people: it is the reason of its citizens, of those sharing the status of equal citizenship.”

substantive terms, that “free and equal citizens” (*ibid.*) agree upon. The legitimacy of the social-constitutional contract is not judged by its content per se but in terms of *procedural* criteria that are *internal* to the group of contracting parties. Where contracts are entered into under “appropriate conditions,” i.e. “conditions of fair agreement . . . between free and equal persons” (*ibid.*), that “what is just is specified by the outcome of the procedure, whatever it may be” (*ibid.*, p. 73). There is, as Rawls insists, “no prior and already given criterion against which the outcome is checked” (*ibid.*).¹⁹

The procedural logic of Rawls’ approach would seem to suggest that providing “appropriate conditions” for justice in constitutional contracts means, in particular, to establish institutional provisions that ensure *voluntary* (absence of coercion and fraud) and *informed* (public reason) agreement. There are components in Rawls’s argument, though, that are at odds with a purely procedural logic. As a further condition for a fair agreement he requires an elimination of “the bargaining advantages that inevitably arise within the background institutions of any society from cumulative social, historical and natural tendencies” (*ibid.*, p. 23). It is difficult to see, and Rawls does not specify, by what kinds of institutional-procedural provisions this requirement might be met in an ongoing socio-political process.²⁰

Another component that is even more at odds with a purely procedural reading of Rawls’ contractarianism is the “difference principle” which Rawls defines as the requirement “that social and economic inequalities work for the greatest benefit of the least advantaged” (*ibid.*, p. 261). Quite obviously, the difference principle is not about the *procedure* by which free and equal persons come to an agreement but about the *content* of their social contract. If it is to be consistent with a procedural perspective that regards as just what results from a fair procedure, “whatever it may be” (*ibid.*, p. 73), the difference principle cannot be more than Rawls’ conjecture about what free and equal persons are likely to agree upon. If, as Rawls’ arguments appear to suggest and are generally understood, it is meant to constitute an additional, substantive criterion for what may count as a just contract, it represents a “prior and already given criterion” (*ibid.*) that is inconsistent with a purely procedural logic.

For the purposes of the present analysis, the noted problems in the interpretation of Rawls’ approach do not diminish the significance of his notion of a democratic polity as a “cooperative venture for mutual advantage.” It suggests that, in analogy

¹⁹ Rawls (1993, p. 73): “When citizens are fairly situated with regard to one another, it is up to them to specify the fair terms of social cooperation in light of what they each regard as their advantage, or good. . . . (T)hose terms are not laid down by some outside authority, say by God’s law; nor are they recognized as fair by reference to a prior and independent order of values known by rational intuition.”

²⁰ What is at stake here is the general issue of how the *status quo* is to be dealt with from a contractarian perspective, an issue that arises as soon as this perspective is applied to real world conditions by contrast to the hypothetical conditions of an original position. For a discussion of this issue see Vanberg (2004).

to ordinary co-operative enterprises or voluntary associations, democratic polities can be viewed as member-owned organizations. Like the members of ordinary co-operative enterprises citizens jointly “own” the polity as a territorial organization. They are the “sovereigns” with whom the ultimate authority to decide on the polity’s affairs resides. To be sure, drawing an analogy between democratic polities and “ordinary” co-operative enterprises or voluntary associations is not meant to deny the important differences that set polities as *territorial* and *intergenerational* organizations apart. These differences do not alter the fact, however, that for a democratic polity no less than for any other co-operative enterprise the consent of its members is the crucial test for the ultimate legitimacy of its *constitution*, i.e. of the rules of its internal operation.²¹ It only means that how, at this level, voluntary consent can be operationally defined and meaningfully tested are much more complex matters.

The view of the democratic state as a member-owned, co-operative enterprise or, in short, as a *citizens’ co-operative*²² allows for a clear distinction between, on the one hand, the issue of what must be regarded as the *fundamental ideal* of democracy, and, on the other hand, the issue of which procedural rules or „*institutional embodiments*“ can be expected, under real-world constraints, to serve this ideal best. If democratic polities, as “cooperative ventures for mutual advantage,” are to serve their members’ *common interests*, they must, as a *matter of principle*, be organized in ways that best insure responsiveness to citizens’ common interests.²³ This ideal I propose to call *citizen sovereignty* – in analogy to the concept of *consumer sovereignty* by which we refer to the responsiveness of producers in markets to consumer preferences. Identifying the specific set of institutions that are best suited to serve the ideal of *citizen sovereignty* is a *matter of prudence* – in the same sense in which the issue of what market-institutions serve best to advance consumer sovereignty is a matter of prudence. Actual and potential alternative democratic constitutions can, as institutional embodiments of the ideal of citizen so-

²¹ V. Ostrom (1997, p. 280) points out that the American federalists in developing their covenantal concepts of a self-governing polity “drew on prior experiences in constituting free cities, monastic orders, religious congregations, merchant societies, craft guilds, associations among peasants, markets, and other patterns of human association.”

²² I have discussed the concept of the democratic state as a citizens’ co-operative – in German ‘Bürgergenossenschaft’ – in more detail in Vanberg (2005, pp. 41 ff.). On the use of the term ‘Genossenschaft’ or ‘co-operative’ as label for a democratic community V. Ostrom (1991, p. 10) notes: “German-speaking Swiss still refer to confederation as *Eidgenossenschaft*. *Genossenschaft* means association or comradeship. *Eid* refers to oath. An *Eidgenossenschaft* is an association bound together in a special commitment expressed by reciprocal oath. A Swiss citizen is referred to as an *Eidgenosse*, that is, a covenantor – a comrade bound by oath. The source of authority resides, then, in a covenant that each is bound to uphold in governing relationships with another.”

²³ „Common interests” are interests that citizens-members of a polity share, as opposed to conflicting interests. A test that separates common interests from conflicting interests is whether or not measures that are supposed to serve the interests in question can find agreement in the respective citizenry.

vereignty, be compared in terms of how well they are suited to promote citizens' common interests.

In requiring that the ultimate source of democratic legitimacy must be located in citizens' voluntary agreement to the polity's constitution, the principle of *citizen sovereignty* rests on a still more fundamental normative premise, the ideal of *individual sovereignty* or the principle of normative individualism. As *Buchanan* and *Tullock* have shown, the principle of citizen sovereignty does not rule out that citizens may, for prudential reasons, voluntarily agree on giving up unanimity as a *decision rule* and on deciding, instead, their ongoing common affairs by majority rule or even on delegating decision-making authority to representatives. It is important, therefore, to distinguish carefully between unanimity as the *ultimate legitimizing principle* in democratic polities and unanimity as a *decision rule* for policy choices. The first is, in light of the fundamental ideal of democracy, a matter of principle, whether the second is practiced or not is a matter of prudence.

The above interpretation of the majority rule as a procedural principle that is secondary to the more fundamental democratic ideal of citizen sovereignty, and is legitimized only by agreement on the constitutional level, is fully compatible with the general thrust of *Hayek's* outlook at the ideal of democracy and its institutional "embodiments." *Hayek* expressly emphasizes that all democratic power is based on "the consent of the people" (1979, pp. 3, 4, 6), that legitimacy rests "in the last resort on the approval by the people at large of certain fundamental principles underlying and limiting all government" (*ibid.*, p. 35). As he emphasizes, to the liberal "it is not from a mere act of will of the momentary majority but from a wider agreement on common principles that majority decision derives its authority" (1960, p. 106).²⁴

Hayek's emphasis on the legitimizing role of agreement is somewhat in contrast to his critique of social contract theories à la *Hobbes* and *Rousseau* (1973, p. 10; 1978e, pp. 256 f.). Yet, his disagreement with the social contract notion is clearly not about the idea that legitimacy in social affairs derives from the voluntary consent of the individuals involved. What he objects to is, instead, the rationalist constructivism implied "in the conception of the formation of society by a social contract" (1973, p. 10). Such rationalist constructivist uses of the social contract notion (*ibid.*, p. 33; 1978c, p. 120) can, however, surely be separated from its interpretation as a normative account of the ultimate source from which the rules of the game to which people are subject derive their legitimacy. The latter is perfectly compatible with *Hayek's* insistence on the evolutionary origins of social institutions as well as with his insight that "no group is likely to agree on articulated rules unless its members already hold opinions that coincide in some degree," and that

²⁴ *Hayek* (1960, p. 107): "This means that the power of the majority is limited by those commonly held principles and there is no legitimate power beyond them. . . . (T)he power of the majority ultimately derives from, and is limited by, the principles which the minorities also accept."

“such coincidence of opinion will thus have to precede explicit agreement on articulated rules of just conduct” (1973, p. 95).

F. Individual Sovereignty: The Normative Foundation of Liberalism and Democracy

In the previous section I have argued that a distinction should be made between two concepts of democracy, namely between the popular definition of *democracy as majority rule* and the “generic” definition of *democracy as citizen sovereignty*. I have argued that it is not the principle of majority rule but the norm of citizen sovereignty that captures the *fundamental ideal* of democracy. The majority principle represents a particular *institutional feature* of democracy that sovereign citizens have prudential reasons to adopt, but that is not itself an essential ingredient of the fundamental ideal. Earlier, in section C, I had argued that, in a quite similar way, a distinction can be drawn between two concepts of liberalism or between two readings of the *ideal of liberalism*, namely, on the one hand, as the ideal of *individual liberty* in the sense of “private autonomy” (Privatautonomie) and, on the other hand, as the ideal of *individual sovereignty*. Both distinctions are in need of further specification.

In contrasting the democratic principles of majority rule and citizen sovereignty on the one side and the liberal principles of private autonomy and individual sovereignty on the other I made it appear as if both distinctions are at the same level of generality. A more accurate analysis must distinguish, though, between three levels at which liberalism and democracy can be compared, namely the level of their “institutional embodiments,” the level of their *principal focus*, and the level of their *underlying normative premise*. In terms of this three-level-distinction democracy can be characterized by *majority rule* as part of its institutional embodiment, by *citizen sovereignty* as its principal focus, and by *individual sovereignty* as its underlying normative premise. Liberalism can be characterized, in reverse order, by *individual sovereignty* as its underlying normative premise, by *private autonomy* as its principal focus, while its “institutional embodiment” are the *specific systems of rules that constitute existing private law systems and market economies*. The matrix below summarizes this threefold classification.

In terms of their underlying normative premise democracy and liberalism can be said to be equally based on the principle of individual sovereignty.²⁵ In terms of

²⁵ Hayek (1948, p. 29): “True individualism not only believes in democracy but can claim that democratic ideals spring from the basic principles of individualism.” – In his early treatise on Socialism *L. von Mises* emphasized the correspondence between the liberal principle of “consumers’ democracy” (1981, p. 11) and “political democracy,” arguing: “Democracy is self-government of the people; it is autonomy. ... Political democracy necessarily follows from Liberalism” (*ibid.*, pp. 63, 65).

their principal ideals, namely citizen sovereignty and private autonomy, they can be said to complement each other in the sense explained above. It is at the level of their respective institutional embodiments that liberalism and democracy have come to appear as different and even conflicting concepts. Yet, this is the essential thrust of my argument, the particular institutional embodiments of the ideals of liberalism and democracy should not be confused with the ideals themselves. Nor should the apparent differences in their institutional embodiments distract attention from the fact that their principal ideals are rooted in the same fundamental normative premise.

Table 1

Liberalism versus Democracy

	Underlying Normative Premise	Principal Focus	Institutional Embodiment
Democracy	Individual Sovereignty	Citizen Sovereignty	Majority Rule and Other Institutions of Democracy
Liberalism	Individual Sovereignty	Private Autonomy [Consumer Sovereignty]	Specific Systems of Private Law [of Market Institutions]

An implication of the above “refined” distinction between different levels at which the ideals of liberalism and democracy can be compared is that, in the case of liberalism no less than in the case of democracy, the choice of their respective institutional embodiments should be regarded as a *matter of prudence* rather than a *matter of principle*. The question of what specific democratic procedures and institutions promise to serve the ideal of citizen sovereignty best is a factual matter. It is not pre-answered by the fundamental ideal of democracy itself, but is a matter of prudent institutional choice. Likewise, the question of how exactly the rules of the private law society should be defined, and where specifically the demarcation line between the “private” and the “public” realm ought to be drawn, is not pre-answered by the fundamental ideal of liberalism. It is a matter of prudent constitutional choice of sovereign individuals.

When *Hayek* argues that “the problem of whether or not it is desirable to extend collective control must be decided on other grounds than the principle of democracy itself” (1960, p. 106) this is surely not meant to imply that liberalism can offer a criterion for determining the appropriate demarcation line between the civil law society and the state that is external to, or independent of, the interests and preferences of the individuals concerned. In the context in which the quoted statement appears the term “principle of democracy” is clearly meant to point to the limits of *majority rule* as a particular institutional feature of democracy, but not to question the fundamental democratic ideal of *citizens’ sovereignty* (*ibid.*, pp. 106 f.). A consistent advocate of the democratic ideal of citizen sovereignty would have to agree

no less, though, that it is not the majority rule per se, but only the voluntary consent of the persons involved that provides the ultimate measuring rod for what may be regarded as “the desirable extent of collective control.” The logic of both ideals, of the liberal ideal of individual sovereignty and of the democratic ideal of citizen sovereignty, cannot but lead to the same conclusion, namely that, ultimately, there can be no other criterion for determining the desirable demarcation line between the private and the public sphere than voluntary agreement among the individuals concerned. Likewise, the two ideals must lead to the same conclusion in regard to the question of how the content of the rules of civil law and, by implication, of private autonomy should be defined, namely that, here too, voluntary agreement is the ultimate source of legitimacy.

G. The Liberal and Democratic Ideal of a Privilege-Free Order

Hayek's critique of democracy in its prevailing institutional form centers around the charge that the absence of effective limitations to majority rule inevitably results in a policy that, instead of serving the *common interests* of the citizenry, gets entrapped in what may justly be called the *dilemma of privilege granting* or, in the terminology of public choice theory, the rent-seeking dilemma. It is, as *Hayek* (1979, p. 128) argues, the very lack of effective limitations on its rule that forces the presently governing majority, in order to stay in power, to grant privileges to those groups on whose support it depends. It is this very fact that, according to *Hayek*, presents the principal threat to liberty, namely the fact “that unlimited democracy will abandon liberal principles in favor of discriminatory measures benefiting the various groups supporting the majority” (1978c, p. 143).²⁶

The granting of privileges to some at the expense of other members of the polity is, however, not only in evident conflict with the liberal principle of non-discrimination, it is equally in conflict with the ideal of *citizen sovereignty* as the fundamental normative principle of democracy as a *citizens' co-operative*. In this sense, *Hayek's* liberal critique of unlimited democracy can be said to imply that the absence of effective limits to the power of majorities not only violates liberal ideals but is in conflict with the fundamental democratic ideal as well.²⁷ Instead of ser-

²⁶ *Hayek* (1978c, p. 143): “Thus, though the consistent application of liberal principles leads to democracy, democracy will preserve liberalism only if, and so long as, the majority refrains from using its powers to confer on its supporters special privileges which cannot be similarly offered to all citizens.” – *Hayek* (1978b, p. 110): “Once such discrimination is recognized as legitimate, all the safeguards of individual freedom of the liberal tradition are gone.”

²⁷ Commenting on *Rousseau's* and *Kant's* concepts of democracy, *Habermas* (1992, p. 611) notes about the principle of popular sovereignty (“Volkssouveränität”): “Der vereinigte Wille der Staatsbürger ist, da er sich nur in der Form allgemeiner und abstrakter

ving the *common* interests of all members of the citizens' co-operative an unlimited democracy is bound to become an instrument in the service of special interests (*Hayek* 1978a, p. 96).

To critics who accuse modern democracy for being a “mass democracy” *Hayek* (1979, p. 99) responds: “But if democratic government were really bound to what the masses agree upon there would be little to object to.” What, in his view, deserves to be rightly criticized is, instead, the fact that what is called “the will of the majority” has in reality little resemblance to what might justly be called the “common will” (1979, p. 1). The so-called “will of the majority” is, so *Hayek's* verdict, “really an artifact of the existing institutions” (1978b, p. 108), of institutions that create conditions under which “even a statesman wholly devoted to the common interest of all citizens will be under the constant necessity of satisfying special interests” (*ibid.*).

In the sense explained, *Hayek's* demand that the power of the majority must be limited by general rules does not only reflect the liberal ideal of safeguarding individual freedom, it can be argued to be equally in line with the democratic ideal of safeguarding citizen sovereignty. This argument is indeed implied when *Hayek* points out that effectively denying government and legislator the power to grant privileges is not only an essential means for securing individual liberty, but also a pre-condition for “the power of the state to be freed up again for those tasks that are in fact in the common interest.”²⁸

To be sure, as *Hayek* (1960, pp. 154 f.) recognizes, depriving government and legislator of the power to grant privileges does not eliminate every threat to individual liberty. Yet, so he argues, even though liberty may also be severely limited by general rules that are equally applicable to all, an important “primary precaution” against this threat is provided by the requirement “that the rules must apply to those who lay them down and those who apply them . . . and that nobody has the power to grant exceptions” (*ibid.*, p. 155).²⁹ In *Hayek's* account, to limit the power of government and legislator in such manner does not mean to weaken the effective power of the democratic state but does, on the contrary, strengthen its ability to devote its powers to its true task, namely to advance the *common* interests of its citizens. “The reason is”, as he notes, “that democratic government, if nominally

Gesetze äußern kann, per se zu einer Operation genötigt, die alle nicht-verallgemeinerungsfähigen Interessen ausschließt und nur solche Regelungen zulässt, die allen gleiche Freiheiten garantieren.”

²⁸ *Hayek* (2001, p. 87; translated by V.V.).

²⁹ *Hayek* (1960, p. 155) adds: “If all that is prohibited and enjoined is prohibited and enjoined for all without exception (unless such exception follows from another general rule) and if even authority has no special powers except that of enforcing the law, little that anybody may reasonably wish to do is likely to be prohibited.” – *Hayek* does not ignore the problem that it may not always be obvious whether rules are discriminating or not and that, in this regard, workable criteria are needed. For a discussion of this issue see *Hayek* (1960, pp. 153 f.). – See also *Hayek* (2003, p. 171).

omnipotent, becomes as a result of its unlimited powers exceedingly weak, the playball of all the separate interests it has to satisfy to secure majority support” (1979, p. 99).³⁰

What is at stake here is not a demand to impose, as an ‘external’ constraint, preconceived “liberal” principles on how sovereign citizens of democratic polities are to govern their own affairs. Rather, the purpose is to point to the need to submit the democratic decision-making process to rules that promise to serve the citizens’ *common* interests (Hayek 1978c, pp. 143 f.).³¹ In other words, the demand for constitutional constraints on government power can be made on behalf of the democratic ideal of citizen sovereignty no less than on behalf of the liberal ideal of securing individual liberty. Or, as Hayek (1960, p. 115) puts it: “The liberal believes that the limits that he wants democracy to impose upon itself are also the limits within which it can work effectively and within which the majority can truly direct and control the actions of government.”

H. Improving Democracy: Hayek’s Proposal for Institutional Reform

“Many of the gravest defects of contemporary government, widely recognized and deplored but believed to be inevitable consequences of democracy, are in fact the consequences only of the unlimited character of present democracy” (Hayek 1979, p. 143). In thus summarizing his own diagnosis of the deficiencies of contemporary democracy Hayek points out the direction that institutional reforms must take if democracy is not only to safeguard the liberal ideal of individual liberty but also to live up to its own ideal of citizen sovereignty. According to what has been argued above, the main focus of such reforms must be provisions that aim at preventing discriminatory politics by restricting the power of government and legislator to grant special privileges.³²

³⁰ On this issue see also Hayek (1978b, pp. 107 f.; 1978d, p. 157; 2001, pp. 85, 87). – The founders of the Freiburg School of Ordoliberalism (see Vanberg 2001c), Walter Eucken and Franz Böhm, argued likewise that the seemingly ‘strong’ interventionist state is in fact a weak state, “a plaything in the hands of interest groups” (Eucken 1990, p. 326; Böhm 1980, p. 258).

³¹ On this issue Mises (1981, pp. 64 f.) has noted: “Grave injury has been done to the concept of democracy by those who ... conceived it as limitless rule of the *volonté générale* (general will). ... The conflicts which arise out of this misconception show that only within the framework of Liberalism does democracy fulfill a social function. Democracy without Liberalism is a hollow form.”

³² In the concluding remarks to a proposal for constitutional reform Buchanan (2005) notes: “(P)erhaps the Hayekian requirement for political nondiscrimination seems the most inclusive. ... If all governmental action must conform to the generality norm, how much regulation could exist?” – See also Buchanan (1992). – In reference to Buchanan’s and Tullock’s (1962) arguments on the “logical foundations of constitutional democracy” W. H. Hutt

Hayek's own proposal for reforming the institutions of democracy is explicitly aimed at this goal. It can be read as a recommendation to the citizens of democratic polities for how they may improve the capacity of the democratic decision-making process to advance their genuine *common interests* and to limit the scope for a policy of privilege granting that can only work to their mutual detriment.³³ In *Hayek's* account, the principal defect in the prevailing institutional structure of democracy must be seen in the fact that one and the same representative body, the parliament, has been entrusted with two fundamentally different tasks. The one task is making the general laws on which the democratic society is based, comprising the laws for the “private realm,” i.e. the rules of the private law society, as well as the laws for the “public realm,” i.e. the rules of politics. And the other task is to monitor and direct the day-to-day activities of the current government.³⁴ As *Hayek* argues, the inevitable effect of the bundling of these two tasks in one and the same assembly has been “that the supreme governmental authority became free to give itself currently whatever laws helped it best to achieve the particular purposes of the moment” (1979, p. 101). An assembly that is entrusted with both tasks will be under the constant temptation to use its legislative authority in the service of short-term interests of the current administration, at the expense of the true task of legislation, which is to choose, with a long-term perspective, rules of the game that, if applied over an extended period of time, serve the common interests of the citizenry best (*Hayek* 1972, p. 73). Its short-term approach to legislation is, as *Hayek* charges, the principal reason why such an assembly must become the target of the pressures of interest groups, and will be forced to “use its powers to satisfy the demands of sectional interests” (1978b, p. 115).

There exists, in *Hayek's* diagnosis, only one effective remedy to the noted structural defect in modern democratic institutions, namely to strictly separate the genuine task of legislation from the task of directing the day-to-day operation of government, and to entrust the two tasks to two distinct assemblies (*ibid.*). In order to achieve the intended purpose, adequate institutional precautions must be taken to

(1975, p. 29) notes: “(A)lmost every conclusion they draw appears to justify constitutional restraint to exclude the use of the State for the achievement of differential advantages. And that enshrines, we suggest, . . . what classic liberalism has above all stood for.”

³³ *Hayek* (1978d, p. 155): “I believe indeed that the suggestion of a reform, to which my critique of the present institutions of democracy will lead, would result in a truer realization of the common *opinion* of the majority of citizens than the present arrangements for the gratification of the *will* of the separate interest groups which add up to a majority.”

³⁴ *Hayek* (1978d, p. 155): “Prevailing forms of democracy, in which the sovereign representative assembly at one and the same time makes law and directs government, owe their authority to a delusion. This is the pious belief that such a government will carry out the will of the people.” – *Hayek* (1978b, p. 115): “Now, I believe we are right in wanting both legislation in the old sense and current government to be conducted democratically. But it seems to me it was a fatal error, though historically probably inevitable, to entrust these two distinct tasks to the same representative assembly. This makes the distinction between legislation and government, and thereby also the observance of the principles of the rule of law and of government under the law, practically impossible.”

ensure an effective rather than a purely formal separation of the legislative assembly from the governmental assembly. As *Hayek* (1978d, p. 160) puts it, the separation must be institutionalized in a manner that can effectively “prevent collusion of the legislative with a similarly composed governmental assembly, for which it would be likely to provide the laws which that assembly needed for its particular purpose.”³⁵

Hayek (1979: chap. 17) has worked out quite detailed institutional suggestions for how an effective separation between legislative and governmental assembly may be achieved, and much of the discussion on, and critique of, his proposal for reform has focused on these specific suggestions rather than on the principal thrust of his argument.³⁶ Indeed, with his ambition to come up with a specific “institutional invention” (1973, p. 3) *Hayek* may have, in effect, done a disservice to his principal cause. By inviting critics to focus on the entirely *secondary* issue of institutional specifics he drew attention away from the essential and *primary* issue, namely how legislation, i.e. the choice of the “rules of the game,” can be prevented from becoming subservient to the short-term interests of day-to-day government. If *Hayek* is right, as in my view he surely is, with his diagnosis that the insufficient separation between legislative and governmental functions is at the root of major defects in the currently prevailing form of democracy the challenge is to find effective institutional remedies. How the separation of legislative and governmental functions that *Hayek* calls for can be best institutionalized is an issue that a liberal theory of democracy must carefully explore, just as it must explore potential other institutional provisions by which the generality or non-discrimination constraint may be more effectively implemented.³⁷

³⁵ *Hayek* (1978b, p. 117): “The purpose of all this would of course be to create a legislature which was not subservient to government and did not produce whatever laws government wanted for the achievement of its momentary purposes, but rather which . . . laid down the permanent limits to the coercive powers of government, limits within which government had to move and which even the democratically elected governmental assembly could not overstep.”

³⁶ In particular the role that *Hayek* assigns to “representation by age groups” (1979, p. 117) in the legislative assembly has been the target of critical comments.

³⁷ Among the prime candidates surely are constitutional provisions for an effective competitive federalism. As *Buchanan* (1995/96, p. 261) notes: “Federalism offers a means for introducing essential features of the market into politics. . . . The availability of the exit option, guaranteed by the central government, would effectively place limits on the ability of state-provincial governments to exploit citizens, quite independently of how political choices within these units might be made.” In addition to enhancing the exit option a competitive federalism also benefits the ‘voice option’ because “voice is more effective in small than in large political units” (*ibid.*, p. 262).

I. Conclusion

The principal claim of this paper is that liberalism and democracy should be viewed not only as *compatible* ideals, as *Hayek* has suggested, but as *complementary* ideals. I have based my argument on a distinction between three different levels at which liberalism and democracy can be compared, the level of their specific “institutional embodiment,” the level of their principal focus, and the level of their underlying normative premise. I have argued that liberalism and democracy share as their common normative foundation the ideal of *individual sovereignty*, and that their respective main foci, the liberal principle of *private autonomy* and the democratic principle of *citizen sovereignty*, can be best understood as applications of the ideal of individual sovereignty to the realm of the private law society on the one side and to the “public” realm of collective-political choice on the other.

That individuals should be free to choose, separately and jointly, how they wish to live in mutually compatible ways with each other must, in terms of their fundamental normative premise, be a *matter of principle* for advocates of democracy no less than for advocates of liberalism. By contrast, the question of what kinds of rules and institutional provisions are best suited to allow individuals freely to choose how they wish to live, separately and jointly, in mutually compatible ways, is, in terms of the liberal as well as the democratic ideal, a *matter of prudence*.³⁸ It is a question that must be answered in terms of our knowledge of the factual working properties of potential alternative institutional regimes and in light of what the individuals involved actually wish for themselves. In answering this question, liberalism’s traditional focus has been on the rules of the private law society while democracy’s focus has been on the rules of the public realm.

Clearly to distinguish between the fundamental normative premise of individual sovereignty and its institutional embodiment, in the private law arena as well as in politics, can not only help to avoid misconceptions that have unnecessarily burdened the discourse between advocates of liberalism and advocates of democracy, it can also help to clarify the relation between *value judgments* and *theoretical or ‘scientific’ conjectures* within the liberal doctrine.³⁹ Liberalism, over its long tradition, has accumulated a rich body of insights on how different kinds of institutions work, and which are more conducive to human welfare than others. This body of insights provides the intellectual foundation on which liberals can, with great confidence, recommend market-type institutions as providing superior solutions to

³⁸ *Mises* (1985, p. 30) implicitly refers to the distinction drawn here when he notes: “If they (the liberals, V.V.) considered the abolition of the institution of private property to be in the general interest, they would advocate that it be abolished. . . . However, the preservation of that institution is in the interest of all strata of society.”

³⁹ In this regard clarification is needed, for instance, when *Mises* (1985, p. 88) asserts: “Liberalism is derived from the pure sciences of economics and sociology, which make no value judgments within their own spheres and say nothing about what ought to be or about what is good and what is bad, but, on the contrary, only ascertain what is and how it comes to be.”

most of the problems that men face in their social life. Yet, one must not forget that the institutional *recommendations* that liberals make are based not only on ‘scientific’ arguments about the working properties of institutions but also on the normative premise of individual sovereignty. In other words, they are made under the presumption that the measuring rod for the ‘goodness’ of institutions are the wants – or, more precisely, the *constitutional interests* (Vanberg 2005) – of the individuals who are to live with them. The arguments that liberals employ in support of their institutional recommendations are prudential arguments that can help sovereign individuals to make better informed institutional choices, not arguments that would allow one to determine the ‘adequate’ constitutional structure independently of the institutional preferences – or constitutional interests – that these sovereign individuals may have.

References

- Benson, B. L. (1990): *The Enterprise of Law: Justice Without the State*. San Francisco: Pacific Research Institute for Public Policy.
- Böhm, F. (1980): *Privatrechtsgesellschaft und Marktwirtschaft*, in: F. Böhm (ed.), *Freiheit und Ordnung in der Marktwirtschaft*, Baden-Baden: Nomos, pp. 105 – 168. (First published in: *Ordo* (1966), Vol. 17, pp. 75 – 151).
- Böhm, F. (1989): *Rule of Law in a Market Economy*, in: A. Peacock/H. Willgerodt (eds.), *Germany’s Social Market Economy: Origins and Evolution*, London: MacMillan, pp. 46 – 67. (English translation of parts of Böhm 1980).
- Buchanan, J. M. (1992): *How Can Constitutions Be Designed So That Politicians Who Seek To Serve ‘Public Interest’ Can Survive?*, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 4(1), pp. 1 – 6.
- Buchanan, J. M. (1995/96): *Federalism and Individual Sovereignty*, in: *Cato Journal*, Vol. 15(2–3), pp. 259 – 268.
- Buchanan, J. M. (1999a): *The Foundations of Normative Individualism*, in: *The Logical Foundations of Constitutional Democracy. The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 1, Indianapolis: Liberty Fund, pp. 281 – 291.
- Buchanan, J. M. (1999b): *The Domain of Constitutional Economics*, in: *The Logical Foundations of Constitutional Democracy. The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 1, Indianapolis: Liberty Fund, pp. 377 – 395.
- Buchanan, J. M. (1999c): *The Constitution of Economic Policy*, in: *The Logical Foundations of Constitutional Democracy. The Collected Works of James M. Buchanan*, Vol. 1, Indianapolis: Liberty Fund, pp. 55 – 68.
- Buchanan, J. M. (2005): *Three Amendments: Responsibility, Generality, and Natural Liberty*, in: *Cato Unbound*, December 5th, 2005. (<http://www.cato-unbound.org/2005/12/05/james-m-buchanan/three-amendments/>).
- Buchanan, J. M./ Congleton, R. (1998): *Politics by Principle, Not Interest – Toward Nondiscriminatory Democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.

- Buchanan, J. M./ Tullock, G. (1962):* The Calculus of Consent – Logical Foundations of Constitutional Democracy, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- Eucken, W. (1990):* Grundsätze der Wirtschaftspolitik, 6th ed., Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Friedman, M. (1962):* Capitalism and Freedom, Chicago: The University of Chicago Press.
- Godefridi, D. (2005):* The Anarcho-Libertarian Utopia – A Critique, in: *Ordo – Jahrbuch für die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, Vol. 56, pp. 123 – 139.
- Habermas, J. (1992):* Volkssouveränität als Verfahren, in: J. Habermas (ed.), *Faktizität und Geltung – Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Staates*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, pp. 601 – 631.
- Habermas, J. (1996):* Drei normative Modelle der Demokratie, in: J. Habermas (ed.), *Einbeziehung des Anderen*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp, pp. 277 – 292.
- Hayek, F. A. (1948):* Individualism and Economic Order, Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1960):* The Constitution of Liberty, Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1967):* The Principles of a Liberal Social Order, in: F. A. Hayek (ed.), *Studies in Philosophy, Politics and Economics*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 160 – 177.
- Hayek, F. A. (1972):* The Road to Serfdom (Renewed edition), Chicago: The University of Chicago Press.
- Hayek, F. A. (1972a):* Foreword, in: F. A. Hayek (ed.), *The Road to Serfdom*, Chicago: University of Chicago Press, pp. iii – xvi.
- Hayek, F. A. (1973):* Rules and Order, Vol. 1 of *Law, Legislation and Liberty*, London and Henley: Routledge & Kegan Paul.
- Hayek, F. A. (1976):* The Mirage of Social Justice, Vol. 2 of *Law, Legislation and Liberty*, London and Henley: Routledge & Kegan Paul.
- Hayek, F. A. (1978a):* The Confusion of Language in Political Thought, in: F. A. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 71 – 96.
- Hayek, F. A. (1978b):* Economic Freedom and Representative Government, in: F. A. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 105 – 118.
- Hayek, F. A. (1978c):* Liberalism, in: F. A. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 119 – 151.
- Hayek, F. A. (1978d):* Whither Democracy?, in: F. A. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 152 – 162.
- Hayek, F. A. (1978e):* Dr. Bernard Mandeville, in: F. A. Hayek (ed.), *New Studies in Philosophy, Politics, Economics and the History of Ideas*, Chicago: The University of Chicago Press, pp. 249 – 266.

- Hayek, F. A.* (1979): *The Political Order of a Free People*, Vol. 3 of *Law, Legislation and Liberty*, London and Henley: Routledge & Kegan Paul.
- Hayek, F. A.* (2001): *Marktwirtschaft oder Syndikalismus*, in: F. A. Hayek (ed.), *Wirtschaft, Wissenschaft und Politik – Aufsätze zur Wirtschaftspolitik*. Vol. A6 of F. A. von Hayek, *Gesammelte Schriften in deutscher Sprache*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 83 – 88.
- Hayek, F. A.* (2002): *Entstehung und Verfall des Rechtsstaatsideals*, in: F. A. Hayek (ed.), *Grundsätze einer liberalen Gesellschaftsordnung – Aufsätze zur Politischen Philosophie und Theorie*, Vol. A5 of F. A. von Hayek, *Gesammelte Schriften in deutscher Sprache*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 39 – 62.
- Hayek, F. A.* (2003): *Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit*, in: F. A. Hayek (ed.), *Rechtsordnung und Handlungsordnung – Aufsätze zur Ordnungökonomik*, Vol. A4 of F. A. von Hayek, *Gesammelte Schriften in deutscher Sprache*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), pp. 168 – 177.
- Holcombe, R. G.* (2004): *Government: Unnecessary but Inevitable*, in: *The Independent Review*, Vol. 8, pp. 325 – 342.
- Hoppe, H.-H.* (2001): *Democracy – The God That Failed*. New Brunswick and London: Transaction Publishers.
- Hutt, W. H.* (1975): *Unanimity versus Non-Discrimination (As Criteria for Constitutional Validity)*, in: S. Pejovich/D. Klingman (eds.), *Individual Freedom – Selected Works of William H. Hutt*, Westport (Connecticut)/London: Greenwood Press, pp. 14 – 33.
- Mises, L. v.* (1981): *Socialism – An Economic and Sociological Analysis*. Indianapolis: Liberty Classics.
- Mises, L. v.* (1985): *Liberalism in the Classical Tradition*, 3rd ed., Irvington-on-Hudson: The Foundation for Economic Education.
- Ostrom, V.* (1991): *American Federalism – Constituting a Self-Governing Society*, San Francisco: Institute for Contemporary Studies.
- Ostrom, V.* (1997): *Towards a Science of Citizenship in Democratic Systems of Order*, in: V. Ostrom (ed.), *The Meaning of Democracy and the Vulnerability of Democracies*, Ann Arbor: The University of Michigan Press, pp. 271 – 302.
- Rawls, J.* (1971): *A Theory of Justice*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press.
- Rawls, J.* (1993): *Political Liberalism*, New York: Columbia University Press.
- Rawls, J.* (1999): *The Idea of Public Reason Revisited*, in: J. Rawls (ed.), *Collected Papers*, Cambridge (Mass.)/London: Harvard University Press, pp. 573 – 615.
- Samet, D./Schmeidler, D.* (2003): *Between Liberalism and Democracy*, in: *Journal of Economic Theory*, Vol. 110, pp. 213 – 233.
- Vanberg, V. J.* (1994): *Cultural Evolution, Collective Learning and Constitutional Design*, in: D. Reisman (ed.), *Economic Thought and Political Theory*, Boston/Dordrecht/London, pp. 171 – 204.
- Vanberg, V. J.* (2001a): *Markets and the Law*, in: N. J. Smelser/P. B. Baltes (eds.), *International Encyclopedia of the Social & Behavioral Sciences*, Amsterdam et al.: Elsevier, pp. 9221 – 9227.

- Vanberg, V. J. (2001b): Markets and Regulation: The Contrast between Free-Market Liberalism and Constitutional Liberalism, in: V. J. Vanberg (ed.), The Constitution of Markets – Essays in Political Economy, London/New York: Routledge & Kegan Paul, pp. 17–36.*
- Vanberg, V. J. (2001c): The Freiburg School of Law and Economics: Predecessor of Constitutional Economics, in: V. J. Vanberg (ed.), The Constitution of Markets – Essays in Political Economy, London/New York: Routledge & Kegan Paul, pp. 37–51.*
- Vanberg, V. J. (2004): The Status Quo in Contractarian-Constitutionalist Perspective, in: Constitutional Political Economy, Vol. 15, pp. 153–170.*
- Vanberg, V. J. (2005): Market and State: The Perspective of Constitutional Political Economy, in: Journal of Institutional Economics, Vol. 1, pp. 23–49.*
- Vanberg, V. J./Buchanan, J. M. (1994): Constitutional Choice, Rational Ignorance and the Limits of Reason, in: V. J. Vanberg (ed.), Rules and Choice in Economics, London/New York: Routledge & Kegan Paul, pp. 178–91.*

Korreferat zu dem Beitrag von Viktor J. Vanberg

On the Complementarity of Liberalism and Democracy

Von *Helmut Leipold*, Marburg

Das Referat von *V. Vanberg* ist ein Beitrag in primär normativer und theorievergleichender Absicht. Er will begründen, dass die liberalen und demokratischen Ideale und Grundprinzipien nicht nur als kompatible, sondern vielmehr als komplementäre Ideale zu verstehen sind und bewertet werden können. Seine Gewährsmänner für diese Botschaft sind *J. M. Buchanan* und *F. A. Hayek*.

Die historischen Hintergründe für das nicht ganz spannungsfreie Verhältnis zwischen den liberalen und demokratischen Grundprinzipien sollen hier nicht ausgebreitet werden. Der klassische Liberalismus postulierte zeitbedingt die Werte der individuellen Freiheit, der Gleichheit aller Individuen vor dem Gesetz und der Rechtsstaatlichkeit als höchste Werte vor der Idee der demokratischen Volkssouveränität, die in der später einsetzenden demokratischen Bewegung dann Priorität erhielt. *V. Vanberg* will begründen, dass die Werte beider Bewegungen sich ergänzen und gleichrangig sind, wenn sie als Ausdruck des gemeinsamen Prinzips der individuellen Souveränität der Bürger interpretiert werden. Dazu werden drei Ebenen benannt, auf denen das Verhältnis von Liberalismus und Demokratie verglichen und bewertet werden kann:

- Erstens auf der Ebene der institutionellen Ausgestaltung der wirtschaftlichen und politischen Beziehungen;
- zweitens auf der Ebene der je eigenen grundsätzlichen ideellen Wert- und Zielprioritäten beider Bewegungen;
- drittens auf der Ebene der komplementären, also gemeinsamen Prinzipien, die *V. Vanberg* in dem Ideal der individuellen Souveränität der Bürger erkennt.

Die liberalen Postulate der privaten Freiheit und der Gleichheit vor dem Gesetz und die demokratischen Postulate der Volkssouveränität bezüglich der Wahl und Kontrolle der Regierungsgewalten seien deshalb komplementäre Verkörperungen des gemeinsamen Ideals der individuellen Souveränität. Für alle drei Ebenen werden Argumente für die Komplementarität von Liberalismus und Demokratie vorgestellt. Der Begründungszusammenhang ist methodisch primär von der Verfas-

sungsökonomik von *J. M. Buchanan* inspiriert, wengleich auch der hayekianische Einfluss deutlich wird.

Die Verfassungsökonomik ist bekanntlich als Gegenentwurf zur traditionellen Wohlfahrtsökonomik entstanden. Statt fiktiv konstruierter und politisch problemlos implementierbarer Gesamtwohlvorstellungen, wie sie von der traditionellen Wohlfahrtsökonomik postuliert wurden, ist die Verfassungsökonomik der normativen Prämisse verpflichtet, dass die Präferenzen der Individuen der einzig legitime normative Maßstab sein sollten und jeder selber darüber zu befinden habe, welche Entscheidung ihn besser- oder aber schlechterstellt. Beim Tausch privater Güter ist die Indizierung wechselseitiger Tauschvorteile unproblematisch, sofern verlässliche Regeln zur Kontrolle von Marktmacht existieren und der Tausch freiwillig unter fairen Regeln erfolgt. Deshalb sollte die Konsumentensouveränität auf der Basis des Leistungswettbewerbs ein konsensfähiges normatives Ordnungsideal sein, das die Erzielung wechselseitiger Tauschvorteile gewährleistet.

Wie *J. M. Buchanan* jedoch erkannte, ist die Übertragung des Paradigmas der wechselseitigen Tauschvorteile (bzw. des *Pareto*-Kriteriums) auf die Ebene der kollektiven bzw. politischen Entscheidungen problematisch und nur unter der Geltung der Einstimmigkeitsregel legitim, wenn also Besser- oder Schlechterstellungen einzelner Individuen per Konsens oder Veto gewährleistet sind. Freilich war er sich bewusst, dass die Einstimmigkeitsregel mit hohen Interdependenzkosten verbunden ist und zudem zur Verknöcherung des Status quo tendiert. Von daher lag die normative Begründung abweichender und insbesondere verschiedener demokratischer Mehrheitsregeln nahe.

Wie *V. Vanberg* betont, sollte die Essenz der Demokratie deshalb nicht zuerst in der Existenz der Mehrheitsregel, sondern in der Demokratie als Herrschafts- und Organisationsform zur Erzielung wechselseitiger Tauschvorteile in kollektiven Entscheidungsprozessen gesehen werden. Deshalb sollte die Bürgersouveränität in der Demokratie als das analoge normative Ordnungsideal zur Konsumentensouveränität in der Wirtschaft fungieren. Seine Begründung der Komplementarität von Liberalismus und Demokratie beruht also methodisch letztlich auf der Übertragung des Paradigmas der wechselseitigen Tauschvorteile in der Marktwirtschaft auf die Ebene der demokratisch verfassten Politik und hier auf die demokratische, also einvernehmliche Wahl wechselseitig vorteilhafter Regeln des gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Zusammenlebens.

Die Verfassungsökonomik könne und solle für den demokratischen Diskurs kluge und konsensfähige Argumente beisteuern, dass demokratische Mehrheitsregeln im Interesse der Bürgersouveränität und damit im wechselseitig vorteilhaften Interesse aller Bürger seien. Ich kann dieser normativen Botschaft im Kern zustimmen. Freilich bleiben einige grundlegende methodische Fragen und Bedenken offen.

Die normative und analytische Interpretation des Liberalismus und der Demokratie gemäß dem Paradigma der wechselseitigen Tausch- bzw. Kooperationsvor-

teile ist zwar methodisch konsistent. Gleichwohl handelt es sich um eine enge und einseitige Interpretation. Methodisch konsistent ist sie, weil sie das Augenmerk auf die Regeln lenkt, die eine vorteilhafte und zugleich konsensfähige Ausschöpfung der wechselseitigen Vorteilspotentiale in Wirtschaft und Politik versprechen. Obwohl dies eine normativ plausible Sichtweise sein mag, handelt es sich um ein ideales und nur beschränkt realisierbares Prinzip. Denn der reale Status quo in Wirtschaft und Politik war und ist stets von machtbefindenden und oft zufällig entstandenen Sonderregeln und Privilegien geprägt. Warum sollten die privilegierten Schichten, Gruppen oder Personen den normativ klugen und effizienteren Reformoptionen zustimmen, die vom Kriterium der wechselseitigen Besserstellung aller Beteiligten bestimmt sind, die aber schon deshalb keine wirksame Veränderung des Status quo bewirken. Deshalb sind die Argumente berechtigt, dass das Konsensprinzip in der Praxis die Verknöcherung des Status quo begünstigt (vgl. dazu die Replik von *Vanberg* 2004). Insofern ist das Konsensprinzip eher als ein bedingt plausibles und begrenztes normatives Prinzip – neben anderen Prinzipien – zu bewerten.

Noch bedenklicher erscheint mir der Anspruch, demokratische und das heißt ja meist reale politische Prozesse in paradigmatisch analoger Weise zu den marktlichen Tauschprozessen angemessen erklären zu können. Dieses Verständnis der Politik bzw. des Staates als „cooperative venture for mutual advantage“ erklärt sich nur aus der angeführten theoriegeschichtlichen Perspektive. Es verkennt jedoch die besonderen Eigengesetzlichkeiten der politischen und speziell der demokratischen Prozesse. Politik ist nicht einfach die Fortsetzung der Erzielung wirtschaftlich wechselseitiger Tauschvorteile mit anderen Mitteln und Regeln, wie auch der Krieg nicht einfach als Fortsetzung der Politik mit anderen Mitteln zu verstehen ist. Wie *C. von Clausewitz* stets betont hat, bedeutet Krieg im Unterschied zur normalen Politik die Anwendung von Gewalt, um die jeweiligen Interessen dem unterlegenen Gegner aufzuzwingen. Analog dazu bedeutet Politik im Vergleich zum Markttausch gemäß einem Bild von *Max Weber* das „langsame Bohren von harten Brettern“, von dessen Erfolg dann in letzter Instanz die wechselseitigen wirtschaftlichen Tauschvorteile abhängen. Die positive Verfassungsökonomik einschließlich der Theorie des institutionellen Wandels sollten deshalb auf ein realistisches Verständnis der Politik gegründet werden.

In der Wirtschaft mag das Interesse an der Erzielung von wechselseitigen Tauschvorteilen als Erklärungsprinzip realistisch sein, vorausgesetzt die Transaktionen finden unter fairen wettbewerblichen Ordnungsbedingungen statt. Im Unterschied zu den meist bilateralen Tauschtransaktionen privater Güter ist Politik die Arena für die Regelung öffentlicher Angelegenheiten, wobei andersgeartete Interessen im Spiel sind. Denn bei kollektiven Entscheidungen sind Leistung (Kosten) und Gegenleistung (Nutzen) im Unterschied zu Marktbeziehungen nicht unmittelbar verknüpft, sondern werden nach Maßgabe der konstitutionellen Regeln über komplexe Prinzipal-Agenten-Beziehungen geregelt und meist nur unvollkommen kontrolliert. *V. Vanberg* und andere Vertreter der Verfassungsökonomik

sind sich natürlich dieser Unterschiede bewusst. Gleichwohl vertrauen sie in die analoge Erklärungsrelevanz des Paradigmas der wechselseitigen Tausch- bzw. Kooperationsvorteile.

D. Acemoglu (2003) hat die Übertragung dieses Paradigmas auf die Politik, das ja seinen Ursprung bei *A. Smith* und später sein Pendant bei *R. Coase* hat, als „politisches Coase-Theorem“ bezeichnet. So wie private Akteure sich unter bestimmten Annahmen über Regeln für die effiziente Internalisierung externer Effekte einigen können, so sollte auch in der Politik eine Einigung auf effiziente und konsensfähige Regeln möglich und realistisch sein. Wie *D. Acemoglu* zeigt, vermag das Theorem der effizienten und einvernehmlichen Regelwahl jedoch keine überzeugende Erklärung für die unübersehbare Verschiedenheit und für die Persistenz ineffizienter Institutionen zu geben. Hier geht es um die Erklärung folgender Grundprobleme: Warum sind die Inhalte und die de facto Geltung der formalen und informalen Regelwerke selbst innerhalb von Demokratien verschieden? Warum ist die Akzeptanz liberaler und rechtsstaatlicher Demokratien in der Geschichte eher ein zufälliges und bis heute kein weltweit dominantes Ereignis gewesen? Warum bleiben demokratische Prinzipien – selbst wenn sie konstitutionell gelten – de facto oft eher nomineller Natur? Und warum fällt die Nutzung wirtschaftlicher Tauschvorteile weltweit höchst verschieden aus? Weil die dem „politischen *Smith*- bzw. *Coase*-Theorem“ verpflichteten Erklärungen nicht überzeugend ausfallen, ist nach *D. Acemoglu* ein anderes und realistischeres Erklärungsparadigma gefordert. Denn dem Theorem der effizienten und klugen Regelwahl wohne gerade bei der Analyse politischer und demokratischer Prozesse die Gefahr der rationalistischen und konsensualistischen Fehldeutung inne. Diesem Fazit kann aus der Perspektive der kulturvergleichenden Institutionenökonomik nur zugestimmt werden (vgl. *Leipold* 2006, S. 53 ff.).

Literatur

- Acemoglu, D.* (2003): Why Not a Political Coase Theorem?, in: *Journal of Comparative Economics*, Vol. 31, S. 620–652.
- Leipold, H.* (2006): *Kulturvergleichende Institutionenökonomik*, Stuttgart.
- Vanberg, V.* (2004): The *Status Quo* in Contractarian-Constitutionalist Perspective, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 15, S. 153–170.

Parteienmonopol und Dezentralisierung der Politik

Von Jörn Kruse, Hamburg*

A. Einleitung

Es ist eine weitverbreitete Wahrnehmung, dass „die Politik“ vergleichsweise schlecht funktioniert, d. h. nur unbefriedigende Ergebnisse hervorbringt. Politiker und Parteien haben eine geringe Wertschätzung in der Gesellschaft. Dies gilt sowohl für die Bürger als auch für viele Experten der jeweiligen Fachgebiete. Die Haltungen gegenüber den Parteien und den handelnden Politikern sind desillusioniert, skeptisch und distanziert (*Immerfall* 1998). Die „Politikverdrossenheit“ ist ein für die Haltung vieler Bürger kennzeichnender Begriff geworden (*Arzheimer* 2002). Die Kluft zwischen der Politischen Klasse und den Bürgern ist dramatisch angewachsen (*Klages* 2001; *von Beyme* 1993).

Es ist jedoch fraglich, ob dafür wirklich die einzelnen Politiker verantwortlich sind oder vielmehr die Institutionen und Entscheidungsstrukturen im demokratischen Staat, die inadäquate Anreizstrukturen in vielen Bereichen (einschließlich der Rekrutierung des Personals für staatliche Funktionen) zur Folge haben. Da die entstandenen Demokratiedefizite und Leistungsmängel der politischen Prozesse auch über längere Zeit nicht abgebaut, sondern eher verschärft wurden, kann man fundamentale Konstruktionsmängel der politischen und staatlichen Institutionen (d. h. der Verfassung) vermuten. Dazu drei Thesen im Vorwege:

- Viele der Probleme haben ihren Ausgangspunkt in einem formalen Legitimationsmonopol, aus dem die jeweiligen Parteien (d. h. die Politische Klasse) einen umfassenden Machtanspruch ableiten.
- Die Rekrutierung zu politischen und insgesamt zu staatlichen Ämtern ist einseitig von den Parteien dominiert, die nur noch über eine schmale und asymmetrische Basis verfügen. Dies mindert die verfügbare Fachkompetenz und Erfahrung. Berufspolitiker und Funktionäre haben die Volksvertreter verdrängt.
- Die Parteien haben ihren Machtbereich über das engere Politikfeld hinaus auf den gesamten Staat und auf immer weitere Bereiche der Gesellschaft ausge-

* Für wertvolle Hinweise danke ich *Uwe Vollmer* und den Teilnehmern der Jahrestagung des Ausschusses für Wirtschaftssysteme und Institutionenökonomik im Oktober 2007 in Tübingen.

dehnt. *Von Beyme* (1993, S. 58) spricht von der „Kolonisierung der Gesellschaft durch den Parteienstaat“.

Es werden im Folgenden nicht lediglich Details kritisiert, sondern grundlegende Konstruktionsprinzipien des politischen Systems, die in Deutschland (und in ähnlicher Form auch in anderen Ländern) vorzufinden sind. Es wird gezeigt, dass das bestehende „Monopol für demokratische Legitimation“ für zahlreiche Fehlentwicklungen, Demokratiedefizite und Funktionsmängel verantwortlich ist.

Die vorgeschlagene Reformperspektive ist radikal.¹ Sie beinhaltet im Wesentlichen eine Überwindung des Legitimationsmonopols durch dezentralere demokratische Prozesse, die Installierung einer „zweiten Kammer“ (Senat), die über eine eigenständige demokratische Legitimation verfügt und deren Mitglieder nicht der Politischen Klasse angehören, sowie eine effektivere Gewaltenteilung und eine differenziertere Struktur der politischen Institutionen und der staatlichen Delegationsprozesse.

B. Staatliche Institutionen und Problemfelder

I. Institutionen und Entscheidungen

Betrachten wir zunächst die Institutionen² eines demokratischen Staates in einer Totalperspektive.³ Diese sind in der Abbildung 1 nach normativen Prinzipien, die später ausführlicher diskutiert werden, grob klassifiziert. Es wird darin insbesondere zwischen den Institutionen des Politik-Kerns einerseits und den Fachinstitutionen und der Judikative andererseits unterschieden. Diese Unterteilung, die im folgenden Abschnitt B.II. noch genauer erörtert wird, hat einige Ähnlichkeit mit der klassischen Gewaltenteilung in Legislative, Exekutive und Judikative.⁴ Aller-

¹ Dies steht im Kontext weiterer radikaler Reformvorschläge, die hier aus Platzgründen nicht alle erörtert werden. Vgl. dazu *Kruse* (2008).

² Unter „Institutionen“ werden im Folgenden staatliche Einheiten verstanden, die Entscheidungen treffen, und zwar unabhängig davon, ob dies Einzelpersonen, kleine oder große Gremien (z. B. Parlamente) oder spezielle staatliche Organisationseinheiten sind. Zur sprachlichen Vereinfachung schließt dabei der Begriff der „Entscheidung“ im Folgenden nicht nur alle Beschlussfassungen, sondern auch die anderen Tätigkeiten, Aufgabenerfüllungen etc. der staatlichen Institutionen ein.

³ Dabei dient das politische System in Deutschland als Anknüpfungspunkt. Allerdings lassen sich die meisten Analysen und Ergebnisse auf andere parlamentarische Demokratien übertragen. Ebenfalls aus Vereinfachungsgründen konzentrieren sich die Erörterungen vor allem auf die Bundesebene, auf der die meisten und wichtigsten Entscheidungen des Staates getroffen werden. Föderale und europäische Aspekte bleiben im Folgenden weitgehend außer Betracht.

⁴ Die klassische Vorstellung einer politischen Gewaltenteilung (*Montesquieu*) bezieht sich auf die Aufteilung der Macht auf die Legislative, die Exekutive und die Judikative. Während die Unabhängigkeit der Judikative von den anderen Gewalten in Deutschland und vielen anderen Ländern in relativ hohem Maße gegeben ist, gilt dies zwischen Legislative und Exekutive nicht.

dings sind die hier gewählten Abgrenzungen zwischen Legislative und Exekutive (und innerhalb dieser) etwas anders als in der klassischen Konzeption.

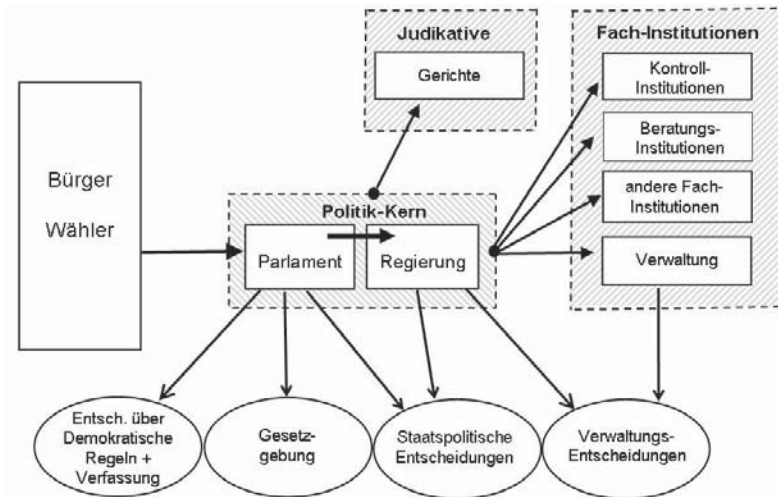


Abbildung 1: Politik-Kern, Fachinstitutionen und Judikative

Die staatlichen Entscheidungen werden hier insgesamt in zwei Kategorien unterteilt, nämlich Primärentscheidungen und Delegationsentscheidungen.⁵

Primärentscheidungen sind inhaltliche Entscheidungen „in der Sache“. Diese sind hier grob in vier Typen von staatlichen Primärentscheidungen unterteilt worden, und zwar Gesetzgebung, Staatspolitische Entscheidungen, Verwaltungsentscheidungen und Beschlüsse über demokratische Regeln und die Verfassung.

- Die Gesetzgebung umfasst die Beratung und Verabschiedung von Gesetzen. Letztere sind mittel- und längerfristig geltende generelle (formale oder inhaltliche) Vorschriften und Regeln. Gesetze sind grundsätzlich nicht auf eine einzelne (bzw. kurzfristige) Entscheidungssituation beschränkt.
- Der Terminus „Staatspolitische Entscheidungen“ wird im Folgenden als Sammelbegriff für alle politischen Entscheidungen verwendet, die sich auf einzelne Sachverhalte und Entscheidungssituationen des Staates (operative Entscheidungen) beziehen und die kein Verwaltungshandeln sind. Die Wahrnehmung staatspolitischer Aufgaben kann in wesentlichen Teilen auch als „Regieren“ bezeichnet

⁵ Die Institutionen sind in Abbildung 1 durch Rechtecke gekennzeichnet, die Primärentscheidungen durch Ellipsen (untere Leiste). Die Relationen zwischen einer Institution und den Entscheidungen, die von ihr getroffen werden, sind durch einfache Pfeile gekennzeichnet, Delegationen von Aufgaben an andere Institutionen durch fette Pfeilköpfe. Vgl. zu Delegationen ausführlicher Abschnitt C.I.

net werden. Dazu gehört unter anderem auch die Vertretung des Staates nach innen und außen. Auch einige Einzelentscheidungen, die in der gegenwärtigen Praxis die formale Form eines Gesetzes haben (z. B. die Verabschiedung des Haushalts etc.) können hierzu zählen.

- Unter „Verwaltungsentscheidungen“ werden einzelne staatliche Routine-Entscheidungen und Maßnahmen verstanden, die auf der Basis bestehender Gesetze getroffen werden. Dies schließt sämtliche Einzelfallentscheidungen und Verwaltungsakte von Behörden und Ämtern ein.
- Entscheidungen über demokratische Regeln sind Beschlussfassungen über die Verfahrensregeln, die die demokratischen Prozesse bestimmen, und über die formalen Kompetenzen der einzelnen Institutionen. Dies betrifft insbesondere die Delegationsbeziehungen und „Spielregeln“ zwischen den einzelnen Institutionen innerhalb und außerhalb des Politik-Kerns und der Fachinstitutionen. Diese sind in einschlägigen Verfassungsartikeln, dem Wahlrecht und einigen spezifischen Gesetzen, Verordnungen und Geschäftsordnungen kodifiziert.

II. Politik-Kern und Fachinstitutionen

1. Politik-Kern

Das Parlament und die Regierung stehen im Zentrum der politischen Prozesse des Staates. Beide gemeinsam bilden den hier sogenannten Politik-Kern.

Das Parlament wird von den Bürgern gewählt und hat somit eine direkte demokratische Legitimation.⁶ Die Abgeordneten unterliegen potentiell einer Sanktion durch die nächsten demokratischen Wahlen. Sie sind grundsätzlich mehr als alle anderen Institutionen prädestiniert für normative Entscheidungen mit hoher Präferenzrelevanz (vgl. Abschnitt B.III.).

Es ist die primäre Aufgabe des Parlaments, Gesetze zu verabschieden. Außerdem gehört zu seinen Aufgaben das Einsetzen und die Kontrolle der Regierung.⁷ Das Parlament delegiert bestimmte Aufgaben an die Regierung und vermittelt dieser eine (indirekte) demokratische Legitimation.

In der klassischen Vorstellung sind die Legislative (Parlament) und die Exekutive (Regierung und Verwaltung) zwei von drei Gewalten, die geteilt sein sollten.

⁶ Die direkte Legitimation erfolgt direkt durch einen Auftrag des Wählers, d. h. durch eine demokratische Wahl durch die Bürger (vgl. Abschnitt C.). In der gegenwärtigen Verfassung der Bundesrepublik Deutschland ist eine solche direkte demokratische Legitimation auf Bundesebene nur für das Parlament (Bundestag) gegeben. Eine indirekte demokratische Legitimation ist dann gegeben, wenn diejenige Instanz, die ein Gremium delegiert hat, ihrerseits demokratisch legitimiert ist.

⁷ Typischerweise wählt das Parlament die Regierung (bzw. den Regierungschef). Vgl. für eine international vergleichende Darstellung *Ismayr* (2003, insb. S. 32 ff.).

In der politischen Praxis ist die Trennung von Legislative und Regierung allerdings eher eine Fiktion als ein relevantes Prinzip. Das Parlament ist (in der Gestalt der jeweiligen Mehrheitsfraktionen) vor allem ein Instrument zur Machterhaltung für die jeweilige Regierung (*Helms* 2005, S. 190 ff.). Die diesbezügliche Rolle bestimmt das Verhalten von Regierungs- und Oppositionsparteien.

Diese Praxis ist so selbstverständlich geworden, dass die damit verbundene Einschränkung der Gewaltenteilung zwischen Parlament und Regierung gar nicht mehr als Problem wahrgenommen wird. Häufig wird es sogar als ein konstitutives Prinzip einer parlamentarischen Demokratie interpretiert. Eine Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive wird als unrealistisch eingeschätzt und die Kritik an der fehlenden Gewaltenteilung als naiv betrachtet (*Schütt-Wetschky* 2000). Allerdings hat *F. A. von Hayek* (1969b) die fehlende Trennung von Gesetzgebung und Führung der Regierungsgeschäfte als Konstruktionsfehler parlamentarischer Demokratien kritisiert.

In Anbetracht der politischen Realität einer fehlenden effektiven Gewaltenteilung wird deshalb in diesem Beitrag der institutionelle Komplex, bestehend aus dem Parlament (vor allem in Gestalt der Mehrheitsfraktionen) und der Regierung, als Gesamtheit betrachtet und deshalb mit dem Begriff „Politik-Kern“ bezeichnet.

Es ist die Aufgabe der Regierung (*Helms* 2005), die operativen staatspolitischen Entscheidungen zu treffen, d. h. den Staat nach außen zu vertreten, seine Interessen im In- und Ausland wahrzunehmen und gegebenenfalls Gesetzentwürfe zu formulieren und dem Parlament zuzuleiten.

In institutioneller Hinsicht wird die Regierung hier etwas enger definiert als sonst üblich. Sie besteht aus den Kabinettsmitgliedern (Kanzler, Minister etc.) und denjenigen Teilen der Ministerien, die staatspolitische Aufgaben wahrnehmen oder Entwürfe für Gesetzesvorschläge formulieren. Nicht zur Regierung werden hier diejenigen Teile von Ministerien gezählt, die Verwaltungsaufgaben wahrnehmen. Es erfolgt insofern also eine Trennung der Exekutive in Regierung und Verwaltung.⁸

Die wichtigsten Merkmale des Politik-Kerns sind:

- Der Politik-Kern wird de facto dominiert von den Berufspolitikern der Parlamentsparteien, die zusammenfassend als „Politische Klasse“ bezeichnet werden (vgl. Abschnitt C.II.), insbesondere von denjenigen der jeweiligen Mehrheitsparteien.
- Er hat eine allgemeine und umfassende formale Entscheidungskompetenz und weist nur in Teilen eine gewisse fachliche Spezialisierung auf.

⁸ Einige der bisherigen Ministerien haben heute zweierlei Funktionen, die sich manchmal in verschiedenen Abteilungen unterschiedlich darstellen, nämlich sowohl Regierungstätigkeit als auch reine Verwaltungsfunktionen, sodass Teile von ihnen im Sinne der Abbildung 1 zur Verwaltung gehören würden. Das politisch bedeutsame Spitzenpersonal, das im Wesentlichen der Regierungstätigkeit dient, gehört zum Politik-Kern (Regierung).

- Die Akteure des Politik-Kerns haben eine relativ kurzfristige Anreizstruktur, die sich als Folge von Wahlterminen, einem geringen Gedächtnis der Wähler, kurzfristigen Popularitätszielen und Medien-Interessen etc. ergibt.

2. *Judikative und Fach-Institutionen*

Die Judikative umfasst sämtliche Gerichte, wobei für die Thematik dieses Aufsatzes insbesondere das Bundesverfassungsgericht und die obersten Bundesgerichte relevant sind. Alle anderen staatlichen Institutionen werden zusammenfassend als Fach-Institutionen bezeichnet. Folglich umfasst diese Kategorie (vgl. Abbildung 1) Institutionen von ganz unterschiedlichem Stellenwert, Größe und Organisationsform.

Als Verwaltung werden pauschal alle exekutiven Institutionen bezeichnet, die auf der Basis gesetzlicher Bestimmungen im Einzelfall tätig werden. Solche Verwaltungsinstitutionen sind (mehr oder minder) eigenständig geführte Organisationseinheiten, die in der Regel über feldspezifische Fachkompetenz verfügen, funktional und hierarchisch organisiert sind und häufig entsprechende Karrierewege beinhalten. Dazu gehören alle eigenständig geführten Ämter, Verwaltungen und diverse staatliche Einrichtungen und Institutionen mit exekutiven Aufgaben, sowie außerdem z. B. Deutsche Bundesbank, Bundeskartellamt, Regulierungsbehörden etc.

Kontroll- und Beratungsinstitutionen: Eine Reihe von Institutionen haben Beratungsfunktionen (z. B. Sachverständigenrat, Monopolkommission etc.) und sind zur Nutzung exogener und unabhängiger Fachkompetenz als eigenständige Institutionen eingerichtet worden. Einige wenige Institutionen (außerhalb der Judikative) haben Kontrollfunktionen gegenüber den politischen Akteuren. Hierzu gehört z. B. der Bundesrechnungshof.

Andere Fachinstitutionen: Unter dem Begriff „andere Fachinstitutionen“ werden alle sonstigen Institutionen zusammengefasst, in denen der Staat in irgendeiner Weise tätig ist bzw. Einfluss ausübt. Dazu gehören z. B. Aufsichtsräte von Unternehmen, die ganz oder teilweise im staatlichen Eigentum oder Einfluss sind, z. B. von staatlichen Banken, staatlichen Industriebeteiligungen, von Post, Bahn, öffentlichen Rundfunkanstalten etc.

Die Fachinstitutionen haben einige Charakteristika im Wesentlichen gemeinsam:

- Fachinstitutionen haben keine eigenständige demokratische Legitimation. Sie haben keine normative Autonomie, sondern interpretieren die demokratisch festgelegten Ziele für einzelne Fälle, Funktionen und Problemlagen. Zu ihren Aufgaben gehören keine politischen Gestaltungsentscheidungen, sondern die konkrete Interpretation und Umsetzung von gesellschaftlichen Präferenzen, die in der Regel in Form von Gesetzen kodifiziert sind und ein gewisses Maß an zeitlicher Stabilität haben.

- Die Fachinstitutionen sind in aller Regel spezialisiert und fachlich kompetent. Ihre Angehörigen werden typischerweise fachspezifisch rekrutiert und ausgebildet und ihre Karriere hängt wesentlich von ihrer fachlichen Qualität und Leistung ab. Viele Angehörige von Fachinstitutionen haben lebenslange Karriereperspektiven auf ihrem Fachgebiet (innerhalb oder außerhalb der betrachteten Fachinstitution). Sie unterliegen dabei internen und /oder externen Peer-group-Beobachtungen und Bewertungen, die gegebenenfalls zu einem „guten Ruf“ für Fachkompetenz, Professionalität etc. und einem entsprechenden Vertrauen führen – oder eben nicht. Dies erzeugt eine vergleichsweise längerfristige Anreizstruktur.
- Der Vorstand und die Mitglieder von Fachinstitutionen erhalten ihre Legitimation formal über Delegationsvorgänge von demokratisch legitimierten Institutionen vermittelt. Die Delegationsprozesse sorgen für die Auswahl kompetenten Personals für den Vorstand, außerdem für die Kontrolle und Bewertung der Arbeit hinsichtlich Zieladäquanz, Effizienz und Gesetzeskonformität sowie für die Schaffung entsprechender Anreizstrukturen für den Vorstand und die Mitglieder der Fachinstitution.

III. Staatliche Problemfelder – Präferenzrelevanz und Fachkompetenz

Alle Einzelbereiche, in denen der Staat (politisch, administrativ etc.) tätig wird, d. h. in denen er handelt und Entscheidungen trifft, werden im Folgenden zur Vereinfachung pauschal unter den Begriffen „Problemfeld“ oder „Thema“ zusammengefasst. Einzelne Entscheidungen auf solchen Problemfeldern werden bestimmten Institutionen zugewiesen. Diese bedürfen dazu adäquater Fähigkeiten, Informationen und Anreizen, die dem Problemfeld und der Zielsetzung angemessen sind. Die verschiedenen Entscheidungen auf den staatlichen Problemfeldern unterscheiden sich inhaltlich in zwei Dimensionen bzw. Anforderungen, nämlich Präferenzrelevanz und Fachkompetenz. Diese sind bedeutsam für die adäquate institutionelle Struktur, d. h. für die geeignete Zuordnung von Entscheidungsaufgaben auf bestimmte Institutionen.

Präferenzrelevanz: Die Präferenzen der Bürger bilden längerfristig die Zielfunktion und die Maßstäbe für alle staatlichen Entscheidungen in einer Demokratie. Bei vielen Themen sind die politischen Präferenzen der Bürger nicht nur unterschiedlich, sondern häufig auch nicht bekannt und möglicherweise a priori nicht einmal explizit. Das heißt, entscheidungsverwertbare Präferenzen müssen eventuell erst in einem Informations- und Diskussionsprozess entwickelt werden, in dem die Bürger sich ihre Meinung bilden. In solchen Fällen heterogener und/oder unbekannter Präferenzen sprechen wir von einer „hohen Präferenzrelevanz“ eines Themas. Um die kollektive Zielfunktion für ein bestimmtes Problemfeld zu ermitteln, muss innerhalb des demokratischen Systems ein Mechanismus vorhanden sein, der die relevanten Präferenzen der Bürger zu den Entscheidungsträgern trans-

feriert bzw. wirksame Anreize liefert, diese zu ermitteln und entsprechend zu handeln (Präferenztransfer).

Das andere Extrem einer „geringen Präferenzrelevanz“, liegt vor, wenn die Präferenzen der Bürger als bekannt oder vorgegeben angenommen werden können. Eine „geringe Präferenzrelevanz“ bedeutet also keineswegs, dass die Präferenzen nicht bedeutsam sind, sondern nur, dass die Ermittlung der Präferenzen keine Probleme verursacht. Für ein konkretes Problemfeld ist dies häufig dann der Fall, wenn die Zielfunktion „offensichtlich“ ist und/oder bereits vorher definiert wurde, insbesondere in Form eines Gesetzes.

Fachkompetenz: Der Staat soll die Ziele der Bürger möglichst effizient erreichen (d. h. mit möglichst geringen Kosten bzw. mit möglichst geringem Verzicht auf die Erreichung anderer Ziele). Die Effizienz bezieht sich also auf ein gutes Ziel-Mittel-Verhältnis staatlicher Entscheidungen (*Schiller* 1999, S. 45 ff.; *Schmidt* 2006; *Kruse* 2008). Damit ist vor allem die professionelle Qualität im Sinne einer hohen Fachkompetenz auf dem betreffenden Problemfeld angesprochen. Gerade bei vielen staatlichen Entscheidungen ist der sachliche Wirkungszusammenhang zwischen alternativen Entscheidungsmöglichkeiten und den jeweiligen Konsequenzen nicht evident, sondern erfordert einen spezifischen fachlichen Background auf inhaltlichen und methodischen Spezialgebieten und einen aktuellen Informationsstand. Die hohe Komplexität moderner Gesellschaften und der stark angewachsene wissenschaftliche, technologische und gesellschaftliche Erkenntnisfortschritt hat die Relevanz dieses Kriteriums vor allem für politische Entscheidungen stark erhöht. Dies gilt in besonders hohem Maße bezüglich längerfristiger Wirkungen von Entscheidungen. Für deren Abschätzung ist oft eine hohe Fachkompetenz erforderlich, während kurzfristige Effekte häufig offensichtlich sind.

Problemfelder und Anforderungen: Die einzelnen staatlichen Problemfelder stellen sehr unterschiedliche Anforderungen an die Fachkompetenz der Entscheidungsträger und an deren zielorientierte Anreizstruktur (Präferenzrelevanz). In Abbildung 2 ist die Präferenzrelevanz auf der Abszisse und die erforderliche Fachkompetenz auf der Ordinate abtragen.

Die Präferenzrelevanz beeinflusst die jeweils adäquaten Institutionen insofern gravierend, als für Problemfelder mit hoher Präferenzrelevanz eine Anbindung an den Politikprozess erforderlich ist, der notwendigerweise eine begrenzte Kapazität hat, während dies für Fachinstitutionen, die man mit Entscheidungsaufgaben bei bekannter Zielfunktion betrauen kann, nicht der Fall ist.

Politische Institutionen (z. B. die Parlamente) haben eine begrenzte Informationsverarbeitungs- und Entscheidungskapazität. Die Zeit der Politiker, die sie für die Bearbeitung eines bestimmten Sachthemas und für konkrete Entscheidungsaufgaben verwenden können, ist notwendigerweise stark begrenzt. Dabei muss man berücksichtigen, dass die Abgeordneten typischerweise zahlreiche Repräsentations- und Networking-Verpflichtungen in verschiedenen Zusammenhängen haben, die ihnen nur unzureichend Zeit lassen, sich in einzelne Themen intensiv einzu-

arbeiten, um ein adäquates fachliches Niveau zu erreichen. Hinzu kommt der geringe Informationsgehalt und die begrenzte Sanktionskraft der demokratischen Wahlen (Kruse 2008).

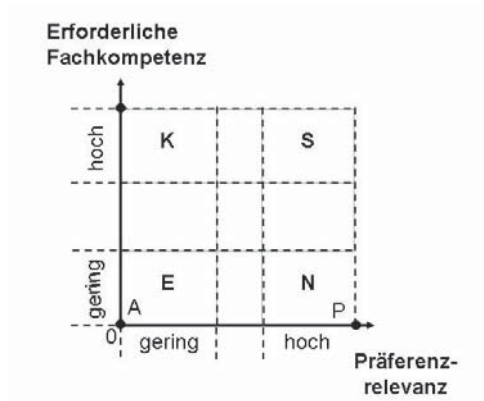


Abbildung 2: Staatliche Aufgabenfelder, Präferenzrelevanz und Fachkompetenz

Dagegen ist die Entscheidungskapazität von Fachinstitutionen grundsätzlich unbegrenzt, da man sie prinzipiell beliebig erweitern, differenzieren und vermehren könnte, solange dies in einem entsprechenden Aufwands-Ertrags-Kalkül zweckmäßig erscheint. Der Staat wäre also gut beraten, möglichst alle Entscheidungen mit geringer Präferenzrelevanz auf Fachinstitutionen zu delegieren und die Institutionen des Politik-Kerns auf die normativen Gestaltungsaufgaben der Gesellschaft zu beschränken.

Bei den Problemfeldern in den Bereichen E und K besteht eine geringe Präferenzrelevanz. Das heißt, die Ziele sind weitgehend bekannt bzw. a priori definiert. Für eine gute Zielerreichung ist jedoch bei K eine hohe Fachkompetenz der Entscheidungsträger nötig, während dies bei E nicht der Fall ist. Das Feld E beinhaltet die klassischen Verwaltungsaufgaben, die viele Routinetätigkeiten umfassen, wie sie in zahlreichen Verwaltungseinheiten täglich vielfach geleistet werden. Der Extrempunkt A repräsentiert solche Aufgaben, in denen die optimale Lösung quasi automatisch (z. B. mittels einer bestimmten Software) generiert werden kann.

Im Bereich K ist für eine gute Zielerreichung jedoch eine hohe (in der Regel spezialisierte) Fachkompetenz der Entscheidungsträger erforderlich. Hier tut die Gesellschaft gut daran, die Entscheidungen weitgehend den Experten (d. h. einer fachkompetenten Institution) zu übertragen. Die institutionelle Aufgabe besteht dann „nur“ noch darin, den Experten adäquate Anreizstrukturen (Karriere, Einkommen etc.) vorzugeben, sodass sie tatsächlich im Sinne der Zielfunktion handeln.

Mit derartigen Aufgaben sollte man also nicht die Politiker belasten, sondern sie an spezialisierte Fachinstitutionen übertragen. Einerseits sind diese aufgrund ihrer spezialisierten Fachkompetenz dafür besser geeignet. Andererseits entlastet es die Politiker von einem Zeitaufwand, den sie auf Feldern mit höherer Präferenzrelevanz nutzbringender einsetzen können.

Das Feld N enthält Problembereiche, in denen es stark auf die jeweiligen politischen Präferenzen ankommt, die nicht evident sind und sich eventuell unter den Bürgern stark unterscheiden, sodass sie erst evaluiert werden müssen. Allerdings sind hier die sachlichen Zusammenhänge des Entscheidungsfeldes relativ klar und erfordern keine ausgeprägte Fachkompetenz. Der Extrempunkt P repräsentiert politische Entscheidungsaufgaben, die grundsätzlich auch für eine Direkte Demokratie (Plebiszite) geeignet wären.⁹

Während drei der vier Felder eindeutig den Institutionstypen zugeordnet werden können, nämlich N zum Politik-Kern, E zur Verwaltung und K zu den jeweils adäquaten Fachinstitutionen, ist dies für das Feld S in jeder Hinsicht wesentlich schwieriger, nicht eindeutig und von weiteren Faktoren im Einzelfall abhängig.

Einerseits erfordern Entscheidungen im Feld S hohe spezifische Fachkompetenz (insbesondere wenn langfristige Wirkungen involviert sind), die in allgemein-politischen Gremien häufig nicht verfügbar ist. Andererseits sind normative Gestaltungsfragen involviert (Präferenzrelevanz), die eine funktionale Präferenzbindung erfordern. Solche Entscheidungsaufgaben sollte man weder allein den Experten überlassen noch einem politischen Gremium ohne ausreichende Fachkompetenz. Erforderlich wäre hierbei die explizite Einbeziehung von institutionalisierter (und freier, externer) Fachkompetenz bei politischen Entscheidungen in der Gesetzgebung.

Der Stellenwert von Fachinstitutionen einerseits und Politik-Kern andererseits hängt somit auch vom inhaltlichen Schwierigkeitsgrad der jeweiligen Aufgaben, von dem normativen Stellenwert des Themas und von der Leistungsfähigkeit des demokratischen Präferenztransfers ab.

Zeitperspektive: Ein signifikanter Faktor bei der adäquaten Zuordnung von Entscheidungsaufgaben auf Institutionen (insbesondere bezüglich Politik-Kern und Fachinstitutionen) ist die Zeitperspektive, d. h. das Problem langfristiger Auswirkungen. Gerade für das Erkennen und instrumentelle Umsetzen längerfristiger Zusammenhänge ist hohe Fachkompetenz und Spezialisierung erforderlich.

In aller Regel ist es für die Gesellschaft nicht ratsam, Aufgaben und Entscheidungen mit langfristigen Wirkungen an Institutionen und Entscheidungsträger zu delegieren, die nur eine relativ kurzfristige Anreizstruktur haben. Genau dies gilt

⁹ Plebiszite sollen hier nicht thematisiert werden. Ob eine bestimmte Entscheidungsaufgabe tatsächlich einer Volksabstimmung übertragen werden sollte, ist nicht nur von der Präferenzrelevanz und der Fachkompetenzanforderung abhängig, sondern auch noch von anderen Faktoren, wie z. B. der Zahl der Plebiszite, der zu erwartenden Wahlbeteiligung, der Anfälligkeit für populistische Verzerrungen etc.

häufig für Politiker. Dies ist erstens eine Folge der jeweils relevanten Wahltermine, Parteiveranstaltungen etc. Zweitens gründet sie auf dem kurzen und undifferenzierten Gedächtnis der Wähler, den kurzfristigen Interessen der Medien und den kurzfristigen Popularitätswirkungen. Drittens können von den Bürgern längerfristige Wirkungen bestimmten Entscheidungen und Politikern schon mangels Kenntnis der Wirkungszusammenhänge nicht mehr zugerechnet werden.

Daraus entsteht insofern ein Dilemma, als viele politische Entscheidungssituationen (z. B. in der Wirtschaftspolitik) dadurch gekennzeichnet sind, dass die Wahl kurzfristig politisch opportuner Handlungsalternativen häufig längerfristig nachteilig ist, und die (nach Einschätzung von Experten) langfristig „richtigen“ Entscheidungen kurzfristig oft unpopulär sind. Daraus folgt einerseits, dass es sich für die einzelnen Politiker unter Karrieregesichtspunkten oft nicht lohnt, eine nachhaltige Wirtschaftspolitik zu betreiben. Andererseits unterschätzen Allround-Politiker systematisch die negativen längerfristigen Entscheidungswirkungen, da für deren Analyse spezialisierte Fachkompetenz erforderlich ist.

Daraus entsteht ein wesentliches Problem auf der Grenzlinie zwischen Politik-Kern und Fachinstitutionen. Da die Fachinstitutionen in der Regel über eine hohe Fachkompetenz und über eine vergleichsweise längerfristige Anreizstruktur verfügen, werden sie eher an professionellen längerfristigen Problemlösungen orientiert sein. Dies beinhaltet eine erhebliche Erschwernis für Aufgaben im Feld S, bei denen nicht nur eine hohe Fachkompetenz erforderlich ist, sondern auch eine hohe Präferenzrelevanz besteht.

C. Legitimationsmonopol der politischen Klasse und Dominanz der Parteien

I. Kollektive Delegation und das Monopol für formale demokratische Legitimation

Das Grundgesetz fordert, dass „alle Staatsgewalt . . . vom Volke“ ausgehen soll. Zur Implementierung dieses demokratischen Grundprinzips überträgt das Volk mittels der Wahlen dem Parlament eine formale, direkte demokratische Legitimation – und zwar nur diesem. Damit verfügt das Parlament über ein Monopol für demokratische Legitimation. Dies ist der Ausgangspunkt für eine ganze Reihe von Problemen.

Die verbindenden Elemente der verschiedenen staatlichen Institutionen sind Delegationsvorgänge. Unter einer Delegation wird verstanden, dass eine Prinzipal-Institution A:

- bestimmte Aufgaben auf eine Agenten-Institution B überträgt und dieser bestimmte Ziele und Kompetenzen vorgibt (soweit solche nicht bereits anderweitig, z. B. per Gesetz, festgelegt wurden);

- den Vorstand der Institution B einsetzt, d. h. über die betreffenden Personalien für die Hierarchiespitze entscheidet; dies kann die Entscheidungen über Entlohnungen, Karrieren und Ressourcen einschließen;
- die Institution B bezüglich ihrer Amtsführung und Performance kontrolliert und gegebenenfalls (im Rahmen der gesetzlichen Vorgaben) abberuft.

Mit solchen Delegationen sind grundsätzlich die üblichen Probleme von Prinzipal-Agent-Beziehungen verbunden (vgl. z. B. *Erlei/Leschke/Sauerland* 2007), ein Abweichen des Agenten von den (explizit oder implizit) vorgegebenen Zielen zu vermeiden bzw. entsprechende Anreize für gute zieladäquate Leistungen zu setzen.

In jedem Fall erfordert dies bestimmte (formale und tatsächliche) Informations- und Sanktionsmöglichkeiten des Prinzipals, der die Delegation wahrnimmt. Die dazu notwendigen formalen Rechte zur Delegation¹⁰ werden im staatlichen Bereich häufig durch Verfassungsbestimmungen, Gesetze, Verordnungen oder Geschäftsordnungen definiert.

Eine besonders problematische Art der Delegation ist die „kollektive Delegation“ (bzw. demokratische Delegation)¹¹ zwischen den Bürgern und ihren Repräsentanten im Parlament. Mittels Wahlen beauftragen die Bürger (als Prinzipale) die Abgeordneten (als Agenten) im Sinne ihrer Präferenzen Entscheidungen zu treffen. Allerdings haben sie dafür nur sehr eingeschränkte Kontroll- und Sanktionsrechte und -möglichkeiten.

Der Delegationsprozess, der dafür sorgen soll, dass die Parlamentarier im Sinne der Präferenzen der Bürger handeln, kann in die Informationsfunktion und die Sanktionsfunktion zerlegt werden. Bei der Informationsfunktion geht es darum, die Präferenzen der Bürger bezüglich eines Themas so zu evaluieren, dass die Entscheidungsträger die Präferenzen der Bürger kennen. Dies kann grundsätzlich über primäre,¹² sekundäre¹³ und tertiäre¹⁴ Informationsprozesse erfolgen, die sich nach Informationsgehalten und Anreizerfordernissen unterscheiden.

¹⁰ Die formalen Rechte des Prinzipals zur Delegation (d. h. zur Auswahl, Entlassung und Anreizsetzung in Form von Gehalt, Karriere, Macht etc.) des Agenten werden an anderer Stelle (*Kruse* 1996 und *Kruse* 1998) auch als „Direktsanktionsrechte“ bezeichnet. Demgegenüber betrifft das „Recht zur Primärentscheidung“ die Befugnisse des Prinzipals, dem Agenten im Einzelfall konkrete inhaltliche Vorgaben zu machen und gegebenenfalls die Entscheidung selbst zu treffen.

¹¹ Von „kollektiver Delegation“ wird gesprochen, wenn die Prinzipal-Rolle von einer Menge von Individuen eingenommen wird (*Kruse* 1989). Bei der „demokratischen Delegation“ werden dabei die Agenten (in der Regel Politiker) durch Wahlen der Bürger bestimmt, d. h. die Prinzipal-Rolle haben die wahlberechtigten Bürger.

¹² Primäre Informationen (*Kruse* 1996) sind solche, die mittels der Funktionsweise eines Systems quasi automatisch entstehen. In einem marktlichen Kontext sind dies zum Beispiel die Preise und Mengen der gehandelten Güter, in einem demokratischen System die Wahlergebnisse.

¹³ Sekundäre Informationen beschafft sich der Informationsnutzer durch eigene Aktivitäten, auf Produktmärkten zum Beispiel durch Marktforschung, im politischen Bereich durch

Bei der Sanktionsfunktion geht es um die Frage, ob die Institutionen (Entscheidungsträger) genügend starke Anreize haben, tatsächlich im Sinne der Bürger zu handeln. Das heißt insbesondere: Hat die bestmögliche Umsetzung der Bürgerpräferenzen tatsächlich positive Karrierewirkungen für die jeweiligen Politiker? Haben signifikante Abweichungen vom Wählerwillen negative Auswirkungen auf die Akteure des Politik-Kerns? Oder werden sie eventuell durch wirksamere Anreize (z. B. aus der eigenen Partei oder einschlägigen Interessengruppen) überlagert? Wenn ein institutionelles System seinen Akteuren (Agenten) starke Anreize liefert, tatsächlich im Sinne der Zielfunktion des Systems (bzw. des Prinzipals) zu handeln, sprechen wir von einer hohen „Sanktionskraft“.

Vor diesem Hintergrund ist es zweckmäßig, zwischen formaler demokratischer Legitimation und inhaltlicher demokratischer Legitimation zu unterscheiden. Eine formale demokratische Legitimation entsteht (direkt oder indirekt) durch Wahlen der Bürger. Das unmittelbar gewählte Gremium (Parlament) erhält dadurch eine direkte demokratische Legitimation. Demgegenüber hat eine Institution eine indirekte demokratische Legitimation, wenn sie von einer demokratisch legitimierten Institution legal (d. h. im Rahmen geltender Gesetze) mit bestimmten Aufgaben betraut (delegiert) wurde. Da hieraus beliebig lange Delegationsketten entstehen können, kann prinzipiell jeder staatliche Entscheidungsträger mit einer formalen demokratischen Legitimation versehen werden. Dies wirft jedoch Fragen nach deren materieller Wertigkeit auf.

Aus ökonomischer Sicht ist nicht die formaljuristische Legitimation von Bedeutung, sondern die inhaltliche. Diese hängt ganz wesentlich von der effektiven Leistungsfähigkeit der einzelnen Delegationsbeziehungen, die fast immer gewisse Prinzipal-Agent-Probleme aufweisen, innerhalb der Delegationskette ab.

Eine große inhaltliche Legitimation des Parlaments ist dann gegeben, wenn die funktionalen Mechanismen und Anreize des politischen Systems erwarten lassen, dass die Zusammensetzung des Parlaments und das Abstimmungsverhalten der Abgeordneten bei allen Themen den Präferenzen der Bürger entsprechen.¹⁵

demoskopische Erhebungen etc. Sekundäre Informationsprozesse verursachen Kosten (abhängig von dem intendierten Informationsgehalt und der Verlässlichkeit) und bedürfen deshalb spezifischer Anreize.

¹⁴ Tertiäre Informationen werden einem Entscheidungsträger von einer dritten Informationsquelle (z. B. Kunden, Wählern, Medien, Interessengruppen etc.) geliefert, ohne dass diese speziell angefordert wurden. Auf Produktmärkten sind dies z. B. Beschwerdebriefe, im politischen Feld z. B. Meinungsumfragen von Medien, wissenschaftlichen Instituten oder Interessengruppen, Verbandsaktivitäten (Lobbyismus) im weiteren Sinne, spontane oder organisierte Proteste etc. Das Hauptproblem besteht darin, dass die Inhalte der Informationen in vielen Fällen von den Interessenlagen der Informationsquellen bestimmt sind und ihre Verlässlichkeit damit besonders fraglich ist.

¹⁵ Betrachten wir die Analogie zu einem Gütermarkt. Auf einem funktionierenden Wettbewerbsmarkt für Automobile können wir davon ausgehen, dass das Angebot an Automobilen verschiedener Art, Ausstattung, Eigenschaften, Preisen etc. recht genau den Präferenzen der Kunden entspricht.

Dies ist jedoch aufgrund des „Übergroßen Delegationsumfangs“ der nur alle vier Jahre stattfindenden Wahlen nicht der Fall. Jeder Bürger muss mit einer einzigen Stimme seine Präferenzen zu einer Vielzahl von Themen artikulieren und gleichzeitig die Parteien und Politiker für Fehler, Leistungsmängel, gebrochene Wahlversprechen etc. sanktionieren.¹⁶

Die demokratische Kollektiv-Delegation der Wahlen durch die Bürger ist einerseits (formal) das zentrale Element eines demokratischen Staates, andererseits aber (inhaltlich) auch der gravierendste Schwachpunkt, da die Rolle des Prinzipals (insbesondere seine Kontroll- und Sanktionsmöglichkeiten) nur schwach ausgeprägt ist. Dies liegt im Wesentlichen an der Überforderung dieses einen Wahlvorgangs mit vielen Funktionen (Kontrolle und Sanktionen der politischen Akteure, Artikulation von Präferenzen der Bürger, Präferenztransfer usw.).

Die große formale Bedeutung der Parlamentswahlen steht in einem auffälligen Missverhältnis zu ihrer begrenzten inhaltlichen Funktionsfähigkeit. Der Pauschalcharakter der Stimmabgabe, d. h. der übergroße Delegationsumfang, verhindert eine differenzierte Präferenzbekundung der Bürger zu wichtigen politischen Themenfeldern bei den Wahlen, was nicht nur einen geringen primären Informationsgehalt der Wahlergebnisse zur Folge hat. Bedeutsamer ist, dass damit die Sanktionskraft für die politischen Akteure erheblich reduziert ist. Vor allem ist damit die Sanktionswirkung bezüglich der einzelnen Politikfelder sehr undifferenziert. Die Kombination beider Sachverhalte, nämlich das formale Legitimationsmonopol und die geringe Sanktionskraft der Wahlen, sind die Grundlage der großen diskretionären Macht der Parteien bzw. der Politischen Klasse, auch unabhängig von den Bürgerpräferenzen (und manchmal gegen diese) zu agieren.

Dennoch nehmen die gewählten Parteien die gesamte demokratische Legitimation für alle Entscheidungen in Anspruch. Da sie kollektiv das Legitimationsmonopol innehaben, verfügen sie über alle formalen Argumente zur Machtausübung.

II. Parteien-Konkurrenz und Parteien-Kartell/-Monopol für ihre Interessen

Bezüglich der Parteien steht die Konkurrenzbeziehung zwischen diesen (um Stimmen, Mandate, politische Macht, Gestaltungseinfluss und politische Posten) im Mittelpunkt der öffentlichen Wahrnehmung. Die Existenz von Parteienkonkurrenz bei einzelnen Wahlen sowie bei inhaltlichen und Personalentscheidungen wird natürlich auch in diesem Beitrag nicht bestritten. Eine solche Konkurrenzbeziehung ist zweifellos in einem gewissen Umfang und bezüglich bestimmter Interessen, Ziele etc. vorhanden, wengleich diese von den Parteien selbst (Profilierung im Hinblick auf die Wahlen) und vor allem von den Medien (aufgrund von deren

¹⁶ Der „Übergroße Delegationsumfang“ ist ausführlicher thematisiert in *Kruse* (1996) und *Kruse* (2008).

Interesse an Unterhaltungswert erzeugenden Rivalitäten, Zuspitzungen, Personalisierung etc.) überbetont wird. Diese Aspekte des Parteienverhältnisses werden im Folgenden nicht weiter erörtert.

Hinsichtlich anderer Ziele, Interessen etc. haben die etablierten Parteien jedoch weitgehend die gleichen Interessen. Dabei geht es vor allem um politische, staatliche und andere Ämter und die damit verbundenen Einkommen, Versorgung, Macht etc. Diesbezüglich bilden die Parteien als Gesamtheit ein Machtkartell und haben ein weitgehend resistentes Kollektiv-Monopol.¹⁷ Damit sind sie in der Lage, ihre Interessen (und diejenigen ihrer Funktionäre) auch zu Lasten der Gesellschaft durchzusetzen.

Deshalb ist der gängige Begriff der „Politischen Klasse“ durchaus adäquat, der Berufspolitiker über die Parteigrenzen hinweg bezeichnet.¹⁸ Berufspolitiker sind in diesem Sinne Personen, die die Politik zu ihrem (prinzipiell dauerhaften) Beruf gemacht haben, dort ihre Karriereperspektiven sehen und dauerhaft für und von der Politik (und den damit verbundenen Institutionen) zu leben beabsichtigen (Beyme 1993, S. 120 ff.). Als Konsequenz dessen haben sie ihre früheren beruflichen Perspektiven entweder aufgegeben oder als nachrangig zurückgestellt (vgl. Golsch 1998; Borchert 2003).

Der Begriff der Politischen Klasse drückt einerseits gemeinsame Interessen der Berufspolitiker aus, die die Parteienkonkurrenz überlagern bzw. neben dieser vorhanden sind, und betont andererseits eine deutliche Kluft zum Rest der Bevölkerung (Arzheimer 2002, S. 176 ff.), die sie als Volksvertreter repräsentieren sollen. Dazu trägt die Tatsache bei, dass die Politiker keine repräsentative Teilmenge der Gesamtheit aller Bürger darstellen, spezifisch sozialisiert sind und „in einer eigenen Welt leben“.

Nachdem sich das Parlament im Laufe der Zeit von einer Versammlung der Repräsentanten des Volkes (Volksvertreter) zu einer Arena von Berufspolitikern verändert hat,¹⁹ kann man von einem Legitimationsmonopol der Politischen Klasse (Beyme 1993, S. 11 ff.) sprechen. Aufgrund der dominierenden Rolle der Parteien kann man parallel dazu auch ein demokratisches Legitimationsmonopol der Parteien konstatieren.

¹⁷ Ein resistentes Monopol ist ein solches, das auch durch Außenseiter (Newcomer-Markteintritt) nicht ernsthaft gefährdet ist.

¹⁸ Das Konzept der Politischen Klasse ist in den letzten Jahren Gegenstand zahlreicher Analysen gewesen. Vgl. hierzu ausführlicher Leif/Legrand/Klein (1992); Beyme (1993); Golsch (1998, S. 15 ff.); Borchert (2003); Borchert/Golsch (1995); v. Blumenthal (2001); Herzog (1991); v. Arnim (1999); v. Arnim (2001); v. Beyme (2001); Kloepfer (2001); Wiesendahl (2001).

¹⁹ Das Begriffspaar „Volksvertreter“ und „Berufspolitiker“ muss nicht notwendigerweise einen Widerspruch beinhalten. Die Gegenüberstellung weist jedoch darauf hin, dass die Abgeordnetentätigkeit zunehmend zu einem Beruf geworden ist, der eigenen Karriereregeln folgt und spezifische Anreizstrukturen erzeugt, die sich von einer möglichst adäquaten Repräsentierung der Präferenzen der Bürger mehr oder minder weit entfernt haben.

Für unsere Zwecke ist vor allem die Tatsache bedeutsam, dass die Parteien bzw. die Politische Klasse damit ihren Einflussbereich auf viele Bereiche der Gesellschaft ausweiten können.

III. Dominanz der Parteien

Den Parteien kommt in einer parlamentarischen Demokratie eine zentrale Bedeutung zu.²⁰ Einerseits erfüllen sie wesentliche und unverzichtbare Funktionen für das politische System, insbesondere die „Markenartikelfunktion“²¹ gegenüber den Wählern und die „Rekrutierungsfunktion“ für politische Ämter (*Herzog* 1990; *Golsch* 1998). Andererseits ist ihre starke Dominanz aber auch ursächlich für viele Funktionsmängel. Von wesentlicher Bedeutung ist diesbezüglich die Funktion der Parteien als Karriere-Gatekeeper für alle politischen und zahlreiche andere staatliche Positionen.

Eine realistische Chance, ins Parlament gewählt zu werden und an den politischen Entscheidungen für die Gesellschaft mitzuwirken, besteht praktisch nur über die Parteien. Diese stellen die Wahlkreiskandidaten und die Landeslisten auf und entscheiden damit in großem Umfang bereits vor der Wahl über die personelle Zusammensetzung des Parlaments. Dazu trägt bei, dass sich die Abweichungen der tatsächlichen Wahlergebnisse von denen bei der Listenaufstellung erwarteten fast immer im einstelligen Prozentpunktbereich bewegen. Die großen Parteien kennen ihre „sicheren Wahlkreise“ und beugen denkbaren Überraschungen durch die Landeslisten vor. Einen Wahlkreis direkt zu gewinnen, ist für einen Nicht-Parteikandidaten allenfalls theoretisch möglich.

Innerhalb des Parlaments sind die Wirkungsmöglichkeiten (von der Sondersituation eines Patts regierungswilliger Parteiblöcke einmal abgesehen) stark davon abhängig, ob der Abgeordnete einer (großen) Fraktion angehört, was für eventuelle Nicht-Parteiabgeordnete unmöglich ist. Beides zusammen lässt die Anreize für nicht-parteigebundene Kandidaten, sich um einen Parlamentssitz zu bewerben, nahezu auf null sinken.

Grundsätzlich besteht für jeden Bürger die (theoretische) Möglichkeit, eine neue Partei zu gründen und sich bei den Wahlen um Parlamentssitze zu bewerben. Allerdings ist dies extrem aufwendig und erfordert die Überwindung von hohen Zugangshürden. Die offensichtlichste Barriere ist die 5 %-Klausel des Wahlrechts in Deutschland (und ähnlich in vielen anderen Ländern). Diese ist nicht nur unmit-

²⁰ Vgl. zu den Parteien und zur Parteienkritik *Lehmbruch* (1998); v. *Beyme* (1997); v. *Blumenthal* (2001, insb. S. 35 ff.); *von Alemann/Heinze/Schmidt* (1998); v. *Arnim* (1999); *Immerfall* (1998); *Rebenstorf* (1992); *Dettling* (2005); *Wiesendahl* (2005).

²¹ „Markenartikelfunktion“ bedeutet, dass die Parteien bestimmte politische Werthaltungen in einem Programm bündeln, das eine gewisse zeitliche Konstanz hat, und bestimmte Ziele längerfristig verfolgen und somit den (insbesondere weniger informationsfreudigen) Bürgern die Wahlentscheidung erleichtern.

telbar am Wahltag wirksam, sondern hat vor allem eine hohe Vorfeldwirkung mit Abschreckungseffekt für Kandidaten und Wähler, da die Stimmen bei Ergebnissen unterhalb von 5 % „vergeudet“ sind.

Diese Zugangsbarrieren haben im gegenwärtigen Regierungssystem einerseits eine stabilisierende Wirkung. Allerdings haben sie andererseits negative Wirkungen für die Partizipation, die Repräsentativität und die Rekrutierung zu politischen Ämtern. Vor allem jedoch sichern sie die Machtpositionen der etablierten Parteien und der gegenwärtigen Politischen Klasse.

Die Monopolposition der Parteien für die Rekrutierung der Politiker wirft natürlich Fragen bezüglich der parteiinternen Kandidatenauswahl auf. Nur ca. 2 bis 3 % der Bevölkerung sind Mitglied in einer Partei.²² Da von diesen die meisten inaktiv sind, entscheidet tatsächlich in jeder einzelnen Partei eine sehr kleine Gruppe von Funktionären und besonders aktiven Mitgliedern über die Kandidaten. Das heißt, die Basis derjenigen, die de facto die Mitglieder des Parlaments bestimmen, ist äußerst gering.

Diese Funktionäre sind zu einem erheblichen Teil entweder selbst Mitglied der politischen Klasse, streben danach, ihr zukünftig anzugehören, oder haben ihre aktive Zeit bereits hinter sich. Die Angehörigen der Politischen Klasse üben in ihren jeweiligen Parteien starken Einfluss aus. Man kann sagen, dass die quantitativ kleine aber sehr mächtige Politische Klasse sich (parteispezifisch differenziert) gewissermaßen selbst reproduziert (*Rebenstorff* 1992) und dass die „Macht der Parteien“ im Wesentlichen von einer dünnen Schicht von Funktionären ausgeübt wird.

Für die einzelnen Politiker wird ihre Karriere und ihre Zielerreichung (d. h. Macht, Einkommen, Versorgung, Möglichkeiten zur Umsetzung politischer Vorstellungen etc.) in erster Linie durch ihre eigene Partei bestimmt – und zwar deutlich stärker als durch die Wähler. Dies gilt unmittelbar für Positionen im Parlament und in der Regierung etc. Darüber hinaus gilt es aber auch für viele andere (teilweise einflussreiche und gutbezahlte) Ämter in staatlichen Institutionen sowie in vielen sonstigen Bereichen, in denen der Staat Einfluss ausüben und Positionen in Vorständen und Aufsichtsräten etc. besetzen kann.

Die dominierende Rolle der Parteien als Gatekeeper für staatliche Ämter und viele andere Positionen in der Gesellschaft erzeugt hohe Disziplinierungswirkungen für das Verhalten der Politiker, und zwar sowohl bei Abstimmungen als auch in anderen Zusammenhängen. Es bewirkt eine Identifikation mit dem jeweiligen „Parteiinteresse“ – und zwar auch unabhängig von einer inhaltlich-weltanschaulichen Affinität oder einer spezifischen Meinung im Einzelfall. Deshalb haben in aller Regel insbesondere die Abgeordneten der Regierungsparteien starke Anreize, entsprechend der Regierungsvorlage abzustimmen (faktischer Fraktionszwang).

²² Auch diese Parteimitglieder bilden keineswegs eine auch nur annähernd „repräsentative Stichprobe“ der Gesamtbevölkerung, sondern weichen bezüglich zahlreicher soziografischer Merkmale davon ab, z. B. Beruf, Alter etc.

Ihre jeweilige Partei stellt für die einzelnen Politiker eine Interessengemeinschaft dar, in die sie durch Engagement und parteikonformes Verhalten „einzahlen“ und dafür später durch Positionen in politischen, anderen staatlichen und sonstigen Bereichen der Gesellschaft „belohnt“ werden, die Einkommen, Versorgung, Macht, Selbstverwirklichung etc. mit sich bringen.

IV. Rekrutierung von Politikern

Die Rekrutierung von Politikern erfolgt also fast ausschließlich über die Parteien (vgl. *Golsch* 1998; *Borchert* 2003). Die Positionen als Abgeordnete sind nicht selten die „Belohnung“ für langjährige Parteiarbeit, Engagement und Konformität.

Die Entscheidung für die Übernahme von Parteipositionen erfolgt insbesondere dann, wenn die betreffenden Personen individuell die politische Karriereperspektive (und damit zusammenhängende Ziele wie Selbstverwirklichung, Macht, Einkommen, Versorgung etc.) aussichtsreicher einschätzen als die Zielerreichung in ihrer „bürgerlichen Existenz“, d. h. in ihrem eigentlichen Beruf, sofern dieser nicht ohnehin im Bereich von Politik, Interessengruppen, Verbänden, Verwaltung etc. angesiedelt ist.

Die politischen Rekrutierungsverfahren bringen es mit sich, dass in der Regel eine relativ frühzeitige Festlegung auf den „Beruf des Politikers“ erforderlich ist (*Golsch* 1998, S. 128 ff.). Je später diese erfolgt, desto geringer sind die Karriere-Chancen. Die personellen Netzwerke und Seilschaften, die für politische Karrieren und Einfluss erforderlich sind, kann man vor allem dann aufbauen, wenn man möglichst schon der Jugendorganisation der Partei aktiv angehört hat. Man muss sich in der Regel recht früh zwischen einer politischen Karriere oder einer Karriere in einem anderen Berufsfeld oder auf einem spezifischen Fachgebiet entscheiden (vgl. *Bürklin/Rebenstorf* 1997). Auf diese Weise werden nahezu alle Politiker über lange Zeit im spezifisch politischen Kontext sozialisiert. Sie werden somit nicht nur Mitglied der Interessengemeinschaft der Partei, sondern in vielfältiger Weise auch zu einem Teil der Politischen Klasse.

Die Politiker erwarten eine Absicherung durch andere Ämter nach der primären Politik-Karriere. Dies erfolgt in der Regel durch den Einfluss der eigenen Partei. Eine solche Absicherungsperspektive hat einerseits eine positive Anreizwirkung für bestimmte Parteimitglieder, öffentliche Ämter zu übernehmen. Sie hat andererseits aber auch eine negative Ausschlusswirkung gegenüber vielen anderen Bürgern, die nicht in einer Partei aktiv sind, z. B. weil ihnen keine einzelne Partei hinreichend (d. h. bezüglich aller wichtigen Politikfelder) zusagt, sie in anderen Berufen erfolgreich Karrieren machen, die ihnen nicht genügend Zeit lassen, oder weil für sie das lange Hochdienen in einer Partei unattraktiv ist.²³ Dies gilt ins-

²³ Hinzu kommen generelle Akzeptanzprobleme der etablierten Parteien und Politiker, die ein Engagement der Bürger erschweren. Es ist sicher nicht repräsentativ, aber dennoch ver-

besondere für Personen mit erfolgreichen Karrieren in anderen Lebensbereichen bzw. für solche mit spezifischen fachlichen Erfahrungen. Es führt zu einer verengten und problematischen Selektion und ist somit nachteilig für die Besetzung von politischen Ämtern.

Die Parteikarrieren der meisten Politiker beziehen sich auf die „allgemeine Politik“, d. h. sie sind nicht fachspezifisch, wie das in nahezu allen anderen Lebensbereichen für wichtige und verantwortliche Positionen der Fall wäre. Politiker müssen praktisch bei allen relevanten Politikthemen hinreichend artikulationsfähig sein und haben vielfältige Repräsentationspflichten und Networking-Aufgaben. Spezifische Fachkompetenz ist nicht irrelevant, aber eher nachrangig.²⁴

Mit zunehmendem Lebensalter, zunehmender Fachkompetenz und Erfahrung und mit zunehmendem Erfolg (und entsprechender Selbstverwirklichung, Macht, Einkommen, Versorgung etc.) im eigentlichen Beruf sinken die Anreize für einen Bürger, „in die Politik zu gehen“ und für das Parlament zu kandidieren. Das heißt, die Chancen, dass die Gesellschaft für das Parlament Personen gewinnen kann, die auf ihrem Gebiet erfolgreich sind und sich außerhalb der Politik qualifiziert und Erfahrungen gesammelt haben, sind damit sehr begrenzt. Dies steht ebenfalls im Zusammenhang damit, dass der Typus des „zeitlich begrenzten Volksvertreters“ vom Typus des lebenslangen Berufspolitikers verdrängt worden ist. Damit werden nicht nur andere Bürger vom Zugang zu politischen Ämtern quasi ausgeschlossen, sondern den politischen Institutionen auch wertvolle Fachkompetenzen vorenthalten.

Sowohl die Opportunitätskosten einer politischen Tätigkeit als auch die Risiken sind nach Einkommens- und Berufsgruppen stark unterschiedlich. Zum Beispiel sind sie für einen Unternehmer hoch und für ein Mitglied des öffentlichen Dienstes (wegen der Rückkehrgarantie und der materiellen Absicherung) gering. Auch insofern ist es nicht erstaunlich, dass einzelne Berufe (z. B. aus dem öffentlichen Dienst, Lehrer, Verbandsfunktionäre etc.) deutlich überrepräsentiert und andere (z. B. Unternehmer, Manager, Naturwissenschaftler, Ingenieure etc.) unterrepräsentiert sind (vgl. *Golsch* 1998, S. 125 ff.; *von Beyme* 1993).

mutlich typisch für viele Meinungen über Politiker: Nach einer Umfrage des Nürnberger Marktforschungsinstituts GfK über das Ansehen verschiedener Berufsgruppen in der Bevölkerung (*Nachrichtenmagazin Focus* 23. 08. 2006) haben von neun größeren Berufsgruppen die Politiker mit Abstand das geringste Ansehen.

²⁴ Ausnahmen hiervon bilden häufig Verbandsfunktionäre, die zur Vertretung der Verbandsinteressen ins Parlament gegangen sind. Diese verfügen typischerweise über feldspezifische Fachkompetenz (und außerdem über alternative Karriereperspektiven), die sie an einschlägiger Stelle zur Geltung bringen können. Vgl. *Golsch* (1998, S. 133 ff.).

D. Weitreichende Macht der Parteien

I. Parteien-Einfluss auf die Fachinstitutionen

Wie in Abschnitt B. ausgeführt, unterscheiden sich die Fachinstitutionen vom Politik-Kern vor allem dadurch, dass ihre Aufgaben, Ziele, Kriterien und Kompetenzen a priori gesetzlich definiert sind (Felder E und K in Abbildung 2). Sie handeln dementsprechend auf der Grundlage von Gesetzen, die vom Parlament beschlossen worden sind. Sie haben keine normative Autonomie, die einer eigenständigen demokratischen Legitimation bedürfte. Zu ihren Aufgaben gehören keine politischen Gestaltungsaufgaben, sondern die konkrete fachliche Umsetzung von Gesetzen und deren sachgerechte Interpretation.

Fachinstitutionen sind in der Regel problemfeldspezifisch organisiert und fachlich kompetent. Ihre Angehörigen werden typischerweise nach fachspezifischen Kompetenzerfordernissen rekrutiert und ausgebildet. Deren Karrieren hängen von ihrer Leistung ab, d. h. sie verfügen grundsätzlich über zielkompatible Anreizstrukturen, die im Gegensatz zu denen der Politiker vergleichsweise längerfristig orientiert sind. Dies folgt aus internen und/oder externen Peer-group-Prozessen im Kontext fachlicher Spezialisierung.

Jede Fachinstitution bedarf eines Vorstandes, der die Institution leitet und gegenüber der Gesellschaft die Verantwortung trägt, d. h. für zieladäquates und effizientes Funktionieren etc. sorgt. Auch wenn Fachinstitutionen im Normalfall „aus sich heraus“ funktionieren, ist es erforderlich, dass der Vorstand einem Delegationsverfahren unterliegt, durch das er ausgewählt, eingesetzt, kontrolliert und gegebenenfalls abberufen wird.

In einer Demokratie wird „die Gesellschaft“ durch Institutionen vertreten, die eine direkte oder indirekte demokratische Legitimation haben. Unter den gegenwärtigen Bedingungen (d. h. des Legitimationsmonopols des Politik-Kerns) erfolgt die Einsetzung des Vorstandes in aller Regel durch Parteipolitiker bzw. durch ein politisches Gremium mit einer spezifischen Parteienmehrheit. Die Begründung dafür ist wiederum ihr Legitimationsmonopol. Da nur sie über eine demokratische Legitimation verfügen, haben die Akteure des Politik-Kerns (bzw. der Mehrheitspartei) die Macht, solche Entscheidungen zu treffen und entsprechende Geschäftsordnungen etc. zu beschließen.

Es ist die Aufgabe dieser Delegationsprozesse, die best-geeigneten Personen für den Vorstand auszuwählen, sodass die Fachinstitution adäquat arbeitet und gute Ergebnisse erbringt. Daran werden die Politiker meistens auch ein generelles Interesse haben. Darüber hinaus gibt es jedoch spezifische Motive der Politiker bzw. der Parteien, bei der Delegation eigene Interessen zu verfolgen. Die Delegationsrechte werden nicht selten genutzt, um (a) bestimmte inhaltliche Richtungen durch genehme Personen zu fördern und/oder um (b) Versorgungs- und Belohnungsstellen für Parteigänger zu erhalten bzw. (c) um generell die Machtbasis zu vergrößern (von Beyme 1993, S. 58).

(a) Die Vorstandsberufung eigener Parteifreunde oder anderer Personen, die sich einschlägig profiliert haben, bietet für die Partei eine relativ gute Gewähr, dass die Fachinstitution im politisch erwünschten Sinne agiert. Dies gilt vor allem dann, wenn die betreffenden Personen sich auch zukünftig eine Parteiprotektion für ihre Karriere erhoffen bzw. davon abhängen.

Der Einfluss beschränkt sich jedoch nicht auf Personen mit Parteiticket, sondern gilt auch für andere Führungskräfte. Wenn der Vorstand antizipiert, dass er bei „politisch nicht genehmen Entscheidungen“ abberufen oder nicht erneut bestellt wird, hat dies häufig entsprechende Vorfeldwirkungen. Dies erzeugt kurzfristige opportunistische Anreize für die Mitglieder solcher Institutionen. Auch dadurch wird der inhaltliche Einfluss der jeweiligen Parteien über den Politik-Kern hinaus auf die Fachinstitutionen ausgedehnt. Je stärker die Berufung nach parteipolitischen Opportunitäten erfolgt, desto mehr tritt das Kriterium der fachlichen Kompetenz zurück. Dies wird nicht ohne negative Auswirkungen auf die Qualität der Arbeit der Fachinstitution bleiben.

(b) Bei vielen Fachinstitutionen, in denen der Staat Einfluss ausübt (z. B. Unternehmen mit staatlicher Beteiligung, staatliche und staatsnahe Institutionen, wie Behörden, Rundfunkanstalten, Lottogesellschaften etc.) sind Vorstands- bzw. Aufsichtsratssitze etc. vorhanden, die häufig von Mitgliedern der Politischen Klasse besetzt werden. Derartige Positionen sind oft mit attraktiven Entlohnungen, Parallel- oder Anschlusskarrieren und sonstigen Vorteilen, Kontakten und Chancen verbunden.

Die Aussicht auf attraktive Positionen dieser Art, die indirekt über die eigene Partei vergeben werden, erhöht die Bereitschaft, sich für die Partei zu engagieren und sich im politischen Prozess erwartungskonform zu verhalten. Das heißt, die Karriere-Gatekeeper-Positionen der einzelnen Parteien vergrößern ihre Macht. Hinzu kommt, dass einige Parteien von ihren Mandatsträgern in staatlichen und sonstigen Positionen einen Beitrag für die Parteikasse fordern, und somit die parteipolitische Besetzung ein Mittel zusätzlicher Parteienfinanzierung ist. Auch hier gilt, dass die Relevanz der Parteizugehörigkeit als Kriterium der Personalauswahl für eine staatliche Institution tendenziell zu Lasten der Fachkompetenz geht.

(c) Je größer der Parteeinfluss (einzeln und generell) auf und in Fachinstitutionen ist, desto größer ist ihre Macht in der Gesellschaft insgesamt, was gelegentlich in anderen Zusammenhängen machtpolitisch genutzt werden kann. Dies hat disziplinierende Wirkungen auf andere Akteure in der Gesellschaft, erhöht die Kooperationsbereitschaft – und gegebenenfalls auch das Spendenaufkommen.

Die Zielrichtung der Argumentation dieses Papiers geht nicht dahin, die Fachinstitutionen als „unabhängige Experten-Organisationen“ von einer demokratischen Kontrolle zu befreien (Expertokratie). Stattdessen sollten die Fachinstitutionen von einer demokratisch legitimierten Institution delegiert werden, die ihrerseits von den Parteien und der Politischen Klasse unabhängig ist (vgl. Abschnitt E.III.).

II. Delegation der Judikative

Die Trennung der Judikative von der Legislativen und der Exekutiven gehört zu den klassischen Postulaten der Gewaltenteilung. Die inhaltliche Unabhängigkeit der Judikative (d. h. von Gerichten verschiedener Fachrichtungen und insbesondere des Bundesverfassungsgerichts) soll hier keineswegs infrage gestellt werden.

Das Bundesverfassungsgericht und andere höchstinstanzliche Gerichte fällen gelegentlich Urteile mit großer politischer Wirkung, indem sie Entscheidungen des Parlaments und anderer demokratischer Institutionen überprüfen und gegebenenfalls für nichtig erklären bzw. Auflagen und Fristen für den Gesetzgeber formulieren.

Unter diesen Bedingungen wäre es dringend erforderlich, dass die Ernennung von Verfassungsrichtern (und anderen Richtern) unabhängig von den Institutionen des Politik-Kerns erfolgt, die sie kontrollieren sollen. In der Praxis ist dies jedoch nicht der Fall. Die Parteien haben bei der Berufung von Verfassungsrichtern einen dominierenden Einfluss. Sie sind sich der politischen Bedeutung dieser Positionen sehr wohl bewusst und agieren entsprechend. Das heißt, viele Berufungen sind Gegenstand parteipolitischen Handels. In der Vergangenheit sind sogar aktive Parteipolitiker zu Mitgliedern des Bundesverfassungsgerichtes berufen worden.

Diese Praxis beruht ebenfalls auf dem Legitimationsmonopol, d. h. auf dem Fehlen einer alternativen Institution mit demokratischer Legitimation, die die Ernennung der Verfassungsrichter (und anderer Richter) unabhängig von den Parteien durchführen könnte. Im Ergebnis ist dies ein gravierender Verstoß gegen die Gewaltenteilung. Die Parteien weiten mittels ihrer Delegationsrechte der Ernennung ihre Macht also tendenziell sogar auf judikative Entscheidungen aus.

III. Demokratische Regeln, Unabhängigkeit und Kompetenz-Kompetenz

Mit den diskutierten Sachverhalten ist die Frage des Ausmaßes der „Unabhängigkeit“ von staatlichen Institutionen und deren Wirkungen angesprochen.²⁵ Wer hat die diesbezügliche Regelungshoheit (Kompetenz-Kompetenz)? Die Unabhängigkeit einer Fachinstitution hängt von zwei Kriterien ab, nämlich erstens von den Primärentscheidungsrechten, die andere Institutionen in ihrem Kompetenzbereich (Problemfeld) haben, und zweitens von der Ausgestaltung der Delegation.²⁶

²⁵ Einzelne wichtige Institutionen sind nach der Gründung der Bundesrepublik vergleichsweise unabhängig konzipiert worden (insbesondere, was die Abwesenheit von politischen Primärentscheidungsrechten in ihrem Bereich betrifft). Hierzu gehören z. B. die Deutsche Bundesbank und das Bundeskartellamt. Es ist sicher kein Zufall, dass sich solche vergleichsweise unabhängigen Institutionen national und international besonders großes Renommee erworben haben. Die genannten Beispiele unterstützen die These, dass zwischen der funktionalen Qualität einer Institution und ihrer Unabhängigkeit vom Politik-Kern ein inhaltlicher Zusammenhang besteht.

Die Rolle und die Unabhängigkeit von staatlichen Institutionen ist grundsätzlich eine Gestaltungsvariable des Politik-Kerns, d. h. die Politiker verfügen über die Kompetenz-Kompetenz. Sie haben nicht nur die Möglichkeit, über die Ausübung der Delegation im Einzelfall zu entscheiden, sondern auch darüber, wie umfangreich solche Rechte sind, indem sie selbst die Gesetze machen, die dies definieren.²⁷

Die politische Kompetenz-Kompetenz zeigt sich z. B. auch bei den Kontroll- und den Beratungsinstitutionen. Nur sehr wenige Institutionen außerhalb der Judikative haben echte Kontrollfunktionen gegenüber den politischen Akteuren. Hierzu gehört z. B. der Bundesrechnungshof. Doch auch dessen Mitglieder werden typischerweise von der Regierung bzw. den (Mehrheits)fraktionen des Parlaments ernannt. Damit setzen die zu kontrollierenden Politiker ihre eigenen Kontrolleure ein und gegebenenfalls auch wieder ab.

Noch bemerkenswerter ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass es nur so wenige Kontrollinstitutionen gibt. Außerdem haben sie nur geringe formale Kompetenzen und nahezu keinerlei faktische Wirkungen. Insofern bleiben auch deren Erkenntnisse nahezu folgenlos für die politischen Akteure. Bei der Gestaltung solcher Kontrollinstitutionen und ihrer Ausstattung mit formalen Kompetenzen liegt es natürlich im Interesse der Politiker, sich ihre Macht nicht durch unabhängige und effektive Kontrolleure einschränken zu lassen.

Zur Nutzung unabhängiger Fachkompetenz sind auf staatlicher Ebene eigene Beratungsinstitutionen eingerichtet worden (*Theurl* 2004). Hierzu gehören z. B. der Sachverständigenrat (*Papenfuß/Thomas* 2007), der Sachverständigenrat im Gesundheitswesen, der Ethikrat, die Monopolkommission und einige andere. Hinzu kommen (wenngleich bezüglich der Besetzungen nur mit Einschränkungen dazuzuzählen) Experten-Kommissionen zu einzelnen Themen. Deren Mitglieder werden typischerweise von Politikern ernannt, häufig auch unter Proporzgesichtspunkten und zur Beteiligung von Verbänden. Durch diese Art der Delegation besteht wiederum ein erheblicher Einfluss des Politik-Kerns auf die Arbeit der Beratungsinstitutionen.

Einige von diesen verhalten sich dennoch autonom in ihren fachlichen Empfehlungen. Dafür gibt es im Wesentlichen zwei Gründe. Erstens haben deren Mitglieder typischerweise ihre Karriereperspektiven und ihre Peer-Gruppe außerhalb der

²⁶ Wenn zum Beispiel inhaltliche Entscheidungen einer Fachinstitution von den Parteipolitikern des Politik-Kerns aufgehoben oder gleich von diesen (anstelle) getroffen werden können, ist die Unabhängigkeit einer solchen Institution gering. Ebenso führt die formale Gestaltung und spezifische Praxis der Delegation unter anderem dann zu geringer Unabhängigkeit, wenn die Amtszeiten des Vorstandes kurz sind, Abberufungen aus inhaltlichen Gründen einer Fachentscheidung möglich sind die Mitglieder noch Karrieren im staatlichen Bereich anstreben etc.

²⁷ Das Gleiche gilt im Grundsatz auch für eventuelle Primärentscheidungsrechte des Politik-Kerns im Kompetenzbereich von Fachinstitutionen. Solche Primärentscheidungen des Politik-Kerns sind grundsätzlich nicht nur nicht erforderlich, sondern in der konkreten Praxis in der Regel nachteilig, da damit deren fachliche Qualität tendenziell reduziert wird.

Politik. Das heißt, sie sind nicht primär auf das Wohlwollen bestimmter Politiker angewiesen und orientieren sich bei ihrer inhaltlichen Tätigkeit und Beratung vor allem an der Erlangung und Erhaltung von Reputation bei ihren Fachkollegen und in der Fachöffentlichkeit. Zweitens sind die Beratungsinstitutionen politisch weitgehend irrelevant. Polemisch formuliert: Die Politische Klasse betrachtet sie im Zweifel eher in der Funktion von „Hofnarren“. Selbst dauerhaft renitente Beratungsinstitutionen (wie der Sachverständigenrat) können von den Politikern leicht toleriert werden, da sie sie inhaltlich nach gusto ignorieren können.²⁸ Beratungsinstitutionen haben trotz ihrer hohen spezifischen Fachkompetenz und fachlichen Vernetzung nur einen geringen Einfluss auf die politischen Entscheidungen. Ihre Aussagen werden selektiv zitiert, wenn dies für den jeweiligen Politiker opportun ist, und ignoriert, wenn das nicht der Fall ist.

Ein wesentlicher Grund liegt in der Tatsache, dass sie wegen fehlender demokratischer Legitimation keinerlei (d. h. in der Regel nicht einmal argumentative) Einflussrechte haben, und die Politiker (und damit die Medien) ihnen deshalb auch nicht ernsthaft zuhören und sich nicht einer echten inhaltlichen Diskussion stellen müssen. Durch die mangelhafte institutionelle Anbindung verlieren derartige Beratungsinstitutionen einen wesentlichen Teil des Wertes für die Beratung von Parlament, Regierung, anderen staatlichen Institutionen und der Öffentlichkeit, den sie bei „relevanter Installation“ haben könnten (und sollten).

Die Macht der Politischen Klasse gilt auch für die politischen Spielregeln, die die demokratischen Prozesse bestimmen. Diese sind in einschlägigen Verfassungsartikeln, dem Wahlrecht und einigen Gesetzen und Geschäftsordnungen kodifiziert. Dieser rechtliche Rahmen wird im Wesentlichen von den gleichen Politikern bestimmt, die in ihm agieren. Das heißt, sie haben (wenngleich mit unterschiedlich langen Fristen und Zeithorizonten) grundsätzlich selbst die Kompetenz-Kompetenz und machen sich ihre eigenen Spielregeln.²⁹ Dies betrifft erstens die Kompetenz- und Verfahrensregeln zwischen den Parteien und den von ihnen repräsentierten Institutionen innerhalb und außerhalb des Politik-Kerns. Dazu gehört z. B. das Wahlrecht, das gegenüber Außenseitern zur Absicherung der eigenen Machtposition genutzt werden kann. Es betrifft zweitens auch die Kompetenzen der Politischen Klasse gegenüber dem Rest der Gesellschaft und damit die Macht der Parteien. Der einzige ersichtliche Grund für die fehlende Trennung zwischen „Spielern und Regelsetzern“ ist das Monopol für demokratische Legitimation.

²⁸ Da sich die jeweilige Regierung ohne inhaltliche Diskussion über die „Ratschläge“ von Fachkompetenz-Beratungsinstitutionen hinwegsetzen können, kann man es sich auch leisten, „andere Meinungen“ zu berufen (Alibi-Funktion).

²⁹ Außerdem entscheiden sie über ihre eigene Bezahlung und Ressourcenausstattung; vgl. v. Arnim (1999).

E. Senat als zweite Kammer

I. Reformperspektive: Dezentralisierung der demokratischen Legitimation und der politischen und staatlichen Macht

Als Kernproblem wurde in den vorangegangenen Abschnitten das Monopol für formale demokratische Legitimation identifiziert, das die Ursache für die übergroße Macht der Parteien und für eine ganze Reihe von Mängeln und Fehlentwicklungen darstellt. Deshalb ist (im Sinne eines konstruktiven Reformvorschlages) die naheliegende Folgerung die Dezentralisierung der demokratischen Legitimation. Dies bedeutet (im Minimum) die Existenz zweier entscheidungsrelevanter demokratischer Institutionen, die jeweils über eine eigene (d. h. nicht voneinander abhängige) direkte demokratische Legitimation durch Wahlen der Bürger verfügen. Das heißt, es sollte neben dem Parlament ein Senat als zweite Kammer installiert werden, der vom Politik-Kern unabhängig ist. Dies wird nachfolgend genauer beschrieben. Betrachten wir zunächst einige grundsätzliche Folgerungen und Postulate.

– Funktionen als Regelsetzer:

Das erste Postulat bezieht sich darauf, dass die Regeln nicht von den gleichen Akteuren gemacht werden sollten, die nach ihnen „spielen“, da diese eigene Interessen haben, die nicht notwendigerweise am längerfristigen Gemeinwohl orientiert sind. Stattdessen sollten die demokratischen Regeln (Wahlrecht, Kompetenzverteilung zwischen Institutionen, föderale Kompetenzen etc.) von einer Institution festgelegt werden, deren Mitglieder nicht den gleichen Interessenvereinigungen (Parteien) angehören wie die politischen Akteure, sondern die von ihrer Zusammensetzung und Interessenlage eher erwarten lassen, dass sie längerfristig funktionale Regeln entwerfen und institutionalisieren.

– Ausübung der Delegation:

Die verschiedenen Fachinstitutionen (und die Institutionen der Judikative) sind dadurch gekennzeichnet, dass sie erstens fachlich aus sich heraus funktionieren und zweitens ihre Zielfunktion, formale Kompetenzen etc. exogen durch Gesetze, Verfassung etc. vorgegeben sind. Die Ernennung, Kontrolle etc. sollte in einer Demokratie durch eine demokratisch legitimierte Institution erfolgen, um eine Tendenz zu einer Expertokratie zu vermeiden und der Fachinstitution eine indirekte demokratische Legitimation zu vermitteln.

Die eigentliche Aufgabe bei der konkreten Ausfüllung der Delegation besteht in der Auswahl des fachlich bestgeeigneten Spitzenpersonals, der laufenden Kontrolle der Gesetzeskonformität und der fachlich professionellen Performance sowie der diesbezüglichen Anreizsetzung und gegebenenfalls der Abberufung. Bei fachlich besonders stark spezialisierten Institutionen mit besonders spezifischem Know-how ist es erforderlich, dazu die Beratung der fachlichen Peergroup in Anspruch zu nehmen. Die Probleme einer Ausübung dieser Delegation durch

den Politik-Kern (und damit durch die Parteien) wurden oben skizziert. Die Delegation sollte von einer demokratisch legitimierten Institution wahrgenommen werden, die vom Politik-Kern unabhängig ist.

– Parteiunabhängige Rekrutierung:

Da die Rekrutierung für politische Ämter praktisch nur über die Parteien erfolgt, ergeben sich gravierende Defizite. Erstens ist die Rekrutierungsbasis der Parteien quantitativ sehr klein, was mit der geringen Attraktivität und Akzeptanz der Parteien und des parteipolitischen Geschäfts zu tun hat. Zweitens ist diese fachlich bezüglich des professionellen Backgrounds recht asymmetrisch. Drittens hat die Entwicklung zum Berufspolitikertum die Konsequenz, dass die Entscheidung zum Beruf des Politikers schon früh fällt, d. h. zu einem Zeitpunkt, in dem sie in ihrem erlernten oder studierten Beruf noch am Anfang stehen, d. h. noch wenig Erfahrung gesammelt haben und erst wenig Nachweise ihrer professionellen Qualität geliefert haben können.

Die Beherrschung des Rekrutierungs-Bottlenecks durch die Parteien und die Entwicklung zum Berufspolitikertum mit der Herausbildung einer Politischen Klasse hat die Konsequenz der Verringerung der politischen Partizipation und der Vergrößerung der Kluft zur Bevölkerung. Insgesamt schöpft die Gesellschaft bei der Rekrutierung von Entscheidungsträgern für außerordentlich wichtige und folgenreiche politische Entscheidungen nur aus einem sehr engen Personalpool, was nicht ohne Folgen für die fachliche Qualität der Gremien und der Entscheidungen bleiben kann. Die zweite Kammer sollte sich explizit nicht aus dem Personalpool der Politischen Klasse (d. h. der Parteien) sowie der Funktionäre von Verbänden rekrutieren. Die Funktionen sollten nicht hauptberuflich ausgefüllt werden und nicht auf Dauer angelegt sein.

Die im Folgenden beschriebene konstitutionelle Reformperspektive bewirkt eine Aufhebung des Legitimationsmonopols und stärkt die funktionelle Gewaltenteilung. Das Prinzip besteht in einer expliziten institutionellen Separierung der Delegationsprozesse des Politik-Kerns, der allgemein-politische, normative Prozesse und Aufgaben umfaßt, von den Fachinstitutionen, die diverse Aufgaben der Verwaltung, der fachlichen Entscheidung und Beratung etc. haben, sowie der Judikative.

Die zweite Kammer³⁰ wird im Folgenden als „Senat“ bezeichnet. Der Senat wird durch die Bürger gewählt und verfügt über eine eigenständige demokratische Legitimation neben dem Parlament, d. h. unabhängig vom Politik-Kern. Die Mitglieder des Senats sollen nicht der etablierten Politischen Klasse angehören, sondern sich davon möglichst vielfältig unterscheiden.

³⁰ Vgl. für eine international vergleichende Darstellung der „Zweiten Kammern“ *Ismayr* (2003). Vgl. für Deutschland *Lhotta* (2003); *Bräuningner/Ganghof* (2005). *F. A. von Hayek* (1969a; 1969b; 1981) hat ebenfalls einen Vorschlag für eine zweite Kammer gemacht. Seine Konzeption hat allerdings weniger Ähnlichkeit mit dem Senat, sondern entspricht eher der Unterscheidung von Parlament und Regierungskonvent. Vgl. dazu *Rupp* (1979), *Nienhaus* (1982) und *Kruse* (2008).

II. Institutionelle Struktur und Wahl des Senats

Der Senat unterscheidet sich institutionell deutlich vom Parlament:

- Der Senat umfasst nicht mehr als etwa 100 bis 150 Mitglieder.³¹
- Die Tätigkeit im Senat wird im Regelfall neben einem „normalen“ Beruf ausgeübt. Es handelt sich also nicht um die hauptberufliche Tätigkeit eines Berufspolitikers. Das Plenum des Senats tagt im Regelfall nur einige Tage im Jahr, sowie aufgrund besonderer Anlässe und Probleme.
- Der Senat delegiert gegebenenfalls spezifische Einzelaufgaben zur eigenen Entlastung oder zur Vorbereitung von Plenumsentscheidungen auf Senatsausschüsse. Zuarbeitstätigkeiten, Organisation der Entscheidungsvorbereitung und der Einbeziehung von externer Fachkompetenz etc. erledigt ein Senatsbüro mit hauptamtlichen (aber nicht auf Lebenszeit verbeamteten) Mitarbeitern.
- Die Senatoren erhalten eine sehr gute Entlohnung, die an hochqualifizierten Positionen in anderen Bereichen der Gesellschaft orientiert ist. Die Entlohnung hängt außerdem von Mitgliedschaften und Vorsitzen in Ausschüssen, sowie von der Sitzungspräsenz ab.
- Die Kandidaturen (passives Wahlrecht) werden an ein bestimmtes Mindestalter (z. B. 30 Jahre) und bestimmte Kriterien bezüglich der Qualifikation und der Erfahrung in gesellschaftlichen Zusammenhängen gebunden.³² Dies wird ex ante von einer Kommission geprüft, die vom Bundesverfassungsgericht (oder einer anderen geeigneten Institution) eingesetzt wird.
- Die Amtszeit der einzelnen Senatoren beträgt sechs Jahre. Die Wiederwahlmöglichkeit wird begrenzt (bzw. allenfalls nach einer Karenzzeit zugelassen), um eine Tendenz zu Berufssenatoren und stabilen Machtpositionen zu vermeiden.
- Der Senat wird revolvierend gewählt, d. h. es wird jeweils nur eine Teilmenge gewählt, sodass die Amtszeiten der einzelnen Senatoren überlappend sind.
- Aktive Parteipolitiker ab einer bestimmten Funktionsstufe, alle Mitglieder von Parlamenten und Regierungen sowie Verbandsfunktionäre sind (auch für eine bestimmte Zeitspanne danach) von der Kandidatur zum Senat ausgeschlossen.
- Der Vorsitzende des Senats ist der Bundespräsident, der direkt von den Bürgern gewählt wird.

³¹ Das Parlament sollte seinerseits auf etwa die Hälfte seiner bisherigen Größe verkleinert werden. Das heißt, durch die Schaffung eines Senats wird die Gesamtzahl der Abgeordneten beider Kammern insgesamt verringert.

³² Jede Vorauswahl der Kandidaten ist unter demokratischen Gesichtspunkten grundsätzlich problematisch. Es dient hier im Wesentlichen dazu, Personen, die als ungeeignet oder als nicht ernsthaft interessiert gelten können (aber möglicherweise durch das Fernsehen prominent sind), möglichst fernzuhalten. In dem Maße, wie andere Filter diese Aufgaben übernehmen, könnte auf eine solche Vorprüfung verzichtet werden.

III. Aufgaben des Senats

Die Hauptaufgaben des Senats können in drei Bereiche untergliedert werden, nämlich 1. Delegation in staatlichen Institutionen, 2. Kompetenzentscheidungen und 3. inhaltliche Regeln (vgl. Abbildung 3).

1. Delegation

Eine Hauptaufgabe des Senats besteht in der konkreten Ausübung der Delegation gegenüber den staatlichen Institutionen, die nicht zum Politik-Kern gehören, insbesondere bezüglich der Fachinstitutionen und der Judikative. Das heißt, der Senat soll die jeweiligen Vorstände auswählen und einsetzen, kontrollieren und gegebenenfalls abberufen, sowie für eine anreizkompatible Entlohnung sorgen. Dies betrifft insbesondere:

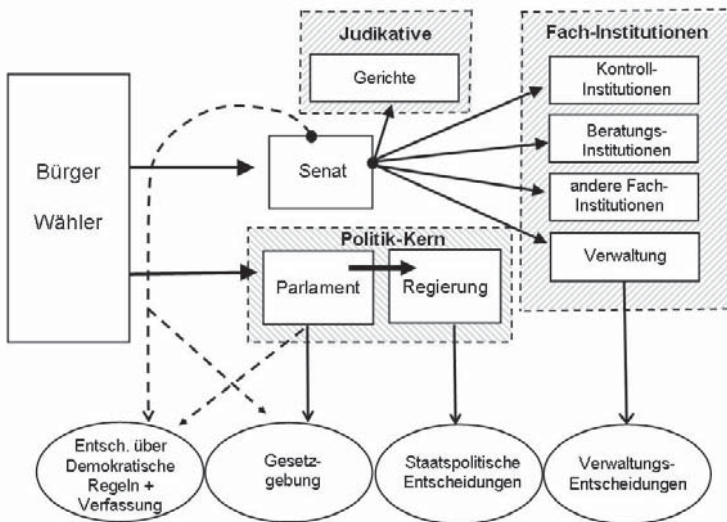


Abbildung 3: Demokratische Legitimation und Funktionen des Senats

- Fachliche Spitzenpositionen in relevanten staatlichen Institutionen, z. B. bei der Deutschen Bundesbank (bzw. Europäischen Zentralbank), dem Bundeskartellamt, den diversen Regulierungsbehörden etc.;
- sämtliche Vorstandspositionen in allen Verwaltungsorganisationen des Staates im weitesten Sinne;
- andere Institutionen jeglicher Art, in denen der Staat Leitungs- und/oder Aufsichtsratspositionen aufgrund seiner Eigenschaft als Anteilseigner oder auf an-

dere Weise zu besetzen hat (z. B. staatliche Unternehmen, Beiräte diverser Art, Rundfunkanstalten etc.);

- Vorstandspositionen in Kontroll- und Beratungsinstitutionen, insbesondere in Rechnungshöfen, Aufsichtsbehörden, Sachverständigenrat, Monopolkommission etc.

Die Fachinstitutionen sollten innerhalb ihres gesetzlichen Rahmens größtmögliche Unabhängigkeit erhalten.

Die Judikative hat eine Sonderstellung als dritte Gewalt. Ihre Kompetenzabgrenzung zu politisch-normativen Entscheidungen sollte möglichst klar definiert sein. Ihre inhaltliche Unabhängigkeit ist (wie bisher) unabdingbar. Allerdings müssen auch hier die wichtigen Positionen durch eine demokratische Institution eingesetzt werden. Der Senat entscheidet über die Ernennung von Verfassungsrichtern, von Mitgliedern in Richterwahlausschüssen, von leitenden Staatsanwälten (obwohl diese bisher zur Exekutive gehören) bzw. von Gremien, die einschlägige Aufsichtsfunktionen ausüben.

Der Senat beruft grundsätzlich alle Gremien, die andere Institutionen und deren Verfügungsrechte überwachen bzw. Schiedsfunktionen haben, insbesondere im Verhältnis zwischen dem Politik-Kern und den Fachinstitutionen. Er bildet für bestimmte Gruppen von Fachinstitutionen Besetzungs- bzw. Kontrollausschüsse mit revolvierender Mitgliedschaft,³³ die unter Zuhilfenahme externer Fachkompetenz über die Personen für die Institutions-Spitzenpositionen entscheiden und diese kontrollieren. Je nach dem Stellenwert der fraglichen Positionen treffen sie die Entscheidungen entweder selbst oder machen einen Vorschlag an das Senatsplenum.

Entscheidend ist, dass eine vom Politik-Kern und von den Parteien unabhängige Besetzung der Fachinstitutionen eine Ausweitung der Parteienmacht auf die Fachinstitutionen verhindert. Dies gilt sowohl für die Durchsetzung inhaltlicher Ziele und Interessen als auch für die Besetzung solcher Positionen als Eigenziel der Politiker.

Die Senatsmitglieder gehören (anders als Parlamentarier) keiner zeitstabilen politischen Interessengemeinschaft (wie Parteien) an. Bestehende Verbindungen zu Kandidaten für einzelne Positionen müssen einem Gremium vertraulich deklariert werden, das im Zweifel über eine Teilnahme entscheidet. Man kann in der Regel davon ausgehen, dass die Senatoren sachgerechte Personalentscheidungen treffen. Eventuelle Fehlentscheidungen könnten ihnen gegebenenfalls später zugerechnet werden.³⁴

³³ Eine revolvierende Mitgliedschaft bedeutet, dass die Amtszeiten der Mitglieder zu verschiedenen Zeitpunkten enden, sodass sich eine funktionale Kontinuität ergibt.

³⁴ Diesen Zusammenhang könnte man gegebenenfalls durch bestimmte Evaluierungsmaßnahmen auf der Basis aufgezeichneten Abstimmungsverhaltens (auch wenn die Abstimmungen gegenwärtig und für einige Zeit geheim sind) noch erhöhen.

2. Demokratische Regeln und formale Kompetenzen

Die zweite wesentliche Funktion des Senats ist die Entscheidung über die demokratischen Regeln, d. h. über die formalen Kompetenzen und Verfahrensweisen sowohl im politischen Bereich als auch darüber hinaus, insbesondere das Wahlrecht und die entsprechenden Verfassungsartikel. Zu den Senatsaufgaben gehört außerdem, bei eventuellen Kompetenzproblemen zwischen verschiedenen Institutionen zu entscheiden. Dazu gehören Konflikte zwischen dem Politik-Kern und den Fachinstitutionen sowie zwischen einzelnen Fachinstitutionen. Außerdem betrifft es Abgrenzungsprobleme zwischen den oben genannten staatlichen Entscheidungskategorien, insbesondere zwischen Gesetzgebung, staatspolitischen Entscheidungen und Verwaltungsentscheidungen.

Der Senat entscheidet bei föderalen Kompetenzproblemen zwischen Bundes-, Länder- und EU-Ebene und sichert damit die föderale Staatsordnung. Diesbezüglich nimmt er die Aufgaben wahr, die gegenwärtig dem Bundesrat obliegen. Durch die Einführung eines Senats wird der jetzige Bundesrat als zweite Kammer überflüssig.

3. Gesetzgebung und inhaltliche Regeln

Der Senat hat für bestimmte Gesetze die Funktion einer zweiten Kammer bei der Gesetzgebung. Er hat überwiegend zustimmende (oder blockierende) Funktionen in längerfristigen Angelegenheiten oder wenn die Interessen der Bundesländer tangiert sind. Der Senat hat keine normativen Gestaltungsaufgaben und keine entsprechenden Kompetenzen. Die Überprüfung staatspolitischer Entscheidungen gehört grundsätzlich nicht zum Kompetenzbereich des Senats.

Der Senat kann Gesetzesvorlagen des Parlaments nur auf der Basis bestimmter Kriterien zurückweisen bzw. verzögern, die an Nachhaltigkeit, fachlicher Rationalität und föderalen Prinzipien orientiert sind. Zur Beurteilung solcher Sachverhalte beauftragt er die einschlägigen Fachinstitutionen, z. B. Sachverständigenrat, Monopolkommission, spezielle Sachverständigengremien und -institute etc. (und gegebenenfalls andere externe Fachkompetenz) mit der Erstellung von Expertisen über die (längerfristigen) Auswirkungen von geplanten Gesetzen. Diese Expertisen werden in aller Regel publiziert, um die öffentliche Diskussion anzuregen und einzubeziehen. Mit der Veto-Möglichkeit des Senats gewinnt die institutionalisierte Fachkompetenz eine höhere Entscheidungsrelevanz, als das bisher der Fall ist. Auf diese Weise wird auch der Politik-Kern veranlasst, in höherem Maße interne und externe Expertisen relevant (d. h. ergebnisoffen) zu nutzen.

Eine weitere wesentliche Funktion ist die Formulierung von inhaltlichen Regeln.³⁵ Der Senat kann (in Kooperation mit dem Parlament) solche Regeln, über

³⁵ Zum Beispiel hat die Ökonomie im Laufe der Zeit eine ganze Reihe von wirtschaftspolitischen Best-Practice-Regeln entwickelt und mehr oder minder explizit formuliert, z. B. bezüglich Staatsverschuldung, Subventionen, Marktbarrieren, Preisregeln für staatliche

die breiter Konsens besteht, in Form von Gesetzen institutionalisieren. Dafür sind umfangreiche Konsultationen mit einschlägigen Fachinstitutionen und externer Fachkompetenz, längere Entscheidungsprozeduren und qualifizierte Mehrheitsanfordernisse vorzusehen.

Solche inhaltlichen Regeln sind in „normalen Zeiten“ für die Akteure des Politik-Kerns verbindlich. Damit der Staat auch in außergewöhnlichen Situationen handlungsfähig bleibt, sollten Abweichungen in solchen seltenen und besonderen Fällen nicht gänzlich ausgeschlossen sein. Über derartige Ausnahmen, die im Kontext der Regel spezifiziert sind, sollten jedoch nicht die Akteure des Politik-Kerns selbst befinden können. Deshalb entscheidet der Senat auf Antrag der Regierung oder des Parlaments, ob die einschlägigen Ausnahmetatbestände in hinreichender Weise vorliegen.

Die Funktion des Senats als zweiter Kammer für die Gesetzgebung wirft die Frage nach deren Wirkungen auf die Qualität der Politikentscheidungen auf. Einerseits bildet eine zweite Kammer einen zusätzlichen Filter der kritischen Reflektion, ob ein neues Gesetz vorteilhaft ist – oder z. B. nur auf Zufallsmehrheiten beruht oder kurzfristigen Moden folgt. Andererseits kann sie eventuell als Instrument der Blockade der Gesetzgebung genutzt werden (und damit notwendige Reformschritte verhindern), wie dies gelegentlich beim Bundesrat der Fall war.³⁶ Beim Bundesrat lagen die Probleme allerdings darin begründet, dass die gleichen Parteien in Bundestag und Bundesrat vertreten sind und sich primär entsprechend ihrer Parteiinteressen verhalten haben. Bei unterschiedlichen Mehrheiten in beiden Kammern eröffnet dies Blockadeoptionen aus machtpolitischen Gründen. Dies ist beim Senat nicht der Fall, da die Mitglieder nicht den Interessengemeinschaften der Parteien angehören und insofern auch nicht von diesen instrumentalisiert werden können.

F. Fazit

Der Kern der hier skizzierten Reformperspektive ist die Schaffung eines Senats als zweiter Kammer mit eigenständiger demokratischer Legitimation. Der Senat ist allerdings nicht nur eine zweite Kammer im üblichen Sinne, da die Mitglieder aus einer anderen Grundgesamtheit rekrutiert werden als diejenigen der Institutionen des Politik-Kerns. Das heißt, sie gehören nicht der Politischen Klasse der Parteien an.

Außerdem sind die demokratischen Funktionen klar zugeordnet. Die Domäne des Politik-Kerns sind die grundlegenden normativen Richtungs- und Gestaltungs-

Preise, Staatsbeteiligungen an Unternehmen, föderale Finanzverfassung etc., die im Sinne langfristig orientierter wirtschaftlicher Rationalität wirken (könnten). Einige solcher Regeln haben auch zögerlichen Eingang in verbindliche Normen auf nationaler und europäischer Ebene gefunden (z. B. EU-Stabilitätskriterien, Investitions-Verschuldungs-Quote etc.).

³⁶ Vgl. für eine abweichende Einschätzung *Lhotta* (2003), und generell für die zweite Kammer in Deutschland *Lehmbruch* (1998); *Helms* (2005, S. 153 ff.).

entscheidungen der Gesellschaft. Dies manifestiert sich in der Gesetzgebung des Parlaments und in der Wahrnehmung der staatspolitischen Aufgaben durch die Regierung.

Die Domäne des Senats sind dagegen alle regelsetzenden (incl. kompetenz-abgrenzenden) und insbesondere alle delegativen Funktionen gegenüber sämtlichen Institutionen des Staates, die nicht zum Politik-Kern gehören. Dies sind Fachinstitutionen (und solche der Judikative) mit Aufgaben und Zielen, die durch Verfassung und Gesetze definiert sind, in diesem Rahmen möglichst unabhängig arbeiten sollten und im Wesentlichen nur einer Delegation bedürfen, die für kompetente Vorstände sorgt und diese zielorientierten Anreizstrukturen unterwirft. Damit werden parteipolitische Einflüsse zurückgedrängt.

Literatur

- Alemann, U. von/Heinze, R./Schmidt, J.* (1998): Parteien im Modernisierungsprozess, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte*, Bd. 1 – 2/98, S. 29 – 36.
- Arnim, H. von* (1999): *Fetter Bauch regiert nicht gern*, München.
- Arnim, H. von* (Hg.) (2001): *Politische Klasse und Verfassung*, Berlin.
- Arzheimer, K.* (2002): *Politikverdrossenheit – Bedeutung, Verwendung und empirische Relevanz eines politikwissenschaftlichen Begriffs*, Wiesbaden.
- Beyme, K. von* (1993): *Die politische Klasse im Parteienstaat*, Frankfurt am Main.
- Beyme, K. von* (1997): Funktionenwandel der Parteien in der Entwicklung von der Massenmitgliederpartei zur Partei der Berufspolitiker, in: *O. W. Gabriel/O. Niedermayer/R. Stöss* (Hg.), *Parteiendemokratie in Deutschland*, Opladen, S. 359 – 383.
- Beyme, K. von* (2001): Politische Klasse, Parteienstaat und Korruption, in: *H. von Arnim* (Hg.), *Politische Klasse und Verfassung*, Berlin, S. 37 – 49.
- Blumenthal, J. von* (2001): *Amtsträger in der Parteiendemokratie*, Wiesbaden.
- Borchert, J.* (2003): *Die Professionalisierung der Politik: Zur Notwendigkeit eines Ärgernisses*, Frankfurt am Main u. a.
- Borchert, J./Golsch, L.* (1995): Die politische Klasse in westlichen Demokratien. Rekrutierung, Karriereinteressen und institutioneller Wandel, in: *Politische Vierteljahresschrift*, 36. Jg., Heft 4, S. 609 – 629.
- Bräuninger, T./Ganghof, S.* (2005): Parteienwettbewerb im Zweikammersystem, in: *S. Ganghof/P. Manow* (Hg.), *Mechanismen der Politik. Strategische Interaktion im deutschen Regierungssystem*, Frankfurt am Main, S. 149 – 181.
- Bürklin, W./Rebenstorf, H. u. a.* (1997): *Eliten in Deutschland. Rekrutierung und Integration*, Opladen.
- Dettling, D.* (2005): Einleitung, in: *D. Dettling* (Hg.), *Parteien in der Bürgergesellschaft. Perspektiven für eine Politik des Vertrauens*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, S. 10 – 19.

- Erlei, M./Leschke, M./Sauerland, D.* (2007): Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Stuttgart.
- Golsch, L.* (1998): Die politische Klasse im Parlament. Politische Professionalisierung von Hinterbänkclern im deutschen Bundestag, Baden-Baden.
- Hayek, F. A. von* (1969a): Recht, Gesetz und Wirtschaftsfreiheit, in: F. A. von Hayek (Hg.), Freiburger Studien, Tübingen, S. 47–55.
- Hayek, F. A. von* (1969b): Die Anschauungen der Mehrheit und die zeitgenössische Demokratie, in: F. A. von Hayek (Hg.), Freiburger Studien, Tübingen, S. 55–74.
- Hayek, F. A. von* (1981): Recht, Gesetzgebung und Freiheit, Bd. 3: Die Verfassung einer Gesellschaft freier Menschen, Landsberg.
- Helms, L.* (2005): Regierungsorganisation und politische Führung in Deutschland, Grundwissen Politik, Bd. 38, Wiesbaden.
- Herzog, D.* (1990): Der moderne Berufspolitiker. Karrierebedingungen und Funktion in westlichen Demokratien, in: Der Bürger im Staat, 40. Jg., S. 9–16.
- Herzog, D.* (1991): Brauchen wir eine politische Klasse?, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament B50, S. 3–13.
- Immerfall, S.* (1998): Strukturwandel und Strukturschwächen der deutschen Mitgliederverparteien, in: Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament B1–2, S. 3–12.
- Ismayr, W.* (2003): Die politischen Systeme Westeuropas im Vergleich, in: W. Ismayr (Hg.), Die politischen Systeme Westeuropas, 3. Aufl., Opladen, S. 9–54.
- Klages, W.* (2001): Republik in guten Händen? – Leistungsschwächen des politischen Personals in Deutschland, Würzburg/Boston.
- Kloepfer, M.* (2001): Politische Klasse und Ämterpatronage, in: H. von Arnim (Hg.), Politische Klasse und Verfassung, Berlin, S. 107–121.
- Kruse, J.* (1989): Das ideal-repräsentative und das dialektische Prinzip der kollektiven Delegation, in: Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie, 8. Jg., S. 243–258.
- Kruse, J.* (1996): Demokratiedefizite und Funktionsmängel in der Politik. Ein Essay über Strukturprobleme der repräsentativen Demokratie und Vorschläge für konstitutionelle Reformen, in: J. Kruse/O. G. Mayer (Hg.), Aktuelle Probleme der Wettbewerbs- und Wirtschaftspolitik, Erhard Kantzenbach zum 65. Geburtstag, Baden-Baden, S. 9–41.
- Kruse, J.* (1998): Verfassungspolitische Postulate für die Europäische Union, in: W. Zohlnhöfer (Hg.), Perspektiven der Osterweiterung und Reformbedarf der Europäischen Union, Schriften des Vereins für Socialpolitik, NF, Bd. 255, Berlin, S. 93–120.
- Kruse, J.* (2008): Das Monopol für demokratische Legitimation und seine Überwindung. Zur konstitutionellen Reform der staatlichen Strukturen, erscheint in: K. W. Zimmermann/S. Beyer (Hg.), Die Ordnung von Reformen und die Reform von Ordnungen: Facetten politischer Ökonomie, Marburg, S. 204–279.
- Lehmbruch, G.* (1998): Parteienwettbewerb im Bundesstaat. Regelsysteme und Spannungslagen im Institutionengefüge der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Opladen.
- Leif, T./Legrand, H. J./Klein, A.* (1992): Die politische Klasse in Deutschland. Eliten auf dem Prüfstand, Bonn/Berlin.

- Lhotta, R.* (2003): Zwischen Kontrolle und Mitregierung. Der Bundesrat als Oppositionskammer? in: *Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament* B43, S. 16–22.
- Nienhaus, V.* (1982): Persönliche Freiheit und moderne Demokratie. F. A. von Hayek's Demokratiekritik und sein Reformvorschlag eines Zweikammersystems, Tübingen.
- Papenfuss, U./Thomas, T.* (2007): Eine Lanze für den Sachverständigenrat? Plädoyer für eine differenziertere Analyse wirtschaftswissenschaftlicher Beratungsinstitutionen, in: *Perspektiven der Wirtschaftspolitik*, 8. Jg. (4), S. 335–358.
- Rebenstorf, H.* (1992): Steuerung des politischen Nachwuchses durch die Parteiführungen?, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament* B34–35, S. 45–54.
- Rupp, H. H.* (1979): Zweikammersystem und Bundesverfassungsgericht. Bemerkungen zu einem verfassungspolitischen Reformvorschlag F. A. von Hayeks, in: *Ordo*, 30. Jg., S. 95–104.
- Schiller, T.* (1999): Prinzipien und Qualifizierungskriterien von Demokratie, in: D. Berg-Schlosser/H.-J. Giegel (Hg.), *Perspektiven der Demokratie. Problem und Chancen im Zeitalter der Globalisierung*, Frankfurt am Main/New York, S. 28–56.
- Schmidt, M. G.* (2006): *Demokratietheorien*, 3. Aufl., Opladen.
- Schütt-Wetschky, E.* (2000): Gewaltenteilung zwischen Legislative und Exekutive, in: *Aus Politik und Zeitgeschichte. Beilage zur Wochenzeitung Das Parlament* B28, S. 5–12.
- Theurl, T.* (2004): Ökonomische Politikberatung: Erfolg durch Konkretisierung von Zielen, Aufgaben und Akteuren?, in: B. P. Priddat/T. Theurl (Hg.), *Risiken der Politikberatung*, Baden-Baden, S. 7–19.
- Wiesendahl, E.* (2001): Berufspolitiker zwischen Professionalismus und Karrierismus, in: H. von Arnim (Hg.), *Politische Klasse und Verfassung*, Berlin, S. 145–166.
- Wiesendahl, E.* (2005): Das Ende der Mitgliederpartei. Die Parteiendemokratie auf dem Prüfstand, in: D. Dettling (Hg.), *Parteien in der Bürgergesellschaft. Perspektiven für eine Politik des Vertrauens*, VS Verlag für Sozialwissenschaften, Wiesbaden, S. 23–42.

Korreferat zu dem Beitrag von Jörn Kruse

Parteienmonopol und Dezentralisierung der Politik

Von Uwe Vollmer, Leipzig

1. *Jörn Kruse* geht in seinem Papier mit der Parteiendemokratie deutscher Prägung hart ins Gericht und bietet dem Leser eine institutionenökonomische Erklärung für die mögliche Politikverdrossenheit vieler Deutscher an. Nach seiner Diagnose hat die deutsche Demokratie einen fundamentalen Konstruktionsdefekt, weil sie den Parteien das Monopol für demokratische Legitimation einräumt und ihnen alle politische Macht gewährt; zugleich haben die Parteien ihren Einfluss auf weite Bereiche der Gesellschaft ausgedehnt, verfügen jedoch über eine nur enge personelle Rekrutierungsbasis und über zu wenig Fachkompetenz, um dieses Monopol sinnvoll auszufüllen. Um die Argumentation von *Jörn Kruse* zusammenzufassen: Die deutschen Parteien wollen viel und können wenig.

Als Lösung schlägt *Kruse* für Deutschland eine Dezentralisierung der politischen Legitimation in Form eines Zwei-Kammern-Systems vor. Dieses soll aus dem weiterhin durch die politischen Parteien besetzten Parlament (Bundestag) als erster Kammer bestehen und einem „Senat“ als zweiter Kammer, dessen Mitglieder keine parteipolitischen Verbindungen aufweisen dürfen, sondern nebenberuflich im Senat tätig sein und möglichst breite gesellschaftliche Kreise repräsentieren sollten. Aufgabe dieser zweiten Kammer ist es, als Regelsetzer zu fungieren und die Mitglieder der verschiedenen Fachinstitutionen zu berufen und zu kontrollieren.

2. Obwohl ich die von *Jörn Kruse* gestellte Diagnose einer Politikverdrossenheit in Deutschland, wie wohl die meisten Beobachter, grundsätzlich teile, stellt sich doch die Frage, wie relevant das Problem wirklich ist und ob sein Ursprung tatsächlich in der Ausgestaltung der deutschen Demokratie liegt. Hinsichtlich der Problemrelevanz wird eine wachsende Politikverdrossenheit in der Öffentlichkeit oftmals an sinkenden Wahlbeteiligungen festgemacht, die allerdings auch Indiz dafür sein können, dass der Ausgang einer bevorstehenden Wahl als wenig spannend angesehen wird; in jedem Fall sind sie als Ausdruck einer individuellen Wahlentscheidung hinzunehmen. Im Papier findet sich zwar „anekdotische Evidenz“ für die behauptete Politikverdrossenheit, es bleibt aber wenig konkret bezüglich der Frage, wie gravierend dieses Problem und das Problem der mangelnden Fachkompetenz und Unabhängigkeit der Politiker ist. Ebenfalls nur cursorisch behandelt

wird die Frage, ob die institutionelle Ausgestaltung der deutschen Demokratie ursächlich für die Politikverdrossenheit ist. Man wünscht sich an manchen Stellen einen Vergleich zu den (Parteien-) Demokratien in anderen Ländern, vor allem mit solchen, in denen die für Deutschland vorgeschlagene zweite Kammer existiert, wie in den USA, und Informationen darüber, ob dort die Parteien- und Politikverdrossenheit kleiner als in Deutschland und die Fachkompetenz der politisch Verantwortlichen größer als Hierzulande ist.

Jörn Kruse weist zu Recht auf einen „Rekrutierungs-Bottleneck“ hin, der bei den politischen Parteien besteht, schließt diesen aber bei den Wahlen zum Senat implizit aus. Dessen Mitglieder sollen direkt vom Bürger gewählt werden; Kandidaten müssen allerdings bestimmte Kriterien bezüglich ihrer Qualifikation erfüllen, was ex ante von einer Kommission geprüft wird, die vom Bundesverfassungsgericht eingesetzt wird. Diese Kommission separiert geeignete von weniger geeigneten Kandidaten und erfüllt damit eine „Filterfunktion“, die im bisherigen politischen System in Deutschland von den politischen Parteien übernommen wird. Abgesehen davon, dass auch diese Kommissionsmitglieder sicherlich über parteipolitische Präferenzen verfügen, bleibt unbeantwortet, wie sichergestellt werden kann, wie diese Kommission tatsächlich die Qualifikation von Bewerbern überprüfen soll, wenn deren Zahl mehrere Hundert Personen übersteigt. Dafür scheinen mir derzeit weiterhin nur die politischen Parteien in Betracht zu kommen, wenn man auf aufwendige Wahlkampagnen verzichten will, wie sie beispielsweise bei den amerikanischen Vorwahlen zu beobachten sind. Der „Marsch durch die Institution“ einer Partei ist zwar zeitraubend und mit hohen persönlichen beruflichen Risiken verbunden, bietet aber eine hinreichend große Chance, dass letztlich integere Persönlichkeiten politische Verantwortung tragen, was bei einer Auswahl durch eine Kommission weniger wahrscheinlich ist.

Im Beitrag bleibt ferner unbeantwortet, wie funktionsfähig der Senat bei Erfüllung seiner politischen Aufgaben sein kann. Über seine Einführung würde letztlich auch auf der politischen Ebene entschieden, d. h. entweder unter direkter oder unter indirekter Einflussnahme durch die politischen Parteien. Würden die Parteien direkt über die auf den Senat zu übertragenden Kompetenzzuweisungen entscheiden, d. h. würde er von ihnen „freiwillig“ eingeführt, wäre kaum zu erwarten, dass der Senat die politische Klasse stört, sondern vielmehr zu befürchten, dass er ein „Papiertiger“ bleibt; würde er hingegen auf Druck von außen eingeführt, wäre er nicht notwendig, weil dieser Druck auf die Parteien dazu verwendet werden könnte, die Parteien direkt zu disziplinieren.

Schließlich sei noch angemerkt, dass im Vorschlag von *Jörn Kruse* der Senat den bisherigen Bundesrat ersetzen soll, der seiner Konstruktion nach eine regionale Interessenvertretung darstellt. Diese erfüllt in Bundesstaaten oder Staatenbünden wichtige Funktionen, wenn die wirtschaftliche und gesellschaftliche Entwicklung in den Regionen hinreichend unterschiedlich ist und ein Interessenausgleich zwischen den Regionen herbeigeführt werden soll. Nun mag man tatsächlich darüber

streiten, ob solch eine Regionalvertretung in der Bundesrepublik Deutschland immer noch von großer Bedeutung ist und man tatsächlich auf den Bundesrat zugunsten eines Senats verzichten kann; allerdings ist eine Abschaffung wegen der sogenannten Ewigkeitsklausel des Art. 79 Abs. 3 GG wohl nicht möglich. Jedoch mag sich diese Frage bei der Konstruktion einer europäischen politischen Verfassung erneut stellen, wo wegen unterschiedlicher regionaler Entwicklungen auf eine Parlamentskammer mit Vertretern der Regionen nicht verzichtet werden sollte.

3. In der Zusammenschau aller Argumente erscheint mir die von *Jörn Kruse* vorgeschlagene Entmachtung der Parteien und die partielle Übertragung von Entscheidungskompetenzen auf einen parteienunabhängigen Senat wenig praktikabel. Im Wortsinn bedeutet Senat „Ältestenrat“, bestehend aus geborenen Mitgliedern, deren Zugehörigkeit sich aus persönlichen Eigenschaften ergibt. In modernen Demokratien müssen die Senatmitglieder jedoch gekoren werde, und damit besteht ein Auswahlproblem, bei dessen Lösung man auf die Mithilfe der Parteien angewiesen ist. Vielleicht besteht deshalb die Alternative zu dem hier vorliegenden Reformvorschlag darin, die Parteiendemokratie hinzunehmen und über Anreize und Regeln nachzudenken, die deren Funktionsfähigkeit und die Attraktivität der Parteien für Mitglieder erhöht.

Hybride Regulierung

Zum Einfluss politischer Institutionen auf private Regelsetzung

Von *Klaus Heine*, Berlin*

A. Einleitung

Hybride Regulierung ist keine neue Erscheinung. Sie ist es weder in historischer Hinsicht noch als Gegenstand wissenschaftlicher Forschung. Aber die Auseinandersetzung mit ihr hat in theoretischer und praktischer Hinsicht in den letzten Jahren an Bedeutung gewonnen, weil hybride Regulierungen möglicherweise zur Abwicklung bestimmter Transaktionen besser geeignet sind als nicht-hybride Regulierungen.

Diese kurze Feststellung wirft zunächst drei Fragen auf, die als klärungsbedürftig erscheinen: Erstens, wann kann man von einer hybriden Regulierung sprechen? Zweitens, welche Rolle kam ihnen in der Vergangenheit als Transaktionen ermöglichende Institutionen zu? Und drittens, warum erlangen hybride Regulierungen derzeit vermehrte Bedeutung zur Abwicklung und Unterstützung von Transaktionen?

Im Folgenden sollen zunächst die drei aufgeworfenen Fragen beantwortet werden (Abschnitt B.), bevor dann das Verhältnis von privater Regelsetzung und staatlicher Kontrolle näher beleuchtet wird. Dabei soll aufgezeigt werden, welche Vor- und Nachteile mit privater Regelsetzung verbunden sind und wie durch die Kombination von privater und staatlicher Regelsetzung zu hybriden Regulierungen die Probleme privater Regelsetzung vermieden werden können (Abschnitt C.). Anschließend wird die traditionelle Diskussion hybrider Regulierung erweitert, indem unter hybrider Regulierung ein zweistufiger Governance-Mechanismus verstanden wird, in dem vom Staat prozessual festgelegt wird, unter welchen Bedingungen private Regulierungen legitime Institutionen sind. Dabei soll gezeigt werden, dass dem institutionellen Wettbewerb zur Legitimation von Regulierungen besondere Bedeutung zukommt (Abschnitt D.).

Grundsätzlich kommen sämtliche Marktversagenstatbeständen in Betracht, hybrid reguliert zu werden. Im Falle des natürlichen (Netz-)Monopols in der Strom-

* Ich danke den Teilnehmern des Ausschusses für Wirtschaftssysteme und Institutionenökonomik im Verein für Socialpolitik für viele wichtige Hinweise. Insbesondere möchte ich Frau *Theresia Theurl* für die im Korreferat gemachten Verbesserungsvorschläge und vielfältigen Anregungen danken.

wirtschaft sind beispielsweise sogenannte Verbändevereinbarungen eine Form der hybriden Regulierung, oder negativen (Umwelt-)Externalitäten kann durch Selbstverpflichtungen der Industrie begegnet werden. Allerdings weisen alle Marktversagenstatbestände spezifische technologische Eigenschaften auf, die besondere Berücksichtigung in einer Diskussion über hybride Regulierung finden müssen; so wäre etwa bei Verbändevereinbarungen in der Stromwirtschaft die geografische Gebundenheit des Netzes als wichtiger Parameter zu berücksichtigen. Die Theorie hybrider Regulierung ist damit ebenso vielschichtig wie die Theorie des Marktversagens. Die folgende Diskussion beschäftigt sich daher schwerpunktmäßig mit einem Ausschnitt hybrider Regulierung und zwar den Möglichkeiten und Grenzen hybrider Regulierung bei Vorliegen von Informationsasymmetrien zwischen Vertragsparteien. Dabei wird dem Aspekt internationaler Transaktionen besondere Aufmerksamkeit geschenkt.

B. Das Instrument der hybriden Regulierung

I. Was sind hybride Regulierungen?

In einer ersten allgemeinen Annäherung kann man hybride Regulierungen als Institutionen kennzeichnen, die ihre Koordinationsfunktion für das Handeln von Akteuren sowohl durch private als auch durch staatliche Elemente erbringen. Man könnte auch sagen, dass es sich um Institutionen handelt, die zwischen den Extremen der rein staatlichen, sanktionsbewehrten Regulierung („public ordering“) und der vollständig privatvertraglich-selbstdurchsetzenden Abwicklung einer Transaktion („private ordering“) liegen. Derartige hybride Regulierungen gibt es unzählige, und es ist eine graduelle Frage, inwiefern man eine bestimmte Regulierung noch als hybrid bezeichnen möchte oder schon dem Bereich rein staatlicher oder privater Koordination zurechnet (Page 1986, S. 144; Porat 2000, S. 2460; Ogas 1995). Die Vielfalt an möglichen Erscheinungsformen macht es auch schwer zu entscheiden, ob man hybride Regulierungen als distinkte Form neben privater und staatlicher Regulierung begreifen muss oder ob hybride Regulierungen lediglich eine Mischform auf einem Kontinuum zwischen rein staatlichen und rein privaten Regulierungen darstellen.¹

Eine Regulierung besteht notwendig aus zwei Komponenten: Einer inhaltlichen Komponente, die bestimmt, in welchen Fällen und auf welche Weise die Regulierung greifen soll, und einer Durchsetzungskomponente, die unter Rückgriff auf einen Sanktionsmechanismus die Regelbefolgung sichert. Bestimmen sich beide Komponenten privat, handelt es sich um „private ordering“, während es sich um „public ordering“ handelt, wenn beide Komponenten durch den Staat bestimmt werden. Um eine hybride Regulierung handelt es sich demnach, wenn eine der bei-

¹ Für eine Diskussion hybrider Organisationsformen siehe insbesondere *Williamson* (1991).

den Komponenten durch „private ordering“ zustande kommt und die andere durch „public ordering“. Zur Lösung eines regelungsbedürftigen Problems² erhält man damit vier generische Regulierungsmodi, die entsprechend des situativen Kontextes spezifische Vor- und Nachteile aufweisen können.

Tabelle 1

Generische Regulierungsmodi

Inhalt Durchsetzung	Staatlich	Privat
Staatlich	Staatliche Regulierung	Hybride Regulierung
Privat	Hybride Regulierung	Private Regulierung

Ein Beispiel für eine hybride Regulierung, bei der die inhaltliche Komponente privat ist, die Durchsetzung aber durch den Staat erfolgt, sind die „International Accounting Standards“ (IAS), die vom privatrechtlich organisierten „International Accounting Standards Board“ (IASB) aufgestellt werden und dann in einem sogenannten Komitologie-Verfahren in Europäisches Gemeinschaftsrecht transformiert werden (Kirchner/Schmidt 2006, S. 388; Steunenberg/Koboldt/Schmidtchen 1996).³ Dieselbe Grundstruktur findet sich hinsichtlich des „Deutschen Corporate Governance Kodex“ (DCGK), der von einer von der Regierung eingesetzten Kommission formuliert wurde und regelmäßig weiterentwickelt wird. Über einen reinen Appell, die im Kodex gemachten Empfehlungen umzusetzen, geht der Kodex hinaus, weil in § 161 AktG von Vorstand und Aufsichtsrat gefordert wird darzulegen, inwiefern den Empfehlungen des Kodex entsprochen wurde. Damit werden börsennotierte Unternehmen gezwungen, Informationen offenzulegen, die dann der Kapitalmarkt bewerten bzw. sanktionieren kann (Kirchner 2002, S. 109 ff.).

Ein Beispiel für eine hybride Regulierung, bei der die inhaltliche Komponente staatlich, die Durchsetzung hingegen privat erfolgt, sind Abmahnvereine, wie die „Zentrale zur Bekämpfung unlauteren Wettbewerbs e.V.“, die vor allem Verstöße gegen das Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb (UWG) ahndet, indem sie die Abgemahnten Unterlassungserklärungen abgeben lässt. Schiedsverfahren können ebenfalls als eine Form hybrider Regulierung betrachtet werden, indem sich die Prozessparteien dem Schiedsspruch des privaten Schiedsgerichts unterwerfen, wo-

² Ein regelungsbedürftiges Problem liegt vor, wenn die Koordination zwischen Akteuren zur Erzielung wechselseitiger Vorteile nicht spontan erfolgt, sondern der Einbeziehung einer dritten Partei bedarf, die die wechselseitige Vorteilhaftigkeit einer Transaktion gewährleistet.

³ Der Einfachheit halber wird im Folgenden durchgängig von „IAS“ gesprochen, die ab 2002 gemäß der IAS-Verordnung der EU zusammen mit den „IFRS“ (International Financial Reporting Standards) und den damit verbundenen Auslegungen von „SIC“ und „IFRIC“ die Grundlage der Rechnungslegung für börsennotierte Unternehmen in der EU bilden. Seit 2005 sind Konzernabschlüsse nach IFRS für kapitalmarktorientierte Unternehmen Pflicht.

mit gleichzeitig der Weg zu einem ordentlichen Gericht abgeschnitten ist (§ 1032 ZPO). Ist nichts anderes vereinbart, so gilt für das materielle anzuwendende Recht deutsches Recht (einschließlich des Kollisionsrechts) und für den Verfahrensablauf die deutsche Zivilprozessordnung (ZPO), wenn der Ort des Schiedsverfahrens in Deutschland liegt. Schiedsgerichte sind somit mit der privaten Rechtsanwendung und -durchsetzung betraut, schaffen aber nicht selbst Recht. Dieselbe hybride Grundstruktur weisen die Technischen Überwachungs-Vereine (TÜV) auf. Sie sind private Vereine, die mit hoheitlichen Aufgaben im Bereich von technischen Sicherheitsprüfungen betraut sind. So wird beispielsweise das Fahrerlaubnisrecht inhaltlich durch den Staat bestimmt, die Fahrerlaubnis erteilt jedoch der TÜV.

Nachdem die Grundformen hybrider Regulierung herausgearbeitet wurden, ist ein weiteres Merkmal hybrider Regulierung zu nennen, das die Verbindung dieses Regulierungstyps zum Bereich politischer Institutionen unterstreicht. Denn hybride Regulierungen erlangen oftmals Zwangscharakter, indem entweder der Staat eine private Regulierung durchsetzt oder eine private Institution mit der Durchsetzung staatlichen Rechts beauftragt wird. Für den privaten Regulierungsanteil stellt sich dabei die Frage der Legitimation.

Während rein staatliche Regulierungen nach Voraussetzung an den politischen Prozess gekoppelt sind und damit über Wahlen und Abstimmungen legitimiert sind, sind bei hybriden Regulierungen private Akteure mit der Rechtsschöpfung oder -durchsetzung befasst, ohne dass ein demokratischer Abstimmungsprozess diese Akteure dafür eingesetzt hätte oder ohne dass diese demokratisch kontrolliert würden. Vielmehr entspringen hybride Regulierungen einer korporativen Form der Rechtsschöpfung oder -durchsetzung (*Ottaway* 2001). Ein weiteres Kennzeichen hybrider Regulierung ist deshalb ein latentes Legitimationsdefizit aufgrund von Korporatismus (*Ogus* 1995, S. 98). Die Legitimationsfrage ist dabei eng verknüpft mit der historischen Herausbildung des demokratisch verfassten Nationalstaates.

II. Hybride Regulierungen in der Wirtschaftsgeschichte und als Forschungsgegenstand

Beispiele für hybride Regulierungen in der fernerer und näheren Wirtschaftsgeschichte zu finden, ist nicht allzu schwer. Neben den bereits genannten Beispielen können die Zunftverfassungen der Handwerker in Städten des Mittelalters genannt werden (z. B. der Reichsstadt Zürich oder der Reichsstadt Pfullendorf), die sowohl das „private ordering“ der Zünfte rechtlich absicherten und gleichzeitig aufgrund der Reichsunmittelbarkeit der Reichsstädte das hoheitliche Handeln der Zünfte über den Stadtrat verbrieften.⁴ Mit ebenfalls hybriden Regulierungen hat man es bei Handelsbräuchen (*Lex Mercatoria*) zu tun, die als ursprüngliches „private ordering“ sukzessive in kodifiziertes staatliches Recht einsickerten bzw.

⁴ Zur deutschen Rechtsentwicklung im Mittelalter siehe *Zweigert/Kötz* (1996, S. 131 ff.).

vom staatlichen Recht anerkannt und durchgesetzt wurden. Ein weiteres historisches Beispiel einer hybriden Institution ist die Britische Ostindien-Kompanie (Governors and Company of Merchants of London Trading to the East-Indies). Ihr wurde im Jahre 1600 von Königin *Elisabeth I* als privater Vereinigung von Kaufleuten die Ausübung fast sämtlicher hoheitlicher Rechte in den britischen Kolonien übertragen. Wobei in der Folgezeit das englische Parlament in einen langwierigen Streit mit der Kompanie über deren Regulierungskompetenz trat, was 1858 zum endgültigen Verlust der Verwaltungskompetenz der Kompanie in den Kolonien führte und 1874 schließlich zu ihrer Auflösung.⁵

Da die historischen Beispiele hybrider Regulierungen sehr vielfältig und Ausdruck spezifischer situativer Kontexte sind, ist nach den allgemeinen Faktoren zu fragen, die auf die Entstehung und Verbreitung hybrider Regulierungen Einfluss nehmen. Die größte Bedeutung hat hierbei der Wandel der politischen Institutionen, insbesondere von den mittelalterlich-ständischen Städten und dem autokratischen Fürstentum hin zum demokratisch verfassten Nationalstaat. Zweifellos handelte es sich hierbei um eine graduelle Entwicklung, von besonderer Bedeutung war in diesem Prozess jedoch der Westfälische Frieden von 1648, der zum gegenseitigen Anerkenntnis prinzipiell gleichberechtigter Staaten führte, die auf ihrem Territorium das Machtmonopol und die politische Souveränität zugesprochen bekamen. Damit erhielt der Staat nicht nur das Recht, in allen Belangen regulierend tätig zu werden, sondern es war damit auch bestimmt, dass auf seinem Territorium sein Recht Anwendung zu finden hatte (*Kobrin* 2001, S. 690; *Brownlie* 2003, S. 105 ff.). Entsprechend waren ab diesem Zeitpunkt auch transnationale Transaktionen regulatorisch determiniert, indem nationales (Kollisions-)Recht angibt, ob heimisches oder fremdes Recht zur Anwendung gelangen soll (*Kropholler* 2006). Der Anspruch des Staates auf das Regulierungsmonopol wurde in Folge der Aufklärung und der zunehmenden Demokratisierung politischer Entscheidungen weiter begründet und legitimiert (*Kirchner/Schmidt* 2006, S. 390), sodass Formen der Selbstregulierung und hybrider Regulierung im Laufe der Zeit von rein staatlichen Regulierungen zunehmend verdrängt wurden.

Entsprechend des – zumindest relativen – Bedeutungsverlusts privater und hybrider Regulierungsformen war das wissenschaftliche Interesse an diesen Arten von Regulierung Seitens der Wirtschafts- und der Rechtswissenschaften lange Zeit eher gering. Hinsichtlich der Regulierung ökonomischer Sachverhalte wurde vielmehr der Untersuchungsschwerpunkt auf die Frage gelegt, ob es sich um Güter und Dienstleistungen handelt, die problemlos privat bereitgestellt werden können oder ob Marktversagenstatbestände vorliegen, die ein staatliches Eingreifen notwendig machen (*Gupta/Lad* 1983). Eine bedeutende Ausnahme stellt im deutschen Sprachraum lediglich der Rechtswissenschaftler *Großmann-Doerth* dar, der die Thematik hybrider Regulierung unter anderem in seiner Antrittsvorlesung

⁵ Zur völkerrechtlichen Verortung von Handelskompanien als quasi-staatliche Institutionen siehe *von Staden/Vollard* (2002, S. 178).

„Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht“ an der Universität Freiburg 1933 systematisch aufgriff (*Großmann-Doerth* 1933). Ansonsten wurden nicht-reinstaatliche Formen der Regulierung als weitgehend vormoderne Regulierungsmodi betrachtet, die überwiegend von historischem Erkenntnisinteresse waren beziehungsweise „nur“ als Beispiele für institutionellen Wandel herangezogen wurden.⁶ Oder es wurde zwar Forschungsbedarf reklamiert, der aber lange Zeit nicht durch entsprechende Forschungsanstrengungen gedeckt wurde (*Gupta/Lad* 1983, S. 423).

III. Die Bedeutungszunahme hybrider Regulierung

Nicht nur die eingangs erwähnten Beispiele, sondern auch ein gewachsenes Interesse der Wissenschaft an der Untersuchung alternativer Formen der Regulierung deuten auf eine erneute Bedeutungszunahme hybrider Regulierungen hin.⁷ Das gestiegene Interesse an der Untersuchung hybrider Regulierungen scheint vor allem auf zwei Ursachen zu beruhen. Die erste Ursache könnte man als „empirisch“ bezeichnen und ist auf die Zunahme transnationaler Transaktionen zurückzuführen sowie auf die Deregulierung und Liberalisierung vormals hoch regulierter Wirtschaftssektoren. Die zweite Ursache könnte man als „methodisch“ bezeichnen und ist Folge der Entwicklung des Ansatzes der Neuen Institutionenökonomik, der rechts- und wirtschaftswissenschaftliche Erkenntnisse integriert und einen Vergleich verschiedener Regulierungsinstrumente hinsichtlich ihrer Wirkungsweise und ihrer normativen Implikationen erlaubt (*Kirchner* 1999, S. 108; *Kirchner* 2002, S. 99 ff.). Im Folgenden soll die erste Ursache im Vordergrund der Betrachtung stehen, während in Bezug auf die Methode der Institutionenökonomik zur Analyse rechtlicher Sachverhalte auf die Literatur verwiesen wird.⁸

In Bezug auf die „empirische Ursache“ lautet die Hypothese, dass hybride Regulierungen eine effizientere Abwicklung von – insbesondere transnationalen – Transaktionen erlauben als andere Formen der Regulierung. Hybride Regulierungen werden von Akteuren also bevorzugt, weil sie den Beteiligten an einer Transaktion Vorteile gegenüber anderen Formen der Regulierung bieten. Mit anderen Worten, hybride Regulierungen können Transaktionskosten senken. Worauf beruht aber der komparative Vorteil hybrider Regulierung, insbesondere gegenüber rein staatlicher Regulierung? So ist der Verweis auf die Zunahme transnationaler Transaktionen alleine noch nicht stichhaltig, da es solche Transaktionen auch schon früher gab und zudem über das Kollisionsrecht und völkerrechtliche Verträge rechtliche Instrumente zur Verfügung stehen, um transnationale Transaktionen unter dem Schirm staatlich legitimer Regulierung zu ermöglichen (*Kirchhof* 2000;

⁶ Siehe z. B. *Kieser* (1989).

⁷ Siehe z. B. *Kirchner* (2002); *Hoffmann-Riem* (1996); *Folke-Schuppert* (2006).

⁸ Mit weiteren Hinweisen siehe beispielsweise *Röpke/Heine* (2005); *Behrens* (1986); *Polinsky* (1974); *Richter/Furubotn* (2003); *Erlei/Leschke/Sauerland* (2007).

Röthel 2007). Der komparative Vorteil hybrider Regulierung ist daher nicht vordergründig über die Menge transnationaler Transaktionen zu erklären, sondern vor allem auch dadurch, dass sich bei Transaktionen zunehmend der eindeutige Bezug zu einem Territorium und damit zu einer anzuwendenden Rechtsordnung entweder auflöst oder die Anwendung territorialen Rechts mit erheblichen Kosten verbunden ist, um die territorialen Anknüpfungen einer Transaktion zweifelsfrei festzustellen.⁹ In genau diesen Fällen können hybride Regulierungen einen Vorteil bieten, weil entweder das materielle Recht oder die Rechtsdurchsetzung ohne direkten staatlichen und damit territorialen Bezug auskommt.¹⁰

Die territoriale Ablösung von Transaktionen wird besonders deutlich am elektronischen Handel im Internet. So sind zwar die Computer, von denen aus eine Transaktion durchgeführt wird, physisch an einen territorialen Ort gebunden, es ist jedoch nicht ohne weiteres möglich, über die Kennung des Computers (IP-Adresse) diesen Standort zu lokalisieren (Kobrin 2001, S. 690; *National Academy of Sciences* 2000). Dieses Problem wird noch verschärft, wenn die gehandelten Güter und deren Bezahlung nicht physisch sind, sondern ebenfalls in digitaler Form vorliegen und sich damit ihr Ursprungsort ebenfalls geografisch nicht eindeutig klären lässt.¹¹ Und selbst wenn eine jurisdiktionelle Zuordnung von elektronischen Handel treibenden Akteuren möglich wäre, so könnten diese problemlos ihren Standort in diejenigen Jurisdiktionen verlagern, die ihnen die günstigsten Regulierungen anbieten („forum shopping“). Ein „race to the bottom“ bei den Regulierungsstandards wäre zu erwarten (Kobrin 2001, S. 691).

Die zunächst rein technischen Probleme, die sich bei der Kontrolle des elektronischen Handels stellen, deuten auf ein fundamentales Problem der institutionellen Steuerung durch politische Institutionen hin. So wäre es durchaus denkbar, dass ein Staat auf seinem Territorium seine Regulierungen im elektronischen Handel durchsetzt, zumal der elektronische Datenverkehr an eine physische Infrastruktur gebunden ist.¹² Sobald von einer solchen Maßnahme extraterritorial Bürger eines anderen

⁹ Verschiedentlich wird in diesem Zusammenhang von einer post-westfälischen Ordnung gesprochen: „... globalization transforms the bases of state authority from within and produces a multi-level post-westphalian order in which the state remains important but only one among several levels of authority.“ (Robert Cox, zitiert nach von Staden/Vollard 2002, S. 167).

¹⁰ Zur zunehmenden Ablösung der Staatsfunktionen vom Territorium und deren Übertragung auf neue (zwischenstaatliche) Institutionen aus rechtswissenschaftlicher Sicht siehe insbesondere die Beiträge in *Kreijen et al.* (2002) sowie aus konstitutionenökonomischer Perspektive die Beiträge von *Trachtman* (2006a; 2006b).

¹¹ Zur Problematik virtueller Märkte siehe beispielsweise *Lessig* (1998).

¹² Beispielsweise versuchte Frankreich, den Verkauf von Nazi-Memorabilien durch eine Internet-Plattform der Firma *Yahoo* auf seinem Territorium gerichtlich zu stoppen (Kobrin 2001, S. 691 ff.). Letztlich stellte *Yahoo* zwar den Verkauf ein, zog aber vor ein US-amerikanisches Gericht, um den Verkauf in Frankreich von einer amerikanischen Internet-Plattform aus weiter betreiben zu können. 2004 untersagte schließlich ein amerikanisches Gericht den Verkauf. Dieser Fall zeigt, wie wenig Kompetenz einzelne Staaten auf ihrem Territorium

Staates betroffen sind, wird allerdings gegen ein wichtiges Merkmal der Konstitution von Staaten verstoßen, nämlich der gegenseitigen Anerkennung von Staaten, auf dem eigenen Staatsgebiet souverän die Staatshoheit auszuüben (*Kobrin* 2001, S. 691; *Brownlie* 2003).¹³ Mit anderen Worten, beim Versuch der unilateralen staatlichen Regulierung des elektronischen Handels wird die hinter dem Regulierungsinstrumentarium stehende Staatsauffassung souveräner Nationalstaaten infrage gestellt. Hybride Regulierungen bieten in diesem Fall einen Ausweg, weil sie Staaten einen regulativen Einfluss ermöglichen, ohne gleichzeitig das Anerkennnis gegenseitiger staatlicher Autorität auszuhöhlen, indem entweder das materiell anzuwendende Recht von einer privaten supranationalen Institution geschaffen wird oder die Rechtsdurchsetzung weitgehend privaten Institutionen überlassen wird.

Während das Beispiel des elektronischen Handels die Zunahme hybrider Regulierungen letztlich aus der Unverträglichkeit der Definition des modernen Nationalstaates mit regulierungsbedürftigen Tatbeständen ableitet, die keine eindeutige territoriale Zuordnung haben, kann die Unternehmensrechnungslegung als ein Beispiel dafür dienen, dass es wirtschaftlich unklug ist, staatliche Regulierungsstandards lokal durchzusetzen.

Bilanzrecht als Sammelbegriff für das Recht der Unternehmensrechnungslegung ist sowohl Teil des Unternehmens- und Gesellschaftsrechts als auch des Kapitalmarktrechts (*Kirchner* 1999, S. 100). Gesellschaftsrecht und Kapitalmarktrecht sind territorial gebundene Rechte. Keinerlei Probleme ergeben sich daher, wenn ein Unternehmen im rechtlichen Innen- und Außenverhältnis rein nationale Transaktionen vornimmt. Wie schon im transnationalen elektronischen Handel resultieren aber Probleme, wenn das Unternehmen im Bereich des Gesellschaftsrechts oder des Kapitalmarktrechts inländischem und ausländischem Recht gleichzeitig unterliegt, weil sich das Unternehmen beispielsweise über ausländische Kapitalmärkte finanziert. In einem solchen Fall muss das Bilanzrecht sowohl auf die inländischen Rechtsnormen abgestimmt sein als auch auf die ausländischen, von denen es zudem rechtlich anerkannt werden muss. Ein Jahresabschluss nach HGB müsste zum Beispiel vom US-amerikanischen Kapitalmarktrecht als aussagekräftige Informationsquelle für Anleger und Gläubiger anerkannt werden. Je nach den nationalen Corporate Governance- und Finanzierungssystemen sind die Publizitätsanforderungen jedoch verschieden, sodass sich erhebliche Inkompatibilitäten zwischen Gesellschaftsrecht, Kapitalmarktrecht und Bilanzrecht ergeben können (*Kirchner* 1999; *Heine* 2003; *Schmidt/Tyrell* 1997). Dies ist solange kein Problem mit hoher Priorität wie Unternehmen ihr Gesellschaftsrecht und ihren Zugang zur Finanzierung in ein und derselben Jurisdiktion wählen (müssen). Im Zuge der Liberalisierung und Öffnung der Kapitalmärkte, wie beispielsweise durch die Herstellung der Kapitalverkehrsfreiheit in der EU und den Wettbewerb der Börsen um

letztlich haben können, wenn sich Transaktionen von einem eindeutig geografisch bestimmten Gebiet ablösen.

¹³ Siehe grundsätzlich dazu *Jellinek* (1905).

Notierungen von Unternehmen und um Anleger (*Fromm/Aretz 2006*), verschärft sich das Problem jedoch erheblich.¹⁴

Es gibt verschiedene Möglichkeiten, wie Staaten auf diese Problematik reagieren können, um an den wirtschaftlichen Vorteilen internationaler Kapitalmärkte teilzuhaben (*Kirchner 1999*). Die Möglichkeiten sind jedoch durchwegs mit einem Bedeutungsverlust des von Staaten bislang autonom geschaffenen und durchgesetzten Rechts verbunden. So wird im Falle der Rechtsharmonisierung das fragile Recht zwar für alle Jurisdiktionen einheitlich, womit Kompatibilitäts- und Anerkennungsprobleme weitgehend gelöst werden (*Kirchner 1999, S. 103*). Voraussetzung für den Weg der Rechtsharmonisierung ist aber, dass es einen demokratisch legitimierten supranationalen Rechtssetzer gibt, der zumindest die Kompetenz hat, von den Jurisdiktionen eine Rechtsanpassung in Richtung Harmonisierung einzufordern. Ein solcher supranationaler Rechtssetzer mag für die Mitgliedsstaaten der Europäischen Union noch existieren (*Kirchhof 2000*), hinsichtlich des Bilanzrechts wäre aber bei weltweiten Kapitalmärkten ein weltweit legitimer Rechtssetzer nötig. Eine andere Möglichkeit wäre, dass Staaten die gegenseitige Anerkennung von Bilanzrecht vereinbaren oder dass Staaten fremdes Bilanzrecht unilateral anerkennen (*Kirchner 1999, S. 106 ff.*). Dies hieße jedoch, dass Staaten bewusst auf Regulierungskompetenz und -einfluss auf ihrem Staatsgebiet verzichten, was im Falle von rechtlichen Inkompatibilitäten oder Regulierungsexternalitäten zu erheblichen wirtschaftlichen Verwerfungen führen kann.

Auch am Beispiel des Bilanzrechts zeigt sich daher, dass die territoriale Gebundenheit staatlicher Regulierung zu grundsätzlichen Problemen führt. Soll die Konzeption des modernen Nationalstaates nicht aufgegeben werden und sollen gleichzeitig die wirtschaftlichen Vorteile liberalisierter internationaler Kapitalmärkte genutzt werden, bietet es sich an, eine hybride Regulierung als Regulierungsinstrument zu wählen. Dieser Weg wird in der EU mit der bereits eingangs erwähnten Bilanzierung nach IAS beschritten, die von einem privaten Gremium entsprechend internationaler Anforderungen entwickelt wird und in einem Komitologie-Verfahren dann nationale rechtliche Anerkennung erhält.

Es mag an dieser Stelle dahingestellt bleiben, ob rein staatliche oder rein private Standardsetzung im Bereich der Bilanzierung Kosten- bzw. Nutzenvorteile gegenüber der hybriden Regulierung der IAS haben könnten¹⁵ oder ob nur durch Völkervertrag internationale Rechnungslegungspflichten legitime nationale Geltung beanspruchen können (*Kirchhof 2000*). Festzuhalten bleibt, dass hybride Regulierungen eine Möglichkeit sind, um transnationale Regulierungen zu schaffen, ohne dass die territoriale Gebundenheit staatlichen Rechts aufgegeben werden müsste.

¹⁴ Die Daimler-Benz AG wies bei ihrem Börsengang an die NYSE im ersten Halbjahr 1993 nach HGB einen Gewinn von 168 Mio. DM aus, während sie nach den für die Börsenzulassung in New York maßgeblichen US-GAAP einen Verlust von 949 Mio. DM auswies (*Sunder 2002, S. 220*).

¹⁵ Kritisch zum Verfahren in der EU *Kirchner/Schmidt (2005, 2006)*.

Der moderne Nationalstaat kann damit auf das Bedürfnis der Schaffung supranationaler Regulierungen reagieren, ohne einen Kompetenzverlust hinzunehmen, wie es bei Rechtsharmonisierung oder bei gegenseitiger Anerkennung von Regulierungen der Fall wäre. Hybride Regulierungen haben somit eine paradoxe Eigenschaft; indem private Elemente in die Regulierung eines regelungsbedürftigen Tatbestandes mit aufgenommen werden, kann der souveräne Nationalstaat mit vergleichsweise geringem Kompetenzverlust weiter bestehen.¹⁶

C. Hybride Regulierungen als Governance-Mechanismus

Im vorangegangenen Abschnitt wurde die Bedeutungszunahme hybrider Regulierung vor allem vor dem Problemhintergrund der Territorialität von Recht diskutiert. Dabei zeigte sich, dass hybride Regulierungen einen Weg für Staaten darstellen, bei transnationalen Transaktionen regulativen Einfluss auszuüben, ohne ihre rechtlich-territoriale Integrität in gleichem Maße infrage zu stellen, wie dies beispielsweise bei Rechtsharmonisierung oder bei der gegenseitigen Anerkennung von Regulierungen der Fall ist.

Hybride Regulierungen stellen freilich nicht nur einen weiteren Weg dar, um mit transnationalen Transaktionen regulativ umzugehen. Hybride Regulierungen weisen unabhängig davon eine Reihe von Eigenschaften auf, die sie als Governance-Mechanismus bilateraler oder plurilateraler Transaktionen vorzugswürdig gegenüber einem reinen „public ordering“ oder „private ordering“ machen können. Der ökonomische Vorteil hybrider Regulierung resultiert dabei regelmäßig aus einem Spezialisierungsvorteil des privaten Regulierungselements und einer gleichzeitigen staatlichen Kontrolle (Aviram 2003). Deshalb ist im nächsten Schritt zu klären, worin die Spezialisierungsvorteile privater Regulierung bestehen und welche möglichen Ineffizienzen mit ihr verbunden sein können. Anschließend ist darauf einzugehen, wie Ineffizienzen privater Regulierung durch Verkoppelung mit staatlichen Elementen zu einer hybriden Regulierung begegnet werden kann. Dabei wird im Folgenden der Fall betrachtet, dass der Regulierungsinhalt privat bereitgestellt wird, während die Rechtsdurchsetzung dem Staat vorbehalten bleibt.

I. Transaktionsvorteile privater Regulierung

1. Professionalisierung

Ein erster möglicher Vorteil privater Regulierung besteht hinsichtlich der Qualität der Regulierung. Eine hohe Qualität der Regulierung liegt aus Sicht von Regulierungsnachfragern¹⁷ vor, wenn die Regulierung auf ihre Bedürfnisse zugeschnit-

¹⁶ Mit einer ähnlichen Argumentation siehe *Kirchner/Schmidt* (2006, S. 392).

ten ist beziehungsweise auf einen fairen Interessenausgleich zwischen den von der Regulierung betroffenen Parteien abzielt. Da sich ein privater Regulierer, wie z. B. das „International Accounting Standards Board“ (IASB), ganz auf das Design eines regulierungsbedürftigen Tatbestandes konzentriert, kann der Regulierer auf diesem Gebiet besonders viel Expertise ansammeln. Die Lernprozesse, die zur Hervorbringung des qualitativ hochwertigen Regulierungsdesigns führen, gehen somit nicht in die Breite, wie bei einem staatlichen Regulierer, der eine Vielzahl von unterschiedlichen Tatbeständen regulieren muss, sondern in die Tiefe eines einzelnen Regulierungsgegenstandes. So sind die mit der Anwendung, Auslegung und Fortentwicklung der Regulierung betrauten Personen, wie Komitees, Gutachter oder Richter, in aller Regel Spezialisten des jeweiligen Sachgebiets (*Schwartzstein* 1994; *Allen* 2000; *Kamar* 1998). Da sie zudem ausschließlich mit Fragen der Regulierung auf dem spezifischen Sachgebiet beschäftigt sind, kommt es während ihrer Tätigkeit zu einer immer weiteren Vertiefung ihrer Kompetenz bzw. zu einer Zunahme ihres Erfahrungsschatzes, der oft in Form impliziten Wissens vorliegt (*Heine* 2003, S. 160 ff.).

Das spezifische Regulierungswissen ist jedoch nicht nur personengebunden, sondern spiegelt sich auch in der Kodifizierung, also dem verschriftlichten materiellen Gehalt der Regulierung wider (*Hayek* 1976; *Heine* 2003, S. 154 ff.). Dabei ist nicht allein an den schriftlich fixierten Wortlaut der Regulierung selbst zu denken, wie beispielsweise den Verfahrensablauf eines Schiedsgerichtsverfahrens an einer Handelskammer oder die „International Accounting Standards“ (IAS), sondern vor allem auch an die Präzedenzfälle, Ausführungsbestimmungen und externen Kommentierungen der Regulierung. Je größer der Bestand an explizitem und implizitem Wissen über eine Regulierung ist, desto attraktiver wird die Wahl dieser Regulierung, weil die Regulierungsnachfrager zum einen erwarten können, dass auch in ihrem Fall eine kompetente Anwendung der Regulierung erfolgen wird, zum anderen wird für sie aufgrund der Anwendungshäufigkeit der Regulierung ex ante abschätzbar, welche Wirkung die Regulierung auf ihre Transaktionen haben wird (*Romano* 1993; 1999).

Die geschilderten Spezialisierungsvorteile sind grundsätzlich auch bei rein staatlichen Regulierungen erzielbar, allerdings können private Regulierungen die genannten Vorteile besser nutzen. Der erste Vorteil privater Regulierungen besteht hinsichtlich des Unterschieds „Sachverstand gegen Parlamentarismus“ (*Kirchhof* 2000, S. 689). Während das Design privater Regulierungen in die Hände internationaler Sachverständiger gelegt werden kann, kommen staatliche Regulierungen erst durch einen parlamentarischen Prozess zustande, in dem in der Regel Nichtfachleute einen politischen Kompromiss bezüglich des Regulierungsdesigns her-

¹⁷ Unter Regulierungsnachfragern sind diejenigen privaten Akteure zu verstehen, die durch die Regulierung wechselseitige Vorteile realisieren können. Beispielsweise sind Anleger daran interessiert, Bilanzierungsregeln angeboten zu bekommen, die ihnen ermöglichen, eine optimale Menge an Kapital zu investieren.

beiführen müssen. Der zweite Vorteil hat mit der Territorialität staatlichen Rechts zu tun. Private Regulierungen haben zwar kein staatliches Monopol und können damit nicht automatisch ihre Zwangsnutzung durchsetzen, sie sind umgekehrt aber auch nicht auf die Zahl der Nutzer eines Territoriums begrenzt. Sie können daher eine sehr viel höhere Anzahl von Nutzern aufweisen als territoriale staatliche Regulierungen, wodurch der Lerneffekt bzw. der Kompetenzzuwachs beim Regulierungsdesign deutlich größer als bei staatlichen Regulierungen ausfallen kann.

2. Glaubwürdigkeit und Reputation

Ein weiterer Vorteil privater Regulierungen kann in ihrer größeren Glaubwürdigkeit und Reputation gegenüber staatlichen Regulierungen bestehen. Glaubwürdigkeit heißt, dass die Regulierten darauf vertrauen können, dass die zukünftige Anwendung einer Regulierung in der Weise erfolgt, wie es zum Zeitpunkt der Wahl der Regulierung für sie absehbar war. Glaubwürdigkeit bedeutet dabei aber nicht notwendig Stabilität von Regulierung, sondern kann auch im Vertrauen darauf bestehen, dass ein Regulierungsdesign kontinuierlich fortentwickelt und an sich ändernde Situationen angepasst wird (*Heine 2003*, S. 145 ff.; *Romano 1993*). Ist eine Regulierung in diesem Sinne wiederholt glaubwürdig, erwirbt die Regulierung Reputation. Mit Reputation ausgestattete Regulierungen werden von Regulierungsnachfragern bevorzugt gewählt, weil aus der in der Vergangenheit beobachtbaren Anwendung der Regulierung auf die zukünftige Regulierungspraxis geschlossen werden kann und damit Kosten und Nutzen einer Regulierung vergleichsweise verlässlich bestimmbar sind (*Aviram 2003*, S. 1193 ff.).

Ob eine Regulierung als glaubwürdig erscheint, hängt im Einzelfall von spezifischen Faktoren ab, die eine komplexere ökonomische Analyse erfordern. So mag beispielsweise die Persönlichkeit des Vorsitzenden eines Regulierungskomitees bei den Regulierungsnachfragern ein besonderes Vertrauen in die Qualität der Regulierung erzeugen.¹⁸ Der entscheidende Punkt, ob eine Regulierung als glaubwürdig angesehen wird, ist aber, inwiefern die einzelnen Personen und Gruppen, die das Regulierungsdesign bzw. seine Durchsetzung zu verantworten haben, an den Qualitätsstandard der Regulierung gebunden sind. Mit anderen Worten, welcher Mechanismus ist dafür verantwortlich, dass ex post der Qualitätsstandard der Regulierung nicht abgesenkt oder in nicht vorhersehbarer Weise verändert wird?

Starke Anreize zur Einhaltung des Regulierungsstandards entstehen, wenn mit der Kreation und Fortentwicklung der Regulierung versunkene Kosten verbunden sind (*Romano 1985; 1993*). Versunkene Kosten entstehen zum einen beim „Setup“ der Regulierung, wenn Fachleute in Komitees oder als Gutachter das Regulierungsdesign entwerfen. Die Kosten hierfür sind verloren, weil diese Investition

¹⁸ Eine solche Persönlichkeit ist beispielsweise der Ökonom *Alfred E. Kahn*, der in den Vereinigten Staaten verschiedenen Gremien angehörte, die mit der Regulierung bzw. Deregulierung von Industrien Ende der 1970er Jahre betraut waren.

rückwirkend nicht mehr umgewidmet werden kann. Zum anderen entstehen versunkene Kosten im Laufe der Zeit, wenn die Regulierung ein spezifisches Reputationskapital aufbaut. Zwar entstehen im Zeitablauf auch weiter versunkene Kosten der ersten Art, aber vor allem das Reputationskapital erlangt entscheidende Bedeutung für die Bindung des Regulierungsanbieters an den Qualitätsstandard. Denn das Reputationskapital ist intangibel und an das spezifische Regulierungsprodukt gebunden, zudem ist es fragil, da es bei einer Absenkung der Qualität der Regulierung leicht zu einem dauerhaften „Reputationsschaden“ kommt, der zu einer Abwanderung von Regulierungsnachfragern führt und sich nur wieder langfristig durch ein glaubwürdiges Handeln des Regulierers aufbauen lässt.¹⁹

Den versunkenen Kosten, die beim Aufbau von Reputation anfallen, stehen Erlöse gegenüber, die man als Reputationsrente bezeichnen kann und die darin bestehen, dass Regulierungsnachfrager bereit sind, für eine mit positiver Reputation versehene Regulierung einen höheren Preis zu zahlen. Glaubwürdigkeit und der Aufbau von Reputation sind somit Investitionen, die sich für einen Regulierungsanbieter lohnen können.

Private Regulierungen können gegenüber rein staatlichen Regulierungen einen Vorteil haben, weil sie aus Sicht der Regulierungsnachfrager eine größere Glaubwürdigkeit für eine dauerhaft hohe Qualität aufweisen. Für diese Einschätzung können vor allem zwei Argumente angeführt werden. Das erste ist, dass je privater das Regulierungsangebot ist, desto stärker ist tendenziell der Wettbewerb, dem die Regulierung ausgesetzt ist, und desto größer ist auch der Anreiz, die Regulierungsqualität verlässlich hoch zu halten. Diese Aussage beruht darauf, dass ein monopolistischer staatlicher Regulierungsanbieter keiner wettbewerblichen Kontrolle ausgesetzt ist und daher entweder aus „Bequemlichkeit“²⁰ an keinem dauerhaft qualitativ hochwertigen Regulierungsangebot interessiert ist oder sein Regulierungsmonopol zur Befriedigung von Sonderinteressen gebraucht (rent seeking).²¹

Das zweite Argument ist, dass das Angebot einzelner Regulierungen wenig oder gar nicht rentierlich für den Staat ist und somit ein wichtiger fiskalischer Anreiz für eine dauerhaft hochwertige Regulierung entfällt. Denn die staatliche Regulierungsaktivität wird üblicherweise aus den allgemeinen Haushaltsmitteln finanziert; eine Kosten- und Erlösrechnung, die zudem mit einzelnen Verwaltungseinheiten in Verbindung gebracht werden könnte, fehlt ebenso. Dass das fiskalische Motiv beim Angebot von glaubwürdig hochwertigen Regulierungen grundsätzlich eine bedeu-

¹⁹ So verschärfte 1913 der spätere amerikanische Präsident *Woodrow Wilson* als Gouverneur von New Jersey das bis zu diesem Zeitpunkt in den Vereinigten Staaten marktführende Gesellschaftsrecht dieses Staates, um den Wünschen verschiedener Lobbygruppen nachzukommen. Daraufhin reinkorporierten sich nahezu alle Unternehmen nach Delaware. Der anschließende Versuch, durch weitere Rechtsanpassungen die Unternehmen wieder zu einer Reinkorporation nach New Jersey zu bewegen, scheiterte (*Grandy* 1989).

²⁰ *Hicks* (1935, S. 8) hat dies einmal plastisch formuliert: „The best of all monopoly profits is a quiet life.“

²¹ Mit einem Überblick und weiterführender Literatur *Macey* (1998).

tende Rolle spielt, sieht man am kleinen US-Bundesstaat Delaware, der ungefähr 15% seines Budgets durch Erhebung einer sogenannten „franchise tax“ auf bei sich inkorporierte Gesellschaften deckt. Dabei kann Delaware aufgrund der hohen Qualität seines Gesellschaftsrechts einen im Vergleich zu anderen US-Bundesstaaten relativ hohen Steuersatz auf dem Markt für Gesellschaftsrechte durchsetzen (Heine 2003, S. 141). Nicht jede Regulierung wird sich jedoch so lukrativ vermarkten lassen und kann eine Bindungswirkung für Staaten erzeugen, wie dies beim US-amerikanischen Gesellschaftsrecht der Fall ist.

Bei privaten Regulierungen kann das Gewinnmotiv sehr viel leichter zu einem Ansporn führen, glaubwürdig eine qualitativ hochwertige Regulierung anzubieten. Denn einem einzelnen Anbieter einer Regulierung entstehen aus seinen Aktivitäten unmittelbar zurechenbare Kosten und Erlöse. Für Rechtsanwälte und Wirtschaftsprüfungsgesellschaften lohnt es sich beispielsweise, sich im „International Accounting Standards Board“ (IASB) zu engagieren, weil sie damit die Bilanzregeln mit festlegen, die sie anschließend bei ihren Kunden prüfen. Haben sie sich aber erstmal auf die IAS spezialisiert, so werden sie zunehmend von deren dauerhaft hohen Qualität wirtschaftlich abhängig.²² Eine solche unmittelbare wirtschaftliche Abhängigkeit gibt es bei den Akteuren politischer Institutionen nicht, denn der einzelne Bürokrat wird nicht entsprechend seiner Leistungen bezüglich der Herstellung einer qualitativ hochwertigen Regulierung entlohnt, sondern aus dem allgemeinen Steueraufkommen. Ebenso hängt die Wiederwahl eines Politikers nur in den seltensten Fällen von der Gestaltung einer einzelnen Regulierung ab, sondern vom angebotenen politischen Gesamtprogramm.

Es ist damit festzuhalten, dass private Regulierungen hinsichtlich von Glaubwürdigkeit und Reputation Vorteile gegenüber rein staatlichen Regulierungen aufweisen, da politische Institutionen und Akteure sehr viel weniger daran gebunden sind, dauerhaft ein hochwertiges Regulierungsdesign anzubieten.²³

3. *Größenvorteile durch Netzeffekte*

Bei der Nutzung von Regulierungen können erhebliche Größenvorteile auftreten (Klausner 1995; Aviram 2003, S. 1195 ff.). Auslöser der Größenvorteile sind direkte und indirekte Netzeffekte. Ein direkter Netzeffekt tritt auf, wenn aus der Häufigkeit der Nutzung der Regulierung bzw. der Anzahl ihrer Nutzer ein Vorteil entsteht, der die Regulierung für zusätzliche Nutzer attraktiv macht. Auf diese Weise kommt es zu einem Selbstverstärkungseffekt, wodurch die Zahl der Nutzer immer weiter ansteigt. Vorteile in Abhängigkeit der Nutzeranzahl bestehen beispielsweise

²² Mit Bezug zum US-amerikanischen Gesellschaftsrecht siehe hierzu Carney (1998).

²³ Diese Aussage ist nur für den Fall zu relativieren, dass ein Regulierungswettbewerb zwischen Staaten herrscht, wie beispielsweise im US-amerikanischen Gesellschaftsrecht. Dann können Glaubwürdigkeit und Reputation auch wichtige Wettbewerbsparameter des Regulierungsangebots von Staaten werden (Heine 2003).

in der Zunahme von Präzedenzfällen, die die Interpretation der Regulierung verbessern und zu ihrer Ausdifferenzierung beitragen. Des Weiteren ist es für Regulierungsnachfrager häufig von Vorteil, den gleichen Regulierungsstandard wie andere Regulierungsnachfrager zu wählen, um mit ihnen kompatibel zu sein und auch gegenüber Dritten dasselbe Regulierungsniveau zu signalisieren (Aviram 2003, S. 1198 ff.). Indirekte Netzeffekte liegen vor, wenn zu der gewählten Regulierung komplementäre Regulierungen gewählt werden, die eine weitere Verstärkung der Vorteile der Regulierungswahl nach sich ziehen. Beispielsweise bietet es sich an, komplementär zur Wahl eines Bilanzrechts, das den Gläubigerschutz betont, ein Gesellschaftsrecht zu wählen, das organisationsrechtlich ebenfalls auf den Gläubigerschutz abstellt. Die Komplementarität von Regulierungen führt zu rechtlichen Synergien, und es kommt zu einem wechselseitigen Verstärkungseffekt bei der Wahl von Regulierungen.

Der Vorteil, den Regulierungen aus Netzexternalitäten ziehen, ist strikt an die Anzahl der Nutzer der Regulierung gebunden. Dieser Zusammenhang stellt zunächst nicht auf die Unterscheidung von privat und staatlich ab, sondern alleine darauf, ob es einer Regulierung gelingt, möglichst viele Nutzer anzuziehen. So ist der kleine US-Bundesstaat Delaware unbestrittener Marktführer beim Angebot von Gesellschaftsrecht in den USA (Romano 1993; 1999). Dennoch sind private Regulierungen staatlichen Regulierungen bei der Nutzung von Netzeffekten tendenziell überlegen. Der erste Grund für diese Einschätzung besteht darin, dass private Regulierungen nicht territorial gebunden sind und daher ihre Nutzerzahl nicht auf diejenige eines Territoriums beschränkt bleibt. Zwar könnten Staaten dieses Problem durch die gegenseitige Anerkennung von Recht „technisch“ lösen, aber damit verbunden wäre – wie oben bereits angesprochen – ein erheblicher Bedeutungsverlust der Rechtssetzungs- und Rechtsdurchsetzungskompetenz des Nationalstaats. Der zweite Grund für die tendenzielle Überlegenheit privater Regulierungen liegt in ihrer besseren Möglichkeit, Komplementaritäten zu anderen Regulierungen zu nutzen. Auf diese Weise können auch anfängliche Größennachteile gegenüber etablierten staatlichen Regulierungen ausgeglichen werden. So sind beispielsweise das deutsche Gesellschaftsrecht und Bilanzrecht komplementär und betonen den Gläubigerschutz (Kirchner 1999), der Zugang zu den internationalen, anglo-amerikanisch geprägten Kapitalmärkten erfordert jedoch eine Bilanzierung, die am Schutz der Eigenkapitalgeber orientiert ist (Hommelhoff/Schwab 1998, S. 41). Die private Rechtsetzung der IAS ist der Bilanzierung nach HGB somit nicht zuletzt deswegen überlegen, weil sie sich in ihrer rechtlichen Gestaltung an das dominante anglo-amerikanische Kapitalmarktrecht komplementär anpasst.

Etwas vereinfachend gesagt, ziehen private Regulierungen ihren Vorteil gegenüber staatlichen Regulierungen bei der Nutzung von Netzeffekten letztlich daraus, dass sie aufgrund ihrer nicht-territorialen Gebundenheit flexibler hinsichtlich der Ausweitung ihrer Nutzerzahl sind und zudem leichter Komplementaritäten zu anderen Regulierungen herstellen können.

II. Transaktionsnachteile privater Regulierung

1. Indirekte Netzeffekte

Im letzten Abschnitt (C.I.) wurde eine Reihe von Gründen genannt, die bei privaten Regulierungen zu Vorteilen gegenüber staatlichen Regulierungen führen. Das Angebot privater Regulierungen ist jedoch auch mit einigen ernst zu nehmenden Problemen behaftet. Ein erster solcher Problembereich betrifft dabei die Vorteile, die aus indirekten Netzeffekten resultieren. Denn die Größenvorteile aus indirekten Netzeffekten können zu erheblichen Kompatibilitätsproblemen führen, die sich zudem für einen Teil der Regulierten als negativer externer Effekt darstellen.

Die Grundproblematik besteht darin, dass ein Abstimmungsproblem zwischen einer nicht-territorialen privaten und einer territorial gebundenen staatlichen Regulierung auftreten kann. Zum Beispiel besteht eine Inkompatibilität zwischen anlegerorientierter Bilanzierung nach IAS und gläubigerorientiertem deutschen Gesellschaftsrecht. Für an internationalen Kapitalmärkten orientierte deutsche Unternehmen wäre es daher wünschenswert, wenn das deutsche Gesellschaftsrecht ebenfalls anlegerorientiert würde, indem beispielsweise das Mindestkapital abgeschafft und der Gläubigerschutz gelockert würden. Um die Synergien zwischen Gesellschaftsrecht und Bilanzrecht für die Kapitalbeschaffung zu nutzen, wären somit Anpassungen im Gesellschaftsrecht erforderlich (*Coenenberg* 2007), indem das deutsche Gesellschaftsrecht entweder dereguliert oder die Wahl ausländischen Gesellschaftsrechts ermöglicht würde (*Heine/Röpke* 2006). Erfolgt eine solche Anpassung nicht, wird der Vorteil der privaten Regulierung durch rechtliche Inkompatibilitäten geschmälert oder zunichte gemacht. Erfolgt hingegen die Anpassung komplementärer staatlicher Regulierungen im Hinblick auf die private Regulierung, so können Externalitäten entstehen, da von der staatlichen Rechtsänderung auch Akteure betroffen werden, die die private Regulierung nicht nutzen und an einer Änderung des staatlichen Rechts nicht interessiert sind (*Kirchner/Schmidt* 2006, S. 400).

Das Kompatibilitätsproblem macht es erforderlich, dass Verfahren angewendet werden, die das Problem der negativen externen Effekte und das Problem der Kompatibilität von privaten und staatlichen Regulierungen lösen helfen. Diese Aufgabe können intermediäre politische Institutionen leisten, indem sie die Anschlussfähigkeit zwischen privater und staatlicher Regulierung herstellen. In diesem Sinne kann das Komitologie-Verfahren der EU-Kommission bezüglich der IAS nicht nur als politisches Verfahren angesehen werden, um private Regulierungsstandards formal mit Rechtsverbindlichkeit auszustatten, sondern auch, um die wechselseitige Anschlussfähigkeit von privat und staatlich gesetztem Recht herzustellen.

2. Pfadabhängigkeiten

Die oben beschriebenen Spezialisierungsvorteile von privaten Regulierungen beruhen auf Selbstverstärkungsprozessen, die einen einmal eingeschlagenen Pfad der Regulierung verfestigen. Diese Verfestigung kommt auf zwei Wegen zustande. Zum einen über die Menge der Nutzer einer (privaten) Regulierung, was zu einer Verdrängung anderer (staatlicher) Regulierungen führt – hierfür sind nachfrage-seitig vor allem Netzeffekte verantwortlich. Zum anderen durch die Lerneffekte und versunkenen Kosten bei der Kreation und Ausdifferenzierung der Regulierung, die die Anbieter von Regulierungen an das anfangs gewählte Regulierungsdesign binden.²⁴

Das Problem von Pfadabhängigkeiten in der Rechtsentwicklung besteht darin, dass bei Vorliegen von Pfadabhängigkeiten nicht sicher ist, ob die Ergebnisse der Rechtsentwicklung effizient sind. Vielmehr ist anzunehmen, dass sich häufig Ineffizienzen verfestigen werden. Hierfür kann eine ganze Anzahl von Gründen aus der Wohlfahrtsökonomik und der Public Choice angeführt werden (*Roe* 1996, 1998; *Hathaway* 2001).²⁵ Von besonderer Bedeutung ist jedoch hier das evolutionsökonomische Argument, dass beim Vorliegen von Pfadabhängigkeiten in der Rechtsentwicklung auch der Korrekturmechanismus des institutionellen Wettbewerbs eingeschränkt ist, der dafür sorgt, dass ineffiziente Regulierungen systematisch von effizienteren Regulierungen abgelöst werden (*Heine/Kerber* 2002). Die Grundüberlegung ist dabei, dass sich bei funktionsfähigem Wettbewerb in einem Variations-Selektions-Prozess die überlegenen Regulierungen durchsetzen (*Vanberg/Kerber* 1994). Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs ist jedoch eingeschränkt, wenn aufgrund von Pfadabhängigkeiten die Varietät von Recht stark abnimmt (*Heine/Kerber* 2002; *Bebchuk/Roe* 1999). Die Verringerung der Varietät erfolgt sowohl in quantitativer als auch qualitativer Hinsicht: Während Netzeffekte bewirken, dass die Anzahl unterschiedlicher Regulierungsstandards zurückgeht, bewirken Lern- und Reputationseffekte, dass etablierte Standards paradigmatisch einem bestimmten Ansatz folgen und Verbesserungen nur noch innerhalb eines begrenzten Rahmens erfolgen.²⁶ Zwar ist es vorstellbar, dass privat gesetztes Recht zum bereits bestehenden staatlichen Recht hinzutritt und damit die Varietät und der Wettbewerbsdruck erhöht werden (*Kirchner* 1999, S. 111), im Falle von Pfadabhängigkeiten ist dies jedoch ein nur vorübergehender Effekt, bis sich eine Regulierung dominant durchgesetzt hat (*Aviram* 2003, S. 1200). Inwiefern eine private Regulierung so starke Pfadabhängigkeiten aufweist, dass sie die Entwicklung hin

²⁴ Siehe *Kirchner* (1999, S. 118) sowie mit einem umfassenden Literaturüberblick zu Pfadabhängigkeiten in der Rechtsentwicklung *Heine* (2003) und *Ackermann* (2001).

²⁵ Kritisch zur wohlfahrtsökonomischen Relevanz des Konzepts der Pfadabhängigkeit siehe *Liebowitz/Margolis* (1990).

²⁶ Am Gläubigerschutz orientiertes Gesellschaftsrecht wird beispielsweise immer weiter hinsichtlich des Gläubigerschutzes verfeinert und verbessert. Siehe hierzu *Heine/Kerber* (2002).

zu effizienteren Standards behindert, ist vom jeweiligen Sachkontext abhängig, dürfte aber vor allem im Bereich technischer Normen eine nicht zu unterschätzende Relevanz haben, wo der Staat typischerweise die Definition des Stands der Technik an private Gremien und Vereine delegiert und diese Definition dann als Grundlage für Rechtsbereiche, wie beispielsweise das Haftungsrecht, dient (*Hommelhoff/Schwab* 1998).

Um Rigiditäten bei der Entwicklung von Regulierungsstandards zu mildern und ihre Entwicklungsoffenheit stärker abzusichern, bietet es sich an, private und staatliche Elemente zu einer hybriden Regulierung zu kombinieren. So kann staatlich vorgeschrieben werden, dass das private Regulierungsgremium bestimmte von der Regulierung betroffene Gruppen personell repräsentieren muss, um ein Mindestmaß an Meinungsvielfalt bei der Standardsetzung zu garantieren. Daneben ist an einen Verfahrensrechtsschutz zu denken, der den von der Regulierung Betroffenen ermöglicht, Widerspruch gegen die Regulierung einzulegen, wenn sie die fachliche Grundlage der Regulierung bezweifeln (*Hommelhoff/Schwab* 1998).

3. Zugang und Ausschluss

Anknüpfend an die Problematik von Netzeffekten und Pfadabhängigkeiten ergibt sich als weiteres Problem, dass von einer privaten Regulierung betroffene Gruppen diskriminiert werden können (*Katz* 2000). So kann ein dominantes Regulierungsdesign dazu führen, dass sich für einzelne Gruppen die Qualität der Regulierung so verschlechtert, dass sie wirtschaftliche Nachteile gegenüber anderen Gruppen erleiden (*Aviram* 2003).²⁷ Die IAS entwickeln sich beispielsweise in den Mitgliedstaaten der EU zunehmend als der dominante Rechnungslegungsstandard auch für kleine nicht-börsennotierte Unternehmen, da die Bilanzierung nach IAS immer häufiger Voraussetzung bei der Kapitalbeschaffung für sie wird (*Reuther* 2007). Die Umstellung auf und Anfertigung von IAS-Abschlüssen ist für diesen Kreis von Unternehmen jedoch oftmals mit erheblichen Kosten verbunden, ohne dass sie unmittelbar von einem Zugang zum internationalen Kapitalmarkt profitieren würden (*Reuther* 2007). Gleichzeitig entstehen ihnen Kosten aufgrund rechtlicher Inkompatibilitäten, da diese Unternehmen ganz überwiegend nur inländische rechtliche Bezüge aufweisen (z. B. Gesellschaftsrecht oder Vertragsrecht) oder bei ihnen die Rechnungslegung nicht alleine der Information potenzieller und anonymer Investoren dient, sondern auch anderer Stakeholder. Kleine und mittlere Unternehmen werden demnach vom IAS-Standard tendenziell benachteiligt (*Reuther* 2007).

Das Problem der Diskriminierung einzelner Gruppen durch die spezifische Ausgestaltung einer dominanten Regulierung kann sich zwar auch bei staatlichen Regulierungen stellen, ist aber durch den automatischen Verfahrensrechtsschutz zumindest formal ausgeschlossen. Bei privaten Regulierungen besteht ein solcher

²⁷ Dies entspricht einer „raising rivals’ cost“-Strategie, die auch in anderen Industrien als antikompetitives Instrument Anwendung findet (*Salop/Scheffman* 1983).

Rechtsschutz hingegen nicht, sodass die Diskriminierung bestimmter Gruppen über die Gestaltung der Regulierung sehr viel leichter aufrechtzuerhalten ist.

Die Möglichkeit zur Diskriminierung bestimmter Gruppen hat ihre Ursache im unterschiedlichen Zugang der von der Regulierung betroffenen Gruppen zum privaten Standardsetzungsgremium. So haben einzelne Personen, kleine und mittlere Unternehmen sowie kleine Interessensverbände oftmals nicht die Fachkompetenz, die finanziellen Mittel oder die wirtschaftliche Bedeutung, um in einem privaten Standardsetzungsgremium repräsentiert zu sein. Entsprechend wird das Standardsetzungsgremium die Regulierungspräferenzen dieser Gruppen nur wenig berücksichtigen.

Inwiefern es für die im Standardsetzungsgremium vertretenen Akteure eine wettbewerbsstrategische Option ist, nicht vertretene Akteure bewusst durch die Ausgestaltung der Regulierung zu behindern, hängt stark vom zu regulierenden Gegenstand ab (*Gupta/Lad* 1983). Im Bereich technischer Standards ist die bewusste Diskriminierung von Wettbewerbern über die Standardsetzung gut dokumentiert (Typen- und Normenkartelle), während im Bereich der Rechnungslegung die Diskriminierung eher ein Nebenprodukt der Etablierung von Standards sein dürfte. So wurden die IAS seit den siebziger Jahren vor allem auf Betreiben von großen Kapitalgesellschaften geschaffen, die einen verbesserten Zugang zum internationalen Kapitalmarkt wünschten, wobei für kleine und mittlere Unternehmen in der EU das Wahlrecht besteht, lokale Rechnungslegungsstandards weiterhin anzuwenden (§ 315a HGB). Netzeffekte und Pfadabhängigkeiten bewirken jedoch, dass kleine und mittlere Unternehmen immer häufiger gezwungen sind, ebenfalls die kapitalmarktorientierten IAS anzuwenden. Das stellt kleinere Unternehmen vor die Notwendigkeit, Einfluss auf die IAS zu nehmen, um sie an ihre Bedürfnisse anzupassen. Historisch sind im IASB jedoch fast ausschließlich große Kapitalgesellschaften vertreten, die nur wenig Rücksicht auf die Spezifika kleiner und mittlerer Unternehmen nehmen (*Reuther* 2007).²⁸

Zugang und Ausschluss zu privaten Regulierungen ist aus den genannten Gründen ein Problem, das nicht ohne Weiteres in der Sphäre privater Regulierung selbst gelöst werden kann (*McMillan/Woodruff* 2000; *Katz* 2000). Zur Lösung dieser Problematik bietet es sich deshalb an, staatliche Elemente der privaten Regulierung hinzuzufügen. Zu denken wäre hierbei wiederum an Vorschriften, die die Repräsentation aller von der Regulierung betroffenen Gruppen bei der Standardsetzung vorsieht sowie einen Verfahrensrechtsschutz, der von staatlichen Gerichten gewährleistet wird und nicht selbst wieder Gegenstand von privaten Übereinkünften ist. Ebenso kann die rechtliche Wirksamkeit privater Regulierung an ein Komi-

²⁸ Kleine und mittlere Unternehmen verfügen vermutlich häufig nicht über die Mittel und Kompetenz, um sich aktiv in einen Standardsetzungsprozess einzubringen. So rief im Jahre 2006 das IASB dazu auf, seine Vorschläge für „IFRS for SMEs“ zu kommentieren. Obwohl Millionen von Unternehmen davon betroffen sind, gingen beim IASB nur 120 Rückmeldungen von kleinen und mittleren Unternehmen ein (*Reuther* 2007, S. 320).

tologie-Verfahren gebunden werden, das die private Rechtsetzung bei der Transformation in nationales Recht im Hinblick auf eine Harmonisierung mit den Interessen aller von der Regulierung Betroffenen prüft.

Nicht immer wird der Staat jedoch in der Lage sein, die Problematik von Zugang und Ausschluss zu privaten Regulierungen durch das Hinzufügen staatlicher Elemente bei der Entwicklung und Gestaltung der privaten Regulierung zu beseitigen. Zum einen muss in diesem Fall mit dem eigeninteressierten Handeln staatlicher Akteure gerechnet werden, zum anderen dürfte ein einzelner Staat in manchen Bereichen privater Regulierung auch nur sehr begrenzte Möglichkeiten zur Einflussnahme haben, wie zum Beispiel auf das „ICANN“ (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers), das als privater Verein zentral die Internet-Domains und IP-Adressen weltweit zuteilt und verwaltet. Zudem ist bei einer entsprechend wirkungsvollen staatlichen Beteiligung an privaten Regulierungsregimen zwar das Problem von Zugang und Ausschluss lösbar, aber die Territorialität staatlichen Rechts bei der Lösung dieses Problems führt – zumindest bei supranationalen privaten Regulierungen – leicht zu einer lokalen Fragmentierung der privaten Regulierung. Es dürfte beispielsweise fraglich sein, ob die IAS noch als attraktiver weltweiter Rechnungslegungsstandard fungieren können, wenn deutsche nicht-börsennotierte (Familien-) Unternehmen ihre lokalen Präferenzen in den Standardsetzungsprozess einbringen können. Ebenfalls erscheint es als zweifelhaft, dass „IFRS for SMEs“ eine adäquate Antwort auf das Problem sind (*Reuther* 2007; mit Bezug zur amerikanischen Diskussion *Sunder* 2002, S. 228), da in einem solchen Fall von der Einheitlichkeit und Vergleichbarkeit der Publizität abgewichen wird und Netzvorteile nicht genutzt werden (*Wüstemann/Kierzek* 2007). Ebenso ist es für einzelne Staaten nahezu unmöglich, im elektronischen Handel die eigenen Regulierungsstandards durchzusetzen, ohne gleichzeitig die enormen wirtschaftlichen Vorteile des elektronischen Handels für die eigene Wirtschaft zu gefährden (*Kobrin* 2001).

D. Hybride Regulierung, Governance und Legitimation

I. Hybride Regulierung als determinierte Form der Governance

Nach dem in Abschnitt C. Gesagten stellt sich hybride Regulierung als ein institutionelles Optimierungsproblem dar, in dem, in Abhängigkeit von den jeweiligen Spezifika eines regulierungsbedürftigen Gegenstandes, die Kosten und Nutzen hybrider Regulierung den Kosten und Nutzen privater und staatlicher Regulierung gegenübergestellt werden (*Kirchner/Schmidt* 2006, S. 403). Dabei ist diejenige Form der Regulierung vorzuzugwürdig, die am ehesten Spezialisierungsvorteile zu nutzen in der Lage ist und Präferenzkosten durch Inkompatibilitäten und Diskriminierung vermeidet.

Das zu lösende institutionelle Optimierungsproblem ist nicht trivial, weil Kosten und Nutzen der zu vergleichenden Regulierungsregime keine gegebenen Größen sind, sondern von der konkreten institutionellen Gestaltung abhängen. So wäre es ohne Weiteres denkbar, dass internationale Rechnungslegungsstandards nicht in Form hybrider Regulierung zustande kommen und Geltung erlangen, sondern als rein staatliches Regelwerk konzipiert werden, das den parlamentarischen Gesetzgebungsprozess durchläuft und dann durch völkerrechtliche Übereinkunft internationale Geltung erlangt (Kirchhof 2000). Die rein staatliche Rechnungslegung hätte keinerlei Legitimationsdefizit und der demokratische Rechtsschöpfungsprozess würde zumindest in formaler Hinsicht alle von der Rechnungslegung betroffenen Gruppen repräsentieren und deren Präferenzen berücksichtigen, sodass Präferenzkosten auf ein Minimum reduziert würden. Gegenüber der derzeitigen Form hybrider Regulierung von Rechnungslegungsstandards in der EU könnte die rein staatliche Regulierung somit durchaus ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen (Kirchhof 2000, S. 687). Ebenso wäre es vorstellbar, dass die Rechnungslegung in großen Teilen dem „private ordering“ überlassen wird. In den Vereinigten Staaten gab es beispielsweise bis zur Großen Depression und zur Gründung der Securities and Exchange Commission (SEC) Anfang der dreißiger Jahre des letzten Jahrhunderts keine einheitliche und staatlich durchgesetzte Rechnungslegung. Vielmehr wurden Rechnungslegungsstandards von den privaten Börsen entwickelt, deren Einhaltung Voraussetzung für die Börsenzulassung war und damit zum Zugang zum Kapitalmarkt (Benston 1973). Dass das „private ordering“ im Bereich der Rechnungslegung nicht lediglich eine historische Regulierungsform ist, zeigt sich unter anderem daran, dass es eine wachsende Zahl an Wissenschaftlern gibt, die diese private Form der Regulierung befürworten und gegenüber anderen Formen der Regulierung von Publizität als überlegen ansehen (Huddart/Hughes/Brunnermeier 1999; Romano 1998). Im Übrigen sind „private companies“ in den Vereinigten Staaten von jeher nicht zur Aufstellung und Veröffentlichung von handelsrechtlichen Abschlüssen verpflichtet (Reuther 2007, S. 322).

Eine solche Betrachtung vernachlässigt jedoch leicht, dass es immer eine Reihe von Möglichkeiten gibt, durch institutionelle Verbesserungen das Kosten-Nutzen-Verhältnis eines Regulierungsregimes zu verbessern. Das Kosten-Nutzen-Verhältnis hybrider Regulierung von Rechnungslegungsstandards in der EU ließe sich beispielsweise dadurch verbessern, dass das Komitologie-Verfahren aufgewertet würde, indem inhaltlich strittige Fragen schneller die politische Ebene (Ministerrat) erreichen.²⁹ Dadurch könnten Kompatibilitätsprobleme und mögliche Diskriminierungen frühzeitig vermieden werden, wobei sich das Tempo des Regelsetzungsprozesses aber zweifellos verlangsamen würde. Präferenzkosten ließen sich ebenfalls senken, indem das Standardsetzungsgremium (IASB) pluraler mit Interessenvertretern besetzt würde (Hommelhoff/Schwab 1998), sodass der Einfluss von großen

²⁹ Dies wird aktuell vom Europäischen Parlament gegenüber der EU-Kommission gefordert (Europa Parlament 2007, insb. S. 10).

börsennotierten Unternehmen relativiert würde.³⁰ Ebenso könnten Präferenzkosten gesenkt werden, wenn ein Verfahrensrechtsschutz eingeführt würde, der es einzelnen Betroffenen ermöglicht, auf dem Rechtsweg Einspruch gegen bestimmte Gestaltungen des privaten Standardsetzungsgremiums zu erheben (*Hommelhoff/Schwab* 1998). Schließlich besteht noch die Möglichkeit, Präferenzkosten dadurch zu senken, dass der Anwendungsbereich einer hybriden Regulierung auf den Betroffenenkreis neu zugeschnitten wird. Aktuell wird eine solche Option im Zusammenhang mit der spezifischen Situation von nicht-börsennotierten kleinen und mittleren Unternehmen diskutiert, die ein an die IAS angelehntes eigenes Regelwerk (ED-IFRS for SMEs) erhalten sollen.

Die Wahl einer hybriden Regulierungsform stellt sich somit als komplexes, aber letztlich determiniertes Optimierungsproblem dar. In einem ersten Schritt werden die für ein Regelungsproblem grundlegend infrage kommenden Regulierungsregime identifiziert und für jede Regulierungsoption eine Kosten-Nutzen-Analyse durchgeführt. Damit ist das Wahlproblem aber noch nicht abgeschlossen, denn in einem zweiten Schritt kann durch entsprechende institutionelle Gestaltung des jeweiligen Regulierungsregimes die Kosten-Nutzen-Relation positiv verändert werden. Unter der Voraussetzung, dass dem Regulierer die Gestaltungs- und Verbesserungsmöglichkeiten eines Regulierungsregimes sowie die damit anfallenden Transaktionskosten der Administration bekannt sind, wäre zu erwarten, dass optimal zwischen „private ordering“, „public ordering“ und „hybrid regulation“ als Governance-Mechanismen gewählt werden könnte.³¹

So gesehen wäre die Zunahme hybrider Regulierungen als ein bewusster Akt institutioneller Optimierung zu interpretieren, weil hybride Regulierungen ein besseres Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen als rein private oder rein staatliche Regulierungen. Dabei dürfte insbesondere bei Regulierungsbedarf im Bereich transnationaler Transaktionen die hybride Regulierung gegenüber anderen Formen der Regulierung oftmals ein vorteilhafteres Kosten-Nutzen-Verhältnis aufweisen.

Betrachtet man die Wahl hybrider Regulierung als Governance-Mechanismus in dieser Weise als entscheidungslogisches Problem politischer Institutionen, stellen sich jedoch zwei Fragen: Erstens, woher stammt das Wissen über Kosten und Nutzen der verschiedenen Regulierungsalternativen sowie über die Gestaltungs- und Verbesserungsmöglichkeiten eines Regulierungsregimes (*Trachtman* 2006b)? Welche Art der Verkoppelung privater und staatlicher Regulierungselemente führt beispielsweise bei der Rechnungslegung zu einer Verbesserung der Kosten-Nutzen-

³⁰ Dieser Weg wurde vom FASB (Financial Accounting Standards Board) – dem US-amerikanischen Gegenstück zum IASB – bereits 1972 beschritten (*Gupta/Lad* 1983, S. 418).

³¹ Mit Bezug zu hybriden Umweltregulierungen macht beispielsweise *Esty* (1996, S. 653) das zu lösende Optimierungsproblem deutlich: „We can and should take advantage of hybrid environmental policy mechanisms that permit more subtle and refined forms of regulation capable of systematically minimizing the sum of the welfare losses from technical, structural, and public choice regulatory failures.“

Relation? Zweitens, wie wird sichergestellt, dass die entscheidungsbefugten politischen Institutionen und Akteure den Anreiz haben, das Regulierungsregime mit dem besten Kosten-Nutzen-Verhältnis zu implementieren und nach weiteren Verbesserungsmöglichkeiten zu suchen? Darüber gibt das eben beschriebene entscheidungslogische Verfahren keine Auskunft.

II. Hybride Regulierung als spontane Form der Governance

Um die beiden zuletzt aufgeworfenen Probleme zu lösen, bedarf es eines Instruments, das das beschriebene Wissensproblem löst und gleichzeitig politischen Institutionen und Akteuren Anreize setzt, dasjenige Regulierungsregime zu implementieren, das die beste Kosten-Nutzen-Relation aufweist.

Institutioneller Wettbewerb³² ist ein Instrument, das die beiden Probleme zu lösen in der Lage ist. Ähnlich, wie auf Gütermärkten der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren (*Hayek* 1968) fungiert und für einen permanenten Anreiz bei den Anbietern sorgt, ihre Produkte zu verbessern und den Wünschen der Nachfrager anzupassen, sorgt institutioneller Wettbewerb dafür, dass „rechtliche Produkte“ („law as a product“, *Romano* 1985) den Bedürfnissen der Nachfrager angepasst werden, stetige Verbesserungen erfahren und Monopolrenten (rent seeking) verhindert werden (*Sunder* 2002, S. 226; *Dunmore/Falk* 2001).³³ Der institutionelle Wettbewerb findet dabei in zwei Ebenen statt. Die erste Ebene kann man als horizontal bezeichnen. Sie umfasst den Wettbewerb von Regulierungen, deren Anbieter auf der gleichen Ebene angesiedelt sind. Der Wettbewerb zwischen Gesellschaftsrechten in der EU wäre beispielsweise ein solcher horizontaler Wettbewerb, weil das Angebot von Gesellschaftsrecht in der EU rein staatlich ist. Unternehmen als Rechtsnachfrager können mithin auf der Ebene des staatlichen Gesellschaftsrechts wählen, je nachdem ob und inwieweit zwischen Staaten eine gegenseitige Anerkennung des Gesellschaftsrechts besteht.³⁴ Ebenso ist ein horizontaler Wettbewerb zwischen rein privaten Regulierungen möglich, wie z. B. von Gütesiegeln für die Qualität von Produkten, mit denen Unternehmen den Konsumenten die Qualität ihrer Produkte signalisieren. Und auch zwischen hybriden Regulierungen kann es einen solchen horizontalen Wettbewerb geben, wie beispielsweise zwischen Schiedsgerichten oder Rechnungslegungsstandards (z. B. IAS und US-GAAP).

³² „Institutioneller Wettbewerb“ wird hier als Sammelbegriff verwendet, der spezifischere Formen des institutionellen Wettbewerbs mit einschließt, wie „interjurisdiktioneller Wettbewerb“ oder „Regulierungswettbewerb“.

³³ Hier können nicht die vielfältigen Einschätzungen und Meinungen zum institutionellen Wettbewerb diskutiert werden. Anstelle Vieler mit weiterführender Literatur siehe *Kerber* (1998); *Breton* (1996); *Frey/Eichenberger* (1999); *Sinn* (1997) und *North* (1990).

³⁴ Für einen Überblick siehe *Eidenmüller* (2002); *Heine* (2003, S. 23 ff.) sowie *Röpke/Heine* (2005).

Die zweite Ebene, in der ein institutioneller Wettbewerb stattfinden kann, bezeichnet den vertikalen Wettbewerb zwischen den verschiedenen Arten von Regulierungen, also zwischen privaten, hybriden und staatlichen Regulierungen (ähnlich *Trachtman* 2006a, S. 635). Publizität mittels Rechnungslegungsstandards lässt sich beispielsweise privat durch Börsen, hybrid über staatlich anerkannte private Gremien oder staatlich durch den politischen Prozess herstellen.

Die Erweiterung des institutionellen Wettbewerbs um die jeweils andere Ebene kann zu einer erheblichen Intensivierung des institutionellen Wettbewerbs führen (*Kirchner* 1999, S. 111) und damit auch zur Entstehung neuer Regulierungsformen. Dabei ist es für das spontane Auftreten neuer, besser an die Bedürfnisse der Regulierungsnachfrager angepasster Regulierungsformen zunächst unerheblich, ob aus Sicht einzelner Staaten diese neuen Formen der Governance als legitim angesehen werden. Vielmehr ist entscheidend, dass sich Transaktionen immer häufiger einer eindeutigen territorialen Zuordnung entziehen oder Akteure relativ problemlos einen territorialen Bezug in den Staat herstellen können, der ihnen die vorteilhaftesten Bedingungen zur Abwicklung von Transaktionen verspricht („forum shopping“). Auf diese Weise können sich neue Regulierungsformen leichter etablieren als dies früher der Fall war, als Transaktionen in den meisten Fällen problemlos territorial zugeordnet werden konnten. Das Legitimationsproblem bleibt freilich bestehen und zwar in doppelter Hinsicht: Regulierungsformen, die sich vom Staat als Regelgeber und -durchsetzer ablösen, sind vor dem Hintergrund eines modernen Staatsverständnisses nicht demokratisch zustande gekommen und entbehren dadurch tendenziell der Rechtsstaatlichkeit (*Kirchhof* 2000). Neben diesem verfassungsrechtlichen Problem besteht ein verfassungsökonomisches Problem, das darauf verweist, dass der institutionelle Wettbewerb genauso wie der Wettbewerb auf Gütermärkten der Ordnung bedarf, um funktionsfähig zu bleiben.³⁵

Das Problem, das von einer Wettbewerbsordnung für den institutionellen Wettbewerb sowohl auf horizontaler wie auch auf vertikaler Ebene gelöst werden muss, besteht darin, dass negative externe Effekte vermieden werden müssen (*Trachtman* 2006b). Das heißt, von der Wahl eines Regulierungsregimes durch die Rechtsnachfrager dürfen keine Dritten betroffen werden, ohne dass diese eine Ausweichmöglichkeit haben oder für die ihnen entstehenden Kosten kompensiert werden. Von der Rechtsformwahl oder von der Wahl eines Rechnungslegungsstandards dürfen beispielsweise Gläubiger nicht in der Weise benachteiligt werden, dass sie unfreiwillig Kosten und Risiken tragen, die eigentlich die Eigenkapitalgeber tragen müssten.

Verhindert die Wettbewerbsordnung des institutionellen Wettbewerbs das Auftreten externer Effekte, kann sich ein institutioneller Wettbewerb entfalten, in dem spontan effizienzsteigernde Regulierungsregime entstehen. Wie sich oben (Ab-

³⁵ Siehe beispielsweise *Kerber* (1998) sowie neuerdings die Debatte zwischen *Kirchhof* (2005) und *Vanberg* (2005), die die unterschiedliche Herangehensweise von Ökonomen und Juristen an Fragen des institutionellen Wettbewerbs mit transnationalen Aspekten verdeutlicht.

schnitt C.) zeigte, können hybride Regulierungen dabei zwar eine Reihe von Vorteilen aufweisen gegenüber rein staatlichen oder privaten Regulierungen, im Gegensatz zu dem vorher skizzierten Ansatz hybrider Regulierung als determiniertes Optimierungsproblem von Governance stehen aber hybride Regulierungen, die aus einem institutionellen Wettbewerbsprozess hervorgehen, unter aktuellem und potenziellem Wettbewerb durch staatliche und private Regulierungen.

Das ordnungspolitisch zu lösende Problem verschiebt sich damit von der exklusiven Zuordnung eines Regelungsproblems auf die Ebenen privat, hybrid oder staatlich und der anschließenden Optimierung der institutionellen Ausgestaltung auf die Schaffung eines Ordnungsrahmens, der es ermöglicht, dass im Wettbewerbsprozess das für ein regelungsbedürftiges Problem geeignetste Regulierungsregime gefunden wird. Insofern bedeutet die Ermöglichung privater und hybrider Regulierungsformen nicht den Rückzug staatlicher Institutionen bei der Regulierung, sondern vielmehr eine Verschiebung, weil der Einfluss politischer Institutionen auf private Regelsetzung weiter in Form von Meta-Institutionen besteht, die den Wettbewerb von Regulierungsregimen in der Bandbreite von rein staatlicher bis rein privater Governance von Transaktionen erst ermöglichen.

III. Legitimation und institutioneller Wettbewerb

Betrachtet man das Verhältnis von privater Regelsetzung und staatlichen Institutionen in der eben beschriebenen Weise als ein Zwei-Ebenen-Problem, bei dem auf der ersten Ebene private, staatliche und hybride Regulierungen miteinander konkurrieren und auf der zweiten Ebene der Staat die Voraussetzungen für diesen Wettbewerb schafft, dann stellt sich das Legitimationsproblem anders dar, als wenn Elemente privater Rechtssetzung in scharfen Kontrast zum staatlich-demokratischen Recht gesetzt werden.³⁶

Wird private Rechtsetzung in Kontrast zu staatlicher Rechtsetzung gestellt, indem der Staat mittels seines Gewaltmonopols bestimmt, welche Regulierungen exklusiv staatlich, hybrid oder privat angeboten werden, so können die von der Regulierung betroffenen Akteure nur über den politischen Prozess Einfluss auf die Ausgestaltung der Regulierung nehmen und gegebenenfalls auf dem Wege des Verfahrensrechtsschutz durch Anrufung von Gerichten im Nachhinein eine Regelanpassung bewirken. Entscheidend ist dabei, dass, wenn der politische Prozess, in dem die Regulierung zustande kommt, den rechtsstaatlichen Anforderungen entspricht, die Regulierung legitim ist. Dies gilt auch für private Regulierungen, wenn über den politischen Prozess bestimmt wird, dass der Staat selbst ein Problem nicht reguliert (*Kirchhof* 1987, S. 107 ff.). Ist auf diese Weise Legitimation von Regulie-

³⁶ Eine ausführliche juristische Einordnung und Diskussion des Verhältnisses von privater und staatlicher Rechtssetzung findet sich in *Kirchhof* (1987, S. 504 ff.); siehe ebenfalls *Röthel* (2007).

rung hergestellt, haben die Regulierten keine weiteren Einflussmöglichkeiten auf die Regulierung und müssen etwaige Regulierungsexternalitäten und Präferenzkosten tragen. Eine Anpassung der Regulierung ist dann letztlich nur über die Wahl von Politikern und deren Parteiprogramme möglich. Einzelne Regulierungen dürften jedoch höchst selten im Mittelpunkt eines Parteiprogramms stehen und wahlentscheidend sein, weshalb die Präferenzkosten der Regulierung tendenziell hoch sein werden, abhängig davon, wie homogen die Gruppe der Betroffenen ist und wie hoch ihr Organisationsgrad ist, um sich in den politischen Gesetzgebungsprozess einzubringen.

Anders stellt sich die Situation dar, wenn ein institutioneller Wettbewerb zwischen Regulierungen herrscht. In diesem Fall gibt es für Regulierungsnachfrager die Möglichkeit, horizontal und vertikal zwischen unterschiedlichen Regulierungsanbietern und -formen zu wählen, was zu einer Senkung der Präferenzkosten führt. Legitimation erlangt ein Regulierungsregime nicht mehr durch den politischen Prozess, sondern dessen Auswahl durch den einzelnen Regulierungsnachfrager. Nicht der politische Diskurs erzeugt somit Legitimität, sondern die Zustimmung durch Auswahl.

Wie bereits oben diskutiert, ist die Eröffnung institutionellen Wettbewerbs durch die Wahlmöglichkeit zwischen verschiedenen staatlichen, hybriden und privaten Regulierungen mit einer Reihe von Vorteilen, aber auch möglichen Nachteilen verbunden. Nachteile, wie Externalitäten, Absprachen oder Regulierungswettläufe nach unten, führen dazu, dass Regulierungen – trotz Wahlfreiheit durch die Regulierungsnachfrager – ein Legitimationsdefizit aufweisen können, da von der Regulierung betroffene Dritte diesen Regulierungen keine Zustimmung erteilt hätten. Will man nun nicht den institutionellen Wettbewerb abschaffen und damit auf seine Vorteile verzichten, muss für den institutionellen Wettbewerb als Verfahren selbst Legitimation eingeholt werden. Diese Legitimation kann nicht selbst wieder im Wettbewerb hergestellt werden, sondern muss durch Wahlen und Abstimmungen im politischen Prozess erfolgen. Ist die politische Zustimmung zum institutionellen Wettbewerb erfolgt, setzt sich die Legitimation einer Regulierung aus zwei Komponenten zusammen: Erstens, der Legitimation durch die Wahlakte der Regulierungsnachfrager und zweitens, die Legitimation durch potenziell von der Regulierung negativ betroffene Dritte, die durch die Zustimmung zum Verfahren des institutionellen Wettbewerbs die Regulierung akzeptieren.

Ob der institutionelle Wettbewerb als Verfahrenskomponente Legitimation erhält, hängt freilich davon ab, ob sich Regulierungsnachfrager und potenziell von der Regulierung negativ Betroffene vom institutionellen Wettbewerb Vorteile versprechen. Für potenziell negativ Betroffene der Regulierung heißt das, dass sie eine Ausgestaltung des institutionellen Wettbewerbs fordern werden, der negative Externalitäten wenigstens in dem Ausmaß verhindert, wie dies eine Regulierung tut, die nicht im Wettbewerb steht. Um diese Anforderung zu erfüllen, ist eine Wettbewerbsordnung für den institutionellen Wettbewerb auszugestalten, die im politischen Prozess zustimmungsfähig ist.

Wie im Einzelnen eine solche Wettbewerbsordnung auszugestalten wäre, hängt stark vom Regulierungsgegenstand ab. Zwei Aufgaben hat die Wettbewerbsordnung aber in jedem Falle zu leisten (*Ogus* 1995, S. 105 ff.; siehe auch *Page* 1986): Besteht eine Informationsasymmetrie hinsichtlich der Qualität der Regulierung bei den Regulierungsnachfragern, kann es zu einem „race to the bottom“ kommen, in dem sich qualitativ schlechte Regulierungen durchsetzen, die dem Regulierungsnachfrager direkt schaden oder Dritten Kosten verursachen. Solche Abwärtsspiralen der Regulierungsqualität sind zu verhindern. Des Weiteren sind Absprachen (Kartelle) von Regulierungsanbietern und das Ausnutzen einer dominanten Marktposition (Diskriminierung) durch Regulierungsanbieter zu unterbinden.

Das Problem der Qualitätsunkenntnis ließe sich durch Regulierungsmindeststandards lösen, die in Form eines Zulassungsverfahrens (Lizenzierung) durchgesetzt werden. Dem Problem von Absprachen wäre von einer auf den „Markt für Regulierungen“ spezialisierten Wettbewerbsaufsicht zu begegnen. Beide Aufgaben könnten von einer Agentur übernommen werden, die damit stellvertretend für die schlecht informierten und diskriminierten Regulierungsnachfrager sowie die potenziell mit externen Kosten belasteten Dritten die Monitoring-Funktion wahrnimmt (*Ogus* 1995, S. 106).³⁷ Da oftmals die zu regulierenden Transaktionen transnationalen Charakter haben, sodass sich nicht in jedem Fall ein eindeutiger territorialer Anknüpfungspunkt für Transaktionen bestimmen lässt und die territorialen Anknüpfungspunkte von Regulierungsanbieter, Regulierungsnachfrager und potenziell geschädigten Dritten stark streuen können, müsste die mit der Zulassung und Überwachung von Regulierungsangeboten betraute Agentur supranational angesiedelt sein und die entsprechenden Handlungsrechte hierfür von den Nationalstaaten zugesprochen bekommen. Dieses Delegationsproblem wirft ganz eigene Probleme auf und kann hier nicht weiter vertieft werden. Eine Institution, die diese Aufgabe jedoch übernehmen könnte, ist die WTO, die eine stabile völkervertragliche Basis zwischen Staaten darstellt.³⁸

Interessant an dem Vorschlag, Legitimation einerseits durch die einzelnen Wahlakte der Regulierungsnachfrager im institutionellen Wettbewerbsprozess einzuholen und andererseits durch eine Wettbewerbsordnung für den institutionellen Wettbewerb von Regulierungsregimen zu sorgen, ist, dass diese Verzahnung zu einer neuen Form der hybriden Regulierung führt. Die im Wettbewerb stehenden konkreten Regulierungen, die privat, staatlich oder hybrid angeboten werden, werden von einer supranationalen staatlichen Agentur auf ihre Wettbewerbskonformität hin kontrolliert. Der Inhalt und die Form der Regulierung werden dabei nur soweit geprüft, als dass gewisse Regulierungsmindeststandards eingehalten werden. Im Gegensatz zu dieser wettbewerbsoffenen Form der hybriden Regulierung

³⁷ Für den Bereich der Rechnungslegung beschreiben *Dunmore / Falk* (2001), wie eine solche Wettbewerbsaufsicht gestaltet werden könnte und welchen Sanktionsapparat sie zur Verfügung haben sollte.

³⁸ Siehe hierzu ausführlich *Trachtman* (2006a, 2006b).

steht das traditionelle Verständnis hybrider Regulierung, in dem Form und Inhalt der hybriden Regulierung hoch spezifiziert sind und gegenüber rein privater und rein staatlicher Regulierung scharf abgegrenzt werden.

Damit lässt sich nun auch genauer bestimmen, warum die derzeit in der Diskussion stehenden hybriden Regulierungen, trotz aufwendiger „Review“-Verfahren, wie Komitologie bei internationalen Rechnungslegungsstandards (IAS), ein latentes Legitimationsdefizit aufweisen. So schreiben beispielsweise *Kirchner* und *Schmidt* (2005, S. 82): „... hybrid standard setting degenerates to ‚crypto-public‘ standard setting with an equivocal legitimacy from an economic perspective.“³⁹ Festgemacht wird diese Einschätzung daran, dass die Vermeidung von Präferenzkosten eine Überwachung des privaten Standardsetzungsgremiums im Komitologie-Verfahren erforderlich mache, diese Überwachung aber ein entsprechendes Fachwissen der Kontrolleure voraussetze, das diese nicht haben bzw. nur unter Inkaufnahme erheblicher (Agentur-)Kosten beschaffen könnten (*Kirchner/Schmidt* 2006, S. 400). Letztlich bleibe die Legitimation daher Attrappe und das Problem werde nur verschoben (*Kirchner/Schmidt* 2006, S. 402). Gelegentlich werden hybride Regulierungen auch als moderne Form des Korporatismus eingeschätzt, wobei die Regelsetzung den demokratisch-legitimierten Institutionen ganz oder teilweise entzogen sei (*Ogus* 1995, S. 98; *Schmitter* 1985).

Wie gezeigt, muss die Überwachung und Legitimation des privaten Standardsetzungsgremiums jedoch nicht notwendig durch die politischen Institutionen in aufwendigen „Review“-Verfahren erfolgen, sondern kann auch direkt über die Wahlakte der Regulierungsnachfrager stattfinden. Denn mit ihren Wahlakten dokumentieren die Regulierungsnachfrager ihre Zustimmung zu einem bestimmten Regulierungsangebot. Anstelle eines aufwendigen „Review“-Prozesses im Komitologie-Verfahren wäre bei institutionellem Wettbewerb durch eine Zulassungsagentur lediglich noch zu prüfen, ob bestimmte Regulierungsmindeststandards eingehalten werden und keine gezielten Wettbewerbsbehinderungen vorliegen. Das latente Legitimationsdefizit, das sich beim traditionellen Verständnis hybrider Regulierungen ergibt, liegt somit in der wettbewerblich nicht kontrollierten und häufig staatlich abgesicherten Stellung des privaten Standardsetzers.

E. Zusammenfassung

Die Zunahme transnationaler Transaktionen und die immer häufiger auftretende Schwierigkeit, Transaktionen einem Rechtsraum territorial eindeutig zuzuordnen, macht es erforderlich, nach neuen Regulierungsformen zu suchen. Hybride Regulierungen sind eine Möglichkeit, um mit diesen transnationalen Problemen umzugehen, indem die Setzung eines Regulierungsstandards einem supranationalen privaten Gremium überlassen wird, während die Rechtsdurchsetzung lokal staatlich

³⁹ Ähnlich *Kirchner/Schmidt* (2006); *Hommelhoff/Schwab* (1998); *Kirchhof* (2000).

erfolgt (Abschnitt B.). Die Kombination privater und staatlicher Elemente verspricht – insbesondere bei transnationalen Regelungsproblemen – häufig ein besseres Verhältnis von Regulierungskosten und Regulierungsnutzen als die rein staatliche Regulierung oder das Überlassen der Regulierung einem „private ordering“ (Abschnitt C.).

Aus dieser Sicht erscheint die Wahl hybrider Regulierung als Governance-Mechanismus von Transaktionen als ein institutionelles Optimierungsproblem, bei dem entsprechend der anfallenden Kosten und Nutzen zwischen privater, hybrider und staatlicher Regulierung politisch zu entscheiden ist. Die Lösung des Optimierungsproblems ist jedoch an zwei Bedingungen geknüpft: Erstens, die mit der Entscheidung beauftragten politischen Institutionen haben vollständiges Wissen über Kosten und Nutzen einer Regulierungsalternative, und zweitens, die politischen Akteure haben den Anreiz, die gesamtgesellschaftlich vorteilhafteste Regulierung zu implementieren. Es ist zweifelhaft, dass beide Bedingungen erfüllt werden (Abschnitt D.I.).

Die Wahl hybrider Regulierungen kann jedoch auch als Ergebnis eines institutionellen Wettbewerbsprozesses konzeptionalisiert werden. Danach entscheiden die Regulierungsnachfrager darüber, welche die vorteilhafteste Form der Regulierung ist. Die Regulierungsanbieter werden dabei auch dem Druck ausgesetzt, ihr Regulierungsangebot an die Wünsche der Regulierungsnachfrager anzupassen und innovativ fortzuentwickeln. Um die Vorteile des institutionellen Wettbewerbs nutzen zu können, ist allerdings eine Wettbewerbsordnung zu schaffen, die vor Regulierungsexternalitäten und Wettbewerbsverfälschungen schützt (Abschnitt D.II.).

Mit der Schaffung einer Wettbewerbsordnung für den institutionellen Wettbewerb zwischen privaten, hybriden und staatlichen Regulierungsregimen ergibt sich schließlich auch eine Lösung für das Problem des latenten Legitimationsdefizits von hybriden Regulierungen. Legitimation wird dabei auf zwei Ebenen eingeholt. Zum einen auf der Ebene der Regulierungsnachfrager, die mit der Wahl einer Regulierung ihre Zustimmung zu dieser Regulierung ausdrücken, und zum anderen auf der Ebene der Wettbewerbsordnung für den institutionellen Wettbewerb, die politisch zustimmungsfähig ist, wenn sie dafür sorgt, dass Regulierungsexternalitäten und Wettbewerbsverzerrungen vermieden werden. Vor diesem Hintergrund kann das immer wieder diagnostizierte Legitimationsdefizit hybrider Regulierungen als ein Mangel an institutionellem Wettbewerb einerseits und das Fehlen einer entsprechenden Wettbewerbsordnung andererseits verstanden werden (Abschnitt D.III.).

Literatur

Ackermann, R. (2001): Pfadabhängigkeit, Institutionen und Regelreform, Tübingen.

Allen, W. T. (2000): The Pride and the Hope of Delaware Corporate Law, in: Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 25, S. 70–77.

- Aviram, A. (2003): Regulation by Networks, in: Brigham Young University Law Review, Issue No. 4, S. 1179 – 1238.
- Bebchuk, L./Roe, M. J. (1999): A Theory of Path Dependence in Corporate Governance and Ownership, in: Stanford Law Review, Vol. 167, S. 127 – 170.
- Behrens, P. (1986): Die ökonomischen Grundlagen des Rechts, Tübingen.
- Benston, G. J. (1973): Required Disclosure and the Stock Market: An Evaluation of the Securities Exchange Act of 1934, in: American Economic Review, Vol. 63, S. 132 – 155.
- Breton, A. (1996): Competitive Governments, Cambridge.
- Brownlie, I. (2003): Principles of Public International Law, 6. Aufl., Oxford.
- Carney, W. J. (1998): The Production of Corporate Law, in: Southern California Law Review, Vol. 71, S. 715 – 780.
- Coenenberg, A. G. (2007): IAS 32: Musterbeispiel für nicht mustergültige Setzung internationaler Bilanzierungsstandards, in: Die Betriebswirtschaft, Jg. 67, S. 363 – 368.
- Dunmore, P./Falk, H. (2001): Economic Competition between Professional Bodies: The Case of Auditing, in: American Law and Economics Review, Vol. 3, S. 302 – 319.
- Eidenmüller, H. (2002): Wettbewerb der Gesellschaftsrechte in Europa, in: Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Vol. 23, S. 2233 – 2245.
- Erlei, M./Leschke, M./Sauerland, D. (2007): Neue Institutionenökonomik, 2. Aufl., Stuttgart.
- Esty, D. C. (1996): Revitalizing Environmental Federalism, in: Michigan Law Review, Vol. 95, S. 570 – 653.
- Europa Parlament (2007): Konferenz der Ausschussvorsitzenden, Beitrag zum Legislativ- und Arbeitsprogramm der Kommission für 2007, PE 359.625 / rev.3v01 – 00.
- Folke-Schuppert, G. (ed.) (2006): Global Governance and the Role of Non-State Actors, Schriften zur Governance-Forschung, Bd. 5, Baden-Baden.
- Frey, B. S./Eichenberger, R. (1999): The New Democratic Federalism for Europe. Functional, Overlapping and Competing Jurisdictions, Cheltenham.
- Fromm, S./Aretz H.-J. (2006): Institutioneller Wandel als Hybridisierung. Die Entwicklung der globalen Börsenindustrie und der Konflikt um die Deutsche Börse AG, in: Berliner Journal für Soziologie, Vol. 16, S. 371 – 392.
- Grandy, C. (1989): New Jersey Corporate Chartermongering, 1875 – 1929, in: The Economic Journal of History, Vol. 49, S. 677 – 692.
- Großmann-Doerth, H. (1933): Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft und staatliches Recht. Antrittsvorlesung, Freiburger Universitätsreden, Freiburg.
- Gupta, A. K./Lad, L. J. (1983): Industry Self-Regulation: An Economic, Organizational, and Political Analysis, in: Academy of Management Review, Vol. 8, S. 416 – 425.
- Hathaway, O. A. (2001): Path Dependence in the Law: The Course and Pattern of Legal Change in a Common Law System, in: Iowa Law Review, Vol. 86, S. 601 – 665.
- Hayek, F. A. von (1968): Der Wettbewerb als Entdeckungsverfahren, Institut für Weltwirtschaft, Kieler Vorträge, Neue Folge 56, Kiel.
- Hayek, F. A. (1976): Law, Legislation and Liberty: The Mirage of Social Justice, London.

- Heine, K.* (2003): Regulierungswettbewerb im Gesellschaftsrecht, Berlin.
- Heine, K./Kerber, W.* (2002): European Corporate Laws, Regulatory Competition and Path Dependence, in: *European Journal of Law and Economics*, Vol. 13, S. 47–71.
- Heine, K./Röpke, K.* (2006): Die Rolle von Qualitätssignalen – eine ökonomische und juristische Analyse am Beispiel der deutschen Kapitalschutzvorschriften, in: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, Vol. 70, S. 137–160.
- Hicks, J. R.* (1935): The Theory of Monopoly, in: *Econometrica*, Vol. 3, S. 1–20.
- Hoffmann-Riem, W.* (1996): Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen – Systematisierung und Entwicklungsperspektiven, in: *W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann* (Hg.), *Öffentliches Recht und Privatrecht als wechselseitige Auffangordnungen*, Baden-Baden, S. 261–336.
- Hommelhoff, P./Schwab, M.* (1998): Gesellschaftliche Selbststeuerung im Bilanzrecht. Standard Setting Bodies und staatliche Regulierungsverantwortung nach deutschem Recht, in: *Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis*, Jg. 50, S. 38–56.
- Huddart, S./Hughes, J. S./Brunnermeier, M.* (1999): Disclosure Requirements and Stock Exchange Listing Choice in an International Context, in: *Journal of Accounting and Economics*, Vol. 26, S. 237–269.
- Jellinek, G.* (1905): *Das Recht des modernen Staates*, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., Berlin.
- Kamar, E.* (1998): A Regulatory Competition Theory of Indeterminacy in Corporate Law, in: *Columbia Law Review*, Vol. 98, S. 1908–1959.
- Katz, E. D.* (2000): Private Order and Public Institutions. Comment on John McMillan and Christopher Woodruff, in: *Michigan Law Review*, Vol. 98, S. 2481–2493.
- Kerber, W.* (1998): Zum Problem einer Wettbewerbsordnung für den Systemwettbewerb, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, Bd. 17, S. 199–230.
- Kieser, A.* (1989): Organizational, Institutional, and Societal Evolution: Medieval Craft Guilds and the Genesis of Formal Organizations, in: *Administrative Science Quarterly*, Vol. 34, S. 540–564.
- Kirchhof, F.* (1987): *Private Rechtsetzung*, Tübingen.
- Kirchhof, P.* (2000): Gesetzgebung und private Regelsetzung als Geltungsgrund für Rechnungslegungspflichten?, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, Bd. 29, S. 681–692.
- Kirchhof, P.* (2005): Der Staat tut dem Wettbewerb gut: Eine gedankliche Begegnung mit Viktor Vanberg, in: *Ordo*, Bd. 56, S. 55–59.
- Kirchner, C.* (1999): Zur Territorialität des Bilanzrechts, in: *Jahrbuch für Neue Politische Ökonomie*, Bd. 18, S. 100–125.
- Kirchner, C.* (2002): Regulierung durch Unternehmensführungskodizes (Codes of Corporate Governance), in: *Schmalenbachs Zeitschrift für betriebswirtschaftliche Forschung*, Bd. 45, S. 93–120.
- Kirchner, C./Schmidt, M.* (2005): Private Law-Making: IFRS – Problems of Hybrid Standard Setting, in: *P. Nobel* (Hg.), *International Standards and the Law*, Bern, S. 67–82.

- Kirchner, C./Schmidt, M.* (2006): Hybride Regelsetzung im Recht der Unternehmensrechnungslegung – Fehlentwicklungen im europäischen Gemeinschaftsrecht, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Bd. 58, S. 387–407.
- Klausner, M.* (1995): Corporations, Corporate Law, and Networks of Contracts, in: Virginia Law Review, Vol. 81, S. 757–852.
- Kobrin, S. J.* (2001): Territoriality and the Governance of Cyberspace, in: Journal of International Business Studies, Vol. 32, S. 687–704.
- Kreijen, G./Brus, M./Duursma, J./De Vos, E./Dugard, J.* (eds.) (2002): State, Sovereignty, and International Governance, Oxford.
- Kropholler, J.* (2006): Internationales Privatrecht, 6. Aufl., Tübingen.
- Lessig, L.* (1998): Code and Other Laws of Cyberspace, New York.
- Liebowitz, S. J./Margolis, S. E.* (1990): The Fable of the Keys, in: Journal of Law and Economics, Vol. 33, S. 1–25.
- Macey, J. R.* (1998): Public Choice and the Law, in: P. Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Bd. 3, S. 171–178.
- McMillan, J./Woodruff, C.* (2000): Private Order under Dysfunctional Public Order, in: Michigan Law Review, Vol. 98, S. 2421–2458.
- National Academy of Sciences* (2000): The Internet's Coming of Age, Washington (DC).
- North, D. C.* (1990): Institutions, Institutional Change and Economic Performance, Cambridge.
- Ogus, A.* (1995): Rethinking Self-Regulation, in: Oxford Journal of Legal Studies, Vol. 15, S. 97–108.
- Ottaway, M.* (2001): Corporatism Goes Global: International Organisations, Nongovernmental Organisation Networks, and Transnational Business, in: Global Governance, Vol. 7, S. 265–292.
- Page, A. C.* (1986): Self Regulation: The Constitutional Dimension, in: Modern Law Review, Vol. 49, S. 141–167.
- Polinsky, A. M.* (1974): Economic Analysis as a Potentially Defective Product: A Buyer's Guide to Posner's Economic Analysis of Law, in: Harvard Law Review, Vol. 87, S. 1655–1681.
- Porat, A.* (2000): Enforcing Contracts in Dysfunctional Legal Systems: The Close Relationship between Public and Private Orders: A Reply to McMillan and Woodruff, in: Michigan Law Review, Vol. 98, S. 2459–2480.
- Reuther, F.* (2007): Anforderungen an IFRS aus der Sicht eines Familienunternehmens, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Bd. 59, S. 313–325.
- Richter, R./Furubotn, E. G.* (2003): Neue Institutionenökonomik, 3. Aufl., Tübingen.
- Roe, M. J.* (1996): Chaos and Evolution in Law and Economics, in: Harvard Law Review, Vol. 109, S. 641–668.
- Roe, M. J.* (1998): Comparative Corporate Governance, in: P. Newman (ed.), The New Palgrave Dictionary of Economics and the Law, Bd. 1, S. 339–346.

- Röpke, K./Heine, K. (2005): Vertikaler Regulierungswettbewerb und europäischer Binnenmarkt – die Europäische Aktiengesellschaft als supranationales Rechtsangebot, in: *Ordo*, Bd. 56, S. 157–185.
- Röthel, A. (2007): *Lex mercatoria, lex sportiva, lex technica*, in: *Juristen Zeitung*, Jg. 62, S. 755–763.
- Romano, R. (1985): Law as a Product: Some Pieces of the Incorporation Puzzle, in: *Journal of Law, Economics, & Organization*, Vol. 1 S. 225–283.
- Romano, R. (1993): *The Genius of American Corporate Law*, Washington (DC).
- Romano, R. (1998): Empowering Investors: A Market Approach to Securities Regulation, in: *Yale Law Journal*, Vol. 107, S. 2359–2430.
- Romano, R. (1999): Corporate Law and Corporate Governance, in: G. R. Carrol/D. J. Teece (ed.): *Firms, Markets and Hierarchies*, New York, S. 365–427.
- Salop, S. C./Scheffman, D. T. (1983): Raising Rivals' Costs, in: *American Economic Review*, Vol. 73, S. 267–271.
- Schmidt, R. H./Tyrell, M. (1997): Financial Systems, Corporate Finance and Corporate Governance, in: *European Financial Management*, Vol. 3, S. 159–187.
- Schmitter, P. C. (1985): Neo-corporatism and the State, in: W. Grant (ed.): *Political Economy of Corporatism*, London, S. 32–62.
- Schwartzstein, L. (1994): An Austrian View of Legal Process, in: *Ohio State Law Journal*, Vol. 55, S. 1009–1049.
- Sinn, H.-W. (1997): The Selection Principle and Market Failure in Systems Competition, in: *Journal of Public Economics*, Vol. 66, S. 247–274.
- Staden, A. von/Vollard, H. (2002): The Erosion of State Sovereignty: Towards a Post-Territorial World?, in: G. Kreijen et al. (ed.), *State, Sovereignty, and International Governance*, Oxford, S. 166–184.
- Steunenberg, B./Koboldt, C./Schmidtchen D. (1996): Policymaking, Comitology, and the Balance of Power in the European Union, in: *International Review of Law and Economics*, Vol. 16, S. 329–344.
- Sunder, S. (2002): Regulatory Competition for Low Cost-of-capital Accounting Rules, in: *Journal of Accounting and Public Policy*, Vol. 21, S. 147–149.
- Trachtman, J. P. (2006a): The Constitutions of the WTO, in: *The European Journal of International Law*, Vol. 17, S. 623–646.
- Trachtman, J. P. (2006b): The World Trading System, the International Legal System and Multilevel Choice, in: *European Law Journal*, Vol. 12, S. 469–485.
- Vanberg, V. (2005): Auch Staaten tut der Wettbewerb gut: Eine Replik auf Paul Kirchhof, in: *Ordo*, Bd. 56, S. 47–53.
- Vanberg, V./Kerber, W. (1994): Institutional Competition among Jurisdictions: An Evolutionary Approach, in: *Constitutional Political Economy*, Vol. 5, S. 193–219.
- Williamson, O. E. (1991): Comparative Economic Organization: The Analysis of Discrete Structural Alternatives, in: *Administrative Science Quarterly*, Vol. 36, S. 269–296.

- Wüstemann, J./Kierzek, S. (2007): IFRS als neues Bilanzrecht für den Mittelstand? – Bilanztheoretische Erkenntnisse und Würdigung der IFRS in ihrem Lichte, in: Betriebswirtschaftliche Forschung und Praxis, Bd. 59, S. 358 – 375.*
- Zweigert, K./Kötz, H. (1996): Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiet des Privatrechts, 3. Aufl., Tübingen.*

Korreferat zu dem Beitrag von Klaus Heine

Hybride Regulierung. Zum Einfluss politischer Institutionen auf private Regelsetzung

Von *Theresia Theurl*, Münster

A. Aktuelle und relevante Fragestellung

Klaus Heine geht im vorliegenden Beitrag von einer Zunahme hybrider Regulierungen aus. Darunter ist eine noch näher zu konkretisierende Arbeitsteilung zwischen privaten und staatlichen Akteuren bei Regulierungsaktivitäten zu verstehen. Entsprechende Regulierungsregime setzen sich aus privaten und öffentlichen Elementen zusammen. Diese Entwicklung korrespondiert nicht nur mit einer Liberalisierung und Reregulierung von Wirtschaftssektoren mit einer bislang hohen Regulierungsintensität, sondern auch mit einer Zunahme grenzüberschreitender Transaktionen. Solche sind mit unterschiedlichen Regulierungsräumen konfrontiert und haben das Entstehen von zahlreichen Regeln der Koordination, Harmonisierung, Anerkennung sowie die Supranationalisierung von Institutionen hervorgerufen. In diesem Prozess kommt es zu einer faktischen Aushöhlung der Regulierungskompetenz von Nationalstaaten.

Klaus Heine argumentiert (Abschnitt B. III.), dass mit der Integration von privaten Elementen in staatliche Regulierungsregime der souveräne Nationalstaat „mit vergleichsweise geringem Kompetenzverlust weiter bestehen“ kann. Während dies in der späteren Argumentation als positiver Nebeneffekt interpretiert wird, besteht der eigentliche Vorzug hybrider Regulierungen darin, dass sie „eine effizientere Abwicklung von – insbesondere transnationalen – Transaktionen erlauben als andere Formen der Regulierung“ (Abschnitt B. III.). Ein regulatorischer „Move to the middle“ kann also sowohl empirisch festgestellt als auch theoretisch erklärt werden.

Da hybride Regulierungsregime immer Elemente einer privaten Regulierung enthalten, leiden sie im Vergleich zu staatlichen Regimen allerdings unter einem Legitimationsdefizit. *Klaus Heine* thematisiert in diesem Beitrag die relativen Vorteile einer hybriden Regulierung und identifiziert die Ausgestaltung eines Regulierungsregimes grundsätzlich als Optimierungsaufgabe, die am besten durch einen institutionellen Wettbewerb zwischen Regulierungsregimen zu lösen sei. Durch die

Verankerung eines solchen Prozesses könne auch das Legitimationsdefizit hybrider Regulierungen geheilt werden.

Der Beitrag setzt sich mit aktuellen Entwicklungen auseinander, die sowohl ökonomisch-theoretisch als auch wirtschaftspolitisch große Aktualität und Relevanz aufweisen. Die Analyse sowie die Ergebnisse sind interessant und anregend. Es handelt sich um eine sehr facettenreiche Thematik. In den weiteren Ausführungen sollen nur einige Aspekte herausgegriffen werden, die entweder weiter vertieft werden könnten, die zusätzliche überlegenswerte Facetten beinhalten oder die Anregungen für Diskussionen bieten sollen. Zusätzlich wird dafür plädiert, die Verbindungslinien zwischen dem vorgestellten Ansatz und der ökonomischen Theorie der Regulierung offen zu legen.

B. Inhalte der hybriden Regulierung

Sowohl das Konzept der Hybridität als auch jenes der Regulierung und die entsprechenden Inhalte werden in der Ökonomie mit jeweils unterschiedlichen Inhalten und nicht einheitlich verwendet. Obwohl *Klaus Heine* exakt definiert und abgrenzt, spiegeln sich in seinen Ausführungen einige so bedingte Unschärfen, die durch das verwendete Wording entstehen und die zu Missverständnissen führen können. So wird unter hybrider Regulierung in der ökonomischen Theorie der Regulierung eine Kombination von Preis- und Mengenstrategien zur Korrektur von Marktversagen verstanden. Dies entspricht keinesfalls dem Verständnis dieses Beitrages. Doch dies ist nicht die einzige Quelle für Missverständnisse.

I. Hybride Institutionen

Die Inhalte hybrider Institutionen oder Governance-Regime sind in der Literatur nicht einheitlich abgegrenzt. Generell hat sich „hybrid“ als ein häufig verwendeter – jedoch sehr schillernder – Begriff herausgestellt. Häufig wird im Zusammenhang mit Institutionen auf *Williamson* (z. B. 1996, 2005a, 2005b) zurückgegriffen, der Hybride als einen Mix marktlicher und hierarchischer Koordinationsformen definiert, dabei Abgrenzungskriterien und deren Ausprägungen annähernd festlegt. Anders als in der Transaktionskostenökonomik geschieht die Konkretisierung vor der Verwendung des Begriffs „hybrid“ relativ selten. Die häufigsten Begriffsinhalte sind erstens die Kombination von Elementen aus mehreren Regimen zu einem zusätzlichen Regime (1), zweitens der Wechsel zwischen verfügbaren Regimen in Abhängigkeit von bestimmten Voraussetzungen, umgesetzt z. B. im Hybrid-Motor (2) und drittens die parallele Existenz von mehreren Regimen (3) sowie viertens mehrstufig organisierte Regime (4).

Klaus Heine definiert in seinem Beitrag explizit zwei unterschiedliche Begriffsinhalte, die (1) und (4) entsprechen: Hybride Regulierung kombiniert erstens staat-

liche mit privaten Ausformungen von Inhalt und Durchsetzung (privat definierte Inhalte mit staatlicher Durchsetzung sowie staatlich definierte Inhalte mit privater Durchsetzung). In den weiteren Überlegungen erfolgt eine Konzentration auf die erstgenannte Ausprägung. Zweitens stellt eine hybride Regulierung die zweistufige Konstruktion einer Wettbewerbsordnung und darauf beruhendem Systemwettbewerb (mit vielen möglichen Ausprägungen) dar. Neben diesen beiden Formen der Hybridität werden implizit jedoch auch die weiteren verwendet, die oben angeführt wurden, ohne dass sie von *Klaus Heine* so benannt würden. So kommt der situativ bedingte Wechsel zwischen verfügbaren Regimen in den angeführten historischen Beispielen ebenso zum Ausdruck wie in der aktuellen Hinwendung zu hybriden Regulierungen. Die parallele Existenz von mehreren generischen Regimen (horizontal sowie vertikal) schließlich stellt die Voraussetzung für den vorgeschlagenen Regulierungswettbewerb dar.

Vor dem Hintergrund der Vielschichtigkeit des Hybriditätsbegriffes wäre erstens eine Systematisierung seiner Inhalte – bezogen auf die vorliegende Arbeit – zu begrüßen. Zweitens stellt sich die Frage, ob eine weitere Differenzierung hybrider Regulierungen über die genannten (Inhalt und Durchsetzung) hinaus möglich und sinnvoll ist. Diese Frage drängt sich durch die Überlegungen in Abschnitt D.I. auf, in denen im Rahmen der institutionellen Optimierungsaufgabe inkrementelle Änderungen der einzelnen Regulierungskomponenten zu einer Verbesserung des Kosten-Nutzen-Verhältnisses des hybriden Regulierungsregimes führen sollen. Einerseits bleiben die identifizierten Konstellationen privater und staatlicher Regulierungselemente sowie des auf einer Wettbewerbsordnung beruhenden Regulierungswettbewerbs sehr abstrakt, andererseits lassen die angeführten Beispiele weitere Differenzierungsmöglichkeiten und so eine Auffächerung des „hybriden Raumes“ erahnen.

II. Public Ordering und staatliche Regulierung

Ähnlich herausfordernd stellt sich die Festlegung des Inhalts des Regulierungsbegriffes und -konzeptes dar. *Klaus Heine* geht mit der Differenzierung zwischen „private ordering“ und „public ordering“, privater (durch private Vertragsparteien) und öffentlicher (durch die Legislative) Regelsetzung, von einem sehr breiten ordnungspolitischen Konzept aus, das generell das Verhältnis zwischen Staat und den Individuen der Gesellschaft thematisiert (vgl. z. B. *Voigt* 2002; *Zumbansen* 2000). Es hat seinen Niederschlag in der Ordnungspolitik als Privatrechtsgesellschaft und in den Rechtswissenschaften in der Ausdifferenzierung zwischen Öffentlichem Recht und Privatrecht gefunden. Es korrespondiert mit der Wahl von Ordnungsmodi für Transaktionen, stellt also eine genuin institutionenökonomische Fragestellung dar.

Public ordering ist jedoch allgemeiner und vielschichtiger als die staatliche Regulierung zur Korrektur von Marktversagen, die im Zentrum der ökonomischen

Theorie der Regulierung mit seinem wohlfahrtstheoretischen Fundament steht. Es ist wohl davon auszugehen, dass der gewählte Titel unter Ökonomen die Assoziation mit der gängigen Theorie der Regulierung mit ihrer positiven und normativen Ausprägung weckt. In dieser ist Regulierung ein Instrument, um möglichst nahe an das gesamtwirtschaftliche First-Best-Optimum heranzukommen. Im vorliegenden Beitrag von *Klaus Heine* ist die Regulierung die Antwort auf ein regelungsbedürftiges Problem. Ein solches liegt gemäß Fußnote 2 vor, wenn „die Koordination zwischen Akteuren zur Erzielung wechselseitiger Vorteile nicht spontan erfolgt, sondern der Einbeziehung einer dritten Partei bedarf, die die wechselseitige Vorteilhaftigkeit einer Transaktion gewährleistet.“

Es wird also nicht im Rahmen der gängigen ökonomischen Theorie der Regulierung argumentiert, die ein „engeres Regulierungskonzept“ beinhaltet (vgl. z. B. *Sherman* 2008; *Bickenbach et al.* 2002). Zwar schreibt *Klaus Heine* in seiner Einleitung, dass alle Marktversagenstatbestände zur Ursache hybrider Regulierung werden können und dass eine Eingrenzung auf das Vorliegen von Informationsasymmetrien erfolgt. Mit Marktversagen wird jedoch in den späteren Ausführungen nicht mehr argumentiert, wenn davon abgesehen wird, dass die Regeln zur Rechnungslegung und des Bilanzrechts häufig als Beispiele verwendet werden. Vor dem skizzierten Hintergrund ist es wünschenswert, die Verbindungslinien zwischen der „Theorie des public ordering“ und jener der „ökonomischen Theorie der Regulierung“ zu klären oder die beiden ineinander überzuführen, falls dies möglich ist. So könnten Missverständnissen und falschen Erwartungen, die durch das wording bedingt sind, vorgebeugt werden. Sind regelungsbedürftige Probleme gleichbedeutend mit Marktversagen? Im Rahmen der Theorie der Regulierung steht nicht im Vordergrund, ob staatliche oder private Regime praktiziert werden.

Ist das Verhältnis zwischen den beiden Ansätzen geklärt, fällt es im Beitrag von *Klaus Heine* auch leichter, die Zielstruktur der Regulierung sowie die Regulierungsnachfrager eindeutig zu identifizieren. Als Ziele wurden die effizientere Abwicklung von Transaktionen und die Stärkung der Regulierungskompetenz des souveränen Nationalstaates genannt, deren Zielbeziehung geklärt werden sollte. Als Regulierungsnachfrager werden in Fußnote 17 „diejenigen privaten Akteure (verstanden), die durch die Regulierungen wechselseitige Vorteile realisieren können.“ Dabei wird nicht völlig klar, auf welcher Ebene argumentiert wird. Geht es um die gesamtwirtschaftliche Ebene, in der (hinter dem Schleier der Unwissenheit) ein gesellschaftlicher Konsens gefunden wird, Regulierungen zu definieren, oder wird für eine Gruppe der Transaktionspartner (zu schützende Akteure) argumentiert, wie es das ebenfalls in Fußnote 17 enthaltene Beispiel nahe legt? In diesem Fall müssten auch die Regulierten zu Regulierungsnachfragern werden bzw. müssten auch ihnen Möglichkeiten zugestanden werden, zwischen Regulierungsregimen zu wählen, damit wechselseitige Vorteile realisiert werden können. Schließlich werden auch von Regulierungen potenziell oder tatsächlich negativ Betroffene angesprochen sowie unterschiedliche Voraussetzungen und Präferenzen

der Regulierungsnachfrager. Alle angesprochenen Aspekte lassen sich in dem Vorschlag zusammenfassen, die Besonderheiten der verwendeten „Regulierungstheorie“ im Vergleich zur „Standardtheorie“ explizit zu benennen.

C. Komparative Analyse von Regulierungsregimen

Im Kern der Analyse von *Klaus Heine* steht im Abschnitt C. eine sehr systematische und umfassende Abwägung der Vor- und Nachteile privater Regulierungsregime. Das Referenzmodell ist die staatliche Regulierung. Auch in diesem Abschnitt wird das breite Regulierungsverständnis deutlich, geht es doch um Transaktionsvor- und -nachteile. Die Klammer für die Vorteile privater Regulierung bilden dezentral verfügbare Informationen. Konkret werden Qualitätsvorteile der Regulierung hervorgehoben, die durch Professionalisierung und Spezialisierung der Regulierer entstehen können. Dazu kommen überlegene Möglichkeiten, Reputation und Glaubwürdigkeit aufzubauen, sowie die Nutzung von direkten und indirekten Netzeffekten. Letztere werden vor allem durch die fehlende territoriale Gebundenheit sowie durch die Berücksichtigung von Regulierungskomplementaritäten möglich. Diesen Vorteilen stehen höhere Konsistenzanforderungen, Rigiditäten hervorrufende Pfadabhängigkeiten sowie Diskriminierungsmöglichkeiten von Gruppen von Akteuren durch ein dominantes Regulierungsregime entgegen. Dazu kommt die fehlende Legitimität. Aus den einzelnen Vorteilen werden jeweils die Integration privater Elemente in staatliche Regime und aus den Nachteilen die Notwendigkeit der Beibehaltung staatlicher Elemente abgeleitet.

So ergibt sich eine hybride Regulierung als Ergebnis einer Kosten-Nutzen-Abwägung privater und staatlicher Regime. Auch diese differenzierte Analyse zeigt, dass „unterschiedliche Hybriditätsgrade“ entstehen werden und eine weitere Aufspaltung der beiden Regulierungselemente „Inhalt“ und „Durchsetzung“ erforderlich ist. Drei weitere Anmerkungen zu einzelnen Aspekten sollen angeführt werden. Sie stammen aus dem wirtschaftspolitischen Umsetzungskontext. Erstens wird zu wenig berücksichtigt, dass auch in der Praxis eines staatlichen Regulierungsprozesses Informationen der Regulierungsadressaten und -nachfrager genutzt werden, sich die beiden Regime eher durch unterschiedliche Mechanismen der Gewinnung und Nutzung solcher Informationen unterscheiden. Zweitens wird staatliche Regulierung häufig durch unabhängige Organisationen mit klar definierter Aufgabenstellung ausgeübt. Beispiele in Deutschland sind etwa die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht, die Bundesnetzagentur oder das Bundeskartellamt. Interessant wäre eine Einordnung solcher konkreter Ausgestaltungen in die Kosten-Nutzen-Analyse der generischen Regulierungsregime. Drittens soll hier bezweifelt werden, dass private Regulierung die Aushöhlung der nationalstaatlichen Rechtssetzungs- und -durchsetzungskompetenz verhindern kann. Es kann vielmehr dazu kommen, dass die formellen staatlichen Kompetenzen sich zunehmend als leere Hülse herausstellen. Dies kann gerade dann von Bedeutung werden, wenn

große internationale Regulierungsräume entstehen, deren Regulierungsinhalte von privaten Gruppen definiert werden.

Zwei Vorschläge sollen nicht die Ergebnisse von *Klaus Heine* infrage stellen, sondern vielmehr Anregungen für den Inhalt weiterer Forschung auf diesem Gebiet bilden. Grundsätzlich ist zu kritisieren, dass aus den Vor- und Nachteilen privater Regulierung die Vorteilhaftigkeit hybrider Regime abgeleitet wird. Obwohl es plausibel klingt, dass so die Vorteile beider Regime kombiniert und deren Nachteile vermieden werden können, ist zu beachten, dass eine hybride Regulierung etwas Neues – etwas Eigenes – ist. Durch die Kombination von Elementen unterschiedlicher Regime entstehen neue Anreizstrukturen. Es können sich Inkompatibilitäten und Schnittstellenprobleme herausbilden. Dies mag abstrakt klingen, hat sich jedoch als ein Phänomen diverser „Dritter Wege“ herausgestellt, die sich sowohl in der Geschichte der Unternehmensorganisation als auch in jener der Wirtschaftspolitik finden. Der erste Vorschlag besteht also darin, hybride Regulierungen in der ökonomischen Analyse direkt zu adressieren. Der zweite Vorschlag basiert auf Argumenten, die bereits genannt wurden, nämlich den Regulierungsbedarf und die Ausgestaltungsmöglichkeiten der Regime weiter zu differenzieren. Konkret ist dies damit verbunden, die einzelnen Elemente von Inhalten und Durchsetzung der Regulierung weiter zu konkretisieren. Im Idealfall kann es auf diese Weise gelingen, effektivere Kriterien für die Wahl zwischen Regulierungsregimen zu gewinnen und unterschiedliche Hybriditätsdimensionen zu entwickeln. Diese Vorschläge gehen jedoch über die Untersuchungsintentionen von *Klaus Heine* hinaus.

D. Wettbewerbsordnung und Regulierungswettbewerb

Da Informations-, Anreiz- und Implementierungsprobleme die diskretionäre Optimierung des Regulierungsregimes erschweren, schlägt *Klaus Heine* als Lösung ein weiteres hybrides Regime vor: Der Wettbewerb zwischen Regulierungen soll in einer Wettbewerbsordnung verankert werden, die zusätzlich Regulierungsexternalitäten sowie Wettbewerbsverfälschungen vermeiden soll (Abschnitte D.II. und D.III.). Kritisch soll hier eine Position des wirtschaftspolitischen Pragmatismus bezogen werden: Zwar bedeutet der Regulierungswettbewerb eine theoretisch elegante Lösung, die konsistent aus den Problemen folgt, die *Klaus Heine* anführt. Doch die verfügbaren Informationen über effektive Regulierungsmaßnahmen enthalten durchaus einen tragfähigen Ansatz zur Gestaltung von Regulierungsregimen. Aus der Kombination des vorgeschlagenen verfeinerten Kriterienkatalogs und den Erkenntnissen der ökonomischen Theorie der Regulierung lassen sich wirtschaftspolitische Empfehlungen ableiten. Zusätzlich verlangt das gültige Verhältnismäßigkeitsprinzip in der Rechtssetzung ohnehin eine Differenzierung von staatlicher und privater Regulierung, wenn der geringstmögliche Eingriff zu wählen ist.

Doch ein wirtschaftspolitischer Pragmatismus soll auch deswegen vorgeschlagen werden, weil eine Regulierungswettbewerbsordnung zwar die angeführten Vorzüge aufweisen mag, dennoch aber Probleme mit sich bringen kann, die nicht genannt wurden. Es ist nicht davon auszugehen, dass sich auf dem „Markt für Regulierungen“ der typische Wettbewerbsautomatismus von Güter- und Faktormärkten in Gang setzt (vgl. z. B. *Theurl* 1999). Die Voraussetzungen dafür sind zahlreich und häufig nicht gegeben oder umsetzbar. Zudem haben die Inhalte der Wettbewerbsordnungen auf die Regulierungsgegenstände abzustellen, was zu einer größeren Anzahl unterschiedlicher Wettbewerbsordnungen führen dürfte. Die Etablierung solcher Ordnungen setzt Wissen voraus, das erst im Wettbewerb generiert werden soll. So verschieben sich die Informations-, Anreiz- und Implementierungsprobleme der Optimierung des Regulierungsregimes auf die Ebene der Gestaltung der Ordnung, die den bekannten Defiziten des politischen Prozesses ausgesetzt ist. Zusammengefasst werden die Transaktionskosten eines solchen hybriden Regulierungsregimes nicht thematisiert. Solche können zusätzlich deswegen entstehen, weil es sich letztlich um einen bürokratielastigen Vorschlag handelt, der supranationale Agenturen sowie zahlreiche Zulassungs- und Lizenzierungsverfahren beinhaltet. Eine Kosten-Nutzen-Analyse dieses zweistufigen (hybriden) Regimes wurde nicht durchgeführt, sodass sich auch hier der Vorschlag anschließt, dieses Regime direkt zu adressieren und zu beurteilen und nicht primär aus den Defiziten der diskretionären Optimierung von Regulierungsregimen abzuleiten.

E. Zusammenfassung

Klaus Heine hat einen sehr interessanten Beitrag vorgelegt, der neue Erkenntnisse zur Ausgestaltung von Regulierungsregimen enthält. Mehrere Aspekte laden zu einer weiteren Diskussion und zu einer Vertiefung der Analyse ein. Sie können zu einer Ergänzung der ökonomischen Theorie der Regulierung führen. Dafür ist es erforderlich, das verwendete Regulierungsmodell noch klarer zu formulieren und in diesem die hybride Regulierung direkt und explizit zu erforschen.

Literatur

- Bickenbach*, F. et al. (2002): Wettbewerbspolitik und Regulierung – Die Sichtweise der Neuen Institutionenökonomik, in: K. F. Zimmermann (Hg.), *Neue Entwicklungen in der Wirtschaftswissenschaft*, Heidelberg, S. 217 – 276.
- Sherman*, R. (2008): *Market Regulation*, Boston.
- Theurl*, T. (1999): Globalisierung als Selektionsprozeß ordnungspolitischer Paradigmen, in: H. Berg (Hg.), *Globalisierung der Wirtschaft: Ursachen – Formen – Konsequenzen*, Berlin, S. 23 – 49.
- Voigt*, S. (2002): *Institutionenökonomik*, München.

Williamson, O. (1996): The Mechanisms of Governance, Oxford.

Williamson, O. (2005a): Transaction Cost Economics, in: C. Ménard/M. Shirley (eds.), Handbook of New Institutional Economics, Dordrecht, S. 41 – 65.

Williamson, O. (2005b): Networks – Organizational Solutions to Future Challenges, in: T. Theurl (ed.), Economics of Interfirm Networks, Tübingen, S. 3 – 28.

Zumbansen, P. (2000): Ordnungsmuster im modernen Wohlfahrtsstaat, Baden-Baden.

Bayesianische Steuerbehörden und das Tax Payer Puzzle

Von *Roland Kirstein*, Magdeburg

A. Einleitung

Das „tax payer puzzle“ beschreibt eine Divergenz zwischen Theorie und Empirie der Steuerhinterziehung: Im Vergleich zu den Vorhersagen simpler Erwartungsnutzenansätze scheinen Steuerzahler weit weniger Steuern zu hinterziehen und schwächer auf Änderungen der angedrohten Strafe zu reagieren (vgl. *Allingham/Sandmo* 1972). Fast zynisch formulieren *Alm/McClelland/Schulz* (1992): „In fact, the puzzle of tax compliance is that most people continue to pay their taxes.“ *Dhami/al-Nowaihi* (2007, S. 171) schätzen angesichts realer Überwachungsraten und Strafhöhen den marginalen erwarteten Ertrag aus Steuerhinterziehung auf 91 % bis 98 % und fragen sich, warum nicht die meisten Steuerzahler hinterziehen.

Eine Erklärung des Puzzles könnte durch die Aufgabe der Erwartungsnutzenhypothese gesucht werden: Die Annahme beschränkter Rationalität, etwa in Form altruistischen Verhaltens (als Bereitschaft, Beiträge zu öffentlichen Gütern zu leisten) auf Seiten der Steuerzahler würden Ad-hoc-Erklärungen für dieses Phänomen bieten. In *Dhami/al-Nowaihi* (2007) kommt dagegen die Prospect-Theorie zum Einsatz, um eine Variante des „tax payer puzzle“ zu erklären. Bei vollständig rationalen Steuerzahlern müsste die Hinterziehungsentscheidung von einer Steuervorauszahlung unabhängig sein. Tatsächlich ist aber ein Ausstattungseffekt zu beobachten: Je höher die Vorauszahlung, um so weniger wird hinterzogen.

Dieser Beitrag hält dagegen die Annahme des Rationalverhaltens sowohl für die Steuerzahler als auch für die Steuerbehörde aufrecht. Das hier vorgestellte Modell einer bayesianischen Überwachungsbehörde hat drei Gleichgewichte, die sich durch die Wahrscheinlichkeit einer Strafverhängung sowie durch die Wahrscheinlichkeit rechtstreuen Verhaltens unterscheiden. Bei exogen vorgegebener Strafhöhe zeigt der Vergleich dieser Gleichgewichte, dass eine hohe Rate rechtstreuen Verhaltens nicht etwa mit hohen, sondern mit niedrigen Bestrafungswahrscheinlichkeiten einhergeht. Im Rahmen dieses Modells wäre es also gar kein Puzzle, sondern durchaus mit der Annahme bilateralen Rationalverhaltens vereinbar, wenn in einem Längs- oder Querschnittsvergleich eine negative Korrelation zwischen Rechtstreue und erwarteter Strafandrohung beobachtet wird.

Das hier vorgestellte Modell trifft jedoch andere Annahmen hinsichtlich der Bestrafungstechnologie als etwa der Beitrag von *Allingham/Sandmo* (1972), der auf dem Bestrafungsmodell von *Becker* (1968) basiert. *Becker* nimmt an, dass eine Rechtsdurchsetzungsbehörde mit einer bestimmten Wahrscheinlichkeit eine Strafe verhängt. Beide Parameter sind exogen vorgegeben. Damit ist die implizite Annahme verbunden, dass die Behörde sich glaubwürdig auf eine Strafwahrscheinlichkeit festlegen, also ein „credible commitment“ eingehen kann. Die Interaktion zwischen Behörde und (potentiellem) Täter verläuft also als ein sequentielles Spiel: Zuerst legt die Behörde die Strafparameter unveränderbar fest, dann entscheidet der Täter, ob er die Tat begeht, schließlich verfolgt die Behörde die Tat und bestraft mittels der vorher angekündigten Strafstrategie.

Das Hauptresultat des *Becker*-Ansatzes lautet, dass eine Erhöhung der erwarteten Strafe tendenziell die Abschreckungswirkung erhöht. Da eine Erhöhung der Strafwahrscheinlichkeit kostenträchtig ist, eine Erhöhung monetärer Strafen dagegen nicht, und es für die Abschreckungswirkung in *Beckers* Modell nur auf die erwartete Strafe ankommt, leitet er sein „maximum fine result“ her: Ein Strafsystem schreckt kostenminimierend ab, wenn die Geldstrafe möglichst hoch und die Bestrafungswahrscheinlichkeit entsprechend niedrig angesetzt wird. Strafe ist der vom Täter nicht beeinflussbare Preis rechtswidrigen Verhaltens; im Rahmen dieses preistheoretischen Ansatzes hat es Sinn, vom „Angebot“ (der Täter) an Straftaten wie auch von der „gesellschaftlichen Nachfrage“ nach Straftaten (in Form ersparter Abschreckungskosten) zu reden.

Beckers Theorie mit dem „maximum fine result“ ist zwar der dominante Ansatz in der ökonomischen Analyse des Strafrechts (vgl. etwa die Übersichtsartikel von *Garoupa* (1997) oder *Polinsky/Shavell* (2000)). Er wurde aber sowohl in der Ökonomie als auch in der Rechtstheorie aus vielerlei Gründen kritisiert. Im Hinblick auf das „tax payer puzzle“ stellt sich zudem aus Sicht der politischen Ökonomie die Frage, warum eigentlich die angedrohten Strafen (und gleichzeitig die Verfolgungswahrscheinlichkeiten) so niedrig festgesetzt sind wie die empirische Literatur behauptet. Ein Grund könnte darin liegen, dass *Becker* nicht die Möglichkeit eines Fehlers zweiter Art berücksichtigt hatte. Wenn diese Möglichkeit existiert, wären Höchststrafen selbst für Bagatelldelikte aus Sicht risikoaverser Bürger unattraktiv, worauf schon *Polinsky/Shavell* (1979) hingewiesen haben. Ein verwandtes Puzzle ist von *Dickens et al.* (1989) beleuchtet worden: Firmen folgen nicht dem „maximum fine result“, sondern investieren stattdessen viele Ressourcen in die Verhinderung und Verfolgung von Straftaten ihrer Angestellten. Ein Grund hierfür könnte sein, dass sie ihre Angestellten damit implizit gegen hohe Strafen versichern.

Wittman (1985) und *Tsebelis* (1990a, 1990b) haben den *Becker*-Ansatz hinsichtlich einer anderen Annahme kritisiert. Wenn es der Behörde nicht möglich ist, sich auf eine Strafwahrscheinlichkeit bindend festzulegen, dann findet kein sequentielles, sondern ein simultanes Spiel zwischen Behörde und Täter statt: Während der Täter (für die Behörde unbeobachtbar) entscheidet, ob er die Tat begeht, entschei-

det die Behörde (für den Täter unbeobachtbar), ob sie die Tat untersucht. Diese Änderung der Spielstruktur hat dramatische Auswirkungen auf die prognostizierte Abschreckungswirkung der Strafhöhe. In der simpelsten Form, dem „inspection game“, hat die Höhe der angedrohten Strafe gar keinen Einfluss auf das Gleichgewichtsverhalten des Täters. Nur die Erhöhung der Anreize des Monitors könnte die Wahrscheinlichkeit rechtstreuen Verhaltens erhöhen. *Andreozzi* (2004) hat eine sequentielle und infinit wiederholte Variante dieses Spiels untersucht, in der stärkere Anreize des Monitors allerdings den umgekehrten Effekt haben könnten.

Zwei Variationen des „inspection game“ werden in Abschnitt B. dieses Beitrags dargestellt. Die Intuition hinter den Ergebnissen dieser spieltheoretischen Modelle könnte so zusammengefasst werden: Empirisch tritt das Puzzle bei niedrigem (und exogen gegebenem) Produkt aus Überwachungswahrscheinlichkeit und Strafhöhe auf. Die rationale Antwort auf so eine Parameterfestlegung wäre, dass jeder Bürger Steuern hinterzieht. Würde die Behörde dieses Verhalten erwarten, so hätte sie allerdings leichtes Spiel, viele (wenn nicht sogar alle) Hinterziehungsfälle aufzudecken – jeder Schuss wäre ja ein Treffer. Es wäre also nicht leicht zu begründen, warum die Aufdeckungswahrscheinlichkeit so niedrig sein sollte, denn ein niedriger Wert wäre ja nicht die beste Antwort der Behörde auf Totalhinterziehung durch alle Bürger. Auf der anderen Seite kann aber auch völlige Rechtstreue niemals ein Gleichgewicht sein: Wenn die Behörde dieses Verhalten erwartet, würde sie kostenträchtige Überwachungsaktivitäten einstellen, also die Aufdeckungswahrscheinlichkeit gleich null setzen. Die beste Antwort der Bürger hierauf wäre jedoch nicht rechtstreu Verhalten. Aus beiden Überlegungen folgt, dass das Gleichgewicht eines „inspection game“ notwendigerweise eines in gemischten Strategien ist.

In Abschnitt C. wird eine neue Version des spieltheoretischen Ansatzes in der ökonomischen Theorie des Strafrechts vorgestellt: Das Modell einer bayesianischen Überwachungsbehörde. Während das „inspection game“ von positiven Überwachungskosten und fehlerfreier Überwachung (Monitoring) ausgeht, nimmt das neue Modell Fehler erster und zweiter Art beim Monitoring an. Überwachungskosten können zunächst vereinfachend auf null gesetzt werden; positive Kosten ließen sich jedoch berücksichtigen. Das neue Modell hat nicht nur ein Gleichgewicht in gemischten Strategien, sondern drei. Der Vergleich dieser drei Gleichgewichte erlaubt einen völlig anderen Blick auf das empirische Phänomen des „tax payer puzzle“.

Nalebuff/Scharfstein (1987) haben ein binäres Monitoring-Modell untersucht und in diesem Kontext ein „maximum fine result“ hergeleitet: Wenn Arbeitgebern ein hinreichend akkurates, aber nicht notwendigerweise perfektes Signal zur Verfügung steht und beliebig hohe Strafen verhängt werden können, müssen nur geringe Monitoring-Kosten aufgewendet werden. Allerdings ist in ihrem Modell der Typ des Verdächtigen exogen gegeben, wohingegen im hier vorgestellten Modell der Verdächtige endogen zwischen „gutem“ und „bösem“ Verhalten wählt. Das spieltheoretische Monitoring-Modell von *Reinganum/Wilde* (1985) unter-

stellt, dass die Wahrscheinlichkeit eines Monitorings vom Steuerpflichtigen beeinflusst werden kann. Ist das deklarierte Einkommen hoch genug, findet keine Überprüfung statt. Das gleichfalls interaktive Modell von *Border/Sobel* (1987) basiert auf der Annahme, dass der Monitor sich glaubwürdig an eine Überwachungsstrategie binden kann. Imperfektes Commitment wird in *Bagwell* (1995) und *van Damme/Hurkens* (1995) diskutiert. Allerdings ist es in ihren Analysen der erstziehende Spieler, der sich glaubwürdig zu binden versucht (was nur imperfekt beobachtbar ist). Im hier vorgestellten Modell ist die bayesianische Behörde in der Position des Nachziehenden. Sie kann sich also nicht an eine Strafstrategie binden, sondern empfängt ein imperfektes Signal über die Aktionswahl des erstziehenden Verdächtigen. Die strategische Form dieses Modells ähnelt allerdings dem von *Bagwell* und von *van Damme/Hurkens* diskutierten Spiel. So ist es nicht überraschend, dass die hier hergeleitete Lösung mit den Resultaten von *van Damme/Hurkens* (1995) konsistent ist (*Bagwell* hatte sich in seiner Analyse auf reine Strategien beschränkt und kam damit zu Ergebnissen, die sich experimentell nicht stützen ließen; vgl. *Huck/Müller* 2000).

B. Steuerhinterziehung im *Becker*-Modell und im „inspection game“

I. Preistheoretische Sicht

Angenommen, ein potentieller Steuerhinterzieher denkt darüber nach, ob er eine bestimmte Summe hinterziehen soll.¹ Der Täter ziehe aus der erfolgreichen Begehung dieser Steuerhinterziehung einen Nutzen $Z > 0$, erzeuge dabei aber eine negative Externalität X . Die Behörde decke eine Steuerhinterziehung mit Wahrscheinlichkeit q auf ($0 < q < 1$), was zur Verhängung der Strafe $P > 0$ führt. Mit der Wahrscheinlichkeit $(1 - q)$ gehen Steuerhinterzieher also straffrei aus.² Ein risikoneutraler Täter wird die Hinterziehung begehen, wenn die erwartete Auszahlung $(1 - q)Z - qP$ nicht-negativ ist. Hieraus ergibt sich als Bedingung für erfolgreiche Abschreckung:

$$(1) \quad q > \frac{Z}{Z + P} \iff P > \frac{(1 - q)Z}{q} .$$

Das Modell berücksichtigt nur eine Fehlermöglichkeit der Verfolgungsbehörde: Straffreiheit für Schuldige tritt mit Wahrscheinlichkeit $(1 - q)$ auf. Die äquivalente Formulierung von Bedingung (1) deutet *Beckers* „maximum fine result“ an. Je höher die Strafe P ausfällt, desto eher ist die Abschreckungsbedingung erfüllt. Unter-

¹ Dieses diskrete Modell ließe sich zu einem stetigen Modell abändern, in dem über die Höhe der Hinterziehungssumme entschieden wird.

² In diesem Modell ließe ich auch eine Fehlerwahrscheinlichkeit zweiter Art berücksichtigen, d. h. eine Verurteilung Unschuldiger.

scheiden sich die Steuerbürger nach dem Nutzen aus Steuerhinterziehung, könnte eine Erhöhung der angedrohten Strafe also marginale Steuerhinterziehung abschrecken.

Ein möglicher Fehler zweiter Art seitens der Behörde (also die falsche Bestrafung von Unschuldigen) lässt sich einfach in das *Becker*-Modell einarbeiten (vgl. *Kirstein* 1999, S. 45 f.). Bezeichne $q(h)$ und $q(e)$ die Bestrafungswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit vom Verhalten des Verdächtigen, mit (h) für Hinterziehung und (e) für ehrliches Verhalten; zudem sei angenommen, dass ein schuldiger Täter bei Bestrafung seinen Nutzen aus der Tatbegehung Z „behalten“ kann. Dann lautet die Abschreckungsbedingung:

$$(2) \quad Z - q(h)P < -q(e)P \iff q(h) - q(e) > \frac{Z}{P}.$$

Wirksame Abschreckung setzt also (als notwendige, nicht hinreichende Bedingung) voraus, dass die Behörde zwischen ehrlichem Verhalten und Hinterziehung besser als rein zufällig unterscheiden kann, dass also $q(h) > q(e)$ gilt. Hierin liegt der Sinn einer behördlichen (wie auch gerichtlichen) Untersuchung mit Beweiswürdigung. Würde $q(h) = q(e)$ gelten, könnte die Behörde keine selektiven Anreize setzen (vgl. *Kirstein* 1999; *Kirstein/Schmidtchen* 1997).

II. Spieltheoretische Sicht

Garoupa (1997, S. 287) bezeichnet *Beckers* Straftheorie als „... characterized by the absence of strategic behavior“, und kritisiert, dass dies „... clearly weakens the basic model with respect to policy design...“. Diese Kritik wird durch die spieltheoretische Alternative zum *Becker*-Modell adressiert: das „inspection game“. In diesem Modell wird angenommen, dass Überwachungs- und Bestrafungsaktivität die Behörde, genannt B , einen Betrag $C > 0$ kostet. Zudem soll die negative Externalität der Hinterziehung die Auszahlung der Behörde mindern (sie nimmt die Rolle eines benevolenten Diktators ein, bzw. das Delegationsproblem zwischen dem Prinzipal Gesellschaft und dem Agenten Behörde wird als gelöst unterstellt). Die Tat sei ineffizient, was durch die Annahme $Z < X$ modelliert wird, etwa weil der soziale Nutzen aus dem mit den hinterzogenen Steuereinnahmen finanzierten öffentlichen Gut den privaten Nutzen des Täters aus einer anderen Verwendung dieses Geldes übersteigen würde. Die angedrohte Strafe sei hoch genug, um die Steuerhinterziehung für den entdeckten Täter unattraktiv zu machen ($Z < P$). Wenn die Behörde die Überwachungskosten C aufbringt, so kann sie ein Fehlverhalten des Täters T fehlerfrei aufdecken und ohne weitere Kosten eine Strafe $P > 0$ verhängen.

Mit den getroffenen Annahmen ergibt sich das in Tabelle 1 dargestellte Spiel in strategischer Form. In der Vorspalte stehen die Strategien der Behörde B : {überwachen; nicht überwachen}, in der Vorzeile die des potentiellen Täters T : {Straftat begehen; keine Straftat begehen}. In den Zellen finden sich die Auszahlungen der

Tabelle 1

Das „inspection game“

B, T	Straftat begehen (n)	keine Straftat begehen ($1 - n$)
überwachen (m)	$-P$ $(-C)$	$-C$ (0)
nicht überwachen ($1 - m$)	$-X$ (Z)	0 (0)

mit: $X > C > 0, X > Z$ und $P > Z > 0$.

Behörde (unten links) und des Täters (oben rechts). Die jeweils besten Antworten der Spieler sind oval umkringelt. Offensichtlich hat dieses Spiel kein *Nash*-Gleichgewicht in reinen Strategien. Das einzige Gleichgewicht ist eines in gemischten Strategien. Bezeichne m die Wahrscheinlichkeit, mit der die Behörde „überwachen“ wählt, und n die Verhaltenswahrscheinlichkeit einer Straftat, dann ist dieses Gleichgewicht durch:

$$(3) \quad m^* = \frac{Z}{Z + P} \quad \text{und} \quad n^* = \frac{C}{X}$$

gegeben. Bemerkenswert ist an diesem Resultat, dass die Wahrscheinlichkeit der Begehung einer Straftat völlig unabhängig von der Höhe der angedrohten Strafe P ist. In der Modellwelt des „inspection game“ hat die Strafhöhe also keinerlei Abschreckungswirkung. Die einzige Wirkung einer Anhebung der Strafe besteht in einer Senkung der Wahrscheinlichkeit, mit der die Behörde sich zur Überwachung bequemt. Offensichtlich ist die Strategienkombination {nicht überwachen; keine Straftat} effizient. Diese Allokation wird mit Wahrscheinlichkeit $(1 - m^*)(1 - n^*)$ erreicht. Das Gleichgewicht in gemischten Strategien ist also ineffizient.

Mit der Wahrscheinlichkeit $m^*n^* = ZC/[X(Z + P)]$ wird im Gleichgewicht dieses Modells eine Straftat begangen und aufgedeckt. Diese Wahrscheinlichkeit sinkt in der Strafhöhe P . Mit Wahrscheinlichkeit $(1 - m^*)n^* = PC/[X(Z + P)]$ werden Straftaten begangen und nicht aufgedeckt. Der Effekt einer Änderung der Strafhöhe P auf diese Wahrscheinlichkeit ist dagegen umgekehrt: Die erste Ableitung von $(1 - m^*)n^*$ nach P ist positiv. Eine Erhöhung der angedrohten Strafe senkt in diesem Modell zwar die Zahl der aufgedeckten Taten, steigert aber die Dunkelziffer.

So wie die *Becker*-Theorie basiert auch das „inspection game“ auf einer Reihe restriktiver Annahmen, welche den Geltungsbereich der hergeleiteten Ergebnisse begrenzen. So ist das Lösungskonzept des Gleichgewichts in gemischten Strategien kritisiert worden (*Holler* 1990). Ein *Nash*-Gleichgewicht in gemischten Strategien ist nicht „strikt“, da die Gleichgewichtsstrategie andere Wahlmöglichkeiten desselben Spielers nur schwach dominiert. Als Alternative hat *Holler* die Anwendung des Maxi-Min-Konzepts vorgeschlagen. *Wittman* (1993) hat diese Idee je-

doch zurückgewiesen, weil Maxi-Min-Strategien nicht zu einem *Nash*-Gleichgewicht führen. Noch problematischer ist die Annahme der fehlerfreien Überwachung. In der Realität werden Behörden Fehler erster und zweiter Art begehen, also Steuerhinterzieher nicht ermitteln bzw. Unschuldige bestrafen. Dieser Umstand lässt sich leicht im *Becker*-Modell berücksichtigen, nicht aber im „inspection game“. Abschnitt C. setzt an dieser Kritik an und präsentiert ein Modell einer fehleranfälligen Behörde.

In diesem Zusammenhang wird jedoch eine weitere implizite Annahme des „inspection game“ zum Problem: Die Bestrafung geht mit der „Rückabwicklung“ des schädigenden Ereignisses einher. Wird ein schuldiger Täter erwischt, so wird er nicht nur bestraft, sondern verliert seinen Nutzen aus der Tat *Z*; gleichzeitig erleidet die Gesellschaft (vertreten durch die Behörde) keine negative Externalität *X* mehr. Da Überwachungsaktivität als kostenträchtig angenommen ist, wäre ohne Rückabwicklung „nicht überwachen“ die dominante Strategie der Behörde. Die beste Antwort des Täters hierauf ist es, die Tat zu begehen. Das Spiel hätte dann ein *Nash*-Gleichgewicht in reinen Strategien.

Allerdings wäre in einem Spiel mit zwei Fehlerarten die Idee der Rückabwicklung problematisch. Wird nämlich ein Unschuldiger bestraft, so gibt es weder ein *Z*, noch ein *X*, das rückabgewickelt werden könnte. Dieses Problem ließe sich dadurch lösen, indem man einen dritten Kritikpunkt am „inspection game“ berücksichtigt: die implizite Annahme, dass eine verhängte Strafe nicht vom Monitor kassiert wird, also einen Wohlfahrtsverlust bedeutet. Das mag für Gefängnisstrafen plausibel sein. Geldstrafen haben dagegen eine fiskalische Wirkung, sollten demnach in die Auszahlung einer benevolenten Behörde eingehen. Tabelle 2 zeigt das modifizierte „inspection game“ unter Verzicht auf die Rückabwicklung von *Z* und *X*, dafür mit fiskalischer Wirkung der verhängten Geldstrafe. Hierbei wird die Annahme getroffen, dass die benevolente Behörde einen Anteil λ (mit $0 < \lambda < 1$) der Strafe nutzen kann (beste Antworten sind wiederum umkringelt).

Tabelle 2

Das „inspection game“ ohne Rückabwicklung, mit fiskalischer Wirkung

<i>B, T</i>	Straftat begehen (<i>n</i>)	keine Straftat begehen ($1 - n$)
überwachen (<i>m</i>)	$\lambda P - X - C$ <i>Z - P</i>	$-C$ 0
nicht überwachen ($1 - m$)	$-X$ <i>Z</i>	0 0

mit: $X > C > 0, X > Z, P > C$ und $P > Z > 0$.

Wenn $\lambda P < C$ gilt, dann ist das *Nash*-Gleichgewicht dieses modifizierten Spiels: {nicht überwachen; Straftat begehen}. Gilt dagegen die Parameterbeset-

zung $\lambda P > C$, so wählen die Spieler im Nash-Gleichgewicht die folgenden gemischten Strategien:

$$(4) \quad m^* = \frac{Z}{P} \quad \text{und} \quad n^* = \frac{C}{\lambda P} .$$

Bei dieser Variante des „inspection game“ würde die Strafhöhe also das Gleichgewichtsverhalten des Täters beeinflussen. Strafe wirkt nun abschreckend, da n^* in P fällt ($\partial n^*/\partial P < 0$). Der Grund liegt – im Unterschied zum *Becker*-Modell – aber nicht darin, dass die Strafe den erwarteten Nutzen aus der Begehung einer Straftat mindert. Denn auch in diesem Spiel ist Gleichgewichtsverhalten des Täters nicht durch die eigenen Auszahlungen bestimmt, sondern durch die des Gegners. Es ist also nur die fiskalische Wirkung der Strafe, die den Gleichgewichtswert n^* beeinflusst. Dieselbe Wirkung ließe sich durch eine Fangprämie $F > C$ erzielen, die der Behörde unabhängig von der verhängten Strafe P gewährt wird; in diesem Fall wäre $n^* = C/F$.

Die Gesellschaft erkaufte sich die indirekte abschreckende Wirkung der Strafe P allerdings mit einer lähmenden Wirkung auf das Behördenverhalten, weil $\partial m^*/\partial P$ gleichfalls negativ ist. Die Wahrscheinlichkeit der Aufdeckung begangener Taten beträgt nun $m^*n^* = ZC/(\lambda P^2)$, sinkt also mit P , genau wie im unmodifizierten „inspection game“. Die Wahrscheinlichkeit, mit der begangene Taten nicht aufgedeckt werden, beträgt im variierten Spiel $(1 - m^*)n^* = (P - Z)C/(\lambda P^2)$. Der Einfluss einer Straferhöhung auf diese Wahrscheinlichkeit ist nicht eindeutig. Die erste Ableitung von $(1 - m^*)n^*$ nach P ist gleich $(2Z - P)C/(\lambda P^3)$. Im Bereich $Z < P < 2Z$ ist diese Ableitung positiv, für $P > 2Z$ ist sie negativ. Die zweite Ableitung beträgt $2(\lambda P - 3Z)C/(\lambda P^4)$, sodass die Wahrscheinlichkeit einer nicht aufgedeckten Straftat für P zwischen Z und $3Z/\lambda$ konkav und für $P > 3Z/\lambda$ konvex verläuft. Da wegen $0 < \lambda < 1$ immer $2Z < 3Z/\lambda$ gilt, ergibt sich qualitativ der in Abbildung 1 gezeigte Verlauf. Auch in diesem Spiel ist nur die Strategiekombination {nicht überwachen; keine Straftat} effizient; dieses Ergebnis kann jedoch nicht erreicht werden.

Die präsentierten Versionen des „inspection game“ unterscheiden sich also vom *Becker*-Modell in dreierlei Hinsicht:

- Im „inspection game“ kann die Behörde sich nicht glaubwürdig auf eine Strafstrategie festlegen.
- Perfekte Abschreckung kann nicht erreicht werden, selbst wenn sie effizient wäre.
- Das modifizierte Spiel (mit fiskalischer Wirkung) sagt eine schwache Wirkung von Strafänderungen auf das Täterverhalten voraus, während das *Becker*-Modell eine scharfe Wirkung prognostiziert (zu niedrige Strafe wirkt nicht abschreckend, zu hohe schreckt dagegen ab).

Die Unterscheidung zwischen diesen beiden Typen von Modellen ist daher nicht etwa nur von theoretischem Interesse. Vielmehr ist es möglich, die Modelle einer

empirischen Prüfung (durch Feld- oder Experimentaldaten) zu unterziehen, um zu unterscheiden, welcher Typ besser die Realität zu erklären vermag.

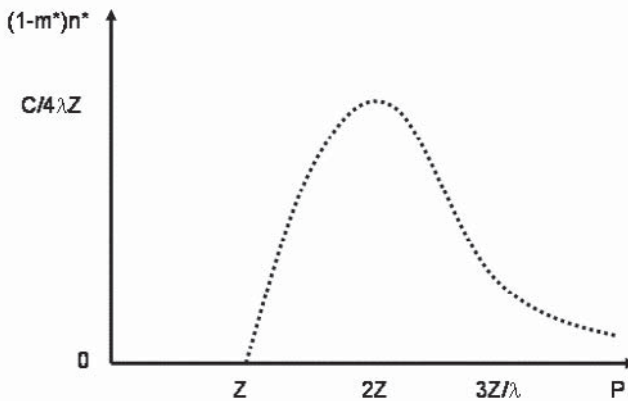


Abbildung 1: Wahrscheinlichkeit nicht aufgedeckter Straftaten (modifiziertes „inspection game“)

C. Bayesianische Steuerbehörden

Sowohl das *Becker*-Modell als auch das „inspection game“ berücksichtigen nicht den Fehler zweiter Art des Strafverfolgungssystems, also die Möglichkeit einer Verurteilung Unschuldiger. Das *Becker*-Modell lässt sich leicht um diese Fehlerart ergänzen. Im „inspection game“ hat sie jedoch keinen Platz, weil hier angenommen wird, dass die Behörde dann und nur dann straft, wenn sie überwacht und eine Tat begangen worden ist.

Ohne Fehler zweiter Art hätten Richter (als letzte Stufe in der Wertschöpfungskette der Strafverfolgung) aber überhaupt kein Entscheidungsproblem (vgl. *Kirstein* 1999, S. 6 ff.). Wenn die Verfolgungsbehörden niemals einen Unschuldigen anklagen würden, könnte der Richter folgern, dass jeder Angeklagte, der vor Gericht gestellt wird, auch schuldig sein muss. Es wäre seine simple Pflicht, ihn zu verurteilen. Wer aber verlangt, dass Richter die ihnen vorgelegten Fälle zu prüfen haben, der impliziert, dass es Fehler zweiter Art geben kann. Nur dann haben Richter eine echte Entscheidung zu treffen (Fehler erster Art kann es dagegen schon deswegen geben, weil die Behörden nicht jeden schuldigen Täter dingfest machen). Aus diesem Grunde wird in diesem Abschnitt eine Variante des „inspection games“ vorgestellt, die beide Fehlerarten berücksichtigt. Aus den oben diskutierten Gründen werden in diesem Modell der Täternutzen und die negative Externalität aus der Tat nicht „rückabgewickelt“. Da die Kosten der Überwachung auf null gesetzt werden, kann hier der fiskalische Effekt der verhängten Strafe vernachlässigt werden. Das Modell ließe sich jedoch auch mit positiven Überwachungskosten

und fiskalischem Effekt aufstellen, was allerdings die Gleichgewichtslösung unnötig verkomplizieren würde.

I. Das Modell

Im hier vorgestellten Modell kann der Steuerbürger S zwischen Hinterziehung (h) und Steuerehrlichkeit (e) wählen. Erfolgreiche Hinterziehung bringt ihm einen Nutzen von Z und erzeugt einen sozialen Schaden von X . Das Modell einer bayesianischen Steuerbehörde geht davon aus, dass die Behörde B , wenn sie einen Fall untersucht, ein Signal s auswertet, das allerdings fehlerbehaftet sein kann. Es ist durch zwei bedingte Wahrscheinlichkeiten (r, w) charakterisiert. Mit r zeige das Signal Steuerehrlichkeit an ($s = e$), wenn tatsächlich keine Steuern hinterzogen worden sind. Mit w zeige es Ehrlichkeit an, wenn Steuern hinterzogen wurden:

$$(5) \quad r = \Pr(s = e|e) \Rightarrow 1 - r = \Pr(s = h|e) .$$

$$(6) \quad w = \Pr(s = e|h) \Rightarrow 1 - w = \Pr(s = h|h) .$$

Hierbei steht der Operator „Pr“ für die Wahrscheinlichkeit des ersten in der Klammer aufgeführten Ereignisses unter der Bedingung, dass das hinter dem senkrechten Strich angegebene Ereignis eintritt. Wenn $r = 1$, $w = 0$ gilt, dann ist das Signal perfekt; anders gesagt, die Behörde kann das Verhalten des Steuerbürgers fehlerfrei beobachten (wie im „inspection game“). Mit $r = w$ ist das Signal uninformativ, liefert also keinen Beitrag zur Lösung des Entscheidungsproblems. Der interessante Fall liegt dazwischen: Mit $0 < w < r < 1$ ist das Signal imperfekt, aber informativ. Die Behörde stellt dann ein imperfektes Diagnosesystem dar (vgl. *Swets* 1988). Nur dieser Fall wird hier betrachtet.

Hat die Behörde das Signal empfangen, dann entscheidet sie, ob sie eine Bestrafung vornimmt (b) oder nicht (nb). Es ist also keineswegs selbstverständlich, dass sie auf das Signal $s = h$ mit Strafe reagiert. Welche Reaktion die Behörde wählt, ergibt sich vielmehr endogen aus ihren erwarteten Auszahlungen. In diese Auszahlungen geht die negative Externalität einer Steuerhinterziehung X ein; die Behörde ist also benevolent wie im „inspection game“.

Wiederum werden Gleichgewichte in gemischten Strategien betrachtet. Dazu müssen die Verhaltenswahrscheinlichkeiten der Spieler definiert werden. Die Wahrscheinlichkeit, mit der die Behörde sich nach der „ehrlichen“ Signalausprägung für Strafe entscheidet, heiße α :

$$(7) \quad \alpha = \Pr(b|s = e) .$$

Die Wahrscheinlichkeit einer Strafe nach Beobachtung der Signalausprägung $s = h$ sei als β definiert:

$$(8) \quad \beta = \Pr(b|s = h) .$$

Schließlich sei die Wahrscheinlichkeit, mit der ein Steuerzahler sich für Ehrlichkeit entscheidet, als γ bezeichnet. Eine weitere Änderung gegenüber dem „inspection game“ ist die Berücksichtigung einer behördlichen Präferenz für korrekte Entscheidungen. Mit $G \geq 0$ sei der Nutzenzuwachs der Behörde aus einer korrekten Bestrafung bezeichnet, während $L \geq 0$ den Betrag des Schadens aus einer falschen Bestrafung darstellt. $G = L = 0$ berücksichtigt also den Grenzfall einer (in dieser Hinsicht) gleichgültigen Behörde, während die Parameterbelegung $G, L > 0$ ein Interesse der Behörde an korrekten Urteilen abbildet. Diese Annahme lässt sich durch ein langfristiges Reputationsinteresse begründen – eine Institution, die kontinuierlich Fehlurteile fällt, wird nicht langfristig am Markt für Rechtsdurchsetzung überleben. Eine andere Rechtfertigung für diese Annahme könnte aus der gerichtlichen Überprüfung ausgesprochener Sanktionen gezogen werden – aufgedeckte Fehlurteile könnten zu Karrierenachteilen für Behördenmitarbeiter oder auch zu Schadensersatzpflichten der Behörde führen. Hierbei sollte G als nicht zu groß angenommen werden, weil es ansonsten wohlfahrtsverbessernd sein könnte, den Steuerbürger zur Hinterziehung zu verleiten, um ihn dann korrekt zu bestrafen. Eine sinnvolle Annahme ist also $G < P - X$.

Das in Abbildung 2 dargestellte Spiel beginnt mit der Entscheidung des Steuerbürgers S zwischen Ehrlichkeit (e) mit Wahrscheinlichkeit γ und Hinterziehung (h) mit Wahrscheinlichkeit $1 - \gamma$. Dann zieht die Natur die Signalausprägung, also entweder $s = h$ oder $s = e$, mit den jeweiligen auf die Wahl des Steuerbürgers S bedingten Wahrscheinlichkeiten r und w . Die Behörde B kann nur die Signalausprägung unterscheiden, aber nicht die Wahl des S beobachten, was im Spielbaum durch die Informationsmengen um ihre Entscheidungsknoten abgebildet wird. Sie entscheidet sich an der linken Informationsmenge mit Wahrscheinlichkeit β für eine Bestrafung, an der rechten mit Wahrscheinlichkeit α .

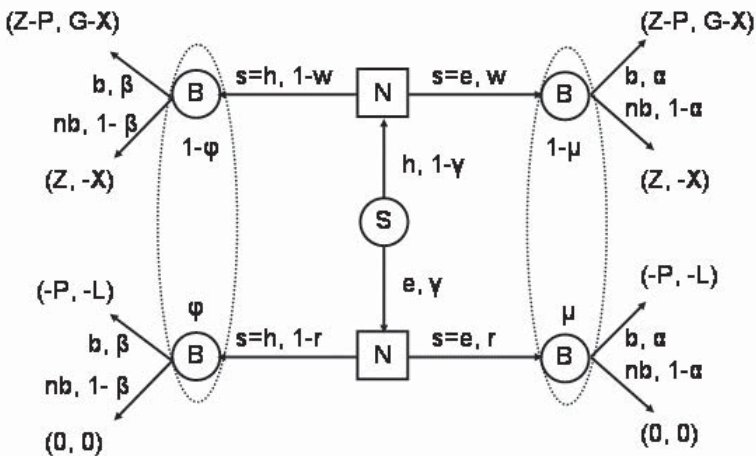


Abbildung 2: Spiel zwischen bayesianischer Steuerbehörde und potentiellern Hinterzieher

Als rationale Entscheiderin wertet die Behörde hierzu das Signal gemäß der Formel von *Bayes* aus. Hat sie die Signalausprägung $s = h$ beobachtet, so wird ihre Einschätzung („belief“), dass S ehrlich gehandelt hat, als φ bezeichnet, und lässt sich wie folgt berechnen:

$$(9) \quad \varphi = \Pr(e|s = h) = \frac{\gamma(1-r)}{\gamma(1-r) + (1-\gamma)(1-w)} .$$

Hat sie dagegen $s = e$ beobachtet, so ist ihre Einschätzung, dass S ehrlich gehandelt hat, μ mit:

$$(10) \quad \mu = \Pr(e|s = e) = \frac{\gamma r}{\gamma r + (1-\gamma)w} .$$

Auch in diesem Modell lässt sich die Bestrafungswahrscheinlichkeit in Abhängigkeit vom Verhalten des S angeben. Führt er die Aktion (e) aus, so wird er mit $q(e) = r\alpha + (1-r)\beta$ bestraft. Führt S dagegen (h) aus, wird er mit Wahrscheinlichkeit $q(h) = w\alpha + (1-w)\beta$ bestraft.

Aus $r > w$ folgt, dass $q(h) > q(e) \iff \beta > \alpha$. Das Strafsystem droht also nur dann eine höhere Bestrafungswahrscheinlichkeit für rechtswidriges als für rechts-treues Verhalten an, wenn es (im Gleichgewicht) auf das Signal $s = h$ mit höherer Wahrscheinlichkeit straft als nach Beobachtung des Signals $s = e$. Schon mit der Wahl von $\alpha = \beta$ würden keine selektiven Anreize zu rechtstreuem Verhalten produziert werden, da diese Wahl $q(h) = q(e)$ implizierte.

II. Nash-Gleichgewichtsanalyse

Zunächst soll die strategische Form des oben modellierten Spiels auf *Nash*-Gleichgewichte hin untersucht werden. Allerdings bleibt bei der Analyse der Normalform (vgl. Tabelle 3) eine wichtige Eigenschaft des Spiels unberücksichtigt: die sequentielle Natur. Daher haben die in diesem Abschnitt hergeleiteten Ergebnisse nur geringe Aussagekraft. Allerdings hilft dieser erste Schritt, frühzeitig solche Fälle zu identifizieren, die bei der Suche nach perfekt-bayesianischen Gleichgewichten nicht mehr berücksichtigt werden müssen.

Beim Aufstellen des Modells im vorigen Abschnitt wurden folgende Annahmen getroffen:

- Hinterziehung ist ineffizient ($X > Z > 0$);
- wird Strafe verhängt, so macht dies Hinterziehung unattraktiv ($P > Z > 0$);
- die Behörde ist an der Richtigkeit ihrer Entscheidungen interessiert ($G, L > 0$);
- sie ist aber eine imperfekte Entscheiderin ($0 < w < r < 1$).

Wenn in diesem Spiel $Z > (r - w)P$ gilt, dann hat das Spiel genau ein *Nash*-Gleichgewicht $\{(h); (b, b)\}$. Denn $Z > (r - w)P$ lässt sich zu $Z - (1 - w)P > T - (1 - r)P$ umformen; dieser Vergleich zeigt, dass nun Hinterziehung dominante Strategie des *S* ist. Die beste Antwort der *B* auf (h) ist dann (b, b) . Die Bedingung $Z > (r - w)P$ bedeutet, dass der Täternutzen aus der Hinterziehung so groß ist, dass bayesianisches Monitoring niemals zu rechtstreuem Verhalten motivieren kann. Die rechte Seite dieser Ungleichung gibt den Vorteil in Form vermiedener Strafe wieder, den ein potentieller Täter internalisiert, wenn er sich von Hinterziehung zu ehrlicher Steuerdeklaration umentscheidet.

Tabelle 3

Strategische oder Normalform des Spiels

<i>B, S</i>	hinterziehen (<i>h</i>)	nicht hinterziehen (<i>e</i>)
An beiden Informationsmengen bestrafen (<i>b, b</i>)	$G - X$ $Z - P$	$-L$ $-P$
Nach $s = h$ bestrafen, nach $s = e$ nicht bestrafen (<i>b, nb</i>)	$Z - (1 - w)P$ $(1 - w)G - X$	$-(1 - r)L$ $-(1 - r)P$
Nach $s = h$ nicht bestrafen, nach $s = e$ bestrafen (<i>nb, nb</i>)	$wG - X$ $Z - wP$	$-rL$ $-rP$
An beiden Informationsmengen nicht bestrafen (<i>nbb, nb</i>)	$-X$ Z	0 0

Hieraus folgt, dass $Z < (r - w)P$ eine notwendige Bedingung dafür ist, dass durch bayesianische Überwachung rechtstreuem Verhalten induziert werden kann. Ist diese Bedingung erfüllt, so ist (e) für *S* die bessere Antwort auf die Wahl von (b, nb) durch die Behörde. Aus diesem Grund ist es sinnvoll, die Untersuchung im nächsten Abschnitt auf den Fall $Z < (r - w)P$ zu beschränken.

III. Perfekt-bayesianische Gleichgewichte

Die Bestimmung perfekt-bayesianischer Gleichgewichte berücksichtigt (anders als die *Nash*-Gleichgewichtsanalyse) die sequentielle Natur des oben modellierten Spiels. Die Parameter (P, Z, X, G, L, r, w) sind exogen gegeben, endogen sind die Verhaltenswahrscheinlichkeiten (α, β, γ) sowie (μ, φ) . Eine Kombination dieser endogenen Variablen ist ein perfekt-bayesianisches Gleichgewicht, wenn:

- (μ^*, φ^*) nach der *Bayes*-Formel, also gemäß (9) und (10), bestimmt werden,

- (α^*, β^*) unter der Einschätzung (μ^*, φ^*) eine beste Antwort auf γ^* darstellt,
- und γ^* eine beste Antwort auf (α^*, β^*) ist.

Zunächst sei das Optimalverhalten des Steuerbürgers S charakterisiert. Da er nicht sicher weiß, welche Strategie die Behörde wählen wird, ist die Wahl seiner Verhaltensstrategie durch:

$$(11) \quad \gamma^* = \arg \max \{ (Z - P)(1 - \gamma)[w\alpha + (1 - w)\beta] + Z(1 - \gamma)[w(1 - \alpha) + (1 - w)(1 - \beta)] - P\gamma[r\alpha + (1 - r)\beta] \}$$

gekennzeichnet. Die Ableitung dieser Zielfunktion nach γ lautet:

$$-(Z - P)[w\alpha + (1 - w)\beta] - Z[w(1 - \alpha) + (1 - w)(1 - \beta)] - P[r\alpha + (1 - r)\beta],$$

was zu:

$$-Z[w\alpha + (1 - w)\beta + w(1 - \alpha) + (1 - w)(1 - \beta)] - P[r\alpha + (1 - r)\beta] + P[w\alpha + (1 - w)\beta]$$

umgeformt und dann zu:

$$(12) \quad P(r - w)(\beta - \alpha) - Z$$

vereinfacht werden kann. Wegen der Annahmen $r > w$ und $P, Z > 0$ hängt das Vorzeichen von Ausdruck (12) nur davon ab, welche Strategie (α, β) die Behörde wählt. Hieraus ergibt sich die Reaktionskorrespondenz des S :

$$(13) \quad \begin{aligned} \gamma^* = 1 & \iff \beta - \alpha > K, \\ 0 < \gamma^* < 1 & \iff \beta - \alpha = K, \\ \gamma^* = 0 & \iff \beta - \alpha < K, \end{aligned}$$

wobei die Hilfsvariable $K = Z / [(r - w)P]$ die Notation übersichtlicher hält. Wegen der im vorigen Abschnitt diskutierten Annahme $Z < (r - w)P$ gilt $0 < K < 1$. Wenn die Differenz in den von der Behörde gewählten Bestrafungswahrscheinlichkeiten nach Beobachtung der Signalausprägung $s = h$ (also β) und $s = e$ (also α) gleich K ist, dann ist S gerade indifferent zwischen seinen reinen Strategien. Ist diese Differenz kleiner als K , dann wird er die reine Strategie „hinterziehen“ bevorzugen, weil ehrliches Verhalten die erwartete Strafe nicht genügend mindert. Ist diese Differenz hingegen größer als K , dann bevorzugt er ehrliches Verhalten; das Überwachungssystem wirkt abschreckend.

Nun soll die Optimalwahl der Behörde ermittelt werden. Hat sie die Signalausprägung $s = e$ beobachtet, richtet sich ihre Einschätzung über das unbeobachtbare Verhalten des S nach Gleichung (10), und sie wählt:

$$(14) \quad \alpha^* = \arg \max \{ \alpha(1 - \mu)(G - X) - (1 - \alpha)(1 - \mu)X - \alpha\mu L \}.$$

Die Ableitung dieser Zielfunktion nach α ist $(1 - \mu)(G - X) + (1 - \mu)X - \mu L$, was sich zu $G - \mu(G + L)$ vereinfachen lässt. Einsetzen von μ gemäß (10) liefert nun:

$$(15) \quad G - \frac{(G + L)\gamma r}{\gamma r + (1 - \gamma)w},$$

was einen Zusammenhang zwischen der optimalen Entscheidung der Behörde und der Wahl des S herstellt. Die erste Ableitung der Zielfunktion gemäß Ausdruck (15) ist genau dann negativ, wenn:

$$\gamma > \frac{wG}{rL + wG} = \gamma_1$$

gilt.

Die rechte Seite dieser Ungleichung wird als γ_1 definiert, der untere Schwellenwert von γ , welcher die Entscheidung der Behörde determiniert. Wählt S rechts-treues Verhalten mit einer Wahrscheinlichkeit $\gamma < \gamma_1$, dann ist die Ableitung (15) positiv, und die beste Wahl der Behörde wäre $\alpha^* = 1$. Die beste Antwort auf $\gamma > \gamma_1$ wäre dagegen $\alpha^* = 0$. Wenn S dagegen $\gamma = \gamma_1$ wählt, dann ist die Behörde zwischen ihren reinen Strategien indifferent. Ihre erwartete Auszahlung ist unabhängig von der gewählten Verhaltenswahrscheinlichkeit α . Mit anderen Worten: Jedes α ist optimal, also $0 \leq \alpha^* \leq 1$.

In derselben Weise lässt sich die optimale Reaktion der Behörde auf die Beobachtung der Signalrealisation $s = h$ herleiten, also:

$$(17) \quad \beta^* = \arg \max \{ (1 - \varphi)[\beta G - X] - \varphi \beta L \}.$$

Unter Verwendung von Gleichung (9) zeigt sich, dass die Ableitung dieses Ausdrucks nach β genau dann positiv ist, wenn gilt:

$$(18) \quad \gamma < \frac{(1 - w)G}{(1 - r)L + (1 - w)G} = \gamma_2.$$

Nachdem die Behörde $s = e$ beobachtet hat, ist es für sie also optimal, $\beta^* = 1$ zu wählen, wenn $\gamma < \gamma_2$. $\beta^* = 0$ ist optimal, wenn $\gamma > \gamma_2$. Sie ist indifferent, wenn $\gamma = \gamma_2$. Die getroffenen Annahmen $r > w$ und $G > 0$ (sowie $L < \infty$) implizieren $\gamma_2 > \gamma_1$; der zuletzt hergeleitete Schwellenwert (der die optimale Wahl von β determiniert) ist also immer größer als der erste (der für α zuständig ist). Daher sind im Hinblick auf die Reaktionskorrespondenz der Behörde die folgenden fünf Fälle hinsichtlich der Strategie γ des S zu unterscheiden (wie in Abbildung 3 leicht zu sehen ist):

- (19)
- a) $0 \leq \gamma < \gamma_1 \Leftrightarrow (\alpha^*, \beta^*) = (1, 1)$
 - b) $\gamma = \gamma_1 \Leftrightarrow 0 \leq \alpha^* \leq 1 \text{ und } \beta^* = 1$
 - c) $\gamma_1 < \gamma < \gamma_2 \Leftrightarrow (\alpha^*, \beta^*) = (0, 1)$
 - d) $\gamma = \gamma_2 \Leftrightarrow \alpha^* = 0 \text{ und } 0 \leq \beta^* \leq 1$
 - e) $\gamma_2 < \gamma \leq 1 \Leftrightarrow (\alpha^*, \beta^*) = (0, 0)$

Oben wurde bereits diskutiert, dass $\alpha^* > \beta^*$ eine notwendige Bedingung für die Produktion selektiver Anreize, also $q(h) > q(e)$ ist. Abbildung 3 macht deutlich, dass dies nur im mittleren Bereich $\gamma_1 \leq \gamma \leq \gamma_2$ erfüllt sein kann.

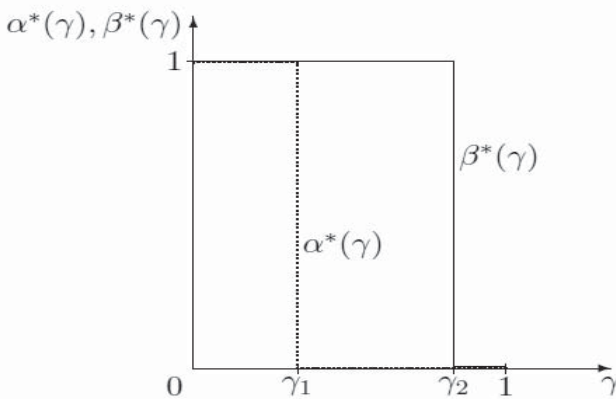


Abbildung 3: Reaktionskorrespondenz der Behörde

Aus den Reaktionskorrespondenzen der Behörde $(\alpha^*(\gamma), \beta^*(\gamma))$ gemäß (19) und des Steuerzahlers $\gamma^*(\alpha, \beta)$ gemäß (13) lassen sich nun die perfekt-bayesianischen Gleichgewichte des Spiels ermitteln:

Proposition: Im Spiel zwischen bayesianischer Behörde und Steuerzahler mit $G, L > 0$, $0 < Z < (r - w)P$ und $0 < w < r < 1$ existieren drei perfekt-bayesianische Gleichgewichte, die durch:

- i) $\gamma = 0, \beta = \alpha = 1$ (*tyrannisches Gleichgewicht*),
- ii) $\gamma = \gamma_1, \beta = 1, \alpha = 1 - K$ (*drakonisches Gleichgewicht*),
- iii) $\gamma = \gamma_2, \beta = K, \alpha = 0$ (*freundliches Gleichgewicht*)

charakterisiert sind, wobei $K = Z / [(r - w)P]$, $\gamma_1 = wG / (rL + wG)$ und $\gamma_2 = (1 - w)G / [(1 - r)L + (1 - w)G]$.

Die drei Gleichgewichte des Spiels sind in Abbildung 4 visualisiert; hierbei repräsentiert die fettgedruckte „Treppe“ die (nun dreidimensional dargestellte) Reaktionskorrespondenz des Täters. Sie unterscheiden sich im Hinblick auf die Wahr-

scheinlichkeit rechtmäßigen Verhaltens und der Bestrafung. Erstere beträgt null im tyrannischen Fall (die Behörde bestraft nach beiden Signalausprägungen mit Wahrscheinlichkeit eins). Im drakonischen Fall bestraft die Behörde nach der Signalausprägung $s = h$ sicher, nach $s = e$ mit positiver Wahrscheinlichkeit. Dies motiviert S zu einer niedrigen (aber doch positiven) Wahrscheinlichkeit rechtmäßigen Verhaltens. Im „freundlichen“ Gleichgewicht bestraft die Behörde nie, wenn sie die Signalausprägung $s = e$ beobachtet, und lediglich mit positiver Wahrscheinlichkeit (kleiner eins) nach $s = h$. Hierdurch wird S zur höchsten Wahrscheinlichkeit ehrlichen Verhaltens motiviert.

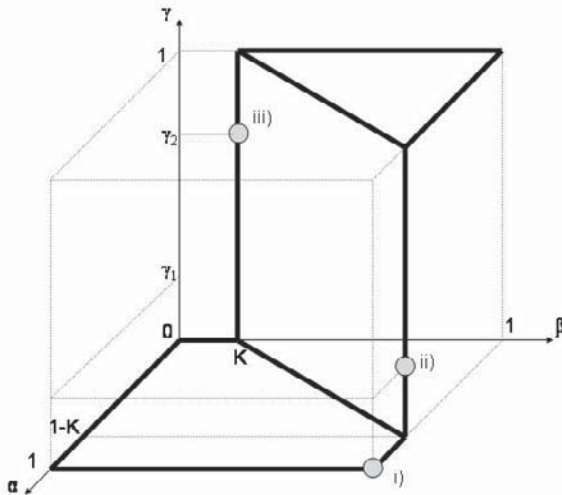


Abbildung 4: Perfekt-bayesianische Gleichgewichte

Die Wahrscheinlichkeit, mit der eine Strafe verhängt wird, hängt von der Aktion ab, die S ausführt. Wegen $K = Z / [(r - w)P]$ und $r > w$ betragen diese Bestrafungswahrscheinlichkeiten in den drei Gleichgewichten:

- tyrannisch: $q(e) = q(h) = 1$;
- drakonisch: $q(e) = r(1 - K) + 1 - r = 1 - rK = 1 - rZ / [(r - w)P]$ und $q(h) = 1 - wZ / [(r - w)P]$;
- freundlich: $q(e) = (1 - r)Z / [(r - w)P]$, $q(h) = (1 - w)Z / [(r - w)P]$.

Diese Berechnungen verdeutlichen drei interessante Beobachtungen: Erstens reagiert die Wahrscheinlichkeit, nach Hinterziehung bestraft zu werden, in den drei Gleichgewichten unterschiedlich auf Änderungen der Strafhöhe. Im tyrannischen Gleichgewicht sind $q(h)$ und $q(e)$ unabhängig von P , im drakonischen steigen sie, im freundlichen sinken sie in P . Zweitens beträgt die Differenz zwischen den beiden Bestrafungswahrscheinlichkeiten im tyrannischen Gleichgewicht null, in den

beiden anderen dagegen $(r - w)K = Z/P$. Diese korrespondiert mit der Differenz in den Reaktionswahrscheinlichkeiten der Behörde, also $\alpha^* - \beta^*$, die im tyrannischen Gleichgewicht null ist, in den beiden anderen dagegen K beträgt. Diese Differenz ist wichtig für die Fähigkeit des Strafverfolgungssystems, selektive Anreize zu setzen. Drittens lässt sich – wie in der Diskussion des „inspection game“ – für jedes Gleichgewicht eine Wahrscheinlichkeit angeben, mit der eine begangene Hinterziehung bestraft wird. Diese Wahrscheinlichkeit beträgt $\gamma^*q(h)$. Im drakonischen Gleichgewicht ist dies $(1 - \gamma_1)(1 - rK)$, im freundlichen $(1 - \gamma_2)(1 - r)K$. Der erste Ausdruck ist immer größer als der zweite, weil zum einen $\gamma_1 < \gamma_2$ gilt, zum anderen $(1 - rK) > (1 - r)K \Leftrightarrow K < 1$, was nach der Diskussion der strategischen Form des Spiels für diesen Abschnitt als Annahmen getroffen wurde. Im Modell der bayesianischen Überwachungsbehörde ist die Wahrscheinlichkeit einer Bestrafung einer tatsächlich begangenen Tat demnach am höchsten, wenn das freundliche Gleichgewicht gespielt wird.

Eine weitere Implikation der oben hergeleiteten Proposition ist, dass im Gleichgewicht niemals $\gamma = 1$ induziert werden kann, solange $L > 0$ und $r < 1$ sind. Der Grund hierfür liegt auf der Hand: Sollte die Behörde mit Sicherheit rechtmäßiges Verhalten des S erwarten, wird sie ihn nach keiner Signalausprägung bestrafen (sollte sie $s = h$ beobachten, kann dies nur auf die Fehleranfälligkeit des Signals zurückzuführen sein), um L zu vermeiden. Für S ist es aber nicht die beste Aktion, ehrlich zu handeln, wenn er erwarten kann, definitiv nicht bestraft zu werden.

Die letzte Beobachtung bezieht sich auf die ex ante erwartete Strafandrohung, adressiert also direkt das in der Einleitung beschriebene „tax payer puzzle“. Da die Strafhöhe exogen gegeben ist, hängt die erwartete Strafandrohung bei Hinterziehung (wie auch nach ehrlichem Verhalten) von der Strategiewahl der Behörde ab. Solange $K < 1$ ist, nimmt der Vektor (α, β) in den drei Gleichgewichten eindeutig sortierbare Werte an. Es gilt:

$$(20) \quad (\alpha^*, \beta^*)_{\text{tyrannisch}} = (1, 1) > (\alpha^*, \beta^*)_{\text{drakonisch}} = (1 - K, 1) > (\alpha^*, \beta^*)_{\text{freundlich}} = (0, K) .$$

Hieraus folgt, dass im tyrannischen Gleichgewicht die erwartete Strafe nach Hinterziehung am höchsten ist, dagegen im freundlichen Gleichgewicht am niedrigsten; dasselbe gilt für ehrliches Verhalten. Erwartete Strafe und Wahrscheinlichkeit rechtstreuen Verhaltens sind also – im Vergleich der Gleichgewichte – negativ miteinander korreliert: Eine hohe erwartete Strafe geht mit einer niedrigen Rate rechtstreuen Verhaltens einher, während die niedrigste erwartete Strafe den Steuerzahler mit der höchsten Wahrscheinlichkeit zur Rechtstreue motiviert. Dieses Resultat ist mit der Empirie konsistent; das Puzzle ist also gar nicht so erstaunlich, wenn die Annahmen dieses Modells die Situation zwischen Behörde und Steuerbürger angemessen beschreiben.

D. Ergebnis und Ausblick

Die Modelle nach *Becker* und *Tsebelis* drehen sich um die Frage, ob und wie stark Strafe das Verhalten eines potentiellen Täters beeinflusst. Die *Beckersche* Perspektive wirft das „tax payer puzzle“ auf – es ist kaum zu erklären, warum rationale Bürger überhaupt Steuern zahlen, wo doch Strafe und Verfolgungswahrscheinlichkeit so niedrig sind. Das „inspection game“ zeigt, dass Strafe überhaupt nicht abschreckend wirkt, wenn die Behörde sich nicht glaubwürdig an eine Strafstrategie binden kann. Die modifizierte Form (mit fiskalischer Wirkung einer verhängten Strafe) zeigt, dass Strafänderungen bei Tätern lediglich schwache Wirkungen erzeugen könnten. Es adressiert damit den zweiten Teil des Puzzles.

Das Modell einer bayesianischen Behörde gibt eine völlig andere Antwort auf die erste Puzzle-Frage, warum Menschen so überraschend viele Steuern zahlen, obwohl doch die Wahrscheinlichkeit, mit der Strafen angedroht werden, gering ist. Im „freundlichen“ Gleichgewicht ist die Rate, mit der rechtstreu gehandelt wird, recht hoch – und dies weil, nicht obwohl, das Verfolgungssystem „soft“ eingestellt ist. Bei intensiverer Strafverfolgung (also dem „drakonischen“ Gleichgewicht) würde die Wahrscheinlichkeit rechtstreuen Verhaltens sinken; im tyrannischen System wäre sie sogar null. Das Modell ist zwar hochgradig stilisiert, beleuchtet aber den Einfluss von imperfekter Überwachung bzw. fehleranfälliger Rechtsdurchsetzung auf individuelles Verhalten.

Tabelle 4

Vergleich der drei ökonomischen Straftheorien

Kennzeichen der ökonomischen Straftheorie	Nur Bindung an Strafhöhe P möglich, Bestrafungswahrscheinlichkeit q ist endogen		Bindung an Strafstrategie (q,P) möglich
Bezugsrahmen	Spieltheorie		Preistheorie
Weitere Unterscheidung	Positive Überwachungskosten, perfekte Überwachung	Keine Kosten der Überwachung, imperfekte Überwachung	<i>Becker</i>
Modell	„inspection game“	Bayesianische Überwachungsbehörde	
Hauptergebnis zur Abschreckung durch Strafe	Strafe wirkt nicht abschreckend, nur bei fiskalischer Wirkung	Geringe erwartete Strafe geht mit hoher Rechtstreue einher	Erwartete Strafe kann abschrecken, wenn hoch genug; „maximum fine result“
	<i>(komparative Statik)</i>	<i>(Vergleich von Gleichgewichten)</i>	Angebot / Nachfrage auf Markt für Straftaten

Eine *prima vista* als „schwach“ erscheinende Bestrafungsstrategie induziert ein höheres Maß an Rechtstreue (und Effizienz) als ein „kraftvolles“ Eintreten der Durchsetzungsbehörde. Bei aller gebotenen Vorsicht gibt das Modellergebnis einen Hinweis darauf, warum Rechtsstaaten im Hinblick auf die individuelle Motivation zu rechtstreuem Verhalten Diktaturen überlegen sein können. Dabei kann dieses Ergebnis hergeleitet werden, ohne etwa Neigung zur Reziprozität, Identifikation mit demokratischen Entscheidungsstrukturen oder beschränkt rationales (z. B. regelgebundenes) Verhalten postulieren zu müssen.

Zur Gleichgewichtsauswahl sagt das Modell nichts aus; dies wäre ein Thema für weitere Forschung. Tabelle 4 vergleicht die neue ökonomische Straftheorie mit den beiden bekannten Theorien (*Becker* und „inspection game“) hinsichtlich der getroffenen Annahmen und der wesentlichen Ergebnisse. Im „inspection game“ sind die positiven Verfolgungskosten der entscheidende Faktor, der dazu führt, dass nur ein Gleichgewicht in gemischten Strategien existiert. Weil die Verfolgungskosten positiv sind, wird die Behörde auf Rechtstreue mit Kontrollverzicht antworten. Im bayesianischen Modell ist es die Fehlerwahrscheinlichkeit der benevolenten (und an guten Urteilen interessierten) Behörde. Wenn sie rechtstreuem Verhalten erwartet, wird sie nicht mehr auf das fehleranfällige Signal vertrauen, sondern immer „nicht strafen“ wählen. Positive Überwachungskosten und ein fiskalischer Effekt verhängter Strafen können in das bayesianische Modell integriert werden, was jedoch die Herleitung der Gleichgewichte komplizierter macht, ohne wesentliche Änderungen der grundsätzlichen Modellaussagen zu erlauben.

Literatur

- Allingham, M. / Sandmo, A.* (1972): Income Tax Evasion: A Theoretical Analysis, in: Journal of Public Economics, Vol. 1, S. 323–338.
- Alm, J. / McClelland, G. / Schulz, W.* (1992): Why Do People Pay Taxes, in: Journal of Public Economics, Vol. 48, S. 21–38.
- Andreozzi, L.* (2004): Rewarding Policemen Increases Crime. Another Surprising Result from the Inspection Game, in: Public Choice, Vol. 121, S. 69–82.
- Bagwell, K.* (1995): Commitment and Observability in Games, in: Games and Economic Behavior, Vol. 8, S. 271–280.
- Becker, G.* (1968): Crime and Punishment: An Economic Approach, in: Journal of Political Economy, Vol. 76, S. 169–217.
- Border, K. / Sobel, J.* (1987): Samurai Accountant: A Theory of Auditing and Plunder, in: Review of Economic Studies, Vol. 54, S. 525–540.
- Dhami, S. / al-Nowaihi, A.* (2007): Why Do People Pay Taxes? Prospect Theory vs. Expected Utility Theory, in: Journal of Economic Behavior and Organization, Vol. 64(1), S. 171–192.

- Dickens, W. T. / Katz, L. F. / Lang, K. / Summers, L. H.* (1989): Employee Crime and the Monitoring Puzzle, in: *Journal of Labor Economics*, Vol. 7(3), S. 331 – 347.
- Garoupa, N.* (1997): The Theory of Optimal Law Enforcement, in: *Journal of Economic Surveys*, Vol. 11, S. 267 – 295.
- Holler, M.* (1990): The Unprofitability of Mixed-Strategy Equilibria in Two-Person-Games. A Second Folk Theorem, in: *Economics Letters*, Vol. 32, S. 319 – 323.
- Huck, S. / Müller, W.* (2000): Perfect versus Imperfect Observability – An Experimental Test of Bagwell's Result, in: *Games and Economic Behavior*, Vol. 31, S. 174 – 190.
- Kirstein, R.* (1999): Imperfekte Gerichte und Vertragstreue. Eine ökonomische Theorie richterlicher Entscheidungen, Wiesbaden, Gabler Edition Wissenschaft, Deutscher Universitäts-Verlag.
- Kirstein, R. / Schmidtchen, D.* (1997): Judicial Detection Skill and Contractual Compliance, in: *International Review of Law and Economics*, Vol. 17(4), S. 509 – 520.
- Nalebuff, B. / Scharfstein, D.* (1987): Testing in Models of Asymmetric Information, in: *Review of Economic Studies*, Vol. 54, S. 265 – 278.
- Polinsky, A. M. / Shavell, S.* (1979): The Optimal Tradeoff between the Probability and Magnitude of Fines, in: *The American Economic Review*, Vol. 69, S. 880 – 891.
- Polinsky, A. M. / Shavell, S.* (2000): The Economic Theory of Public Enforcement of Law, in: *Journal of Economic Literature*, Vol. 38, S. 45 – 76.
- Reinganum, J. F. / Wilde, L. L.* (1985): Income Tax Compliance in a Principal Agent Framework, in: *Journal of Public Economics*, Vol. 26(1), S. 1 – 18.
- Swets, J. A.* (1988): Measuring the Accuracy of Diagnostic Systems, in: *Science*, Vol. 240, S. 1285 – 1293.
- Tsebelis, G.* (1990a): Are Sanctions Effective? A Game-Theoretic Analysis, in: *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 34(1), S. 3 – 28.
- Tsebelis, G.* (1990b): Penalty Has no Impact on Crime: A Game-Theoretic Analysis, in: *Rationality and Society*, Vol. 2(3), S. 255 – 286.
- Van Damme, E. / Hurkens, S.* (1995): Games with Imperfectly Observable Commitment, in: *Games and Economic Behavior*, Vol. 21, S. 282 – 308.
- Wittman, D.* (1985): Counter-Intuitive Results in Game Theory, in: *European Journal of Political Economy*, Vol. 1(1), S. 77 – 89.
- Wittman, D.* (1993): Nash Equilibrium vs. Maximin. A Comparative Statics Analysis, in: *European Journal of Political Economy*, Vol. 9, S. 559 – 565.

Korreferat zu dem Beitrag von Roland Kirstein

Können Bayesianische Steuerbehörden das Tax Payer Puzzle erklären?

Von *Herbert Brücker*, Bamberg

A. Einleitung

Der Beitrag „Bayesianische Steuerbehörden und das Tax Payer Puzzle“ von *Roland Kirstein* behandelt ein interessantes Problem und leistet einen wichtigen Beitrag zu seiner Erklärung. Das ‚Tax Payer Puzzle‘ stellt die Frage, warum wir überhaupt Steuern zahlen, obwohl die Entdeckungswahrscheinlichkeit so gering ist und die Strafen so niedrig sind.

In der Öffentlichkeit wird diese Frage vor allem vor dem Hintergrund moralischer Kategorien diskutiert, wie jüngst der Fall des Vorstandsvorsitzenden der Deutschen Post AG, *Klaus Zumwinkel*, gezeigt hat. Die öffentliche Erörterung der moralischen Dimension dieses Problems muss, unabhängig von der Frage, ob diese Diskussion von den Steuerbehörden gezielt instrumentalisiert wurde, nicht per se das Thema verfehlen. Wie die Ergebnisse der jüngeren experimentellen und verhaltensbasierten Forschung zeigen, kann Fairness regelkonformes Verhalten auch ohne die Androhung wirksamer Strafen bewirken. Reziprozität und Fairness sind insofern nicht per se unter der Kategorie von Ad-hoc-Erklärungen einzuordnen, sondern ermöglichen auch einen systematischen Zugang zur Erklärung regelkonformen Verhaltens.

Roland Kirstein wählt in seinem Beitrag einen anderen Weg. Er untersucht auf Grundlage der Rationalverhaltensannahme drei mögliche Erklärungen des Tax Payer Puzzle: Die preistheoretische Sicht, die zu *Gary Beckers* ‚maximum fine result‘ führt, die spieltheoretische Sicht, die im Rahmen des ‚inspection game‘ zu einem Gleichgewicht in gemischten Strategien führt, in dem die Strafhöhe ambivalente Wirkungen hat, und das von dem Autor entwickelte Modell einer bayesianischen Steuerbehörde, die auf imperfekte Signale über die Ehrlichkeit der Steuerzahler reagiert. Das Modell des Autors kann als eine Weiterentwicklung des ‚inspection game‘ verstanden werden. Es leistet jedoch aus meiner Sicht einen erheblichen Beitrag zur Weiterentwicklung des Stands der Forschung und führt – was in dieser Literatur nicht unbedingt üblich ist – zu einem plausiblen, mit den stilisierten Fakten der empirischen Forschung übereinstimmenden Ergebnis.

B. Stand der Diskussion

Um den Beitrag des Modells von *Roland Kirstein* einordnen zu können, ist zunächst zweckmäßig, sich einen Überblick über den Stand der Forschung zu verschaffen. Die auf *Gary Becker* (1968) zurückgehende preistheoretische Sicht unterstellt, dass rationale Akteure Erwartungen über die Wahrscheinlichkeit der Entdeckung und die Höhe der Strafe bilden.

Wenn es keinen Bestrafungsfehler der Steuerbehörden gibt, ist die Bedingung für Steuerehrlichkeit durch:

$$(1) \quad \frac{q}{1-q}P > Z$$

gegeben, bzw. mit Bestrafungsfehler durch:

$$(2) \quad [q(h) - q(e)]P > Z,$$

wobei P die Strafe, Z den Ertrag der Steuerhinterziehung für den Steuerhinterzieher, q die Bestrafungswahrscheinlichkeit, h die Hinterziehung von Steuern und e ehrliches Steuerverhalten bezeichnen. Die Steuerhinterziehung sinkt (i) folglich mit der Strafhöhe, (ii) der Entdeckungswahrscheinlichkeit und (iii) der Verringerung von Fehlurteilen.

Mit diesem Modell könnte zwar das Verhalten von *Klaus Zumwinkel* erklärt werden: Auch wenn er angesichts seiner herausgehobenen Position eine hohe Bestrafung erwartet haben sollte, so war das Risiko einer Entdeckung im Falle von Geldanlagen in Liechtenstein in der Vergangenheit vermutlich so niedrig, dass der erwartete Nutzen die erwarteten Kosten deutlich überstiegen haben dürfte. Das Verhalten der Steuerbehörden – unterstellt, sie wollten den Nutzen für das Gemeinwesen erhöhen – mit niedrigen monetären Strafen für Steuerhinterziehung und der Möglichkeit der Selbstanzeige, könnte im Rahmen dieses Modells kaum erklärt werden. Nutzenmaximierendes Verhalten einer benevolenten Steuerbehörde würde das Strafmass erhöhen.

Das ‚inspection game‘ (vgl. u. a. *Wittmann* 1985) berücksichtigt, anders als das einfache Modell von *Gary Becker*, strategische Interaktionen der Akteure, Kosten der Überwachung und negative Externalitäten der Steuerhinterziehung. Es ergibt sich ein Gleichgewicht in gemischten Strategien, d. h. sowohl Behörde als auch Täter wählen nicht immer die gleiche Strategie, sondern einen randomisierten Strategiemix.

Wir bezeichnen mit m^* den optimalen Strategiemix der Steuerbehörde aus Überwachen und Nichtüberwachen, und mit n^* den optimalen Strategiemix des Täters aus Hinterziehen bzw. Nichthinterziehen. Dann ist im Fall ohne fiskalische Wirkungen der Bestrafung die Bedingung für Steuerehrlichkeit:

$$(3) \quad n^* = \frac{C}{X}, m^* = \frac{Z}{Z+P}$$

und im realitätsnäheren Fall einer fiskalischen Wirkung der Strafe:

$$(4) \quad n^* = \frac{C}{\lambda P}, m^* = \frac{Z}{P},$$

wobei X die sozialen Kosten der Steuerhinterziehung, C die Kosten des Steuermonitoring und $\lambda (0 < \lambda < 1)$ den Anteil bezeichnet, den die Behörde von der Strafe fiskalisch nutzen kann. Im ersten Fall (i) sinkt also die Wahrscheinlichkeit der Steuerhinterziehung mit den sozialen Kosten der Steuerhinterziehung und (ii) steigt mit der Höhe der Überwachungskosten, während sie im zweiten Fall (i) mit der Höhe der Strafe und den fiskalischen Wirkungen der Bestrafung sinkt, und (ii) genau wie im ersten Fall mit der Höhe der Überwachungskosten steigt.

Gegen die vorliegenden Modelle lassen sich eine Reihe von Einwänden vorbringen, die auch in dem Beitrag von *Roland Kirstein* diskutiert werden: Erstens berücksichtigt das einfache Modell von *Becker* keine strategischen Interaktionen zwischen Steuerbehörde und Steuerzahler und kann das Verhalten der Steuerbehörde schlecht erklären. Zweitens weist das ‚inspection game‘ keine reinen Gleichgewichtsstrategien, sondern nur einen randomisierten Strategiemix auf, der nur schwach dominant ist. Es gelten folglich die Standardeinwände: Randomisieren rationale Spieler tatsächlich ihre Strategien? Warum sollen Spieler eine bestimmte Nash-Gleichgewichtstrategie wählen? Wenn alle anderen Spieler eine Nash-Strategie wählen, ist der Spieler indifferent zwischen allen reinen Strategien, die im Nash-Gleichgewicht gewählt werden können.

Gravierender ist aus meiner Sicht ein dritter Einwand: Die Vorstellung, dass sich mit der Steuerbehörde und dem Steuerzahler zwei Spieler gegenüberstehen, ist nicht realistisch. Es handelt sich vielmehr um eine Vielzahl von Steuerzahlern, die sich kaum auf eine gemeinsamen Mix randomisierter Strategien verständigen dürften. Free-Rider-Verhalten dürfte dies von vornherein ausschließen.

C. Der Beitrag des *Kirstein*-Modells

Der Beitrag des Modells einer bayesianischen Steuerbehörde von *Roland Kirstein* besteht in einer Weiterentwicklung des ‚inspection game‘ durch die Berücksichtigung von Beobachtungsfehlern. Es handelt sich um ein strategisches Spiel mit imperfekter Information (*Harsanyi* 1967 – 1968). Die Steuerbehörde empfängt imperfekte Signale und entscheidet dann über ihre Handlungen.

Der Modellrahmen lässt sich wie folgt skizzieren: Der Steuerzahler entscheidet sich für Steuerehrlichkeit oder Steuerhinterziehung. Die Steuerbehörde empfängt ein Signal, ob der Steuerzahler ehrlich ist oder hinterzieht. Dieses Signal ist nicht perfekt. Die Behörde wertet es nach der Formel von *Bayes* aus. Sie kann auf beide Signale mit Bestrafung oder Nichtbestrafung reagieren. Die Behörde erzielt einen

Nutzenzuwachs bei korrekter Bestrafung, und einen Nutzenverlust bei inkorrekt er Bestrafung, etwa in Form eines Reputationsverlustes.

Um den Modellrahmen überschaubar zu halten, wurden einige vereinfachende Annahmen getroffen: Eine Rückabwicklung des Täternutzens und der sozialen Kosten der Steuerhinterziehung ist nicht möglich, und die fiskalischen Effekte der Bestrafung werden nicht berücksichtigt. Beides kann in den Modellrahmen grundsätzlich integriert werden, würde jedoch die Analyse erheblich komplizieren.

Die Analyse von *Kirstein* kommt zu dem Ergebnis, dass drei perfekt-bayesianische Gleichgewichte existieren. Ein tyrannisches Gleichgewicht, in dem die Behörde unabhängig von dem empfangenen Signal immer bestraft, ein drakonisches Gleichgewicht, in dem die Behörde immer bestraft, wenn sie das Signal der Steuerhinterziehung empfängt, und eine gemischte Strategie verfolgt, wenn sie das Signal der Steuerehrlichkeit erhält, und eine freundliche Strategie, in der die Behörde nie bestraft, wenn Steuerehrlichkeit signalisiert wird, und eine gemischte Strategie verfolgt, wenn sie das umgekehrte Signal empfängt.

Formal sind die drei Gleichgewichte durch folgende optimale Reaktionen charakterisiert: Für das tyrannische Gleichgewicht gilt:

$$(5) \quad \alpha = 1, \beta = 1, \gamma = 0,$$

für das drakonische Gleichgewicht:

$$(6) \quad \alpha = 1 - \frac{1}{r-w} \frac{Z}{P}, \beta = 1, \gamma = \frac{wG}{rL+wG},$$

und für das freundliche Gleichgewicht:

$$(7) \quad \alpha = 0, \beta = \frac{1}{r-w} \frac{Z}{P}, \gamma = \frac{(1-w)G}{(1-r)L + (1-w)G},$$

wobei α die Reaktion der Steuerbehörde ist, wenn sie das Signal der Steuerehrlichkeit empfängt, β die Reaktion der Steuerbehörde, wenn sie das Signal der Steuerhinterziehung empfängt, und γ die Reaktion des Steuerzahlers bezeichnet. G bezeichnet den Nutzenzuwachs der Behörde aus einer korrekten Bestrafung und L den Nutzenverlust im Falle einer inkorrekten Bestrafung. Schließlich ist r die bedingte Wahrscheinlichkeit, dass das Signal der Steuerehrlichkeit empfangen wird, wenn tatsächlich keine Steuern hinterzogen wurden, und w die bedingte Wahrscheinlichkeit, wenn dieses Signal im Falle der Hinterziehung empfangen wird.

Aus dem Modell lassen sich zwei interessante Schlussfolgerungen ableiten: Erstens ist die Steuerehrlichkeit im tyrannischen Gleichgewicht am geringsten. Zweitens ist die Steuerehrlichkeit im freundlichen Gleichgewicht höher als im drakonischen Gleichgewicht, wenn $r > w$, d. h. wenn die Wahrscheinlichkeit, dass ein

richtiges Signal im Falle der Steuerehrlichkeit empfangen wird, höher ist, als wenn ein falsches Signal empfangen wird. Diese – plausible – Annahme wird von *Kirstein* getroffen. Damit kann von dem Modell das ‚Tax Pay Puzzle‘ durch rationales Verhalten von Steuerbehörden und Steuerzahlern erklärt werden.

Die Intuition hinter dem ersten Ergebnis ist trivial: Wenn ohnehin immer bestraft wird, lohnt es sich selbstverständlich, Steuern zu hinterziehen. Interessanter ist das Ergebnis, dass die Steuerehrlichkeit im freundlichen Gleichgewicht im Vergleich zum drakonischen Gleichgewicht steigt: Dies hängt damit zusammen, dass die erwartete Bestrafung bei rechtmäßigem Verhalten im freundlichen Gleichgewicht im Vergleich zum drakonischen Gleichgewicht sinkt.

D. Diskussion

Das Modell von *Roland Kirstein* leistet ohne Zweifel einen interessanten Beitrag zur Aufklärung des ‚Tax Player Puzzle‘, der meines Erachtens über diese Fragestellung hinaus weist: Das Modell zeigt, dass staatliche Institutionen nur dann von einer Bestrafung profitieren, wenn ihnen auch Informationen vorliegen, dass rechtsuntreues Verhalten vorliegt. Greift die Steuerbehörde zum Instrument der Bestrafung, wenn sie ein imperfektes Signal der Steuerehrlichkeit empfängt, werden die Anreize zur Steuerehrlichkeit untergraben. Dies dürfte auch für andere Beispieler regelkonformen Verhaltens gelten.

Gerade wegen der hohen Relevanz dieser Aussagen wäre eine Generalisierung des Modells interessant. Gelten diese Aussagen auch dann, wenn die Annahmen aufgegeben werden, dass (i) der Nutzen der Steuerhinterziehung auch bei einer Bestrafung realisiert werden kann, (ii) die sozialen Kosten der Steuerhinterziehung nicht rückgängig gemacht werden können und (iii) keine fiskalischen Erträge der Bestrafung entstehen?

Die grundlegenden Einwände, die gegen das ‚inspection game‘ erhoben werden können, gelten teilweise auch für diesen Beitrag: Sind randomisierte Strategien plausibel? Können wir die Steuerzahler als einen einzelnen Spieler betrachten oder müssen wir strategische Interaktionen zwischen den Steuerzahlern berücksichtigen? Auch wäre es interessant, wie der Autor selbst hervorhebt, mehr über die Wahl zwischen den verschiedenen Gleichgewichtslösungen zu lernen.

Für die künftige Forschung wären meines Erachtens zwei Entwicklungsrichtungen besonders vielversprechend: Erstens könnte das Spiel als wiederholtes Spiel zwischen einem Steuerzahler und der Steuerbehörde modelliert werden. Dies würde die Chance bieten zu analysieren, dass die beiden Spieler zwischen den einzelnen Runden des Spiels strategisch interagieren. Zweitens könnte die Heterogenität von Akteuren, etwa in Hinblick auf ihre Risikopräferenzen, untersucht werden.

Literatur

- Becker, G.* (1968): Crime and Punishment: An Economic Approach, in: *Journal of Political Economy*, Vol. 76, S. 169–217.
- Harsanyi, J.* (1967–68): Games with Incomplete Information Played by Bayesian Players, in: *Management Science*, Vol. 14, S. 159–182, 320–334, 486–502.
- Wittmann, D.* (1985): Counter-Intuitive Results in Game Theory, in: *European Journal of Political Economy*, Vol. 1, S. 77–89.

Zu den Autoren

Herbert Brücker, Prof. Dr., Professor für Volkswirtschaftslehre an der Universität Bamberg und Forschungsbereichsleiter am Institut für Arbeitsmarkt- und Berufsforschung (IAB) in Nürnberg.

Klaus Heine, PD Dr., Freie Universität Berlin, Fachbereich Wirtschaftswissenschaft, Institut für Management.

Roland Kirstein, Prof. Dr., Otto-von-Guericke-Universität Magdeburg, Fakultät für Wirtschaftswissenschaft, Economics of Business and Law.

Jörn Kruse, Prof. Dr., Helmut-Schmidt-Universität Hamburg, Institut für Wirtschaftspolitik.

Helmut Leipold, Prof. Dr., Philipps-Universität Marburg, Ordnungsökonomik und internationale Wirtschaftsbeziehungen.

Theresia Theurl, Prof. Dr., Universität Münster, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Institut für Genossenschaftswesen.

Viktor J. Vanberg, Prof. Dr., Albert-Ludwigs-Universität Freiburg, Institut für angewandte Wirtschaftsforschung, und Walter Eucken Institut, Freiburg.

Uwe Vollmer, Prof. Dr., Universität Leipzig, Wirtschaftswissenschaftliche Fakultät, Professur für Volkswirtschaftslehre, insb. Geld und Währung.